

Sygn. akt: KIO 188/19

WYROK
z dnia 21 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Marek Koleśnikow

Daniel Konicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lutego 2019 r. przez wykonawcę IWNiSE Sp. z o.o., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” ul. Żwirki i Wigury 1, 00-906 Warszawa

przy udziale:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum **Multiconsult Polska Sp. z o.o., BBC**

Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k.,

ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa,

- wykonawcy **TPF Sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa,**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - **IWNiSE Sp. z o.o., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **IWNiSE Sp. z o.o., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2018 poz. 1986 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 Warszawie**.

Przewodniczący:.....

.....

.....

Sygn. akt KIO 188/19

Uzasadnienie

Zamawiający - Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” ul. Żwirki i Wigury 1, 00-906 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 poz. 1986 ze zm.), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „*Wybór Inwestora Zastępczego dla realizacji rozbudowy bryty głównej Terminala i Pirsu Południowego, zgodnie z kompleksową analizą przepustowości LCH wraz z planem rozwoju*”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21.08.2018 r., pod nrem 2018/S 159-365760.

W dniu 23.01.2019 r. Zamawiający poinformował wykonawcę IWNiSE Sp. z o.o., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa (dalej również jako Odwołujący) o odrzuceniu jego oferty.

Od tej czynności, w dniu 4.02.2019 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na uznanie, że nie udzielono wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty, w sytuacji gdy IWNiSE złożyło w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego wyczerpujące, obszerne wyjaśnienia za pośrednictwem Platformy dostępnej pod adresem internetowym <https://portal.smartpzp.pl/ppi/>;

- 2) art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez wskazanie niepełnej podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez nieprawidłowe stosowanie ww. przepisu ustawy

ewentualnie:

- 3) art. 91a ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp przez nieprawidłowe przeprowadzenie aukcji elektronicznej w sposób sprzeczny z postanowieniami SIWZ określonymi w Rozdziale XVI, a w szczególności z pkt 7 i zaniechanie, wbrew obowiązkom wynikającym z tego postanowienia zweryfikowania spełniania przez poszczególnych wykonawców kryterium oceny ofert „Doświadczenie kierownika projektu”, co mogło skutkować przyznaniem poszczególnym ofertom punktacji na podstawie niezweryfikowanych informacji i miało wpływ na pozycję rankingową wykonawców oraz przebieg aukcji elektronicznej;
- 4) art. 26 ust. 2f i art. 7 ustawy Pzp przez niezastosowanie tego przepisu i zaniechanie wezwania wykonawców przed zaproszeniem do udziału w aukcji elektronicznej do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z Rozdziałem XVI pkt 7 SIWZ;
- 5) art. 91b ust. 1 w zw. z art. 91a ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ustawy Pzp przez niezasadne przekazanie zaproszeń do udziału w aukcji elektronicznej, w sytuacji niespełnienia wymagań określonych w Rozdziale XVI pkt 7 SIWZ, co skutkowało nieprawidłowym przeprowadzeniem aukcji elektronicznej i miało wpływ na jej przebieg, w efekcie czego doszło do niezasadnego wezwania Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 lub 1a ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty i odrzucenia oferty Odwołującego

lub ewentualnie:

- 6) art. 90 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania wykonawcy konsorcjum IDOM do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, mimo że w postępowaniu zaistniały okoliczności obligujące Zamawiającego do dokonania takiego wezwania;
- 7) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz innych przepisów prawa wskazanych w treści uzasadnienia odwołania.

W oparciu o powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania;

2) unieważniania czynności wezwania Odwołującego z 8.01.2019 r. do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny

tualnie:

3) unieważnienia czynności przeprowadzonej aukcji elektronicznej w dniu 18.12.2018 r.;

4) unieważnienia zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej;

5) wezwania do złożenia dokumentów zgodnie z Rozdziałem XVI pkt 7 SIWZ;

6) wezwania Konsorcjum IDOM do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty;

7) dokonania powtórnej czynności zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej;

8) ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej zgodnie z przepisami ustawy Pzp i postanowieniami SIWZ;

9) powtórzenia czynności oceny ofert

względnienie:

10) unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w razie uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że zaistniałe w postępowaniu nieprawidłowości będące skutkiem działań i zaniechań Zamawiającego

stanowią niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Uzasadnienie faktyczne i prawne odwołania.

Odwolujący informuje, że Szacunkowa wartość zamówienia została określona na kwotę 27 8000 000 zł netto, co daje kwotę 34 194 000 zł brutto. Oferty w postępowaniu złożyło 6 wykonawców, w tym Odwołujący z ceną 17 103 150,00 zł brutto.

Wskazuje, że Rozdział XI SIWZ (Informacje o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów) stanowił:

„Komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami odbywa się zgodnie z wyborem Zamawiającego za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012r. — Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529 oraz z 2015 r., poz. 1830), osobiście, za pośrednictwem postańca lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. z 2013 r. ze zm.).

2. W świetle przepisów Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27.06.2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępnianie i przechowywanie dokumentów elektronicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1320) wybór odpowiedniego środka komunikacji elektronicznej należy do Zamawiającego.

3. Środkiem komunikacji elektronicznej, za pośrednictwem którego Wykonawca będzie mógł złożyć ofertę i Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (dalej JEDZ/ESPD), będzie Platforma pod adresem: <https://portal.smartpzp.pl/ppl>. Zamawiający nie dopuszcza innej formy (z bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu) złożenia JEDZ niż przez Platformę. Zamawiający nie dopuszcza złożenia JEDZ za pośrednictwem poczty elektronicznej.

4. Wszelkie zawiadomienia, oświadczenia, wnioski oraz informacje Zamawiający oraz Wykonawcy mogą przekazać pisemnie, lub drogą elektroniczną za pośrednictwem Platformy. Zamawiający dopuszcza możliwość przekazywania sobie przez Strony postępowania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji:

- pisemnie na adres:

WZDZIAŁ PRACOWNIKÓW PAŃSTWOWE „PORTY LOTNICZE” Zespół Zamówień Publicznych, pok. nr 826 ul. Komitetu Ochrony Robotników 49, 02-146 Warszawa,

- drogą elektroniczną za pośrednictwem Platformy Portal SmartPZP pod adresem: <https://portal.smartpzp.pl/ppl>.

Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przekazane za pomocą drogi elektronicznej uważa się za złożone w terminie, jeżeli ich treść dotarła do adresata przed upływem wyznaczonego terminu.

Odwolujący podważa zasadność i poprawność podjętych przez Zamawiającego rozstrzygnięć, wskazując jak poniżej.

Ad zarzut nr 1 - naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp odrzucenie oferty Odwołującego. Odwołujący wskazuje, że wbrew treści załącznika nr 1 do ogłoszenia o zamówienie, w którym Zamawiający poinformował o możliwości złożenia wyjaśnień na stronie internetowej, w dniu 22.10.2018 r. i 8.01.2019 r., dotyczących rażąco niskiej ceny oferty. Wskazuje, że termin udzielenia odpowiedzi na drugie z ww. wezwań, po wydłużeniu przez Zamawiającego, wyznaczony został na dzień 16.01.2019 r., godz. 10:00. Odwołujący podnosi, że odpowiedź na rzeczne wezwanie przekazał w dniu 15.01.2019 r. o godzinie 20:05, za pośrednictwem Platformy. W dniu 17.01.2019 r. pracownik Zamawiającego telefonicznie poinformował Odwołującego, że nie otrzymał wyjaśnień Odwołującego dotyczących ceny oferty i że „otrzymał plik z 15.01.2019 r. z godz. 20:05, ale pusty”. Odwołujący od razu po zakończeniu rozmowy telefonicznej ponownie przesłał Zamawiającemu swoją odpowiedź „Wyjaśnienie PPL dotyczące ceny oferty w wyniku aukcji elektronicznej 15012019” wraz z plikiem podpisu, za pośrednictwem poczty elektronicznej (email z dnia 17.01.2019 r. godz. 12:35 z załącznikami). Pracownik Zamawiającego wskazał, że z „Pisma w pdf pn. „Wyjaśnienie ceny oferty w wyniku aukcji elektronicznej” wynika, że zostało ono przygotowane 15.01.2019 r. o 20:05, to jednak w takiej formie Zamawiający nie dostał go w wyznaczonym terminie”.

Odwolujący wskazuje, że chcąc dochować należytej staranności i pragnąc wyjaśnić zaistniałą sytuację, przekazał Zamawiającemu w wiadomości mailowej wyjaśnienia i zrzuty ekranu potwierdzające prawidłowe złożenie wyjaśnień na Platformie. Wskazuje, że w rozmowie telefonicznej z Zamawiającym z dnia 17.01.2019 r. informował, że dołożył wszelkiej staranności zarówno w zakresie przygotowania obszernego wyjaśnienia (14 stron), jak i przesłania pisma z odpowiednim wyprzedzeniem (tj. ponad 14 godzin przed upływem wyznaczonego terminu). Odwołujący wyjaśniał, że niemożność otwarcia przez Zamawiającego poprawnej zawartości pisma z wyjaśnieniami

stanowi nieprawidłowość niezawinioną przez Odwołującego i spowodowaną błędem informatycznym niezależnym od działań Odwołującego. Podnosi, że w dniu 15.01.2019 r. nie miał żadnych podstaw, żeby przypuszczać, że załączony plik z wyjaśnieniem oraz z podpisem może nie zostać utworzony przez Zamawiającego, a pismo w nim zawarte nie zostanie odczytane. W wiadomości z tego samego dnia (godz. 15:15) Odwołujący wyjaśniał dodatkowo, że podpis kwalifikowany użyty przez Odwołującego do podpisania pliku zawierającego wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny posiada znacznik czasu. Wskazał, że: „Znacznik Czasu” odgrywa ważną rolę przy weryfikacji i uwiarygodnieniu dokumentu. To „etykieta” przypięta do dokumentu elektronicznego, na podstawie której można jednoznacznie określić dokładną, wiarygodną datę jego powstania i podpisania, ale co najważniejsze w obecnej sytuacji — potwierdza niezbieżność, że dokument źródłowy po złożeniu podpisu nie był w najmniejszym stopniu nawet modyfikowany i dokładnie ten dokument został podpisany (a nie np. pusta strona). Oznacza to, że podpisany plik i wysłany 15.01.2019 r. przez Platformę jest dokładnym odwzwierciedleniem pliku źródłowego w pdf, który Odwołujący wysłał e-mailem 17.01.2019 o godz. 12:35 co potwierdza, że dokument „Wyjaśnienie PPL dotyczące ceny oferty” był faktycznie przygotowany przez Odwołującego w dniu 15.01.2019 i zapisany w ostatecznej formie o godz. 20:00, w treści dokumentu „Wyjaśnienie PPL...” nie została przez Odwołującego dokonana żadna zmiana pomiędzy czasem zapisania ostatecznej wersji tego pliku w dniu 15.01.2019 r. a jego ponownym przesłaniem do Zamawiającego 17.01.2019 r. o godz. 12:35. Gdyby wprowadzona została choćby najmniejsza zmiana (np. interpunkcja) wówczas plik z podpisem w formacie xades wskazywałby konflikt pomiędzy tymi dwoma dokumentami (pdf/xades). Odwołujący podnosi, że Zamawiający mógł to sprawdzić otwierając w programie do weryfikacji podpisów kwalifikowanych przesłany e-mailem o godz. 12:35 „Wyjaśnienie PPL...” plik podpisu xades, jaki w konsekwencji błędu technicznego pozostał na Platformie, który potwierdza zamieszczenie w dniu 15.01.2019 r. o godz. 20:05 - właśnie ten plik podpisu jest kompatybilny i integralny z „Wyjaśnieniem PPL...”, dostanym Zamawiającemu na potwierdzenie, że wyjaśnienie zostało przez Odwołującego przygotowane i złożone w wyznaczonym terminie. Odwołujący wskazuje, że nie dysponuje żadnym potwierdzeniem czy wydrukiem o błędzie, jaki miał miejsce na Platformie, bowiem nie otrzymał żadnego komunikatu o takim błędzie. Jest to sytuacja identyczna jak ta z dnia 22.10.2018 r., która dotyczyła błędu na Platformie po stronie Zamawiającego, opisana poniżej. Odwołujący zamieścił w sposób prawidłowy plik podpisu wraz z plikiem źródłowym 15.01.2019 r. o godz. 20:05, używając podpisu kwalifikowanego i w związku z brakiem jakiegokolwiek komunikatu innego niż potwierdzenie prawidłowo złożonego podpisu, wylogował się z Platformy.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że przekazał Zamawiającemu w dniu 15.01.2019 r. w sposób prawidłowy plik zawierający odpowiedź na wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty przez Platformę. Zamawiający uznał jednak, że wykonawca w określonym terminie nie złożył wyjaśnień rażąco niskiej ceny i podjął decyzję o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący podkreśla, że wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji błędów technicznych sprzętu lub oprogramowania występujących po stronie Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego Zamawiający bezpodstawnie odrzucił jego ofertę, uznając że nie udzielono wyjaśnień, w sytuacji gdy IWNISE złożyło w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego wyczerpujące, obszernie wyjaśnienia za pośrednictwem Platformy. Odwołujący podnosi, że sam Zamawiający w korespondencji mailowej z wykonawcą przyznał, że działanie Platformy w przeszłości wykazywało błędy techniczne. Odwołujący wskazuje, że w dniu 24.10.2018 r. pracownik Zamawiającego (Przewodniczący Komisji Przetargowej) zatelefonował do Odwołującego z pytaniem, czy otrzymano za pośrednictwem Platformy wezwanie do złożenia wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny z dnia 22.10.2018 r. Odwołujący po informacji telefonicznej w dniu 24.10.2018 r. sprawdził korespondencję na Platformie i nie widniało tam żadne pismo od Zamawiającego z dnia 22.10.2018 r. Podkreśla, że osoba upoważniona do prowadzenia korespondencji z Zamawiającym z ramienia Odwołującego (Prezes Zarządu) korzystała z tej Platformy od początku postępowania. Z uwagi na to, że miała ona wiedzę dotyczącą sposobu funkcjonowania Platformy, ponieważ wcześniej prowadziła korespondencję z Zamawiającym (która była skutecznie doręczana), również w przypadku udzielania odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień w zakresie ceny oferty, dochowała należytej staranności i załączyła wymagane pliki, tj. dwa pliki (źródłowy i z podpisem zewnętrznym), a w wyniku błędu Platformy faktycznie finalnie pozostał tylko jeden plik (ten z samym podpisem). Podkreśla, że system nie zgłosił żadnego błędu - gdyby wyświetlił się jakikolwiek komunikat o błędzie, ponownie zamieściłby te pliki na Platformie. Podnosi, że skoro dokonano prawidłowej operacji, a system nie zgłosił żadnego błędu, to należy uznać, że Odwołujący, dochowując należytej staranności, mógł być przekonany, że pismo zostało doręczone, a operacja wykonana została pomyślnie. Zaznacza, że Platforma Smart PZP nie posiada funkcjonalności potwierdzania złożonego za jej pośrednictwem dokumentu, co pozbawia wykonawcę tak ważnej kontroli wykonywanych czynności. Wskazuje, że w podobnej sytuacji był sam Zamawiający w październiku, kiedy to był przekonany, że zamieścił w dniu 22.10.2018 r. wezwanie na Platformie, a dopiero w dniu 24.10.2018 r. zorientował się (być może na skutek informacji telefonicznej od któregoś z wykonawców), że żadne pliki tam nie widnieją, a więc nie zostały doręczone wykonawcom. Dalej opisuje, że Zamawiający 22.10.2018 r. załączył pismo do wykonawców na Platformie Smart PZP, o czym poinformował wykonawców w emailu z dnia 24.10.2018 r. godz. 15:03. Z przesłanej informacji Zamawiającego niezbieżnie wynika, że „pismo zostało skierowane”, co po raz kolejny zostało potwierdzone przez Zamawiającego w emailu z tego samego dnia z godz. 15:48 - „Pismo zostało wysłane w poniedziałek za pośrednictwem Platformy Smart PZP”. Zdaniem Odwołującego swoją korespondencją Zamawiający nie pozostawia więc żadnych wątpliwości, że pismo do wykonawców zostało załączone na Platformie - potwierdzając ten fakt aż dwukrotnie w dniu 24.10.2018 r., Zamawiający był więc przekonany o swoim prawidłowym działaniu, a dopiero po dwóch dniach pozyskał wiedzę, że korespondencja „zniknęła” i nigdy nie dotarła do adresatów. Zamawiający również nie otrzymał żadnego komunikatu o błędzie z systemu ani w momencie zamieszczania pisma na Platformie ani w kolejnych dniach po tym działaniu. Dopiero w dniu 25.10.2018 r. o godz. 12:30 Zamawiający przesłał informację e-mailem, stwierdzając, że „był jakiś problem techniczny z Platformą i korespondencja nie dotarła do Wykonawców”. Jak wynika z treści wiadomości, Zamawiający nazywając problem „jakimś”, również nie mógł zidentyfikować ani rodzaju ani źródła tego problemu. W dalszej kolejności, tego samego dnia o godzinie 16:04 Zamawiający przesłał kolejną informację o umieszczeniu pisma na Platformie z jednoczesnym załączeniem tej korespondencji do wiadomości. Zaznaczyć należy, że pismo z dnia 22.10.2018 r., o które chodziło, dotyczyło wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty w terminie do 26.10.2018 r. W wyniku zaistniałych problemów technicznych po stronie Zamawiającego, Zamawiający w

kolejnym piśmie z dnia 25.01.2018 r. przedłużył termin na złożenie wyjaśnień aż do 5.11.2018 r. Odwołujący podnosi, że Zamawiający — poza lakoniczną informacją mailową, że „był jakiś problem techniczny na Platformie” nie podjął żadnych działań zapobiegających potencjalnym, negatywnym konsekwencjom dla wykonawców w przypadku powtórzenia się problemu, czego przecież nie można było wykluczyć, np. przez uczulenie wykonawców do bardziej szczegółowego sprawdzania i kontroli, podwójnego wysyłania dokumentów (np. pocztą elektroniczną oraz przez platformę). Co więcej, sam Zamawiający wyłączył u siebie potwierdzenie doręczeń e-maili a Platforma nie zapewnia funkcjonalności potwierdzenia wysłania korespondencji jak wspomniano wyżej. Odwołujący wywodzi, że Platforma działała błędnie, czego doświadczył nie tylko Odwołujący, ale również sam Zamawiający, wobec czego tym bardziej niezasadne jest stosowanie sankcji wobec Odwołującego i odrzucenie jego oferty.

Odwołujący wskazuje, że w warunkach sprawy decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego w sytuacji, gdy po przeprowadzonej aukcji elektronicznej była ofertą najkorzystniejszą, była nadmiernie surowa, pozbawiona zrozumienia faktycznej istoty problemu w związku z własnym, identycznym doświadczeniem z października 2018 r. oraz cechowała się nadmiernym formalizmem polegającym na nieuwzględnieniu kontekstu zdarzenia oraz wagi konsekwencji dla Odwołującego pomimo braku jego winy. Zdaniem Odwołującego przedmiotowy zarzut został udowodniony i niezbitie dowiedziony. Powołuje się na wyrok w sprawie KIO 190/18. Podnosi, że jak wskazuje się w piśmiennictwie i orzecznictwie KIO, celem instytucji uzupełnienia dokumentów jest stworzenie możliwości usunięcia braków lub uchybień w składanych na wezwanie zamawiającego dokumentach, tak aby wyeliminować ryzyko, że oferta wykonawcy jest odrzucana jedynie ze względów formalnych — ważne są względy merytoryczne. Wskazuje, że jak wskazała Izba w ww. orzeczeniu, można przyjąć, że elektroniczacja postępowań spowoduje ryzyko nowych naruszeń formalnych, wynikających z szeroko rozumianej cyfryzacji zamówień — jest to zmiana systemowa, wprowadzająca możliwość pojawiania się nowych błędów natury technicznej (infrastruktura, sieć, oprogramowanie, wirusy komputerowe) oraz błędów całkowicie niezależnych od uczestników postępowania np. błędy po stronie dostawcy internetu, incydenty czyli pojedyncze niepożądane lub niespodziewane zdarzenie związane z bezpieczeństwem informacji lub seria takich zdarzeń, które stwarzają znaczne prawdopodobieństwo zakłócenia działań biznesowych i zagrażają bezpieczeństwu informacji (wg PN-ISO/IEC 27000:2014-11). Podnosi, że w stosunku do wielu ryzyk, zarówno pozycja wykonawcy jak i zamawiającego jest zupełnie bierna, nie mają oni bowiem żadnego wpływu na wystąpienie tych niepożądanych zdarzeń. W związku z tym, niemożliwym może być również podjęcie jakichkolwiek działań w ramach postępowania z ryzykiem, takich jak np. wypływanie na zmianę poziomu ryzyka, unikanie ryzyka, przeniesienie ryzyka, nawet wówczas gdy zagrożenie zostanie prawidłowo zidentyfikowane. Stąd tak szczególnie istotna i ważna w tych nowych warunkach staje się instytucja uzupełniania dokumentów. Wskazuje, że w relacji zamawiający — wykonawca wchodzi nowy czynnik, czyli cyfryzacja, a reperkusje tych „błędów zewnętrznych” nie mogą obciążać wykonawcy, który w działaniach leżących w jego zakresie oraz obowiązku wykazuje należyłą staranność, nie tylko w tym jednostkowym działaniu, ale w całej trwającej niekiedy wiele miesięcy, procedurze danego zamówienia, szczególnie gdy taki błąd staje się powodem do odrzucenia oferty. Powołuje się na orzeczenie KIO 1165/18.

Odwołujący wskazuje, że okoliczności zaistniałe w przedmiotowym postępowaniu mogą świadczyć również o naruszeniu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, co również zarzuca Zamawiającemu.

Odwołujący zaświadcza, że w przedmiotowym wypadku nie można stwierdzić, że zachodzi błąd ludzki wykonawcy - Odwołujący przygotowując i zamieszczając pliki z wyjaśnieniem rażąco niskiej ceny dochował należytej staranności przygotowując wyjaśnienie z odpowiednim wyprzedzeniem. Dalej wywodzi, że skoro intencją Odwołującego było zamieszczenie dokumentu na platformie z odpowiednim wyprzedzeniem, czyli nie było to działanie pod presją czasu, w pośpiechu, czy też niedbałość w działaniu (uprzednio Odwołujący zamieszczał dokumenty na platformie prawidłowo, więc wykazał się umiejętnością korzystania z tego narzędzia), to jego zdaniem nie można takiego działania ocenić jako działania wynikającego z „niedbałości” lub „błędu ludzkiego”. Wskazuje, że dołożył wszelkich starań i wykluczył możliwość zaistnienia takiego błędu. Ponownie wskazuje, że platforma Zamawiającego nie sygnalizowała błędu, na który, przy należytej staranności, Odwołujący powinien był zareagować. Zaznacza, że działał w dobrej wierze i sumiennie. Załączył oba pliki, a później okazało się że jeden plik „zniknął”, co potwierdza wcześniejszy przypadek Zamawiającego. Wskazuje, że zgodnie z dyspozycją art. 10b ustawy Pzp, to na zamawiającym spoczywa obowiązek zapewnienia, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz ich właściwości techniczne nie były dyskryminujące, gwarantując w ten sposób wypełnienie podstawowych zasad, jakimi jest równość wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji.

zarzut 2 - naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez wskazanie niepełnej podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego. Zarzut nieprawidłowego stosowania art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący w dniu 23.01.2019 r. otrzymał zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty, w którym wskazano, że Zamawiający, działając zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, odrzuca ofertę na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, że Zamawiający określił niepełną podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego, nie wskazując art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, co świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie podnosi, że treść art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, pomimo znanego Odwołującemu dominującego orzecznictwa w sprawie, nie określa wprost sankcji za „nieudzielenie wyjaśnień w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego”, a jedynie za przypadek, w którym wykonawca „nie udzielił wyjaśnień”. Podnosi, że taka sytuacja nieudzielenia wyjaśnień nie miała miejsca w przedmiotowym postępowaniu, gdyż wyjaśnienia zostały przez Odwołującego złożone. Nawet jeśli obiektywnie przyjąć, że po stronie Zamawiającego nie doszło do skutecznego

doręczenia wyjaśnień, to jednak zostało one doręczone przez Odwołującego powtórnie, niezwłocznie po tym jak Odwołujący powziął wiedzę o zaistniałym problemie. Podkreśla, że jeśli intencją ustawodawcy byłoby uzależnienie skutku dla wykonawcy od terminu wynikającego wprost w ustawie lub ustawowo terminu ustalonego przez zamawiającego, to takie wyraźne uregulowanie znalazłoby się w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazuje, że ustawodawca wielokrotnie w treści ustawy dał wyraźny przejaw konieczności zastosowania sankcji za przekroczenie terminu bądź to wskazanego przez samą ustawę, bądź terminu wyznaczonego przez zamawiającego (np. art. 22a ust. 6 ustawy, art. 24 ust. 11 ustawy, 46 ust. 3 ustawy, 76 ust. 3 ustawy, 89 ust. 1 pkt 7) ustawy i inne). Podnosi, że z łatwością można przywołać co najmniej 20 przepisów, w których ustawodawca stosuje wprost termin zawity sankcjonując niepodjęcie określonej czynności przez uprawniony (zobowiązany) podmiot w okresie zakreślonym tym terminem, pod rygorem definitywnego wygaśnięcia przysługującego podmiotowi prawa do tej czynności. Taka sytuacja nie znajduje jednakże zastosowania do treści art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Wywodzi, że skoro więc, coraz bardziej liberalnie przyjmuje się w orzecznictwie możliwość kilkukrotnego składania wyjaśnień, to niezrozumiałe i krzywdzące dla Odwołującego jest podejście, w którym pomimo braku wyraźnej ustawowej podstawy za nieudzielenie wyjaśnień w terminie, sankcjonuje się taką sytuację odrzuceniem oferty Odwołującego. Wskazuje, że art. 90 ust. 3 ustawy Pzp jest ponadto błędnie zastosowany przez Zamawiającego, albowiem w niepełny sposób, bez powiązania z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Ad zarzut 3-4 - naruszenie art. 91a ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp przez nieprawidłowe przeprowadzenie aukcji elektronicznej, względnie art. 26 ust. 2f i art. 7 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania wykonawców przed zaproszeniem do udziału w aukcji elektronicznej do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z Rozdziałem XVI pkt 7 SIWZ, art. 91b ust. 1 w zw. z art. 91a ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ustawy Pzp przez niezasadne przekazanie zaproszeń do udziału w aukcji elektronicznej w sytuacji niespełnienia wymagań określonych w Rozdziale XVI pkt 7 SIWZ.

Odwołujący wskazuje, że w Zamawiający określił kryteria oceny ofert w Rozdziale XV SIWZ:

a) cena - 80 %

b) Doświadczenie kierownika projektu - 20 %.

Zamawiający określił, że dokona oceny złożonych ofert zgodnie z następującymi zasadami:

- Kryterium „Cena” (C) zostanie zastosowane wobec podanej w ofercie całkowitego wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia.

- Kryterium „Doświadczenie kierownika projektu” (D) zostanie zastosowane wobec podanego w ofercie doświadczenia kierownika projektu, skierowanego do realizacji zamówienia, a dotyczące ilości zrealizowanych przez niego projektów o wartości min. 100 000 000 (sto milionów) każdy. Przez zrealizowane projekty Zamawiający rozumie takie projekty, w których wskazana osoba pełniła funkcje kierownika projektu.

W rozdziale XVI SIWZ zawierającym Informacje dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej wskazano, że:

„ (...) c) Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną (na adres e-mail Wykonawcy wskazany w Formularzu „Oferta”) za pośrednictwem Platformy Aukcji Elektronicznej do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. (...)”

7. Elementy, których wartości będą przedmiotem aukcji:

Cena — 80% (kryterium podlegające aukcji).

Doświadczenie kierownika projektu — 20% (kryterium nie podlegające aukcji).

Wskazano, że „Zostanie oceniona przez Zamawiającego na podstawie informacji przedstawionych w dokumentach potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a uzyskane ilości punktów zostaną podane dla wszystkich wykonawców w zaproszeniu do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej”.

Zamawiający przesłał wykonawcom zaproszenie do aukcji elektronicznej w dniu 13.12.2019 r.

Zamawiający w Rozdziale V określił m.in. następujące warunki udziału w postępowaniu:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

1) nie podlegają wykluczeniu;

2) spełniają warunki udziału w postępowaniu:

a) wykażą, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wykonali co najmniej dwa zamówienia świadczenia usług polegających na pełnieniu funkcji inwestora zastępczego lub nadzoru inwestorskiego przy budowie budynków użyteczności publicznej o wartości min. 100 000 000 (sto milionów) netto każda,

b) wykażą, że dysponują i skierują do realizacji zamówienia:

- minimum jedną osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Koordynatora posiadającego uprawnienia budowlane bez ograniczeń do projektowania lub kierowania robotami budowlanym wraz z ważnym zaświadczeniem o przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego oraz posiadającą, co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Kierownika Projektu, Koordynatora Zespołu Inwestycyjnego, Inżyniera Kontraktu, Kierownika Budowy, w tym przynajmniej przy realizacji dwóch obiektów budowlanych, wymienionych w ust. 1 pkt 2 lit. a powyżej”.

Odwołujący wskazuje, że z ww. postanowień SIWZ wynika, że kryterium oceny ofert dotyczące doświadczenia kierownika Projektu było sformułowane w podobny sposób do warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale 5 ust. 1 pkt 2 lit b tiret pierwsze, a Zamawiający premiował w kryteriach wykonawców doświadczenie kierownika projektu przekraczające minimalną liczbę dwóch usług, o których mowa w ww. regulacji.

Odwołujący informuje, że zgodnie z pkt 3.1 Rozdziału VII zawierającym wykaz dokumentów świadczących o jakości Zamawiający może żądać od wykonawców na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu:

W celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu:

- wykazu usług oraz dowodów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt V.1.2 lit. a SIWZ, przez należyte wykonanie dostaw w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, wskazanych w wykazie. Dowodami są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane. Jeżeli z uzasadnionej przyczyny, o obiektywnym charakterze, Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — oświadczenie Wykonawcy.

- wykazu osób oraz informacji o podstawie dysponowania i doświadczeniu osób opisanych w pkt V.1.2 ppkt b SIWZ”.

Aukcja elektroniczna odbyła się w dniu 18.12.2019 r. Wykonawcy w pkt 2 Formularza ofertowego sporządzonego zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, byli zobowiązani oświadczyć, w ilu projektach, o wartości co najmniej 1 000 000 000 zł każdy, osoba skierowana przez Wykonawcę do realizacji zamówienia posiada doświadczenie jako Kierownik Projektu. Zamawiający podał przy otwarciu ofert informację w tym zakresie w odniesieniu do oferty każdego z wykonawców.

Odwołujący podkreśla, że z przytoczonego powyżej Rozdziału XVI pkt 7 SIWZ wynika, że kryterium „Doświadczenie kierownika projektu” powinno być ocenione przez Zamawiającego na podstawie informacji przedstawionych w dokumentach potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a uzyskane liczby punktów powinny zostać podane wszystkim wykonawcom w zaproszeniu do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej. Zdaniem Odwołującego, wbrew temu wymogowi, precyzyjnie wyartykułowanemu w treści SIWZ, Zamawiający nie wezwał wykonawców, przed przekazaniem zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie tego wymogu.

Z tego wywodzi, że Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną w sposób nieprawidłowy, zaniechując (wbrew obowiązki wynikającemu z SIWZ) zweryfikowania spełniania przez poszczególnych wykonawców kryterium oceny ofert „Doświadczenie kierownika projektu”.

W ocenie Odwołującego, te zaniechania Zamawiającego skutkowały przyznaniem poszczególnym ofertom punktacji na podstawie niezwyfikowanych informacji i miały wpływ na pozycję rankingową wykonawców oraz przebieg aukcji elektronicznej. Nie ulega wątpliwości, że w razie, gdy po weryfikacji dokumentów, do których wezwania Zamawiający był zobowiązany, uznano by, że złożone dokumenty nie potwierdzają oświadczenia któregoś z wykonawców, dotyczącego doświadczenia kierownika projektu zawartego w formularzu ofertowym, lista rankingowa wykonawców przystępujących do aukcji elektronicznej mogłaby wyglądać inaczej. Odwołujący podnosi, że formułując takie postanowienie SIWZ i nakładając na siebie obowiązek weryfikacji wymienionych w nim dokumentów, Zamawiający powinien wezwać do tego wszystkich wykonawców na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp. Odwołujący zauważa, że wprawdzie ww. przepis stanowi o uprawnieniu Zamawiającego do dokonania takiego wezwania i nie nakłada na niego obowiązku, a przepis znajduje głównie zastosowanie w przypadku postępowań wieloetapowych, ale nie ulega wątpliwości, że w razie zaistnienia sytuacji wystąpienia

„niezbędności zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania”, Zamawiający powinien skorzystać z jego dyspozycji. Podnosi, że Zamawiający sam w SIWZ określił, że kryterium „Doświadczenie kierownika projektu” zostanie ocenione na podstawie informacji przedstawionych w dokumentach potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tym samym żądanie złożenia tych dokumentów było „niezbędne” w rozumieniu art. 26 ust. 2f ustawy Pzp. Wywodzi, że w rezultacie ww. zaniedbań Zamawiający niezasadnie przekazał wykonawcom zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, co skutkowało nieprawidłowym sporządzeniem listy rankingowej i przeprowadzeniem aukcji elektronicznej i miało wpływ na jej przebieg. Odwołujący z powołanych okoliczności wywodzi naruszenie art. 91a ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp, art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, a także art. 91b ust. 1 w zw. z art. 91a ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ustawy Pzp. Wskazuje, że w rezultacie powyższych naruszeń, doszło do niezasadnego wezwania Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 lub 1a ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty w dniu 8.01.2019 r. i odrzucenia jego oferty w dniu 23.01.2019 r.

Ad zarzutu 6 - naruszenia art. 90 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy konsorcjum IDOM do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, pomimo że w postępowaniu zaistniały okoliczności obligujące Zamawiającego do dokonania czynności wezwania.

Szacunkowa wartość zamówienia została określona na kwotę 27 800 000 zł netto, co daje kwotę 34 194 000 zł brutto. Z informacji posiadanych przez Odwołującego (uzyskanych telefonicznie od pracownika Zamawiającego - Przewodniczącego Komisji Przetargowej) wynika, że Zamawiający wystosował wezwanie do wyjaśnień w zakresie ceny oferty do pięciu z sześciu wykonawców, którzy złożyli ofertę - Zamawiający nie wezwał jedynie Konsorcjum IDOM. Odwołujący podnosi, że na mocy art. 90 ust. 1a, zamawiający zobligowany jest do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Z faktu posłużenia się przez ustawodawcę w treści przepisu zwrotem „lub” wynika, że jeśli chociaż jedna z opisanych okoliczności zaistnieje w postępowaniu, zamawiający jest zobligowany do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Odwołujący wskazuje, że w stosunku do oferty konsorcjum IDOM ziszcza się przesłanka określona w pkt 1 tego przepisu, ponieważ wartość tej oferty - 22 509 000,00 zł - stanowi 65,82 % wartości zamówienia powiększonej o VAT, czyli jest niższa o 34,18 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Zdaniem Odwołującego, w rozpoznawanej sprawie nie wystąpiła żadna okoliczność, którą można zakwalifikować jako „rozbieżność wynikającą z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia”. Okolicznością taką nie może być to, że oferta złożona przez konsorcjum IDOM zawierała najwyższą cenę spośród wszystkich sześciu ofert w sytuacji, gdy pozostali wykonawcy zostali wezwani do złożenia takich wyjaśnień. W wyniku oceny tych wyjaśnień, oferty konsorcjum ZBM Inwestor Zastępczy S.A., ZDI Sp. z o. o. oraz ECM Group Polska S.A. zostały odrzucone. Odwołujący wskazuje, że hipotetycznie rzecz biorąc, gdyby doszło do złożenia takich wyjaśnień, nie można wykluczyć sytuacji, w której wykonawca ten nie wykazałby, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W takim przypadku, nie zostałby on w ogóle zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej, co mogłoby spowodować, że aukcja elektroniczna miałaby zupełnie inny przebieg.

Ad zarzutu 7, tj. naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut ten Odwołujący opiera o okoliczność, że Zamawiający dopuścił się naruszenia wielu przepisów wskazanych w odwołaniu i za w pełni uzasadnione należy uznać także twierdzenie o naruszeniu przez niego przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Przez niezastosowanie w sposób prawidłowy powołanych przepisów, Zamawiający dopuścił się bowiem naruszenia fundamentalnych dla prawa zamówień publicznych zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 19.02.2019 r. Odwołujący podtrzymał stanowisko zawarte w odwołaniu.

Do postępowania po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum Multiconsult Polska Sp. z o. o., BBC Best Building Consultants Sp. z o. o. Sp. k., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa i wykonawca TPF Sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i korespondencją pomiędzy Zamawiającym i wykonawcami, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem oraz odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający zasady komunikacji z wykonawcami określił w rozdziale XI specyfikacji istotnych warunków zamówienia – „Informacje o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów”.

Rozdział ten zawierał m.in. następujące postanowienia:

„1. Komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami odbywa się zgodnie z wyborem Zamawiającego za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012r. – Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529 oraz z 2015 r., poz. 1830), osobiście, za pośrednictwem postańca lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. z 2013 r. ze zm.).

(...)

4. Wszelkie zawiadomienia, oświadczenia, wnioski oraz informacje Zamawiający oraz Wykonawcy mogą przekazać pisemnie, lub drogą elektroniczną za pośrednictwem Platformy. Zamawiający dopuszcza możliwość przekazywania sobie przez Strony postępowania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji:

- pisemnie na adres: (...)

- drogą elektroniczną za pośrednictwem Platformy Portal SmartPZP pod adresem: <https://portal.smartpzp.pl/ppl>

Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przekazane za pomocą drogi elektronicznej uważa się za złożone w terminie, jeżeli ich treść dotarła do adresata przed upływem wyznaczonego terminu.

(...)

15. Komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, w tym wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje, przekazywane są formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy w zakładce „Korespondencja” lub przez pocztę elektroniczną. Za datę wpływu oświadczeń, wniosków, zaświadczeń oraz informacji przyjmuje się datę wczytania do Platformy.

16. Jeżeli Zamawiający lub Wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zaświadczenia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r.

o świadczeniu usług drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania.

17. W przypadku braku potwierdzenia otrzymania wiadomości przez Wykonawcę Zamawiający przyjmuje domniemanie, że dokument wysłany środkiem komunikacji elektronicznej podany przez Wykonawcę został mu doręczony w sposób umożliwiający zapoznanie się Wykonawcy z treścią pisma.”

Zgodnie z postanowieniem XVI.1 specyfikacji, Zamawiający przewidywał aukcję elektroniczną.

W postępowaniu oferty złożyło 6 wykonawców.

Zamawiający pismami z dnia 22.10.2018 r., wezwał na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp pięciu z wykonawców (wszystkich, oprócz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o., IDOM Consulting Engineering Architecture, SAU. APP-Projekt S.A., ul. Ślężna 104/1, 53-111 Wrocław) do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty.

Pismem z dnia 27.11.2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp ofert wykonawcy ECM Group Polska S. A., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa i wykonawcy ZBM Inwestycje Zastępczy S.A., ZDI Sp. z o.o. ul. Jagiellońska 88B, 51 BC, lok. 36 3 03-215 Warszawa.

Zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej Zamawiający przekazał wykonawcom 13.12.2018 r. W zaproszeniu tym wskazano punktację uzyskaną w kryteriach „cena”

i „doświadczenie kierownika projektu”, przyznaną poszczególnym wykonawcom.

Aukcja elektroniczna odbyła się w dniu 18.12.2018 r., jej zwycięzcą został Odwołujący.

Zamawiający 8.01.2019 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny do 11.01.2019 r., godz. 10, następnie termin ten został przesunięty na dzień 16.01.2019 r., godz. 10.

Pismem z dnia 21.01.2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, wskazując, że w wyznaczonym terminie Odwołujący nie złożył wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

1. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp

Mając na uwadze okoliczności sprawy, w ocenie Izby przedmiotowy zarzut nie potwierdził się. Twierdzenie Odwołującego o zaistnieniu błędu w systemie platformy elektronicznej, przez którą składał wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, przez który to błąd wyjaśnienia te nie dotarły do Zamawiającego, nie zostało udowodnione, ani nawet uprawdopodobnione. Argumentacja Odwołującego w tym zakresie w zasadzie ograniczała się jedynie do własnych oświadczeń, nie popartych żadnymi dowodami oraz okoliczności, że według jego wiedzy podobny błąd zaistniał na platformie w październiku 2018 r. Odwołujący nie złożył dowodów pozwalających na stwierdzenie zaistnienia rzeczowego błędu czy faktycznego umieszczenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny na platformie w terminie. Przedstawione dowody pozwalały jedynie na ustalenie, że Odwołujący wyjaśnienia takie przygotował w terminie ich złożenia. Z kolei dowód złożony przez Zamawiającego – wyjaśnienia administratora ww. platformy, pozwalają na stwierdzenie, że Odwołujący w dniu 15.01.2019 r. umieścił na platformie jeden plik – będący plikiem podpisu elektronicznego. Wyjaśnienia te opierały się na przedstawionych logach systemu. Nadto zawierały one oświadczenie, że w dniu 15.01.2019 r. platforma działała prawidłowo i nie dokonywano tego dnia żadnych zmian systemu, które mogłyby wywołać zakłócenia funkcjonowania.

Należy zaznaczyć, że zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów,

z których wywodzą skutki prawne. Co za tym idzie, to na Odwołującym spoczywał ciężar udowodnienia, że niezłożenie wyjaśnień w terminie było konsekwencją błędu systemu. Tymczasem, jak wskazano powyżej, Odwołujący nie podjął inicjatywy dowodowej w tym zakresie. Wymaga podkreślenia, że Odwołujący nie musiał wykazywać okoliczności

negatywnej – że plik z wyjaśnieniami nie dotarł do Zamawiającego, ale okoliczność pozytywną – że nastąpił błąd systemu. W toku rozprawy wskazał, że „nie wie i nikt nie jest w stanie powiedzieć” jaki dowód, jego zdaniem, mógłby potwierdzić okoliczność prawidłowego działania systemu. Pomimo to, Odwołujący mógł wystąpić – tak jak uczynił to Zamawiający – do operatora systemu o udzielenie wyjaśnień, udostępnienie logów. Dowód taki pozwoliłby na ustalenie czy nie zaszły nieprawidłowości systemu, które mogłyby odpowiadać za nedoręczenie wyjaśnień w terminie. Odwołujący nie złożył również rzutu z ekranu pozwalającego na ustalenie, że rzeczywiście umieścił plik z wyjaśnieniami na platformie, ale był on niewidoczny dla Zamawiającego. Brak złożenia rzutu z ekranu tłumaczył okolicznością, że w odpowiedniej zakładce widnieje, zgodnie z oświadczeniem administratora platformy, jedynie plik podpisu elektronicznego – gdyż plik z wyjaśnieniami „zniknął”. Mając na uwadze powyższe Izba uznała omawiane twierdzenia Odwołującego za nieudowodnione, a zarzut za niepotwierdzony.

Na dokonaną przez Izbę ocenę okoliczności sprawy nie może mieć wpływu również należyta staranność Odwołującego, jaką ten miał wykazywać w toku całego postępowania. Izba ocenia działania i zaniechania Zamawiającego w kontekście konkretnych zarzutów, ich podstaw faktycznych i prawnych. Jeżeli Izba za zasadne uznała odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, to pozostałe czynności w postępowaniu nie rzutują na tę ocenę. Ponadto nie sposób uznać, że Odwołujący zachował należyta staranność w całym postępowaniu, o czym świadczy właśnie okoliczność niezłożenia wyjaśnień w terminie. Odwołujący po sporządzeniu wyjaśnień, pomimo że zrobił to na czternaście godzin przed wyznaczonym terminem, nie sprawdził na platformie prawidłowości przekazania wyjaśnień. Zgodnie z pkt XI.6 specyfikacji, Odwołujący mógł żądać niezwłocznego potwierdzenia faktu otrzymania wyjaśnień przez Zamawiającego. Jak ustalono w toku rozprawy przed Izbą, również platforma daje wykonawcy możliwość zweryfikowania przekazywanej korespondencji oraz jej zawartości. Jednakże Odwołujący dokonał tego dopiero gdy Zamawiający powiadomił go telefonicznie o wadliwym przekazaniu wyjaśnień. Taka postawa Odwołującego nie znajduje uzasadnienia w sytuacji, gdy – jak sam podnosił – Zamawiający wskazywał na błędy systemu w przekazywaniu plików już w październiku 2018 r. W świetle powyższego nie można uznać, że Odwołujący w toku całego postępowania dochował należytej staranności, jakkolwiek nawet ustalenie przeciwne nie miałoby wpływu na jego sytuację w postępowaniu, wobec zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała zarzut 1 odwołania – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp za bezzasadny i podlegający oddaleniu.

2. Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp

Odwołujący podnosił, że Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu jego oferty nie podał pełnej podstawy prawnej – brak powołania się na art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący zaniechał uzasadnienia zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jednakże należy wskazać, że ponieważ art. 90 ust. 3 ustawy Pzp stanowi samodzielną przesłankę odrzucenia oferty, Zamawiający nie miał obowiązku powoływać się na art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Co więcej, nie sposób również stwierdzić, by takie zaniechanie miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący uzasadniał okolicznością, że rzeczony przepis, w przeciwieństwie do niektórych innych przepisów ustawy, nie odnosi się do niezłożenia wyjaśnień w terminie, a jedynie do całkowitego zaniechania ich złożenia. Odwołujący wywodził, że nie jest zasadnym karanie go sankcją odrzucenia oferty w sytuacji, gdy wyjaśnienia złożył, ale wobec okoliczności niezawinionych, dzień po terminie.

W ocenie Izby taka argumentacja nie może być zaakceptowana w świetle ustalonego orzecznictwa, a w szczególności wobec zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W zakresie orzecznictwa, Odwołujący sam wskazywał, że jest świadom, że niezłożenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie uznaje się za zachowanie spełniające przesłankę odrzucenia z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący powołał się przy tym na wyrok KIO z dnia 29.06.2018 r., KIO 1165/18, zgodnie z którym nie ma przeszkód prowadzenia wyjaśnień wieloetapowo, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości – poza przypadkami opisanymi w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, gdy wykonawca nie udziela wyjaśnień albo z obiektywnej przyczyny spóźnia się z ich udzieleniem. Mając na uwadze, że jak Izba ustaliła powyżej, Odwołujący nie udowodnił, że zaszła „obiektywna uzasadniona przyczyna” spóźnienia w udzieleniu wyjaśnień (błąd platformy), nawet to powołane orzeczenie wskazuje na niedopuszczalność uznania, że oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W tej sytuacji jedynie tytułem uzupełnienia należy podkreślić istnienie jednolitego stanowiska Izby, zgodnie z którym oferta wykonawcy, który nie składa wyjaśnień rażąco niskiej ceny w określonym przez Zamawiającego terminie, podlega odrzuceniu – por np. wyrok z dnia 10.10.2014 r., KIO 2003/14, z dnia 3.11.2011 r., KIO 2251/11, z dnia 1.03.2018 r., KIO 282/18, z dnia 27.02.2018 r., KIO 266/18. Przyjęcie argumentacji Odwołującego i uznanie za skuteczne i uprawnione złożenie wyjaśnień po wyznaczonym terminie, stanowiłoby naruszenie zasady przejrzystości postępowania,

a w szczególności – równego traktowania wykonawców. Co więcej, taka interpretacja art. 90 ust. 3 ustawy Pzp otwierałaby drogę do obchodzenia prawa np. przez wykonawców, którzy

w pierwotnym terminie złożyli wyjaśnienia niepełne, ogólnikowe, a po upływie terminu „uzupełnialiby” je o dalsze elementy. Dalej, dopuszczenie składania wyjaśnień rażąco niskiej ceny po wyznaczonym terminie i nałożenie na zamawiających obowiązku ich rozpatrywania, niweczyłoby pewność oraz szybkość postępowania – nie istnieje bowiem możliwość ustalenia terminu granicznego, po którym zamawiający mógłby odrzucić ofertę wykonawcy wezwanego do wyjaśnień, gdyż zawsze taki wykonawca mógłby wyjaśnienia złożyć lub uzupełnić. Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że brak jest podstaw dla uznania, że złożenie wyjaśnień przez Odwołującego po wyznaczonym terminie było skuteczne i Zamawiający nie był zobligowany do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała przedmiotowy zarzut za bezpodstawny i podlegający oddaleniu.

3. Zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp i art. 26 ust. 2f i art. 7 ustawy Pzp oraz art. 91b ust. 1 w zw. z art. 91a ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ustawy Pzp – łącznie, wobec ich wspólnego uzasadnienia w treści odwołania oraz tej samej podstawy faktycznej

Przedmiotowe zarzuty Izba uznała za spóźnione. Odwołujący podnosił, że Zamawiający, wbrew obowiązkowi wynikającemu z pkt XVI.7 specyfikacji, zaniechał zweryfikowania spełniania kryterium „Doświadczenia kierownika projektu” poszczególnych wykonawców, co stanowiło także zaniechanie wezwania wykonawców przed zaproszeniem do udziału w aukcji elektronicznej do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Z tego Odwołujący wywodził, że Zamawiający niezasadnie przekazał zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, a także, że ww. zaniechanie skutkowało nieprawidłowym przeprowadzeniem aukcji elektronicznej.

Omawiane zarzuty dotyczą zatem w całości działań i zaniechań Zamawiającego, które doprowadziły do nieprawidłowego, zdaniem Odwołującego, przebiegu aukcji elektronicznej. Należy zważyć, że zaproszenie do udziału w aukcji Zamawiający przekazał wykonawcom

w dniu 12.12.2018 r., sama aukcja odbyła się zaś 18.12.2018 r. W zaproszeniu do udziału

w aukcji Zamawiający podał ilość punktów przyznanych ofertom, także w kryterium, którego miała dotyczyć wskazywana przez Odwołującego weryfikacja. Zatem już w dniu 12.12.2018 r. Odwołujący uzyskał informację o przyznaniu wykonawcom punktów, bez uprzedniego wezwania o ww. dokumenty i bez ich weryfikacji. Dalej, najpóźniej w dniu 18.12.2018 r. –

z chwilą rozpoczęcia aukcji, Odwołujący mógł stwierdzić, że Zamawiający zaniechał wezwania wykonawców do złożenia wymaganych dokumentów przed rozpoczęciem aukcji.

Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się, w postępowaniach ponadprogowych, w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli zostały przesłane m.in. w drodze komunikacji elektronicznej. Art. 182 ust. 3 ustawy Pzp z kolei stanowi, że odwołanie wobec czynności innych niż w ust. 1 i 2 wnosi się, w postępowaniach ponadprogowych terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Mając na uwadze powyższe, termin na wniesienie odwołania od czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej rozpoczął bieg w dniu 12.12.2018 r. Z kolei termin na wniesienie odwołania od czynności przeprowadzenia aukcji liczyć należy od dnia, gdy miała ona miejsce – tj. 18.12.2018 r. Ten sam dzień należy uznać za wyznaczający początek biegu terminu od zaniechania wezwania wykonawców do złożenia dokumentów – skoro powinny być złożone przed przeprowadzeniem aukcji, to najpóźniej w tym dniu Odwołujący, jako jeden

z zaproszonych wykonawców, powinien był powziąć wiadomość o zaniechaniu wezwania do ich złożenia. Reasumując, w zależności od sposobu sformułowania przedmiotowych zarzutów, należy uznać, że najpóźniej w dniu 29.12.2018 r. upłynął termin na wniesienie odwołania

w omawianym zakresie. Odwołujący odwołanie w rozpoznawanej sprawie wniósł w dniu 4.02.2019 r. – ponad miesiąc po upływie ww. terminu, wobec czego rzeczony zarzut należy uznać za spóźniony. Nie można przyjąć prezentowanej w toku rozprawy argumentacji Odwołującego w tym zakresie, że zaproszenie do udziału w aukcji i sama aukcja elektroniczna stanowiły czynność wtórną w stosunku do wezwania wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Należy uznać, że jest dokładnie odwrotnie – to cena oferty Odwołującego, ukształtowana w toku aukcji, skłoniła Zamawiającego do wezwania go do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Abstrahując od powyższego, należy wskazać, że czynności odrzucenia oferty

i przeprowadzenia aukcji są odrębnymi, niezależnymi czynnościami i nie jest możliwym utożsamienie odpowiednich im terminów na wniesienie odwołania, jeżeli różny jest czas, gdy wykonawca powziął o nich informacje. Odwołujący w toku rozprawy oświadczył, że o dostęp do protokołu postępowania zwrócił się po odrzuceniu jego oferty – o której to czynności dowiedział się w dniu 21.01.2019 r. Jednocześnie wskazał, że to wówczas dowiedział się, że do pozostałych wykonawców wezwania do złożenia dokumentów i wyjaśnień nie były kierowane. Wobec tak ustalonych okoliczności należy stwierdzić, że Odwołujący nie zachował należytej staranności, o której mowa w art. 182 ust. 3 ustawy Pzp – w zakresie powzięcia informacji o zaniechaniu Zamawiającego do wezwania wykonawców do złożenia ww. dokumentów. Należy przyjąć, że przy zachowaniu należytej staranności, Odwołujący powinien zwrócić się o dostęp do protokołu po otrzymaniu zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, tj. od 12.12.2018 r., którą to czynność zaskarżył w postępowaniu.

Reasumując, zarzuty 3, 4 i 5 odwołania należało uznać za spóźnione i jako takie podlegające oddaleniu.

4. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący wywodził, że Zamawiający dopuścił się naruszenia ww. przepisów przez zaniechanie wezwania wykonawcy konsorcjum IDOM do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, pomimo że był do tego zobligowany.

Przedmiotowy zarzut należy uznać za spóźniony. Odwołujący w treści odwołania nie wskazał daty, w której powziął informację o zaniechaniu zarzucanym Zamawiającemu. Podał jedynie, że informację tę „uzyskał telefonicznie od pracownika Zamawiającego”. Jednocześnie we wstępie odwołania, wskazując na zachowanie terminu na wniesienie odwołania, Odwołujący powołał się na dzień otrzymania informacji o odrzuceniu jego oferty. Jednakże należy uznać, pomimo ww. nieścisłości, że jako najpóźniejszy termin, w którym Odwołujący powinien, przy zachowaniu należytej staranności, powziąć informację o zaniechaniu wezwania wykonawcy IDOM do wyjaśnień, był 24.12.2018 r. Wynika to z tego, że wobec okoliczności wskazanych powyżej w zakresie zarzutów 3-5 odwołania, Odwołujący powinien wystąpić o udostępnienie protokołu w terminie liczonym od dnia 12.12.2018 r., pozwalającym na złożenie odwołania od czynności zaproszenia do udziału w aukcji – czyli najpóźniej właśnie do dnia 24.12.2018 r. Po uzyskaniu dostępu do protokołu postępowania, zgodnie

z oświadczeniem złożonym w toku rozprawy, Odwołujący dowiedziałby się o zaniechaniu wezwania ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Wobec tego, licząc od tej daty jako najpóźniejszej dopuszczalnej, termin na wniesienie odwołania w zakresie przedmiotowego zarzutu upłynął w dniu 3.01.2019 r. Należy zaznaczyć, że wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, których dotyczy zarzut, Zamawiający kierował do wykonawców 22.10.2018 r., a zatem ponad półtora miesiąca przed przeprowadzeniem aukcji.

W świetle powyższej ustalonych okoliczności Izba uznała, że zarzut nr 6 odwołania, jako spóźniony, podlegał oddaleniu.

5. Zarzut naruszenia art. 7 ust 1 ustawy Pzp

Odwołujący wywodził, że naruszenia przepisów, których dopuścił się Zamawiający w toku postępowania stanowiły także naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Mając na uwadze posiłkowy charakter tego zarzutu, wobec niepotwierdzenia pozostałych zarzutów odwołania, rzeczony zarzut należało uznać za bezpodstawny.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak

w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

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 i § 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:.....

.....

.....