

POSTANOWENIE
z 31 stycznia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron 31 stycznia 2023 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 stycznia 2023 roku przez odwołującego: A.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: Firma Usługowa „AGA” A.K., ul. Energetyków 5, 43-170 Łaziska Górne w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie, Oddział ZUS w Częstochowie, ul. Dąbrowskiego 43/45, 42-218 Częstochowa, przy udziale wykonawcy Ulisses sp. z o.o. SKA z siedzibą w Częstochowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: A.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: Firma Usługowa „AGA” A.K.,
ul. Energetyków 5, 43-170 Łaziska Górne i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) 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.....

Uzasadnienie

Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie, Oddział ZUS w Częstochowie, ul. Dąbrowskiego 43/45, 42-218 Częstochowa (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługa kompleksowego sprzątania i utrzymania czystości w budynkach biurowych i terenach przyległych do budynków Oddziału ZUS w Częstochowie oraz Inspektoratów ZUS w Kłobucku, Lublińcu, Myszkowie oraz Biura Terenowego ZUS w Koniecpolu”, nr postępowania: 090000/271/4/2022-ZAP. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 28 października 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 209-596299.

24 stycznia 2023 r. wykonawca A.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Firma Usługowa „AGA” A.K., ul. Energetyków 5, 43-170 Łaziska Górne (dalej: Odwołujący), wniosła odwołanie od niezgodnych z przepisami Pzp czynności

i zaniechań Zamawiającego podjętych w postępowaniu polegających na:

1. wyborze oferty wykonawcy Ulisses Sp. z o.o. SKA z siedzibą w Częstochowie (dalej: Przystępujący) jako najkorzystniejszej – w sposób niezgodny z przepisami ustawy tj.:
 - a) naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, wynikające z art. 16 Pzp,
 - b) naruszający regułę wynikającą z art. 17 ust. 2 Pzp,
2. zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że:
 - a) złożenie oferty przez Przystępującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegający

na przeniesieniu kosztów wykonania usług na terenach wewnętrznych
do kosztów wykonania usług na terenach zewnętrznych w celu sztucznego obniżenia wysokości podatku VAT od ceny ofertowej netto,
a w konsekwencji do obniżenia wysokości ceny ofertowej łącznej
(tzw. inżynieria cenowa, czy manipulacja cenowa), co stanowi naruszenie
art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp,

b) wskazany wykonawca nie wykazał stosownie do art. 224 ust. 5 Pzp, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

3. przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że oferta ta zawierała rażąco niską cenę za realizację przedmiotu zamówienia, co stanowiło naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, przy czym Przystępujący nie złożył wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, które można by uznać za uzasadniające złożoną ofertę.

13 stycznia 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w częściach A, B, C, D i E postępowania. Czynność ta stanowiła podstawę do wniesienia odwołania.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Tym samym termin do wniesienia odwołania od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty upływał 23 stycznia 2023 r.

Odwołanie zostało wniesione za pośrednictwem systemu epuap 24 stycznia 2023 r., o godzinie 2.29.

24 stycznia 2023 r. Odwołujący wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o przywrócenie terminu do wniesienia odwołania, w którym wskazał:

„W dniu 23 stycznia 2023 r. opracowałem o godzinie 23.06 roboczą wersję odwołania, która zawierała niemal wszystkie załączniki. O godzinie 23.24 uzupełniłem listę załączników i miałem opracowaną wersję odwołania, gotową do wysyłki (zawierającą potwierdzenie wysłania odwołania do Zamawiającego e-mailem oraz potwierdzenie umieszczenia dokumentów na platformie zakupowej).

Nadmieniam, iż o godzinie 22.54 w dniu 23 stycznia 2023 r. wniósłem do Zamawiającego na adres e-mailowy oraz za pośrednictwem platformy zakupowej ZUS odpis odwołania i załączników.

Jako załącznik do odwołania w platformie Epuap zamieściłem również odwołanie w formacie PDF podpisane podpisem zaufanym. Uczyniłem to, bowiem uważam, że forma graficzna formularza odwołania (który oczywiście wypełniłem w całości) nie jest dość przejrzysta. Finalna wersja odwołania w formacie pdf. została przeze mnie podpisana o godzinie 22.50.

Pomimo moich usilnych starań, o ile podpis odwołania w Epuap kończył się informacją ze strony banku o prawidłowym przebiegu (potwierdzenie e-mail), o tyle w systemie Epuap każdorazowo ujawniał się komunikat o treści „podpis nieprawidłowy” oraz dalej „stan podpisu: nieprawidłowy” i „stan certyfikatu prawidłowy”. Podpis realizowałem jak zwykle

tj. podpisem zaufanym poprzez bankowość elektroniczną. Przez kolejne minuty podejmowałem próby usuwania załączników, które nie mają pierwszorzędного znaczenia dla sprawy, choć pozostają istotne w kontekście tego co opisałem w uzasadnieniu odwołania. Żadna jednak z prób nie umożliwiła dokonania podpisu i wysłania odwołania przez Epuap.

Wskazać też muszę, iż 90% załączników pochodziło od zamawiającego – zostały przeze mnie lub moją klientkę pobrane z platformy zakupowej ZUS.

System Epuap w żaden sposób nie wskazał, który z załączników jest wadliwy, bądź na czym polega konkretnie problem. Gdyby jakkolwiek instrukcja naprowadzająca mnie na problem została w systemie zgłoszona, zapewne problem rozwiązałbym przed końcem 23 stycznia 2023 r. Niestety komunikaty Epuap są wyjątkowo lakoniczne (jak przedstawiono powyżej)

i nie pozwalają na zidentyfikowanie problemu.

Niedochowanie przeze mnie terminu, w żadnej mierze nie jest przeze mnie zawinione. Jako odwołujący czy pełnomocnik, mam prawo wnieść odwołanie, choćby ostatniego dnia ustawowego terminu. W sytuacji Odwołującej, Zamawiający dokonał dwóch rozstrzygnięć postępowań w zbliżonym czasie. Odwołanie w sprawie ZUS oddział w Rybniku (UZP/BO/MP/1517/2558/23 dot. KIO 165/23), skutecznie i bezproblemowo złożyłem w dniu 19 stycznia br. O 20 stycznia br. pracowałem nad odwołaniem w sprawie ZUS Częstochowa. Ze względu na zawłość sprawy, nie mogłem wcześniej ukończyć odwołania

w tej sprawie. Nadmieniam, że odwołująca ma tylko jednego prawnika, wobec czego nie miałem wsparcia

terytorycznego w opracowywanym odwołaniu.

Nadmieniam też, iż pracuję na wszystkich systemach elektronicznych związanych z wymiarem sprawiedliwości i administracją publiczną, w tym Portal Rejestrów Sądowych czy Epuap. Nigdy nie miałem podobnego problemu ze złożeniem wniosku, odwołania czy pisma jak w niniejszej sprawie. W sprawie tego samego zamawiającego (ZUS), lecz inny oddział (Rybnik), w dniu 19 stycznia br. wniosłem odwołanie do KIO przez Epuap i od strony technicznej nie wystąpił przy tym żaden problem. W dniu 23 stycznia br. stosowałem takie same zasady obsługi Epuap jak wówczas.

Jako pełnomocnik odwołującej nie posiadam specjalistycznej wiedzy technicznej w zakresie informatyki i wyrażam przypuszczenie graniczące z pewnością, że takiej wiedzy posiadać nie muszę. Niemniej jednak, dotychczasowe doświadczenie z Epuap, przekonywało mnie,

iż obsługa tej platformy nie sprawia problemów (aż do niniejszej sprawy).

Zaznaczam, iż wniesienie odwołania po terminie nie nastąpiło z mojej winy, czy z mojego zaniedbania. Skoro byłem w stanie poinformować Zamawiającego o treści odwołania, dołączając wszystkie załączniki przed terminem, to nic poza względami technicznymi (niezależnymi ode mnie) nie stało mi na przeszkodzie aby złożyć odwołanie do KIO.

Uważam, że problemy techniczne, w tym brak konkretnej informacji ze strony Epuap na czym polega problem techniczny w danej sprawie, nie może ujemnie wpływać na interesy mojej mocodawczyni. Nie rozumiem również sytuacji, kiedy to dokumenty w formacie pdf. bez konkretnego powodu nie mogą zostać załączone do odwołania w systemie Epuap. Załączone przeze mnie dokumenty, wedle mojej oceny – wszystkie – były potrzebne i uzasadnione dla też zaprezentowanych w odwołaniu. Ograniczenie możliwości dodawania załączników, ogranicza jednocześnie możliwości zgłaszania dowodów, czego nie da się racjonalnie uzasadnić.

O godzinie 00:13 wysłałem na adres e-mail u., następującą wiadomość:

Szanowni Państwo,

w dniu dzisiejszym wystąpiła jak sądzę awaria na Epuapie skutkiem której nie mogłem wnieść odwołania przez Epuap.

W terminie wysłałem dokumenty do Zamawiającego. Epuap wyświetlił mi informację

o nieprawidłowym podpisie a prawidłowym certyfikacie. Przez godzinę próbowałem to wysłać bezskutecznie. 19 stycznia, a więc zaledwie kilka dni temu przechodziłem tą samą procedurę bez problemu, mam ważne konto i podpis odwołania przez bankowość elektroniczną przechodził bez problemu. W załączeniu poza odwołaniem i wymaganymi dokumentami przesyłam również potwierdzenie, że przed terminem usiłowałem wysłać wszystkie dokumenty. Przesyłam też potwierdzenie, że podpisy były (wedle banku) prawidłowo złożone. Wszystkie załączniki co weryfikowałem mają prawidłowy podpis. Proszę

o uwzględnienie zachowania przeze mnie terminu.

(...)

Kolejną wiadomość wysłałem o godzinie 1.14 na adres e-mail: o.,

o treści:

Uprzejmie proszę o przywrócenie terminu, ze względu iż nie mogę skutecznie przesłać odwołania oraz załączników przez Epuap.

Proszę też o przyjęcie odwołania w tej formie. Mój bank potwierdził wszystkie podpisy jako prawidłowo. Sprawdziłem przed wysłaniem wszystkie załączniki i podpisy były prawidłowe. Gdyby nie awaria, odwołanie miałbym wysłać o 23.06. Wcześniej wnosiłem odwołania przez Eupap bez problemu (19.01.23r.) W załączeniu potwierdzenia, że próbowałem wysłać od 23.06 dokumenty.

(...)

Finalnie, po wielu próbach i usunięciu około 80% załączników (co czyni odwołanie niepełnym i niezgodnym z moją wolą jak i odwołującej), o godzinie 2.08 w nocy, w dniu dzisiejszym - odwołanie zostało skutecznie wysłane do Krajowej Izby Odwoławczej. Wysłana wersja nie zawiera większości dokumentów (załączników) o których napisałem w swoim odwołaniu

(w uzasadnieniu).

Następnie wysłałem też pismo do KIO przez Epuap, zawierające załączniki do odwołania. Pisma znów nie mogłem opatrzyć podpisem zaufanym, bowiem pojawiał się komunikat

o rzekomo nieprawidłowym podpisie. W efekcie pismo wysłałem bez podpisu (jest to możliwe w przypadku pisma, natomiast odwołania bez podpisu lub z wadliwym podpisem wysłać przez Epuap się nie da). Pismo wysłano o godzinie 2.30 w nocy.

W dniu dzisiejszym moja aplikantka skontaktowała się z pracownikiem KIO telefonicznie, przedstawiając niniejszy problem. Pracownik stwierdził w toku rozmowy, a w zasadzie zapytał – dlaczego w takim razie mecenas nie wysłał odwołania mailem przed północą.

W tym miejscu wyjaśniam, iż z przepisów taka możliwość nie wynika, po drugie na stronie internetowej KIO znajduje się

informacja:

UWAGA! Informujemy, że powyżej wskazany e-mail nie służy do przesyłania odwołań

oraz przystąpień do postępowania odwoławczego. Odwołania oraz przystąpienia wnoszone w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu należy przekazywać wyłącznie

za pośrednictwem Elektronicznej Skrzynki Podawczej Krajowej Izby Odwoławczej, udostępnionej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych www.uzp.gov.pl., jak

i bezpośrednio ze strony internetowej epuap.gov.pl.

Po trzecie – i z mojej perspektywy najważniejsze, aż do upływu terminu wniesienia odwołania, czyniłem wszystko co było w mojej mocy, aby odwołanie wraz z załącznikami przestać przez Epuap, co potwierdza m.in. rejestr czynności w Epuap.

Konkludując – stoję na stanowisku, iż ze względu na brak mojego zawinienia w wniesieniu odwołania przez Epuap w terminie, przywrócenie terminu do wniesienia odwołania, oraz zaliczenie na poczet odwołania wszystkich dokumentów i załączników jakie przestałem przez Epuap i wiadomościami e-mail, pozostaje uzasadnione i konieczne”.

Biorąc pod uwagę przytoczone wyżej stanowisko Odwołującego Izba uznała, że nie budzi wątpliwości, że odwołanie zostało wniesione po terminie określonym w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp. W konsekwencji zastosowanie ma art. 528 pkt 3 Pzp zgodnie, z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Co istotne przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący – spełnienie przesłanki dotyczącej wniesienia odwołania po terminie obliuguje Izbę do jego odrzucenia. Ustawodawca nie pozostawił więc do decyzji Izby oceny zasadności ewentualnego odrzucenia odwołania w odniesieniu do przyczyn niedotrzymania terminu.

Żaden przepis ustawy nie przewiduje też odstępstwa od art. 528 pkt 3 Pzp, niezależnie

od tego, czy niedotrzymanie terminu do wniesienia odwołania spowodowane było okolicznościami, za które odwołujący ponosi odpowiedzialność. Ustawa Pzp nie przewiduje więc możliwości przywrócenia terminu do wniesienia odwołania, co z kolei musiało skutkować oddaleniem wniosku Odwołującego z 24 stycznia 2023 r. jako niemającego podstaw prawnych.

Odwołujący słusznie wskazał, że miał prawo wnieść odwołanie tuż przed upływem terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp. Odwołujący winien jednak mieć świadomość, że wniesienie odwołania za pośrednictwem określonych w przepisach środków komunikacji elektronicznej wiąże się z pewnym ryzykiem wynikającym z natury tych środków – awaria

czy błędne działanie zawsze może się zdarzyć. Możliwe są również planowe wyłączenia systemu wynikające z jego obsługi technicznej i konserwacji – wtedy złożenie odwołania

za pośrednictwem platformy Epuap również może nie dojść do skutku. O ile tego typu okoliczności występują stosunkowo rzadko, to nie da się ich wykluczyć, co Odwołujący winien wziąć pod uwagę, szczególnie w obliczu braku prawnej możliwości przywrócenia terminu do wniesienia odwołania.

Podkreślenia wymaga również, że okoliczności, na które powołał się Odwołujący niekoniecznie leżały po stronie platformy Epuap. Jak przyznał Odwołujący, nawet on sam nie miał świadomości który z plików załączonych do odwołania mógł skutkować błędem wysyłki tego odwołania. Wiedzy takiej nie ma również Izba. Niezależnie jednak od powodów nieskutecznego złożenia odwołania w wymaganym terminie istotny w sprawie jest jednak fakt, że Odwołujący złożył odwołanie po tym terminie.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący.....