

Sygn. akt: KIO 929/24

WYROK

Warszawa, dnia 08.04.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 20 marca 2024 r. przez wykonawcę SP-Instal Sp. z o.o. z siedzibą w Zgierzu, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Nowosolna

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy Light On Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 929/24

Uzasadnienie

Gmina Nowosolna, dalej jako: „Zamawiający” – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem są roboty budowlane polegające na budowie oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Nowosolna, numer referencyjny: RI.271.1.1.2024.

Wartość zamówienia jest niższa niż kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 18 stycznia 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00047106.

W dniu 20 marca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy SP-Instal Sp. z o.o. z siedzibą w Zgierzu, dalej jako: „Odwołujący”, wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niewyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą pomimo, iż wezwanie do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie zostało Odwołującemu skutecznie doręczone.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP poprzez jego bezpodstawne zastosowanie w zw. z art. 16 i 17 ustawy PZP.

Wobec postawionego zarzutu Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2) wezwanie Odwołującego do wyrażenia zgody na wybór jego oferty po terminie związania ofertą;
- 3) ponowną ocenę i badanie ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz udzielenie zamówienia Odwołującemu;
- 4) zasądzenie kosztów na rzecz Odwołującego w tym kosztów zastępstwa według norm przepisanych.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 29 lutego r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, wyznaczając termin na złożenie stosownego oświadczenia do dnia 2 kwietnia 2024 r.

Odwołujący nie złożył przedmiotowego oświadczenia, albowiem nie miał świadomości, że jakiegokolwiek wezwanie zostało wystosowane przez Zamawiającego. Co prawda Odwołujący już po terminie do złożenia stosownego oświadczenia

ustalił, że wezwanie zostało wysłane za pośrednictwem Platformy, ale nie na konto Odwołującego, tj. SP- INSTAL sp. z o. o., lecz na konto jednoosobowej działalności gospodarczej S.P. - SP-INSTAL Sebastian Przepiórski.

Biorąc pod uwagę, że wezwanie do złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie zostało skutecznie doręczone, Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP.

Odwołujący dla poparcia swojego stanowiska oparł się m. in. na orzeczeniu KIO 1106/23 i KIO 164/23 wskazując, że w okolicznościach nieskutecznego doręczenia wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą, gdy wykonawca nieświadomy wezwania nie złożył żądanego oświadczenia, niedopuszczalne jest odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP.

Odwołujący dodał, że powyższa sytuacja jest tożsama z wysłaniem zawiadomienia pod niewłaściwy adres korespondencyjny.

Odwołujący powołał się na zapisy SWZ, z których – jego zdaniem, wynikają następujące wnioski. Po pierwsze Zamawiający przewidział komunikację wyłącznie za pośrednictwem Platformy. Po drugie, korespondencja, której adresatem jest konkretny wykonawca będzie przekazywana za pośrednictwem Platformy do tego wykonawcy. Po trzecie, Zamawiający wskazał po stronie wykonawców na obowiązek sprawdzania komunikatów i wiadomości bezpośrednio na Platformie.

A zatem uwzględniając powyższe postanowienia SWZ, Odwołujący sprawdzał regularnie Platformę na swoim koncie, w myśl zasady, że pisma kierowane bezpośrednio do wykonawców będą na nich adresowane. Jednocześnie Zamawiający nie zalecił sprawdzania poczty elektronicznej, z uwagi na ryzyko SPAMU. W tym miejscu wskazać też należy, że Zamawiający w żadnym miejscu SWZ nie określił komunikacji za pośrednictwem poczty elektronicznej ani też nie informował wykonawców, że komunikaty dotyczące platformy będą wpływały na wskazane w ofercie adresy e-mail. A nawet jeśli Zamawiający określiliby taki wymóg, to ostatecznie i tak wiadomość powinna się znaleźć na Platformie, na koncie wykonawcy biorącego udział w postępowaniu.

Odwołujący dodał, że według Zamawiającego podczas rozmowy telefonicznej, stosowne wezwanie zostało zaadresowane za pośrednictwem Platformy na adresy e-mail wskazane w ofercie. Istota problemu błędnego doręczenia pisma z dnia 29 lutego 2024 r. polega na tym, że Odwołujący wskazał adres e-mail s., do którego jest przypisane konto na Platformie jednoosobowej działalności gospodarczej. W konsekwencji, wysłana wiadomość na ten adres e-mail automatycznie została przypisana do niewłaściwego konta.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający swoje stanowisko przedstawił w trakcie wypowiedzi ustnej na rozprawie wnosząc o oddalenie odwołania.

Stanowisko Przystępującego:

Pismem procesowym z dnia 05.04.2024 r. stanowisko w sprawie zajął wykonawca Light On Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (dalej jako: „Przystępujący”), wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący zwrócił uwagę, że bezspornie Odwołujący w formularzu ofertowym wskazał na określony adres e-mail.

Natomiast wniosek o przedłużenie terminu związania ofertą został wysłany przez Zamawiającego do Odwołującego za pośrednictwem „Platformy Zakupowej” przy użyciu wskazanego adresu e-mail. Skoro więc Odwołujący podaje w formularzu ofertowym adres e-mail, to należy zakładać, że przy użyciu tego adresu e-mail można skontaktować się z Odwołującym.

Przystępujący dodał, że w petitum odwołania Odwołujący dopełniając wskazany w art. 516 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP wymóg formalny odwołania w postaci wskazania adresu poczty elektronicznej Odwołującego wskazał adres taki sam jak w formularzu ofertowym.

Należy więc założyć, że jest to adres e-mail, z którego na co dzień korzysta i którego można używać do komunikacji - również za pośrednictwem „Platformy Przetargowej”.

W tych okolicznościach należy uznać, że Odwołujący otrzymał skutecznie wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie materialnoprawnych przesłanek do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Izba nie stwierdziła istnienia podstaw do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę Light On Sp. z o.o. Wszystkie wymogi formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo strony oraz uczestnicy zgłaszali wnioski dowodowe o przeprowadzenie dowodów z dokumentów na okoliczności wskazywane przy ich składaniu. Izba postanowiła dopuścić wszystkie ww. wnioskowane dowody w poczet materiału dowodowego i przeprowadzić na ich podstawie dowody. W sytuacji, w której Izba opierała się na konkretnym dowodzie, znajdzie to wyraz w dalszej treści uzasadnienia orzeczenia.

Izba postanowiła z urzędu włączyć w poczet materiału dowodowego treść regulaminu platformy przetargowej, na której prowadzone jest przedmiotowe postępowanie – dostęp do jego treści jest otwarty pod adresem:

Okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia sprawy:

Zgodnie z SWZ:

12.1 Komunikacja w postępowaniu, w tym składanie ofert, wymiana informacji oraz przekazywanie dokumentów lub oświadczeń między zamawiającym a wykonawcą odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznych.

12.2 Komunikacja w postępowaniu odbywa się zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. z 2020 poz. 2452).

12.3 Postępowanie prowadzone jest w języku polskim w formie elektronicznej za pośrednictwem platformazakupowa.pl, zwanej dalej Platformą, dostępnej pod adresem: .

12.4 Wykonawca przystępując do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

12.4.a) akceptuje warunki korzystania z platformy zakupowej, określone w Regulaminie zamieszczonym na stronie internetowej pod adresem: , w zakładce „Regulamin” oraz uznaje go za wiążący

12.4.b) zapoznał się i stosuje do Instrukcji składania ofert dostępnej pod linkiem

12.5. Zamawiający informuje, że **instrukcje korzystania z platformy zakupowej** dotyczące w szczególności logowania, pobrania dokumentacji, składania wniosków o wyjaśnienie treści SWZ, składania ofert oraz innych czynności podejmowanych w niniejszym postępowaniu przy użyciu Platformy znajdują się w zakładce „Instrukcje dla Wykonawców” na stronie internetowej pod adresem: .

12.8. Komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, w tym przekazywanie wszelkich oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji, odbywać się będzie w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy i formularza „Wyślij wiadomość”. Za datę przekazania (wpływu) oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji przyjmuje się datę ich przesłania za pośrednictwem Platformy poprzez kliknięcie przycisku „Wyślij wiadomość”, po których pojawi się komunikat, że wiadomość została wysłana do Zamawiającego.

12.9. Zamawiający będzie przekazywał informacje Wykonawcom w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy. Informacje dotyczące odpowiedzi na pytania, zmiany SWZ, zmiany terminu składania i otwarcia ofert Zamawiający będzie zamieszczał na Platformie w sekcji „Komunikaty”. Korespondencja, której zgodnie z obowiązującymi przepisami, adresatem jest konkretny Wykonawca będzie przekazywana w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy do tego konkretnego Wykonawcy

12.10. Wykonawca jako podmiot profesjonalny ma obowiązek sprawdzania komunikatów i wiadomości bezpośrednio na Platformie, przesłanych przez zamawiającego, gdyż system powiadomień może ulec awarii lub powiadomienie może trafić do folderu SPAM.

Odwołujący złożył ofertę za pomocą konta na platformie przetargowej, do którego przypisany był następujący adres e-mail: „m.”.

W formularzu ofertowym w polu adres e-mail Odwołujący wpisał: „Sp-instal@o2.pl”. Ten adres e-mail był z kolei przypisany do innego konta na platformie przetargowej niż konto, z którego została złożona oferta.

Zgodnie z historią korespondencji wygenerowaną przez platformę przetargową prowadzonego postępowania wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą zostało wysłane za pośrednictwem platformy na adres e-mail: „s.”.

Uzasadnienie prawne:

W pierwszej kolejności Izba pragnie wskazać, że odpowiedzialnym za zaistnienie stanu faktycznego jak w rozpatrywanej sprawie jest tylko i wyłącznie Odwołujący. To Odwołujący wpisał w formularzu oferty adres e-mail inny, niż ten który był przypisany do konta na platformie przetargowej, za pomocą którego została złożona oferta. Skoro więc Odwołujący z własnej woli posłużył się różnymi adresami należy domniemywać, że akceptował on wysyłanie mu wiadomości i komunikowanie się w postępowaniu przy pomocy tych dwóch adresów e-mail.

Izba nie znajduje argumentu dla poparcia tezy, że jeden z tych adresów (przypisany do konta, za pomocą którego złożona została oferta) jest ważniejszy, a drugi (podany w formularzu ofertowym), miał służyć bliżej nieokreślonym i innym, mniej istotnym celom, jak np. twierdził Odwołujący – kwestiom organizacyjno-technicznym czy też związanych z zabezpieczeniem należytego wykonania umowy. Nic takiego nie wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego. Co więcej, zaakceptowanie stanowiska Odwołującego prowadziłoby do tego, że de facto mógłby on wybierać korespondencję, którą uzna za skutecznie doręczoną i taką, której skuteczności doręczenia może swobodnie odmówić, o ile trafiła na adres e-mail – jego zdaniem, mniej istotny.

Dalej należy wskazać, że zdaniem Izby, z zapisów SWZ mówiących o komunikacji między wykonawcami a Zamawiającym „za pośrednictwem platformy” nie wynika, że komunikacja ta odbywać się będzie tylko i wyłącznie na linii Zamawiający – adres e-mail przypisany do konta na platformie przetargowej danego wykonawcy. Z raportów wygenerowanych przez platformę przetargową, stanowiących część dokumentacji postępowania wynika, że za pośrednictwem platformy możliwe jest wysyłanie wiadomości i komunikatów również na inne adresy e-mail niż przypisane do konta, za pomocą którego została złożona oferta. Skoro tak, jeśli Odwołujący w formularzu ofertowym podał drugi adres e-mail, to powinien mieć na uwadze to, że wiadomość za pośrednictwem platformy może być wysłana przez Zamawiającego również na ten adres. Sam Odwołujący zadeklarował chęć komunikacji w ten właśnie sposób, podając dwa odrębne adresy e-mail. Zatem wiadomość wysłana na inny adres e-mail niż przypisany do konta na platformie przetargowej jest wciąż wiadomością wysłaną za pośrednictwem platformy, a więc w zgodzie z postanowieniami SWZ.

Co prawda zgodnie z punktem 12.10 SWZ Zamawiający zobowiązał wykonawców do sprawdzania komunikatów bezpośrednio na platformie przetargowej, gdyż system powiadomień może ulec awarii lub powiadomienie może trafić do folderu SPAM. Wskazać jednak należy, że po pierwsze: z ustalonego stanu faktycznego nie wynika by system powiadomień uległ awarii, powiadomienie wysłane na adres podany przez Odwołującego w formularzu ofertowym trafiło do folderu SPAM lub z innych przyczyn Odwołujący nie mógł zapoznać się z przesłanym komunikatem. Po drugie ani z postanowień SWZ, ani z regulaminu korzystania z platformy przetargowej nie wynika, by wykonawca składający ofertę miał bezwzględny obowiązek posiadania konta na platformie przetargowej. Możliwym jest bowiem złożenie oferty bez zakładania konta (reguluje to §5 ust. 7 regulaminu platformy platformazakupowa.pl Open Nexus Sp. z o.o.) i jednym z obligatoryjnych elementów w takiej sytuacji jest podanie adresu e-mail służącego do kontaktu z Zamawiającym. W takiej sytuacji komunikaty Zamawiającego trafiają tylko i wyłącznie na skrzynkę mailową wykonawcy – bez możliwości ich odrębnego otwarcia na platformie przetargowej (skoro brak jest założonego konta), jak sugerował Zamawiający w punkcie 12.10.

Nie jest jednak rolą Zamawiającego weryfikacja tego czy oferta została złożona przez wykonawcę z założonym kontem lub bez takiego konta, jak również czy np. jak w niniejszym stanie faktycznym - adres e-mail wskazany formularzu ofertowym jest przypisany do innego konta na tej samej platformie przetargowej, z którego to konta jednak Odwołujący

obecnie nie korzysta.

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający dysponował różnymi adresami e-mail Odwołującego i miał prawo wysłać komunikaty za pośrednictwem platformy przetargowej przy użyciu tych adresów, a obowiązkiem Odwołującego było śledzenie zarówno konta na platformie, jak też skrzynki do której przypisany jest adres podany przez niego w formularzu ofertowym.

Co więcej, z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika, że adres podany przez Odwołującego w formularzu ofertowym jest wieloletnim adresem do korespondencji używanym przez niego w codziennej działalności. Powyższe potwierdził jeden z pełnomocników Odwołującego podczas wypowiedzi ustnej. Tożsamy adres e-mail, jak ten, który wskazany został przez Odwołującego w formularzu ofertowym, podany został również w komparycji odwołania. Potwierdza to tyle, że Odwołujący nie powinien mieć żadnego problemu z odczytaniem korespondencji kierowanej na ten adres, gdyż używa go na co dzień. Nie ma zatem podstaw by twierdzić, że Odwołujący nie mógł zapoznać się z treścią wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą lub że wezwanie to nie zostało skutecznie doręczone.

Tym samym uznać należy, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego była prawidłowa.

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: