

WYROK
z dnia 12 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 lutego** 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **2 lutego** 2018 r. przez **wykonawcę Solar Projekt B. & M. Sp. z o.o., ul. Santocka 48-49, 70-083 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Województwo Małopolskie, Urząd Marszałkowski Województwa Małopolskiego w Krakowie, ul. Basztowa 2, 31-156 Kraków,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia [1] BBC Best Bulding Consultans Sp. z o.o. Sp.K. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 155 lok. U3, 02-326 Warszawa [pełnomocnik] i [2] BBC Best Bulding Consultans. Nadzory i Doradztwo Budowlane, Ł. Ż., ul. gen. Bema 42A, 96-300 Żyrardów** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje dokonanie:

- 1) unieważnienia czynności **zamawiającego** polegającej na **odrzuconiu oferty nr 3** złożonej przez obecnego **odwołującego**;
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty **odwołującego**.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Województwo Małopolskie, Urząd Marszałkowski Województwa Małopolskiego, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków

i:

- 2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Solar Projekt B. & M. Sp. z o.o., ul. Santocka 48-49, 70-083 Szczecin** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2) zasądza od zamawiającego **Województwo Małopolskie, Urząd Marszałkowski Województwa Małopolskiego, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków** na rzecz wykonawcę **Solar Projekt B. & M. Sp. z o.o., ul. Santocka 48-49, 70-083 Szczecin** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2017 r. poz. 1579**) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

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

Zamawiający Województwo Małopolskie, Urząd Marszałkowski Województwa Małopolskiego, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków (Departament Biuro Prawne i Zamówień Publicznych, ul. Raławicka 56 30-017 Kraków) wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Wykonanie ocen energetycznych budynków na terenie województwa małopolskiego, mających na celu przygotowanie projektów w ramach Działania 4.4 RPO WM 2014-2020«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 7.10.2017 r. pod nrem 2017/S 193-396188.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający poinformował 24.01.2018 r. o odrzuceniu oferty wykonawcy Solar Projekt B. & M. sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Santocka 48-49, 70-083 Szczecin, gdyż wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą – art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 85 ust. 2 Pzp. Ogólnie na 7 ofert zamawiający odrzucił w zasadzie z tego samego powodu oferty 1, 3-6.

Wykonawca Solar Projekt B. & M. sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Santocka 48-49, 70-083 Szczecin, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 02.02.2018 r. do Prezesa KIO odwołanie na odrzucenie oferty nr 3 złożonej przez wykonawcę Solar Projekt B. & M. sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Santocka 48-49, 70-083 Szczecin.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp przez odrzucenie oferty mimo wyrażenia przez odwołującego w określonym przez zamawiającego terminie zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 Pzp na przedłużenie terminu związania ofertą;
- 2) art. 7 ust. 1-3 Pzp przez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady bezstronności i obiektywizmu jak również naruszenie zasady wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego złożonej zgodnie z przepisami ustawy Pzp,

a także art. 10b Pzp przez zastosowanie narzędzi informatycznych, ograniczających wykonawcom dostęp do postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty nr 3 złożonej przez obecnego odwołującego;
- 2) nakazanie zamawiającemu wykonanie – zgodnie z przepisami prawa – czynności w postaci dopuszczenia oferty do udziału w postępowaniu, dokonania ponownego badania oferty i uznania jej za prawidłową.

Argumentacja odwołującego

5.01.2018 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego na podstawie art. 85 ust. 2 i 4 Pzp z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni oraz przedłużenie okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, wniesienie nowego wadium, na przedłużony okres związania ofertą.

Zamawiający określił dzień 15.01.2018 r. jako termin na złożenie odpowiedzi. Jednocześnie zamawiający wskazał, że odpowiedź powinna być złożona osobiście, faksem albo drogą elektroniczną na adres e-mailowy: przetargi@umwm.pl, zalecając, aby – w przypadku wyboru tej ostatniej formy przekazania odpowiedzi – odpowiedź była przekazana w postaci skanu dokumentu sporządzonego w formie pisemnej.

Dowód: pismo zamawiającego z 5.05.2018 r. znak ZFO-IX.272.37.2017.

Odwołujący dopełnił tego obowiązku, wysyłając 15.01.2018 r. o 14:56 z adresu „mm.@solarprojekt.eu” na wskazany przez zamawiającego adres e-mail, wiadomość e-mail, zawierającą w załączniku zeskanowane oświadczenie zawierające zgodę o którą prosił zamawiający, podpisaną łącznie przez reprezentantów zamawiającego: T. B. oraz M. M. .

Dowód: treść wysłanej informacji mailowej wraz z załącznikiem.

Odwołujący nie otrzymał żadnej informacji zwrotnej z serwera zamawiającego, że wiadomość nie dotarła lub nie została doręczona z powodów technicznych. To w gestii zamawiającego była taka konfiguracja używanych systemów i narzędzi informatycznych, aby przesłany na właściwy adres i w określonym terminie mail zawierający dokumenty, o których przesłanie prosił zamawiający, dotarły do wiadomości zamawiającego. Tak więc w kontekście zrealizowania obowiązku wynikającego z art. 10b Pzp istotny jest jedynie fakt, że zamawiający w sposób prawidłowy oraz w wyznaczonym terminie wysłał na wskazany adres e-mail wymagane dokumenty, bez znaczenia jest w tym przypadku fakt, że

konfiguracja systemu czy oprogramowania (np. programu pocztowego czy firewall) spowodowała, że zamawiający nie odczytał dokumentu.

Pomimo tego, 24.01.2018 r. odwołujący otrzymał zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty ze względu na nieprzesłanie ww. informacji.

Dowód: pismo zamawiającego z 24.01.2018 r., znak ZPO-DC272.37.2017.

W zaistniałym stanie rzeczy, odrzucenie oferty odwołującego było nieuprawnione i nie znajduje oparcia w przywołanych przepisach art. 89 ust. 1 Pzp.

Dlatego wniosek o nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania oferty i uznania jej za prawidłową jest w tym stanie rzeczy uzasadniony.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 2.02.2018 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 2.02.2018 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

05.02.2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia [1] BBC Best Bulding Consultans Sp. z o.o. Sp.K. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 155 lok. U3, 02-326 Warszawa [pełnomocnik] i [2] BBC Best Bulding Consultans. Nadzory i Doradztwo Budowlane, Ł. Ż., ul. gen. Bema 42A, 96-300 Żyrardów złożyli (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy i dowodów złożonych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba nie uznała, że wystąpiła jakakolwiek z przesłanek obligująca do odrzucenia odwołania zgodnie z art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

A) odwołującego – dołączone do odwołania:

- 1) pismo zamawiającego z 5.05.2018 r. wzywające odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą i okresu ważności wadium;
- 2) treść oświadczenia woli odwołującego o przedłużeniu terminu związania ofertą i okresu ważności wadium;
- 3) print screen ze skrzynki nadawczej odwołującego;

B) zamawiającego – wydruki z serwera zamawiającego:

- 1) wydruk nr 1 na wykazanie, że w okresie od 12.01 do 11.02.2018 r. serwery pocztowe zamawiającego odebrały ponad 16,5 mln maili;
- 2) wydruk nr 2 na wykazanie liczby maili wysłanych i odebranych przez zamawiającego od 14.01 do 16.01.2018 r. i wykazanie, że w ciągu tych 3 dni zostało wysłanych i odebranych ponad 2 mln maili;
- 3) wydruk nr 3 na wykazanie z raportu ze skrzynki pocztowej zamawiającego z 15.01.2018 r., że łącznie w tym dniu wysłano i odebrano prawie 700 000 maili;
- 4) wydruk nr 4 na wykazanie całej korespondencji mailowej otrzymanej od odwołującego w okresie od 1.01 do 8.02.2018 r. na okoliczność skuteczności doręczeń na serwery zamawiającego wiadomości rzeczywiście wysłanych przez odwołującego – 3 wiadomości;
- 5 i 6) wydruki nr 5 i 6 dokumentujące skuteczność korespondencji elektronicznej z adresów odwołującego na adres zamawiającego; wydruk dotyczy wiadomości z 8 i 31.01.2018 r.;
- 7) wydruk nr 7 za zobrazowanie całej poczty przychodzącej 15.01.2018 r. w godz. 15-17 na skrzynkę przetargi@umwm.pl;
- 8) wydruk nr 8 na pokazanie, że od 1.01 do 8.02.2018 r. na skrzynkę przetargi wpłynęło blisko 1 100 maili i w tabeli są pokazane przykładowe maile, a w kon-

sekwencji zamawiający kwestionuje stwierdzenie odwołującego o nieprawidłowości konfiguracji informatycznej i dostępności poczty elektronicznej zamawiającego, które miałyby skutkować niemożliwością doręczenia przedmiotowego oświadczenia odwołującego.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp – przez odrzucenie oferty odwołującego mimo wyrażenia przez odwołującego w określonym przez zamawiającego terminie zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 Pzp na przedłużenie terminu związania ofertą – zasługuje na uwzględnienie.

Art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą«.

Art. 85 ust. 2 Pzp brzmi »Wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni«.

Izba stwierdza, że – zgodnie z doświadczeniem życiowym – w dzisiejszej dobie rozwoju komunikacji elektronicznej coraz łatwiej możliwym staje się wykazanie, że dany podmiot nie otrzymał jakichkolwiek maili w danym okresie. Odwołujący wykazał, że wysłał ze swojego komputera na adres elektroniczny podany przez zamawiającego, żądane oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą i okresu ważności wadium.

Zamawiający przedstawił dowody na potwierdzenie swojej tezy, że nie otrzymał tej informacji. Jednak dowody zamawiającego nie mogą zostać uwzględnione przez Izbę, gdyż zostały sporządzone w języku obcym bez tłumaczenia na język polski.

Abstrahując od obcojęzyczności dowodów przedstawionych przez zamawiającego Izba musi stwierdzić, że w szczególności zamawiający nie próbował nawet wykazać, że od odwołującego w całym rozpoznawanym dniu 15.01.2018 r. (koniec terminu na złożenie przez wykonawców oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą i okresu ważności wadium) nie wpłynął żaden dokument, a nie tylko w okresie od 14:00 do 16:00.

Z doświadczenia Izbie wiadomo, że niekiedy się zdarza, że maile dochodzą do adresata po wielu godzinach. Zamawiający miał obowiązek przyjąć maila z przedmiotowym oświadczeniem do końca dnia, a więc zamawiający powinien starać się udokumentować brak wpłynięcia wskazywanego maila na swój, właściwy adres do 0:00 dnia 16.01.2018 r., czyli do dnia następnego po wymaganym. Również zamawiający powinien wykazać, że w badanym dniu nie zostały odrzucone żadne maile przez serwer zamawiającego i skierowane automatycznie np. do tzw. spamów.

Ponadto Izba stwierdza, że obecnie obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie wymagają od adresata maila, aby przekazywał do nadawcy potwierdzenie odbioru. Nawet jeżeli taki

wymóg zostanie postawiony w sposób najbardziej kategoryczny w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W rozpoznawanym przypadku zamawiający w cz. VIII ust. 2 SIWZ nie zamieścił informacji o jakichkolwiek sankcjach, a postanowienie to brzmiało »Jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje za pośrednictwem faksu lub 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«. Izba także zauważa, że także zbliżony treścią do badanej sytuacji art. 27 ust. 2 Pzp o brzmieniu »Jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania« został uchylony przez art. 1 pkt 41 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020 i 1920), która weszła w życie z dniem 28 lipca 2016 r.

Dlatego zarzut zamawiającego, że obecny odwołujący nie skorzystał z możliwości żądania potwierdzenia wpływu do zamawiającego kwestionowanego maila nie może być argumentem na obronę zamawiającego. Jednak Izba musi stwierdzić, że takie żądanie potwierdzenia wpływu maila w praktyce mogłoby zaważyć na czynnościach stron i może doprowadziłoby do wyjaśnienia sprawy jeszcze w 15.01.2018 r. czyli w dniu przesłania oświadczenia przez obecnego odwołującego bez późniejszej konieczności korzystania ze środków ochrony prawnej.

Biorąc pod uwagę posiadanie przez zamawiającego odpowiednich instrumentów do wykazania braku wpływu do zamawiającego odpowiedniego maila od odwołującego oraz braku takiego wykazania, Izba musi uwzględnić zarzut pierwszy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp – ze względu na brak dowiedzenia przez zamawiającego, że przedmiotowe oświadczenie nie zostało wniesione do zamawiającego przez odwołującego.

W ocenie Izby zarzut naruszenia art. 7 ust. 1-3 Pzp – przez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady bezstronności i obiektywizmu jak również naruszenie zasady wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego złożonej zgodnie z przepisami ustawy Pzp, a także art. 10b Pzp przez zastosowanie narzędzi informatycznych, ograniczających wykonawcom dostęp do postępowania o udzielenie zamówienia – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że odwołujący w żadnym miejscu uzasadnienia odwołania nie odniósł się do postawionego w odwołaniu zarzutu drugiego – naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1-3 i art. 10b Pzp. Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp, który brzmi »Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że [...] odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii

odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5« Izba jest zobligowana do odrzucenia odwołania jeżeli Izba stwierdzi, że odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania. Istotą przepisu jest powiadomienie zamawiającego o całej treści odwołania, a nie tylko o fakcie wniesienia odwołania. Zgodnie z art. 180 ust. 3 Pzp, który brzmi »Odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania«, w skład treści odwołania wchodzi m.in. wskazanie okoliczności faktycznych i prawne uzasadnienie wniesienia odwołania w szczególności aby zamawiający mógł odnieść się do odwołania przez np. zanegowanie czy uwzględnienie odwołania w danym zakresie. Izba podkreśla, że odwołujący w zakresie zarzutu drugiego nie zawarł w odwołaniu żadnych wymaganych części odwołania w związku z czym należy stwierdzić, że odwołujący nie tylko nie przesłał kopii odwołania zamawiającemu, ale nawet nie sformułował tego odwołania w zakresie zarzutu drugiego i nie przekazał tego uzasadnienia Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a także nie przekazał kopii tego uzasadnienia zamawiającemu. Zgodnie z paremią *a minori ad maius* – skoro należy odrzucić odwołanie jeżeli jego kopia nie została przesłana do zamawiającego, to tym bardziej należy odrzucić odwołanie jeżeli odwołanie nie zostało uzasadnione i kopia uzasadnienia nie została przekazana zamawiającemu.

W związku z tym Izba nie może uwzględnić odwołania w zakresie zarzutu drugiego – naruszenia przepisów art. 7 ust. 1-3 i art. 10b Pzp.

Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 oraz z 2017 r. poz. 47).

Przewodniczący: