

Sygn. akt: KIO 1060/14

WYROK
z dnia 11 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 czerwca 2014 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2014 r. przez **M. Ś., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą” Z.U.H.P „Ś.rans” Ś. M., Trawniki - Kolonia 200, 21-044 Trawniki** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Olsztynie, Rejon** w Elblągu, Al. Warszawska 89, 10-083 Olsztyn

przy udziale wykonawcy **SKAŃSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża M. Ś., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą” Z.U.H.P „Ś.rans” Ś. M., Trawniki - Kolonia 200, 21-044 Trawniki i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez M. Ś.,**

**prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą” Z.U.H.P „Ś.rans” Ś. M.,
Trawniki - Kolonia 200, 21-044 Trawniki tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Olsztynie.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Rozbiórka wiaduktu kolejowego nad Starodrożem drogi krajowej nr 7 w miejscowości Gumniska” - nr GDDKiA-O/OL-Z11/284/06/2014, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 127954 – 2014, data zamieszczenia 15.14.2014 r., przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Olsztynie, Rejon w Elblągu, Al. Warszawska 89, 10-083 Olsztyn zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 20.05.2014 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: SKAŃSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa zwana dalej: „SKAŃSKA S.A.” albo „Przystępującym”, nadto został wykluczony z udziału w postępowaniu Wykonawca: M. Ś., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą” Z.U.H.P „Ś.rans” Ś. M., Trawniki - Kolonia 200, 21-044 Trawniki zwany dalej: „Z.U.H.P „Ś.rans” Ś. M.” albo „Odwołującym”.

W dniu 26.05.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO w) Z.U.H.P „Ś.rans” Ś. M. wniósł odwołanie na w/w czynności. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 26.05.2014 r. (e-mailem). Zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:

- 1) art. 27 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” oraz art. 61 § 1 KC poprzez nieprawidłowe przyjęcie, że Odwołującemu zostało doręczone pismo z dnia 05.05.2014 r. Zamawiającego w sprawie udzielenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie zgłoszenia Wykonawcy do przetargu, podczas gdy Wykonawca nie otrzymał tego pisma, a także nie miał żadnej możliwości zapoznania się, z jego treścią;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania przetargowego i jednoczesnego odrzucenia jego oferty, podczas gdy brak było ku temu jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych.

Wnosił o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty i przyjęcia oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Ponadto wnosił o dopuszczenie dowodu z załączonych do niniejszego odwołania dokumentów oraz dowodu z przesłuchania M. Ś.a - na okoliczność, że wykonawca M. Ś. nie otrzymał w dniu 05.05.2014 r. w drodze faksu pisma z dnia 05.05.2014 r., jak również, że urządzenie do odbioru faksu było sprawne technicznie.

Odwołujący pismem z dnia 20.05.2014 r. został poinformowany o wyborze oferty

w przetargu nr GDDKiA-O/OL-ZI 1/284/06/2014 w przedmiocie „*Rozbiórka wiaduktu kolejowego nad Starodrożem drogi krajowej nr 7 w miejscowości Gumniska*”. W tymże piśmie została zawarta informacja o wykluczeniu wykonawcy z prowadzonego przetargu nieograniczonego, z powodu rzekomego nie dostarczenia w terminie wymaganych wyjaśnień i dokumentów, których rzekomo Zamawiający żądał pismem z dnia 05.05.2014 r. Po otrzymaniu pisma o wyborze oferty wraz z informacją i uzasadnieniem jego wykluczenia z przetargu, wykonawca poinformował Zamawiającego, że nie zostało mu doręczone pismo z dnia 05.05.2014 r. wobec czego jego wykluczenie pozbawione jest podstaw prawnych, gdyż faktycznie został pozbawiony możliwości spełnienia żądania zawartego w tym piśmie. W odpowiedzi (pismem z dnia 21.05.2014 r. wysłanym drogą elektroniczną) Zamawiający wyjaśnił, że pismo z dnia 05.05.2014 r. zostało wysłane faksem i jego zdaniem skutek doręczenia nastąpił.

Podniósł, że w postępowaniu przetargowym korespondencja pomiędzy wykonawcą, a Zamawiającym odbywała się drogą pisemną, elektroniczną i bądź telefoniczną. Wykonawca kategorycznie zaprzecza, aby otrzymał pismo z dnia 05.05.2014 r., na które powołuje się Zamawiający przy uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z przetargu. Podkreślił, iż w dniu 05.05.2014 r., kiedy to zdaniem Zamawiającego miało dojść do odebrania faksu przez wykonawcę, w siedzibie wykonawcy przebywały osoby związane z przedsiębiorstwem wykonawcy, które zaprzeczają, aby doszło do odbioru przedmiotowego dokumentu za pośrednictwem faksu, a także twierdzą, że nie było żadnych śladów, świadczących o próbie wysłania dokumentu przez Zamawiającego. Wskazać również należy, że urządzenie było wówczas sprawne technicznie, co wyklucza stwierdzenie, że do otrzymania faksu nie doszło z przyczyn technicznych, za które odpowiada wykonawca. Istotne jest również, że Zamawiający nie poinformował wykonawcy o jego wykluczeniu niezwłocznie po upływie terminu określonego w piśmie z dnia 05.05.2014 r., a także nie zażądał wcześniej od wykonawcy potwierdzenia otrzymania pisma zgodnie z art. 27 ust. 2 Pzp. Dodatkowo, zgodnie z przyjętym zwyczajem w tego typu sprawach, pisma o tej randze powinny być wysyłane listem poleconym, w szczególności wówczas, gdy istnieje uzasadniona wątpliwość czy pismo wysłane poprzez faks dotarło do adresata. W niniejszej sprawie taka uzasadniona wątpliwość w sposób oczywisty istniała, o czym świadczą takie okoliczności jak brak potwierdzenia odbioru faksu ze strony wykonawcy, jak również brak jakiegokolwiek odpowiedzi na pismo z dnia 05.05.2014 r. Podnieść bowiem należy, że gdyby wykonawca otrzymał wówczas jakąkolwiek wiadomość o żądanych dokumentach i informacjach, niewątpliwie zadośćuczyniłby temu żądaniu w określonym terminie. Co więcej - stwierdził, że wykonawca przekazał zamawiającemu żądane informacje i dokumenty bez zbędnej zwłoki, po otrzymaniu informacji w dniu 20.05.2014 r., gdyż dopiero wówczas dowiedział się o konieczności przesłania tychże informacji i dokumentów. Dodatkowo

podkreślił, że samo uwzględnienie w ogłoszeniu o zamówieniu informacji, iż do przetargu będzie wykorzystywany faks, jest z punktu widzenia wymogów prawnych niewystarczający. KIO w wyroku z dnia 08.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1015/08 podkreśliła, że: „*art. 27 ustawy PZP decyzję o wyborze formy porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami pozostawia Zamawiającemu, przy czym o dokonanym wyborze formy Zamawiający zobowiązany jest poinformować wykonawców w pierwszym dokumencie w danym postępowaniu (w tym także ogłoszeniu o zamówieniu)*”. Tym samym Zamawiający w sytuacji, gdy wyłącznie w ogłoszeniu o zamówieniu uwzględnił, iż możliwy jest kontakt z Wykonawcą za pomocą faksu, nie spełnił koniecznej przesłanki dodatkowego poinformowania Wykonawcy o używaniu w dalszych etapach postępowania faksu. Tym bardziej bezprawne jest wywodzenie negatywnych dla wykonawcy skutków prawnych z faktu braku doręczenia pisma przesłanego poprzez faks. Do obowiązków Zamawiającego należało bowiem dopełnienie wszelkiej należytej staranności w celu potwierdzenia otrzymania przedmiotowego pisma przez wykonawcę. Obowiązek ten był tym bardziej doniosły, że doręczenie przedmiotowego pisma miało w następstwie wpływ na wynik przetargu.

Zamawiający w dniu 28.05.2014 r. wezwał (faxem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 29.05.2014 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) SKAŃSKA zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 09.06.2014 r. (faxem i e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o odrzuceniu lub ewentualnie o oddalenie odwołania. Po pierwsze, stwierdził, że kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu. Przekazana kopia odwołania nie zawiera podpisu, lecz jedynie komputerowo napisane imię i nazwisko Odwołującego. Powoduje to, że odwołanie nie może być potraktowane jako wniesione w formie pisemnej (art. 180 ust. 4 Pzp). Nie spełnia ono również obligatoryjnego (niepodlegającego uzupełnieniu) wymagania zawartego w § 4 ust. 1 pkt 9 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, zgodnie z którym odwołanie musi zawierać „*podpis odwołującego albo jego przedstawiciela (przedstawicieli)*”. Podkreślenia wymaga fakt, że przekazanie kopii odwołania zamawiającemu nie może być traktowane wyłącznie jako wymóg techniczny. Ma

ono duże znaczenie dla całego postępowania odwoławczego, gdyż zamawiający po zapoznaniu się z jego treścią może uznać za zasadną argumentację w nim zawartą i w konsekwencji tego zmienić swoje stanowisko. Jednakże, aby zamawiający mógł przystąpić do merytorycznego analizowania odwołania musi być pewien, że otrzymał jego ostateczną treść, a nie np. jego projekt. Potwierdzeniem, że odwołanie zawiera pełne i finalne stanowisko odwołującego jest właśnie złożenie własnoręcznego podpisu pod treścią odwołania. Jeżeli w przypadku niniejszego odwołania Prezesowi KIO przekazano odwołanie opatrzone podpisem Pana M. Ś.a lub jego przedstawiciela to w ocenie Zamawiającego mogło dość do naruszenia wskazanego w art. 180 ust. 5 Pzp obowiązku przesłania kopii odwołania Zamawiającemu. W postanowieniu KIO z dnia 23.05.2013 r., sygn. akt: KIO 1046/13 stwierdzono, że: *„pojęcie >kopia< oznacza merytoryczną tożsamość dokumentów przesłanych Prezesowi Izby i zamawiającemu”*. Wynika z tego, że Zamawiający powinien otrzymać kopię, a więc dokładne odtworzenie oryginału dokumentu przekazanego Prezesowi KIO.

Po drugie, gdyby KIO nie uznała argumentacji Zamawiającego, w zakresie odrzucenia odwołania to poniżej przedstawił stanowisko Zamawiającego odnośnie merytorycznej treści odwołania:

Odnośnie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 27 ust. 2 Pzp oraz art. 61 § 1 KC poprzez nieprawidłowe przyjęcie, że Odwołującemu zostało doręczone pismo z dnia 05.05.2014 r. z wezwaniem do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów złożonych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu Z przyczyn opisanych poniżej zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 27 ust. 2 Pzp wskazuje, że: *„Jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania”*. Przywołany przepis wskazuje, że strona przesyłająca dokument ma prawo - a nie obowiązek - żądania potwierdzenia faktu otrzymania dokumentu przez drugą stronę. Potwierdza to orzecznictwo, np. wyrok KIO z dnia 24.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1468/12, gdzie stwierdzono, że *„co do dyspozycji art. 27 ust 2 ustawy P.z.p., która została także przywołana w treści postanowień SIWZ w niniejszym postępowaniu to Izba wskazuje, że przepis ten nie zawiera bezwzględnego obowiązku żądania potwierdzenia w każdym przypadku prawidłowości przesłania faksu”*. Wynika z tego, że nie można Zamawiającemu postawić zarzutu naruszenia art. 27 ust. 2 Pzp tylko z powodu braku żądania przez niego potwierdzenia otrzymania faksu. Odwołujący stawia również zarzut naruszenia art. 61 § 1 KC. Odwołujący nie przedstawia żadnych argumentów na poparcie swojego stanowiska. Z ostrożności procesowej Zamawiający odniesie się jednak do tego zarzutu. Przywołany przepis kodeksu cywilnego wskazuje, że: *„Oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła*

zapoznać się z jego treścią. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej". Przyjmuje się, że w przypadku wysyłania dokumentów za pomocą faksu, wydruk raportu prawidłowego wysłania faksu potwierdza, że oświadczenie woli dotarło do adresata w taki sposób, że mógł się z nim zapoznać. Zagadnienie to zostało poruszone w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 2.10.2002 r., sygn. akt: III PZP 17/02. Wyrażono w niej następujący pogląd: „osoba składająca oświadczenie woli za pomocą telefaksu otrzymuje wydruk kontrolny, z którego wynika, że powyższe oświadczenie zostało wysłane z jej aparatu nadawczego (wysyłającego) oraz odebrane przez aparat odbiorcy. Ów wydruk stwarza równocześnie domniemanie prawne, że oświadczenie doszło do adresata w sposób określony w art. 61 KC, to znaczy w sposób pozwalający mu zapoznać się z treścią oświadczenia woli nadawcy. Wydruk ten jest bowiem -podobnie jak recepis pocztowy - traktowany w doktrynie jako tzw. dowód prima tacie, to znaczy dowód, który jest dowodem dojścia oświadczenia woli do adresata, dopóki adresat nie wykaże środkami przewidzianymi w przepisach postępowania cywilnego, że na przykład z powodu zakłóceń pracy aparatu odbiorczego nastąpiło takie zniekształcenie tekstu przesłanego oświadczenia, iż stało się ono niezrozumiałe. W takim też wypadku nie ma podstaw do uznania, że oświadczenie woli wysłane za pomocą telefaksu (faksu) doszło do adresata w znaczeniu przyjętym w art. 61 KC. Poza jednak takimi sytuacjami, jak przykładowo wskazane, oświadczenie woli wysłane i odebrane za pomocą telefaksu należy uważać za złożone z chwilą, w której adresat mógł zapoznać się z jego treścią. Chwilą tą jest chwila odbioru faksu przez aparat adresata". Analogiczne poglądy co do tego, że pozytywny raport wysłania faksu stwarza domniemanie prawne skutecznego wysłania dokumentu (oświadczenia woli) wyrażono w szeregu orzeczeń KIO (np. wyrok z dnia 11.07.2012 r. sygn. akt: KIO 1344/12, wyrok z dnia 30.11.2011 r. sygn. akt: KIO 1984/11, KIO 1987/11; wyrok z dnia 29.09.2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 1963/10, postanowienie z dnia 27.06.2011 r. sygn. akt: KIO 1258/11) oraz np. w postanowieniu Naczelnego sądu Administracyjnego z dnia 24.04.2013 r. (sygn. akt: NSA II GSK 504/13). zatem, Zamawiający dysponując raportem potwierdzającym prawidłowe wysłanie faksu ma wszelkie podstawy, aby sądzić, że wykonawca mógł zapoznać się z przesłanym mu dokumentem. Należy również zwrócić uwagę, że przepis art. 61 § 1 KC skuteczność złożenia oświadczenia woli uzależnia od stworzenia możliwości zapoznania się z treścią pisma, a nie od faktycznego zapoznania się z jego treścią przez adresata. Wskazał, że Odwołujący stwierdza w treści odwołania, że zgodnie z przyjętym zwyczajem w tego typu sprawach, pisma o tej randze powinny być wysyłane listem poleconym, w szczególności wówczas, gdy istnieje uzasadniona wątpliwość czy pismo wysłane poprzez faks dotarło do adresata. Zdaniem Odwołującego w niniejszej sprawie taka uzasadniona wątpliwość w sposób oczywisty istniała/ o czym świadczą takie okoliczności jak brak potwierdzenia odbioru faksu ze strony wykonawcy, jak również brak

jakiegokolwiek odpowiedzi na pismo z dnia 05.05.2014 r. Nie zgodził się z twierdzeniami Odwołującego. Zamawiający w pkt 18.1. Instrukcji dla Wykonawców (Tom I SIWZ) dopuścił porozumiewanie się za pomocą wszystkich sposobów wskazanych w art. 27 ust. 1 Pzp, tj. w formie pisemnej, za pomocą faksu oraz drogą elektroniczną. Odwołujący wskazał w ofercie zarówno swój numer faksu, jak i adres e-mail, a zatem zaakceptował te sposoby porozumiewania się. Pzp w żadnym z przepisów nie tworzy hierarchii ważności dokumentów i nie wskazuje, że pewne dokumenty -ze względu na ich „rangę” - nie mogą być wysłane za pomocą faksu lub e-maila, lecz powinny być wysyłane wyłącznie listem poleconym. Za słuszny należy uznać pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 28.12.2012 r., sygn. akt: KIO 2766/12 zgodnie z którym: *„art. 27 ust. 2 p.z.p, w sytuacji przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji faksem lub drogą elektroniczną, nie przewiduje obowiązku ich niezwłocznego przesłania w formie pisemnej, lecz jedynie możliwość żądania potwierdzenia faktu otrzymania faksu lub wiadomości elektronicznej”*. W treści odwołania wskazano również, że samo uwzględnienie w ogłoszeniu o zamówieniu informacji, iż do przetargu będzie wykorzystywany faks, jest z punktu widzenia wymogów prawnych niewystarczające. Potwierdzeniem tego ma być fragment uzasadnienia wyroku KIO z dnia 08.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1015/08. Dalej Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w sytuacji, gdy wyłącznie w ogłoszeniu o zamówieniu uwzględnił, iż możliwy jest kontakt z Wykonawcą za pomocą faksu, nie spełnił koniecznej przesłanki dodatkowego poinformowania Wykonawcy o używaniu w dalszych etapach postępowania faksu. Zamawiający, co już wcześniej wskazano, w pkt 18.1 IDW opisał dopuszczone sposoby porozumiewania się w postępowaniu. Przekazanie tych informacji w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” jest wystarczające i wiążące dla wszystkich wykonawców, którzy chcą uczestniczyć w postępowaniu. Żaden przepis ustawy Pzp nie nakłada na Zamawiającego obowiązku dodatkowego - jak to sugeruje Odwołujący - informowania wykonawcy o dopuszczonych sposobach porozumiewania się. Przywołany w odwołaniu wyrok KIO mimo, że dotyczy innego stanu faktycznego, to wręcz potwierdza słuszność postępowania Zamawiającego. W wyroku wskazano, że: *„art. 27 ustawy PZP decyzję o wyborze formy porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami pozostawia Zamawiającemu, przy czym o dokonany wyborze formy Zamawiający zobowiązany jest poinformować wykonawców w pierwszym dokumencie w danym postępowaniu (w tym także w ogłoszeniu o zamówieniu)”*. Postępowanie którego dotyczy wyrok było prowadzone w trybie przetargu ograniczonego. W takim stanie rzeczy zacytowana teza jest słuszna, gdyż w przetargu ograniczonym to właśnie ogłoszenie o zamówieniu jest pierwszym dokumentem, z którego wykonawcy powinni powziąć wszystkie niezbędne informacje (w tym te o sposobie porozumiewania się) dotyczące postępowania. W sprawie która jest przedmiotem odwołania, dokumentami z których wykonawcy czerpali informacje o postępowaniu było ogłoszenie

i SIWZ, W której Zamawiający wskazał dopuszczone sposoby porozumiewania się. Postępowanie jest o wartości nie przekraczającej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, a zatem oba te dokumenty (ogłoszenie i SIWZ) upubliczniono jednocześnie i były to pierwsze dokumenty w tym postępowaniu.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania przetargowego i jednoczesne odrzucenie jego oferty, podczas gdy brak było ku temu jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnia tego zarzutu. Zamawiający wskazuje, że zgodnie z art. 26 ust. 2a Pzp to na Wykonawcy ciąży obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Spełnianie warunków powinno, w sposób niebudzący wątpliwości, wynikać z dokumentów złożonych wraz z ofertą. W przypadku Odwołującego dokumenty jednoznacznie tego nie potwierdzały. Wobec powyższego, zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 oraz ust. 4 Pzp, Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia oraz wyjaśnienia dokumentów. W wyznaczonym terminie Zamawiający nie otrzymał żadnej odpowiedzi od Odwołującego. Słusznie zatem przyjęto to, że z dokumentów złożonych wraz z ofertą nie wynika spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Konsekwencją tego było wykluczenie Odwołującego z postępowania przetargowego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. W tym zakresie Izba wskazuje, że Odwołujący, którego został wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. Cena - 100%, w przypadku potwierdzenia się podnoszonego zarzutu, ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, zważywszy że złożył ofertę najkorzystniejszą cenowo.

Odnosnie wniosku Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 w zw. z art. 180 ust. 5 Pzp, gdyż kopia odwołania nie

zawierała podpisu, lecz jedynie komputerowo napisane imię i nazwisko Odwołującego. Izba nie przychyliła się do przedmiotowego wniosku. Zasadnie wskazywał Odwołujący na posiedzeniu, na różnicę pomiędzy kopią odwołania, a odwołaniem wynikającą z faktu, że w tym zakresie mamy do czynienia z kopią odwołania dla której nie jest konieczne zachowanie wymogu pisemności. W oparciu o treść art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp, brak podpisu pod kopią odwołania nie mógł stanowić podstawy do jego odrzucenia przez Izbę, gdyż wskazanie w treści przepisu na kopię odwołania, oznacza wyłączenie obowiązku zachowania formy pisemnej, dla której zachowania warunkiem koniecznym jest złożenie własnoręcznego podpisu. Odwzorowanie podpisu, znajdujące się na kopi dokumentu, formy tej nie zastępuje, a tym samym brak podpisu nie stanowi o wadzi formalnej kopii odwołania. Celem wskazanej regulacji, jest umożliwienie zamawiającemu zapoznanie się z treścią odwołania, w tym w szczególności z podniesionymi zarzutami i żądaniami, a także przytoczoną argumentacją. W badanej sprawie, Odwołujący dochował obowiązku przekazania zamawiającemu kopii odwołania, przekazując Zamawiającemu identyczną treść pisma złożonego do Izby. W tym zakresie chodzi o brak konieczności własnoręcznego podpisu. Izba podzieliła w tym zakresie podobną argumentację wynikającą z wyroku KIO z dnia 25.01.2011 r., sygn. akt: KIO 59/11, tudzież wyroku KIO z dnia 20.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 19/09.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, treści ogłoszenia o zamówieniu, postanowień SIWZ, oferty Odwołującego, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 20.05.2014 r., wydruku e-maila Odwołującego z dnia 20.05.2014 r. skierowanego do Zamawiającego, pisma Zamawiającego z dnia 21.05.2014 r. wraz z załączonym e-mailem Zamawiającego z tego dnia, wezwaniem z dnia 05.05.2014 r. z potwierdzeniem nadania 2 stron dokumentu na numer faksu Odwołującego wskazany w ofercie wraz raportem „OK”, wyciągiem ze str. 19-20 oferty Odwołującego, odwołania wraz załącznikami, tj. pismami i wydrukami wskazanymi powyżej, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie.

Izba nie dopuściła dowodu z przesłuchania świadków w osobach pana M. (wskazanego w odwołaniu) oraz Z. Ś. (wskazanego na posiedzeniu) na okoliczności nie otrzymania faksu o którym mowa w treści odwołania oraz tego, iż urządzenie do odbioru faksu było sprawne technicznie. W zakresie osoby wskazanej w odwołaniu, jak i nowo zgłoszonej osoby w dniu dzisiejszym na posiedzeniu, Izba wskazuje, że *de facto* pierwotny wniosek nie dotyczył świadka, lecz strony (czyli został błędnie skonstruowany), po drugie w ocenie Izby mimo, że pierwotny wniosek dotyczył także kwestii sprawności

urządzenia, to zdaniem Izby, były to sensu stricte wnioski dowodowe o charakterze negatywnym. Nadto, dowód z przesłuchania świadka nie byłby adekwatny w zakresie sprawności urządzenia, gdyż należałoby przedstawić w pierwszej kolejności na potwierdzenie tej okoliczności inne dokumenty, takie jak chociażby dowód zakupu sprzętu, pozostawania urządzenia na gwarancji, naprawy urządzenia – książkę serwisową, nie zaś w pierwszej kolejności dowód z przesłuchania świadka.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W dniu 20.05.2014 r. Zamawiający otrzymał w wyniku informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty, wiadomość elektroniczną w ramach której Odwołujący stwierdził, że nie został poinformowany o brakach w jego ofercie, o których uzyskał wiedzę dopiero z pisma z dnia 20.05.2014 r. Wnosił o udowodnienie, że otrzymał wcześniejsze pismo o którym jest mowa w informacji z dnia 20.05.2014 r., tj. wezwanie z dnia 05.05.2014 r. (Brak odpowiedzi Odwołującego na niniejsze pismo z dnia 05.05.2014 r. skutkowało wykluczeniem Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty). W ramach pisma z dnia 21.05.2014 r. przesłanego elektronicznie Odwołującego oraz e-maila wynikało, że w dniu 05.05.2014 r. Zamawiający skutecznie wezwał Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp oraz uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do dnia 12.05.2014 r. Na potwierdzenie tej okoliczności załączył potwierdzeniem nadania 2 stron dokumentu na numer faksu Odwołującego wskazany w ofercie wraz raportem „OK.” oraz wyciągi ze str. 19-20 oferty Odwołującego.

Nadto, Izba wzięła pod uwagę dopuszczone jako dowód potwierdzenie nadania 2 stron dokumentu na numer faksu Odwołującego wskazany w ofercie wraz raportem „OK.” złożone na rozprawie przez Zamawiającego wraz z wykazem połączeń operator NETIA, z dnia 05.05.2014 r. Podobnie uwzględniono również przedłożony na rozprawie przez Zamawiającego dodatkowy raport faksowy z dnia 05.05.2014 r. z wynikiem negatywnym dotyczący innego numeru faxowego, jak również wynik negatywny informacji w tym zakresie od operatora telefonicznego, tzn. wykaz połączeń z tego dnia wśród których nie ma numeru na który próbowano przesłać fax.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, po

wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 27 ust. 2 Pzp oraz art. 61 § 1 KC, poprzez nieprawidłowe przyjęcie, że Odwołującemu zostało doręczone pismo z dnia 05.05.2014 r. Zamawiającego w sprawie udzielenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie zgłoszenia Wykonawcy do przetargu, podczas gdy Wykonawca nie otrzymał tego pisma, a także nie miał żadnej możliwości zapoznania się, z jego treścią, Izba uznała niniejszy zarzut za niepotwierdzony.

Istotą sporu w przedmiotowym postępowaniu jest rozstrzygnięcie, czy Zamawiający zasadnie wykluczył Odwołującego z postępowania i uznał jego ofertę za odrzuconą, co wymaga ustalenia, czy Zamawiający prawidłowo przyjął, że Odwołujący otrzymał wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp oraz uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp i w wyznaczonym terminie nie uczynił zadość wezwaniu.

Zamawiający podnosił, że w dniu 05.05.2014 r. za pomocą faksu wysłał do Odwołującego pismo, w którym wezwał go do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp oraz uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Na dowód powyższego przedłożył potwierdzenie nadania 2 stron dokumentu na numer faksu Odwołującego wskazany w ofercie wraz raportem „OK.” Ponadto na rozprawie Zamawiający złożył wykaz połączeń operator NETIA, z którego wynika, iż w dniu 05.05.2014 r. miało miejsce skuteczne połączenie z numerem należącym do Odwołującego – wynik pozytywny. Nadto, stwierdził, że gdyby uznać, że takie połączenie miało wynik negatywny, to w takiej sytuacji nie byłoby go w wykazie połączeń. Na potwierdzenie powyższej okoliczności przedłożył raport faksowy z dnia 05.05.2014 r. z wynikiem negatywnym, jak również wynik negatywny informacji w tym zakresie od operatora telefonicznego, tzn. wykaz połączeń z tego dnia wśród których nie ma numeru na który próbowano przesłać fax.

Należy zauważyć, że zgodnie z art. 6 KC, znajdującego zastosowanie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego stosownie do art. 14 Pzp, ciężar dowodu spoczywa osobie, która z wykazywanego faktu wywodzi skutki prawne. Wobec przedłożenia przez Zamawiającego dowodów w postaci potwierdzeń nadania faksu oraz wykazu połączeń z dnia 05.05.2014 r. uzyskanego on-line od operatora NETIA, na Odwołującym spoczywał ciężar udowodnienia, że przedmiotowego faksu nie otrzymał. Odwołujący nie przedłożył żadnego dowodu na potwierdzenie prezentowanego stanowiska. Przy czym należy podtrzymać, że Izba oddaliła wniosek o przesłuchanie świadków, gdyż miał on charakter wniosku dowodowego o charakterze negatywnym. Jednocześnie, Izba wzięła pod uwagę, że Odwołujący nie przedłożył żadnej pisemnej korespondencji z operatorem NETIA z której wynikałaby odmowa udostępnienia wykazu połączeń faxowych

z dnia 05.05.2014 r. (należy zauważyć, że Zamawiający taki wykaz połączeń od operatora NETIA przedłożył), samo złożone w tym względzie oświadczenie jest w ocenie Izby niewystarczające. Nadto, należy zauważyć, że jeśli operator NETIA odmówił udostępnienia wykazu, to należało chociażby uzyskać odpowiedź na pytanie, czy w dniu 05.05.2014 r. miało miejsce połączenie faxowe na numer faxowy Odwołującego z numeru faxowego Zamawiającego. Izba stoi na stanowisku, że Odwołujący miał możliwość przedłożenia stosownych dowodów na swoją korzyść, lecz tego nie uczynił, nie przedłożył też pisemnej odmowy operatora NETIA.

W tym zakresie Izba wskazuje także na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 02.10.2002 r., sygn. akt: III PZP 17/2002, publ. OSNCP z 2003 nr 20, poz. 481, gdzie stwierdzono, że możliwość zapoznania się z treścią oświadczenia woli ma również znaczenie przy ocenie skuteczności oświadczeń woli składanych na odległość za pomocą telefaksu. Według słownika terminów komputerowych Bryana Pfaffenbergera (przekład zbiorowy pod redakcją Leksemu, W-wa 1999, s. 79), faks jest urządzeniem, które może nadawać lub odbierać treść dokumentów papierowych przy wykorzystaniu linii telefonicznych. Faks skanuje kartkę papieru, tworzy jej obraz w postaci cyfrowej, po czym go transmituje. Faks, do którego jest wysyłany dany dokument, odbiera zapis cyfrowy, dekoduje go i drukuje kopię strony oryginalnej.

Jak więc z powyższego wynika, faks (telefaks) polega na przesyłaniu wiadomości w postaci obrazów nieruchomych (pisma, rysunków, nut itp.) między dwoma aparatami, z których - w konkretnej sytuacji - jeden jest aparatem nadawcy wiadomości, a drugi - odbiorcy. Jest przy tym charakterystyczne, a zarazem istotne to, że osoba składająca oświadczenie woli za pomocą telefaksu otrzymuje wydruk kontrolny, z którego wynika, że powyższe oświadczenie zostało wysłane z jej aparatu nadawczego (wysyłającego) oraz odebrane przez aparat odbiorcy. Ów wydruk stwarza równocześnie domniemanie prawne, że oświadczenie doszło do adresata w sposób określony w art. 61 KC, to znaczy w sposób pozwalający mu zapoznać się z treścią oświadczenia woli nadawcy. Wydruk ten jest bowiem - podobnie jak receptis pocztowy - traktowany w doktrynie jako tzw. *dowód prima facie*, to znaczy dowód, który jest dowodem dojścia oświadczenia woli do adresata, dopóki adresat nie wykaże środkami przewidzianymi w przepisach postępowania cywilnego, że na przykład z powodu zakłóceń pracy aparatu odbiorczego nastąpiło takie zniekształcenie tekstu przesłanego oświadczenia, iż stało się ono niezrozumiałe. W takim też wypadku nie ma podstaw do uznania, że oświadczenie woli wysłane za pomocą telefaksu (faksu) doszło do adresata w znaczeniu przyjętym w art. 61 KC. Poza jednak takimi sytuacjami, jak przykładowo wskazane, oświadczenie woli wysłane i odebrane za pomocą telefaksu należy uważać za złożone z chwilą, w której adresat mógł zapoznać się z jego treścią. Chwilą tą jest

chwila odbioru faksu przez aparat adresata. (zob. S. Dmowski, S. Rudnicki: Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna. Wydanie trzecie, W-wa 2001, str. 202).

Z powyższego wynika, że przedłożenie przez Zamawiającego pozytywnego raportu wysłania faksu stwarza domniemanie prawne, iż Odwołujący oświadczenie to otrzymał w sposób pozwalający na zapoznanie się z jego treścią. Odwołujący – o ile temu zaprzecza – powinien był wykazać, że oświadczenia tego nie otrzymał. Wykazanie takie powinno nastąpić za pomocą środków dowodowych, chociażby takich, jak wykaz połączeń faksowych z urządzeniem faksowym Odwołującego w danym dniu czy potwierdzeniem, iż urządzenie faksowe odwołującego się nie funkcjonowało w sposób prawidłowy. Wobec braku jakiegokolwiek dowodu na tę okoliczność przyjmując należy, iż wystosowane przez Zamawiającego wezwanie odwołujący się otrzymał w dacie wynikającej z dowodów złożonych przez Zamawiającego i w tym dniu mógł się zapoznać z treścią tego wezwania zapoznać (podobnie w tym zakresie wyrok KIO z dnia 30.09.2010 r., sygn. akt: KIO 1984/11; sygn. akt: KIO 1987/11, tudzież postanowienie z dnia 27.06.2011 r., sygn. akt: KIO 1258/11).

Dodatkowo należy zauważyć, że Odwołujący stwierdził na rozprawie, że do dnia przekazania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej zawierającej także informacje o jego wykluczeniu, nie wiedział nic o wezwaniu do wyjaśnień z dnia 05.05.2014 r., nie miał też możliwości zapoznania się z jego treścią. W ocenie Izby, przedłożone na rozprawie przez Zamawiającego wykazy połączeń z dnia 05.05.2014 r. (uzyskane od operatora NETIA) świadczą przeciwnie, iż taka możliwość istniała, gdyż takie połączenie w tym dniu z numerem faxowym Odwołującego ze strony Zamawiającego niewątpliwie miało miejsce.

Nadto, Izba podzieliła, stanowisko Zamawiającego, że art. 27 ust. 2 Pzp – nie powoduje obowiązku niezwłocznego przesłania w formie pisemnej informacji przesłanej faxem, lecz jedynie możliwość, czyli uprawnienie żądania potwierdzenia faktu otrzymania faksu. (tak też w wyroku KIO z dnia 24.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1468/12).

Każdy z uczestników postępowania składając ofertę w postępowaniu (w którym Zamawiający dopuścił do porozumiewania się za pomocą formy faxowej – pkt 18.1 SIWZ) winien liczyć się w wypadku podania numeru faxowego, iż na ten numer będzie otrzymywał korespondencje. Po jego stronie leży tak zapewnienie sprawności urządzenia faxowego, jak i możliwości potwierdzenia faktu otrzymania dokumentów, choć w tym wypadku związane jest to z uprawnieniem Zamawiającego, a nie obowiązkiem. Związane jest to chociażby z uniknięciem uchylania się od takich żądań, chociażby poprzez twierdzenie o braku uprawnień w tym zakresie i nieobecność osoby umocowanej.

Biorąc pod uwagę powyższe, jak na wstępie.

Odnosnie naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania przetargowego i jednoczesnego

odrzućenia jego oferty, podczas gdy brak było ku temu jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych, Izba uznała niniejszy zarzut za niezasadny.

W ocenie Izby biorąc pod uwagę ustalenia wynikające z rozpatrzenia poprzedniego zarzutu Odwołujący nie udowodnił w sposób dostateczny, iż nie otrzymał wezwania i wyłącznie z tego powodu nie uzupełnił dokumentów, ani nie dokonał wyjaśnień. Odwołujący nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a zatem decyzję Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą należy uznać za uzasadnioną.

Biorąc pod uwagę powyższe, jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący :

.....