Sygn. akt: KIO 1258/11

POSTANOWIENIE
z dnia 27 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 27 czerwca 2011 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Firm: 1) SIMPLE S.A. (Lider), 2) BAZUS Sp. z o.o. (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Bronisława Czecha 49, 04-555 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie, ul. Rakowiecka 27, 31-510 Kraków**

przy udziale wykonawcy **Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1258/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum Firm: 1) SIMPLE S.A. (Lider), 2) BAZUS Sp. z o.o. (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Bronisława Czecha 49, 04-555 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000** zł **00** gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum Firm: 1) SIMPLE S.A. (Lider), 2) BAZUS Sp. z o.o. (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Bronisława Czecha 49, 04-555 Warszawa** 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 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 1258/11

Uzasadnienie

Izba ustaliła, że odwołanie zostało złożone w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem na wykonanie, dostawę i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego Zarządzania Uniwersytetem Ekonomicznym w Krakowie, nr postępowania: K-DZP-272-9/11, które zostało wszczęte przez Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie, ul. Rakowiecka 27, 31-510 Kraków zwany dalej: *„Zamawiającym”,* ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2011/S 55-090115 w dniu 19.03.2011 r.

W dniu 24.05.2011 r. Konsorcjum Firm: 1) SIMPLE S.A. (Lider), 2) BAZUS Sp. z o.o. (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Bronisława Czecha 49, 04-555 Warszawa zwane dalej: *„Konsorcjum SIMPLE”* albo *„Odwołującym”* jak wskazało, uzyskało informacje, że Zamawiający w dniu 17.05.2011 r. przesłał faxem wezwanie do uzupełnienia

dokumentów złożonych wraz z ofertą. Z kolei, w dniu 03.06.2011 r. Konsorcjum SIMPLE S.A. - przesłano faxem informacje o wykluczeniu z udziału w dalszym etapie postępowania prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem.

W dniu 13.06.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło odwołanie Konsorcjum SIMPLE S.A. na podstawie art. 179 i 180 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp"* na czynność wykluczenia z udziału w dalszym etapie postępowania prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 13.06.2011 r. (faxem).

Zamawiający w dniu 14.06.2011 r. wezwał (faxem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 15.06.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Comarch S.A., Al. Jana :Pawła II 39A, 31-864 Kraków zwany dalej: *„Comarch S.A."* albo *„Przystępującym",* zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o odrzucenie, tudzież oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Izba po rozpatrzeniu wniosku Zamawiającego z posiedzenia, jak i wniosku Przystępującego po stronie Zamawiającego stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

Wartość zamówienia oszacowano na kwotę przekraczającą wyrażoną w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Izba podnosi, że zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust. 8. Z kolei art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp stanowi, że odwołanie wobec czynności innych niż określone m.in. w art. 182 ust.1 Pzp wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8 – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do jego wniesienia.

Wskazana podstawa prawna i czasookres na wniesienie odwołania jest właściwym w przedmiotowym stanie faktycznym.

W przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący zarzucił naruszenie art. 27 ust. 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego zażądania potwierdzenia od Odwołującego otrzymania wezwania do uzupełnienia dokumentów wysłanego za pośrednictwem faksu do Odwołującego na podstawie art. 26 Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z przedmiotowego postępowania wobec niemożności udzielenia przez niego wyjaśnień na wezwanie, którego nie otrzymał. Podnosił także w ramach odwołania, że spór - w istocie dotyczy ustalenia, czy Odwołujący otrzymał pismo z dnia 17.05.2011 r., wzywające do złożenia dokumentów zaświadczających spełnienie warunków postępowania. Przywoływał postanowienia ogłoszenia o zamówieniu przesłane do publikatora unijnego w dniu 17.03.2011 r., tj. pkt VI.4) część B ppkt 8. Wywodził, z niniejszych, że brak żądania potwierdzenia przesłania faxu, skutkuje negatywnie wobec Zamawiającego, albowiem brak staranności spowodował faktyczny brak możliwości ustosunkowania się Odwołującego do wezwania. *De facto* uznał, że to nie z jego winy, nie nastąpiło uzupełnienie na wezwanie. Załączył także pisemne oświadczenie swojego pracownika – p. Renaty P., z którego wynika, że dopiero na skutek rozmowy telefonicznej w dniu 24.05.2011 r., Odwołujący uzyskał wiedzę o przesłaniu na numer jego faxu w dniu 17.05.2011 r. stosownego wezwania. Z treści niniejszego pisemnego oświadczenie wynikało

także, że fax nie dotarł do Odwołującego w dniu 17.05.2011 r. Przywołana osoba była w pracy w dniu od 16 do 23.05.2011 r. Ponadto, nie zna przyczyn, dla których sporne wezwanie nigdy nie dotarło do Odwołującego. Nie posiada także wiedzy o jakimkolwiek uszkodzeniu faksu. Dodatkowo, Izba ustaliła, że z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 1258/11 wynika, że Zamawiający dysponuje potwierdzeniem transmisji faxowej w dniu 17.05.2011 r. zakończonej wynikiem *„OK.",* tj. przesłaniem 3 stron wezwania przez 59 sek. od godz. 14:57 do 14:58. Istotne jest również dla okoliczności sprawy pisemne oświadczenie Odwołującego z dnia 24.05.2011 r., jak i notatka służbowa Zamawiającego z dnia 14.06.2011 r.

W wyniku zapoznania się ze wskazanymi powyżej dowodami i ich analizy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone na posiedzeniu, Izba wskazuje.

Po pierwsze, dowód w postaci raportu z transmisji faksu stwarza domniemanie prawne, że oświadczenie nadawcy doszło do adresata w sposób pozwalający mu zapoznać się z jego treścią. Domniemanie to może być obalone jeżeli adresat wykaże, że na przykład z powodu zakłóceń aparatu odbiorczego nastąpiło zniekształcenie tekstu przesłanego oświadczenia, iż stało się ono niezrozumiałe (Wyrok Sądu Okręgowego w Świdnicy z dnia 18.05.2006 r., sygn. akt: VI Ga 51/06). Podobnie Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 02.10.2002 r. , sygn. akt: III PZP 17/02, 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, Warszawa 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 recepis 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. Powyższe stanowisko jest ugruntowane w orzecznictwie m.in. wyrok Zespołu Arbitrów z 08.06.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/ 0-1614/06, w postanowienie KIO z dnia 09.07.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 641/08, postanowienie KIO z dnia 19.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1023/09, czy też postanowienie KIO z dnia 12.07.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1341/10. Wszelkie ewentualne różnice wynikają jedynie z odmiennych stanów faktycznych.

Po drugie, w przedmiotowej sprawie Odwołujący nie wykazał, że - w dniu 17.05.2011 r., czy też w okresie od 16 do 24.05.2011 r. miała miejsce jakakolwiek awaria faxu. Izba nie kwestionuje, że w dniu 24.05.2011 r. Odwołujący przesłał pisemne oświadczenie do Zamawiającego, w którym podnosi, że w dniu 17.05.2011 r. miała miejsce

kilkugodzinna awaria faxu, w którym stwierdza również, że nie udało się odzyskać jakiejkolwiek korespondencji z okresu awarii. Jednakże, Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, że awaria w ogóle miała miejsce, przez jaki okres trwała oraz kiedy, ją zauważono i usunięto. Nie uczynił tego również na posiedzeniu. Nie przedłożono protokołu naprawy fax, tudzież nawet stanowiska Działu Technicznego, tzn. służb technicznych Odwołującego.

Izba wyjaśnia, że jest to o tyle istotne, gdyż z jednej strony Odwołujący podnosi, że miała miejsce awaria (pismo z dnia 24.05.2011 r., czy też oświadczenie na posiedzeniu), zaś z drugiej przeczy temu (oświadczenie pracownika – p. Renaty P. – załączone do odwołania). Zastanawiające jest również używanie przez Odwołującego takiej samej – w piśmie z dnia 24.05.2011 r., jak w piśmie Zamawiającego z dnia 17.05.2011 r. błędnej nomenklatury – to jest nazwy trybu postępowania.

Po trzecie, Odwołujący na posiedzeniu wskazywał, że awaria miała miejsce poza godzinami pracy obowiązującymi w jego firmie, jednakże nie przedstawił wewnętrznego regulaminu, iż czas pracy kończy się o godz. 14:00, tudzież 15:00. Nie przedłożono także żadnego potwierdzenia, że awaria miała miejsce faktycznie poza godzinami pracy. Należy zauważyć, że z potwierdzenia transmisji faxowej wynika, że wezwanie zostało przesłane miedzy godzina 14:57, a 14:58 w dniu 17.05.2011 r. Odwołujący potwierdził na posiedzeniu, że numer faxu na potwierdzeniu transmisji należy do niego. Oświadczył także, że pierwszy raz ma możliwość zapoznania się tak z wezwaniem, jak i potwierdzeniem pozytywnej transmisji faxowej. Nie wnosiła także wcześniej o wgląd do dokumentacji postępowania

w tym zakresie. Odwołujący oświadczył, tzn. jego umocowany pełnomocnik, że nie dysponuje wiedzą, czy konsorcjum reprezentowane przez niego zwrócił się do operatora telekomunikacji o odzyskanie korespondencji z okresu awarii.

Po czwarte, Izba wskazuje za orzecznictwem: *„(..)Odwołujący miał świadomość, iż Zamawiający może przekazać, zgodnie z art. 27 (..), zawiadomienia, informacje faksem. Zatem do jego obowiązków należało zabezpieczenie prawidłowego funkcjonowania faksu. Z dokumentów przedłożonych przez Zamawiającego wynika, iż Odwołujący nie zabezpieczył prawidłowego funkcjonowania faksu. W tej sytuacji (…) Zamawiający nie może ponosić skutków braku prawidłowego funkcjonowania urządzeń teletransmisyjnych w siedzibie Odwołującego. (..)"* (wyrok ZA z dnia 15.01.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-12/07, tudzież wyrok KIO z dnia 17.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 427/09 w tym wypadku – orzeczenie przywołane w odwołaniu przez Odwołującego - wyraźnie wskazano, że niesprawny fax stanowi okoliczność różnicującą stan faktyczny). Skoro Odwołujący miał niesprawny fax nie było możliwe przesłanie jakiegokolwiek potwierdzenia. Należy także wskazać, że Odwołujący jest profesjonalnym podmiotem obrotu gospodarczego, i jak oświadczył na posiedzeniu wielokrotnie w ciągu roku kalendarzowego bierze udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

W konsekwencji Izba uznała, że upłynął termin na wniesienie odwołania tak liczony od dnia 17.05.2011 r. (art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp), tudzież od dnia 24.05.2011 r. (art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp) – w ramach pisemnego oświadczenia Odwołującego, Zamawiający zaniechał ponownego przesłania wezwania na jego wniosek. Niezależnie od powyższego Izba stwierdza, iż termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 lit. a i § 5 ust. 4 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:

……