

WYROK
z dnia 6 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 maja 2012 r. przez wykonawcę

Comarch S.A. Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków

w postępowaniu prowadzonym przez

Małopolski Instytut Kultury ul. Karmelicka 27, 31-131 Kraków

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Małopolski Instytut Kultury ul. Karmelicka 27, 31-131 Kraków i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Comarch S.A. Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od Małopolskiego Instytutu Kultury ul. Karmelicka 27, 31-131 Kraków na rzecz Comarch S.A. Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu.**

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Małopolski Instytut Kultury prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie systemu Wirtualne Muzea Wielkopolski dla projektu „Wirtualne Muzea Małopolski” realizowanego w ramach Małopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2007-2013* na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 26 listopada 2011 r. w Dzienniku Urzędowym UE, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

25 maja 2012 r. odwołujący – Comarch S.A. wniósł odwołanie od:

1. niezgodnej z przepisami ustawy czynności poprawienia przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych omyłki polegającej na niezgodności treści oferty wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą – Michała Stefańskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MobileMS Michał Stefański z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podczas gdy omyłka

ta powoduje istotną zmianę treści oferty, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty Michała Stefańskiego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na niezgodność jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie terminu realizacji zamówienia; ewentualnie

2. w przypadku nieuwzględnienia odwołania w zakresie punktu 1. – od zaniechania odrzucenia oferty Michała Stefańskiego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych i uznania zgody Michała Stefańskiego na poprawę omyłki za skuteczną, pomimo że wycofał on zgodę na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,

3. czynności wezwania Michała Stefańskiego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do wyjaśnienia treści oferty w zakresie określonego w ofercie terminu realizacji zamówienia w sytuacji, gdy była to oczywista niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie stan treści oferty, który mógłby budzić wątpliwości zamawiającego,

4. zaniechania wykluczenia Michała Stefańskiego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i uznania, że wyraził on zgodę na przedłużenie terminu

3

związania ofertą, podczas gdy zgoda taka nie została wyrażona oraz od zaniechania uznania jego oferty za odrzuconą,

5. prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności: wyboru oferty Michała Stefańskiego i unieważnienia czynności oceny ofert, wezwania Michała Stefańskiego do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprawy omyłki w ofercie Michała Stefańskiego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wezwania go do wyrażenia zgody na jej poprawienie i nakazanie odrzucenia oferty Michała Stefańskiego jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ewentualnie wobec nieuwzględnienia żądania – unieważnienia czynności uznania za skuteczną zgodę Michała Stefańskiego na poprawienie ww. omyłki i nakazanie odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych i unieważnienia czynności uznania za skuteczną zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą i nakazanie wykluczenia Michała Stefańskiego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, dokonania ponownej oceny ofert, nakazania dokonania wyboru oferty złożonej przez Comarch S.A. jako oferty najkorzystniejszej.

W dalszej części odwołania odwołujący wskazał następujący stan faktyczny.

Zamawiający w rozdziale 3. pkt 3.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił następujące wymaganie w zakresie terminu wykonania zamówienia: 10 miesięcy od dnia zawarcia umowy. W punkcie 6.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, że wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje będą przekazywane pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną, z zastrzeżeniem formy pisemnej dla złożenia oferty wraz z załącznikami oraz uzupełnienia oferty, w tym oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań określonych przez zamawiającego, a także zmiany lub wycofania oferty. W przypadku przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdzi fakt ich otrzymania. Dokument uważa się za złożony w terminie, jeżeli jego treść dotarła do adresata przed upływem wyznaczonego terminu.

Michał Stefański w ofercie podał: „Przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany w terminie do 1.01.2013 r.”

4

Zamawiający mailem z 19 kwietnia 2012 r. zwrócił się do Michała Stefańskiego z prośbą o przedłużenie terminu związania ofertą i ważności wadium, wyznaczając termin odpowiedzi do 26 kwietnia 2012 r. godz. 16:00.

26 kwietnia 2012 r. o godz. 15:56 Michał Stefański wysłał na adres poczty elektronicznej zamawiającego mail o treści: „przesyłam stosowne wyjaśnienia” wraz ze skanem pisma o treści: „Wyrażam zgodę na przedłużenie ważności umowy oraz wadium”. W tym samym dniu o godz. 17:11 Michał Stefański wysłał na adres poczty elektronicznej zamawiającego e-mail o treści: „W odpowiedzi na prośbę o przedłużenie ważności oferty oraz wadium oraz poprawę pomyłki pisarskiej, informujemy iż NIE UDZIELAMY ZGODY na powyższe. W załączniku skany pism z wyjaśnieniami, oryginały zostały właśnie wysłane pocztą”. Skany załączonych pism zawierały oświadczenie: „nie wyrażamy zgody na poprawienie omyłki dot. terminu realizacji zamówienia” oraz „Nie wyrażamy zgody na przedłużenie ważności oferty oraz wadium” (data obydwu skanów 26 kwietnia 2012).

Zamawiający potwierdził odbiór e-maila z godz. 17:11 drogą elektroniczną 27 kwietnia 2012 r., o godz. 10:24.

30 kwietnia 2012 r. zamawiający otrzymał oryginał pisma Michała Stefańskiego z 26 kwietnia 2012 r. „nie wyrażamy zgody na przedłużenie ważności oferty oraz wadium”.

E-mailem z 25 kwietnia 2012 r. zamawiający zawiadomił Michała Stefańskiego o dokonaniu poprawy omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie terminu wykonania zamówienia z: „Przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany w terminie do 1.01.2013 r.” na: „Termin wykonania zamówienia: 10 miesięcy od dnia zawarcia umowy” wyznaczając mu termin na wyrażenie zgody na poprawę omyłki „do trzech dni licząc od dnia doręczenia niniejszego pisma”. Michał Stefański potwierdził odbiór pisma 25 kwietnia 2012 r.

26 kwietnia 2012 r. o godz. 16:18 Michał Stefański wysłał na adres poczty elektronicznej zamawiającego e-mail o treści: „W załączniku zgoda na poprawienie omyłki”. (Zamawiający potwierdził odbiór ww. e-maila 27 kwietnia 2012r. o godz. 12:27.)

26 kwietnia 2012 r. o godz. 17:11 Michał Stefański wysłał na adres poczty elektronicznej zamawiającego powyżej przywołany e-mail o treści: „W odpowiedzi na prośbę o przedłużenie ważności oferty oraz wadium oraz poprawę pomyłki pisarskiej, informujemy iż NIE UDZIELAMY ZGODY na powyższe. W załączniku skany pism z wyjaśnieniami, oryginały zostały właśnie wysłane pocztą”. Skany załączonych pism zawierały oświadczenie: „nie wyrażamy zgody na poprawienie omyłki dot. terminu realizacji zamówienia” oraz „nie wyrażamy zgody na przedłużenie ważności oferty oraz wadium”. Jak już wskazano, zamawiający potwierdził odbiór e-maila z godz. 17:11 26 kwietnia 2012 r. drogą elektroniczną 27 kwietnia 2012 r., o godz. 10:24.

5

30 kwietnia 2012 r. zamawiający otrzymał oryginał pisma Michała Stefańskiego z 26 kwietnia 2012 r.: „Wyrażamy zgodę na poprawienie omyłki dot. terminu realizacji zamówienia.”

16 maja 2012 r. zamawiający dokonał wyboru oferty Michała Stefańskiego.

W uzasadnieniu odwołujący przedstawił następujące stanowisko.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych odrzuceniu podlega oferta, która zawiera omyłki inne niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe, polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, które zamawiający poprawił samodzielnie i co do których wykonawca w ciągu trzech dni od zawiadomienia nie zgodził się na ich poprawienie.

Określenie przez Michała Stefańskiego terminu wykonania zamówienia poprzez datę kalendarzową, podczas gdy specyfikacja istotnych warunków zamówienia wymagała wykonania zamówienia w terminie „10 miesięcy od zawarcia umowy” stanowi o merytorycznej niezgodności oferty z treścią specyfikacji pod względem sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. Poprawienie omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może powodować istotnych zmian w treści oferty i musi być omyłką. Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym poprawa powoduje istotną zmianę treści oferty, gdyż dotyczy terminu wykonania zamówienia, który należy do istotnych elementów umowy. Tymczasem czynność poprawienia omyłki nie może stanowić zastąpienia wykonawcy przez zamawiającego w konstruowaniu jej istotnych elementów. Nie jest to też omyłka, gdyż Michał Stefański nie tylko podał w ofercie termin realizacji, lecz określił ów termin w zupełnie inny sposób – podał sztywną datę kalendarzową, podczas gdy zamawiający posłużył się określeniem terminu poprzez określenie momentu początku i końca jego biegu. Zamawiający mógłby poprawić ów termin, gdyby zamiast wymaganego

terminu „10 miesięcy” podano np. 11 lub 9 miesięcy – taki błąd byłby niedokładnością w tekście o charakterze drobnego niedopatrzenia czy opuszczenia, kwalifikującą się jako „inna omyłka”. Zamawiający nie dostrzegł, że ów błąd nie ma charakteru przeoczenia czy opuszczenia, lecz wynika z istotnego błędu po stronie wykonawcy, który określając termin, wyliczył go dokładnie od dnia składania ofert (29 lutego 2012 r.) Wykonawca podjął zatem trud obliczenia tego terminu, bacząc by był dokładnie i bezbłędnie wyliczony, więc wpisanie do oferty daty było zabiegiem świadomym, poprzedzonym kalkulacją i obliczeniami, a nie niedopatrzeniem.

Ponadto warunkiem zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest możliwość samodzielnego poprawienia przez zamawiającego owej omyłki, co zachodzi wówczas, gdy nie istnieje inny sposób jej poprawy, bez konieczności uciekania się przez zamawiającego do informacji spoza oferty wykonawcy. Tymczasem w realiach

6

niniejszej sprawy zamawiający posiłkował się źródłem spoza oferty przepisując specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Michał Stefański w odpowiedzi na wyrażenie zgody na poprawę omyłki udzielił trzech sprzecznych odpowiedzi: 1. wyraził zgodę na poprawę e-mailem z 26 kwietnia 2012 r. wysłanym o godz. 16:18, 2. nie udzielił zgody na poprawę e-mailem z 26 kwietnia 2012 r. wysłanym o godz. 17:11, 3. wyraził zgodę na poprawę na piśmie, data wpływu do zamawiającego 30 kwietnia 2012 r. (Z uwagi na upływ 3-dniowego terminu określonego w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych ostatnie z pism jako złożone po terminie nie wywołuje skutków prawnych i może zostać pominięte.)

Istota problemu sprowadza się do rozstrzygnięcia, czy doszło do skutecznego odwołania zgody. Zagadnienie chwili złożenia oświadczenia woli reguluje art. 61 kodeksu cywilnego. § 1. stanowi, 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. § 2 stanowi natomiast, że oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. Z kolei kwestię odwołania oświadczenia woli reguluje zdanie drugie § 1 – umożliwia ono odwołanie oświadczenia woli, jeżeli odwołanie doszło do adresata jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej. Zamawiający, naruszając art. 61 § 1 zd. 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych uznał, iż nie doszło do odwołania udzielonej zgody. Ustalenie takie nastąpiło wbrew ewidentnym faktom, a mianowicie zamawiający potwierdził odbiór e-maila z godz. 17:11 w dniu następnym o godz. 10:24, natomiast potwierdzenie odbioru zgody na poprawę e-maila z godz. 16:18 nastąpiło o godz. 12:27. Zatem oświadczenie o odwołaniu zgody dotarło do zamawiającego przed oświadczeniem o zgodzie na poprawę. Powyższego wniosku nie zmienia fakt, iż ww. oświadczenia zostały złożone w formie elektronicznej, a zatem ma do nich zastosowanie art. 61 § 2 kc. Jak potwierdza orzecznictwo Sądu Najwyższego, z samej natury transmisji danych pocztą elektroniczną wynika, że chwila wysłania wiadomości czasowo pokrywa się niemal idealnie z chwilą pojawienia się jej w serwerze odbiorczym. Dlatego wprowadzenie oświadczenia woli należy uznać za dokonane z chwilą wpływu do serwera, z którego adresat może je ściągnąć do swojego komputera, nie wymaga się więc odebrania wiadomości (ściągnięcia do komputera odbiorcy), wystarcza bowiem sama możliwość zapoznania się. Internetowa skrzynka poczty elektronicznej umożliwia, w przeciwieństwie do zwykłej skrzynki pocztowej, w sposób nieprzerwany (ciągły) zarówno przyjmowanie, jak i odbiór wiadomości przesyłanych pocztą elektroniczną, jest więc cały czas otwarta dla jej posiadacza. W postanowieniu z 10 grudnia 2003 r., V CZ 127/03 Sąd Najwyższy uznał, że chwilą złożenia oświadczenia woli w postaci elektronicznej online jest prawidłowe przyjęcie oświadczenia przez serwer odbiorcy

7

i zarejestrowanie na nim odpowiednich danych. Te szczególne cechy poczty elektronicznej sprawiają, że każdy użytkownik Internetu korzystający z poczty elektronicznej, w normalnym toku rzeczy, może (i z reguły to czyni) codziennie kontrolować stan swojej skrzynki odbiorczej.

Jednakże powyższe poglądy nie zmieniają faktu, że żaden z przepisów kodeksu cywilnego

nie stanowi, że odwołanie oświadczenia woli uregulowane w zd. 2 art. 61 § 1 kodeksu cywilnego nie ma zastosowania do środków składanych w formie elektronicznej. W komentarzu S. Dmowskiego i S. Rudnickiego „Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna.” Warszawa 2011 autorzy stwierdzają, iż „Pewnym dowodem, że adresat oświadczenia mógł się z nim zapoznać, jest potwierdzenie odbioru (i chwili odbioru) wysłanej wiadomości. Programy poczty elektronicznej umożliwiają wysyłanie takiego potwierdzenia do nadawcy na jego żądanie, automatycznie z chwilą wyświetlenia przesianej wiadomości na komputerze odbiorcy. Jednakże odbiorca może zaniechać wysłania potwierdzenia, a wtedy wykazanie, że oświadczenie zostało złożone w taki sposób, że adresat mógł zapoznać się z jego treścią, może być wykazane w inny sposób albo też okazać się niewykonalne”. W realiach niniejszej sprawy zamawiający nie zaniechał potwierdzenia odbioru oświadczenia, dlatego nie występuje dowodowa niemożność wykazania kolejności odbioru wysłanych wiadomości. Zamawiający nie wziął pod uwagę kolejności potwierdzeń odbioru kolejnych oświadczeń, co winien był uczynić. Do tego należy zwrócić uwagę na regulację: „W przypadku przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania”, którą zamawiający nadał potwierdzeniom otrzymania specjalną rangę. Zatem zamawiający wbrew istniejącym w postępowaniu dowodom na kolejność dotarcia kolejnych oświadczeń (potwierdzenia odbioru) niesłusznie uznał, iż nie doszło do odwołania zgody na poprawienie omyłki. Również w sprawie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą Michał Stefański udzielił sprzecznych odpowiedzi: 1. 26 kwietnia 2012 r. o godz. 15:56 „Wyrażam zgodę na przedłużenie ważności umowy oraz wadium”, 2. nie udzielił zgody e-mailem z 26 kwietnia 2012 r. wysłanym o godz. 17:11, 3. nie wyraził zgody na poprawę na piśmie, data wpływu do zamawiającego 30 kwietnia 2012 r. Z uwagi na fakt, iż dwa ostatnie oświadczenia zostały złożone po upływie zakreślonego przez zamawiającego terminu nie mogą być brane pod uwagę, gdyż są nieskuteczne. Jedyne złożone w terminie oświadczenie wyraża jednak zgodę nie na przedłużenie terminu związania ofertą, lecz na „przedłużenie ważności umowy”. Zamawiający niesłusznie ocenił, iż powyższa zgoda na „przedłużenie umowy” jest tożsama ze zgodą na „przedłużenie terminu związania ofertą” – wyrażenie zgody na przedłużenie umowy, która nie została jeszcze zawarta, jest bezprzedmiotowe i bezskuteczne z punktu widzenia wyrażenia zgody wymaganej art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy

8

Prawo zamówień publicznych. Po ww. zgodzie „na przedłużenie umowy” nastąpiło kolejne oświadczenie Michała Stefańskiego, iż nie wyraża zgody na „przedłużenie ważności oferty”.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń i dokumentów złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stan faktyczny zaprezentowany w odwołaniu nie jest sporny, w związku z powyższym zbędne jest jego powtarzanie.

Co do zarzutu niezgodności oferty złożonej przez Michała Stefańskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MobileMS Michał Stefański ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia ze względu na wskazanie w ofercie terminu realizacji zamówienia zamiast „10 miesięcy od dnia zawarcia umowy” terminu do 1 stycznia 2013 r. oraz poprawienia tego wpisu przez zamawiającego w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła co następuje.

Wykonawca rzeczywiście zadeklarował termin wykonania zamówienia w inny sposób niż zamawiający wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. nie jako 10 miesięcy od dnia zawarcia umowy, lecz wskazując datę wykonania 1 stycznia 2013 r. Biorąc jednak pod uwagę, że umowa ma dotyczyć nie świadczenia polegającego na działaniu przez określony czas 10 miesięcy, lecz osiągnięciu rezultatu w postaci zaprojektowania, wykonania

i wdrożenia systemu „Wirtualne Muzea Małopolski”, oczywiście jest, że wykonawca może osiągnąć ten rezultat nie w dziesiątym miesiącu po zawarciu umowy, lecz również wcześniej. Tym samym można uznać, że deklaracja w ofercie wcześniejszego wykonania umowy nie jest niezgodna z wymaganiami zamawiającego zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Biorąc jednak pod uwagę wyjaśnienia wykonawcy z 13 kwietnia 2012 r., w których stwierdził on, że „Podany w ofercie termin realizacji zamówienia datą kalendarzową 01.01.2013 roku rzeczywiście nie jest zgodny z SIWZ (10 miesięcznym terminem liczonym od dnia zawarcia umowy). Wyjaśniamy, iż wystąpił po naszej stronie drobny błąd w szacowaniu czasu realizacji i przygotowaniu oferty. Jednocześnie z ostrożności jesteśmy zmuszeni oświadczyć,

9

że uwzględniając okoliczności nie będziemy mogli wykonać zamówienia w terminie wskazanym w ofercie, jednakże w naszej ocenie sytuacja ta upoważnia Zamawiającego do wezwania wykonawcy do uzupełnienia oferty w tym zakresie. Wykonanie przez wykonawcę zamówienia w terminie zgodnym z SIWZ jest bowiem jak najbardziej możliwe." logiczne jest, że zamawiający zdecydował się wprowadzić w ofercie poprawkę dotyczącą terminu wykonania zamówienia.

Ze względu na to, że wykonawca (Michał Stefański) nie kwestionował dokonanej poprawki z powodów wskazanych we wcześniejszym akapicie, Izba w dalszej części odnosi się do zastanego stanu postępowania, tj. z uwzględnieniem czynności poprawienia deklarowanego terminu wykonania zamówienia jako omyłki.

Izba uznała, że na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, dokonanie takiej poprawki było możliwe. Przede wszystkim odwołujący nieprawidłowo utożsamia „omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnej zmiany w treści oferty” z omyłką pisarską, omyłką oczywistą i *essentialia negotii* umowy (pomijając fakt, że termin wykonania zamówienia do *essentialia negotii* nie należy). Tymczasem omyłka ta nie musi mieć charakteru omyłki pisarskiej, do tego oczywiście (tej dotyczy bowiem pkt 1) i może odnosić się do każdego elementu oferty, a jedynie, zgodnie z dyspozycją ustawy, nie może powodować istotnych zmian w treści oferty. Nie musi to być omyłka pisarska (jak wskazuje odwołujący pomylenie 10 z 9 lub 11), lecz także w sferze faktów, świadomości czy zamiarów wykonawcy, tak jak policzenie terminu od dnia złożenia oferty, a nie zawarcia umowy.

Poza tym nieprawidłowe jest stanowisko, że zamawiający nie może przy poprawianiu takiej omyłki posiłkować się treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – w rzeczywistości jest to wręcz konieczne, gdyż to przecież niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest oceniana i poprawiana, a poprawka ma doprowadzić do zgodności oferty z tą specyfikacją – tym samym zamawiający wręcz musiał „przepisać” treść specyfikacji. Poprawienie omyłki nie spowodowało też zastąpienia wykonawcy przez zamawiającego w konstruowaniu istotnych elementów oferty, bo termin ten został już ustalony ogólnie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wykonawca w tym zakresie nie miał możliwości „konstruowania istotnych elementów oferty”.

Omyłka z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie musi być także „oczywista”, jak w punkcie 1 i 2 art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, więc zamawiający przy jej poprawianiu może posiłkować się różnymi narzędziami, także wyjaśnieniami wykonawcy.

Co zaś do samych wyjaśnień treści oferty – art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie stawia tu żadnych ograniczeń i zamawiający może zwrócić się do wykonawcy w przypadku każdej wątpliwości, którą poweźmie w stosunku do oferty. Tak więc

10

nawet jeśli w ofercie wystąpi „oczywista niezgodność” z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to zamawiający ma podstawy wyjaśnić swoje wątpliwości co do przyczyn owej rozbieżności.

Konsekwencją poprawienia omyłki w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest konieczność powiadomienia wykonawcy o tym fakcie, jak również możliwość sprzeciwienia się przez niego dokonanej korekcie, co z kolei, gdy wykonawca w ciągu 3 dni od doręczenia tego zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie tej omyłki,

powoduje odrzucenie jego oferty.

W niniejszym postępowaniu istotny jest także art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium na przedłużony okres związania ofertą albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

W odniesieniu do obu kwestii wykonawca Michał Stefański początkowo przesłał zamawiającemu oświadczenie o wyrażeniu zgody na poprawienie omyłki dotyczącej terminu realizacji umowy, jak też na przedłużenie terminu związania ofertą oraz przedłużenie wadium, po czym zgodę tę wycofał.

Na wstępie jednak należy rozstrzygnąć kwestię, czy pierwsze oświadczenie o wyrażeniu zgody na „przedłużenie ważności umowy oraz wadium” zamiast „przedłużenia terminu związania ofertą”, w ogóle zostało złożone poprawnie i skutecznie.

Zdaniem Izby, w oparciu o zasady interpretacji zawarte w § 1 art. 65 Kodeksu cywilnego („Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.”) oraz okoliczności sprawy, można uznać jednoznacznie, że wykonawca miał na myśli termin związania ofertą – zwłaszcza w połączeniu tej informacji w jednym zdaniu z wadium (na gruncie m.in. art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 85 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz pisma zamawiającego z 19 kwietnia 2012 r. z prośbą o przedłużenie terminu związania ofertą i ważności wadium oraz potwierdzenia przez wykonawcę otrzymania „pisma o przedłużeniu terminu związania ofertą wraz z przedłużeniem ważności wadium” z 20 kwietnia 2012 r., są one nierozłączną parą). Poza tym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i w tych okolicznościach, nie ma zwyczaju ani potrzeby składania oświadczenia o przedłużeniu ważności umowy, trudno też z założenia zarzucać wykonawcy działanie w złej wierze i celowe składanie błędnych oświadczeń. Natomiast owo odwołanie się do umowy z dużą dozą prawdopodobieństwa mogło być „przejęzyczeniem” związanym z niemal jednoczesnym sporządzaniem oświadczenia w kwestii terminu wykonania umowy, który zamawiający poprawił jako omyłkę.

11

Do czynności złożenia oświadczeń, a następnie ich wycofania ma zastosowanie art. 61 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym „§ 1. 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. § 2. Oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią.”

Wszystkie oświadczenia wykonawcy zostały złożone w postaci elektronicznej (e-maile), zatem chwilą ich złożenia, zgodnie z przyjętą w orzecznictwie i doktrynie zasadą, jest dostarczenie wiadomości na serwer skrzynki odbiorczej zamawiającego. Ponieważ wydruków przesłanych wiadomości dokonano ze skrzynki pocztowej zamawiającego, można uznać to za potwierdzenie faktu, że o wskazanych godzinach serwer zamawiającego przyjął przedmiotowe wiadomości, a więc zostały one zamawiającemu w tych godzinach doręczone. Tym samym maile zwrotne do Michała Stefańskiego potwierdzające odczytanie tych wiadomości nie mają znaczenia, zwłaszcza na gruncie teorii doręczenia.

Izba ustaliła dodatkowo, na podstawie oświadczeń pełnomocników zamawiającego, że godziny pracy zamawiającego kończą się o 17:00, choć pracownikom zdarza się pracować i wysyłać oraz odbierać pocztę po tej godzinie. Pracownicy zamawiającego nie pamiętają, kiedy dokładnie odczytali przedmiotowe wiadomości.

W doktrynie brak jest wyjaśnień kwestii, w jaki sposób można odwołać oświadczenie złożone w postaci elektronicznej, na które strony lub Izba mogłyby się powołać por. np. komentarze do art. 61 w: „Kodeks cywilny. Komentarz” pod red. E. Gniewka z 2010 r., „Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1-449 10. Tom I” pod red. K. Pietrzykowskiego z 2011 r., J. Grykiel, M. Lemkowski „Czynności prawne. Art. 56-81 KC. Komentarz” z 2010 r., „System Prawa Prywatnego. Tom 2. Prawo cywilne – część ogólna” pod red. Z. Radwańskiego z 2008 r. str. 286-295, A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk „Prawo cywilne. Zarys części ogólnej”. Tym samym Izba musi dokonać własnych ustaleń.

Cechą charakterystyczną elektronicznych środków komunikacji jest to, że, przy ich prawidłowym działaniu, przekazywane za ich pośrednictwem wiadomości docierają do adresata niemal w tym samym momencie, w którym zostały wysłane i w takiej kolejności, w jakiej zostały wysłane. (Podobna sytuacja będzie zresztą dotyczyła nie tylko wiadomości e-mailowych, lecz także rozmowy bezpośredniej lub telefonicznej, wiadomości przesyłanych faksem, smsem itd.).

12

Tym samym w ich przypadku wymóg art. 61 § 1 kodeksu cywilnego, aby odwołanie takiego oświadczenia doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej, jest wręcz niemożliwy do spełnienia. Niepodobna też przyjąć, że intencją ustawodawcy było, by oświadczenia składane w innej formie niż „tradycyjna” pisemna, wysyłana za pomocą poczty, były nieodwoływalne (bo w rzeczywistości chyba tylko w takiej sytuacji oświadczenie wysłane później, może dojść do adresata wcześniej lub jednocześnie).

Trudno oczekiwać, by składający oświadczenie wysyłał wiadomość o odwołaniu oświadczenia jeszcze przed jego złożeniem i tak samo określenia „jednocześnie” nie można interpretować w sposób logiczny jako „dokładnie tej samej chwili”, „idealnie w tym samym momencie”. Zresztą zgodnie z definicją słownikową (np. słownik języka polskiego PWN dostępny na stronie internetowej www.sjp.pwn.pl) określenie to nie ma aż tak zawężającego ten okres znaczenia, jest tłumaczone bowiem jako „w tym samym czasie” – przy czym, jak wynika z praktyki stosowania określeń językowych, „ten sam czas”, w zależności od okoliczności może odnosić się do okresów różnej długości. (Podobnie zresztą jak określenia „niezwłocznie” nie tłumaczy się jako „natychmiast”, lecz „bez zbędnej zwłoki”).

Przykładowo na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych, w jej brzmieniu sprzed nowelizacji z 29 stycznia 2010 r., terminu „jednocześnie” tego użyto m.in. w następujących okolicznościach „Zgłoszenie przystąpienia wnosi się do zamawiającego, przekazując jednocześnie jego kopię wykonawcy wnoszącemu protest.” (art. 181 ust. 5), „Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie (...) jednocześnie przekazując kopię treści odwołania zamawiającemu.” (art. 184 ust. 2), przy czym, przy całej restrykcyjności, z jaką dbano o przestrzeganie tych terminów, za „jednoczesność” uważano przekazanie pism w tym samym dniu.

Zatem, kierując się powyższymi przesłankami, Izba uznała, że różnicę czasu w przekazaniu zgody i jej odwołania wynoszącą około godziny można uznać za jednoczesność.

Należy też zwrócić uwagę, że choć przepis art. 61 Kodeksu cywilnego nie wspomina o takiej możliwości, doktryna i orzecznictwo Sądu Najwyższego dopuszczają także odwołanie oświadczenia woli również po jego złożeniu – za zgodą adresata (por. publikacje jak powyżej), co pokazuje, zdaniem Izby, że przepis ten nie jest w doktrynie i orzecznictwie pojmowany tak restrykcyjnie, jak wynikałoby bezpośrednio z jego treści.

Wskazuje się tam także, że przepis art. 61 Kodeksu cywilnego o odwołaniu oświadczenia woli przez składającego to oświadczenie zmierza wyłącznie do ochrony interesów adresata (np. „System prawa prywatnego...” str. 295), zatem również ta okoliczność nie stoi na przeszkodzie uznaniu wycofania oświadczeń za skuteczne. Choć bowiem zgodnie z teorią doręczenia, którą ustawodawca przyjął w art. 61 Kodeksu cywilnego, istotna jest możliwość zapoznania się z otrzymanym oświadczeniem, a sam fakt realnego zapoznania się adresata oświadczenia z tym oświadczeniem nie ma znaczenia, można uznać, że ma takie znaczenie

13

dla ochrony jego interesów – bowiem adresat, który z oświadczeniem o wyrażeniu zgody na poprawienie omyłki, przedłużenie terminu związania ofertą i przedłużenie wadium zapoznał się dopiero po odczytaniu oświadczenia o wycofaniu tej zgody, pomiędzy zapoznaniem się z tymi oświadczeniami, nie doświadczył żadnych skutków i nie podjął żadnych działań wywołanych oświadczeniami o wyrażeniu zgody. Prawdopodobieństwo takiej kolejności odczytania wiadomości jest wysokie i nie wynika jedynie z samych godzin wysłania informacji o otrzymaniu korespondencji, lecz także standardowego ułożenia informacji w skrzynkach mailowych, w których najpóźniej otrzymane informacje znajdują się na samym początku listy i w takiej kolejności są też najczęściej odczytywane przez adresatów.

Tym samym, zdaniem Izby, nie ma przeszkód prawnych, by uszanować wolę składającego oświadczenia wykonawcy i uznać oświadczenia o wyrażeniu zgody za wycofane. Natomiast

oświadczenia, które zamawiający otrzymał 30 kwietnia 2012 r., oprócz tego, że zostały przesłane mu po wyznaczonym terminie, z założenia nie są odrębnymi oświadczeniami, lecz pisemnymi potwierdzeniami, o których i zamawiający, i wykonawca informują w swoich mailach.

Tym samym Izba uznała, że oferta Michała Stefańskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MobileMS Michał Stefański, wobec braku zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, wygasła po upływie pierwotnego terminu związania ofertą, podobnie jak zabezpieczające ją wadium, które podlega zwrotowi wykonawcy. Z proceduralnego zaś punktu widzenia przewidzianego ustawą Prawo zamówień publicznych, wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (po upływie terminu związania ofertą). Co zaś do braku zgody na poprawienie omyłki – wobec przyjęcia przez zamawiającego, że jest to omyłka, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i braku negacji tej czynności przez wykonawcę (Michała Stefańskiego) – konsekwentnie należy zastosować dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.

14

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 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:

15