

Sygn. akt: KIO 245/21

WYROK
z dnia 22 lutego 2021 r.
Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lutego 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 stycznia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **VIK-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Łasku, VIK-BUD S. W. Sp. k. z siedzibą w Łasku** postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Łódź - Zarząd Inwestycji Miejskich**

przy udziale wykonawcy **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **VIK-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Łasku, VIK-BUD S. W. Sp. k. z siedzibą w Łasku** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **VIK-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Łasku, VIK-BUD S. W. Sp. k. z siedzibą w Łasku** tytułem wpisu od odwołania, Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019, poz. 2020), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Sygn. akt: KIO 245/21

Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Łódź - Zarząd Inwestycji Miejskich w Łodzi – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Rewitalizacja Obszarowa Centrum Łodzi – Projekt 6 – Remont, przebudowa i adaptacja obiektu pofabrycznego przy ulicy Sienkiewicza 75/77 wraz z zagospodarowaniem terenu, na potrzeby Teatru Pinokio oraz budowa ciągu pieszo – jednego w kwartale ulic Nawrot- Piotrkowska – Roosevelta – Sienkiewicza”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 21 stycznia 2021 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **VIK-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Łasku, VIK-BUD S. W. Sp. k. z siedzibą w Łasku** (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie od następujących niezgodnych z przepisami ustawy zaniechań oraz czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia: zaniechania zaproszenia Odwołującego do aukcji elektronicznej, mimo że oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu; bezpodstawnego przeprowadzenia aukcji elektronicznej, mimo niezaproszenia odwołującego do udziału w niej; bezpodstawnego przedstawienia oferty wykonawcy **Mostostal Warszawa S.A.**, jako oferty najwyższej ocenionej; zaniechania powtórzenia aukcji elektronicznej, która została przygotowana w sposób wadliwy, uniemożliwiający odwołującemu udziału w niej, o czym odwołujący powiadomił Zamawiającego pismem z dnia 18 stycznia 2021 r.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie dyspozycji art. 91b ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a także postanowień 15.7, 15.9, 15.9.1 SIWZ, w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania. Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie oceny oferty wykonawcy **Mostostal Warszawa S.A.** jako najwyższej ocenionej — czynności opisanej w informacji z dnia 18 stycznia 2021 r.
2. unieważnienie aukcji elektronicznej przeprowadzonej przez Zamawiającego w dniu 18 stycznia 2021 r.
3. prawidłowe zaproszenie odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej i zarejestrowanie odwołującego na platformie aukcyjnej.
4. ponowne przeprowadzenie aukcji elektronicznej.

W uzasadnieniu wniesionego odwołania odwołujący odnośnie podniesionych zarzutów wskazał:

Oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu, wobec tego odwołujący oczekiwał na zaproszenie do udziału w przewidzianej w SIWZ aukcji elektronicznej. W dniu 18 stycznia 2021 r. odwołujący powziął informację o przeprowadzonej aukcji, w wyniku której oferta wykonawcy **Mostostal Warszawa S.A.** została oceniona najwyższej. Odwołujący w tym samym dniu przesłał do Zamawiającego wniosek o powtórzenie aukcji, w związku z niezaproszeniem go do udziału w niej. Zamawiający, do momentu wniesienia odwołania, nie unieważnił aukcji i nie podjął działań związanych z jej powtórzeniem.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 91b ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający ma obowiązek jednoczesnego zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu. Niestety, Zamawiający zaniechał tej czynności w stosunku do Odwołującego.

Zgodnie z postanowieniem 15.7 SIWZ, Zamawiający winien wysłać do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, zaproszenie do udziału w aukcji drogą elektroniczną na adres e-mail wskazany przez wykonawcę w formularzu ofertowym.

Odwołujący takiego zaproszenia od Zamawiającego nie otrzymał, mimo, że w formularzu ofertowym wskazał adres e-mail: .

Zgodnie z postanowieniem 15.9 SIWZ, wykonawcy zaproszeni do udziału w aukcji zostają zarejestrowani na platformie aukcyjnej przez Zamawiającego. Odwołujący nie został poinformowany przez Zamawiającego o zarejestrowaniu go na platformie aukcyjnej.

Zgodnie z postanowieniem 15.9.1 SIWZ, na adres e-mail wskazany przez wykonawcę w formularzu ofertowym zostanie przesłane zaproszenie do udziału w aukcji wraz z loginem i hasłem dostępu do platformy aukcyjnej.

Do odwołującego nie zostało przesłane ani zaproszenie, ani login i hasło. Odwołujący nie miał możliwości udziału w aukcji elektronicznej w dniu 18 stycznia 2021 r.

Zaniechaniem tym zamawiający naruszył art. 91b ustawy Pzp oraz wyżej wskazane postanowienia SIWZ.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z postanowieniem 15.10 SIWZ, wskazanym było, aby niezwłocznie po otrzymaniu zaproszenia wykonawca zalogował się na platformie aukcyjnej (za pomocą otrzymanego wraz z zaproszeniem loginu i hasła), a także potwierdził poprawność danych wprowadzonych przez zamawiającego ze szczególnym zwróceniem uwagi na poprawne zdefiniowanie przez zamawiającego osoby uprawnionej do składania postępowań. Zamawiający nie otrzymał od odwołującego potwierdzenia poprawności danych wprowadzonych przez siebie, jeśli takie dane wprowadził.

Jeśli zamawiający wprowadził na platformie dane odwołującego i nie otrzymał potwierdzenia ich poprawności, to należy stwierdzić, że nie wykazał należytej staranności w przeprowadzeniu postępowania aukcyjnego, bowiem nie zwrócił się do odwołującego w żadnej formie, by zapytać o poprawność danych. Wprawdzie postanowienie 15.10 nakłada obowiązek na wykonawcę, ale sprawa była najwyższej wagi, stąd pobłażliwość Zamawiającego dziwi.

Odwołujący wskazał ponadto, że zamawiający nie skorzystał także postanowienia 8.4 SIWZ. Postanowienie to brzmi: „Jeżeli Zamawiający lub Wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, każda ze stron na żądanie drugiej strony niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania”.

W ocenie odwołującego, gdyby Zamawiający dochował należytej staranności, i rzeczywiście przesłał do Odwołującego zaproszenie wraz z loginem i hasłem, to po przesłaniu zażądałby niezwłocznego potwierdzenia faktu otrzymania zaproszenia.

Kwestia skutecznego zaproszenia wykonawców do udziału w licytacji stanowiła kluczową czynność Zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowania i zasadniczą czynność w ramach procesu przeprowadzenia aukcji elektronicznej. Zamawiający nie dochował należytej staranności w tak ważnej kwestii, ze skutkiem negatywnym dla Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że nie jest w stanie udowodnić, że zamawiający nie przesłał do odwołującego zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej. Natomiast odwołujący jednoznacznie potwierdza, że na pewno nie otrzymał takiego zaproszenia.

Zamawiający, poprzez uniemożliwienie odwołującemu udziału w aukcji elektronicznej, naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W związku ze specyfiką dowodzenia w niniejszej sprawie i faktem niemożliwości wykazania, że odwołujący nie otrzymał zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, odwołujący wnioskował do Krajowej Izby Odwoławczej, aby Izba wezwała zamawiającego do przedstawienia:

- dowodów potwierdzających skuteczne zaproszenie odwołującego do udziału w aukcji,
- dowodów potwierdzających, że zamawiający zażądał od odwołującego potwierdzenia faktu otrzymania zaproszenia (postanowienie 8.4 SIWZ),
- dowodów potwierdzających, że zamawiający zwrócił się do odwołującego o potwierdzenie poprawności danych wprowadzonych przez zamawiającego na platformie aukcyjnej (postanowienie 15.10 SIWZ).

Odwołujący wniósł odwołanie, bowiem czuł się poszkodowany działaniami Zamawiającego bezpodstawnie pozbawiającymi go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i wydanie wyroku zgodnego z jego wnioskami zaprezentowanymi w części wstępnej oraz zasądzenie zwrotu kosztów.

Zamawiający pismem z 16 lutego 2021 r. ustosunkował się do zarzutów odwołania, przekazując odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

W pierwszej kolejności zamawiający wskazał, że stanowczo zaprzecza, że (i) zaniechał zaprosić odwołującego do aukcji elektronicznej oraz że (ii) przeprowadził aukcję elektroniczną mimo niezaprośzenia odwołującego do udziału w tej aukcji. W istocie stan faktyczny w sprawie przedstawia się bowiem zupełnie odmiennie aniżeli kreowany przez odwołującego w uzasadnieniu odwołania.

Stosownie do art 91 b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r, Prawo Zamówień Publicznych:

Art. 91 b. [Zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej; termin otwarcia aukcji; sposób oceny oferty] 1. Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.

W myśl natomiast pkt. 15.7. SIWZ:

15.7. Zaproszenie do udziału w aukcji zostanie wysłane drogą elektroniczną do wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu na adres e-mail wskazany przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym.

Zamawiający podkreślił, że wypełnił dyspozycję przepisów ustawy Pzp oraz SIWZ wysyłając drogą elektroniczną zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie do wszystkich Wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu oferty na adres email wskazany w treści formularza oferty. W przypadku odwołującego był to adres email: .

Okoliczności powyższych dowodzą dane (tzw. logi systemowe) pozyskane przez Zamawiającego od Urzędu Zamówień Publicznych - administratora platformy aukcji elektronicznych z których jasno wynika, że w dniu 08.01.2021 r. o godzinie 09:23:41 wysłano zaproszenie do udziału w aukcji do odwołującego na adres email czyli adres email wskazany w treści Formularza Oferty. Co więcej, korespondencję oznaczono znacznikiem not-spam celem zachowania najwyższej staranności w zapewnieniu niezakłóconej transmisji wiadomości.

Zamawiający przedstawił wyciąg z tzw. logów systemowych potwierdzających ww. okoliczności. Nadto, Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie pełną korespondencję z administratorem platformy tj. Urzędem Zamówień Publicznych.

Zamawiający podkreślił, że w ten sam sposób zostało wysłane zaproszenie do wszystkich pozostałych uczestników aukcji, którzy bez przeszkód stawili się do aukcji co dowodzi faktu, że system od strony Zamawiającego działał prawidłowo.

Zamawiający zauważył, że obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie wymagają od adresata maila, aby przekazywał do nadawcy potwierdzenie odbioru. Zgodnie z pkt. 8.4 SIWZ:

8.4 Jeżeli Zamawiający lub Wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, **każda ze stron na żądanie drugiej strony niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania.**

Zamawiający stwierdził, iż wbrew tezom odwołującego pkt. 8.4 SIWZ nie statuuje obowiązku żądania

potwierdzenia otrzymania wiadomości przez zamawiającego od wykonawców. Tym bardziej, z powołanego postanowienia SIWZ nie wymaga obowiązek przedłożenia przez zamawiającego dowodu doręczenia zawiadomień.

Zamawiający wskazał, że jak wynika z utrwalonego orzecznictwa KIO oraz Sądów Powszechnych, Zamawiającego nie obciąża obowiązek wykazania, że treść wiadomości została skutecznie odebrana przez aparat odbiorcy. Zamawiający przywołał: wyrok KIO o sygn. akt 541/19 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 2008 r., IV CSK 9/08, LEX nr 371831uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2002 r. III PZP 17/02, OSP 2004, z. 9, poz. 109

W konsekwencji, potwierdzenie wysyłki wiadomości stwarza równocześnie domniemanie prawne, że oświadczenie doszło do adresata w sposób określony w art. 61 KC, to znaczy w sposób pozwalający mu zapoznać się z treścią oświadczenia woli nadawcy. Potwierdzenie wysyłki jest bowiem - podobnie jak recepta pocztowa - traktowany w doktrynie jako tzw. dowód prima facie, to znaczy dowód, który jest dowodem dojścia oświadczenia woli do adresata,

Co więcej, w treści pkt. 15.7 SIWZ jednoznacznie wskazano na wysłanie zawiadomienia. Pojęcie wysłania oznacza wyłącznie nadanie zawiadomienia, nie zaś doręczenie drugiej stronie za co odpowiedzialności zamawiający z oczywistych przyczyn nie może ponosić.

Zamawiający uznał, że za zupełnie nie zrozumiałe zarzuty odwołującego w obszarze rzekomego naruszenia przez Zamawiającego postanowienia pkt. 15.10 SIWZ zgodnie z którym:

„15.10. Wskazane jest, aby niezwłocznie po otrzymaniu zaproszenia Wykonawca zalogował się na platformie aukcyjnej (za pomocą otrzymanego wraz z zaproszeniem loginu i hasła), a także potwierdził poprawność danych wprowadzonych przez Zamawiającego ze szczególnym zwróceniem uwagi na poprawne zdefiniowanie przez Zamawiającego osoby uprawnionej do składania postępowań.”

Zamawiający podniósł, że w ocenie Odwołującego: „Zamawiający nie wykazał należytej staranności w przeprowadzeniu postępowania aukcyjnego, bowiem nie zwrócił się do odwołującego w żadnej formie, by zapytać o poprawność danych. Wprawdzie postanowienie 15.10 nakłada obowiązek na wykonawcę, ale sprawa była najwyższej wagi. stad pobłażliwość zamawiającego dziwi”. Zamawiający wskazał, że sam odwołujący zdaje się dostrzegać do kogo były adresowane postanowienia pkt. 15.10 SIWZ oraz że adresatami tych postanowień był odwołujący a nie zamawiający.

Zamawiający wskazał ponadto, że trudno przypuszczać na jakiej podstawie odwołujący oczekiwałby zwrócenia się przez zamawiającego do odwołującego w trybie nieprzewidzianym ustawą Pzp oraz postanowieniami SIWZ z „zapytaniem o poprawność danych”. W ocenie zamawiającego taka czynność zamawiającego, nieprzewidziana ustawą Pzp oraz SIWZ, kierowana wyłącznie do odwołującego z całą pewnością stanowiłaby naruszenie zasad równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie należy zaznaczyć, iż w przypadku odwołań wniesionych po 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosowanie do art. 92 ust. 2 ustawy z dn. 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) zastosowanie znajdują przepisy ustawy nPzp.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy z dn. 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zwana dalej „nową Pzp” lub „nPzp”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 nPzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba ustaliła, że:

Zamawiający prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, o udzielenie zamówienia pn. „Rewitalizacja Obszarowa Centrum Łodzi – Projekt 6 – Remont, przebudowa i adaptacja obiektu pofabrycznego przy ulicy Sienkiewicza 75/77 wraz z zagospodarowaniem terenu, na potrzeby Teatru Pinokio oraz budowa ciągu pieszo-jazdnego w kwartale ulic Nawrot – Piotrkowska – Roosevelta - Sienkiewicza” w ramach projektu pn. „Rewitalizacja Obszarowa Centrum Łodzi - Projekt 6” WND RPLD. 06.03.01-10-0004/17. Zamawiający otrzymał dofinansowanie w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Łódzkiego na lata 2014-2020, działania nr VI.3, poddziałania nr VI.3.1 - Rewitalizacja i rozwój potencjału społecznego gospodarstwa – ZIT.

Stosownie do pkt 8.4 SIWZ Jeżeli Zamawiający lub Wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, każda ze stron na żądanie drugiej strony niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania.

W SIWZ, w pkt 15 informacje dotyczące aukcji elektronicznej, Zamawiający ustalił następujące zasady przygotowania aukcji elektronicznej:

15.1. Zamawiający przewiduje dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem aukcji elektronicznej, zgodnie z art. 91a-91e ustawy Pzp.

15.2. Aukcja elektroniczna jest jednoetapowa.

15.3. Zamawiający przeprowadzi aukcję elektroniczną, jeżeli zostaną złożone w postępowaniu co najmniej 2 (dwie) oferty niepodlegające odrzuceniu.

15.4. Aukcja elektroniczna zostanie przeprowadzona na platformie aukcji elektronicznych pod adresem: <https://aukcje.uzp.gov.pl>. Należy zapoznać się z samouczkiem na stronie internetowej <https://aukcje.uzp.gov.pl>

15.5. Warunkiem wzięcia udziału w aukcji elektronicznej jest dysponowanie kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

15.6. Do momentu zamknięcia aukcji elektronicznej nie ujawnia się informacji umożliwiających identyfikację Wykonawców.

15.7. Zaproszenie do udziału w aukcji zostanie wysłane drogą elektroniczną do wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu na adres e-mail wskazany przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym.

15.8. Zamawiający wymaga, aby w trakcie aukcji zmiany oferty/postąpienia dokonywała osoba upoważniona do reprezentowania Wykonawcy, posiadająca kwalifikowany podpis elektroniczny

15.8.1. Upoważnienie to musi wynikać wprost z dokumentu stwierdzającego status prawny Wykonawcy (odpisu z właściwego rejestru lub centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej) lub ze stosownego pełnomocnictwa wystawionego lub udzielonego przez osoby do tego upoważnione, załączonego do oferty lub dostarczonego do Zamawiającego w terminie przez niego wyznaczonym. Dane tej osoby należy podać w Formularzu ofertowym, stanowiącym Załącznik nr 3 do SIWZ;

15.8.2. w przypadku zmiany osoby uprawnionej do składania postąpień w toku aukcji elektronicznej, Wykonawca zobowiązany jest powiadomić o takiej zmianie Zamawiającego na minimum jeden dzień przed otwarciem aukcji.

15.9. Wykonawcy zaproszeni do udziału w aukcji zostają zarejestrowani na platformie aukcyjnej przez Zamawiającego.

15.9.1. Na adres e-mail wskazany przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym zostanie przesłane zaproszenie do udziału w aukcji wraz z loginem i hasłem. LOGIN i HASŁO Wykonawcy są generowane automatycznie przez system;

15.9.2. Celem zwiększenia bezpieczeństwa, system, przy pierwszym logowaniu się Wykonawcy na konto założone przez Zamawiającego, wymusza dokonanie zmiany HASŁA na nowe;

15.9.3. Konto Wykonawcy umożliwia mu wzięcie udziału tylko w jednej aukcji.

15.10. Wskazane jest, aby niezwłocznie po otrzymaniu zaproszenia Wykonawca zalogował się na platformie aukcyjnej (za pomocą otrzymanego wraz z zaproszeniem loginu i hasła), a także potwierdził poprawność danych wprowadzonych przez Zamawiającego ze szczególnym zwróceniem uwagi na poprawne zdefiniowanie przez Zamawiającego osoby uprawnionej do składania postąpień. (...)

W SIWZ pod pkt 15.26 Zamawiający zawarł następującą Uwagę: UWAGA: Wykonawca ubiegający się o niniejsze zamówienie nie musi brać udziału w aukcji elektronicznej, jeżeli stwierdzi, że jego oferta zawarta w formularzu ofertowym jest wiążąca i nie będzie jej zmieniać w toku aukcji elektronicznej. W takiej sytuacji ich oferty będą podlegały automatycznej ocenie w toku aukcji elektronicznej na równi z ofertami tych Wykonawców, którzy zdecydowali się zmienić swoje oferty składając kolejne postąpienia w toku aukcji. Udział w aukcji elektronicznej nie jest obowiązkowy – w takim przypadku Wykonawcy pozbawiają się możliwości składania postąpień w aukcji elektronicznej ofert.”

7 stycznia 2021 r. zamawiający wprowadził do platformy aukcji elektronicznych UZP oferty wstępne wykonawców i osoby uprawnione do składania postąpień przez wykonawcę

8 stycznia 2021 r. o godz. 9:23:41 poprzez platformę aukcji elektronicznych UZP wysłano zaproszenia do aukcji do wykonawców BUDIMEX S.A., VIK-BUD Sp. z o.o., Mostostal Warszawa S.A., Skanska S.A.

18 stycznia 2021 r. o godz. 10:00 aukcja pn. Teatr Pinokio została otwarta, o godz. 10:45 aukcja została zamknięta. Postąpienia w toku aukcji składali wykonawcy BUDIMEX S.A. oraz Mostostal Warszawa S.A. W tym samym dniu Zamawiający poinformował, że w postępowaniu najwyżej oceniona została oferta wykonawcy Mostostal Warszawa S.A.

18 stycznia 2021 r. odwołujący wystosował do Zamawiającego wniosek, w którym wskazał, że nie został zaproszony do aukcji elektronicznej w postępowaniu, nie otrzymał żadnego maila w tej sprawie oraz nikt takiej informacji o otrzymaniu zaproszenia z jego strony nie potwierdził. Ponadto wykonawca poinformował, że nie zna wyników licytacji i żąda powtórzenia licytacji z jego udziałem zgodnie z zapisami SIWZ.

Izba oceniła zgromadzony materiał dowodowy w następujący sposób:

Izba oceniła, że materiał dowodowy jest wszechstronny i umożliwia wydanie rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 91b ust. 1 i 2 w brzmieniu:

1. Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.
2. W zaproszeniu, o którym mowa w ust. 1, zamawiający informuje wykonawców o:
 - 1) pozycji złożonych przez nich ofert i otrzymanej punktacji;
 - 2) minimalnych wartościach postąpień składanych w toku aukcji elektronicznej;
 - 3) terminie otwarcia aukcji elektronicznej;
 - 4) terminie i warunkach zamknięcia aukcji elektronicznej;
 - 5) sposobie oceny ofert w toku aukcji elektronicznej;
 - 6) formule matematycznej, która zostanie wykorzystana w aukcji elektronicznej do automatycznego tworzenia kolejnych klasyfikacji na podstawie przedstawianych nowych cen lub wartości;
 - 7) harmonogramie dla każdego etapu aukcji elektronicznej, jeżeli zamawiający zamierza zamknąć aukcję elektroniczną na podstawie .

Odwołujący kwestionował naruszenie powyższych przepisów przez zamawiającego, twierdząc, że zamawiający zaniechał zaproszenia go do aukcji elektronicznej (nie otrzymał zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej), mimo, że jego oferta nie podlegała odrzuceniu, na skutek czego przeprowadzona aukcja elektroniczna powinna zostać powtórzona z jego udziałem. Podczas rozprawy odwołujący podkreślał, iż zamawiający naruszył art. 91b ust. 1 ustawy Pzp, gdyż nie wystosował do wykonawców jednoczesnego zaproszenia tj. nie przesłał jednym mailem do wszystkich wykonawców zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej. W ocenie odwołującego, zamawiający nie dochował należytej staranności przy przekazywaniu zaproszenia do aukcji, gdyż stosownie do pkt 15.9 SIWZ zamawiający winien pierw przesłać takie zaproszenie wykonawcom samodzielnie z własnego adresu e-mail, a dopiero potem rejestrować wykonawców na portalu. Zamawiający nie zaprosił skutecznie Odwołującego do udziału w tej aukcji. Gdyby wykonawca otrzymał maila z informacją o zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej, mógłby monitorować dalsze czynności Zamawiającego, w tym np. brak przekazania loginu i hasła, ale takie okoliczności mogłyby wystąpić tylko w sytuacji, gdyby wiedział, że takie zaproszenie zostało wysłane. Wobec braku takiej informacji i beczynności w tym zakresie Zamawiającego, nie mógł podjąć jakichkolwiek działań. Odwołujący nie miał żadnej wiedzy, że takie zaproszenia zostały wysłane.

W ocenie Izby podniesione zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania i przypisania zamawiającemu odpowiedzialności za brak uczestnictwa odwołującego w aukcji elektronicznej. Odwołujący formułując odwołanie dokonał nadinterpretacji postanowień SIWZ i przepisów Pzp.

Zamawiający w pkt 15.4. SIWZ wskazał, że aukcja elektroniczna zostanie przeprowadzona na platformie aukcji elektronicznych pod adresem: . Jednocześnie poinformował wykonawców, iż należy zapoznać się z samouczkiem na stronie internetowej. Izba uznała, iż to postanowienie SIWZ nałożyło na wykonawców obowiązek zapoznania się z zasadami prowadzenia aukcji elektronicznej na wyżej wskazanej platformie. Wykonawcy, wobec tej informacji, składając oferty w postępowaniu godzili się na zasady regulujące przeprowadzenie aukcji elektronicznej na przedmiotowej platformie. Z informacji zawartych w samouczku do rejestracji na platformie aukcyjnej UZP, które podczas rozprawy

przywoływał Przystępujący wynika, iż wykonawcy nie rejestrują się sami – konta dla wykonawców uczestniczących w aukcji tworzy zamawiający, wpisując wszystkie informacje żądane przez system. Konto wykonawcy umożliwia mu wzięcie udziału tylko w jednej aukcji. Zamawiający nie zna hasła poszczególnych wykonawców. Login i hasło wykonawcy są generowane automatycznie przez system, a następnie przesyłane wraz z zaproszeniem do aukcji. Celem zwiększenia bezpieczeństwa, system, przy pierwszym logowaniu się wykonawcy na konto założone przez zamawiającego, wymusza dokonanie zmiany hasła na nowe. Zasady te zostały przez zamawiającego powtórzone w pkt 15.9 SIWZ i jego rozwinięciu. Powyższe informacje, określają sekwencję czynności zamawiającego niezbędnych do przeprowadzania aukcji elektronicznej. Sekwencja ta kształtuje się następująco: utworzenie kont wykonawców uczestniczących w aukcji, następnie przesłanie zaproszenia do udziału w aukcji wraz automatycznie generowanymi loginem i hasłem. Nieuzasadnione jest zatem oczekiwanie odwołującego pierwotnego przesłania maila z zaproszeniem do udziału w aukcji elektronicznej, a dopiero w kolejnej korespondencji przekazanie loginu i hasła. Odwołujący zarzucał naruszenie pkt 15.9 SIWZ w kontekście zakłócenia kolejności czynności zamawiającego i z użytego przez zamawiającego sformułowania „wykonawcy zaproszeni do udziału w aukcji zostają zarejestrowani na platformie aukcyjnej przez zamawiającego” wywodził, iż czynność rejestracji winna stanowić czynność następczą w stosunku do przesłania zaproszenia. Izba stwierdziła, że konieczność „etapowania” czynności zamawiającego nie znajduje podstaw zarówno w przytoczonych powyżej zasadach rejestracji jak i w postanowieniach SIWZ, z których wprost wynika (pkt 15.9.1 SIWZ), że zaproszenie zostanie przesłane wraz z loginem i hasłem. Ponadto skumulowanie tych czynności w jednej korespondencji nie naruszyło zasad określonych w ustawie Pzp, gdyż nie wpływało negatywnie na sytuację prawną wykonawców.

W toku rozprawy odwołujący wskazywał na uchybienie przez zamawiającego przepisowi art. 91b ust. 1 ustawy Pzp w dwóch aspektach. Po pierwsze odwołujący wywodził, iż zamawiający niewystosował do wykonawców jednoczesnego zaproszenia tj. nie przesłał jednym mailem do wszystkich wykonawców zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, a po drugie zamawiający nie przesłał takiego zaproszenia wykonawcom, gdyż za przesłanie zaproszenia przez zamawiającego odwołujący uznawał przesłanie zaproszenia tylko samodzielnie przez zamawiającego z własnego adresu e-mail (czym, w ocenie odwołującego, uchybił również pkt 15.9 SIWZ). Izba wskazuje, że z przekazanych przez zamawiającego dowodów w postaci logów systemowych wynika, iż zaproszenie do aukcji zostało wysłane jednocześnie do czterech wykonawców 8 stycznia 2021 r. o godz. 9:23. Wśród tych wykonawców znajduje się odwołujący – zaproszenie zostało wysłane na adres e-mail wskazany przez odwołującego w formularzu ofertowym (zgodnie z pkt 15.7 SIWZ). Działanie to, w ocenie Izby spełnia wymóg jednoczesności. Co do kwestii nie wysłania zaproszenia przez Zamawiającego z e-maila należącego do zamawiającego, stwierdzić należy, że obowiązek taki nie wynika z przepisów prawa ani (wbrew twierdzeniom odwołującego) z pkt 15.7 SIWZ. Art. 91 ust. 1 b ustawy Pzp stanowi, że to „Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną”, natomiast pkt 15.7 SIWZ informuje, że „zaproszenie do udziału w aukcji zostanie wysłane drogą elektroniczną do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu (...)”. W ocenie Izby, żadna z tych regulacji nie wymaga dla skuteczności zaproszenia, nadania go z adresu e-mail należącego do zamawiającego. Jak wynika z protokołu z posiedzenia komisji przetargowej, w niniejszym postępowaniu zastosowano szablon zaproszenia do aukcji elektronicznej generowany przez aukcje.uzp.gov.pl. Niewątpliwie to zamawiający wygenerował zaproszenie i przesłał je za pośrednictwem platformy stosowanej do przeprowadzenia aukcji. Fakt, iż zaproszenie zostało przesłane z e-maila: nie świadczy o tym, że ktoś inny, a nie zamawiający wystosował zaproszenie. Wniosek taki jest uprawniony tym bardziej, iż jak wynika z wydruku e-maila z zaproszeniem do aukcji przedłożonym w toku rozprawy przez Przystępującego, przesłane zaproszenie zawierało dane identyfikujące postępowanie i zamawiającego.

Odnosnie skuteczności złożonego przez zamawiającego oświadczenia woli w postaci zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej przekazanego za pośrednictwem poczty elektronicznej, Izba stwierdza, że podziela stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 26 sierpnia 2016 roku, sygn. akt, w którym czytamy, iż podstawą działania poczty elektronicznej jest pewność dostarczenia wiadomości do adresata. Wszystkie protokoły i zasady rządzące działaniem poczty elektronicznej mają za zadanie zapewnienie, danie pewności wysyłającemu, że w momencie wysyłki wiadomości elektronicznej do odbiorcy, wiadomość ta zostanie do niego i tylko do niego dostarczona. W celu zapewnienia pewności dostarczenia poczty wprowadzono mechanizmy informujące nadawcę o nieprawidłowym lub błędnym nadaniu poczty lub też o błędzie serwera odbiorczego. W przypadku błędów zarówno ze strony nadawcy w postaci np. nieprawidłowego adresu odbiorcy, jak i problemów z dostarczeniem wiadomości do serwera pocztowego odbiorcy, nadawca otrzymuje wiadomość zwrotną z informacją, że wysłana wiadomość nie została dostarczona oraz kod błędu opisujący przyczynę (np. niedostępność serwera pocztowego odbiorcy, przepełnienie skrzynki odbiorczej odbiorcy, itp.). Dlatego też, jeżeli nadawca w ciągu kilku, kilkunastu minut nie otrzyma informacji o błędzie w związku z wysłaną wiadomością, oznacza to, że wiadomość została prawidłowo dostarczona do serwera pocztowego odbiorcy, a tym samym, przy najbliższym połączeniu klienta pocztowego odbiorcy, zostanie ona pobrana przez odbiorcę na jego komputer. (...) Zgodnie natomiast z teorią domniemania doręczenia, wyrażoną w przepisie Kodeksu cywilnego (Dz.U. z 2020 r. ,1740), która znajduje zastosowanie w niniejszej sprawie na zasadzie art. art. 8 ust. 1 nPzp 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. Analogicznie wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 16 maja 2003 r. I CKN 384/01 zgodnie z którym „złożenie oświadczenia woli wyrażonego w postaci elektronicznej - w rozumieniu KC w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 14.2.2003 r. o zmianie ustawy - Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 49,) - polega na tym, że oświadczenie jest prawidłowo wprowadzone do urządzenia elektronicznego (komputera) nadawcy, i przekazane przez internet - za pomocą narzędzi programowych umożliwiających indywidualne wysyłanie i odbieranie danych na odległość - trafia ono do operatora usług telekomunikacyjnych (serwera dostawcy usług internetowych) i od razu jest dostępne dla adresata oświadczenia - posiadacza tzw. elektronicznej skrzynki pocztowej”. W związku z powyższym brak jest podstaw do uznania, że zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej przesłane za pośrednictwem poczty elektronicznej (w logach systemowych widnieje status „wysłane”) na adres e-mail odwołującego podany w formularzu oferty, zostało wysłane w sposób wadliwy i nie doręczone.

Izba stwierdza również, że odwołujący nie sprostął; ciężarowi dowodu, a wręcz zaniechał dowodzenia w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Ciężar dowodu, spoczywa na wykonawcy, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci obowiązku zamawiającego unieważnienia dokonanej czynności (art. 6 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 nPzp, art. 534 ust. 1 nPzp). Zgodnie z art. 534 ust. 1 nPzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy jako obarczenie strony procesowej obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń oraz

konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się kontrydiktoryjnie, a w postępowaniu o charakterze spornym to strony obowiązane są przedstawiać dowody a organ orzekający nie ma obowiązku zastępowania stron w jego wypełnianiu. W niniejszym postępowaniu Odwołujący nie przedstawił dowodów potwierdzających lub chociażby uprawdopodobniających, iż wysłanego przez zamawiającego zaproszenia do udziału w aukcji nie otrzymał np. poprzez wydruki z serwera pocztowego.

W konsekwencji, jako zarzut wynikowy, oddaleniu podlegał również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. naruszenia przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

.....