Sygn. akt: KIO 2350/21

WYROK

z dnia 18 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 sierpnia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 sierpnia 2021 r. przez Odwołującego - GMSYNERGY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka jawna z siedzibą w Rzgowie, ul. Tuszyńska 67, 95-030 Rzgów w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Województwo Podlaskie, ul. Stefana Wyszyńskiego 1, 15-888 Białystok

przy udziale

Wykonawcy - Cristal Travelnet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ełku, ul. Wojska Polskiego 34, 19-300 Ełk przystępującego do postępowania odwoławczego

po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2350/21

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym przez Zamawiającego - Województwa Podlaskie na wykonanie usługi „Organizacji misji gospodarczej do Dubaju” (nr ref.: BZP.272.29.2021), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 08.07.2021 r., nr 2021/BZP 00107795, wobec czynności odrzucenia oferty własnej, wniesione zostało 4 sierpnia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy - GMSYNERGY Sp. z o.o. sp. j. z siedzibą w Rzgowie (sygn. akt KIO 2350/21).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 przez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę, podczas gdy procedura wezwania do złożenia wyjaśnień nie została przeprowadzona w sposób prawidłowy;

2) art. 224 ust. 1 pkt 6 przez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż Odwołujący nie miał realnej możliwości udzielenia wyjaśnień w wyznaczonym terminie, gdyż nie mógł, pomimo zachowania należytej staranności, zapoznać się z treścią wezwania;

3) art. 16 ust 1 i 2 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców, przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp i k.c.;

4) art. 61 § 1 i 2 k.c. przez błędne przyjęcie, sprzeczne z obiektywnym stanem faktycznym, że wezwanie dotarło do Odwołującego i mógł zapoznać się z jego treścią;

5) art. 5 k.c. w zw. z art. 7 k.c. poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo świadomości, że mail z wezwaniem pozostał nie otwarty przez Odwołujących do upływu terminu wskazanego na złożenie wyjaśnień, a więc nie miał on z całą pewnością możliwości zapoznania się z treścią wezwania i zachowania terminu; działanie w złej wierze poprzez powoływanie się na skuteczność doręczenia wezwania pomimo świadomości, że doręczenie nie nastąpiło.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowne dokonanie oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, której cena została wyjaśniona.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, informując o tych czynnościach wykonawców 30.07.2021 r.

26.07.2021 r. Odwołujący w rozmowie telefonicznej z Zamawiającym uzyskał informację, iż jego oferta nie będzie rozpatrywana ponieważ nie zostały udzielone wyjaśnienia, do których złożenia został wezwany. W trakcie tej rozmowy poinformował Zamawiającego, że wezwania nie otrzymał. Zamawiający miał wiedzę o fakcie braku pobrania z portalu wezwania, przez co nie mogło być ono odczytane. Zamawiający wskazał na obowiązek spoczywający na wykonawcy monitorowania platformy, jak również brak po swojej stronie obowiązku monitorowania odbierania korespondencji.

26.07.2021 r. Odwołujący pobrał wezwanie z portalu i napisał wyjaśnienia przekazując je tego samego dnia wraz z załącznikami. W toku wyjaśnień z operatorem serwera ustalił, iż dostarczenie wiadomości automatycznie zostało zablokowane przez serwer. Odwołujący nie stosuje żadnych filtrów antyspamowych, korzysta z obsługi zewnętrznej. Zamawiający nie dochował minimalnej staranności aby doręczyć wezwanie, a mając świadomość, że plik nie został na portalu otwarty wykazał się dodatkowo brakiem zainteresowania, w jakiej cenie urząd zakupi świadczenia i czy zachowana została dbałość o finanse publiczne. Funkcjonalność platformy daje Zamawiającemu możliwość potwierdzenia statusu wiadomości, jako pobranej przez wykonawcę lub nie, co ma istotne znaczenie dowodowe w sprawie.

Zgodnie z regułami wykładni oświadczeń woli (art. 61 k.c.) w przypadku komunikacji elektronicznej podstawę do ustalenia chwili złożenia oświadczenia przyjęto wprowadzenie tej informacji „do środka komunikacji elektronicznej”. Jednakże, nie jest to jeszcze moment uznany za złożenie oświadczenia woli. Aby go ustalić należ jeszcze wziąć pod uwagę, że powinno to nastąpić w taki sposób, żeby adresat mógł zapoznać się z treścią oświadczenia

w normalnym toku czynności. Taki stan rzeczy może więc ziścić się później niż w momencie wprowadzenia informacji do środka komunikacji adresata. W wyroku z 6.04.2018 r. Sąd Apelacyjny w Katowicach (sygn. V Aga 259/18) stwierdził, że dla uznania, że doręczenie faktycznie miało miejsce, nie jest wystarczające wyłącznie wprowadzenie oświadczenia do systemu komunikacji elektronicznej, ponieważ stan taki nie stwarza pewności co do tego, czy rzeczywiście trafiło ono do operatora usług telekomunikacyjnych, a następnie stało się dostępne dla adresata tak, aby ten miał możliwość zapoznania się z jego treścią.

Odwołujący tłumaczył brak sprawdzenia zawartości korespondencji na platformie brakiem otrzymania automatycznie generowanego powiadomienia o nowej korespondencji.

W piśmie z 10.08.2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego

oddalenie.

Zamawiający odniósł się do zasadniczego argumentu, na jakim Odwołujący opiera zarzuty,

tj., rzekomego braku skutecznego doręczenia wezwania do złożenia wyjaśnień - doręczenia wezwania zamieszczonego na platformie zakupowej. Ponieważ nie doszło do awarii systemu (platformy zakupowej) nie ma podstaw do wnioskowania, jakoby wystąpiły obiektywne, niezależne od strony przyczyny braku doręczenia, co mogłoby podważać skuteczność doręczenia korespondencji elektronicznej na gruncie art. 61 § 2 k.c. Zamawiający wezwał w dniu 20.07.2021 r. odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny wyznaczając termin na ich złożenie do 23.07.2021 r. do godziny 8:30. Wezwanie to skierowane zostało za pomocą platformy zakupowej Open Nexus. Ponieważ wykonawca nie złożył w terminie wyjaśnień Zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp). Przed tą decyzją Zamawiający sprawdził, czy wezwanie zostało skutecznie doręczone zwracając się dwukrotnie do centrum wsparcia klienta platformy zakupowej (zgłoszenia z 26.07.2021 r. nr #137833 i zgłoszenie z 30.07.2021 r. # 138435) o wyjaśnienie, czy powiadomienie mailowe z wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zostało doręczone poprawnie i uzyskał pozytywne potwierdzenie tego doręczenia. Uwzględniając wytyczne stosowania art. 61 k.c. płynące z orzecznictwa (wyrok KIO z 14.10.2013 r., sygn. akt KIO 2323/13) Zamawiający uznał, że dla skutecznego złożenia oświadczenia woli wyrażonego w postaci elektronicznej miarodajna jest chwila, w której „wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej" - co należy odnosić, do środka komunikacji adresata lub kontrolowanego przez adresata. Możliwość zapoznania się adresata z treścią oświadczenia woli zachodzi tylko wówczas, gdy oświadczenie wyrażone w postaci elektronicznej stanie się dostępne w kontrolowanym przez niego środku komunikacji elektronicznej. Odwołujący odczytał wezwanie 26.07.2021 r. i tego samego dnia udzielił na nie odpowiedzi. Według załączonej do odwołania korespondencji z operatorem pocztowym wykonawcy, dotyczącej widomości wysłanej przez Zamawiającego 20.07.2021 r. o godzinie 12:29 wynika, iż „Według logów pocztowych wiadomość ta trafiła do folderu SPAM", co utwierdziło Zamawiającego w przekonaniu, że wezwanie zostało wprowadzone do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, że adresat mógł zapoznać się z jego treścią. Zamawiający komunikował się z wykonawca w sposób opisany w rozdziale XIII swz, tj. za pomocą platformy zakupowej. Ponadto w swz Zamawiający poinformował, że wiadomości wysyłane z platformy mogą być kierowane do folderu SPAM, a zatem wykonawca powinien sprawdzać wiadomości bezpośrednio na platformie.

W dniu 6.08.2021 r. do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca - Cristal Travelnet Sp. z o.o. z siedzibą w Ełku. Wykonawca przedstawił swoje

stanowisko w piśmie z 16.08.2021 r.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą

Izba nie stwierdziła wystąpienia przesłanek z 528 ust. 1 Pzp do odrzucenia odwołania.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku

kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ przedmiotem zarzutów jest czynność polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego, interes w uzyskaniu zamówienia na moment wniesienia odwołania w zasadzie nie budzi wątpliwości. Utrzymanie w mocy tej decyzji pozbawia Odwołującego szansy na wzruszenie wyniku postępowania i uzyskanie zamówienia i jego realizację, co ma wymiar ekonomicznie dla wykonawcy niekorzystny.

W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania odwołania.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania Izba ustaliła okoliczności faktyczne

istotne z punktu widzenia zarzutów.

W sprawie okoliczności faktyczne związane z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny nie budziły sporu. Zamawiający skierował wezwanie za pomocą wskazanej do komunikacji elektronicznej w postępowaniu - platformy zakupowej. Nie budziło sporu, iż nie zaistniały przerwy w działaniu platformy, w tym aby nie został wygenerowany do wykonawcy dodatkowy komunikat, informujący o dodanym na platformie pliku adresowanym do Odwołującego (wiadomość odebrana została przez serwer operatora poczty i skierowana została do folderu SPAM). Nie było również spornym ustalenie, że wezwanie do złożenia wyjaśnień zostało przez Zamawiającego zamieszczone na platformie, z które wykonawca mógł plik pobrać, co potwierdza czynność faktyczna z 26.07.2021 r., kiedy to wykonawca odczytał treść wezwania.

Odwołujący upatrywał podstawy do stwierdzenia braku skuteczności doręczenia oświadczenia skierowanego za pomocą środka komunikacji elektronicznej, z faktu braku możliwości zapoznania się z jego treścią, co w sprawie faktycznie nie zaistniało.

Jak sam wskazywał w wyjaśnieniach na rozprawie, mail generowany przez platformę zakupową nie zawiera załącznika, jak również nie informuje w żaden sposób o treści oświadczenia zamieszczonego na platformie. W każdej sytuacji to wykonawca zobowiązany był pobrać dokument przekazany drogą elektroniczną. Skierowanie zatem komunikatu do folderu SPAM, w żaden sposób nie wpływało na możliwość zapoznania się z treścią wezwania. Dodatkowy komunikat, stanowił wyłącznie pomocnicze dla wykonawcy, narzędzie, które w żaden sposób nie zmieniało zasad komunikacji przyjętych w swz (rozdział XIII).

Izba nie dopatrzyła się po stronie Zamawiającego zachowania, które można byłoby ocenić jako niewłaściwe. Fakt poinformowania w rozmowie telefonicznej Zamawiającego o braku zapoznania się z treścią wezwania nie wskazywał na istnienie podstaw do stwierdzenia, iż wykonawca obiektywnie, działając w normalnym toku czynności, nie mógł zapoznać się z treścią oświadczenia Zamawiającego. Zamawiający dokonał jeszcze sprawdzenia, czy zamieszczony plik był dostępny dla wykonawcy, zanim podjął decyzję o odrzuceniu oferty. Zgodnie z ustalonymi w swz warunkami obowiązkiem wykonawcy było sprawdzanie komunikatów i wiadomości bezpośrednio na platformie zakupowej. Oczekiwanie, iż to Zamawiający przejmie na siebie ciężar monitorowania aktywności wykonawców, w sytuacji gdy nie jest do tego zobowiązany, nie mogło zmieniać rzeczywistego rozkładu obowiązków, jakie wynikają z racji udziału wykonawcy w postępowaniu. W niniejszej sprawie, to niedopatrzenie ze strony wykonawcy doprowadziło do sytuacji, w której wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny złożone zostały po terminie, a w konsekwencji nie zostały poddane analizie. Jak wyjaśniał Odwołujący, na ich przygotowanie poświęcił około 2 godzin, zatem gdyby monitorował zawartość platformy chociaż raz dziennie, to mógł odpowiedzieć na wezwanie Zamawiającego w wyznaczonym terminie.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie przepisów § 8 ust. 2

. Izba zaliczyła do kosztów postępowania
wpis wniesiony przez Odwołującego w wysokości 7.500,00 zł.

Przewodniczący:.....