

sygn. akt: **KIO 1552/20**

POSTANOWIENIE
z dnia 30 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 30 lipca 2020 roku, w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2020 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **„STEKOP” S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Mołdawska 9; 02-127 Warszawa, „STEKOP-OCHRONA” sp. z o.o.**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Politechnika Łódzka, ul. Żeromskiego 116; 90-924 Łódź**, przy udziale wykonawcy **ATOS sp. z o.o., ul. Widzewska 14; 92-229 Łódź**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. **Odrzuca odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **„STEKOP” S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Mołdawska 9; 02-127 Warszawa, „STEKOP-OCHRONA” sp. z o.o.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **„STEKOP” S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Mołdawska 9; 02-127 Warszawa, „STEKOP-OCHRONA” sp. z o.o.**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do treści art. 198a i art. 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Politechnika Łódzka, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Ochrona wybranych obiektów i mienia Politechniki Łódzkiej, monitorowanie systemów alarmowych wraz z ochroną w trakcie imprez*”.

Postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepisy uregulowane w art. 138 g-n oraz art. 138 p-s ustawy Pzp (rozdział 6 działu III ustawy Pzp).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 kwietnia 2020 roku, pod numerem 2020/S 073-175184.

Dnia 29 czerwca 2020 r., zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

W dniu 8 lipca 2020 roku (data uwidoczona na prezentacie Krajowej Izby Odwoławczej na piśmie), do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „STEKOP” S.A. z siedzibą w Warszawie, „STEKOP-OCHRONA” sp. z o.o. (dalej: *odwołujący*), w zakresie części I zamówienia, dotyczące czynności zamawiającego polegających na: wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ATOS sp. z o.o. oraz zaniechaniu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 138k ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na usługi społeczne w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w szczególności poprzez zastosowanie przez zamawiającego narzędzia do komunikacji elektronicznej z wykonawcami ograniczającego dostęp do postępowania o udzielenie zamówienia, tj. platformy elektronicznej, która nie pozwoliła odwołującemu na złożenie oferty, pomimo próby złożenia tej oferty zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie zasad komunikacji zamawiającego z wykonawcami,
2. art. 10b w z zw. z art. 138 l ustawy Pzp, poprzez zastosowanie przez zamawiającego narzędzia do komunikacji elektronicznej z wykonawcami ograniczającego dostęp do postępowania o udzielenie zamówienia,
3. art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 138 k ustawy Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w sytuacji, w której platforma elektroniczna, za pomocą której należało złożyć zamawiającemu ofertę, nie pozwoliła odwołującemu na

złożenie oferty, pomimo próby złożenia tej oferty zgodnie z postanowieniami s.i.w.z. w zakresie zasad komunikacji zamawiającego z wykonawcami.

Odwołujący wniosk:

- 1) na podstawie art. 190 ust. 3 ustawy Pzp, przesłuchanie świadka (pracownika odwołującego) A. P., na okoliczność: podjęcia próby złożenia oferty zamawiającemu za pośrednictwem platformy elektronicznej Marketplanet, trudności związanych z próbą złożenia oferty i ostatecznym brakiem złożenia oferty zamawiającemu, przyczyn braku możliwości złożenia oferty zamawiającemu, próby podjęcia kontaktu z zamawiającym oraz obsługą platformy Marketplanet w celu wyjaśnienia przyczyn braku możliwości złożenia oferty,
- 2) nakazanie zamawiającemu:
 - a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - b) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części I na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp,
 - c) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź na rozprawie.

Wpis od odwołania został wniesiony w wysokości 15 000,00 zł.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego - przystąpienie zgłosił wykonawca Atos sp. z o.o.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 w zw. z ust. 4 ustawy Pzp, zobowiązana jest z urzędu do zbadania, czy nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, których zamknięty katalog określony został w przepisie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W celu stwierdzenia braku wystąpienia przesłanki do odrzucenia odwołania, określonej w przepisie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza w pierwszej kolejności zobowiązana jest ustalić, jaka jest wartość szacunkowa zamówienia oraz czy terminy na wniesienie odwołania zostały zachowane.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp i tym samym, stosownie do dyspozycji art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ustawodawca w przepisie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nakazał odrzucenie odwołania, jeżeli odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Zgodnie z przepisem art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Izba ustaliła, w zakresie dat mających wpływ na ocenę skuteczności wniesionego odwołania, co następuje:

- 18 maja 2020 r., upływał termin złożenia oferty i otwarcie ofert (w tym dniu odwołujący powziął informację, iż jego oferta nie wpłynęła),
- 18 maja 2020 r., odwołujący wniósł pismo do zamawiającego o rzekomych problemach technicznych uniemożliwiających złożenie przez niego oferty,
- 19 maja 2020 r., zamawiający opublikował informację z otwarcia ofert (w tym dniu odwołujący uzyskał potwierdzenie, iż jego oferta nie wpłynęła),
- 20 maja 2020 r., odwołujący skierował pismo do zamawiającego z wnioskiem o unieważnienie postępowania w związku z rzekomymi problemami technicznymi,
- 9 czerwca 2020 r., zamawiający poinformował odwołującego o braku podstaw do unieważnienia postępowania,
- 29 czerwca 2020 r., informacja zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty,
- 3 lipca 2020 r., pismo odwołującego do Marketplanet zawierające prośbę o wyjaśnienie rzekomych problemów technicznych (odpowiedź Marketplanet udzielona została w dniu 6 lipca 2020 r.),
- 8 lipca 2020 r., wniesienie odwołania.

Przekładając powyższe ustalenia na stan faktyczny sprawy wskazać należy, iż pierwszym z możliwych terminów, dla skutecznego wniesienia odwołania, uznać należy dzień 18 maja 2020 roku, od którego należy liczyć 10 dniowy termin na wniesienie odwołania, albowiem już w tym dniu odwołujący powziął wiadomość o okolicznościach mogących stanowić podstawę do wniesienia odwołania, tj. o rzekomej wadliwości działania platformy elektronicznej, za pomocą której zamawiający prowadzi postępowanie. Okoliczność ta wynika z oświadczeń odwołującego złożonych w treści odwołania. Skoro zatem odwołujący, w dniu 18 maja 2020 roku, powziął wiadomość o braku możliwości złożenia oferty w postępowaniu, o czym zresztą informował zamawiającego w tym samym dniu, to z upływem tego dnia należało liczyć 10 dniowy termin na wniesienie odwołania, który upływał dnia 28 maja 2020 r.

Jeżeli nawet przyjąć, iż potwierdzeniem okoliczności niezłożenia oferty przez odwołującego był dzień 19 maja 2020 r., w którym zamawiający opublikował informację z otwarcia ofert (w której brak było informacji o złożeniu oferty przez odwołującego), to i tak termin na wniesienie odwołania upływał dnia 29 maja 2020 roku.

Analizując przedmiotowe postępowanie, mając na względzie okoliczność, iż zamawiający w dniu 9 czerwca 2020 roku, poinformował odwołującego o braku podstaw do unieważnienia postępowania, to należy uznać, iż odwołujący już w tym dniu powziął wiadomość, a przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania, albowiem odwołujący był w posiadaniu decyzji zamawiającego, który nie znalazł podstaw do unieważnienia przedmiotowego postępowania.

W okolicznościach niniejszym sprawy, koniecznym jest przytoczenie Uchwały Sądu Najwyższego, który stwierdził, iż „(...) W sytuacji gdy wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego poweźmie wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania przed dniem przesłania mu przez zamawiającego informacji o kwestionowanej czynności, bieg terminu do wniesienia odwołania liczy się według zasad określonych w art. 182 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (...)” (Uchwała SN z dnia 28 lutego 2013 roku, sygn. akt III CZP 107/12).

Tym samym, odwołanie wniesione w dniu 8 lipca roku, uchybia terminowi określoneму przepisem art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, co z kolei oznacza, że w myśl przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, odwołanie podlega odrzuceniu, jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Terminy wyznaczone ustawą na wnoszenie środków ochrony prawnej wobec czynności lub zaniechań zamawiającego mają charakter prekluzyjny i nie podlegają przywróceniu w żadnym przypadku. Upływ terminu skutkuje utratą prawa do podnoszenia zarzutów.

Zgodnie z przepisem art. 189 ust. 3 zd. pierwsze ustawy - Prawo zamówień publicznych, postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15 000,00 zł.

Przewodniczący: