

WYROK
z dnia 3 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2015 r. przez wykonawcę: Skanska S. A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Gminę Wrocław we Wrocławiu, w imieniu której czynności wykonuje Wrocławskie Inwestycje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu

przy udziale wykonawcy Strabag Infrastruktura Południe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Wysokiej, przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Skanska S. A. w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr [słownie: dziesięciu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez wykonawcę Skanska S. A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego – Skanska S. A. w Warszawie, na rzecz Zamawiającego – Gminy Wrocław we Wrocławiu, w imieniu której czynności wykonuje Wrocławskie Inwestycje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu kwotę 3 618 zł 00 gr [słownie: trzech tysięcy sześciuset osiemnastu złotych, zero groszy], stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz przejazdu taksówką na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.] na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Skład orzekający:

UZASADNIENIE

I. W postępowaniu, którego przedmiotem są roboty budowlane na zadanie „03910 – Budowa ul. Wojanowskiej i drogi w ciągu Al. Stabłowickiej we Wrocławiu” Zamawiający odrzucił ofertę Skanska SA w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych [zw. dalej ustawą] uznając, że w ocenie Zamawiającego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz że wykonawca nie złożył wyjaśnień wraz z dowodami potwierdzającymi, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający podał, że faks z wyjaśnieniami wpłynął w dniu 10 kwietnia 2015 r. o godz. 10:40, zaś dokumenty zawierające wyjaśnienia przesłane pocztą wpłynęły 14 kwietnia 2015 r., a ponadto treść dokumentu przesłanego faksem nie odpowiadała treści dokumentu otrzymanego drogą pocztową, tj. pismo przesłane pocztą liczy 35 stron, zaś to przesłane faksem obejmuje 29 stron i brakuje w nim stron od 2 do 7.

Wcześniej Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wyznaczając termin na złożenie wyjaśnień na dzień 10 kwietnia 2015 r. na godz. 10.

II. Odwołujący Skanska SA w Warszawie złożył odwołanie wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę Strabag Infrastruktura Południe sp. z o.o. w Wysokiej; odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 oferty SKANSKA z uwagi na niezłożenie wyjaśnień w terminie, a przez to uznanie, iż oferta zawiera rażąco niską cenę; przyjęcia – na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę z uwagi na brak wyjaśnień, oraz zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) naruszenie art. 90 ust 3 ustawy, poprzez przyjęcie, że Odwołujący nie złożył wyjaśnień i dowodów, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia pomimo przekazania przez Odwołującego wyjaśnień w sposób umożliwiający Zamawiającemu zapoznanie się z ich treścią,
- 2) naruszenie art. 89 ust.1 pkt 4) ustawy, poprzez przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę bowiem Odwołujący nie złożył wyjaśnień i odrzucenie oferty Odwołującego pomimo otrzymania wyjaśnień w sposób umożliwiający zapoznanie się z ich treścią,

- 3) naruszenie art. 27 ust. 1 ustawy, poprzez pominięcie faktu otrzymania wyjaśnień drogą elektroniczną w sposób umożliwiający Zamawiającemu zapoznanie się z ich treścią w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego,
- 4) naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy, poprzez nieuzasadnione określenie terminu co do godziny na dostarczenie wyjaśnień,
- 5) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez naruszenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty firmy Strabag Infrastruktura Południe sp. z o.o., unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez Odwołującego, a w jej wyniku wybór – jako najkorzystniejszej – oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że dokonał wszelkich możliwych czynności by sprostać wymaganiom Zamawiającego, w dwa dni przygotował stosowne wyjaśnienia wskazując na brak podstaw do uznania, że zaproponowana cena ofertowa jest rażąco niska i w dniu 10.04.2015 r., o godz. 9.51 nadał faks z wyjaśnieniami, oraz dowodami na właściwy numer faksu Zamawiającego tj. 71/7710904. Z przyczyn technicznych, których nie był w stanie przewidzieć, prawidłowo nadany faks dotarł dopiero po ok. 40 min do odbiorcy. W normalnych sytuacjach podobnego rodzaju faks po 2–3 minutach od nadania jest dostępny u odbiorcy, a taka sytuacja w oddziale Odwołującego [Wrocław] zdarzyła się po raz pierwszy. Odwołujący podkreślił, że dochował należytej staranności, bowiem mając świadomość braku potwierdzenia oraz oczekującego statusu faksu – Odwołujący przesłał dodatkowo skan wyjaśnień wraz z dowodami na dwa adresy mailowe Zamawiającego o godz. 09.57. Wyjaśnienia przesłane faksem z godziny 9.51 dotarły do Zamawiającego wg raportu transmisji faksu o godz. 10.39, status faksu "ok." Ilość stron: 35 [całość składająca się na wyjaśnienia i dowody). Z kolei wyjaśnienia wraz z dowodami wysłane przez Odwołującego drogą elektroniczną Zamawiający otrzymał w dniu 10.04.2015 r., o godz. 9.58:27 [godzina dostarczenia maila na serwer docelowy odbiorcy). Dodatkowo zgodnie z zasadą pisemności Odwołujący nadał w placówce pocztowej pismo zawierające wyjaśnienia wraz z dowodami w dniu 10.04.2015 r.

Odwołujący podkreślił, że nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że Odwołujący nie złożył wyjaśnień, co przesądziło o uznaniu, że cena jest rażąco niska, a co z kolei skutkowało odrzuceniem oferty SKANSKA S.A. i wyborem droższej o ok. 3 400 000 zł oferty firmy Strabag Infrastruktura Południe sp. z o.o.

Odwołujący podkreślił, że złożył wyjaśnienia we właściwej formie. Zamawiający w Instrukcji dla Wykonawców [IDW] w pkt. 29 wskazał, że *„w niniejszym postępowaniu oświadczenia dokumenty; pełnomocnictwa, wnioski, zaświadczenia oraz informacje Zamawiający i Wykonawca przekazują pisemnie. Zamawiający dopuszcza przekazywanie powyższych dokumentów faksem pod warunkiem, że pismo zostanie również niezwłocznie wysłane drogą pocztową, a każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania. Do chwili dotarcia pisma drogą pocztową ryzyko nieczytelności faksu ponosi jego nadawca.”* W zaistniałej, podczas transmisji faksu, przeszkody technicznej i przedłużającego się statutu: „w oczekiwaniu”, Odwołujący chcąc dotrzymać wyznaczonego przez Zamawiającego terminu, wysłał wyjaśnienia wraz z dowodami w dopuszczonej przez ustawę – art. 27 formie elektronicznej, umożliwiając tym samym Zamawiającemu zapoznanie się z treścią wyjaśnień przed upływem wskazanego terminu [9.58 – mail z wyjaśnieniami na serwerze Zamawiającego]. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 20.01.2015 r., *„Postanowienie SIWZ o pisemności – działanie zasady pisemności w sytuacji wskazania przez zamawiającego formy pisemnej jako właściwej dla wymiany oświadczeń, wniosków i informacji oznacza tylko tyle, iż nie może on odmówić przyjęcia komunikatu przesłanego w formie pisemnej [...] W przypadku przesłania informacji wykonawcy w formie innej niż ustalony w SIWZ sposób porozumiewania się, istotnym jest fakt możliwości zapoznania się z treścią pisma. Kluczowym jest więc samo umożliwienie Zamawiającemu zapoznania się w treścią wyjaśnienia, a nie forma w jakiej to wyjaśnienie przekazano.”* Odwołujący podkreślił, także, iż formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie. Zupełnie inna byłaby sytuacja, gdyby Zamawiający tych wyjaśnień nie otrzymał w ogóle i nie miał możliwości merytorycznej oceny tych wyjaśnień. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający otrzymał całokształt wyjaśnień i dowodów, zatem miał możliwość oceny tych wyjaśnień.

Odwołujący podniósł także, że złożył wyjaśnienia w terminie. Przesyłając w formie elektronicznej wyjaśnienia wraz z dowodami, na oficjalny adres mailowy Zamawiającego, wskazany w adresie, oraz adres mailowy osobowy, o godz. 9.57 – dotarł na serwer Zamawiającego o godz. 9.58, umożliwił zapoznanie się Zamawiającemu z treścią wyjaśnień w wyznaczonym terminie. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 61 k.c. 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. Jak wskazuje się w orzecznictwie oraz doktrynie, już sam raport z transmisji wiadomości mailowej, stwarza domniemanie, że oświadczenie nadawcy doszło do adresata w sposób pozwalający mu zapoznać się z jego treścią. Dla oceny skuteczności złożenia oświadczenia istotne jest to, czy adresat miał możliwość zapoznania się z jego treścią a nie data faktycznego zapoznania się z treścią tej informacji.

Co do zasady dowód wprowadzenia oświadczenia do środka komunikacji elektronicznej pociąga za sobą domniemanie faktyczne, że adresat mógł zapoznać się z treścią komunikatu, zaś ciężar dowodu, że adresat z uzasadnionych względów nie mógł zapoznać się z oświadczeniem spoczywa na odbiorcy wiadomości [por. wyrok KIO 1983/13 z dnia 23.08.2013]. Zatem Zamawiający otrzymał wyjaśnienia wraz z dowodami w pierwszym przypadku [via e-mail] w terminie, w drugim przypadku [via fax] 39 minut po terminie. Niemniej jednak już otrzymanie wyjaśnień mailem umożliwiło Zamawiającemu zapoznanie się z całością wyjaśnień i dowodów.

W zakresie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90. ust.3 ustawy Odwołujący podał, że dopełnił obowiązku i przesłał wyjaśnienia w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Niezależnie od powyższego, nawet opóźnienie w transmisji faksu, do jakiego doszło w przyczyn technicznych i otrzymanie przez Zamawiającego wyjaśnień o godz. 10.39 pomimo ich wysłania przez Odwołującego w terminie tj. o godz. 9.51 nie mogłoby być uznane za niezłożenie wyjaśnień i w konsekwencji spowodować odrzucenie oferty wykonawcy. Odmienne założenie stoi w oczywistej sprzeczności z celem i zasadami jakim mają służyć zamówienia publiczne i regulacje stojące na straży wydatkowania środków publicznych. Punktem wyjścia jest orzeczenie Sądu Okręgowego w Gliwicach który w wyroku z dnia 23.02.2007 r. w sprawie o sygnaturze X Ga 23/07/za, wskazał jednoznacznie, że naczelną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażona w art. 7, która wyznacza kierunek, w jakim powinny być interpretowane wszystkie przepisy Ustawy. Sąd wskazał, że *„formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację tych zasad. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę, cel ustawy wyznaczony między innymi treścią cytowanego przepisu. Z mocy przepisu art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny [Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.], jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Dla oceny postępowania zamawiającego i wykonawców znajduje zatem zastosowanie także norma art. 5 k.c. Uwzględnienie żądania odrzucenia oferty jedynie z tej przyczyny ze jeden z elementów dokumentu złożonej, poza tym zgodnie z treścią SIWZ oferty, który na dodatek nie wpływa na możliwość rzetelnej oceny ofert, przy uwzględnieniu wszystkich podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiłoby w istocie nadużycie prawa i naruszenie zasad współżycia społecznego, co w świetle art. 5 k.c. jest niedopuszczalne. Przy ocenie, czy wykonywanie prawa nie narusza zasad współżycia społecznego należy bowiem brać pod uwagę całokształt okoliczności konkretnego przypadku, a nie tylko jedną z nich, choćby jej*

znaczenie było doniosłe". Powyższa teza znajduje zastosowanie w niniejszej sprawie. Nie ma, w ocenie Odwołującego znaczenia, czy faks z wyjaśnieniami zaczął się pojawiać w urządzeniu faksowym Zamawiającego kilka minut przed, czy kilka minut po wyznaczonej godzinie 10.00 w ostatnim dniu terminu. Biorąc pod uwagę fakt, że wyjaśnienie zostało złożone w dniu, w którym zgodnie z wezwaniem miało być złożone, Zamawiający mógł się z tym wyjaśnieniem w tym dniu zapoznać. Zamawiający nie zapoznał się z treścią wyjaśnień, a odrzucił ofertę z powodu ich niezłożenia w terminie. Takie działanie z całą stanowczością należy uznać za nadmierny formalizm, pozostający w sprzeczności z istotą zamówień publicznych. Dla Zamawiającego istotnym winno być to, czy wyjaśnienia dawały podstawę dla uznania, że SKANSKA będzie w stanie wykonać cały przedmiot zamówienia za zaoferowaną przez siebie cenę. Zupełnie bezzasadnym i bezpodstawnym jest z kolei odrzucenie prawidłowo złożonej oferty, z rzetelną, rynkową ceną, tylko dlatego, że z przyczyn technicznych niezależnych od Odwołującego wyjaśnienia faksem przeszły przez transmisję faksu kilka minut po godzinie 10.00 [przy czym Zamawiający w terminie otrzymał wyjaśnienia drogą mailową]. Takie postępowanie Zamawiającego stanowi niedopuszczalne nadużycie praw podmiotowych i nie korzysta z ochrony prawnej. Na uwagę zasługuje również w tym zakresie wyrok Izby z dnia 26.03.2013 r. w sprawach KIO 598/13 i KIO 600/13. Izba w tym orzeczeniu zwraca uwagę na przesłanki odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w przypadku opisanym w art. 90 ust. 4 Ustawy podkreślając, iż tylko ten przepis zawiera odniesienie do terminu złożenia wyjaśnienia. Izba zwraca uwagę, że *„w odniesieniu do terminu składania wyjaśnień sankcją odrzucenia oferty ustawodawca przewidział w przepisie art. 90 ust. 4 ustawy, ale tylko w okolicznościach, gdy zamawiający stwierdzi rażąco niską cenę z powodu udzielenia pomocy publicznej*". Izba zauważa, że takiej sankcji Ustawodawca nie przewidział do pozostałych parametrów oceny wymienionych w art. 90 ust. 2 ustawy. Jak wynika z powyższego orzeczenia, ustawodawca wyraźnie wskazał w jakich okolicznościach Zamawiający będzie zobligowany do odrzucenia oferty, co do której wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny zostały złożone po wyznaczonym terminie. Zasada racjonalnego ustawodawcy pozwala na przyjęcie, iż rygor odrzucenia oferty z powodu nieterminowych wyjaśnień nie może zaistnieć w przypadku innych okoliczności nie wskazanych w ustawie. Ustawodawca formułując w taki sposób normę prawną – musi być świadomy znaczenia używanych słów, a co za tym idzie jest również świadomy ich znaczenia w kontekście całego aktu prawnego. Odwołujący przywołał wyrok Sądu Najwyższego z dnia 07.07.2011 r. w sprawie II CSK 675/10, który dotyczył wprawdzie kwestii przesłanek zatrzymania wadium, jednak w wyroku tym Sąd Najwyższy słusznie zwrócił uwagę, że przepisy Ustawy należy interpretować z uwzględnieniem reguł wykładni celowościowej. W sprawie będącej przedmiotem rozstrzygnięcia przez Sąd Najwyższy doszło do niezasadnego [w ocenie Sądu] zatrzymania wadium uczestnikowi postępowania

na skutek złożenia dokumentów lub oświadczeń w niewłaściwej formie [faksem zamiast w formie pisemnej] przy jednoczesnym dostarczeniu oryginału dokumentu nieznacznie po upływie wyznaczonego terminu. Sąd Najwyższy trafnie wskazał, że zatrzymanie wadium w takiej sytuacji przeczy celowi przepisu o zatrzymaniu wadium, albowiem w tym przypadku nie było ryzyka zmowy wykonawców – czemu miał przeciwdziałać przepis art. 46 ust. 4a, zaś przyjęcie, że do zatrzymania wadium może dojść w każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania Zamawiającego stwarza pole do nadużyć ze strony tego ostatniego. Rozumowanie to można przenieść na grunt niniejszej sprawy i zarzutu sformułowanego przez Zamawiającego w zakresie naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy. Odrzucenie przez Zamawiającego oferty wykonawcy, który złożył wymagane wyjaśnienia kilka minut po zakreślonym terminie [drogą mailową termin został zachowany] przeczyłoby celowi przepisu art. 90 ust. 3 ustawy, który ma na celu dyscyplinowanie wykonawców w zakresie samego faktu złożenia odpowiednich wyjaśnień. Celem przepisu jest umożliwienie Zamawiającemu zapoznania się z argumentacją Wykonawcy w zakresie założeń przyjętych w ofercie, które mają wpływ na jej cenę po to, aby Zamawiający mógł ocenić, czy dany Wykonawca jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia. Cel ten będzie zrealizowany nawet wówczas, jeśli wyjaśnienie opisane w art. 90 ust. 1 i n. ustawy zostanie złożone z nieznacznym [kilkuminutowym] przekroczeniem zakreślonego terminu.

Działania jakie dokonał Zamawiający pozwalają postawić tezę, że ok. 30 min opóźnienie w transmisji faksu, które poza życzeniem Zamawiającego dotrzymania wyznaczonej godziny 10.00 nie skutkuje żadnymi dalej idącymi konsekwencjami, podraża realizację zadania publicznego o ok. 3 400 000 zł. Nie taki cel i zadania stawia ustawa o zamówieniach publicznych i nie taki jest cel wydatkowania środków publicznych. Nie można uznać, że odrzucenie najkorzystniejszej ekonomicznie oferty tylko i wyłącznie z wątpliwych powodów formalnych zasługuje na aprobatę i zrozumienie w kontekście celu i zasad ustawy. W ocenie Odwołującego, przy ocenie czy doszło do naruszenia przepisów [czy Zamawiający był uprawniony od odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru droższej oferty innego wykonawcy] należy przede wszystkim kierować się wagą potencjalnego uchybienia tj. czy uchybienie mogło mieć wpływ na ocenę Zamawiającego w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej w świetle kryteriów wynikających z SIWZ.

Odwołujący podał, że w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych – Zamawiający nie miał prawa odrzucić oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust.1 pkt 4) w związku z art. 90 ust.3 ustawy. Należy podkreślić, iż przepis art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy stanowi, iż Zamawiający ma prawo odrzucić ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepis ten zatem w sposób jasny

wskazuje, iż odrzucenie oferty jest możliwe dopiero wtedy gdy Zamawiający ma pewność, iż cena zawiera rażąco niską cenę. Aby uzyskać tę pewność i mieć podstawy prawne do zastosowania tego przepisu należy przede wszystkim wezwać wykonawcę do wyjaśnień i ocenić te wyjaśnienia. Dopiero bowiem ocena wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny może pozwolić zamawiającemu na odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie przywołanego powyżej przepisu. Skoro, zatem Zamawiający w ogóle nie ocenił tych wyjaśnień nie miał możliwości zastosowania tego przepisu, a odrzucenie oferty Odwołującego na tej podstawie stanowi o naruszeniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Potwierdza to także samo uzasadnienie dotyczące odrzucenia oferty, odrzucając bowiem ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy – zamawiający powinien podać uzasadnienie faktyczne, a zatem wskazanie, gdzie upatruje rażąco niskiej ceny. W analizowanym postępowaniu takiego uzasadnienia nie podano, nie wskazano przykładowo, na źle skalkulowane pozycje, niezgodnie z ceną rynkową, na zaniżone ceny – a właśnie to uzasadniałoby odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy. Podobnie, jeśli chodzi o drugi wskazany przepis art. 90 ust. 3 ustawy. Przepis ten wskazuje na możliwość odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena tych wyjaśnień wraz z dowodami potwierdza rażąco niską cenę. Przepis ten stanowi o nie złożeniu wyjaśnień, a zatem braku wyjaśnień, nie dotyczy wyjaśnień złożonych po terminie lub niezgodnie ze wskazaną przez Zamawiającego formą. Wyjaśnienia Skanska należałoby bowiem zakwalifikować, jako wyjaśnienia złożone w terminie, ale niezgodnie z formą wybraną przez Zamawiającego [mail zamiast faxu]. Przepis art. 90 ust. 3 ustawy mówi o braku wyjaśnień [nie złożeniu wyjaśnień], co w niniejszym postępowaniu nie miało miejsca, a zatem Zamawiający nie mógł zastosować tego przepisu, czym naruszył wskazany powyżej przepis. Również, analiza drugiej części tego przepisu wskazuje, iż Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania tego przepisu, wskazuje on bowiem na obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jak wskazywano powyżej, aby Zamawiający doszedł do wniosków, że wyjaśnienia i dowody wskazują na rażąco niską cenę – musiałby najpierw te dowody i wyjaśnienia ocenić i wskazać, które jego zdaniem okoliczności potwierdzają, że zaoferowano rażąco niską cenę. Skoro Zamawiający, jak sam przyznaje nie wziął nawet pod uwagę, tych wyjaśnień, nie czytał, nie analizował, nie ocenił, na co wskazuje uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty – nie miał prawa zastosować tego przepisu, tym samym naruszył przepis art. 90 ust. 3 ustawy. Powyższe, zostało także podkreślone w piśmie z dnia 7.04.2015 roku wzywającym wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, w którym Zamawiający wskazał, iż brak złożenia wyjaśnień lub ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, iż oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wskazał, że przepis art. 90 ust.1 i 2 ustawy uległ zmianie, co ma przełożenie także na przepis art. 90 ust. 3 ustawy. Po nowelizacji przepis art. 90 ust. 1 i 2 ustawy przerzucił ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny na wykonawców. Ponadto wykonawcy zostali obarczeni dodatkowymi obowiązkami, w postaci przedłożenia dowodów i takiego opracowania wyjaśnień, by udowodniały one zamawiającemu, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zatem, w świetle powyższej zmiany termin, który Zamawiający wskazał na złożenie wyjaśnień jest terminem zbyt krótkim, by wykonawcy mieli czas na opracowanie szczegółowych wyjaśnień i skompletowanie dowodów. Złożenie przez Skanska wyjaśnień w innej formie niż chciał Zamawiający nie umożliwiło Zamawiającemu odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) w związku z art. 90 ust.3 ustawy, bowiem Zamawiający nie ocenił wyjaśnień, nie może zatem mieć wiedzy co do ceny rażąco niskiej. Zwracamy także uwagę, iż przyczyną odrzucenia oferty był tylko fakt dotarcia faksu – 39 minut po terminie.

III. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

IV. Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie wykonawca Strabag Infrastruktura Południe spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Wysokiej, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – w razie potwierdzenia stawianych zarzutów, a w konsekwencji – uwzględnienia odwołania, Odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu, skoro jego oferta jest najkorzystniejszą spośród złożonych.

Odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Nie podlega rozpatrzeniu ten zarzut podniesiony w odwołaniu, który nawiązuje do naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy – zgodnie bowiem z art. 180 ust. 2 ustawy, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;

- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Tym samym, wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na takie wyjaśnienia wyłączone zostały z możliwości kwestionowania w drodze odwołania w postępowaniu „poniżej progów”. Zgodzić się jednak trzeba, że odpowiedni, realny do wykonania termin na złożenie tego rodzaju dokumentu, jakim jest wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny pozwala na uczynienie zadość wezwaniu, w następstwie którego ma ono być składane. Zamawiający w dniu 7 kwietnia 2015 r. wystosował takie wezwanie, wyznaczając dzień 10 kwietnia 2015 r. godz. 10.00 jako termin złożenia wyjaśnień. Zgodzić się więc trzeba, że tak określony termin może być uznany za trudny do dotrzymania, nie tylko w aspekcie sporządzenia wymagającego dużej staranności, niejednokrotnie zaangażowania kilku pracowników z różnych specjalności samego dokumentu wyjaśnień mających na celu wytłumaczenie kalkulacji ceny, skompletowania dowodów na okoliczność poprawności jej kalkulacji, a następnie przekazania go do Zamawiającego. Z pewnością nie sprzyjały temu ograniczenia w zakresie formuły wzajemnej komunikacji przewidziane w SIWZ [IDW – jej pkt 29], które należy uznać tyleż za archaiczne i konserwatywne, co nieoptymalne. Pomijając zatem sam krótki, niespełna trzydniowy czas na złożenie takich wyjaśnień, także poranna godzina jaką jest godzina 10, wyznaczona jako ostateczny moment złożenia wyjaśnień nie sprzyjała dotrzymaniu terminu i była co najmniej uciążliwa dla zainteresowanych. Niezależnie bowiem, skąd wykonawcy ekspediowali swoje wyjaśnienia [z Warszawy, czy też z oddziału we Wrocławiu], sposób komunikacji oraz przede wszystkim termin na złożenie wyjaśnień powinny uwzględniać realne możliwości uczynienia zadość wezwaniu Zamawiającego. Stąd, jeśli wykonawca w dniu wyznaczonym jako termin złożenia dokumentów [10 kwietnia 2015 r.] miał przygotowany sporny dokument, czy nawet osoby odpowiednio upoważnione dokonywały ostatecznej jego weryfikacji, składały podpis, to godzina 10, w warunkach gdy Zamawiający wskazał jako zasadniczą komunikację w formie pisemnej oraz godziny swojej pracy 8 – 16 jest godziną co najmniej uciążliwą, czy wręcz stwarzającą ryzyko, że wykonawcy albo nie zdążą opracować wyjaśnień na odpowiednim poziomie, albo zwyczajnie nie sprostają zadaniu dostarczenia ich do siedziby Zamawiającego. Przypomnienia wymaga: zasadniczą formą, w jakiej w tym postępowaniu miały być przekazywane dokumenty, była forma pisemna [pkt 29 IDW, zd. pierwsze: *„w niniejszym postępowaniu oświadczenia dokumenty; pełnomocnictwa, wnioski, zaświadczenia oraz informacje Zamawiający i Wykonawca przekazują pisemnie.”*]. Forma faksu przewidziana została jako dodatkowa, warunkowa i przerzucająca wszelkie ryzyko wątpliwości co do skuteczności komunikacji na wykonawcę [pkt 29 IDW, jej zdanie drugie: *„Zamawiający dopuszcza przekazywanie*

powyższych dokumentów faksem pod warunkiem, że pismo zostanie również niezwłocznie wysłane drogą pocztową, a każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania. Do chwili dotarcia pisma drogą pocztową ryzyko nieczytelności faksu ponosi jego nadawca."]. Z rozłożenia akcentów postanowień IDW, dotyczących komunikacji wynika więc, że rozsądny wykonawca, eliminujący ryzyka niepowodzenia w dostarczeniu dokumentów, winien nie rozważać formy faksowej, ale chcąc mieć pewność, że dotrą one do Zamawiającego, musiałby podjąć starania o złożenie dokumentów w formie pisemnej, czemu z kolei nie sprzyjała w żaden sposób wyznaczona poranna godzina 10. Już sama potrzeba złożenia dokumentów podpisanych przez odpowiednio umocowane osoby, lub udzielenia odpowiedniego umocowania, następnie ich przekazania Zamawiającemu w formie pisemnej – czy to wymaganej jako zasadnicza, czy po przesłaniu faksem wymaganej do przesłania niezwłocznie po przetransferowaniu faksu, czyniła godzinę 10:00 w dniu 10 kwietnia 2015 r. terminem jedynie na przekazanie dokumentów do Zamawiającego w formie pisemnej, co i tak stanowi pewne wyzwanie organizacyjne. Stąd nie sposób pomijać, że Zamawiający winien poddać refleksji tego rodzaju działanie, stanowiące wyznaczenie terminu na złożenie wyjaśnień dotyczących poprawności kalkulacji ceny, który to termin, w połączeniu z wyjątkowo niedogodnymi i nieodpowiadającymi nowoczesnej i szybkiej komunikacji zasadami składania dokumentów, opisanymi w pkt 29 IDW nie sprzyjał uczynieniu zadość wezwaniu. Fakt, że tego rodzaju czynność wezwania i wyznaczenia określonego terminu nie może być kwestionowana w odwołaniu w postępowaniu podprogowym [art. 180 ust. 2 ustawy] nie stoi na przeszkodzie samodzielnej refleksji Zamawiającego w tym zakresie. Także okoliczność, że Odwołujący na etapie wezwania i zakończonej niepowodzeniem próby przekazania w terminie wyjaśnień nie sygnalizował zastrzeżeń co do zbyt krótkiego terminu i nie wnioskował o jego przedłużenie nie stoi na przeszkodzie samodzielnej analizie przez Zamawiającego, czy wyznaczony termin był dostatecznie długi. Zwrócić bowiem trzeba uwagę, że ewentualny wniosek o przedłużenie tego terminu wymagał, przy przyjętych w SIWZ regułach komunikacji, tyle samo energii i starań o zachowanie jego formy, co przekazanie spornych wyjaśnień.

Stąd, nie rozstrzygając, z uwagi na brzmienie art. 180 ust. 2 ustawy, o zasadności zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy, poprzez wyznaczenie określonego terminu na złożenie wyjaśnień, pozostawiono powyższą kwestię, również w kontekście stawianego zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, do samodzielnej oceny przez Zamawiającego [por: wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 2 kwietnia 2015 r. w spr. X Ga 85/15, wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2013 r. w spr. KIO 719/13, z dnia 23 września 2010 r. w spr. KIO 1939/10, z dnia 28 grudnia 2010r. w spr. o sygn. KIO 2685/10 i KIO 2686/10, z dnia 19 stycznia 2011 r. w spr. KIO 34/11, z dnia 21 czerwca 2011 r. w spr. KIO

1231/11, postanowieniu z 1 lutego 2011 r. w spr. KIO 159/11, z dnia 10 października 2012 r. w sprawach KIO 2037/12 i KIO 2047/12, z dnia 2 września 2014 r. w spr. KIO 1705/14, z dnia 19 grudnia 2014 r. w spr. KIO 2605/14].

Osią sporu w niniejszej sprawie jest poprawność odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego z powodu złożenia wyjaśnień dotyczących poprawności kalkulacji ceny oferty po wyznaczonym przez Zamawiającego terminie na złożenie takich wyjaśnień [co do wyjaśnień przesłanych faksem] oraz w formie nie dopuszczonej w postępowaniu przez Zamawiającego [wyjaśnienia przesłane pocztą elektroniczną].

Rozstrzygnięcia wymaga zatem – po pierwsze – czy wyjaśnienia dotyczące poprawności kalkulacji ceny, nadane przez Odwołującego faksem w dniu 10 kwietnia 2015 r. o godz. 9:52:26, które dotarły do Zamawiającego w tej dacie o godz. 10:39:35, należy uznać za skutecznie złożone.

Zamawiający, pismem przesłanym faksem w dniu 7.04.2015 r., na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający w wezwaniu wyznaczył termin na dokonanie wspomnianej czynności na dzień 10 kwietnia 2015 r. do godziny 10.00 opatrując wezwanie informacją, że „wyjaśnień, w tym dowody należy dostarczyć do siedziby Zamawiającego: ul. Ofiar Oświęcimskich 36, 50–059 Wrocław, V piętro, sekretariat w godzinach pracy Zamawiającego, w nieprzekraczalnym terminie do dnia 10.04.2015 r., do godz. 10.00”.

Na pytanie, w kwestii dopuszczalności uznania w powyższej sprawie przesłanych za pomocą faksu wyjaśnień, należało udzielić odpowiedzi przeczącej. Rozstrzygającymi są w tej mierze zasady komunikacji, wprowadzone w postępowaniu w pkt 29 IDW, wskazujące jako pierwszoplanowy sposób składania dokumentów formę pisemną. Faks, jako dopuszczona przez Zamawiającego forma składania dokumentów został przewidziany jedynie pod warunkiem niezwłocznego wysłania przesyłanej treści w formie pisemnej. Bezspornie wyjaśnienia przesłane przez Odwołującego faksem dotarły do Zamawiającego blisko 40 min. po wyznaczonym terminie. Otwartą jest też kwestia, czy dotarły w komplecie, skoro Zamawiający wskazywał, że finalnie otrzymał tylko część przesłanych stron, bez początkowej części wyjaśnień, zaś z raportu transmisji faksu wynika wprowadzenie do środka komunikacji elektronicznej 35 stron, choć – jak wynika z pkt 29 IDW – tego rodzaju ryzyko zostało przerzucone na wysyłającego faks, tj. Odwołującego.

Następnie podkreślenia wymaga, że dla oceny, z jaką chwilą komunikat przesłany za pomocą środka elektronicznej komunikacji jest złożony skutecznie znaczenie mają, stosowane na mocy art. 14 ustawy, przepis art. 61 § 2 KC, zgodnie z którym 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.

Z teoretycznego punktu widzenia możliwe są różne sposoby wyznaczenia chwili, w której następuje skuteczne złożenie oświadczenia woli składanego innej osobie. Sformułowano w tej kwestii różne teorie, w szczególności:

- 1) teorię oświadczenia, która za rozstrzygający przyjmuje moment przejawienia woli;
- 2) teorię wysłania, zgodnie z którą złożenie oświadczenia woli następuje z chwilą wysłania [nadania] go do adresata;
- 3) teorię doręczenia, według której oświadczenie woli jest złożone z chwilą, gdy dotarło do adresata [zostało mu doręczone];
- 4) teorię zapoznania się, która za rozstrzygający przyjmuje moment zapoznania się adresata z doręczonym mu oświadczeniem woli [Z. Radwański [w:] *System prawa prywatnego*, t. 2, 2002, s. 297].

Z treści art. 61 KC wynika, że ustawodawca opowiedział się za teorią doręczenia, a właściwie za tzw. kwalifikowaną teorią doręczenia, przyjmując, 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 [*Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, M. Wojewoda (w:) M. Pyziak–Szafnicka, 2009, s. 643 i n.].

W świetle komentowanego przepisu zdarzeniem istotnym dla skuteczności oświadczenia woli jest jego dojście do adresata w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią. Nie jest natomiast istotne to, kiedy oświadczenie woli zostało wyrażone albo wysłane do adresata. Samo sporządzenie pisma zawierającego oświadczenie woli nie może być uznane za złożenie oświadczenia woli w rozumieniu art. 61 k.c., chociażby nawet istniała możliwość faktycznego zapoznania się z treścią oświadczenia przez adresata, o ile nie nastąpiło przekazanie tego pisma z zamiarem wywołania skutków prawnych [wyrok SN z dnia 4 listopada 1982 r., II CR 380/82, OSNC 1983, nr 8, poz. 117; wyrok SN z dnia 20 sierpnia 1984 r., I PRN 111/84, OSNC 1985, nr 4, poz. 57, z glosą T. Liszcz, PiZS 1985, nr 11, s. 68]. W razie niedojścia wysłanego oświadczenia woli do adresata nie można zatem mówić o skutecznym jego złożeniu [uchwała SN [7] z dnia 20 lutego 1967 r., III CZP 88/66, OSNC 1967, nr 12, poz. 210]. W takim wypadku adresat nie ma bowiem możliwości

zapoznania się z jego treścią, a to oznacza, że oświadczenie nie zostało skutecznie złożone i nie wywarło skutków.

Z punktu widzenia skuteczności oświadczenia woli nieistotne jest również to, czy i kiedy adresat zapoznał się z jego treścią. Wystarczające jest, że oświadczenie woli doszło do niego w sposób stwarzający mu realną możliwość zapoznania się z treścią oświadczenia [wyrok SN z 19 października 1976 r., I PR 125/76, Lex nr 14332; wyrok SN z dnia 6 listopada 1980 r., I PRN 109/80, PiZS 1982, nr 5, s. 53; wyrok SN z dnia 15 stycznia 1990 r., I CR 1410/89, Lex nr 9006; postanowienie SN z dnia 5 października 1995 r., I CR 9/95, Palestra 1996, z. 11–12, s. 218 i n., z glosą J.P. Naworskiego; wyrok SN z dnia 18 grudnia 1996 r., I CKU 44/96, Prok. i Pr. 1997, nr 6, poz. 30; uchwała SN z dnia 6 października 1998 r., III ZP 31/98, OSNP 1999, nr 3, poz. 80; wyrok SN z dnia 18 marca 2008 r., IV CSK 9/08, Lex nr 371831; postanowienie SN z dnia 9 lipca 2009 r., II 3/09, Lex nr 519963]. Dla prawidłowego stosowania art. 61 k.c. nie wymaga się zatem badania, czy adresat rzeczywiście zapoznał się z oświadczeniem woli, ale weryfikuje się, czy istniała taka możliwość [wyrok SN z dnia 23 kwietnia 2010 r., II PK 295/09, Lex nr 602254].

W świetle art. 61 § 2 k.c. dla skutecznego złożenia oświadczenia woli wyrażonego w postaci elektronicznej miarodajna jest chwila, w której *"wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej"*. Chociaż nie wynika to wprost z komentowanego przepisu, to z jego kontekstu należy wyprowadzić wniosek, że chodzi tu o środek komunikacji elektronicznej należący do adresata lub kontrolowany przez niego. Wskazuje na to końcowe sformułowanie tego przepisu, wymagające zapewnienia adresatowi możliwości zapoznania się z treścią oświadczenia woli. Możliwość taka zachodzić będzie tylko wówczas, gdy oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej stanie się dostępne w kontrolowanym przez niego środku komunikacji elektronicznej.

Zgodnie z teorią doręczenia, leżącą u podstaw art. 61 § 2 k.c., ryzyko niedojścia oświadczenia woli do adresata spoczywa na składającym oświadczenie. Ewentualne przeszkody w dostępie do sieci informatycznej, wadliwości jej funkcjonowania, niesprawność serwerów pośredniczących w przekazie itp. obciążają nadawcę [J. Barta, R. Markiewicz, *Internet a prawo, Universitas, 1998*, s. 54]. Po wprowadzeniu oświadczenia woli do środka komunikacji elektronicznej adresata ryzyko niemożności zapoznania się z treścią oświadczenia woli, spoczywa na odbiorcy oświadczenia.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić, że pierwszym elementem warunkującym złożenie oświadczenia woli jest jego dojdzie do adresata. Drugim elementem koniecznym do przyjęcia, że oświadczenie woli zostało złożone

skutecznie jest możliwość zapoznania się adresata z jego treścią. W niniejszej sprawie ustalone zostało, że jakkolwiek czynność wprowadzania oświadczenia do środka komunikacji elektronicznej [faksu] rozpoczęta została przed terminem wyznaczonym przez Zamawiającego, jednak jej finał, stanowiący efektywne dostarczenia zawartości nastąpił po tym terminie. Samo wprowadzenie zawartości oświadczenia przed wyznaczonym terminem do środka komunikacji elektronicznej nie oznacza, że adresat tego oświadczenia mógł zapoznać się z jego treścią. Istotna w tej mierze jest jeszcze efektywna transmisja do urządzenia odbiorczego, tylko bowiem efektywny transfer na urządzenie leżące po drugiej stronie komunikacji dokonywanej za pomocą środka komunikacji elektronicznej, zapewnia możliwość zapoznania się z przesłanym oświadczeniem.

W analizowanej sprawie, niewątpliwym i niekwestionowanym jest, że transmisja przesłanego oświadczenia została zakończona po wyznaczonej jako termin złożenia wyjaśnień godzinie, tj. o godz. 10:39. Oczywistym jest zatem, że przy przyjęciu korzystnej dla Odwołującego interpretacji stanu faktycznego, polegającej na uznaniu, że zostało przesłane pełne 35 stron a nie tylko część wysyłanego dokumentu, dopiero z tym momentem Zamawiający miał możliwość zapoznania się z oświadczeniem. Powyższe czyni uzasadnionym wniosek, że wyjaśnienia przesłane faksem, złożone zostały po wyznaczonym terminie.

Nie mogło również być uwzględnione wyjaśnienie przesłane pocztą elektroniczną. Istotnie, w zakresie tego wyjaśnienia wykonawca dochował terminu wyznaczonego przez Zamawiającego. Należy jednak mieć na uwadze, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie przewidział komunikacji pocztą elektroniczną, ograniczając – w pkt 29 [IDW] formułę wzajemnej komunikacji do formy pisemnej, oraz – z zastrzeżeniami – formy faksu. Zamawiający postanowił, że oświadczenia, dokumenty, pełnomocnictwa, wnioski, zawiadomienia oraz informacje Zamawiający i wykonawcy przekazują pisemnie. Zamawiający postanowił również, że dopuszcza przekazywanie powyższych dokumentów faksem pod warunkiem, że pismo zostało również niezwłocznie wysłano drogą pocztową a każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania, przy czym do chwili dotarcia pisma drogą pocztową ryzyko nieczytelności faksu ponosi jego nadawca.

Zwrócić w tym miejscu trzeba uwagę, że powyższe postanowienie IDW stanowi realizację zasady wyrażonej w art. 27 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem, oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Zatem do uznania zamawiającego w konkretnym postępowaniu należy wybór określonych ścieżek komunikacji w postępowaniu, w zakresie wymienionych w art. 27 ust. 1

ustawy dokumentów. Jedynym ograniczeniem w tej mierze jest regulacja przewidziana w art. 27 ust. 3 ustawy, zgodnie z którą wybrany sposób przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji nie może ograniczać konkurencji; zawsze dopuszczalna jest forma pisemna, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie. Jak wskazano uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Kaliszu z 26 marca 2015 r. w spr. II Ca 675/14, ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje dla określonych czynności oraz dokumentów odrębne formy, przy czym za jedną z form, przewidzianą dla oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji zamawiającego i wykonawcy, tj. dla czynności nie objętych przedmiotem art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 1 ustawy jest forma wynikająca z art. 27 ust. 1 ustawy. Te informacje i dokumenty przekazywane są, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Sąd podkreślił przy tym, że „*wyboru jedynie co do formy tych czynności zamawiający dokonuje w SIWZ*”.

W analizowanym postępowaniu Zamawiający dokonał wyboru formy, za pomocą której ma następować składanie oświadczeń we wzajemnej komunikacji z wykonawcami, wprowadzając postanowienie, w myśl którego oświadczenia i dokumenty składane mają być w formie pisemnej, ewentualnie – w formie faksu, choć powyższe ma być dokonywane na ryzyko nadawcy. Forma komunikacji pocztą elektroniczną nie została w postępowaniu zatem przewidziana i konsekwentnie, wskazując imiennie osobę do kontaktów z wykonawcami Zamawiający podał jedynie nr telefonu i faksu, bez poczty elektronicznej. Oznacza to więc tyle, że korespondencja za pomocą poczty elektronicznej została w przedmiotowym postępowaniu przez Zamawiającego świadomie wyeliminowana. Oczywiście, można w tej mierze prowadzić rozważania, czy taka forma jest efektywna, czy odpowiada potrzebom nowoczesnego, sprawnego i szybkiego prowadzenia przedsięwzięć, czy i na ile jest życzliwa i dogodna dla wykonawców mających centra decyzyjne i wykonawcze położone w różnej odległości od zamawiającego [co ujawniło się m.in. w zakresie prowadzonej na rozprawie dyskusji co do tego, jak wykonawca mógł dostarczyć dokument ze swej centrali w Warszawie lub z oddziału we Wrocławiu]. Istotne jest jednak, że takie a nie inne reguły komunikacji zostały w SIWZ wprowadzone i wiązały wykonawców. Zmiana tych reguł, w tym wprowadzanie na etapie badania i oceny ofert nieprzewidzianych w SIWZ zasad, nie mogłaby być oceniana inaczej niż uprzywilejowanie wykonawcy i odstąpienie od zasad, które definitywnie zostały ukształtowane. W konsekwencji powyższego, pismo wykonawcy zawierające wyjaśnienie dotyczące poprawności kalkulacji ceny, złożone za pomocą poczty elektronicznej [maila] nie mogło zostać uznane za złożone skutecznie, zaś wobec oceny dokonanej przez Zamawiającego oraz podjętych przez niego czynności, w tych okolicznościach nie sposób stawiać zarzutów nieuprawnionego, to jest nie znajdującego umocowania w postanowieniach SIWZ oraz przepisów ustawy działania.

W świetle powyższego, brak było podstaw do przypisania działaniom Zamawiającego naruszenia przepisu art. 90 ust 3 ustawy, poprzez przyjęcie, że Odwołujący nie złożył wyjaśnień i dowodów, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia pomimo przekazania przez Odwołującego wyjaśnień w sposób umożliwiający Zamawiającemu zapoznanie się z ich treścią, skoro takie wyjaśnienia złożone zostały po upływie terminu, jeśli chodzi o faks, oraz – jeśli chodzi o pocztę elektroniczną – złożono je w niedopuszczonej formie, co należy traktować tak, jakby tych wyjaśnień wcale nie złożono. Podobnie nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 27 ust. 1 ustawy, skoro przepis ten daje zamawiającemu możliwość wyboru formy, w jakiej wskazane w nim oświadczenia i dokumenty mają być składane, a zamawiający dokonał tego wyboru i finalnie zastosował się do przewidzianych w SIWZ [IDW] reguł. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy, poprzez nieuzasadnione określenie terminu na dostarczenie wyjaśnień jak wskazano wyżej, nie mógł podlegać rozpatrzeniu z uwagi na regulację przewidzianą w art. 180 ust. 2 ustawy, stąd argumentację w tej mierze jako tę, która mogła być podnoszona w trybie art. 181 ustawy, pozostawiono do oceny Zamawiającego. Następnie, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy „*poprzez naruszenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców*” został postawiony bez jakiegokolwiek uzasadnienia i szerszego rozwinięcia, w tym przede wszystkim powiązania z określonymi czynnościami lub zaniechaniami Zamawiającego oraz przypisywanymi zarzutami naruszenia dalszych, skonkretyzowanych norm. Podobnie jak art. 5 KC, na gruncie przepisów prawa cywilnego, trudno przepis art. 7 ust. 1 ustawy traktować jako kreujący samodzielnie podstawę stawiania określonych zarzutów względem działań zamawiającego. Odnoszony na gruncie tego postępowania do całokształtu kwestionowanych w odwołaniu działań Zamawiającego, rozważany może być zasadnie względem wyznaczenia określonego terminu na złożenie wyjaśnień dotyczących poprawności kalkulacji ceny, co pozostawiono Zamawiającemu. Trafnymi okazały się natomiast zastrzeżenia Odwołującego co do zastosowania przez Zamawiającego jako podstawy odrzucenia oferty przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Przepis ten nakazuje odrzucenie oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a zatem takiej co do której została przesądzona niewłaściwa, tj. nierealna kalkulacja ceny. W analizowanej sprawie Zamawiający tego nie przesądził, skoro uznał wyjaśnienia za złożone po terminie i nie poddawał ich analizie. Może jednak być tak, że te wyjaśnienia w sposób przekonujący wytłumaczyłyby poprawność kalkulacji ceny, gdyby zostały przez Zamawiającego dostrzeżone i poddane ocenie a także nie jest wykluczone, że ta cena została poprawnie ustalona. Stąd twierdzenie, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną za wykonanie zamówienia nie znajduje podstawy.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2] *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].

Uwzględniono wynagrodzenie pełnomocnika zawodowego reprezentującego Zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, ograniczając tego wynagrodzenia do kwoty 3.600 zł stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. a także koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę w wysokość 18 zł odpowiadającej rachunkowi z tytułu przejazdu taksówką.

Miarkowano koszty przejazdu, na podstawie przedłożonej faktury dotyczącej zakupu dwóch biletów lotniczych – w myśl wytycznych zawartych w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 17 kwietnia 2013 r. w spr. XII Ga 73/12, zgodnie z którymi: *„Sąd Okręgowy przychylił się do poglądu skarżącego, iż uzasadnionym kosztem postępowania odwoławczego jest w realiach niniejszej sprawy jedynie koszt dojazdu jednego profesjonalnego. Z akt sprawy Krajowej Izby Odwoławczej [...] wynika, że na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej ze strony Zamawiającego stawili się trzech pełnomocnicy [...]. Jednakże Zamawiający, jako uczestnik postępowania w żaden sposób nie sprecyzował zarówno przed KIO jak w skargowym postępowaniu sądowym, na czym w jego ocenie polegają tzw. „uzasadnione” koszty postępowania odwoławczego. Innymi słowy zdaniem Sądu Okręgowego, takim usprawiedliwieniem dla zasądzenia kosztów dojazdu pozostałych pełnomocników z pewnością byłoby np. wykazanie przez Zamawiającego konieczności i potrzeby ich uczestnictwa z uwagi na merytoryczną znajomość przez nich spornych zagadnień będących przedmiotem odwołania”*. Zamawiający nie uzasadnił celowości i zasadności zasądzenia kosztów udziału w posiedzeniu i rozprawie dwóch pełnomocników, zaś – co najistotniejsze złożona faktura, poza wskazaniem, że dotyczy bliżej nieokreślonych biletów lotniczych, w żaden sposób nie obrazuje związku tego wydatku z jednym lub dwoma pełnomocnikami reprezentującymi Zamawiającego, nie wskazuje osób odbywających podróży, co pozwoliłoby na powiązanie tego wydatku z osobami/osobą reprezentującą Zamawiającego, miejsca wylotu oraz przeznaczenia ani jakichkolwiek danych, które pozwoliłyby na ocenę, że faktura wiąże się z wydatkiem poniesionym w związku ze stawiennictwem na posiedzenie i rozprawę przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Skład orzekający: