

Sygn. akt: KIO 829/20

## POSTANOWIENIE

z dnia 24 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Rams**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu **24 czerwca 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **17 kwietnia 2020 r.** przez wykonawcę **NOACK Polen Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Inspektorat Weterynarii z siedzibą w Krośnie, Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w siedzibą w Katowicach, Wojewódzki Inspektorat Weterynarii z siedzibą w Siedlcach,**

**postanawia:**

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **NOACK Polen Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **NOACK Polen Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **NOACK Polen Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Wojewódzkiego Inspektoratu Weterynarii z siedzibą w Krośnie, Wojewódzkiego Inspektoratu Weterynarii w siedzibą w Katowicach, Wojewódzkiego Inspektoratu Weterynarii z siedzibą w Siedlcach** 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. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający, Wojewódzki Inspektorat Weterynarii z siedzibą w Krośnie, Wojewódzki Inspektorat Weterynarii z siedzibą w Katowicach, Wojewódzki Inspektorat Weterynarii z siedzibą w Siedlcach, w imieniu i na rzecz których działa na podstawie udzielonego pełnomocnictwa Centrum Obsługi Administracji Rządowej (dalej „**Zamawiający**”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej „ustawą Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa zestawów diagnostycznych ELISA do wykrywania przeciwciał przeciwko wirusowi afrykańskiego pomoru świń (ASFV) dla Zakładów Higieny Weterynaryjnej” (dalej „**Postępowanie**”).

W dniu 17 kwietnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy NOACK Polen sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy poprzez:

- 1) prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie dokonania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, (dalej „**SIWZ**”), tak, aby jej postanowienia nie wykluczały w sposób nieuzasadniony wykonawców posiadających zestawy diagnostyczne wysokiej jakości.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

**Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega odrzuceniu.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podniósł, iż wiedzę o wniesionym przez Odwołującego odwołaniu powziął z pisma Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 kwietnia 2020 r. (znak: UZP/BO/MS/5808/6734/20), wzywającego do przekazania przez Zamawiającego informacji niezbędnych do sprawdzenia wymogów formalnych odwołania. Zamawiający w odpowiedzi na przedmiotowe pismo Krajowej Izby Odwoławczej poinformował o fakcie, iż nie otrzymał kopii odwołania wniesionego przez Odwołującego, podejmując jednocześnie działania mające na celu wyjaśnienie zaistniałej sytuacji. Zamawiający w dniu 23 kwietnia 2020 r. skontaktowało się z telefonicznie z Odwołującym, uzyskując tym samym informację, iż odwołanie miało zostać wysłane na adres poczty elektronicznej Zamawiającego w dniu 17 kwietnia 2020 r., przez pełnomocnika Odwołującego z adresu: (...). Jednocześnie osoba z ramienia Odwołującego poproszona o przesłanie za pośrednictwem poczty elektronicznej jakiegokolwiek potwierdzenia, iż takie odwołanie rzeczywiście zostało przesłane na adres Zamawiającego, podany w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”) przyznała, iż przy próbie przesłania pocztą elektroniczną wiadomości e-mail pełnomocnika wraz z załącznikiem z dnia 17 kwietnia 2020 r., pojawia się informacja, iż próba doręczenia nie powiodła się.

Zamawiający wskazał, że w związku z zaistniałą sytuacją zwrócił się niezwłocznie do Wydziału Informatycznego, obsługującego prawidłowe działania poczty elektronicznej z prośbą o potwierdzenie, czy wskazana przez Wykonawcę wiadomość e-mail o adresie: (...) z dnia 17 kwietnia 2020 r. została prawidłowo dostarczona.

Wydział Informatyki i Teletechniki Centrum Obsługi Administracji Rządowej wskazał, iż wiadomość elektroniczna od Pana P.K. wysłana z adresu mailowego (...) do Pani P.N. na adres mailowy (...) została odebrana przez system ochrony poczty COAR w dniu 2020-04-17 o godzinie 10:05. Przedmiotowa wiadomość została przez system przenalizowana, a następnie odrzucona z powodu przekroczonego limitu rozmiaru wiadomości elektronicznej. Zwrotka o odrzuceniu wiadomości została wysłana do nadawcy (...) o godzinie 10:21 tego samego dnia.

Na potwierdzenie powyższego, Zamawiający załączył notatkę Wydziału IT dot. wiadomości mailowej od Pana K. wysłanej w dniu 2020/04/17 do Centrum Obsługi Administracji Rządowej.

Mając na uwadze powyższe oraz biorąc pod uwagę dokumentację postępowania, w ocenie Izby, należy uznać, że choć istotnie Odwołujący w dniu 17 kwietnia 2020 r. podjął próbę przesłania odwołania do Zamawiającego, to jednak Zamawiający nie otrzymał odwołania przed upływem terminu na wniesienia odwołania. Izba ustaliła bowiem, iż zgodnie z

informacjami przekazanymi przez Dział Informatyki Zamawiającego, w dniu 17 kwietnia 2020 r. została odebrana przez system ochrony poczty COAR w dniu 2020-04-17 o 10:05 wiadomość elektroniczna z adresu mailowego (...). Wiadomość została przez system przanalizowana, a następnie odrzucona z powodu przekroczonego limitu rozmiaru wiadomości elektronicznej. Limit w systemie został ustawiony na 25MB, w tym wypadku wiadomość przekroczyła ten rozmiar. System o godzinie 10:05 podjął próbę wysłania wiadomości zwrotnej informującej o odrzuceniu otrzymanej wiadomości do nadawcy lecz napotkał problem (Deferred: 451 GL - temporary problem. Please try again later.). Kolejną próbę wysłania wiadomości zwrotnej system podjął o godzinie 10:21, co zostało wykonane z powodzeniem (stat-Sent (ok 1587111662 qp 1225)).

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5. Art. 180 ust. 5 ustawy Pzp stanowi zaś, że odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Przesłanie kopii odwołania powinno nastąpić najpóźniej w dniu, w którym upływa termin do wniesienia odwołania, w sposób, który zapewni zamawiającemu zapoznanie się z jego treścią przed upływem tego terminu. Przepis art. 180 ust. 5 ustawy Pzp statuuje domniemanie prawidłowego doręczenia kopii odwołania w sytuacji, gdy wykonawca przesłał tę kopię przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Oznacza to, że podważenie faktu wypełnienia przez wykonawcę obowiązku wynikającego z art. 180 ust. 5 wymaga obalenia tego domniemania, zaś ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał będzie na adresacie przekazywanej informacji, czyli na zamawiającym. Przy czym zauważyć należy, że w treści SIWZ Zamawiający wskazał i sprecyzował środki komunikacji elektronicznej służące do porozumiewania się wykonawców z Zamawiającym oraz określił ich parametry techniczne. Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy Zakupowej pod adresem: <https://zamowienia.gov.pl> oraz <https://platforma.eB2B.com.pl>. Zgodnie postanowieniami SIWZ (rozdział III ust. 3) komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, w tym wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje, przekazywane są w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy w zakładce „Pytania/informacje”. Zamawiający określił również dopuszczalny

rozmiar plików przesyłanych przez platformę tj. pliki o wielkości do 50 MB w powszechnie dostępnych formatach.

Mając na uwadze powyższe, Izba, że Zamawiający skutecznie obalił domniemanie wynikające z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Po pierwsze, z informacji i dowodów złożonych przez Zamawiającego wynika, że treść odwołania nie została przekazana Zamawiającemu w sposób, który umożliwiłby Zamawiającemu zapoznanie się z jego treścią przed upływem terminu na wniesienie odwołania. Odwołujący co prawda podjął próbę przesłania kopii odwołania, jednakże nie zakończyła się ona sukcesem. Po drugie, z historii logów przekazanej przez Zamawiającego wynika, że informacja o braku możliwości dostarczenia pliku Odwołującego do Zamawiającego została skierowana do Odwołującego. System potwierdził wysłanie zwrotki. Odwołujący nie złożył żadnych dowodów na potwierdzenie, iż powyższy komunikat nie dotarł do niego. Po trzecie, w SIWZ w sposób jednoznaczny został wskazany sposób komunikacji wykonawców z Zamawiającym - komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, w tym wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje, przekazywane są w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy w zakładce „Pytania/Informacje”. Za datę wpływu oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji przyjmuje się datę ich zamieszczenia na Platformie. Tym samym przyjąć należy, że obowiązkiem Odwołującego był dochowanie przyjętego przez Zamawiającego sposobu komunikacji. Odwołujący temu obowiązki uchybił. Skorzystał bowiem z adresu e-mailowego służącego do kontaktu, nie zaś do przesyłania oświadczeń wykonawcy. Tym samym, przyjął na siebie ryzyko związane z wybranym sposobem przesłania kopii odwołania, w tym limitu wielkości plików. Decyzja Odwołującego co do zastosowanej metody przesłania kopii odwołania była samodzielną decyzją wykonawcy i to wykonawca ponosi jej skutki. Nie sposób obarczać Zamawiającego ograniczeniami wielkości plików jakie zostały ustanowione w systemie Zamawiającego, który nie był przeznaczony do przesyłania oświadczeń wykonawcy w Postępowaniu. Argumenty Odwołującego o braku możliwości uzyskania od banku stosowanych kodów dla podpisu elektronicznego w celu złożenia odwołania poprzez wyznaczoną przez Zamawiającego platformę są bez znaczenia dla sprawy. Po pierwsze Odwołujący takiej okoliczności nie wykazał. Po drugie, to obowiązkiem wykonawcy jest dołożenie należytej staranności i podjęcie niezbędnych działań do skutecznego przekazania odwołania Zamawiającego w sposób wynikający z zapisów SIWZ. W ocenie Odwołujący, dochowując należytej staranności przy wnoszeniu przedmiotowego odwołania winien przesłać jego kopię za pośrednictwem Platformy Zakupowej Centrum lub podjąć chociażby próbę telefonicznego kontaktu z Zamawiającym - tuż po otrzymaniu informacji (zwrotki) o niemożności dostarczenia wiadomości e-mail na wskazany adres e-mailowy, czego nie uczynił.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 7 w zw. z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r., ograniczając wysokość kosztów do kwoty 3.600,00 zł maksymalnie dopuszczalnej w myśl przywołanego przepisu.

**Przewodniczący:** .....