

POSTANOWENIE
z dnia 12 lutego 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 12 lutego 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 stycznia 2024 r. przez wykonawcę Miranex sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowo Podgórne w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Wojskową Akademię Techniczną z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Papirus art. piśmienne i biurowe R.K. z siedzibą w Łowiczu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 262/24 po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Miranex sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowo Podgórne i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Miranex sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowo Podgórne tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 262/24

Uzasadnienie

Zamawiający: Wojskowa Akademia Techniczna z siedzibą w Warszawie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Dostawa artykułów biurowych i drobnego sprzętu biurowego”, nr sprawy: 222/DZZ/2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało dokonane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 grudnia 2023 r., pod nr 2023/BZP 00561012/01.

W dniu 4 stycznia 2024 r. Odwołujący: wykonawca Miranex sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowo Podgórne uzyskał od Zamawiającego informację o treści oferty wykonawcy Papirus art. piśmienne i biurowe R.K. z siedzibą w Łowiczu, zwanego dalej Przystępującym, to jest o ewentualnych podstawach odrzucenia oferty tego wykonawcy w tym w zakresie spornej pozycji 212 Szczegółowego opisu Przedmiotu zamówienia (vide: plik wydruk korespondencji po upływie terminu składania ofert).

Po zapoznaniu się z ofertą Odwołujący poinformował Zamawiającego pismem z dnia 11 stycznia 2024 r. o niezgodności treści oferty w wymaganiach SWZ wnosząc o odrzucenie oferty tego wykonawcy na zasadzie art.226 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp (zob. załącznik nr 7 odwołania).

W dniu 19 stycznia 2024 r. Odwołujący powziął od Zamawiającego informację o odrzuceniu jego oferty i o wyborze najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty (czynność odrzucenia oferty Odwołującego nie została zaskarżona) Odwołujący w dniu 24 stycznia 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, podczas gdy zaferowany przez wskazanego wykonawcę asortyment pod pozycją 212 w sposób oczywisty nie spełnia warunków zamówienia określonych przez Zamawiającego.

Odwołujący zażądał nakazania Zamawiającemu:

1. unieważnienia podjętej dnia 19 stycznia 2024 r. czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej,

- 2.ponowienia badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Papirus,
- 3.unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 2) ustawy Pzp.

Pismem z dnia 8 lutego 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego odrzucenie.

W przedmiotowej sprawie Przystępujący zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, w tym akt sprawy odwoławczej Izba postanowiła odwołanie odrzucić.

Na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika, Izba doszła do przekonania, że zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Wymaga wskazania, że w myśl przepisu art. 528 pkt 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Jednocześnie stosownie do przepisu art. 515 ust.3 pkt 2 ustawy Pzp odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.

Według ustaleń Izby Odwołujący dowiedział się o tym, że oferta Przystępującego powinna podlegać odrzuceniu z powodu sprzeczności jej treści z warunkami zamówienia, co potwierdzają powyższe dowody.

Zdaniem Izby - powyższa przekazana Odwołującemu przez Zamawiającego informacja z dnia 4 stycznia 2024 r. zawierająca treść oferty w spornym zakresie, pozwalała mu sformułować już na tamtym etapie postępowania zarzutów związanych z zaniechaniem odrzucenia oferty Przystępującego z powodu jej sprzeczności z warunkami zamówienia, czego Odwołujący nie uczynił.

Biorąc pod uwagę, że bieg terminu do wniesienia odwołania w tej sprawie rozpoczął się w dniu następującym po dacie 4 stycznia 2024 r., to jest dacie powiadomienia Odwołującego o treści oferty Przystępującego, Izba stwierdziła, że jego upływ nastąpił w dniu 9 stycznia 2024 r., podczas gdy odwołanie zostało wniesione dopiero w dniu 24 stycznia 2023 r.

Wobec powyższego Izba uznała, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu na zasadzie art.528 pkt.3 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego Izba uznała, że zachodzą również podstawy do zastosowania przepisu art.528 pkt 6 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2.

Natomiast w myśl przepisu art.514 ust.2 ustawy Pzp Odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

Jednocześnie stosownie do art.514 ust.3 ustawy Pzp domniemywa się, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

W rozpoznawanej sprawie – zdaniem Izby – takie przekazanie w formie elektronicznej nastąpiło, jednak Zamawiający obalił domniemanie, o którym mowa ust.3 powołanego wyżej przepisu prawa.

Według Izby – wyjaśnienia Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 lutego 2024 r. są potwierdzeniem powyższego stanu rzeczy, gdzie Zamawiający wskazał, co następuje:

„Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Dostawę artykułów biurowych i drobnego sprzętu biurowego* zostało przeprowadzone w trybie podstawowym, na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych za pośrednictwem platformy zakupowej

W SWZ, w Rozdziale X Zamawiający określił sposób komunikacji pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami:

1.Ilekroć w Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) jest mowa o „Platformie zakupowej” –należy przez to rozumieć narzędzie umożliwiające realizację procesu związanego z udzielaniem zamówień publicznych w formie elektronicznej służące w szczególności do przekazywania ofert, oświadczeń, zwane dalej „Platformą” lub „Systemem”.

2. Postępowanie prowadzone jest w języku polskim w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy pod adresem:

3. Komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, w tym oferta, wszelkie wnioski, dokumenty, oświadczenia, zawiadomienia oraz informacje przekazywane są przy użyciu środków komunikacji elektronicznej za pośrednictwem Platformy Zakupowej. Zadaniem przekazania wniosków, dokumentów, oświadczeń, zawiadomień oraz informacji przyjmuje się datę ich wysłania za pośrednictwem sekcji „Wiadomości”.

4. Wykonawca zobowiązany jest do monitorowania postępowania na Platformie pod adresem:

5. Zamawiający nie przewiduje sposobu komunikowania się z Wykonawcami w inny sposób, niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej wskazanej w SWZ.

6.

W Rozdziale XXV Środki ochrony prawnej, w ust. 3, Zamawiający określił sposób przekazania odwołania:

„3. Odwołujący przekazuje Zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Kopia odwołania może być przesłana w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy e-zamawiający poprzez link: ”.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu w dokumentach zamówienia jednoznacznie wskazał platformę zakupową jako narzędzie umożliwiające realizację procesu związanego z udzielaniem zamówień publicznych w formie elektronicznej jak również określił formę komunikacji pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami. W przedmiotowym postępowaniu Wykonawcy (w tym Odwołujący) nie mieli żadnych trudności w komunikowaniu się z Zamawiającym za jej pośrednictwem ani nie zgłaszali jakichkolwiek problemów.

Dowód: SWZ – w aktach postępowania

Podkreślenia wymaga fakt, że Odwołujący zwracał się kilkakrotnie do Zamawiającego w trakcie prowadzonego postępowania za pośrednictwem platformy m. in. w dniu składania ofert - 04.01.2024 r. o przesłanie skanów ofert złożonych w postępowaniu z prośbą o przesłanie ich na podany adres mailowy. Zamawiający zgodnie z zapisami w SWZ dotyczącymi sposobu komunikacji między Zamawiającym a Wykonawcami przesłał oferty za pośrednictwem platformy.

Tego samego dnia dodatkowo poinformował Odwołującego o wymaganym sposobie komunikacji określonym w SWZ.

W związku z powyższym Odwołujący, jeżeli nawet nie zapoznał się szczegółowo z zapisami SWZ w zakresie komunikacji pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami, to po terminie składania ofert, czyli w dniu 04.01.2024 r. został o tym dodatkowo poinformowany przez Zamawiającego.

Poniżej mail i screen z platformy:

Pomimo to, Odwołujący nie dostosował się do zapisów SWZ i dodatkowej informacji Zamawiającego w zakresie przekazania odwołania w sposób wskazany przez Zamawiającego, czyli za pośrednictwem platformy zakupowej i w dniu 24.01.2024 r. o godzinie 17.14 przesłał odwołanie wyłącznie pocztą elektroniczną na adres mailowy Zamawiającego.

Zamawiający potwierdza, że od daty ogłoszenia informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołujący nie przesłał odwołania na platformę zakupową, ani też nie podjął próby takiego przesłania, podczas gdy całą wcześniejszą korespondencję z Zamawiającym prowadził właśnie poprzez platformę zakupową.

W tym miejscu Zamawiający wskazuje na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 18 października 2021 r. (sygn. akt: KIO 2863/21), w którym Izba uznała że skoro wskazanym przez zamawiającego środkiem komunikacji była platforma zakupowa, odwołanie (lub jego kopia) powinno zostać przekazane w pierwszej kolejności z wykorzystaniem tej platformy. KIO wskazała ponadto, że droga komunikacji za pomocą poczty elektronicznej na wskazany przez zamawiającego adres e-mail mogła być jedynie dodatkowa.

Zamawiający, po zamieszczeniu w dniu 19.01.2024 r. na platformie zakupowej informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, po upływie w dniu 24.01.2024 r. terminu na wniesienie odwołania i nie uzyskawszy na platformie zakupowej w ww. terminie zawiadomienia od Odwołującego o wniesieniu środka zaskarżenia, miał prawo uznać, że w przedmiotowym postępowaniu nie wniesiono odwołania w zawitym terminie i w związku z tym może podejmować działania zmierzające do zawarcia umowy z wybranym Wykonawcą.

Ostatnią wiadomością od Odwołującego na platformie zakupowej była wiadomość z dnia 22.01.2024 r., w której wnioskował o udostępnienie pełnej dokumentacji i korespondencji z firmą Papirus.

Poniżej screen z platformy zakupowej:

Dowód: cała korespondencja – w aktach postępowania

Z uwagi na brak informacji, w szczególności na platformie zakupowej, jak również w skrzynce odbiorczej Zamawiającego, po upływie terminów określonych w ustawie Pzp, Zamawiający w dniu 31.01.2024 r. zawarł umowę z Wykonawcą Papirus. Wykonawca nie przystąpił jeszcze do realizacji ww. umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe i uzasadniając swoje działania, Zamawiający informuje, że faktycznie informację o wniesieniu odwołania powziął dopiero w dniu 2 lutego br. o godz. 14.41, w związku z wiadomością mailową z Biura Krajowej Izby Odwoławczej wzywającą do przesłania informacji dotyczących przedmiotowego postępowania.

Dopiero w tej dacie i po otrzymaniu maila z KIO, Zamawiający rozpoczął przeszukiwanie swojej skrzynki mailowej i odnalazł przedmiotowy mail w folderze „Wiadomości-śmieci”. Odwołanie zostało przesłane z adresu mailowego pełnomocnika Odwołującego Konrada Różewicza r. na adres mailowy zamawiającego d. w dniu 24 stycznia 2024 roku o godz. 17.14.

Na potwierdzenie powyższego faktu poniżej raport dostarczenia wiadomości do skrzynki mail Zamawiającego. Wynika z niego, że wiadomość już na wejściu otrzymała status SPAM i została przeniesiona do folderu "Wiadomości-śmieci" (JunkFolder).

W związku z decyzją Prezesa Rady Ministrów wprowadzającą stopień alarmowy CHARLIECRP od dnia 21.02.2022 r. od godz. 21:00, Zamawiający został ustawowo zobowiązany do zachowania zwiększonej czujności w stosunku do stanów odbiegających od normy w zakresie funkcjonowania sieci i systemów informatycznych, w szczególności:

- monitorowania i weryfikowania czy nie doszło do naruszenia bezpieczeństwa komunikacji elektronicznej,
- monitorowania dostępności usług elektronicznych,
- aktualizowania oprogramowania,
- zweryfikowania posiadanych kopii zapasowych swoich dokumentów.

W ramach powyższych zadań zwiększono nadzór nad przychodzącymi wiadomościami e-mail, szczególnie po ataku hackerskim na Akademię Sztuki Wojennej 10/11 lipca 2023 r.

Podkreślić należy, że Zamawiający dziennie otrzymuje blisko 30 tysięcy wiadomości, z czego ok. 21,5 tysiąca przechodzi pierwszą weryfikację. Następnie filtry na podstawie kolejnych kryteriów oceniają czy wiadomość jest „względnie bezpieczna”. Jest to dość duży wolumen ruchu obsługiwany przez narzędzia oraz użytkowników weryfikujących poprawność klasyfikacji treści.

Nawet jeśli narzędzia mają niski procent tzw. „false-positive” czyli maili właściwych uznanych za SPAM, to przy wspomnianym wolumenie ruchu przekłada się to na konkretne wiadomości każdego dnia.

Zaistniała sytuacja jest więc najprawdopodobniej następstwem wprowadzonego w Akademii wysokiego poziomu zabezpieczenia wiadomości otrzymywanych z zewnątrz.

Zamawiający zawierając umowę w sprawie zamówienia publicznego z wybranym Wykonawcą działał w przekonaniu, że nie zostało wniesione odwołanie oraz że dokonuje czynności zgodnych z przepisami ustawy, w szczególności z art. 308 ust. 2 i zawarł umowę w terminie nie krótszym niż 5 dni od przesłania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej.”.

Według zapatrywania Izby – powyższe okoliczności faktyczne świadczą o tym, że Zamawiający nie mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, pozostając w przekonaniu i pewności, że wykonawcy będą przysyłać kopię odwołania w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy e-zamawiającej poprzez link: _co zostało wyraźnie zastrzeżone w rozdziale XXV ust.3 SWZ.

Jeżeli zatem, Odwołujący miał zamiar skorzystania z adres mailowego firmowego Zamawiającego, mając wyraźnie zakomunikowany właściwy sposób przekazywania kopii odwołania za pośrednictwem linku: , to powinien przed skorzystaniem z przekazania odwołania w inny sposób niż zastrzeżony na gruncie SWZ upewnić się, jaka droga jest

właściwa i czy wiadomość dotrze do adresata.

Odwołujący takiego elementarnego aktu staranności nie uczynił, a zatem sam się pozbawił prawa do skorzystania ze środka ochrony prawnej.

Wymaga wskazania, że czynność przekazania Zamawiającemu odwołania czy jego kopii ma podwójną doniosłość.

Po pierwsze, umożliwia stronie i uczestnikowi postępowania odwoławczego odpowiednie przygotowanie się do odparcia zarzutów odwołania.

Po drugie, brak należytego zakomunikowania Zamawiającemu we właściwy sposób treści odwołania, może wywołać u tego Zamawiającego mylne przekonanie, że jest uprawniony do zakończenia postępowania przetargowego i w związku z tym może zawrzeć z wybranym wykonawcą umowę, w terminie, o którym mowa w art.264 ust.1 ustawy Pzp.

Z tych wszystkich powodów - Izba uznała, że przedmiotowe odwołanie podlega również odrzuceniu na zasadzie art.528 pkt.6 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 zd.2 ustawy Pzp postanowiła odrzucić odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku w oparciu o przepis art.575 i 576 ustawy Pzp w związku z przepisem § 8 ust. 1 zd.1 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 od odwołania .

Przewodniczący:.....