

**Sygn. akt: KIO 1417/21**

**WYROK**  
**z dnia 7 lipca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania, wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2021 r. przez wykonawcę: **Remea Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Szczytna**

przy udziale wykonawcy: **PROTE Technologie dla Środowiska Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący : .....

## UZASADNIENIE

**Gmina Szczytna** (dalej: „zamawiający”), prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Kamienny Trakt w Szczytnej - remediacja terenu”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) - zwanej dalej "ustawa Pzp", nr referencyjny: RTI.271.01.2021 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych, wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2021/ BZP 00011110/01 w dniu 26 lutego 2021 r.

W dniu 4 maja 2021 r. zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: **PROTE Technologie dla Środowiska Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu** (dalej „przystępujący” lub „PROTE”) oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy **Remea Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (dalej „odwołujący”).

Jednocześnie w dniu 14 kwietnia 2021 r. zamawiający, za pomocą platformy ePUAP wysłał odwołującemu wniosek o wydłużenie terminu związania ofertą, oraz o wydłużenie okresu ważności wadium. Odwołujący wskazywał, że powyższa korespondencja została wysłana na inny adres, niż ten który odwołujący wskazał w formularzu ofertowym. Zamawiający przedmiotowy wniosek wysłał bowiem na skrzynkę „domyślną” odwołującego (nie jest to ani skrzynka z której odwołujący składał ofertę, ani ta która została wskazana do korespondencji), z której odwołujący nie otrzymuje powiadomień o wpłynięciu korespondencji. Zamawiający w platformie zamiast skrzynki „REMEA1” wybrał, skrzynkę o nazwie „Domyślna”, co skutkowało tym, że odwołujący dopiero w dniu 4 maja 2021 r. zapoznał się z korespondencją wysłaną przez zamawiającego, czyli de facto w momencie, w którym otrzymał informację o odrzuceniu jego oferty.

W związku z powyższy odwołujący w dniu 10 maja 2021 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego, podjętych w postępowaniu, polegających na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił, że zamawiający naruszył następujące przepisy:

1. art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 61 §2 kodeksu cywilnego poprzez przesłanie odwołującemu korespondencji za pomocą skrzynki ePUAP, na adres inny niż wskazany w formularzu ofertowym jako adres właściwy do korespondencji z odwołującym tj. wniosku o wydłużenie terminu związania ofertą oraz wydłużenia okresu ważności wadium, co skutkowało brakiem możliwości zapoznania się przez odwołującego z przesłaną korespondencją, co doprowadziło do odrzucenia jego oferty;
2. art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, polegającym na braku sprawdzenia przez zamawiającego czy wniosek o wydłużenie terminu związania ofertą oraz wydłużenia okresu wadium został wysłany do odwołującego w taki sposób, aby mógł się zapoznać z jego treścią.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Zauważył, że zgodnie z treścią art. 61 §2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ustawy Pzp 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. Zgodnie z ogólną regułą art. 6 kodeksu cywilnego, to na składającym oświadczenie woli (zamawiającym) spoczywa ciężar dowodu, że jego oświadczenie woli dotarło do adresata w taki sposób, że adresat mógł się z nim zapoznać w normalnym toku czynności. W przypadkach komunikacji elektronicznej podstawę do ustalenia chwili złożenia oświadczenia przyjęto wprowadzenie tej informacji „do środka komunikacji elektronicznej”. Odwołujący podkreślił, iż nie jest to jeszcze moment uznany za złożenie oświadczenia woli. Aby go ustalić, należy jeszcze wziąć pod uwagę, że powinno to nastąpić w taki sposób, żeby adresat mógł zapoznać się z treścią oświadczenia.

Odwołujący wskazał, że częstą praktyką jest to, że adresat komunikatu elektronicznego (wykonawca) korzysta z kilku skrzynek pocztowych, ale tylko niektóre z nich są wskazane jako skrzynki do składania oświadczeń (wysyłania korespondencji). Taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie. Pomimo wyraźnie wskazanej przez odwołującego skrzynki ePUAP, zamawiający wystąpił korespondencją na zupełnie inną skrzynkę na platformie ePUAP. Tym samym, w zaistniałej sytuacji oświadczenie woli

skierowane na inny adres nie jest skuteczne, ponieważ nie zostało złożone w sposób oczekiwany przez adresata. „Uznaje się bowiem, że „mógł zapoznać się z treścią oświadczenia” ten, kto wobec nieotrzymania owego oświadczenia czy nawet informacji o nim („zgubienie się” maila czy załączonego do niego pliku) nie mógł się z nim zapoznać. Ryzyko niesprawnego funkcjonowania systemu elektronicznego należy więc uznać za jedno z wielu ryzyk procesu komunikowania się, nieróżniące się w istocie niczym np. od ryzyka niesprawnego działania operatora pocztowego. Adresat oświadczenia nie może być tym ryzykiem obciążony, z zastrzeżeniem oczywiście możliwości ustanowienia przez ustawodawcę wyjątków w przepisach szczególnych albo odmiennych postanowień w umowie stron” (tak System Prawa Prywatnego, Tom 2 red. Radwański 2019, wyd. 3).

Odwołujący przywołał także wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 6 kwietnia 2018 r., sygn. akt V AGa 259/18, zgodnie z którym z treści art. 61 §2 kodeksu cywilnego wynika, że ustalenie chwili doręczenia oświadczenia w formie elektronicznej także odbywa się przy uwzględnieniu zasady doręczenia. Dla uznania, że doręczenie faktycznie miało miejsce, nie jest jednak 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. Na uwagę zasługuje także jego zdaniem wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 12 marca 2020 r., sygn. akt KIO 415/20, w którym Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „Wykonawca nie ma obowiązku monitorowania toku postępowania poprzez logowanie się na platformę bez względu na otrzymywane powiadomienia lub ich brak. System powiadomień został utworzony właśnie po to, aby nie było konieczne nieustanne monitorowanie czy na platformie pojawiła się jakakolwiek korespondencja.”

Tym samym, z uwagi na fakt, że odwołujący nie otrzymał żadnego powiadomienia o korespondencji, która została do niego skierowana - nie ustosunkował się do wniosku zamawiającego o wydłużenie terminu związania ofertą, oraz wydłużenia okresu ważności wadium. Brak odpowiedzi ze strony odwołującego skutkowało odrzuceniem jego oferty.

Zamawiający poinformował wykonawców w dniu 12 maja 2021 r., zgodnie z art. 524 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił w dniu 17 maja 2021 r. wykonawca: **PROTE Technologie dla Środowiska Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu.**

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ustawy Pzp w dniu 21 maja 2021 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego na płycie CD, po zapoznaniu się z odwołaniem, stanowiskiem procesowym zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje**

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała w pierwszej kolejności badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania. Posiadanie legitymacji czynnej przez wykonawcę korzystającego ze środków ochrony prawnej podlega badaniu przez Izbę z urzędu w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania. Z kolei stwierdzenie braku legitymacji do wniesienia środków ochrony prawnej stanowiącej przesłankę materialnoprawną - prowadzi do oddalenia odwołania.

W tym zakresie Izba zauważa, że zgodnie z art. 505 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Tym samym legitymacja czynna do wniesienia odwołania przysługuje odwołującemu, jeżeli wykaże, że: 1) ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz, jako warunek konieczny: 2) poniósł lub może ponieść szkodę, przy czym poniesiona lub ewentualna szkoda, którą odwołujący może ponieść w wyniku czynności zamawiającego jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Po stronie odwołującego leży ciężar wykazania, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom o zamówieniach publicznych, czego następstwem jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody.

Nie ulega wątpliwości, że wnoszący odwołanie jest wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp i ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucał zamawiającemu, że ten naruszył przepis art. 16 ustawy Pzp, prowadząc postępowanie w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania, proporcjonalności i przejrzystości i nie zweryfikował czy wniosek do niego skierowany, o przedłużenie terminu związania ofertą, dotarł do niego w taki sposób, aby mógł zapoznać się z jego treścią. Odwołujący twierdził, że zamawiający przesłał przedmiotowy wniosek na inny adres, niż wskazany przez niego w formularzu ofertowym.

W wyniku tego nie zapoznał się z treścią pisma w takim terminie, aby mógł uczynić zadość żądaniom zamawiającego. Przyznał jednocześnie, że zapoznał się z treścią przesłanej korespondencji w dniu 4 maja 2021 r. Wówczas powziął również wiedzę o tym, jaki jest wynik przedmiotowego postępowania tj., że zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego, zaś złożona przez niego oferta została odrzucona.

Jak wywodził odwołujący, to w wyniku działań zamawiającego, jego oferta została odrzucona, zaś wybrana oferta PROTE. Odwołujący nie kwestionował jednocześnie, że oferta PROTE jest ofertą najkorzystniejszą, biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert ustalone przez zamawiającego w tym postępowaniu. Na podstawie akt sprawy Izba ustaliła, że zamawiający w Rozdziale XVII specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) przewidział, że kryteriami oceny ofert są: cena - 60 pkt, termin gwarancji na wykonane roboty budowlane - 40 pkt. Jednocześnie opisując sposób przydzielania punktów w kryterium „termin gwarancji za wykonane roboty budowlane” wskazał, że w przypadku, gdy wykonawca zaoferuje okres gwarancji 55-60 miesięcy, otrzyma maksymalną liczbę punktów. Skład orzekający ustalił także, że odwołujący zaproponował realizację zamówienia za cenę brutto: 4 895 000,00 zł. i 60 miesięczny okres gwarancji, natomiast PROTE zaoferowało cenę brutto: 4 749 900,00 zł. i 55 miesięczną gwarancję. Tym samym, w oparciu o kryteria oceny ofert określone w SWZ ofertą najwyższej ocenioną, niezależnie od tego czy oferta odwołującego podlegałaby ocenie czy też nie - byłaby oferta złożona przez PROTE.

Odwołujący podnosił, że bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy jest okoliczność, że w wyniku powtórzonych czynności nie miałby on szansy na uzyskanie zamówienia, gdyż jest to kwestia wtórna, a zasadnicze znaczenie ma przywrócenie go do postępowania.

W ocenie Izby taka argumentacja nie zasługuje na aprobatę. Zauważyć należy bowiem, że w niniejszej sprawie odwołujący nie wykazał przesłanek dla wniesienia odwołania, określonych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 61 §2 kodeksu cywilnego. Nawet bowiem uwzględnienie przez Izbę odwołania i nakazanie zamawiającemu, zgodnie z żądaniem odwołującego, powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego, nie wpłynie na wynik tego postępowania. Ponowna czynność doprowadzi zatem do takiego samego rezultatu, jakim jest dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez

PROTE. Tym samym, nie mając szans na uzyskanie tego zamówienia, odwołujący nie poniesie szkody w postaci utraconych zysków z jego realizacji.

Co kluczowe, na co ponownie należy zwrócić uwagę, odwołujący nie sformułował żadnych zarzutów odnoszących się do oferty PROTE. Jednocześnie, co sam przyznał, w dniu 4 maja 2021 r. powziął wiadomość o odrzuceniu jego oferty, oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez przystępującego. Od tej daty liczy się zatem termin na podnoszenie ewentualnych zarzutów dotyczących oferty złożonej przez PROTE, czego odwołujący nie uczynił. W treści odwołania ograniczył się jedynie do kwestionowania czynności zamawiającego, która została wykonana niezgodnie z przepisami ustawy Pzp i kodeksu cywilnego, a tym samym jako taka winna zostać powtórzona.

Z uwagi na to, że zgodnie z przywołanym wcześniej przepisem art. 505 ustawy Pzp, odwołanie nie jest środkiem służącym przywróceniu ogólnej zgodności postępowania z prawem, lecz środkiem ochrony prawnej nakierowanym na ochronę interesu wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia a odwołujący zobowiązany jest wykazać, jaką szkodę poniósł lub może ponieść w wyniku naruszeń przepisów ustawy Pzp, jakich miał się dopuścić zamawiający, należy stwierdzić, że samo przywrócenie odwołującego do postępowania nie spowoduje, że ma on szansę na uzyskanie danego zamówienia.

Odwołujący nie może także ponieść żadnej szkody w wyniku takiego działania zamawiającego, gdyż w obecnej sytuacji nie ma już szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Brak wykazania legitymacji materialnej z art. 505 ustawy Pzp, podobnie jak to miało miejsce w myśl dawnego przepisu art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) - stanowi samodzielną przesłankę oddalenia odwołania i prowadzi do braku potrzeby merytorycznej oceny zarzutów, której skład orzekający w niniejszej sprawie w konsekwencji nie dokonywał.

Aktualne pozostaje orzecznictwo, odnoszące się do tej problematyki, wydane na gruncie przepisu art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 3 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1231/14 „stwierdzenie, że odwołujący nie posiada legitymacji do wniesienia środka ochrony prawnej prowadzi do oddalenia odwołania bez merytorycznego rozpatrzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu”. Podobnie stwierdził skład orzekający w wyroku KIO z dnia 26 września 2016 r., sygn. akt KIO 1719/16.

Z powyższych powodów Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz §8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący : .....