Sygn. akt: KIO 251/23

POSTANOWIENIE z dnia 9 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 9 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2023 r. przez wykonawcę NOVAGO Złotów Sp. z o.o. z siedzibą w Złotowie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Sadki

przy udziale wykonawcy Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Świeciu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów

postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, późn. zm.) na niniejsze postanowienie - 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 251/23

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

Zamawiający – Gmina Sadki [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Sadki w okresie od 01.01.2023 r. do 30.06.2023 r. (znak postępowania: RI.271.11.2022).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 października 2022 r. pod numerem nr 2022/S 210-603351.

W dniu 27 stycznia 2023 r. wykonawca NOVAGO Złotów Sp. z o.o. z siedzibą w Złotowie [dalej „Odwołujący"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 253 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania podstawy faktycznej i prawnej, dla której Zamawiający nie przyznał Odwołującemu punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert „Pojazdy odbierające niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, segregowane odpady komunalne i odpady wielkogabarytowe wyposażone w wagę" mimo, że Odwołujący zadeklarował, zgodnie z treścią pkt 16.2 ppkt 5 SWZ (str. 20 SWZ), co narusza zasadę przejrzystości postępowania i pozbawienie Odwołującego wiedzy w zakresie przyczyn, dla których Zamawiający podjął tę czynność;

2. art. 239 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 16 w zw. z art. 17 ustawy Pzp poprzez błędne i niezgodne z treścią SWZ dokonanie oceny ofert i ustalenie, iż najkorzystniejszą ofertą w Postępowaniu jest oferta złożona przez Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. ul. Ciepła 4, 86-100 Świecie (dalej: „ZUK"), a nie oferta złożona przez Odwołującego. Do tej sytuacji doszło na skutek nieprawidłowego dokonania oceny ofert złożonych w Postępowaniu, co doprowadziło do nienaliczenia Odwołującemu punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert „Pojazdy odbierające niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, segregowane odpady komunalne i odpady wielkogabarytowe wyposażone w wagę" mimo, że Odwołujący zadeklarował, zgodnie z treścią pkt 16.2 ppkt 5 SWZ (str. 20 SWZ), że będzie realizował usługę za pomocą pojazdów wyposażonych w wagę, co jednocześnie doprowadziło do naruszenia zasad udzielenia zamówienia z poszanowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wobec naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. nakazanie Zamawiającemu sporządzenie wyczerpującego i rzeczowego uzasadnienia faktycznoprawnego w zakresie nieprzyznania Odwołującemu punktów w ramach kryterium oceny ofert z pkt 16.2 ppkt 5 SWZ;

3. powtórzenie czynności oceny ofert w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert „Pojazdy odbierające niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, segregowane odpady komunalne i odpady wielkogabarytowe wyposażone w wagę";

4. nakazanie Zamawiającemu przyznania Odwołującemu maksymalnej ilości punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert „Pojazdy odbierające niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, segregowane odpady komunalne i odpady wielkogabarytowe wyposażone w wagę".

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 27 stycznia 2023 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Do odwołania załączono skan wiadomości e-mail z dnia 27 stycznia 2023 r. godz. 17.33 wysłanej z adresu pełnomocnika Odwołującegona adres email

Pismem z dnia 31 stycznia 2023 r. Zamawiający oświadczył, że nie zna treści odwołania. Zamawiający wskazał, że dotychczas nie wpłynęła do tut. Urzędu kopia przedmiotowego odwołania, do przesłania której Odwołujący był zobowiązany w przewidzianym ustawowo terminie. Gmina Sadki informuje jednocześnie, iż korespondencja odbywała się za pomocą Platformy e-Zamówienia. Zamawiający poinformował, że z uwagi na fakt, iż dotychczas nie wpłynęło do tut. Urzędu, ani odwołanie, ani kopia odwołania, nie było możliwe przesłanie jego kopii do innych uczestników postępowania.

Zamawiający poinformował nadto, że w dniu 23 stycznia 2023 r. o godz. 10:17 wpłynęła do Gminy Sadki informacja o tytule: "Szanowni Państwo, na podstawie art. 74 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm., dalej: „ ustawa pzp"), wnoszę o udostępnienie protokołu Postępowania wraz z załącznikami." Do której załączony był plik o nazwie „Gmina Sadki - odwołanie podpisane.pdf". Załączony plik nie zawierał jednak w swojej treści odwołania, ani odwołaniem nie był - ale był wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami.

Pismem z dnia 1 lutego 2023 r. Zamawiający przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie wskazał, że z uwagi na fakt, iż dotychczas nie wpłynęła do Urzędu kopia przedmiotowego odwołania, nie mogła ona zostać przekazana Wykonawcy, tj.

ZUK Sp. z o.o. z siedzibą w Świeciu.

Izba ustaliła, że wykonawca Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Świeciu skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Na zasadność odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy Pzp wskazał również Przystępujący w zgłoszonym przystąpieniu.

Izba pominęła pisma procesowe Odwołującego z dnia 9 lutego 2023 r. przekazane drogą elektroniczną o godz. 11.34, godz. 12.38 i godz. 12.42, bowiem wpłynęły do Izby po zamknięciu posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestnika.

Izba zważyła, co następuje:

W ocenie Izby odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy Pzp, w świetle którego Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2.

Zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, Odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Przepis ten wskazuje na konieczność przekazania zamawiającemu odwołania lub jego kopii, nie ogranicza jednak sposobów, w jakie przekazanie to ma nastąpić. Istotne jest to, aby zostało ono przekazane w taki sposób, by zamawiający miał możliwość zapoznać się z jego treścią, przy czym nie chodzi tutaj o datę faktycznego zapoznania się przez zamawiającego z treścią odwołania, lecz o samą możliwość zapoznania się z jego treścią. Stosownie do ust. 3 ww. przepisu, domniemywa się, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

W ocenie Izby w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy Odwołujący nie wykazał, że przekazał Zamawiającemu odwołanie albo jego kopię, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Zdaniem Izby wykazanie przekazania odwołania Zamawiającemu w sposób umożliwiający zapoznanie się z jego treścią we właściwym terminie za pomocą potwierdzenia wysłania wiadomości e-mail z systemu Odwołującego nie jest wystarczające w sytuacji, gdy Zamawiający podnosi, że korespondencji tej nie otrzymał. Wskazać należy, iż Sąd Najwyższy – Izba Cywilna postanowieniem z dnia 10 grudnia 2003 r. sygn. akt: V CZ 127/03 uznał, że oświadczenie woli w postaci elektronicznej dokonywane on line zostaje złożone z chwilą jego przejścia do systemu informatycznego prowadzonego

i kontrolowanego przez odbiorcę, to jest w momencie przyjęcia oświadczenia przez serwer odbiorcy i zarejestrowania na nim odpowiednich danych. Podobnie orzekł Sąd Apelacyjny w Katowicach wyrokiem z dnia 6 kwietnia 2018 r. sygn. akt: V Aga 259/18 który uznał, że „Do oceny skuteczności doręczenia oświadczenia elektronicznego stosuje się te same reguły, które odnoszą się do oświadczeń woli składanych w innej postaci, a wprowadzone modyfikacje związane są jedynie ze specyfiką tego oświadczenia. Jak wynika z treści art. 61 § 2 KC, ustalenie chwili doręczenia oświadczenia w formie elektronicznej także odbywa się przy uwzględnieniu zasady doręczenia. Dla uznania, że doręczenie faktycznie miało miejsce, nie jest jednak 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." Jednocześnie to na nadawcy spoczywa ciężar wykazania, że złożył oświadczenie w formie elektronicznej w taki sposób, że odbiorca mógł się zapoznać z jego treścią (tak SA w Krakowie w wyroku z dnia z dnia 23 maja 2022 r. I AGa 319/20). Z powyższego wynika zatem, że wprowadzenie wiadomości do systemu komunikacji elektronicznej Odwołującego, nie jest równoznaczne z tym, że została ona przyjęta przez serwer Zamawiającego oraz że miał on możliwość zapoznania się z jego treścią, a ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na Odwołującym.

W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy Odwołujący nie sprostał ciężarowi dowodowemu. Odwołujący poprzez załączenie do odwołania skanu korespondencji mailowej wykazał jedynie, że wysłał z własnego adresu e-mail (adres e-mail pełnomocnika Odwołującego) na adres Zamawiającego podany w dokumentach zamówienia wiadomość elektroniczną obejmującą odwołanie wraz z załącznikami. Nie jest to jednak równoznaczne z odebraniem wiadomości przez serwer Zamawiającego i możliwością zapoznania się treścią odwołania. W toku posiedzenia niejawnego Odwołujący nie podjął żadnej inicjatywy dowodowej, mimo że otrzymał zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. zawierające wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy Pzp. Odwołujący będący profesjonalistą powinien być świadomy, że przedmiotowy wniosek o odrzucenie odwołania będzie rozpoznany w pierwszej kolejności, przed skierowaniem odwołania do rozpoznania na rozprawę (por. art. 530 ustawy Pzp). W szczególności Odwołujący nie przedłożył raportu potwierdzającego dostarczenie wiadomości e-mail na serwer adresata, a w ocenie Izby – to na Odwołującym spoczywał obowiązek udowodnienia przekazania odwołania Zamawiającemu za pomocą środków komunikacji elektronicznej w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu na jego wniesienie. W interesie Odwołującego było uzyskanie takiego potwierdzenia poprzez - przykładowo -

takie ustawienie parametrów poczty elektronicznej, aby można było takie potwierdzenie wygenerować, względnie - poprzez uzyskanie takiego potwierdzenia bezpośrednio od Zamawiającego za pomocą innej drogi. Wskazać przy tym należy, iż w toku posiedzenia niejawnego Odwołujący nie twierdził, że przekazał Zamawiającemu odwołanie albo jego kopię inną drogą niż za pomocą poczty elektronicznej na adres podany w dokumentach zamówienia. Niedołożenie należytej staranności w przekazaniu odwołania w sposób umożliwiający Zamawiającemu zapoznanie się z jego treścią obciąża zatem Odwołującego.

W świetle powyższych okoliczności zaistniała podstaw do odrzucenia odwołania zgodnie z art. 528 pkt 6 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 8 ust. 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).

Zgodnie z ww. przepisem, w przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w od odwołującego na rzecz zamawiającego. Tym samym wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika (4428 zł) oraz kosztów noclegu i usługi parkingowej (490 zł) nie mógł zostać uwzględniony.

Przewodniczący: ……..