

Łódź, dnia 20.03.2024 r.

Do:

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

62-676 Warszawa

Odwolujący

SP-INSTAL sp. z o. o.

ul. Długa 6 lok. 5, 95-100 Zgierz

KRS 0001005972, NIP 7322210600

sp-instal@o2.pl

Tel. 512 385 678

reprezentowana przez:

Kancelarię Radcy Prawnego

Piotr Wojtowicz

ul. Generalska 34 lok. 1

94-245 Łódź

wojtowicz@kancelariawojtowicz.pl

Zamawiający

Gmina Nowosolna

Rynek Nowosolna 1, 92-703 Łódź

NIP 472057780

urząd@gminanowosolna.pl

tel. (42) 616-45-00

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie podstawowym bez możliwości negocjacji o wartości nieprzekraczającej progów unijnych, o jakich mowa w art. 3 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) zwanej dalej Ustawą, tj. o wartości poniżej 5.538.000 euro prowadzonego

pod nazwą: **Roboty budowlane polegające na budowie oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Nowosolna** – znak sprawy: **RI.271.1.1.2024**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w pod nr 2024/BZP 00047106/01 z dnia 2024-01-18

ODWOŁANIE

- I. Działając na podstawie art. 513 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) prawo zamówień publicznych (zwaną dalej „Ustawą”) w imieniu Odwołującego, wnoszę odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu tj. odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niewyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą pomimo, iż wezwanie do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie zostało Odwołującemu skutecznie doręczone.
- II. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu: naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 12 poprzez bezpodstawne zastosowanie w zw. z art. 16 i 17 ustawy Pzp;
- III. Wobec wyżej przytoczonych zarzutów, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:
- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym odrzucenia oferty Odwołującego;
 - 2) wezwanie Odwołującego do wyrażenia zgody na wybór jego oferty po terminie związania ofertą;
 - 3) ponowną ocenę i badanie ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz udzielenie zamówienia Odwołującemu.;
 - 4) zasądzenie kosztów na rzecz Odwołującego w tym kosztów zastępstwa według norm przepisanych
- IV. Odwołujący wskazuje, iż na podstawie art. 505 Ustawy pzp ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w niniejszym odwołaniu przepisów Ustawy. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, jednak z uwagi na niezgodne z prawem odrzucenie oferty

Odwołującego został pozbawiony możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia. W związku z przytoczonymi okolicznościami Odwołujący nie osiągnie zysku, który planował w związku z realizacją zamówienia. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do wniesienia odwołania.

V. Mając na uwadze, że informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została przekazana dnia 15.03.2024 r., niniejsze odwołanie zostało z zachowaniem ustawowego terminu.

VI. Odwołujący przekazał Zamawiającemu odwołanie na zasadzie art. 514 Ustawy.

VII. Odwołujący wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów:

1. Screen strony platformy zakupowej, na okoliczność otrzymania wiadomości na konto Użytkownika Sebastiana Przepiórskiego a nie na konto Odwołującego;
2. Wezwania z dnia 29 lutego 2024 r. do przedłużenia terminu związania ofertą na okoliczność braku imiennego zaadresowania pisma;
3. Screen strony platformy zakupowej na okoliczność prowadzenia wcześniejszej korespondencji Zamawiającego z Odwołującym za pośrednictwem konta Odwołującego.

UZASADNIENIE

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez możliwości negocjacji o wartości nieprzekraczającej progów unijnych, o jakich mowa w art. 3 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) zwanej dalej Ustawą, tj. o wartości poniżej 5.538.000 euro którego przedmiotem są roboty budowlane polegające na budowie oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Nowosolna.
2. Wyżej wskazane postępowanie prowadzone jest na platformie zakupowej pod adresem <https://platformazakupowa.pl/pn/gminanowosolna>.
3. Pismem z dnia 29 lutego r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, wyznaczając termin na złożenie stosownego oświadczenia do dnia 2 kwietnia 2024 r.
4. Odwołujący nie złożył przedmiotowego oświadczenia, albowiem nie miał świadomości, że jakiegokolwiek wezwanie zostało wystosowane przez Zamawiającego. Co prawda

Odwołujący już po terminie do złożenia stosownego oświadczenia ustalił, że wezwanie zostało wysłane za pośrednictwem Platformy, ale nie na konto Odwołującego, tj. SP-INSTAL sp. z o. o., lecz na konto jednoosobowej działalności gospodarczej Sebastiana Przepiórskiego- SP-INSTAL Sebastian Przepiórski.

5. W konsekwencji powyższego, Zamawiający w dniu 15.03.2024 r. odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.
6. **Biorąc pod uwagę, że wezwanie do złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie zostało skutecznie doręczone, Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.**
7. **W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga fakt, że wobec nieskutecznego doręczenia wezwania, Zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy w postaci odrzucenia jego oferty.**
8. Należy wskazać, za wyrokiem KIO 1106/23 z dnia 8 maja 2023 r., że w okolicznościach nieskutecznego doręczenia wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą, gdy wykonawca nieświadomy wezwania nie złożył żadanego oświadczenia, niedopuszczalne jest odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.
9. Nieskuteczne doręczenie wezwania do złożenia oświadczenia o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą z oczywistych względów należy traktować na równi z sytuacją, jakby Zamawiający w ogóle takiego wezwania nie wystosował. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej 30.01.2023 r. sygn. akt. KIO 164/23 *Izba wskazuje, że podstawa faktyczna odrzucenia oferty odwołującego nie miała miejsca. W szczególności zauważyć należy, że odwołujący nie mógł nie wyrazić zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, ponieważ zamawiający nie zwrócił się do niego o wyrażenie takiej zgody. Tym samym odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 należy uznać za bezpodstawne.*
10. Przechodząc do doręczenia Odwołującemu wezwania do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, to jeszcze raz trzeba podkreślić, że przedmiotowe wezwanie Zamawiający wystosował na konto jednoosobowej działalności gospodarczej SP-INSTAL Sebastian Przepiórski, a nie na SP-INSTAL sp. z o. o. A zatem wezwanie zostało wysłane na niewłaściwe konto Platformy, tj. nie na konto Odwołującego. W konsekwencji Odwołujący nie miał możliwości zapoznania się z przedmiotowym wezwaniem. Powyższa sytuacja jest tożsama z wysłaniem zawiadomienia pod niewłaściwy adres korespondencyjny.

11. Zgodnie z art. 61 ust. 1 ustawy Pzp, *Komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w konkursie, w tym składanie ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, wymiana informacji oraz przekazywanie dokumentów lub oświadczeń między zamawiającym a wykonawcą, z uwzględnieniem wyjątków określonych w ustawie, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.*
12. Z kolei zgodnie z art. 61 §2 Kodeksu cywilnego, *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.*
13. Skuteczność doręczenia pisma należy oceniać przez pryzmat przepisów powszechnie obowiązujących, w szczególności Kodeksu cywilnego oraz ustawy Prawo zamówień publicznych. W tym miejscu należy podkreślić, że zgodnie z art. 281 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp *W przypadkach, o których mowa w art. 275 pkt 1 i 2, SWZ zawiera co najmniej: (...) informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej.*
14. A zatem w przypadku, gdy Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie podstawowym bez możliwości prowadzenia negocjacji (art. 275 pkt 1 ustawy Pzp), informuje w SWZ o sposobach komunikacji oraz o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej.
15. Już z treści przytoczonego przepisu w sposób niebudzący wątpliwości wynika, iż Zamawiający nie może wywodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawców z niezastosowania się do reguł komunikacji, które sam określił w SWZ. Sprzeczne byłoby to bowiem z zasadą przejrzystości jak również z zasadą zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 16 ustawy Pzp.
16. Przechodząc natomiast do treści SWZ regulujących kwestie komunikacji Zamawiającego z wykonawcami, należy wskazać na następujące postanowienia w niniejszym dokumencie:
 - Pkt 12.1 SWZ- Komunikacja w postępowaniu, w tym składanie ofert, wymiana informacji oraz przekazywanie dokumentów lub oświadczeń między zamawiającym a wykonawcą odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznych.
 - Pkt 12.3 SWZ-Postępowanie prowadzone jest w języku polskim w formie elektronicznej za pośrednictwem platformazakupowa.pl, zwanej dalej Platformą, dostępnej pod adresem: <https://platformazakupowa.pl/pn/gminanowosolna>.

- Pkt 12.8 SWZ- Komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, w tym przekazywanie wszelkich oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji, odbywać się będzie w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy i formularza „Wyślij wiadomość”. Za datę przekazania (wpływu) oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji przyjmuje się datę ich przesłania za pośrednictwem Platformy poprzez kliknięcie przycisku „Wyślij wiadomość”, po których pojawi się komunikat, że wiadomość została wysłana do Zamawiającego.
- Pkt 12.9 SWZ- Zamawiający będzie przekazywał informacje Wykonawcom w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy. Informacje dotyczące odpowiedzi na pytania, zmiany SWZ, zmiany terminu składania i otwarcia ofert Zamawiający będzie zamieszczał na Platformie w sekcji „Komunikaty”. Korespondencja, której zgodnie z obowiązującymi przepisami, adresatem jest konkretny Wykonawca będzie przekazywana w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy do tego konkretnego Wykonawcy
- Pkt 12.10 SWZ- Wykonawca jako podmiot profesjonalny ma obowiązek sprawdzania komunikatów i wiadomości bezpośrednio na Platformie, przesłanych przez zamawiającego, gdyż system powiadomień może ulec awarii lub powiadomienie może trafić do folderu SPAM.

17. Z powyższych postanowień SWZ wynikają następujące wnioski. Po pierwsze Zamawiający przewidział komunikację wyłącznie za pośrednictwem Platformy. Po drugie, korespondencja, której adresatem jest konkretny wykonawca będzie przekazywana za pośrednictwem Platformy do tego wykonawcy. Po trzecie, Zamawiający wskazał po stronie wykonawców na obowiązek sprawdzania komunikatów i wiadomości bezpośrednio na Platformie.
18. A zatem uwzględniając powyższe postanowienia SWZ, Odwołujący sprawdzał regularnie Platformę na swoim koncie, w myśl zasady, że pisma kierowane bezpośrednio do wykonawców będą na nich adresowane. Jednocześnie Zamawiający nie zalecił sprawdzania poczty elektronicznej, z uwagi na ryzyko SPAMU.
19. W tym miejscu wskazać też należy, że Zamawiający w żadnym miejscu SWZ nie określił komunikacji za pośrednictwem poczty elektronicznej ani też nie informował wykonawców, że komunikaty dotyczące platformy będą wpływały na wskazane w ofercie adresy e-mail. A nawet jeśli Zamawiający określiłby taki wymów, to ostatecznie i tak wiadomość powinna się znaleźć na Platformie, na koncie wykonawcy biorącego udział w postępowaniu.

20. Odwołujący przed wniesieniem niniejszego odwołania, próbował ustalić przyczynę zaistniałej sytuacji, tj. braku doręczenia wezwania przez Zamawiającego. Według Zamawiającego podczas rozmowy telefonicznej, stosowne wezwanie zostało zaadresowane za pośrednictwem Platformy na adresy e-mail wskazane w ofercie. Istota problemu błędnego doręczenia pisma z dnia 29 lutego 2024 r. polega na tym, że Odwołujący wskazał adres e-mail sp-instal@o2.pl, do którego jest przypisane konto na Platformie jednoosobowej działalności gospodarczej. W konsekwencji, wysłana wiadomość na ten adres e-mail automatycznie została przypisana do niewłaściwego konta, tj. na jdg.
21. Podkreślenia wymaga fakt, że w żadnym miejscu SWZ ani też z treści oferty nie wynika w jakim celu potrzebny był Zamawiającemu adres e-mail. Enigmatyczne sformułowanie „adres e-mail do kontaktu” w żadnej mierze nie przesądza o tym, że Zamawiający będzie na tego maila wysyłał wezwania, gdy z treści SWZ wynika, że komunikacja odbywa się za pośrednictwem Platformy. W szczególności nie wskazano, że na te adresy będą wysyłane jakiegolwiek komunikaty pochodzące z Platformy. Zresztą Odwołujący nawet jako profesjonalista w obrocie nie musi znać dokładnie w szczegółach zasad działania każdej platformy zakupowej i tym samym nie musi wiedzieć, że wskazanie adresu przypisanego do innego konta będzie skutkowało automatycznym wysyłaniem wiadomości na to konto. To w gestii Zamawiającego jest zapewnienie skutecznej komunikacji z wykonawcami i to wynika z ugruntowanego poglądu zarówno doktryny jak i orzecznictwa. Dlatego też, jeżeli Zamawiający zamierzał wysyłać wiadomości przy użyciu adresów e-mail wskazanych w formularzu oferty, to powinien uprzedzić o ewentualnych konsekwencjach podania takiego adresu, w szczególności o ryzyku doręczenia wezwania na konto innego użytkownika.
22. Należy podnieść, że ryzyko niesprawnego funkcjonowania systemu elektronicznego należy 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). Stanowisko literatury zgodne jest również ze stanowiskiem judykatury, np.: orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 6 kwietnia 2018 r. w sprawie o sygn. akt V Aga 259/18, zgodnie z którym "jak wynika z treści [art. 61 § 2](#) k.c., 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."

23. Mając na uwadze przytoczone okoliczności oraz poglądy doktryny, nie można uznać, że Zamawiający skutecznie doręczył wezwanie Odwołującemu.
24. Analizując treść SWZ, Odwołujący wywnioskował, że adres e-mail jest potrzebny Zamawiającemu do komunikacji z wykonawcą w sprawach organizacyjnych, takich jak np. kwestia ustalenia treści zabezpieczenia należytego wykonania umowy, czy też innych danych do umowy.
25. Fakt wysłania wiadomości na SP-INSTAL Sebastian Przepiórski był dla Odwołującego mylący, ponieważ już od dłuższego czasu SP-INSTAL Sebastian Przepiórski nie uczestniczy w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Tymczasem pracownik codziennie sprawdzał konto użytkownika Odwołującego i taki obowiązek wynikał wprost z SWZ.
26. Odwołujący wskazuje, że również z żadnego postanowienia Regulaminu lub Instrukcji użytkowania Platformy nie wynika, że podanie adresu e-mail przypisanego do konkretnego konta, będzie oznaczało, że maile wysyłane za pośrednictwem tego adresu będą trafiały do konkretnie przypisanego konta.
27. Mając na uwadze powyższe okoliczności Zamawiający nie doręczył skutecznie wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą. Na marginesie należy zaznaczyć, że wezwanie nie zostało imiennie zaadresowane do Odwołującego, a do „Wykonawców biorących udział w postępowaniu”, co też było dodatkowo mylące dla Odwołującego.
28. W konsekwencji Zamawiający bezpodstawnie zastosował art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp odrzucając ofertę Odwołującego.
29. W tym miejscu Odwołujący podnosi, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby w okoliczności, gdzie Zamawiający nieskutecznie wezwał Odwołującego do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie wystąpił do Odwołującego o wyrażenie zgody na udzielenie jemu zamówienia po upływie terminu związania ofertą, zgodnie z art. 252 ust. 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę wyżej przytoczone okoliczności, wniesienie niniejszego odwołania jest konieczne i prawnie dopuszczalne.

Załączniki:

- 1/ Odpisy KRS
- 2/ Potwierdzenie wniesienia wpisu od odwołania;
- 3/Pełnomocnictwa
- 4/ Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu
- 5/ Dowody wymienione w petitum odwołania