

**WYROK**

**z dnia 31 marca 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 marca 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2017 r. przez **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export – Pribex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Zielona Góra w Zielonej Górze**

przy udziale wykonawcy **Budimex Spółka Akcyjna w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export – Pribex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export – Pribex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export – Pribex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** na rzecz zamawiającego – **Miasto Zielona Góra w Zielonej Górze** – kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Miasto Zielona Góra w Zielonej Górze – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę ul. Aglomeracyjnej wraz ze ścierkami rowerowymi oraz wykonanie sieci wodociągowej w ul. Aglomeracyjnej i w ul. Stefana Batorego w Zielonej Górze.

Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 16 marca 2017 r. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export – Pribex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegających na:

1. wyborze oferty Budimex S.A. w Warszawie (przystępujący)
2. zawiadomieniu o zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez dokonanie wyboru oferty przystępującego,
3. odrzuceniu oferty odwołującego się;
4. uznaniu, że odwołujący się nie złożył w terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny w ofercie z dnia 30 stycznia 2017 r.;
5. negatywnym rozpatrzeniu wniosku odwołujące się o przywrócenie terminu na złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny w ofercie z dnia 30 stycznia 2017 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1, 1a i 2 oraz ust. 3 ustawy P.z.p. przez naruszenie przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez odrzucenie oferty odwołującego się w postępowaniu, pomimo że oferta odwołującego się nie podlegała odrzuceniu; działanie powyższe polegało w szczególności na uznaniu przez zamawiającego oferty odwołującego się za ofertę z rażąco niską ceną, podczas gdy oferta ta takiej rażąco niskiej ceny nie zawierała; powyższym działaniem zamawiający doprowadził do sytuacji, w której odwołujący się nie mógł konkurować w

postępowaniu pomimo, iż złożył niewadliwą oraz nie podlegającą odrzuceniu ofertę, która winna zostać uznana za najkorzystniejszą w toku postępowania;

2) art. 7 ust. 3 w związku z art 91 ust. 1 ustawy P.z.p. przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu według kryterium określonego w SIWZ, to jest oferty odwołującego się;

3) art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez uznanie, że odwołujący się nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny w ofercie z dnia 30 stycznia 2017 r., a w konsekwencji nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską;

4) art. 36 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. poprzez uznanie za skutecznie doręczoną korespondencję wystosowaną przez zamawiającego poza zakresem upoważnienia wynikającego z zapisu punktu 37 ppkt 1 i 2 SIWZ;

5) art 14 ust. 1 ustawy P.z.p. w związku z art. 61 § 1 § 2 K.c. poprzez uznanie, że termin dla odwołującego się do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny w ofercie z dnia 30 stycznia 2017 r. rozpoczął swój bieg w dniu 07 lutego 2017 r. i upłynął bezskutecznie w dniu 13 lutego 2017 r. pomimo, że odwołujący się otrzymał wezwanie w trybie art 90 ust 1 i ust. 1a ustawy P.z.p. w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią, dopiero w dniu 27 lutego 2017 r., a zatem dopiero w tej dacie mógł rozpocząć swój bieg termin na złożenie przywołanych wyjaśnień;

6) art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez negatywne rozpatrzenie przez zamawiającego wniosku o przywrócenie terminu na złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny w ofercie z dnia 30 stycznia 2017 r. pomimo, że jeżeliby uznać, że wyjaśnienia te zostały złożone z uchybieniem terminowi do ich złożenia, to nastąpiło to bez winy odwołującego się.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty Budimex S.A. w Warszawie jako najkorzystniejszej;
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego się z postępowania;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego się.

Odwołujący wniósł o przyznanie od zamawiającego na rzecz odwołującego się kosztów postępowania wywołanych koniecznością wywiedzenia odwołania, w tym kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym wyliczonego wedle norm przepisanych i zgodnie z fakturą obejmującą wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego się, która zostanie złożona w toku postępowania przez Prezesem Krajowej Izby Gospodarczej.

Odwołujący się oświadczył, iż posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania zgodnie z wnioskami zawartymi w niniejszym piśmie. Oferta odwołującego została w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego odrzucona, a powyższe stanowi przedmiot podnoszonych w niniejszym odwołaniu zarzutów. Gdyby nie ta czynność zamawiającego, to z racji przyjętego przez zamawiającego kryterium oceny ofert w postępowaniu i ze względu na najniższą zaoferowaną przez odwołującego się cenę ofertową oraz tożsame z innymi oferentami pozostałe warunki wykonania przedmiotu zamówienia, oferta odwołującego się zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający w dniu 06 marca 2017 r. zakończył przetarg, odrzucił ofertę odwołującego się oraz dokonał wyboru oferty Budimex S.A. w Warszawie jako oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wskazał, iż przyczyną dla powyższego rozstrzygnięcia jest dyspozycja art. 89 ust 1 pkt. 4 i art. 90 ust 1 i 2 ustawy P.z.p. Uzasadnieniem faktycznym przyjętym przez zamawiającego dla powyższego, zaskarżanego niniejszym odwołaniem rozstrzygnięcia, było ustalenie, iż odwołujący się zaoferował w złożonej ofercie za wykonanie przedmiotu zamówienia rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu tegoż zamówienia, albowiem nie złożył w terminie żadnych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny w ofercie z dnia 30 stycznia 2017 r. Odwołujący za wykonanie przedmiotu zamówienia miał bowiem zaoferować w przetargu cenę 17.520.246,11 zł brutto, podczas gdy zamawiający na sfinansowanie zamówienia zamierzał przeznaczyć kwotę 31.886.185,60 zł brutto, zaś oferta uznana za wygrywającą opiewała na kwotę 22.473.244,82 zł brutto. W celu wyjaśnienia, czy oferta odwołującego się nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający miał zwrócić się do odwołującego o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący się miał jednak nie złożyć w wyznaczonym terminie takich wyjaśnień, co z kolei miało uprawniać zamawiającego do odrzucenia oferty odwołującego.

W ocenie odwołującego się, zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego się oraz w konsekwencji bezpodstawnie uznał za zwycięską najkorzystniejszą, a nieodrzuconą ofertę innego przedsiębiorcy.

Odwołujący podniósł, że składając ofertę w toku postępowania o uzyskanie zamówienia publicznego, w związku z którą niniejsze postępowanie odwoławcze jest prowadzone, przygotował ofertę zgodnie ze swoją najlepszą wiedzą, bazując na warunkach rynkowych oraz opierając się o zasady wynikające z SIWZ sporządzonej przez zamawiającego.

Odwołujący się wyjaśnił, że cena jego oferty wynosząca 17.520.246,11 zł w zestawieniu z wartością, jaką zamawiający ma zamiar przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to jest 31.886.185,60 zł, jest niższa od tej wartości o 45%, co mogło powodować po stronie zamawiającego wątpliwość co do prawidłowości wyceny tak złożonej oferty. Jednakże w stosunku do drugiego kryterium oceny oferty wskazanego w art 90 ust. 1a pkt 1 ustawy P.z.p., to jest oceny, czy złożona oferta jest niższa o 30% od wartości średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, okazuje się, że taka weryfikacja wykazuje, iż oferta odwołującego jest niższa o 29% od wartości arytmetycznej pozostałych ofert innych wykonawców złożonych w przetargu. W ocenie odwołującego, już zatem z samego tego względu można uznać, iż oferta odwołującego się nie spełniała przesłanki uznania jej za rażąco niską w oparciu o drugi próg ustawowy opisany w art 90 ust. 1 ustawy P.z.p., a zatem brak było podstawy, aby tę ofertę zamawiający odrzucił.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w złożonych w dniu 03 marca 2017 r. wyjaśnieniach elementów oferty, wykazał, że cena jego oferty była ukształtowana zgodnie w poziomem cen rynkowych i nie odbiegała od średniego poziomu cen obowiązujących w danym okresie w branży budowlanej.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania przedstawił wyjaśnienia dotyczące elementów zaoferowanej przez niego ceny.

Odwołujący podkreślił, że błędne i naruszające przepis art. 90 ust 3 ustawy P.z.p. jest stanowisko zamawiającego zawarte w informacji z dnia 06 marca 2017 r., jakoby odwołujący się nie złożył wymaganych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny w ofercie. Zamawiający motywując swoje stanowisko wywiódł, że jego wezwanie w tym przedmiocie datowane na 07 lutego 2017 r. odwołujący odebrał za pośrednictwem poczty w dniu 27 lutego 2017 r., jednakże treść wezwania miała zostać dostarczona odwołującemu się już w dniu 07 lutego 2017 r. poprzez przesłanie wezwania w tym przedmiocie na adres poczty elektronicznej wskazany przez odwołującego,

to jest pribex@pribex.com, na co zamawiający ma dysponować potwierdzeniem wysyłki poczty elektronicznej oraz raportem, z którego wynika, że taka poczta elektroniczna została zaakceptowana przez serwer „pribex.com”. Dalej zamawiający wywodzi, że taki sposób doręczenia korespondencji ma wynikać z treści punktu 37 SIWZ, który dopuszcza w korespondencji posługiwanie się formą pisemną lub drogą elektroniczną.

Odwołujący wskazał, iż takie stanowisko zamawiającego, a w konsekwencji oparcie na nim decyzji w przedmiocie odrzucenia oferty odwołującego się, nie znajduje oparcia w literalnym brzmieniu punktu 37 SIWZ, co w konsekwencji dowodzi, iż zamawiający dopuścił się w swoich czynnościach naruszenia przepisu art 36 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. poprzez uznanie za skutecznie doręczoną korespondencję wystosowaną przez zamawiającego poza zakresem upoważnienia wynikającego z zapisu punktu 37 ppkt 1 i 2 SIWZ.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż zgodnie z treścią punktu 37 ppkt 1 SIWZ formą obowiązującą w przetargu jest forma pisemna. Jednocześnie, w ppkt 2 punktu 37 SIWZ zamawiający dopuścił formę elektroniczną, ale wyłącznie dla „zachowania terminów określonych w postępowaniu”. Powyższe postanowienie SIWZ wykładane w sposób ścisły, w połączeniu z faktem, że zamawiający faktycznie wezwanie z dnia 07 lutego 2017 r. wysłał do odwołującego w formie pisemnej i wezwanie to w tej formie dotarło do odwołującego, w taki sposób, że ten mógł zapoznać się z jego treścią, w dniu 27 lutego 2017 r., potwierdza, że możliwość stosowania formy elektronicznej dotyczy tylko i wyłącznie sytuacji, gdy skorzystanie z tej formy komunikacji umożliwia zachowanie terminów nakładanych na wykonawców w toku przetargu, nie zaś stanowi generalne uprawnienie dla zamawiającego dla zastąpienia formy pisemnej, formą elektroniczną w przetargu.

Odwołujący stwierdził, że w tym stanie rzeczy i nawet przyjmując, że korespondencja elektroniczna zamawiającego zawierająca w swej treści te same informacje, co pismo zamawiającego z dnia 07 lutego 2017 r., została faktycznie przesłana w dniu 07 lutego 2017 r. na adres e-mail odwołującego się wskazany w ofercie z dnia 30 stycznia 2017 r., to i tak przesłanie owej korespondencji w formie elektronicznej nie mogło skutkować rozpoczęciem biegu dla odwołującego terminu na złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 i ust. 1 a ustawy P.z.p., albowiem ten termin mógł rozpocząć swój bieg dopiero z chwilą przesłania odwołującemu się takiego wezwania w formie pisemnej, to jest zgodnie z punktem 37 ppkt. 1 SIWZ i dotarcia tego wezwania do odwołującego w taki sposób, że ten mógł zapoznać się jego treścią, co w niniejszej sprawie nastąpiło w dniu 27 lutego 2017 r. W ocenie odwołującego, prezentowane powyżej stanowisko wspiera zachowanie samego zamawiającego, który nie poprzestał na wystosowaniu komentowanej korespondencji do odwołującego w dniu 07 lutego 2017 r. drogą elektroniczną, a nadał ją również listem

poleconym, która to przesyłka została odebrana przez odwołującego się w dniu 27 lutego 2017 r. i z której to przesyłki w istocie odwołującego powziął wiedzę o sformułowaniu przez zamawiającego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 i ust. 1 a ustawy P.z.p. Odnosząc powyższe zachowanie do zasad logicznego rozumowania, a także biorąc pod uwagę, że w żadnym z postanowień SIWZ nie zostało zawarte wymaganie, aby jedna z form komunikacji musiała być następnie potwierdzana drugą formą, odwołujący doszedł do przekonania, że zamawiający z pewnością nie wystosowałby przedmiotowego wezwania datowanego na 07 lutego 2017 r. również w formie pisemnej, gdyby uznawał, że wystarczające jest sformułowanie go w wersji elektronicznej. W takim wypadku zachowanie zamawiającego pozbawione byłoby sensu oraz nie mogłoby wywoływać jakichkolwiek skutków prawnych.

Odwołujący stwierdził, że nie tylko nigdy nie potwierdził faktu otrzymania jakiegokolwiek wezwania, które miałyby zostać mu przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną, ale przede wszystkim nigdy nie miał możliwości powzięcia wiedzy, aby taka korespondencja w formie elektronicznej miała być do niego adresowana w sposób umożliwiający mu zapoznanie się z jej treścią, skoro faktycznie taka korespondencja nigdy nie dotarła na jego skrzynkę poczty elektronicznej. Zaznaczył, iż pomimo codziennego sprawdzania wiadomości e-mail i aktualizowania skrzynki pocztowej, nie otrzymał, ani nie mógł otrzymać wiadomości od zamawiającego zawierającej w swej treści wezwanie datowane na 07 lutego 2017 r., albowiem taka korespondencja na tę skrzynkę nie dotarła.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 marca 2017 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Podniósł, że w dniu 7 lutego 2017r. zwrócił się do odwołującego, w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy P.z.p., do złożenia w terminie do 13 lutego 2017 r. do godz. 10:00 wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny.

Wezwanie wystosowane zostało:

- 1) drogą elektroniczną (wiadomość e-mail) wysłana na adres Odwołującego wskazany w ofercie, tj. pribex@pribex.com (treść wezwania zawarta była w samej wiadomości oraz w załączniku do niej (w formacie pdf)).
- 2) pocztą ( pismo znak DO-ZP.271.85.128.2016 z dnia 7 lutego 2017 r.).

W wezwaniu zawarto również informację, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p., obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy oraz że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. zamawiający odrzuci ofertę w przypadku gdy nie zostaną udzielone wyjaśnienia w zakresie określonym w wezwaniu lub jeżeli dokonana



ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z postanowieniami pkt 37 SIWZ, wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje składane przez zamawiającego i wykonawców wymagają formy pisemnej - złożenia oryginału pisma lub oświadczeń dokumentów w formie określonej w pkt 9 oraz 10 SIWZ, z zastrzeżeniem, iż dla zachowania terminów określonych w postępowaniu zamawiający dopuszcza możliwość przekazania dokumentów, o których mowa w pkt 37.1) SIWZ drogą elektroniczną. Ponadto w SIWZ zawarto zastrzeżenie, że w przypadku przekazania dokumentów drogą elektroniczną zamawiający uzna, iż dokumenty dotarły czytelne do wykonawcy w dniu i godzinie ich nadania (zgodnie z potwierdzeniem wysyłki z poczty elektronicznej zamawiającego).

Zamawiający podniósł, że mając na względzie zachowanie szybkości i dynamiki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, SIWZ dopuszcza możliwość przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji składanych zarówno przez zamawiającego jak i wykonawców drogą elektroniczną dla zachowania terminów wynikających z toku postępowania np. terminów wyznaczanych na złożenie wyjaśnień w trybie art. 87, 24 ust. 4 ustawy P.z.p., uzupełnień w trybie art 26 ust. 1 lub 3 ustawy P.z.p. Powyższa możliwość nie zwalnia stron postępowania z obowiązku przekazania ww. dokumentów w formie pisemnej, odpowiedniej dla danego rodzaju dokumentu.

Zamawiający stwierdził, że w dniu 7 lutego 2017r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w formie elektronicznej na adres poczty elektronicznej odwołującego wskazany do korespondencji w ofercie. Mając na uwadze fakt, że odwołujący wskazał w ofercie powyższy adres jako oficjalny do korespondencji, to na odwołującym, jako przedsiębiorcy zobowiązanym do zachowania kwalifikowanego wzorca staranności, i jako uczestniku postępowania o udzielenie zamówienia i profesjonalnym podmiocie ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego spoczywał obowiązek monitorowania zawartości serwera, na które spływają wiadomości.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący miał możliwość zapoznania się z treścią wezwania już w dniu 7 lutego 2017 r. Wiadomość została bowiem w tym dniu prawidłowo doręczona do serwera pocztowego odwołującego. Zamawiający wskazał, że zarówno z potwierdzenia wysyłki z poczty elektronicznej zamawiającego, z adresu zamowienia@um.zielona-gora.pl, jak również raportu (wydruk z serwera pocztowego), - wynika domniemanie prawne, że:

- 1) wiadomość została wysłana: („status: sent)

2) dostarczona na serwer odbiorcy: („Message accepted”).

Zamawiający stwierdził, że przesyłka listowa zawierająca ww. wezwanie została również nadana do odwołującego w formie pisemnej na adres pocztowy wskazany w ofercie, tj. ul. Modlińska 310/312, 03-152 Warszawa. Wezwanie w formie pisemnej wysłane za pośrednictwem poczty w dniu 7 lutego zostało przez odwołującego odebrane w dniu 27 lutego 2017 r. o godz. 13:55, jednak po wcześniejszym uprzednim dwukrotnym awizowaniu (w dniu 14 lutego 2017 r. i 21 lutego 2017 r.). W świetle powyższych okoliczności faktycznych nie ulega żadnej wątpliwości, iż odwołujący miał również możliwość zapoznania się z treścią kierowanej przez zamawiającego korespondencji, jednak celowo z niej nie korzystał nie odbierając jej (pomimo otrzymania awiza).

W ocenie zamawiającego, bezzasadne jest stanowisko odwołującego wyrażone w treści odwołania, jakoby po dniu 30 stycznia 2017 r. (dniu otwarcia ofert w niniejszym postępowaniu) zamawiający nie kontaktował się z Odwołującym za pośrednictwem jakichkolwiek środków porozumiewania się na odległość. Odwołujący nie zareagował zarówno na e-mail z dnia 7 lutego 2017 r., jaki również nie zareagował na pierwsze awizo z dnia 14 lutego 2017 r. dotyczące przesyłki pocztowej. Dopiero po powtórny awizowaniu (z dnia 21 lutego 2017 r.), po upływie 6 dni tj. 27 lutego 2017 r. odwołujący odebrał przesyłkę z placówki pocztowej. Pokazuje to w sposób ewidentny, że to właśnie odwołujący unikał kontaktu z zamawiającym.

Zamawiający uznał, że na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. i art 14 ustawy P.z.p. w związku z art. 61 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2016 r. poz. 380 z późn. zm.), skutecznie wezwał odwołującego w dniu 7 lutego 2017r. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty. Oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej złożono innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią (art. 61 § 2 K.c.). W niniejszej sprawie możliwość zapoznania się z treścią wezwania odwołujący miał od dnia 7 lutego 2017r.

W ocenie zamawiającego w obecnie obowiązującym stanie prawnym, brak jest podstaw do „przywrócenia terminu” do dokonania czynności przez odwołującego. Zamawiający powołał się na wyrok z dnia 1 kwietnia 2016 r. Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt 408/16), w którym podniesiono m.in., że „...zwrócić należy uwagę na kwestie, iż Odwołujący w przedmiotowym zarzucie kwestionował odmowę Zamawiającego przywrócenia terminu do uzupełnienia dokumentów przez (...) S.A. Jednakże uszło uwadze odwołującego, że ustawa Pzp poza zakresem dot postępowania odwoławczego i wnoszenia skargi na orzeczenie KIO (art. 185 ust 7 i 198a ust. 2 Pzp), do których stosuje się przepisy kpc, nie zna

instytucji przywrócenia terminu. W sytuacji uznania nieprawidłowego wezwania wykonawcy do dokonania określonej czynności, Izba może nakazać Zamawiającemu ponowne wezwanie wykonawcy do jej dokonania. Natomiast brak jest podstaw prawnych do nakazania przywrócenia terminu do dokonania czynności, dla której wykonania upłynął już termin wskazany w wezwaniu. Dlatego też brak było możliwości prawnych do przywrócenia terminu zgodnie z żądaniem Odwołującego. Tym samym Zamawiający zasadnie wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp uznając, że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. tych dokumentów w terminie nie uzupełnił. Nadto Zamawiający słusznie nie przychylił się do wniosku Odwołującego o wydłużenie terminu do uzupełnienia dokumentów, gdyż wniosek ów wpłynął już po upływie terminu do uzupełnienia dokumentów...".

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Budimex SA w Warszawie. Przystępujący poparł stanowisko odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

W postępowaniu wpłynęło 6 ofert. Ceny wszystkich ofert złożonych w niniejszym postępowaniu były niższe niż kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Cena oferty odwołującego (17.520.246,11 zł) była niższa o ponad 30% od wartości zamówienia (25.923.728,13 zł netto) powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przez Zamawiającego (31.886.185,60 zł brutto). Cena oferty odwołującego stanowiła 54,95 % wartości zamówienia brutto, czyli była niższa o ponad 45% od wartości zamówienia brutto.

W dniu 7 lutego 2017r. zamawiający zwrócił się do odwołującego, w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy P.z.p., do złożenia w terminie do 13 lutego 2017 r. do godz. 10:00 wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny.

Wezwanie wystosowane zostało:

- 1) drogą elektroniczną (wiadomość e-mail) wysłana na adres odwołującego wskazany w ofercie, tj. pribex@pribex.com (treść wezwania zawarta była w samej wiadomości oraz w załączniku do niej (w formacie pdf)).
- 2) pocztą ( pismo znak DO-ZP.271.85.128.2016 z dnia 7 lutego 2017 r.).

Fakt wysłania i dostarczenia wiadomości drogą elektroniczną został wykazany przez zamawiającego za pomocą raportów: „status: sent” (wygenerowanego przez serwer zamawiającego) oraz „Message accepted” (wygenerowanego przez serwer odbiorcy).

Zamawiający przesłał również przedmiotowe wezwanie w formie pisemnej na adres pocztowy wskazany w ofercie, tj. ul. Modlińska 310/312, 03-152 Warszawa. Wezwanie w formie pisemnej wysłane za pośrednictwem poczty w dniu 7 lutego 2017 roku zostało przez odwołującego odebrane w dniu 27 lutego 2017 r. o godz. 13:55, po wcześniejszym uprzednim dwukrotnym awizowaniu (w dniu 14 lutego 2017 r. i 21 lutego 2017 r.).

W wyznaczonym terminie odwołujący nie udzielił odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie.

Zamawiający w dniu 06 marca 2017 r. odrzucił ofertę odwołującego się oraz dokonał wyboru oferty Budimex S.A. w Warszawie jako oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wskazał, iż przyczyną dla powyższego rozstrzygnięcia jest dyspozycja art. 89 ust 1 pkt. 4 i art. 90 ust 1 i 2 ustawy P.z.p. Uzasadnieniem faktycznym przyjętym przez zamawiającego dla powyższego, zaskarżanego niniejszym odwołaniem rozstrzygnięcia, było ustalenie, iż odwołujący się zaoferował w złożonej ofercie za wykonanie przedmiotu zamówienia rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu tegoż zamówienia, albowiem nie złożył w terminie żadnych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny w ofercie z dnia 30 stycznia 2017 r.

Zgodnie z postanowieniami pkt 37 SIWZ, wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje składane przez Zamawiającego i Wykonawców wymagają formy pisemnej - złożenia oryginału pisma lub oświadczeń dokumentów w formie określonej w pkt 9 oraz 10 SIWZ, z zastrzeżeniem, iż dla zachowania terminów określonych w postępowaniu Zamawiający dopuszcza możliwość przekazania dokumentów, o których mowa w pkt 37.1 SIWZ drogą elektroniczną (pkt 37.2)

Ponadto w SIWZ zawarto zastrzeżenie, że w przypadku przekazania dokumentów drogą elektroniczną Zamawiający uzna, iż dokumenty dotarły czytelne do Wykonawcy w dniu i godzinie ich nadania, zgodnie z potwierdzeniem wysyłki z poczty elektronicznej Zamawiającego (pkt 37.4 SIWZ).

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Przedmiotem rozpoznania przez Izbę są zarzuty związane z czynnością zamawiającego, polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego w związku z brakiem udzielenia informacji dotyczącej elementów zaoferowanej ceny. Izba nie dokonywała oceny wyjaśnień elementów ceny zawartych w treści odwołania. Izba bada jedynie zasadność czynności zamawiającego, a zamawiający w ogóle nie odniósł się do wyjaśnień złożonych przez odwołującego, uznając, że zostały złożone po wyznaczonym terminie. Tym samym czynność badania wyjaśnień elementów ceny oferty nie miała miejsca i – jako taka – nie mogła być przedmiotem rozpoznania.

Dokonując analizy pkt. 37.1 i nast. SIWZ Izba stwierdziła, iż zamawiający był uprawniony do przekazania wezwania do złożenia wyjaśnień w kwestii elementów ceny drogą elektroniczną. W pkt. 37.1 zamawiający ustanowił zasadę, zgodnie z którą wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje składane przez zamawiającego i wykonawców wymagają formy pisemnej - złożenia oryginału pisma lub oświadczeń dokumentów w formie określonej w pkt 9 oraz 10 SIWZ. Pkt 37.2 zawiera wyjątek od wskazanej zasady, zgodnie z którym, dla zachowania terminów określonych w postępowaniu, zamawiający dopuszcza możliwość przekazania dokumentów, o których mowa w pkt 37.1 SIWZ drogą elektroniczną.

Izba podkreśla, że użyte przez zamawiającego sformułowanie „terminy określone w postępowaniu” nie jest tożsame z terminami określonymi przez ustawę P.z.p. Są to terminy ustalane przez zamawiającego w celu sprawnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający w dniu 7 lutego 2017 roku wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień w terminie do dnia 13 lutego 2017 roku. Aby złożenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie było realne, zamawiający – zgodnie z pkt. 37.2 SIWZ – przesłał wykonawcom wezwania drogą elektroniczną. W tym zakresie Izba nie dopatrzyła się jakichkolwiek nieprawidłowości po stronie zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i jest uprawniony i obowiązany prowadzić je w sposób sprawny i efektywny, a taki skutek nie będzie możliwy bez stosowania środków komunikacji elektronicznej. Podkreślenia wymaga, iż usprawnienie komunikacji wszystkich podmiotów zaangażowanych zarówno w przygotowanie postępowań dotyczących zamówień publicznych, jak i uzyskiwanie zamówień, jest generalną intencją ustawodawcy unijnego, a w ślad za nim krajowego.

Odnosząc się do kwestii doręczenia odwołującemu wezwania, Izba wskazuje, że w pkt. 37.4 SIWZ zamawiający ustanowił domniemanie polegające na uznaniu, iż - w przypadku przekazania dokumentów drogą elektroniczną – dokumenty dotarły czytelne do wykonawcy w dniu i godzinie ich nadania, zgodnie z potwierdzeniem wysyłki z poczty

elektronicznej zamawiającego. Odwołujący w żaden sposób tego domniemania nie obalił, poprzestając na stwierdzeniu, iż przesyłki nie otrzymał. Podkreślenia wymaga, iż w tym zakresie ciężar dowodu obciążał odwołującego, który ciężarowi temu nie sprostał.

Pomimo istniejącego domniemania doręczenia odwołującemu wezwania, zamawiający wykazał fakt skutecznego doręczenia za pomocą raportów: „status: sent” (wygenerowanego przez serwer zamawiającego) oraz „Message accepted” (wygenerowanego przez serwer odbiorcy). W ocenie Izby raport potwierdzający przyjęcie wiadomości przez serwer odbiorcy jest wystarczającym dowodem dla wykazania przesłania wiadomości odwołującemu.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 sierpnia 2016 roku, sygn. akt KIO 1499/16, 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 art. 61 § 2 Kodeksu cywilnego (Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.), 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.

Z kolei Sąd Najwyższy – Izba Cywilna postanowieniem z dnia 10 grudnia 2003, sygn. akt V CZ 127/03 uznał, iż 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.

Wskazując na powyższe, Izba stwierdziła, że odwołujący – po pierwsze – otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień w dniu 7 lutego 2017 roku, tj. w dniu przesłania do niego wiadomości drogą elektroniczną i – po drugie - uchybił wyznaczonemu przez zamawiającego terminowi do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Tym samym jego oferta została słusznie odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....