

Sygn. akt: KIO 319/20

POSTANOWIENIE
z dnia 27 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 27 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – **Konsorcjum firm: Agencja Ochrony K. Sp. z o.o., Agencja Ochrony MK Sp. z o.o., Agencja Ochrony MK BIS Sp. z o.o., ul. Chmielna 34, 00-020 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa,**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. dokonać zwrotu kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – **Konsorcjum firm: Agencja Ochrony K. Sp. z o.o., Agencja Ochrony MK Sp. z o.o., Agencja Ochrony MK BIS Sp. z o.o., ul. Chmielna 34, 00-020 Warszawa** uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

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

Zamawiający: Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 138g ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r. poz.1843) z zastosowaniem przepisów działu III rozdziału 6 ww. ustawy w przedmiocie „Ochrona mienia, osób i obiektów przy ul. Szamocka 3,5, ul. Podskarbińska 25A, Osuchów.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2019/S 234-574470 w dniu 4 grudnia 2019 r.

W dniu 7 lutego 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie (Konsorcjum): Agencja Ochrony K. Sp. z o.o. Agencją Ochrony MK Sp. z o.o. Agencją Ochrony MK BIS Sp. z o.o. (Odwołujący), z siedzibą lidera w Warszawie otrzymali zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, którą złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (Konsorcjum): HOLDING HUNTERS Sp. z o.o. Sp.K., BLUE HUNTERS Sp. z o.o. Sp. K., HUNTERS Sp. z o.o. HUMAN HUNTERS Sp. z o.o. Sp.K., ZONE HUNTERS, Firma Ochrony Szkolenia Asekuracji FOSA Sp. z o.o., FOSA Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Grodzisku Wielkopolskim wraz z informacją o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, z powodu braku złożenia wyjaśnień na wezwanie z dnia 15 stycznia 2020 r. w wyznaczonym terminie, tj. do dnia 21 stycznia 2020 r.

Konsorcjum: Agencja Ochrony K. Sp. z o.o. Agencją Ochrony MK Sp. z o.o. Agencją Ochrony MK BIS Sp. z o.o. wniosło odwołanie wobec powyższych czynności Zamawiającego. Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji w której Odwołujący złożył przedmiotowe wyjaśnienia w terminie i w trybie przewidzianym warunkami zamówienia publicznego, jak również uwzględniając wszelkie wymogi wynikające z przepisów prawa;
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.
3. art. 91 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1-4 Pzp, przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w sytuacji, w której złożona przez Odwołującego oferta posiadała warunki

najkorzystniejsze dla Zamawiającego, zaś poprzez odrzucenie ww. oferty stało się niemożliwym należyte jej rozpatrzenie.

Odwołujący wniósł o:

- a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- b) uwzględnienie wyjaśnień Odwołującego złożonych prawidłowo w wyznaczonym terminie;
- c) dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- d) dopuszczenie wniosków dowodowych i przeprowadzenie następujących dowodów:

Dowód nr 1: Potwierdzenie nadania wiadomości elektronicznej e-mail z dnia 21 stycznia 2020 r. zawierającej wyjaśnienia składane na wezwanie Zamawiającego (wydruk z sytemu pocztowego) na okoliczność - złożenia wyjaśnień w formie wymaganej przepisami prawa, jak również zachowania terminu do złożenia wyjaśnień;

Dowód nr 2: Potwierdzenie dostarczenia wiadomości elektronicznej e-mail zawierającej wyjaśnienia składane na wezwanie na serwer Zamawiającego (wydruk wiadomości przekazanej przez dostawcę usług internetowych Odwołującego) na okoliczność - dokonania prawidłowego wysłania wyjaśnień w formie i trybie przewidzianym przez Zamawiającego, braku błędów w dostarczeniu wiadomości e-mail po stronie Odwołującego, zaistnieniu problemów technicznych niezależnych od Odwołującego, a powstałych wyłącznie po stronie Zamawiającego;

Odwołujący wniósł także o:

- zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia pełnej dokumentacji związanej z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ze szczególnym uwzględnieniem protokołów oraz dokumentów związanych wyborem oferty, a następnie dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z ww. dokumentacji na okoliczność ustalenia złożonych przez Oferentów warunków cenowych, treści złożonych wyjaśnień, jak również terminu oraz okoliczności wpływu przedmiotowych wyjaśnień przy wykorzystaniu drogi elektronicznej;

- zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania na rzecz Odwołującego, w tym zasądzenie kosztów tytułem zastępstwa prawnego przed Izbą.

Odwołujący wyjaśnił, że oferta Odwołującego była najkorzystniejsza cenowo oraz została prawidłowo złożona w przedmiotowym postępowaniu, jednak została odrzucona z powodu rzekomego braku doręczenia wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego z dnia 15 stycznia 2020 r., na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień i wykazania, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w terminie do dnia 21 stycznia 2020 r. Odwołujący wskazał, że przedmiotowe wyjaśnienia zostały wysłane Zamawiającemu na adres poczty elektronicznej wskazany w wezwaniu, tj. sekretariatDZP@zus.pl w dniu 21

stycznia 2020 r. o godz. 14:44 w formie wiadomości elektronicznej, zawierającej 8 załączników w formacie pdf podpisanych elektronicznie przez osobę uprawnioną do reprezentowania Odwołującego w postępowaniu, na dowód czego do odwołania Odwołujący dołączył wydruk z systemu poczty elektronicznej. Ponadto, w celu rozwiania wszelkich wątpliwości, w dniu 10 lutego 2020 r. Odwołujący zwrócił się do home.pl S.A., tj. dostawcy usług internetowych, o przesłanie oficjalnych logów SMTP. Z informacji otrzymanych w dniu 17 lutego 2020 r. bezsprzecznie wynika, że wysłana wiadomość została zaakceptowana, a tym samym skutecznie doręczona na serwer zamawiającego fzus.pl o adresie IP 195.205.31.122:25 w dniu 21 stycznia 2020 r. o godzinie 14:45:25, na potwierdzenie czego Odwołujący dołączył wydruk wiadomości potwierdzającej opisany stan faktyczny.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, „wszelka korespondencja pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą, w tym składanie oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz dokumentów innych niż określone w pkt. 1.5.1. IWZ, odbywa się przy użyciu poczty elektronicznej, na adres Zamawiającego: SekretariatDZP@zus.pr. To w gestii Zamawiającego była taka konfiguracja używanych systemów i narzędzi informatycznych, aby przesłany na właściwy adres fsekretariatDZP@zus.pl i w określonym terminie e-mail zawierający dokumenty, o których przestanie prosił Zamawiający, dotarły do wiadomości Zamawiającego. W kontekście zrealizowania obowiązku wynikającego z art. 10b Pzp, istotny jest jedynie fakt, że Odwołujący w sposób prawidłowy oraz w wyznaczonym terminie wysłał na wskazany adres e-mail wymagane dokumenty, bez znaczenia jest fakt, że konfiguracja systemu czy oprogramowania (np. programu pocztowego czy firewall) spowodowała, że Zamawiający nie odczytał dokumentu.

Ponadto, obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie wymagają od adresata e-maila, aby przekazywał do nadawcy potwierdzenie odbioru, nawet wówczas, gdy taki wymóg zostanie postawiony w sposób najbardziej kategoryczny w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przedmiotowym przypadku Zamawiający nie zamieścił informacji o jakichkolwiek sankcjach. Dodatkowo, art. 27 ust. 2 Pzp w 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. Przedmiotowe stanowisko wykonawcy znajduje potwierdzenie w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturze KIO 190/18. Odwołujący nadmienił, że do czynności złożenia oświadczeń, a następnie ich wycofania ma zastosowanie art. 61 k.c. Chwilą złożenia oświadczeń wykonawcy w postaci elektronicznej (e-mail) jest dostarczenie wiadomości na serwer skrzynki odbiorczej zamawiającego. E-Maile

zwrotne potwierdzające odczytanie tych wiadomości nie mają znaczenia, zwłaszcza na gruncie teorii doręczenia.

Nadto, Zamawiający naruszył dyspozycję przepisu art. 10b Pzp, zgodnie z którym *„Zamawiający zapewnia, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia.”*, który w sposób precyzyjny określa zarówno kryteria, jakie winny zostać spełnione, aby środki komunikacji elektronicznej mogły zostać uznane za niedyskryminujące, jak również odpowiedzialność w przypadku niespełnienia wskazanych warunków. W związku z powyższym odpowiedzialność w przypadku braku zapewnienia odpowiednich warunków komunikacji elektronicznej obciąża wyłącznie Zamawiającego. Powyższe stanowisko potwierdza orzecznictwo KIO (patrz: wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2671/18).

Odwołujący podniósł również, że w sposób oczywisty doszło do naruszenia jednej z podstawowych reguł dotyczących oświadczeń woli tj. chwili złożenia oświadczenia. Zgodnie z art. 61 § 2 k.c., *„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.”* Przenosząc powyższe na grunt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazać należy, iż wskazana norma również w aspekcie złożonych przez Odwołującego wyjaśnień znajdzie zastosowanie (patrz: wyrok KIO z dnia 31 marca 2017 r., sygn. akt KIO 504/17). Odwołujący wykonał wszelkie niezbędne czynności umożliwiające Zamawiającemu zapoznanie się ze złożonymi wyjaśnieniami - w terminie wysłał przedmiotowe pismo, skorzystał z poczty e-mail umożliwiającej prawidłowe oraz natychmiastowe doręczenie wyjaśnień, jak również prawidłowo oznaczył odbiorę e-maila poprzez właściwe wpisanie aliasu e-mailowego. W związku tym, przyczyny techniczne leżące wyłącznie po stronie Zamawiającego nie mogą obciążać Odwołującego, z uwagi na brak winy po jego stronie.

Zamawiający dopuścił się także naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp. Zdaniem Odwołującego, złożone wyjaśnienia spełniały wszelkie wymogi, umożliwiające ich należyte rozpatrzenie. Zostały złożone w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego oraz w sposób przez niego wymagany, zaś sam fakt wystąpienia okoliczności wyłącznie po stronie Zamawiającego, nie może powodować negatywnych skutków dla Odwołującego.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 18 lutego 2020 r. do zgłoszenia przystąpienia do niniejszego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia w trybie art. 185 ust. 2 i 3 Pzp,.

W dniu 26 lutego 2020 r. Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 26 lutego 2020 r.) zawierające oświadczenie Zamawiającego, iż w ślad za informacją przekazaną w dniu 21 lutego 2020 r. uwzględnił wniesione odwołanie w całości i w wyniku tego uwzględnienia unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz poinformował wykonawców, że dokona ponownej oceny ofert w postępowaniu z udziałem oferty Odwołującego i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Jak wynika z informacji z dnia 21 lutego 2020 r. zatytułowanej „odpowiedź na odwołanie” zamieszczonej na stronie internetowej Zamawiającego i przesłanej do wykonawców, Zamawiający dokonał weryfikacji wskazanych przez Odwołującego okoliczności sprawy i po zapoznaniu się z przedstawionymi przez Odwołującego dowodami, jak też pozyskaną opinią i dowodami przedstawionymi przez powołanego Biegłego z ZUS z zakresu IT potwierdził, że Odwołujący w wymaganym terminie przekazał na serwer Zamawiającego wyjaśnienia na wezwanie do ich złożenia. Zamawiający potwierdził, że brak wpłynięcia wiadomości elektronicznej Odwołującego nadanej w wymaganym terminie na adres sekretariatDZP@zus.pl było spowodowane wystąpieniem problemów technicznych, na które miał wpływ jedynie Zamawiający.

Biorąc pod uwagę powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie.

Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 lit.a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba postanowiła o zwrocie na rzecz Odwołującego kwoty uiszczzonego wpisu.

Przewodniczący: