

POSTANOWENIE
z dnia 28 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 21 i 27 czerwca 2023 r. w Warszawie, odwołania wniesionego w dniu 7 czerwca 2023 r. przez odwołującego: **LOGAN Sp. z o.o. z/s w Krakowie** (ul. Lasówka 42, 30718 Kraków) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Lotnicza Akademia Wojskowa z/s w Dęblinie** (ul. Dywizjonu 303 35, 08521 Dęblin), przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: **A.S. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PB Logistyka S. B. z/s w Bydgoszczy** (ul. Jana Kozińskiego 38/1, 85-657 Bydgoszcz); **B. GANDOLF A. K. z/s w Warszawie** (ul. Oszmiańska 7, 03-503 Warszawa),
orzeka:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego: **LOGAN Sp. z o.o. z/s w Krakowie** (ul. Lasówka 42, 30718 Kraków) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.
3. Nie uwzględnia wniosków wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego o zasądzenie na ich rzecz kosztów postępowania odwoławczego w kwotach:
 - 3.1. na rzecz wykonawcy: **S. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PB Logistyka S. B. z/s w Bydgoszczy** (ul. Jana Kozińskiego 38/1, 85-657 Bydgoszcz) w kwocie **4.460 zł 02 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt złotych zero dwa grosze) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł i kosztów dojazdu na rozprawę w kwocie 860 zł 02 gr;
 - 3.2. na rzecz wykonawcy: **GANDOLF A. K. z/s w Warszawie** (ul. Oszmiańska 7, 03-503 Warszawa) w kwocie: **3.321 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące trzysta dwadzieścia jeden złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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 2022 r., poz. 1710 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**.

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2023r. w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Lotnicza Akademia Wojskowa z/s w Dęblinie na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Dostawę mebli”. Numer referencyjny: Zp/pn/25/2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE nr 2023/S 045-130207 z dnia 3 marca 2023 r.

Wykonawca podał, że wnosi odwołanie (...) wobec czynności i zaniechań Lotniczej Akademii Wojskowej (...) podjętych z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, a mianowicie wobec:

1. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, mimo iż treść oferty Odwołującego w pełni odpowiada warunkom zamówienia;
2. naruszenia art. 16 pkt 1 oraz pkt 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty Odwołującego w sposób odmienny od oceny pozostałych ofert oraz oderwany od rzeczywistych wymagań Specyfikacji Warunków Zamówienia (...), a w konsekwencji naruszenia zasady prowadzenia Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób proporcjonalny; a w konsekwencji;
3. naruszenia art. 229 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty pozornie najkorzystniejszej, pomimo iż, w rzeczywistości to oferta Odwołującego pozostaje najkorzystniejszą.

W oparciu o podniesione zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 29 maja 2023 r.;
2. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z 29 maja 2023 r. i przeprowadzenia oceny Ofert ponownie z uwzględnieniem Oferty Odwołującego;

Ponadto wniósł o:

3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania lub przedłożonych w toku postępowania przed Izbą, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania lub w dacie ich powołania w postępowaniu przed KIO
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Wskazał, że „Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania. Oferta Odwołującego zawiera najniższą cenę ze wszystkich złożonych w Postępowaniu oraz tożsamą wartość co oferta wybrana jako najkorzystniejsza w kryterium pozacenowym. Tym samym, jeżeli Zamawiający nie dopuściłby się wskazanych wyżej naruszeń i dokonał oceny ofert zgodnie z przepisami ustawy Pzp, oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Natomiast przy utrzymaniu nieprawidłowej czynności odrzucenia ofert Odwołującego, utraci on możliwość realizacji niniejszego zamówienia”

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 19/06/23) podał w szczególności: „Działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy (...) Prawo zamówień publicznych w odpowiedzi na odwołanie wniesione przez wykonawców: 1) LOGAN Sp. z o.o. z Krakowa 2) PB Logistyka S. B. z Bydgoszczy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę mebli nr referencyjny Zp/pn/25/2023 oświadczam, że:

- 1) uwzględniam zarzuty zawarte w obu odwołaniach w całości,
- 2) w związku z powyższym wnoszę o umorzenie obu postępowań przed Krajową Izbą Odwoławczą w całości.(...)

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca:

1)w dniu 14 czerwca 2023 r. S. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PB Logistyka S. B. z/s w Bydgoszczy (Przystępujący PB)

2)w dniu 15 czerwca 2023 r. - GANDOLF A. K. z/s w Warszawie (Przystępujący Gandolf)

Wskazani wykonawcy: wykonawca PB w piśmie z dnia 14/06/23, a wykonawca Gandolf w piśmie z dnia 20/06/23 - stosownie do art.523 ustawy Pzp wnieśli sprzeciw do uwzględnienia zarzutów z odwołania wykonawcy LOGAN.

Przystępujący PB dodatkowo w piśmie z dnia 16/06/23 (do akt sprawy doręczone 21.06.23), w którym ponownie zgłosił sprzeciw z jego uzasadnieniem, w pierwszej kolejności wniósł o odrzucenie odwołania. Wskazał na następujące okoliczności: „Z informacji zamieszczonej w piśmie z 14.06.2023r. o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty wynika, iż odwołanie firmy LOGAN zostało wniesione już w dniu 7.06.2023 r. Jednakże informacje o odwołaniu Zamawiający podał do wiadomości Wykonawców dopiero w dniu 14.06.2023 r. po interwencji Przystępującego. Zamawiający wyjaśnił, iż nie przekazał Wykonawcom kopii odwołania, gdyż do dnia 14.06.2023 r. nie miał wiedzy o jego wpłynięciu. Kopia odwołania została przesłana za pomocą poczty elektronicznej, serwery Zamawiającego ją zablokowały i znalazła się w folderze Spam w dniu 14.06.2023 r. Powyższe wyjaśnienie może świadczyć o tym, iż Odwołujący nie zawiadomił skutecznie Zamawiającego o wniesieniu odwołania przed upływem terminu na jego wniesienie.

Zgodnie z art. 528 pkt. 6 ustawy pzp Krajowa Izba Odwoławcza odrzuca odwołanie, gdy odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2. Dowód przekazania odwołania Zamawiającemu winien być dołączony do odwołania (art. 516 ust.2 ustawy pzp)

W myśl art. 514 ust.2 i 3 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. 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. Odwołujący winien dysponować dowodem przekazania odwołania na server Zamawiającego z 7 czerwca 2023r. Samo potwierdzenie wysłania emaila nie stanowi skutecznego przekazania odwołania Zamawiającemu. Mając na uwadze art.61§ 2kc nadawca wiadomości e:mail powinien zadbać o takie skonfigurowanie swojej poczty, aby uzyskać raport potwierdzający wpływ wiadomości na server odbiorcy.

Ponad to Przystępujący podnosi, iż przekazanie odwołania nastąpiło na adres poczty elektronicznej, co jest niezgodne z formą komunikacji ustaloną przez Zamawiającego w SWZ. Zgodnie z pkt. 12.4 ppkt.4) po założeniu konta Wykonawca ma możliwość złożenia Oferty w postępowaniu. Komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, w szczególności zawiadomienia oraz informacje, przekazywane są w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy. Za datę przekazania zawiadomień oraz informacji przyjmuje się ich datę ich wysłania za pośrednictwem zakładki „Korespondencja”.

Zgodnie pkt. 12.9 SWZ Zamawiający nie dopuszcza innych sposobu komunikowania się z Wykonawcami niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, wskazanych w SWZ

Brak faktycznej możliwości zapoznania się z odwołaniem przez Zamawiającego świadczy o naruszeniu art. 528 pkt. 6 ustawy pzp i rodzi obowiązek odrzucenia odwołania”.

Powyższe okoliczności potwierdził Zamawiający pozostawiając Krajowej Izbie Odwoławczej rozstrzygnięcie w tej sprawie, co do odrzucenia odwołania wykonawcy Logan.

Drugi z wykonawców Gandolf zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego także po stronie zamawiającego, (który również wniósł sprzeciw do uwzględnienia odwołania), co do wniosku o odrzucenie odwołania wykonawcy Logan, wniósł o rozpoznanie tego odwołania na rozprawie.

Odwołujący, wykonawca Logan w piśmie procesowym z dnia 26/06/23 wnosząc o nieuwzględnienie wniosku, co do odrzucenia jego odwołania stwierdził w szczególności: (...)

2.Podniesiony zarzut jest niezasadny, a prezentowana argumentacja chybiona i nie odpowiadająca stanowi faktycznemu sprawie.

3. Odnosząc się do wymogu przekazania do Izby wraz z Odwołaniem wniesionym przez LOGAN w dniu 7 czerwca 2023r., dowodu przekazania odwołania Zamawiającemu, wskazując, że okoliczność ta została zweryfikowana przez skład orzekający na posiedzeniu w dniu 21 czerwca 2023r., poprzez odczytanie treści załączonego do Odwołania maila z dnia 7 czerwca 2023r. z godz. 14:14, potwierdzającego przesłanie do Zamawiającego treści Odwołania. Tak więc, w aktach sprawy znajduje się dowód przekazania Odwołania do Zamawiającego, co jednoznacznie i dostatecznie obala przyjętą przez przystępującego PB Logistyka argumentację o nieprzekazaniu wraz z Odwołaniem do Izby dowodu przekazania Odwołania Zamawiającemu.

4.Także w zakresie przesłanki odrzucenia Odwołania na podstawie art. 528 pkt. 6 Pzp argumentacja Przystępującego jest w pełni chybiona.

5.W treści tego przepisu ustawodawca wyraźnie i jednoznacznie odwołał się do art. 514 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym: „Odwołujący przekazuje kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu”.

6.Jednocześnie zgodnie z pomijanym przez Przystępującego przepisem art. 514 ust. 3 Pzp: „Domniemywa się, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej”.

7.Dokładna analiza cytowanych regulacji prowadzi do wniosku, że ustawodawca nie określił w jaki sposób odwołujący ma przekazać zamawiającemu odwołanie, w szczególności nie zastrzegł rygoru co do formy przekazywanej kopii. Może więc złożyć kopię odwołania w siedzibie zamawiającego osobiście (1), za pośrednictwem operatora pocztowego (2) czy też posłańca (3), przesłać je zamawiającemu za pośrednictwem poczty elektronicznej (4) lub faksem (5).

8.Istotne jest to, aby czynność ta miała miejsce przed upływem terminu na złożenie odwołania, to zaś w świetle oświadczenia Zamawiającego złożonego na posiedzeniu w dniu 21 czerwca 2023r. o tym, że mail zawierający Odwołanie dotarł na jego serwer w dniu 7 czerwca 2023r. o godz. 14:14 nie może budzić wątpliwości. Irrelevantny przy tym pozostaje fakt, iż wiadomość ta znalazła się w spamie Zamawiającego i faktycznie z treścią tej wiadomości Zamawiający zapoznał się później.

9.Zgodnie bowiem z treścią ust. 3 cytowanego przepisu, przyjęto domniemanie, że Zamawiający mógł się zapoznać z treścią Odwołania, jeżeli Odwołanie zostało przekazane Zamawiającemu za pośrednictwem poczty elektronicznej. Nie ma znaczenia fakt, że Zamawiający ze względów organizacyjnych czy technicznych (a konfiguracja filtrów powodujących umieszczanie wiadomości w spam ma taki właśnie charakter – w szczególności w sytuacji, gdy wiadomości wysłane z tej samej skrzynki pocztowej - np. do KIO - nie powodują traktowania ich jako „spam”, czy też blokowania przez zapory

czy filtry KIO) zapoznał się z treścią Odwołania w późniejszym terminie. Znaczenie prawne w tej sytuacji ma sama obiektywna możliwość zapoznania się przez Zamawiającego z treścią Odwołania, a ta jak wskazano była możliwa od godz. 14:14 w dniu złożenia Odwołania, co potwierdzają fakty i sam Zamawiający, który wiadomość odczytał i finalnie zapoznał się z nią. Co więcej, przedstawił w ślad za utrwalonym orzecznictwem sądów administracyjnych, że umieszczenie danej korespondencji (wiadomości, informacji, wniosku, oświadczenia etc.) poprzez narzędzia stosowane przez samego Zamawiającego w tzw. SPAMIE, nie wpływają na tę korespondencję, a w szczególności nie powodują, że można ją uznać za złożoną po terminie. Dowód: protokół z posiedzenia KIO z dnia 21 czerwca 2023r.

10. Można tu także budować zasadną analogię pomiędzy sposobem konfiguracji zapór dla otrzymywanej korespondencji mailowej (spam), a rozstrzyganym przez KIO w wyroku z 2 kwietnia 2014 roku, sygnatura akt /14, skracaniem czasu pracy urzędu Zamawiającego, w którym Izba przyjęła, że „Zamawiający nie może skracać Wykonawcy terminu na składanie odwołania, tudzież jego kopii, poprzez takie czy inne godzin pracy, wywodząc następnie, że zapoznał się, jak w tym wypadku z kopią odwołania po terminie na jego składanie, tj. po 3 dniach od jego doręczenia na e-mailową skrzynkę odbiorczą Zamawiającego. Z punktu widzenia skuteczności doręczenia nieistotne jest to, czy i kiedy adresat zapoznał się z jego treścią. Wystarczająca jest że kopia odwołania doszła do Zamawiającego w taki sposób, stwarzający mu realną możliwość zapoznawania się z treścią odwołania. Powyższa okoliczność nie miała charakteru spornego. Zamawiający otrzymał bowiem kopie odwołania w dniu 21 marca 2014 r. na adres swojej skrzynki e-mailowej. Bez znaczenia jest zatem, że nastąpiło to po godzinach pracy Zamawiającego. Z art. 111 § 1 k.c. wynika bowiem, iż dzień rozumiany jest jako doba. Liczy się go od północy do północy (computatio civilis) i obejmuje on 24 godziny”.

11. Co więcej, brew formułowanym przez Przystępującego twierdzeniom ustawodawca w cytowanych regulacjach wyrażnie posłużył się sformułowaniami „przekazuje”, „przekazanie” nie zaś „doręcza”, „doręczenie” przypisując jednocześnie przekazaniu kopii odwołania przy użyciu środków komunikacji elektronicznej domniemania skutecznego zapoznania się adresata takiej wiadomości, czyli Zamawiającego.

12. Wszelkie zatem odniesienia Przystępującego do tzw. teorii doręczenia oraz odwoływanie się do regulacji Prawa Poczтового nie znajduje w tej sytuacji zastosowania i świadczy o nierozumieniu tej materii.

13. Jednocześnie, wskazane regulacje powodują, że nie sposób uznać, że składanie zawiadomienia o wniesionym Odwołaniu i przesłanie jego kopii Zamawiającemu dla jego skuteczności wymusza złożenie go poprzez zastrzeżony w SWZ sposób wymagany dla komunikacji pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcami. Przepisy ustawy w tym, cytowane art. 528 pkt. 6 Pzp, czy art. 514 ust. 2 i 3, ale także przywoływany przez Przystępującego art.

61 ust. 1 Pzp, który stanowi: Art. 61 ust. 1 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 mają charakter gwarancyjny i nie mogą być modyfikowane czy ograniczane regulacjami wewnętrznymi Zamawiającego, w tym wyrażonymi w treści SWZ.

14. I właśnie treść art. 514 ust. 2 Pzp określająca sposób przekazania odwołania zamawiającemu, wpisuje się w wyjątek, co do którego nie znajdują zastosowania regulacje art. 61 ust. 1 Pzp.

15. Potwierdza to także piśmiennictwo:

Przekazanie kopii odwołania może odbywać się za pośrednictwem platformy elektronicznej, na której prowadzone jest postępowanie. Kopia może również zostać przesłana e-mailem lub faksem, albo złożona osobiście. Do sposobu przekazania kopii odwołania zamawiającemu nie mają zastosowania zasady komunikacji określone w art. 61, tylko te wynikające z art. 508 ust. 2., ale także same brzmienie SWZ dla niniejszego postępowania, skoro w regulacji pkt. 25 „POUCZENIE O ŚRODKACH OCHRONY PRAWNEJ PRZYSŁUGUJĄCYCH WYKONAWCY” ochrony prawnej określone w dziale IX ustawy Pzp przysługują Wykonawcy oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy”, powołano się na regulację ustawową, a nie pkt 12 „INFORMACJA O ŚRODKACH KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ, PRZY KTÓRYCH UŻYCIU ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE KOMUNIKOWAŁ SIĘ Z WYKONAWCAMI, ORAZ INFORMACJE O WYMAGANIACH TECHNICZNYCH I ORGANIZACYJNYCH SPORZĄDZANIA, WYSYŁKACH KOPII ODWOŁANIA, WYSYŁKACH KOPII ODWOŁANIA”.

16. Co więcej, także sama redakcja pkt. 12.4 (pkt 4) nie pozostawia wątpliwości, że odnosi się do komunikacji Zamawiającego z wykonawcami, a nie odwrotnie - czyli Wykonawców z Zamawiającym, oraz do złożenia oferty!

17. W tej sytuacji nie może budzić wątpliwości, że Odwołujący skutecznie przesłał wiadomość email i nie otrzymał automatycznej (ani żadnej innej) odpowiedzi o niedostarczeniu wiadomości albo jakichkolwiek problemach z jej dostarczeniem! Przy czym, co istotne, nie był to przypadkowy adres spośród utrzymywanych na serwerze Zamawiającego, lecz adres j.k.@law.mil.pl expreis verbis wskazany w pierwszym punkcie i na pierwszej stronie SWZ dla niniejszego postępowania!!!

18. Jaki zatem byłby cel wskazywania tego adresu, skoro jak twierdzi Przystępujący, jedynym kanałem nie tylko korespondencji Zamawiającego z wykonawcami, ale także Wykonawców z Zamawiającym, nie wyłączając zawiadomień o złożonych środkach ochrony prawnej miałyby być platforma?

19. Należy zatem podkreślić, że zgodnie z treścią art. 514 ust. 2 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. Odwołujący - przesyłając kopię Odwołania na adres e-mail wskazany w SWZ, spełnił wymagania określone w powołanym przepisie.

20. Zamawiający nie może zabronić wykonawcom posługiwania się wskazanym przez samego Zamawiającego kanałem komunikacji.

21. Przystępujący twierdził, że z punktu widzenia Zamawiającego najistotniejsze jest powzięcie wiadomości o wniesieniu Odwołania. Odwołujący temu nie przeczy, nie ma to jednak wpływu na skuteczność Odwołania wniesionego zgodnie z dyspozycją art. 514 ust. 2 PZP (a więc warunek przesłania kopii odwołania w taki sposób, aby zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią, niezależnie od tego, czy faktycznie się z nią zapoznał).

22. Jak już wskazano powyżej Przystępujący kreuje niewynikającą z przepisów PZP tezę - iż Odwołujący przesyłając Zamawiającemu Odwołanie wniesione w formie elektronicznej powinien kierować się wskazanymi przez Zamawiającego sposobami przekazywania informacji, dokumentów czy oświadczeń.

23. Należy jednak raz jeszcze podkreślić, że Zamawiający w dokumentacji postępowania nie tylko nie określił sposobu przekazania odwołania, ale nadto, zgodnie z przepisami PZP Zamawiający nie ma kompetencji, aby narzucić wykonawcom sposób komunikowania się wykonawcy z zamawiającym w odniesieniu do przekazania odwołania.

24. Zgodnie z treścią art. 134 pkt 10 PZP w SWZ Zamawiający określa „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". SWZ zawierać ma zatem informacje o sposobie komunikowania się Zamawiającego z wykonawcami, a nie wykonawców z Zamawiającym. Przepisy art. 67 i 68 PZP - dotyczą wyłącznie komunikowania się zamawiającego z wykonawcami oraz składania ofert i wniosków:

Art. 67. Zamawiający zamieszcza w ogłoszeniu wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub w dokumencie zamówienia wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których będzie komunikował się z wykonawcami lub uczestnikami konkursu, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej.

Art. 68. Przekazywanie ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, wniosków, o których mowa w art. 371 ust. 3, oraz prac konkursowych odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zapewniających zachowanie integralności, autentyczności, nienaruszalności danych i ich poufności w ramach wymiany i przechowywania informacji, w tym zapewniających możliwość zapoznania się z ich treścią wyłącznie po upływie terminu na ich składanie.

25. Jednocześnie przywoływany art. 514 ust. 3 PZP ma charakter procesowy i normuje czynność dokonywaną przez wykonawcę w ramach postępowania odwoławczego. Czynności tej nie dotyczy wybór Zamawiającego odnoszący się do środków komunikacji elektronicznej!

26. Zgodnie z art. 514 ust. 2 PZP, Odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie lub jego kopię przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

Art. 514 ust. 3 PZP wprowadza domniemanie możliwości zapoznania się Zamawiającego z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia z przekazaniem odwołania lub jego kopii przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Przepis art. 514 ust. 3 PZP nie zawęża tych środków do wybranego przez Zamawiającego sposobu komunikacji z Wykonawcami. W świetle art. 514 ust. 3 PZP, przekazanie odwołania lub jego kopii może nastąpić przy pomocy każdego środka komunikacji elektronicznej, w szczególności za pośrednictwem poczty elektronicznej, do której – czego zdaje się nie zauważać Przystępujący formułując zastrzeżenia z powołaniem się na Prawo Pocztowe - owe Prawo Pocztowe nie znajduje zastosowania.

27. Jak wskazuje się w literaturze: „Za aktualną pod rządami komentowanej ustawy uznać należy interpretację przyjętą w orzecznictwie KIO na podstawie art. 180 ust. 5 ustawy z 2004 r., iż przekazanie odwołania (bądź jego kopii) może nastąpić przy pomocy każdego środka komunikacji elektronicznej. Jak orzekła KIO w wyroku z 17.09.2020 r. (KIO 1958/20, LEX nr 3075223) „Zgodnie z art. 180 ust. 5 p.z.p. [z 2004 r. - dop. aut.], odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Przesłanie kopii odwołania na adres e-mail czyni zadość wymogowi przesłania kopii przy użyciu »środków komunikacji elektronicznej«. Stanowisko KIO należy w pełni poprzeć. Przepis art. 514 ust. 3 p.z.p. wyraża normę prawa procesowego i odnosi się do czynności dokonywanej przez wykonawcę w związku z postępowaniem odwoławczym. Nie dotyczy jej zatem wybór zamawiającego odnoszący się do środków komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami dokonany w SWZ na mocy postanowień art. 134 ust. 1 pkt 10 p.z.p. Wybór ten odnosi się bowiem do czynności „materialnoprawnych”, dokonywanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie czynności procesowej, jaką jest przekazanie odwołania lub jego kopii” (Jerzykowski Jarosław, Odwołanie i skarga w zamówieniach publicznych. Artykuły 505-590 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Komentarz Opublikowano: WKP 2021). „Ze względu na to, że jedynym wymogiem przepisu szczególnego jest zachowanie takiego sposobu, który umożliwia zapoznanie się przez zamawiającego z treścią odwołania przed określonym terminem, nie można uznać, że przekazanie kopii bez zastosowania środków komunikacji elektronicznej stanowi o nieskuteczności tego przekazania. Za podobną wykładnią przemawiają również przepisy Kodeksu cywilnego odnoszące się do formy czynności prawnej. Nawet więc jeżeli przyjąć, że do czynności przekazania kopii odwołania znajduje zastosowanie przepis art. 67 p.z.p. dotyczący nakazu użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to z brakiem zastosowania tej formy komunikacji do przekazania kopii odwołania ustawa nie wiąże skutku nieważności czynności. W takim więc wypadku zastosowanie znajduje art. 74 § 1 k.c., zgodnie z którym zastrzeżenie formy dokumentowej bez rygoru nieważności ma ten skutek, że w razie niezachowania zastrzeżonej formy nie jest w sporze dopuszczalny dowód z zeznań świadków lub z przesłuchania stron na fakt dokonania czynności (przy czym, jeżeli zamawiający i wykonawca są przedsiębiorcami, to przepisów o skutkach niezachowania formy dokumentowej nie stosuje się zgodnie z art. 74 § 4 k.c.). Jeżeli więc kopia odwołania złożonego w formie pisemnej została przekazana zamawiającemu w inny sposób niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (np. faksem lub pocztą), nie oznacza to, że została przekazana w sposób błędny. Różnica w stosunku do sytuacji, w której kopia odwołania została przekazana za pomocą środków komunikacji elektronicznej, jest taka, że odwołujący się nie korzysta z domniemania, o którym stanowi ust. 3 komentowanego artykułu, że zamawiający mógł się zapoznać z treścią odwołania. Dowód w tym zakresie będzie obciążał odwołującego” (W. Dzierżanowski, komentarz do art. 514 PZP, WKP 2021).

28. Reasumując Przystępujący nie obalił domniemania wynikającego z art. 514 ust. 3 PZP, zgodnie z którym; 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 jego do wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, szczególnie w sytuacji w której Zamawiający w pełni potwierdza fakt otrzymania Odwołania w dniu 7 czerwca 2023r. i okoliczność tą wywodzi z analizy wpływu korespondencji e-maila na jego serwer od Odwołującego.

29. Finalnie warto także przywołać stanowisko Izby z wyroku o sygn. akt KIO 1600/22 powstałe w okolicznościach w pełni analogicznych do zaistniałych w przedmiotowym postępowaniu, gdzie Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania, w sytuacji w której podobnie jak obecnie Przystępujący, wówczas Zamawiający, powoływał jako przesłanki odrzucenia tożsame regulacje, odnosząc się do występującego w SWZ zastrzeżenia Platformy jako medium do komunikacji zamawiającego z wykonawcami, oraz nieskutecznego przekazania w terminie odwołania zamawiającemu mailem przywołując niemożność odczytania takich wiadomości z powodu awarii serwera pocztowego zamawiającego.

30. Mając powyższe na uwadze brak jest podstaw do odrzucenia złożonego przez Odwołującego Odwołania z dnia 7 czerwca 2023r.

31. Jednocześnie zachodzą przesłanki do uwzględnienia Odwołania, na skuteczność którego nie wpływa powołana przez Przystępujących argumentacja”.

Izba ustaliła, co następuje:

Odwolanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy Pzp.

Zamawiający w piśmie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14/06/23 w nawiązaniu do jego odpowiedzi z dnia 13.06.2023 r. podał: (..)

„W związku z otrzymaniem pisma w sprawie wniesienia odwołania przez Wykonawcę LOGAN Sp. z o.o., ul. Lasówka 42, 30-718 Kraków, wskazuję żądane informacje:

1) wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) i wynosi 4 136 477,15 zł netto, co stanowi równowartość 928 794,04 euro;

2) Zamawiający, Lotnicza Akademia Wojskowa, przesłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty do Wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 29.05.2023 r.;

3) ww. dokument został przesłany do wykonawców drogą elektroniczną za pomocą „Platformy zakupowej”;

4) kopia odwołania została przesłana Wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 12.06.2023 r. drogą elektroniczną za pomocą „Platformy zakupowej”.

Zamawiający informuje, że nie przekazał Wykonawcom kopii odwołania, gdyż do dnia 14.06.2023 r. nie miał wiedzy o jego wpłynięciu. Kopia odwołania została przesłana za pomocą poczty elektronicznej i serwery Zamawiającego ją zablokowały i znalazła się w folderze Spam w dniu 14.06.2023 r.

Informacja udzielona w poprzednim piśmie dotyczyła przekazania kopii odwołania, które wpłynęło od Wykonawcy PB Logistyka S. B., Jana Kozińskiego 38/1, 85-657 Bydgoszcz, zaewidencjonowane pod numerem UZP/BO/MS/13040/17673/23 dot. KIO 1663/23. W związku z powyższym Zamawiający nie przesłał Wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopii odwołania od firmy LOGAN Sp. z o.o., ul. Lasówka 42, 30-718 Kraków, ponieważ nie był w jej posiadaniu.

Odnosnie pkt. 2: informacji dotyczącej terminu przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania (wraz z dokumentem potwierdzającym ten termin) — Zamawiający w związku z brakiem kopii odwołania nie jest w stanie stwierdzić jakiej informacji to dotyczy.

Odnosnie pkt. 3 - sposobu w jaki ww. informacja została przesłana — Zamawiający nie jest w stanie udzielić tej informacji w związku z brakiem kopii odwołania”.

Zgłoszone przystąpienia wykonawców potwierdzają, że kopia odwołania wniesionego do Prezesa KIO 7 czerwca 2023 r. została im przekazana w dniu 14 czerwca 2023 r. oraz, że kopia odwołania skierowana do Zamawiającego nie została przesłana za pośrednictwem Platformy, co było wymagane SWZ, a na adres mail: i.k.@law.mil.pl wskazany w SWZ w opisie firmy Zamawiającego w punkcie I.

W Specyfikacji Warunków Zamówienia w punkcie 12 Zamawiający zamieścił informacje (...) o środkach komunikacji elektronicznej, przy których użyciu zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej”. Zgodnie z tą informacją wymagał:

12.4. zdanie 2: „Komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, w szczególności zawiadomienia oraz informacje, przekazywane są w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy. Za datę przekazania zawiadomień oraz informacji przyjmuje się ich datę ich wysłania za pośrednictwem zakładki „Korespondencja”.

12.9: „Zamawiający nie dopuszcza innego sposobu komunikowania się z Wykonawcami niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, wskazanych w SWZ”.

12.10: „Wszelkie zawiadomienia, oświadczenia, wnioski oraz informacje przekazane w formie elektronicznej wymagają na żądanie każdej ze stron, niezwłocznego potwierdzenia faktu ich otrzymania”.

Izba zwraca także uwagę na wskazane w punkcie 12.5 SWZ rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie i jego § 3 ust.1 w myśl którego: „Dokumenty elektroniczne przekazuje się w postępowaniu lub konkursie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej wskazanych przez zamawiającego zgodnie z art. 67 ustawy”. Zatem – wbrew twierdzeniom wykonawcy Logan – Zamawiający w tej sprawie miał prawo wskazać Platformę jako wymagany środek komunikacji. Z jej użyciem należało kierować dokumenty zarówno przez Zamawiającego jak i wykonawców. Szczególnie dotyczy to kopii odwołania, albowiem brak sprostania wymaganiom z art. 514 Pzp powoduje skutek odrzucenia odwołania określony w art. 528 pkt 6 Pzp, które to przepisy są wskazane i omawiane poniżej.

Zgodnie z art. 514 ustawy Pzp jego ust. 2 i 3: (...)

2. 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.

3. 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 myśl natomiast art. 528 pkt 6) ustawy Pzp: „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że:

(...)

6) odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy (...)

Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie zachodzi przesłanka odrzucenia odwołania wskazana w art. 528 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, albowiem Odwołujący (wykonawca Logan) nie przekazał Zamawiającemu odpowiednio kopii odwołania w taki sposób, aby ten mógł zapoznać się z jego treścią przed upływem terminu do wniesienia odwołania. W tym przypadku jak ustalono w dniu 7 czerwca 2023 r. kopia odwołania została przesłana do Zamawiającego nie drogą elektroniczną za pomocą „Platformy zakupowej”, co było wymagane w tym postępowaniu, ale za pomocą – jak wskazał Zamawiający – „za pomocą poczty elektronicznej i serwery Zamawiającego ją zablokowały i znalazła się w folderze Spam w dniu 14.06.2023 r.”.

Z ustaleń bezspornie wynika, że dla przedmiotowego postępowania środkiem komunikacji jest Platforma zakupowa i w taki sposób kopia odwołania powinna zostać przekazana. Izba zwraca również uwagę, że o odwołaniu Zamawiający dowiedział się skutkiem interwencji wykonawcy PB Logistyka S. B. z/s w Bydgoszczy i dopiero mógł podjąć w dniu 12.06.23 czynności związane z powiadomieniem wykonawców o wniesieniu odwołania przez wykonawcę Logan.

Do odwołania wniesionego w dniu 7 czerwca 2023 r. do Prezesa KIO załączono skierowane na adres mail: i.k.@law.mil.pl pismo informujące o przesłanym odwołaniu z żądaniem potwierdzenia otrzymania wiadomości wraz z

załącznikami, czego domagano się w tym piśmie, a którego to Odwołujący nie uzyskał. Także to dowodzi, że przekazanie przedmiotowego odwołania za pomocą poczty elektronicznej w dniu 7 czerwca 2023 r. w tym przypadku okazało się nieskuteczne. Brak jest bowiem chociażby dowodu potwierdzenia, co było wymagane przez Odwołującego w korespondencji mail z dnia 7/06/23. Tym samym w okolicznościach tej sprawy wykonawca nie może domagać się zastosowania domniemania, o którym stanowi ustawa Pzp w art. 514 jego ust.3. Także o zmianach w komunikacji nie stanowi punkt 25 SWZ, na który wskazywał wykonawca Logan, albowiem – jak cytował ten punkt w całości Odwołujący – ogólnie odnosi się do kwestii możliwego wnoszenia środków (cyt.: „Środki ochrony prawnej określone w dziale IX ustawy Pzp przysługują Wykonawcy oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy”). Podkreślić w konkluzji należy, że przekazanie odwołania zamawiającemu w sposób umożliwiający zamawiającemu zapoznanie się z jego treścią jest czynnością konieczną – wobec treści art. 528 pkt 6 Pzp - do dopełnienia skuteczności formalnej jego wniesienia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, która nie została dokonana w przypadku niniejszego odwołania. Przesłanka odrzucenia odwołania wskazana w art. 528 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest bezwzględna przesłanką odrzucenia odwołania, niezależną od wniosków stron i uczestników, czy uznania składu orzekającego KIO.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. i orzekła jak w sentencji odrzucając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557 oraz § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 31.12.2020, poz. 2437). Z przepisu § 8 ust. 1 powołanego rozporządzenia wynika, że w przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania. Z tego powodu Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 złotych uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu. Izba nie uwzględniła wniosków wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego o zasądzenie na ich rzecz kosztów postępowania odwoławczego w kwotach wskazanych w sentencji orzeczenia (odpowiednio tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w przypadku wykonawcy PB, a w przypadku wykonawcy Gandolf tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu) z uwagi na to, że w przypadku odrzucenia odwołania koszty – w myśl wskazanego § 8 ust.1 rozporządzenia - mogły być zasądzone tylko na rzecz zamawiającego, który takiego wniosku nie złożył.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....