

POSTANOWIENIE
z dnia 18 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 18 października 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego w dniu 27 września 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **„STEKOP” Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz „STEKOP-OCHRONA” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez:

PGE Energia Ciepła Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, PGE Toruń Spółka akcyjna z siedzibą w Toruniu, Elektrociepłownia „Zielona Góra” Spółka akcyjna z siedzibą w Zielonej Górze, Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA Spółka akcyjna z siedzibą we Wrocławiu,
reprezentowanych przez **PGE Energia Ciepła Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

- 1. odrzuca odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „STEKOP” Spółka akcyjna oraz „STEKOP-OCHRONA” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „STEKOP” Spółka akcyjna oraz „STEKOP-OCHRONA” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 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 z późn. 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:

Uzasadnienie

Zamawiający: PGE Energia Ciepła Spółka akcyjna, PGE Toruń Spółka akcyjna, Elektrociepłownia „Zielona Góra” Spółka akcyjna, Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA Spółka akcyjna, reprezentowani przez PGE Energia Ciepła Spółkę akcyjną prowadzą postępowanie na *świadczenie usług ochrony fizycznej osób i mienia w PGE Energia Ciepła S.A., PGE Toruń S.A., Zespole Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A., Elektrociepłowni „Zielona Góra” S.A.* na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 31 grudnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem nr 2020/S 255-643200. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wskazał Odwołujący w odwołaniu, przedmiotowe odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego z 17 września 2021 r., zatem termin na jego wniesienie upłynął 27 września 2021 r. Termin na przekazanie Zamawiającemu odwołania lub jego kopii upłynął zatem także 27 września 2021 r., zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r.

Poinformowany przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej o wniesieniu odwołania Zamawiający, w piśmie z 1 października 2021 r. oświadczył, że nie otrzymał kopii odwołania, które to oświadczenia ponowił kilkakrotnie w pismach z 4, 6 i 7 października 2021 r. Następnie, 13 października 2021 r. Zamawiający złożył wniosek o odrzucenie odwołania. Pismem z 14 października 2021 r. Zamawiający ustosunkował się do pisma Odwołującego z 11 października 2021 r.

Poproszony o odniesienie się do twierdzenia Zamawiającego o braku otrzymania odwołania Odwołujący przedstawił swoje stanowisko w pismach z 11 i 14 października 2021 r.

Zamawiający wyjaśnił, że dokonał weryfikacji swojej Platformy Zakupowej i dokonał następujących ustaleń. Zamawiający skierował zapytanie do Obsługi Technicznej dotyczące czynności dokonywanych na Platformie Zakupowej przez Odwołującego. W odpowiedzi otrzymał informację, że „w dniu 2021-09-27 o godzinie 17:26:41 Wykonawca STEKOP S.A. – Warszawa, zadał pytanie o tytule <<Odwołanie od czynności Zamawiającego – część 5 i 7>>, które zostało jedynie zapisane, ale nie wysłane”. W związku z powyższym Zamawiający wystąpił o zrzut ekranu prezentujący logi w systemie. W odpowiedzi otrzymał informację: „Wykonawca STEKOP S.A. – Warszawa w postępowaniu publicznym o numerze: POST/PEC/PEC/UZK/01874/2020 i treści: <<Świadczenie usług ochrony fizycznej osób

i mienia w PGE Energia Ciepła S.A., PGE Toruń S.A., Zespole Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A., Elektrociepłowni „Zielona Góra” S.A.>>, w rundzie czwartej (id 346012) poprawnie wysłał 4 pytania do Zamawiającego (nr pytania 19,20,27,48). W dniu 2021-09-27 o godzinie 17:26:41 kolejne pytanie o nazwie <<Odwołanie od czynności Zamawiającego – część 5 i 7>> zostało jedynie zapisane ale nie wysłane do Zamawiającego co widać w zapisach bazy danych (załącznik). Status pytania jest <<saved>> co oznacza, że pytanie jest zapisane. Pytanie wysłane posiada status <<sent>> i wypełniona jest wtedy data wysłania (dtFillingDate) oraz nadany jest numer pytania w kolumnie <<iNumer>> Dlatego też, pytanie w systemie zakupowym SWPP2 nie było widoczne od strony Zamawiającego – Sekretarza Komisji Przetargowej”. Zamawiający więc po raz kolejny zweryfikował wiadomości i dokumenty przekazywane pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami biorącymi udział w przedmiotowym postępowaniu.

Wobec powyższego, Zamawiający podtrzymał stanowisko, iż za pośrednictwem Platformy Zakupowej nie wpłynęło odwołanie wniesione przez Odwołującego, co oznacza, że Odwołujący nie przekazał Zamawiającemu odwołania albo jego kopii, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

Co do przekazania Zamawiającemu odwołania za pośrednictwem wiadomości e-mail Zamawiający podniósł, że Odwołujący wskazuje w piśmie z 11 października 2021 r., że przesłał 27 września 2021 r. odwołanie do Zamawiającego na adres mailowy wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz widniejący na stronie internetowej postępowania (w systemie zakupowym Zamawiającego), tj. a.s@gkpgc.pl. Odwołujący przyznał także, że nie otrzymał potwierdzenia otrzymania ww. wiadomości przez Zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że wysłanie wiadomości e-mail na powyższy adres nie było możliwe oraz nie doszło do skutku ze względu na fakt, że został on zamknięty 16 września 2021 r. Odpowiedzią na wiadomość Odwołującego wysłaną 27 września 2019 r. o godz. 17:19 (czego dowód przedstawił Odwołujący w piśmie z 11 października 2021 r.) była „systemowa” odpowiedź informująca, że dostarczenie tego maila nie powiodło się, ponieważ ww. adres nie jest już dostępny, a skrzynka mailowa została już zamknięta – o czym Odwołujący nie informuje. Zamawiający przedstawił informację przekazaną przez Obsługę Techniczną poczty elektronicznej Zamawiającego, wskazującą datę zamknięcia skrzynki pocztowej p. A. S. i treść odpowiedzi, która została automatycznie wygenerowana i przekazana Odwołującemu przez system pocztowy. Zamawiający wskazał też, że Odwołujący był świadomy, że osobą, która ze strony Zamawiającego kontaktuje się na bieżąco z Odwołującym, jest p. M. B., która od dnia 14 września 2021 r. wielokrotnie korespondowała z przedstawicielem Odwołującego.

Zatem odwołanie Odwołującego nie wpłynęło również za pośrednictwem poczty elektronicznej, co oznacza, że Odwołujący nie przekazał Zamawiającemu odwołania albo jego kopii przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

Odwołujący wskazał w piśmie z 11 października 2021 r., że obowiązkiem Zamawiającego jest wskazanie adresu skrzynki pocztowej, na jaki należy kierować korespondencję, jednak zamawiający się z tym twierdzeniem nie zgodził, gdyż nie znajduje to oparcia w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. Odwołujący podniósł także, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie sposobu komunikacji z wykonawcami – Zamawiający dopełnił tego obowiązku. Zasadą jest, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między zamawiającym a wykonawcami odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (art. 10a ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r.). Za środki komunikacji elektronicznej należy przyjmować środki komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Zgodnie z definicją ustawową środkiem komunikacji elektronicznej nie jest wyłącznie poczta elektroniczna (*a contrario* art. 2 pkt 5 ustawy z dnia 18.07.2002 r. o świadczeniu usług elektronicznych). Zamawiający określił sposób komunikacji w rozdziale 2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Informacje o sposobie komunikacji z Wykonawcami”, a wskazanym środkiem komunikacji elektronicznej jest Platforma Zakupowa Zamawiającego (System Zakupowy GK PGE): „W niniejszym Postępowaniu komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, w tym przekazywanie oświadczeń, wniosków, zawiadomień i informacji, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej z wykorzystaniem Systemu Zakupowego GK PGE.” (pkt 2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Stosownie do treści punktu 2.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Wszelkie informacje dotyczące sposobu rejestracji i logowania do Systemu znajdują się pod adresem internetowym <https://swpp2.gkpge.pl> w zakładce <<Pytania i odpowiedzi/FAQ>>. Zamawiający informuje o konieczności zapoznania się również z dokumentem regulującym <<Zasady korzystania z Systemu GK PGE obsługującego proces zakupowy w GK PGE>> (dokument dostępny na stronie pgeenergiasiepla.pl w zakładce Przetargi)”. Natomiast w punkcie 2.7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostało wskazane: „Po zarejestrowaniu i zalogowaniu się do Systemu Wykonawcy uzyskują dostęp do aplikacji umożliwiającej składanie wniosków, ofert i zadawanie pytań w Postępowaniu. Komunikacja pomiędzy Wykonawcami a Zamawiającym będzie odbywała się za pomocą funkcjonalności Systemu. System umożliwi między innymi dokonywanie czynności złożenia Oferty, jej zmiany lub wycofania, złożenia pytań do Postępowania.” Zgodnie z punktem 2.16 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Za datę złożenia Oferty, wniosków, zawiadomienia, dokumentu elektronicznego, oświadczenia lub elektronicznej kopii

dokumentu lub oświadczenia przyjmuje się datę ich przekazania (złożenia) w Systemie Zakupowym GK PGE do Zamawiającego.”. W przypadku problemów z obsługą Platformy Zakupowej Zamawiający wskazał w pkt 2.17: „Za wsparcie techniczne dla Wykonawców w zakresie obsługi Systemu odpowiada firma Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. Pomoc techniczna oraz obsługa postępowań reklamacyjnych jest realizowana po zgłoszeniu reklamacji na portalu OnePlace, drogą elektroniczną na adres: pge_wsparcie_dostawcow@marketplanet.pl; tel.: +48 22 257 22 25.”. Powyższe postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób jasny i nie budzący żadnych wątpliwości wskazują na wolę Zamawiającego co do sposobu, w jaki ma być prowadzona komunikacja pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami, tj. z wykorzystaniem Systemu Zakupowego GK PGE.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia został podany adres e-mail p. A. S., jednak został on podany w innym kontekście niż próbuje dowodzić Odwołujący, tj. zgodnie z punktem 2.19 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Osobą uprawnioną ze strony Zamawiającego do kontaktu z Wykonawcami jest A. S., e-mail: a..s.@gkpge.pl.” Powyższy zapis ma charakter informacyjny. Wskazuje jedynie, który z pracowników Zamawiającego – na dzień publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia – został upoważniony do podejmowania kontaktów z wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu, np. do realizacji procesu podpisania umowy. Celowo zapis ten został umieszczony przez Zamawiającego dopiero po szczegółowych i rozbudowanych zapisach punktów 2.1. – 2.18 określających ustalony w postępowaniu sposób komunikowania się. Natomiast, jak wynika z pisma Odwołującego, podejmował on wszelkie inne próby kontaktu z Zamawiającym, z pominięciem podstawowych, które zostały określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący posiada wiedzę i umiejętności dotyczące obsługi Platformy Zakupowej Zamawiającego, o czym świadczy chociażby fakt złożenia oferty, czy wcześniejsza komunikacja Odwołującego z Zamawiającym w trakcie postępowania.

Do Zamawiającego nie wpłynęło w żadnej formie odwołanie wniesione przez Odwołującego, co oznacza, że Odwołujący nie przekazał Zamawiającemu odwołania albo jego kopii przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

Zgodnie z art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że:

- 1) w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy,
- 2) odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony,
- 3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie,

4) odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego,

5) odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu,

6) odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r.

Art. 514 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. stanowi, że 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. Zgodnie z ust. 3 artykułu 514 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.

Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie zachodzi przesłanka odrzucenia odwołania wskazana w art. 528 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r., tj. odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r.

Jak wskazał Zamawiający w punkcie 2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w przedmiotowym postępowaniu komunikacja między Zamawiającym a wykonawcami, w tym przekazywanie oświadczeń, wniosków, zawiadomień i informacji, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej z wykorzystaniem Systemu Zakupowego GK PGE. Szczegółowe informacje o sposobie komunikacji z wykonawcami zostały zawarte w rozdziale 2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia o takim właśnie tytule („Informacje o sposobie komunikacji z wykonawcami”). Z ustaleń Zamawiającego dla postępowania wynika więc, że środkiem komunikacji jest platforma zakupowa – System Zakupowy GK PGE i w taki sposób odwołanie powinno zostać przekazane w pierwszej kolejności.

Z informacji przekazanych przez Zamawiającego, którym Izba nie ma podstaw odmawiać wiarygodności, wynika, że Odwołujący, pomimo że wprowadził przedmiotowe odwołanie na platformę zakupową Zamawiającego, nie dokonał jego przesłania Zamawiającemu, a w konsekwencji Zamawiający tego odwołania nie otrzymał.

Co do kwestii przekazania przedmiotowego odwołania za pomocą poczty elektronicznej – również w tym przypadku przekazanie okazało się nieskuteczne. Izba nie posiada bezpośrednich dowodów na informację, jaką otrzymał Odwołujący od serwera poczty

Zamawiającego po wysłaniu przedmiotowej wiadomości, jednak jest w posiadaniu odpowiedzi na wiadomość przekazaną przez sekretariat KIO na sporny adres a..s.@gkpgge.pl z 30 września 2021 r., godz. 13:36 „Dostarczenie do podanych adresatów lub grup zostało zakończone, ale serwer docelowy nie wysłał żadnego powiadomienia o dostarczeniu”, a następnie o 13:37: „Dostarczenie do wymienionych adresatów lub grup nie powiodło się. Wiadomość nie została dostarczona z powodu odrzucenia przez nadawcę poczty e-mail adresata. Informacje diagnostyczne dla administratorów: ...” Brak natomiast rzeczonyj informacji, którą przekazał Zamawiający w piśmie (pojawiała się ona w odpowiedzi na mail sekretariatu KIO na powyższy adres z 12 października 2021 r.: „Regretfully the user that you attempted to contact is no longer available”).

Jednak, jak słusznie podniósł Zamawiający, pomimo że przedmiotowy adres korespondencyjny był nieaktywny, wskazanym środkiem komunikacji była platforma zakupowa – System Zakupowy GK PGE, co do której nie było informacji o awarii lub innych wadach działania 27 września 2021 r., a powyższa droga komunikacji e-mailowej mogła być jedynie dodatkowa i Odwołujący, składając odwołanie, nawet nie załączył dowodu jego przekazania Zamawiającemu w tej właśnie formie.

Przekazanie odwołania zamawiającemu jest czynnością faktyczną, techniczną, konieczną do dopełnienia formalnej skuteczności jego wniesienia do Prezesa Izby, która nie została dokonana w przypadku niniejszego odwołania. W związku z powyższym nastąpiła przesłanka odrzucenia odwołania wskazana w art. 528 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, która jest bezwzględną przesłanką odrzucenia odwołania, niezależną od uznania Izby.

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.

Jak wynika z art. 529 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r., Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym. Zgodnie z dyspozycją art. 553 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku, w pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Zatem Izba wydała postanowienie na posiedzeniu niejawnym.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. 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).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 8 ust. 1 ww. 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.

Przewodniczący: