

WYROK

z dnia 18 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 kwietnia 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę **Stowarzyszenie Aeroklub Warszawski w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Jednostkę Wojskową Nr 2305 w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **SKYDIVE.PL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kruszynie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. odrzuca zarzut naruszenia art. 26 ust. 2 w zw. z art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez sformułowanie przez zamawiającego – **Skarb Państwa – Jednostkę Wojskową Nr 2305 w Warszawie** - do odwołującego – **Stowarzyszenie Aeroklub Warszawski w Warszawie** – wezwań z dnia 13 oraz 20 marca 2019 roku, które w swojej treści są niejednoznaczne;
2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;
3. kosztami postępowania obciąża **Stowarzyszenie Aeroklub Warszawski w Warszawie** i
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez **Stowarzyszenie Aeroklub Warszawski w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w **Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Jednostka Wojskowa Nr 2305 w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wynajem samolotu wraz z załogą oraz infrastrukturą do wykonywania oraz zabezpieczenia szkolenia spadochronowego.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 2 kwietnia 2019 roku wykonawca Stowarzyszenie Aeroklub Warszawski w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegających na:

1. wykluczeniu odwołującego z udziału ww. postępowaniu i odrzuceniu oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu przez odwołującego wobec braku przesłanek warunkujących wykluczenie odwołującego i uznanie jego oferty za odrzuconą;
2. I w rezultacie powyższego dokonanie w dniu 28 marca 2019 roku nieprawidłowego wyboru oferty wykonawcy SKYDIVE.PL Sp. z o.o. (przystępującego) jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

A. art. 26 ust. 2 ustawy P.z.p. w zw. z art. 61 § 2 K.c. poprzez brak skutecznego przekazania i doręczenia odwołującemu wezwań z dnia 13 oraz 20 marca 2019 roku do złożenia kserokopii dokumentów potwierdzających doświadczenie pilotów wykonujących zadania zrzutu skoczków, potwierdzające ilość godzin nalotu dowódczego podczas zrzutu wskazanych w formularzu ofert tj. karty pracy pilotów lub innego dokumentu stanowiącego potwierdzenie liczby godzin nalotu oraz kserokopii dokumentów potwierdzających nalog samolotu wykazanego w formularzu ofert, tj. karty pracy sprzętu tub innego dokumentu stanowiącego potwierdzenie liczby godzin nalotu; bez uzyskania potwierdzenia otrzymania tychże wezwań przez odwołującego i tym samym uniemożliwienie zapoznania się Odwołującemu z tymi wezwaniami:

B. art. 6 w zw. art. 61 § 2 K.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez niewykazanie prawidłowości doręczenia odwołującemu wezwań z dnia 13 marca 2019 roku oraz 20 marca 2019 roku do złożenia kserokopii dokumentów potwierdzających doświadczenie pilotów wykonujących zadania zrzutu skoczków, potwierdzające ilość godzin nalotu dowódczego podczas zrzutu wskazanych w formularzu ofert tj. karty pracy pilotów lub innego dokumentu stanowiącego potwierdzenie liczby godzin nalotu oraz kserokopii dokumentów

potwierdzających nalot samolotu wykazanego w formularzu ofert, tj. karty pracy sprzętu lub innego dokumentu stanowiącego potwierdzenie liczby godzin nalotu;

C. art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wykluczenie z postępowania odwołującego i uznania oferty złożonej przez odwołującego za odrzuconą wobec braku złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności wskazane w art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p., czyli kserokopii dokumentów potwierdzających doświadczenie pilotów oraz kserokopii dokumentów potwierdzających nalot samolotu, pomimo braku wypełnienia przez zamawiającego obowiązku skutecznego wezwania odwołującego do złożenia tych dokumentów;

D. art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. poprzez wykluczenie z postępowania odwołującego i w konsekwencji uznanie oferty złożonej przez odwołującego za odrzuconą, pomimo niezastnienia okoliczności przewidzianych w tych przepisach, które skutkowały bezpodstawnym wykluczeniem odwołującego;

E. art. 26 ust. 2 w zw. z art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p. polegające na sformułowaniu przez zamawiającego do odwołującego wezwań z dnia 13 oraz 20 marca 2019 roku, które w swojej treści są niejednoznaczne, gdyż zamawiający odwołując się do części I s.i.w.z. Dział VI ust. 3 pkt 2 lit. a i b zobowiązał do przedłożenia odmiennych dokumentów niż te, których dotyczy część I s.i.w.z. Dział VI ust. 3 pkt 2 lit. a i b.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1) Nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą;
- 2) Nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej w dniu 28 marca 2019 roku;
- 3) Nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym ponowienie czynności wezwania odwołującego do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p. z precyzyjnym określeniem, czy Odwołujący ma złożyć dokumenty, o których mowa Części I s.i.w.z. (Instrukcji dla Wykonawcy) Dział VI ust. 3 pkt. 2 lit. a i b, czy Części I s.i.w.z. (Instrukcji dla Wykonawcy) Dział VI ust. 3 pkt. 2 lit. b i c;
- 4) Nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 5) Zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania obejmujących wpis od odwołania oraz opłatę skarbową od pełnomocnictwa.

Ponadto odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

- Dokumentów przedłożonych w załączeniu na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania;

Przesłuchania strony - odwołującego - w osobie członka zarządu Aeroklubu Warszawskiego, pana T. W na okoliczność nieskutecznego doręczenia odwołującemu wezwań z dnia 13 oraz 20 marca 2019 roku i jego przyczyny.

Odwołujący podniósł, że miał interes w uzyskaniu zamówienia na wynajem samolotu wraz z załogą oraz infrastrukturą do wykonywania oraz zabezpieczenia szkolenia spadochronowego, które jak wynika z informacji o otwarciu ofert uzyskałby, gdyby nie działania zamawiającego dokonane z naruszeniem przepisów ustawy P.z.p. Stwierdził, iż oferta odwołującego była korzystniejsza od oferty przystępującego. Odwołujący więc miał potencjalną możliwość uzyskania zamówienia, której to możliwości na skutek zarzuczanych w odwołaniu naruszeń ustawy P.z.p. został pozbawiony. Jednocześnie zaistniała także inna z przesłanek wskazanych w ww. przepisie, a mianowicie możliwość poniesienia szkody wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący podniósł, że zamawiający wykluczył go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. uznając, iż odwołujący nie uzupełnił dokumentów w terminach wskazanych przez zamawiającego w wezwaniach z dnia 13 oraz 20 marca 2019 roku, które zostały wystosowane do odwołującego na podstawie art. 26 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p. Oba wezwania zostały skierowane drogą elektroniczną z adresu poczty elektronicznej zamawiającego (2305.zamowienia@ron.mil.pl) na adres odwołującego (info@aeroklub.waw.pl).

Odwołujący zaprzeczył, by zostały mu prawidłowo doręczone ww. wezwania, a także by mógł się z nimi zapoznać i ustosunkować się do nich w terminach jakie określił mu zamawiający.

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z zapisami s.i.w.z. nr ref. ZP - 34/2019 Część I, Dział II, Rozdział I - Sposoby porozumiewania się ust. 2, jeżeli Zamawiający lub Wykonawca przekazują wnioski, zawiadomienia oraz informacje w formie elektronicznej, każda ze stron na żądanie drugiej musi niezwłocznie potwierdzić fakt ich otrzymania.

W ocenie odwołującego, kluczowym z punktu widzenia niniejszej sprawy zdaje się być także przepis art. 61 K.c., który reguluje kwestię składania oświadczeń woli (takim jednak jest również wezwanie na podstawie art. 26 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p.) i który stosuje się odpowiednio do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisu art. 14 ust. 1 ustawy P.z.p. Zgodnie ze zdaniem pierwszym art. 61 § 1 K.c., oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła

zapoznać się z jego treścią. W ramach przyjętej przez polskiego ustawodawcę na gruncie powyższego przepisu kwalifikowanej teorii doręczenia decydujące znaczenie dla skuteczności złożonego innej osobie oświadczenia woli mają dwie okoliczności: 1) faktyczne dojście oświadczenia do adresata oraz 2) możliwość zapoznania się adresata z treścią doręzonego oświadczenia.

Odwołujący stwierdził, że w § 2 art. 61 K.c. odrębnie uregulowano kwestię chwili złożenia oświadczenia woli w postaci elektronicznej. W zgodnej opinii doktryny ów przepis w rzeczywistości stanowi powtórzenie ogólnej zasady z art. 61 § 1, wyrażonej jednak przy wykorzystaniu zwrotów charakterystycznych dla komunikacji elektronicznej. Zamiast stwierdzenia, że oświadczenie „doszło do innej osoby, ustawa stanowi, że ma być ono „wprowadzone do środka komunikacji elektronicznej”. Bez zmiany pozostaje natomiast druga część reguły, czyli wymaganie, by podmiot, do którego skierowane jest oświadczenie, miał możliwość zapoznania się z jego treścią.

Odwołujący przywołał wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 6 kwietnia 2018 roku wydany w sprawie o sygn. V AGa 259/18, gdzie sąd wskazał, że „dla uznania, że doręczenie faktycznie miało miejsce, nie jest wystarczające wyłącznie wprowadzenie oświadczenia do systemu komunikacji elektronicznej, ponieważ stan taki nie stwarza pewności co do tego, czy rzeczywiście trafiło ono do operatora usług telekomunikacyjnych, a następnie stało się dostępne dla adresata tak, aby ten miał możliwość zapoznania się z jego treścią. Dowód w jakiej dacie nastąpiło doręczenie oświadczenia woli, obciąża nadawcę. Może on skorzystać z usługi potwierdzenia komunikatu elektronicznego lub - w razie posłużenia się podpisem elektronicznym - potwierdzenia udzielanego przez akredytowaną instytucję certyfikacyjną, ale również z innych przewidzianych w K.p.c. dowodów”

Odwołujący stwierdził, że zamawiający nie otrzymał zaś żadnego potwierdzenia od odwołującego, by ten otrzymał zarówno wezwania z dnia 13 marca 2019 roku jak i 20 marca 2019 roku. Sam fakt wysłania obu pism na adres poczty elektronicznej nie jest wystarczający do wnioskowania o prawidłowym ich doręczeniu.

Odwołujący podniósł, że do dnia 25 marca 2019 roku w jego systemie pocztowym występowały problemy z odbiorem wiadomości mailowych kierowanych na adresy mailowe w domenie aeroklub.waw.pl. (w szczególności konta info@aeroklub.waw.pl oraz admin@aeroklub.waw.pl). Problemy te były związane z przeprowadzaną w dniach 9-15 marca 2019 roku modernizacją systemu u odwołującego (modernizacja okablowania LAN i 230V oraz zasobów serwerowych), a także migracją kont pocztowych z systemu hostingowego „home.pl” do Microsoft Office 365, która miała miejsce w ubiegłym miesiącu. Występowanie incydentów polegających na czasowej przerwie w dostawie przesyłek mailowych do adresatów kont

pocztowych w domenie odwołującego została potwierdzona przez Administratora U środowiska informatycznego odwołującego - HENWAR Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie. Zakończenie modernizacji i ustąpienie problemów związanych z otrzymywaniem przez odwołującego całości korespondencji mailowej nastąpiło z dniem 25 marca 2019 roku.

Odwołujący wskazał, że wobec występujących problemów z pocztą elektroniczną odwołującemu dopiero w dniu 25 marca 2019 roku (po interwencji u dostawcy usług pocztowych) udało się odzyskać korespondencję mailową kierowaną na adres info@aeroklub.waw.pl z okresu ostatnich dwóch tygodni i tym samym (po raz pierwszy) zapoznać się z wezwaniami, które zamawiający kierował w dniach 13 oraz 20 marca 2019 roku. Odwołujący niezwłocznie (kolejnego dnia) wystosował do zamawiającego wiadomość mailową informując o problemach z przychodzącą korespondencją mailową oraz skanami dokumentów dotyczących doświadczenia pilotów wskazanych w ofercie (ze wskazaniem ilości godzin nalogu dowódczego) oraz nalogu samolotu wskazanego przez odwołującego w ofercie (Cessna 208 B).

Odwołujący stwierdził, że nie miał możliwości zapoznania się z treścią wezwań przesłanych mu przez zamawiającego w dniach 13 oraz 20 marca za pośrednictwem poczty elektronicznej na adres info@aeroklub.waw.pl w ww. datach, jak i w terminach zakreślonych przez zamawiającego w tych wiadomościach, a tym bardziej nie mógł potwierdzić otrzymania przedmiotowych wiadomości. Nie sposób zatem uznać, by wezwania zamawiającego złożone w dniach 13 oraz 20 marca bieżącego roku stanowiły skutecznie złożone przez niego oświadczenia woli w formie elektronicznej.

W ocenie odwołującego doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 2 ustawy P.z.p. w zw. z art. 61 § 2 K.c. poprzez brak skutecznego przekazania przez zamawiającego i doręczenia odwołującemu wezwań z dnia 13 oraz 20 marca 2019 roku do złożenia wskazanych w nich dokumentów bez uzyskania potwierdzenia otrzymania tychże wezwań przez odwołującego i tym samym uniemożliwienie zapoznania się odwołującemu z tymi wezwaniami.

Odwołujący stwierdził, że przyjęcie przez polskiego ustawodawcę tzw. kwalifikowanej teorii doręczenia implikuje po stronie nadawcy (w tym przypadku zamawiającego) ryzyko niedojścia składanego oświadczenia do odbiorcy (którym jeśli chodzi o wezwania z dnia 13 oraz 20 marca 2019 roku był właśnie odwołujący). Co więcej, zgodnie z art. 6 K.c. (który w sprawach zamówień publicznych stosuje się odpowiednio na mocy odesłania zawartego w art. 14 ustawy P.z.p.) ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. W niniejszej sprawie to zamawiający zobowiązany był do wykazania podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania, a w dalszej kolejności odrzucenia jego oferty,

czyli do wskazania, że odwołujący nie uzupełnił wymaganych dokumentów. W zakresie ciężaru dowodzenia spoczywającego na zamawiającym pozostawała więc także kwestia udowodnienia prawidłowego skierowania drogą elektroniczną wezwań do odwołującego, czemu Zamawiający jednak nie sprostał.

Odwołujący przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w wyrok z dnia 03 lutego 2009r., sygn. KIO 82/09, wyrokach z dnia 24 czerwca 2010 roku, sygn. KIO 1135/10 oraz 16 września 2016 roku, sygn. KIO 1680/16.

Odwołujący podniósł, że w treści wiadomości mailowych kierowanych do odwołującego w dniach 13 oraz 20 marca 2019 roku zamawiający wyraźnie wskazał: „Proszę o przesłanie potwierdzenia otrzymania niniejszej wiadomości”. Takiego potwierdzenia zamawiający jednak w żadnym przypadku nie otrzymał i otrzymać nie mógł, skoro wspomniane maile nie dotarły do odwołującego w taki sposób, by mógł się z nimi zapoznać. Skoro zamawiający nie otrzymał potwierdzeń w obu przypadkach, nie był uprawniony w tym zakresie do wywiedzenia wniosku by odwołujący otrzymał obie wiadomości i formułowania jakichkolwiek domniemań faktycznych.

Niezależnie od sformułowanych i uzasadnionych powyżej zarzutów odwołujący podniósł, że oba wezwania zostały sformułowane niejednoznacznie, co stanowi o naruszeniu przepisów art. 26 ust. 2 w zw. z art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p. W obu wezwaniach zamawiający wskazał, że „w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o których mowa w Części I SIWZ (Instrukcja dla Wykonawcy) Dział VI ust. 3 pkt 2 ppkt.

a) i by domaga się złożenia kserokopii dokumentów potwierdzających doświadczenie pilotów oraz kserokopii dokumentów potwierdzających nalot samolotu.

Odwołujący zauważył, że Część I s.i.w.z. (Instrukcja dla Wykonawcy) Dział VI ust. 3 pkt 2 ppkt. a i b dotyczą zezwolenia Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego zgodnie z ORO.SPO.IOO zgodnie z załącznikiem nr 8 do Rozporządzenia Komisji (UE) Nr 965/2012 z 5 października 2012 roku - zmiana dotychczasowych usług lotniczych AWC oraz kserokopii dokumentów potwierdzających doświadczenia pilota/pilotów.

Powołując się na te zapisy s.i.w.z. zamawiający wskazał zaś, że żąda przedłożenia kserokopii dokumentów potwierdzających doświadczenie pilota/pilotów oraz kserokopii dokumentów potwierdzających nalot samolotu, a więc dokumentacji wymienionej w Część I s.i.w.z. (Instrukcja dla Wykonawcy) Dział VI ust. 3 pkt 2 ppkt b i).

Odwołujący stwierdził, że zamawiający powołał się na dokumenty wymienione w s.i.w.z. pod konkretnymi literami (a i b) domagając się przedłożenia dokumentów wskazanych

pod innymi literami (b i c), co prowadzi do wniosku, że wezwania z dnia 13 oraz 20 marca 2019 roku nie były precyzyjne, a wręcz w pewnym zakresie wewnętrznie sprzeczne.

Odwołujący stwierdził, że w doktrynie tymczasem wskazuje się, że: „wezwanie, o którym mowa w art 26 ust 3, musi być jednoznaczne i zrozumiałe dla wykonawcy, tak aby był on w stanie stwierdzić, jakich oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., zamawiający żąda w wezwaniu. Treść wezwania nie może prowadzić do sytuacji, w której wykonawca zmuszony będzie domyślać się, w jakim zakresie ma zostać dokonane uzupełnienie, dlatego w wezwaniu zamawiający musi wskazać, jakich wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, wykonawca nie złożył lub złożył z błędami, a także na czym polega błąd w tych oświadczeniach lub dokumentach, a w przypadku pełnomocnictwa - na czym polega wadliwość pełnomocnictw”. (tak Nowicki 1 E., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany. System Informacji Prawnej LEX, 2018, teza nr 17 do art. 26).

Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2014 roku, sygn. KIO 1208/14, z którego wynika, że „Wezwanie do uzupełniania dokumentów powinno szczegółowo, precyzyjnie, w sposób jednoznaczny wskazywać, co do jakich dokumentów (bądź braków dokumentów) załączonych do oferty Zamawiający ma zastrzeżenia. W przypadku niewykazania w ofercie spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający powinien określić, jakiego dokumentu brakuje, na potwierdzenie którego z warunków, bądź w jakim dokumencie jest błąd, względnie czy dokument nie potwierdza spełnienia danego warunku. Zamawiający powinien wskazać, czy błąd/nieścisłość/brak upatruje w wykazie prac, czy w dokumentach go poświadczających. Jedynie precyzyjne wezwanie, w razie braku satysfakcjonującej odpowiedzi, może prowadzić do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Precyzyjnym wezwaniem nie jest przytoczenie opisu spełnienia warunków udziału z SIWZ czy opis formy dokumentów, które Zamawiający uzna za dowody na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu”.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 kwietnia 2019 roku zamawiający wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości;
- 2) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania według norm przepisanych

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów: dokumentów przedłożonych w załączeniu na okoliczności wskazane w odpowiedzi na odwołanie, przesłuchanie strony M. K., R. S., A. G.

Zamawiający wskazał, że w dniu 12 marca 2019 r. odbyło się otwarcie ofert w postępowaniu na wynajem samolotu wraz z załogą oraz infrastrukturą do wykonywania oraz zabezpieczenia szkolenia spadochronowego (Nr ref. ZP-34/2019). Tego samego dnia, zgodnie z art. 86 ust. 5 ustawy P.z.p., została zamieszczona informacja z otwarcia ofert, z której jednoznacznie wynikało, że oferta wykonawcy Stowarzyszenie Aeroklub Warszawski zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, a tym samym wykonawca Stowarzyszenie Aeroklub Warszawski zostanie wezwany do uzupełnienia brakujących dokumentów, które zostały wymienione w Części I s.i.w.z., Instrukcja dla Wykonawcy, Dział VI, Rozdział I ust. 2 pkt a, b i c.

Zamawiający podniósł, że odwołujący posiadając wiedzę o stanie technicznym swojej poczty elektronicznej i prowadzonych na niej w dniach 9-25 marca 2019 r. powinien dochować należytej staranności i poinformować zamawiającego o alternatywnym w stosunku do wiadomości e-mail sposobie doręczania korespondencji w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający poinformował, że w dniu 13 marca 2019 r. komisja w składzie J. B., M. K., K. B., dokonała sprawdzenia ofert i ofertę odwołującego uznała za najkorzystniejszą. Tego samego dnia, działając w oparciu o art. 26 ust. 2 ustawy P.z.p., do odwołującego zostało wysłane wezwanie do uzupełnienia wymaganych dokumentów. Wezwanie to zawierało precyzyjnie wymieniony katalog żądanych informacji (kserokopie dokumentów potwierdzających doświadczenie pilotów i nalotu samolotu). Dokument ten został doręczony na serwer poczty odwołującego. Termin na dostarczenie żądanych dokumentów zamawiający wyznaczył do dnia 19 marca 2019 r.

Zamawiający wskazał, że dochowując należytej staranności, pracownik zamawiającego A. G. skontaktował się w dniu 19 marca 2019 r. z osobą funkcyjną odwołującego — Prezesem T. W z przypomnieniem o konieczności uzupełnienia dokumentacji. Dopiero w tym dniu (19 marca 2019 r.) odwołujący po raz pierwszy poinformował zamawiającego możliwości wysyłania wiadomości na dodatkowy (alternatywny) adres E-mail: t.w..@aeroklub.waw.pl

W dniu 20 marca 2019 r. komisja zamawiającego zebrała się ponownie i jeszcze raz wezwała odwołującego do złożenia brakujących dokumentów będących w posiadaniu odwołującego, tym razem działając w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., wyznaczając termin do dnia 22 marca 2019 r. Wezwanie to zostało wysłane na dwa adresy e-mail odwołującego: wskazany w ofercie oraz dodatkowy wskazany przez osobę funkcyjną odwołującego T. W. I tym razem zamawiający otrzymał informację systemową o pozytywnym zarejestrowaniu wysłanej wiadomości na serwerze odwołującego, na oba wskazane adresy.

Na skutek braku reakcji ze strony odwołującego, komisja zamawiającego w składzie J. B., M. K., M. B. w dniu 25 marca 2019 r. wezwała do wyjaśnienia treści złożonych wraz z ofertą dokumentów, kolejnego w rankingu wykonawcę, tj. SkyDive.pl Sp. z o.o. (zgodnie z przewidzianą w przedmiotowym postępowaniu tzw. procedurą „odwróconą”, na podstawie art. 24aa ustawy p.z.p). Następnie po otrzymaniu, w terminie, wyjaśnień w dniu 28 marca 2019 r. komisja zamawiającego, w składzie J. B., M. K., M. B. wybrała ofertę wykonawcy SkyDive.pl Sp. z o.o. ponieważ nie podlegała odrzuceniu i zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p, przedstawiała najkorzystniejszy bilans z punktu widzenia wszystkich kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 24 ust. 4 w powiązaniu z art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy P.z.p. ponieważ została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.

Zamawiający stwierdził, że posiada potwierdzenia wysłania oraz przekazania (dostarczenia) wiadomości E-mail na serwer obsługujący skrzynki odwołującego, tj. info@aeroklub.waw.pl oraz t..w.@aeroklub.waw.pl.

W ocenie zamawiającego, odwołujący, wiedząc o trwających pracach serwisowych swojego systemu IT w dniach poprzedzających rozpoczęcie postępowania (Nr ref. ZP-34/2019) oraz w jego trakcie, powinien dołożyć należytej staranności i powiadomić zamawiającego a takim sposobie komunikacji, który będzie skuteczny. Zamawiający nie wyłączył bowiem alternatywnych form dostarczania korespondencji (np. w formie pisemnej), co mając na uwadze siedziby stron w jednym mieście, mogło być rozwiązaniem skutkującym nieodrzuconiem oferty odwołującego. Jednak to odwołującego obciąża ciężar wskazania form i metod prowadzenia korespondencji, jeżeli posiadał informację o czasowej wadliwości formy elektronicznej. Zatem należy skonstatować, iż odwołujący, jeśli wiedział o pracach na swoim serwerze, które trwały od dnia 9 maja 2019 r., mógł powiadomić zamawiającego, czego nie zrobił, a zatem sam nie zadbał o poprawną komunikację z zamawiającym. Zamawiający wskazał, że informacja potwierdzająca prace na serwerze (zmiana hostingu i modernizacja) została przedstawiona przez odwołującego zamawiającemu dopiero jako załącznik do odwołania.

Jednocześnie we wskazanym piśmie administrator systemu IT odwołującego informuje, że podczas prac „mogły zaistnieć przerwy” w dostawie przesyłek e-mail, co nie oznacza, że przerwa istniała permanentnie uniemożliwiając dotarcie e-maila przez cały czas. Zamawiający podniósł, że zwrócił się do firmy HENWAR Informatyka Spółka z o.o. Sp. k. z wnioskiem o odniesienie się do doręczenia przesyłek email konkretnie od zamawiającego do

odwołującego w dniu 13 i 19 marca 2019 r. W odpowiedzi firma HENWAR Informatyka Spółka z o.o. Sp. k. oświadczyła w dniu 12 kwietnia 2019 r., iż:

- wiadomości od zamawiającego zostały dostarczone do odwołującego na podane adresy e-mail; system informatyczny odwołującego nie wygenerował informacji zwrotnej o niemożliwości dostarczenia poczty lub jej niedoręczenia; użytkownicy kont, na które dostarczono przesyłki e-mail od zamawiającego mogli mieć praktyczną możliwość zalogowania się do swoich kont na komputerach służbowych i przeczytania korespondencji e-mail po dniu 25 marca 2019 r.

Zamawiający przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 stycznia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2398/16, z którego wynika, że „Po wprowadzeniu oświadczenia woli do środka komunikacji elektronicznej adresata ryzyko niemożności zapoznania się z treścią oświadczenia woli. spoczywa na odbiorcy oświadczenia”.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący wskazał tylko możliwość incydentalnej przerwy w dostawach poczty e-mail, natomiast zamawiający ma potwierdzenia jej skutecznego doręczenia na serwer odwołującego. Zamawiający wykazał wysoki stopień staranności w kontaktach z odwołującym, próbując nawiązać kontakt w celu dalszego prowadzenia postępowania Nr ref. ZP-34/2019 poprzez kilkukrotne ponaglanie odwołującego drogą wiadomości SMS o konieczności odpowiedzi na wezwania z dnia 13 i 19 marca 2019 r., ponadto *de facto* to z inicjatywy zamawiającego odwołujący przekazał kolejny (wadliwy) adres e-mail do korespondencji. Wykonawca natomiast — mając do dyspozycji inne formy komunikacji — dopiero na etapie odwołania poinformował zamawiającego o problemach z odczytaniem poczty e-mail, chociaż wiedział zarówno o modernizacji swojego systemu IT, jak i konieczności uzupełnienia dokumentacji przetargowej. Co więcej, odwołujący dostarczył w dniu 27.03.2019 r. dokumenty w formie papierowej do kancelarii tajnej zamawiającego, więc z powodzeniem mógł to zrobić w przepisany mu terminie, skoro wiedział o konieczności ich złożenia.

Zamawiający stwierdził, że wezwanie z dnia 13 marca 2019 r. oraz z dnia 20 marca 2019 r. zawierało precyzyjnie określony katalog dokumentów jakich wymagał zamawiający od odwołującego. Omyłkowo przytoczone punkty a i b, zamiast b i c były wynikiem wady procesu myślowo-redakcyjnego osoby redagującej wezwanie, nie zaś uchybieniem merytorycznym.

Zamawiający zgodnie z zapisami zawartymi w ust. 3 pkt. 2 Części I s.i.w.z. — Instrukcja dla Wykonawcy, Dział VI — Informacje o oświadczeniach i dokumentach, Rozdział I — Oferta/Najwyżej oceniona oferta, wymagał od wykonawcy najwyżej ocenionego, celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowania, poniższych dokumentów:

a) zezwolenie Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego (ULC) zgodnie z ORO.SPO.IOO zgodnie z załącznikiem nr 8 do Rozporządzenia Komisji (UE) Nr 965/2012 z 5 października 2012 — zmiana dotychczasowych usług lotniczych AWC. Zamawiający dopuszcza możliwość przedłożenia przez Wykonawcę innego dokumentu niż wskazany po przeprowadzeniu postępowania w sprawie uznania certyfikatu zagranicznego lub dokumentu równoważnego wydanego przez upoważnioną władzę innego państwa (zwanego dalej zagranicznym certyfikatem) zgodnie z zapisami rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Budownictwa z dnia 07 lipca 2017 r. w sprawie certyfikacji działalności w lotnictwie cywilnym (Dz. U. z 2017 r., poz. 1400), które wszczyna się na pisemny wniosek zainteresowanego podmiotu.

b) kserokopie dokumentów potwierdzających doświadczenie pilota wykonującego zadania zrzutu skoczków, potwierdzające ilość godzin nalogu dowódczego podczas zrzutu wykazanego w Formularzu ofert (karty pracy pilota lub inny dokument stanowiący potwierdzenie liczby godzin nalogu).

c) kserokopie dokumentów potwierdzających nalog samolotu wykazanego w Formularzu ofert (karty pracy sprzętu lub inny dokument stanowiący potwierdzenie liczby godzin nalogu).

Zamawiający stwierdził, że po sprawdzeniu przez komisję oferty odwołującego komisja zamawiającego stwierdziła, że do oferty został załączony dokument opisany w punkcie a natomiast dokumentów opisanych w punktach b i c brakuje. W związku z czym skierowała do odwołującego wezwanie do uzupełnienia.

Odwołujący składając ofertę, po wcześniejszym zapoznaniu się z wymaganiami opisanymi w s.i.w.z., był świadomy co przedstawił zamawiającemu a czego nie załączył do swojej oferty.

Zamawiający w wezwaniu jasno wymienił dokumenty jakich żądał od odwołującego a mianowicie (treść wezwania):

1) kserokopie dokumentów potwierdzających doświadczenie pilotów wykonujących zadania zrzutu skoczków, potwierdzające ilość godzin nalogu dowódczego podczas zrzutu wykazanych w Formularzu ofert (p. M. W., p. P. K., p. G. Z., p. E. K.), tj. karty pracy pilotów lub inny dokument stanowiący potwierdzenie liczby godzin nalogu.

2 kserokopie dokumentów potwierdzających nalog samolotu wykazanego w Formularzu ofert (samolot Cessna 208 B), tj. karty pracy sprzętu lub inny dokument stanowiący potwierdzenie liczby godzin nalogu.

Zamawiający przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 czerwca 2008 r. w sprawie o sygn. akt XII Ga 206/2008, wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 265/08 i inne.

Izba ustaliła, co następuje:

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej poniżej progu 144 euro.

W dniu 1 marca 2019 roku zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej ogłoszenie nr 520298-N-2019 o przetargu nieograniczonym na wynajem samolotu wraz z załogą oraz infrastrukturą do wykonywania oraz zabezpieczenia szkolenia spadochronowego.

W prowadzonym postępowaniu wpłynęły dwie oferty:

- 1) odwołującego z ceną 108 540 zł
- 2) przystępującego z ceną 129 600 zł.

Pozostałe warunki dotyczące terminu realizacji zamówienia oraz okresu gwarancji i warunków płatności w obu ofertach były takie same.

W dniu 12 marca 2019 r. odbyło się otwarcie ofert. Tego samego dnia, zgodnie z art. 86 ust. 5 ustawy P.z.p., została zamieszczona informacja z otwarcia ofert.

W dniu 13 marca 2019 r., na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy P.z.p., do odwołującego zostało wysłane wezwanie do uzupełnienia wymaganych dokumentów. Wezwanie to zawierało katalog żądanych informacji (kserokopie dokumentów potwierdzających doświadczenie pilotów i nalotu samolotu). Zamawiający otrzymał informację systemową o dostarczeniu wezwania na serwer poczty odwołującego. Termin na dostarczenie żądanych dokumentów zamawiający wyznaczył do dnia 19 marca 2019 r.

W wyznaczonym terminie odwołujący nie złożył żądanych dokumentów.

W dniu 20 marca 2019 r. zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., ponownie wezwał odwołującego do złożenia brakujących dokumentów będących w posiadaniu odwołującego, wyznaczając termin do dnia 22 marca 2019 r. Wezwanie to zostało wysłane na dwa adresy e-mail odwołującego: wskazany w ofercie oraz adres imienny Pana T. W. Zamawiający ponownie otrzymał informację systemową o pozytywnym zarejestrowaniu wysłanej wiadomości na serwerze odwołującego na oba wskazane adresy.

W wyznaczonym terminie odwołujący nie złożył żądanych dokumentów.

W dniu 25 marca 2019 r. zamawiający wezwał do wyjaśnienia treści złożonych wraz z ofertą dokumentów, kolejnego w rankingu wykonawcę, tj. SkyDive.pl Sp. z o.o.

(przystępującego), zgodnie z przewidzianą w przedmiotowym postępowaniu tzw. procedurą „odwróconą”, na podstawie art. 24aa ustawy P.z.p. . Następnie, po otrzymaniu w terminie wyjaśnień, w dniu 28 marca 2019 r. zamawiający wybrał ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą.

W dniu 28 marca 2019 roku zamawiający powiadomił, iż w wyniku przeprowadzonej oceny ofert wybrał ofertę przystępującego. jako najkorzystniejszą wskazując przy tym, że oferta odwołującego została odrzucona, gdyż odwołującego uznano za wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.

W dniach 9-15 marca 2019 roku przeprowadzona została modernizacja systemu u odwołującego (modernizacja okablowania LAN i 230V oraz zasobów serwerowych), a także migracja kont pocztowych z systemu hostingowego „home.pl” do Microsoft Office 365. Użytkownicy kont pocztowych podanych do korespondencji z zamawiającym mogli mieć praktyczną możliwość zalogowania się do swoich kont na komputerach służbowych i przeczytania korespondencji e-mail po dniu 25.03.2019 r.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 2 w zw. z art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez sformułowanie przez zamawiającego do odwołującego wezwań z dnia 13 oraz 20 marca 2019 roku, które w swojej treści są niejednoznaczne, z powodu uchybienia terminowi do jego podniesienia.

W pozostałym zakresie odwołanie podlega oddaleniu.

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

Istotą sporu jest rozstrzygnięcie, czy niemożność zapoznania się odwołującego z treścią wysyłanych wezwań z uwagi na prace modernizacyjne systemu odwołującego jest okolicznością obciążającą odwołującego czy też okolicznością, która uzasadnia unieważnienie czynności dokonanych przez zamawiającego i ponowne wezwanie odwołującego do złożenia wymaganych dokumentów.

Rozstrzygnięcie powyższego ma bezpośredni wpływ na ustalenie, czy zarzut naruszenia art. 26 ust. 2 w zw. z art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez sformułowanie przez zamawiającego do odwołującego wezwań z dnia 13 oraz 20 marca 2019 roku, które w swojej treści są niejednoznaczne, został podniesiony w przepisany terminie.

Z ustaleń dokonanych przez Izbę wynika, że zamawiający wysłał drogą mailową odwołującemu dwa wezwania (z 13 i 20 marca 2019 r.) do złożenia dokumentów. Dokumenty te zostały wysłane z serwera zamawiającego i przyjęte przez serwer odwołującego. Z uwagi na prace modernizacyjne odwołujący odebrał wiadomości w dniu 25 marca 2019 roku.

Powyższe ustalenia zostały przez Izbę stwierdzone na podstawie przedłożonych przez zamawiającego wydruków zawierających informację systemową o dostarczeniu wezwania na serwer poczty odwołującego oraz przedłożonego przez zamawiającego pisma HENWAR Sp. z o.o. Sp.k. w Warszawie w zakresie dotyczącym możliwości zalogowania się na konta i odebrania korespondencji przez pracowników odwołującego po dniu 25 marca 2019 roku.

W tym miejscu Izba wskazuje na postanowienie Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej z dnia 10 grudnia 2003, sygn. akt V CZ 127/03, w którym Sąd 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. Samo wyjście wiadomości z serwera nadawcy nie jest zatem równoznaczne z tym, że została ona przyjęta przez serwer odbiorcy.

Na marginesie Izba wskazuje, że wezwanie wykonawcy do złożenia dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest oświadczeniem woli, lecz czynnością techniczną zamawiającego podjętą w postępowaniu. Dla oceny skuteczności doręczenia takiego wezwania drogą elektroniczną zasadnym jest jednak odwołanie się do orzeczeń i poglądów dotyczących składania tą drogą oświadczeń woli.

Z powyższego postanowienia wynika, iż dla stwierdzenia skuteczności doręczenia wiadomości drogą elektroniczną niezbędne jest nie tylko potwierdzenie, iż wiadomość wyszła z serwera nadawcy, ale że została ona również przyjęta przez serwer odbiorcy. W ocenie Izby zamawiający wykazał, że obie te czynności przy wysyłaniu obu wezwań do odwołującego miały miejsce.

A zatem stwierdzić należy, iż niemożność zapoznania się przez odwołującego z treścią wezwań i terminowego udzielenia na nie odpowiedzi wynikała wyłącznie z prac modernizacyjnych systemu odwołującego. Jest to okoliczność, za którą odpowiedzialność ponosi odwołujący.

Wskazać należy, że odwołujący, decydując się na wzięcie udziału w postępowaniu, winien dołożyć należytej staranności wymaganej dla uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Między innymi winien zadbać o to, by przekazywana przez zamawiającego korespondencja docierała do niego bez przeszkód. Odwołujący miał

świadomość, iż jego system będzie modernizowany, w związku z czym mogą występować problemy w prawidłowym funkcjonowaniu poczty elektronicznej. Powinien zatem uprzedzić o tym zamawiającego i zaproponować inny sposób porozumiewania się lub podać taki adres elektroniczny, który umożliwi bezproblemową komunikację z zamawiającym. Nawet, jeżeli początkowo odwołujący nie miał świadomości, iż wiadomości przesyłane przez zamawiającego do niego nie docierają, świadomość tę uzyskał w dniu 19 marca br., kiedy to zamawiający skontaktował się z nim telefonicznie. Podkreślenia wymaga, iż obecny na rozprawie przed Izbą członek zarządu odwołującego, wskazany jednocześnie w ofercie jako osoba do kontaktów w przedmiotowym postępowaniu, potwierdził, że zamawiający się z nim kontaktował w sprawie uzupełnienia dokumentów. Wskazać należy, że zamawiający nie był obowiązany do jakichkolwiek innych kontaktów w sposób inny niż wskazany w s.i.w.z. Jednak nawet wówczas odwołujący nie zadbał o zapewnienie właściwej komunikacji z zamawiającym.

Izba podkreśla, że na każdym uczestniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – zarówno zamawiającym jak i wykonawcach – ciążyą konkretne obowiązki. W przypadku wykonawcy jego obowiązkiem jest m.in. zadbanie o sprawne działanie jego kanałów informacyjnych. Trudno oczekiwać od zamawiającego, by to on kontrolował, czy po stronie wykonawców właściwe kanały działają jak należy. W rozpoznawanej sprawie zamawiający dopełnił wszystkich ciążących na nim obowiązków – przesłał informacje i uzyskał potwierdzenie, że zostały one zarejestrowane przez serwer odwołującego.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania stwierdzić należy, iż odwołujący nie dołożył należytej staranności wymaganej dla uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący miał świadomość tego, iż jego system jest modernizowany, a przynajmniej od 19 marca wiedział również, że kierowana do niego korespondencja nie dochodzi regularnie. Pomimo tego nie zadbał o usprawnienie przekazywania korespondencji, w związku z czym nieudzielenie odpowiedzi na kierowane do niego wezwania są okolicznością obciążającą wyłącznie jego.

Wskazując na powyższe Izba stwierdza, że zarzut naruszenia art. 26 ust. 2 w zw. z art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez sformułowanie przez zamawiającego do odwołującego wezwań z dnia 13 oraz 20 marca 2019 roku, które w swojej treści są niejednoznaczne, został podniesiony z naruszeniem terminu przewidzianym ustawą, w związku z czym podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

W myśl art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 10

dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Z powyższego wynika, że termin na podniesienie zarzutu w zakresie treści wezwania do uzupełnienia dokumentów mijał – odpowiednio – w dniach 18 i 25 marca 2019 roku. Podniesienie go w odwołaniu wniesionym w dniu 2 kwietnia 2019 roku stanowi uchybienie terminowi wskazanemu w art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

W myśl art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., Izba odrzuca odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Na tej samej podstawie Izba odrzuca również jeden z zarzutów odwołania, który został podniesiony po upływie terminu.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....