

WYROK

z dnia 13 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2018 r. przez wykonawcę **MORIS Sp. z o.o., ul. Wiejska 27, 41-503 Chorzów** postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** orzeka

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego wykonawcę MORIS Sp. z o.o., ul. Wiejska 27, 41-503 Chorzów i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczonych tytułem wpisu od odwołania

3. Zasada od odwołującego MORIS Sp. z o.o., ul. Wiejska 27, 41-503 Chorzów na rzecz zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa kwotę 3 600,00 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa Praga w Warszawie.

Przewodniczący.....

Sygn. akt KIO 2466/18

UZASADNIENIE

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, dalej zwane „Zamawiającym” prowadziły postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa szyn kolejowych w latach 2019 i 2020 ze stali R260 i R350HT”.

Postępowanie w przedmiotowej sprawie zostało unieważnione w dniu 20 listopada 2018 roku w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp tj z powodu niezłożenia w postępowaniu oferty nie podlegającej odrzuceniu.

Wykonawca MORIS Sp. z o.o., ul. Wiejska 27, 41-503 Chorzów – dalej „Odwołujący” wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na bezpodstawnym pominięciu przez Zamawiającego złożonej przez niego oferty w postępowaniu, a to z uwagi na fakt, że w ocenie PKP PLK S.A. Odwołujący złożył ofertę po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego tj. na dzień 16 listopada 2018 roku do godz. 10.00.

Wobec powyższego zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 84 ust. 2 zdanie 2 Pzp poprzez uznanie, że istnieje podstawa zwrotu oferty z uwagi na jej złożenie po wyznaczonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) terminie, pomimo złożenia oferty w miejscu i terminie określonym przez Zamawiającego,

2. art. 86 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie otwarcia oferty Odwołującego pomimo złożenia jej w terminie składania ofert,

3. art. 36 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z Rozdziałem XIX pkt 1 SIWZ poprzez niewskazanie w treści SIWZ czynność technicznych niezbędnych do przedsięwzięcia celem skutecznego złożenia oferty Zamawiającemu,

4. art. 7 ust. 1 i 2 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców przejawiające się w tym, że Zamawiający uznał ofertę Odwołującego za złożoną po terminie, mimo, że została złożona we wskazanym przez niego miejscu na ponad godzinę przed jego upływem oraz w tym, że Zamawiający nie dokonał otwarcia oferty Odwołującego, a także prowadzi postępowanie w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji.

Podnosząc powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności zawiadomienia Odwołującego o złożeniu oferty po terminie,

2. nakazanie otwarcia oferty Odwołującego i poinformowania pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty, że oferta Odwołującego została złożona przed upływem terminu składania ofert wraz z podaniem informacji dotyczących oferty Odwołującego, o których mowa w art. 86 ust. 4 PZP,

3. uwzględnienia oferty Odwołującego w trakcie badania i oceny ofert złożonych w ramach Postępowania, ewentualnie:

4. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, jako obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

W zakresie postawionych żądań wskazać należy, że na etapie rozprawy pełnomocnik Odwołującego cofnął żądania wskazane w ww. pkt 2 i 3.

Uzasadniając powyższe zarzuty podał, że w dniu 14 listopada 2018 roku o godzinie 14.50 Odwołujący nadał przesyłkę skierowaną do Zamawiającego za pośrednictwem Kuriera Poczty Polskiej „Pocztex”. Zgodnie z załączoną do niniejszego odwołania kopią listu przewozowego, nadając przesyłkę Odwołujący wybrał opcje doręczenia przesyłki następnego dnia roboczego do godziny 8.00 rano. Podniósł, że w dniu 16 listopada 2018 roku, jak wynika z wydruku z systemu komputerowego umożliwiającego śledzenie przesyłki (tracking) przesyłka kurierska o numerze EE 792 090 8 PL została o godzinie 6.34 przekazana kurierowi do doręczenia. O godzinie 8.54 miało miejsce nieudane doręczenie przesyłki, a finalnie została ona doręczona o godzinie 10.02.

Odwołujący wskazał, iż w dniu 28 listopada 2018 roku zakończyło się postępowanie reklamacyjne mające na celu wyjaśnienie okoliczności doręczenia przesyłki kurierskiej o numerze EE 792 090 8 PL. Reklamacja została uwzględniona przez operatora pocztowego, a fakt jej prawidłowego doręczenia po ustalonym w regulaminie operatora terminie został potwierdzony. Okoliczności te świadczą o dochowaniu przez Odwołującego najwyższej staranności w doborze operatora pocztowego i usługi. Odwołujący pozostaje na stanowisku, iż odnotowana w dokumentacji trackingowej próba doręczenia przesyłki o godzinie 8.54 stanowiła złożenie oświadczenia woli Odwołującego w sposób umożliwiający Zamawiającemu zapoznanie się z jej treścią, a poza sporem pozostaje, przyznana przez Zamawiającego okoliczność, iż kurier pojawił się w siedzibie Zamawiającego o godzinie 9.54.

Odnosząc się do nieudanej próby doręczenia przesyłki przed godziną 9 podał, iż na ponad godzinę przed upływem terminu do składania ofert, kurier Pocztex przybył do siedziby Zamawiającego i podjął próbę doręczenia dokumentów przetargowych (tj. oferty), którą odnotowano w systemie trackingowym jako nieudaną. Obecność kuriera

w siedzibie Zamawiającego na długo przed upływem terminu składania ofert, posiadanie przez niego przesyłki zawierającej ofertę przetargową, podjęcie próby jej doręczenia oraz odnotowanie jej w systemie jako nieudanej, prowadzi do konstatacji, iż okoliczności, które sprawiły, iż Zamawiający nie zapoznał się z treścią oświadczenia woli Odwołującego, obciążają Zamawiającego, który miał możliwość zapoznania się z treścią złożonego oświadczenia woli już o godzinie 08:54.

Nadto niezależnie od powyższego podał, iż zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w piśmie kierowanym do Odwołującego, kamery monitoringu zarejestrowały wejście kuriera do budynku - siedziby Zamawiającego o godzinie 9.54. Mając, na uwadze, iż Zamawiający nie posiada szczegółowego uregulowania wewnętrznego sposobu przyjmowania ofert, a zgodnie ze wskazaniami trackingu oferta została prawidłowo złożona o godzinie 10.02, możliwym jest, aby kurier znalazł się w miejscu składania ofert jeszcze przed upływem terminu, a oferta została zarejestrowana dopiero po godzinie 10.00.

Wskazując na argumentację prawną mającą uzasadniać prawidłowość doręczenia oferty podał, że oczywistym jest to, że na wykonawcach ciąży obowiązek dołożenia należytej staranności w celu prawidłowego i terminowego złożenia oferty. Niemniej jednak działania Zamawiającego nie mogą cechować się dowolnością i utrudniać wykonawcom wykonania czynności niezbędnych do wzięcia udziału w postępowaniu. Zamawiający określając miejsce i termin składania ofert daje wyraz temu, że skutecznie można złożyć ofertę, dotrzymując tych konkretnych warunków i za to zamawiający ponosi odpowiedzialność (wyrok KIO z dnia 20 marca 2015 r. sygn. KIO 432/15 r.).

Ponadto zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 11 Pzp, Zamawiający podaje w SIWZ miejsce i termin składania ofert. Zamawiający wskazał co prawda, że ofertę należy złożyć w biurze Zamawiającego, ale nie poinformował wykonawców, że przybycie do biura Zamawiającego wymaga uprzedniego wylegitymowania się i zaewidencjonowania wejścia do budynku, a są to przecież okoliczności, które mogą wpłynąć na dotrzymanie terminu składania ofert. Przy takim określeniu w SIWZ miejsca składania ofert, Odwołujący miał prawo interpretować je w ten sposób, że przybycie pod wskazany adres umożliwi mu (za pośrednictwem posłańca - kuriera) bezzwłoczne złożenie oferty. Trudno oczekiwać od wykonawcy, aby znał funkcjonujące w biurze zasady odbioru przesyłek. Zamawiający podał jedynie adres, pod którym należy złożyć ofertę. Odwołujący mógł zakładać, że złożenie oferty będzie mogło nastąpić bez zbędnej zwłoki (bez dodatkowych utrudnień). Tymczasem Odwołujący nie miał możliwości doręczenia Zamawiającemu oferty bezpośrednio po stawieniu się pod adresem wskazanym w SIWZ (o czym świadczy nieudana próba doręczenia o godzinie 08:54), mimo że przybył tam przed upływem terminu i był gotów do złożenia oferty (por. wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2011 r., sygn. KIO 2688/11 r.).

W ocenie Odwołującego samo przybycie posłańca pod wskazany adres w celu złożenia oferty stanowi już moment złożenia oferty Zamawiającemu, o ile oddanie oferty pracownikowi Zamawiającego odbędzie się niezwłocznie po przybyciu posłańca pod wskazany adres. Zamawiający - co jest okolicznością bezsporną - podjął próbę złożenia oferty Zamawiającemu o godzinie 08:54, jednakże nie skutkowało ona złożeniem oferty w rozumieniu regulacji PZP.

Zauważył, że okoliczność, iż posłaniec (kurier), w celu fizycznego oddania oferty upoważnionemu pracownikowi Zamawiającego, musi przejść przez etap niezbędnych czynności faktycznych oraz przebyć drogę do pomieszczeń Zamawiającego znajdujących się w skrzydle „B”, jest o tyle istotna, że czas niezbędny do pokonania tych etapów nie może wpływać na uznanie oferty za spóźnioną. Brak informacji w SIWZ o przywołanych okolicznościach nie może wpływać negatywnie na pozycję Odwołującego, którego posłaniec przybył pod wskazany adres przed terminem składania ofert, a konieczne formalności sprawiły, że oferta została przyjęta przez upoważnionego pracownika Zamawiającego o godz. 10:02 (po uprzedniej „nieudanej” próbie doręczenia, która miała miejsce o godzinie 08:54). Mając na uwadze fakt, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek precyzyjnego określenia miejsca składania ofert, a nieścisłości w tym zakresie nie mogą powodować negatywnych konsekwencji dla wykonawców, to oferta została dostarczona pod wskazany w SIWZ adres przynajmniej o godzinie 09:54, a następnie została niezwłocznie przekazana pracownikowi Zamawiającego, to za moment złożenia oferty należy uznać właśnie tę godzinę. W konsekwencji uznanie przez Zamawiającego, że oferta wpłynęła o godz. 10:02, stanowiło naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 11 PZP w zw. z Rozdziałem XIX pkt 1 SIWZ. Zauważył, że pomimo tych okoliczności to oferta dotarła ponownie do Zamawiającego zaledwie dwie minuty po terminie wskazanym w SIWZ (tj. o godzinie 10:02).

Podkreślił, że bez względu na powyższe okoliczności, wskazać należy, iż arbitralne uznanie przez Zamawiającego oferty Odwołującego jako złożonej po terminie i nie dokonanie jej otwarcia, stanowi naruszenie przepisów PZP polegające na prowadzi postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, iż błędna i niezgodna z przepisami Pzp była czynność zamawiającego polegająca na nieotwarceniu oferty Odwołującego w sytuacji, gdy w toku postępowania odwoławczego ustalone może zostać, iż złożona została ona w wymaganym terminie. Podkreślić należy, iż otwarcie ofert jest czynnością, której powtórzyć nie można, a zatem dla zachowania zasad uczciwej konkurencji oferta Odwołującego, również winna zostać otwarta, w szczególności w sytuacji, gdy było to fizycznie możliwe. Termin otwarcia ofert ustalono na godzinę 10.05, a ostateczne doręczenie oferty nastąpi o godzinie 10.02, co umożliwiałoby otwarcie oferty, arbitralnie uznanej przez Zamawiającego za złożoną po terminie.

Reasumując swoją argumentację podał, że iż błędne przyjęcie przez zamawiającego, iż oferta Odwołującego złożona została po terminie spowodowało, iż oferta Odwołującego została pominięta przy dokonaniu czynności otwarcia ofert, a tym samym uniemożliwiono odwołującemu wzięcia udziału w postępowaniu przetargowym. Oferta MORIS spełnia kryteria konkurencyjności i powinna znaleźć się w gronie ofert poddawanych ocenie przez Zamawiającego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego. Odnosząc się do zarzutów odwołania podał, że posłaniec przybył do siedziby Zamawiającego z trzema przesyłkami. Z bilingów rozmów z telefonu recepcji w siedzibie Zamawiającego oraz z treści odsłuchanych rozmów wynika, że posłaniec wskazał ofertę Wykonawcy jako ostatnią przesyłkę do doręczenia. Wskazał, że Obowiązek dopełnienia należytej staranności w dostarczeniu oferty spoczywał na Wykonawcy, jako profesjonalnym przedsiębiorcy posiadającym niezbędne doświadczenie. Wykonawca, posiadając informację wynikającą z jego własnego doświadczenia, powinien złożyć dyspozycję do swojego posłańca, żeby w pierwszej kolejności doręczył kopertę zawierającą ofertę. Odwołujący powołał się na fakt, że Zamawiający miał możliwość zapoznania się z treścią oferty złożonego oświadczenia woli już o godzinie 8.53. Jednakże ze stanu faktycznego wynika, że o 8.53, jak podnosi Odwołujący, miało mieć miejsce nieudane doręczenie przesyłki. Zamawiający kwestionuje stanowisko Odwołującego, że w tym czasie miała miejsce próba doręczenia przesyłki. Jak wynika bowiem z zapisu monitoringu pierwsze wejście posłańca do siedziby Zamawiającego nastąpiło o godzinie 9.54.

Wskazał, że Odwołujący powołał się na wydruk z systemu komputerowego umożliwiającego śledzenie przesyłki

(tracking) co, jak uznał Sąd Administracyjny w Krakowie w wyroku z dnia 1 grudnia 2016 r. (III SA/Kr 938/16), nie może stanowić dowodu na datę doręczenia: „System śledzenia przesyłek Tracking Pocztex EMS nie stanowi dowodu na datę doręczenia decyzji I instancji.”

Znamienne jest zdaniem Zamawiającego, że Odwołujący nie podaje przyczyn dlaczego doręczenie przesyłki o godz. 8.53 zakończyło się niepowodzeniem. Zamawiający, w swojej siedzibie, posiada dwa wejścia dla interesantów, które są czynne od godz. 8.00 i na biurze przepustek zawsze przebywa obsługa. Nie ma więc żadnej możliwości, aby mogło dojść do nieudanej próby dostarczenia przesyłki z winy Zamawiającego.

W zakresie zarzutu drugiego podał, że Zamawiający zaniechał otwarcia oferty, ponieważ, jak wskazano powyżej, Odwołujący dostarczył ofertę do Zamawiającego o godzinie 10.02, a zatem, po terminie określonym w Rozdziale XIX pkt. 1 SIWZ, który był wyznaczony na godzinę 10.00.

Odnosząc się do zarzutu trzeciego wskazał, że Zamawiający w Rozdziale XIX SIWZ precyzyjnie opisał miejsce, w którym Wykonawcy mają złożyć ofertę, wskazując dokładny adres, piętro, pokój - wszystkie szczegóły, które miały umożliwić prawidłowe złożenie oferty przez Wykonawców. Przepisy prawa nie zobowiązują Zamawiającego do zamieszczenia w SIWZ dokładnej odległości, którą Wykonawca ma do przebycia licząc od wejścia do siedziby Zamawiającego do pokoju, w którym ma zostać złożona prawidłowo oferta, nie jest także zobowiązany do wskazania jakie czynności poprzedzające złożenie oferty muszą zostać wykonane. Ponadto spółka MORIS sp. z o.o. niejednokrotnie brała udział w postępowaniach przeprowadzanych przez Zamawiającego a zatem jako profesjonalny przedsiębiorca powinna posiadać wiedzę ile czasu jest niezbędne, począwszy od wejścia posłańca lub osoby, która ma złożyć ofertę, do skutecznego złożenia oferty w miejscu i terminie określonym w SIWZ danego postępowania.

W zakresie zarzutu dotyczącego nie dokonania otwarcia oferty podał, że oferta została prawidłowo dostarczona do Zamawiającego o godzinie 10.02 czyli po terminie wskazanym przez Zamawiającego w rozdziale XIX pkt. 1 SIWZ. Odwołujący podniósł, że oferta została złożona na ponad godzinę przed upływem terminu na jej wniesienie jednakowoż ze stanu faktycznego wynika, iż posłaniec Odwołującego przybył do siedziby o godzinie 9.54. Posłaniec w pierwszej kolejności doręczył dwie inne przesyłki, a ofertę Odwołującego w ostatniej kolejności o godzinie 10.02. Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający nie był zobowiązany do otwarcia danej oferty i nie istnieją przesłanki, które prowadziłyby do wniosków, iż Zamawiający prowadzi postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Przed dokonaniem rozważań co do skutków stanu faktycznego sprawy na ocenę zasadności podniesionych zarzutów wskazać należy, że wykonawca wnosząc odwołanie od czynności Zamawiającego winien zgodnie z art. 179 ust.1 Pzp wykazać interes w rozstrzygnięciu zarzutów celem uzyskania zamówienia. Izba powołując się na wyrok SO w W-wie z dnia 30 maja 2018 r sygn. akt XXIII Ga2057/17 wskazuje, że *Warunkiem sine qua non uwzględnienia odwołania jest spełnienie przez odwołującego się wykonawcę materialnoprawnych przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy pzp, zgodnie z którym odwołanie przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Podkreślenia wymaga, że odwołanie jest środkiem ochrony prawnej, którego celem jest uzyskanie zamówienia. W konsekwencji musi być ono traktowane jako przejaw zainteresowania ze strony wykonawcy wybraniem jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Trzeba przy tym pamiętać, że interes w uzyskaniu zamówienia jest skonkretyzowany do określonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. tego, w związku z którym środek ochrony prawnej jest wnoszony i nie odnosi się do możliwości uzyskania zamówienia w ogóle (np. w następstwie wszczęcia przez zamawiającego kolejnej procedury)*. Nadto za wyrokiem SO w Łodzi z dnia 21.09.2012 sygn. akt XIII Ga 379/12 wskazać należy, że zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący musi więc wykazać, iż miał lub ma interes w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia, a w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy poniósł lub mógł ponieść szkodę. Przepis art. 179 ust. 1 Pzp wymaga wykazania łącznego spełnienia ww. przesłanek. W tymże orzeczeniu SO w Łodzi wskazał także, że Krajowa Izba Odwoławcza z urzędów każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Są to przesłanki materialno–prawne, co oznacza, iż odwołanie w przypadku ich braku lub nieudowodnienia podlega oddaleniu z uwagi na brak legitymacji do jego wniesienia, niezależnie od zasadności podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy wskazać należy – co uszło uwadze Odwołującemu, że Zamawiający w dniu 20 listopada 2018 roku dokonał czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania (a więc czynność ta istniała już na moment wnoszenia odwołania) z powołaniem się na przepis art. 93 ust.1 pkt 1 Pzp, co na rozprawie potwierdził Zamawiający. Powyższa czynność nie została objęta zarzutami odwołania i tym samym na moment orzekania (art. 191 ust.2 Pzp) czynność Zamawiającego była czynnością prawomocną, gdyż nie został od niej wniesiony środek odwoławczy. Zauważyć należy, że Odwołujący w odwołaniu podniósł żądanie nakazania Zamawiającemu unieważnienia przedmiotowego postępowania, co prawda z innej podstawy prawnej, ale nie wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania z dnia 20 listopada 2018 roku, powodując tym samym prawomocność tej czynności Zamawiającego.

Powyższa sytuacja wpływa również na kwestie wpływu na wynik toczącego się postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 192 ust.2 Pzp Izba może uwzględnić zarzuty odwołania tylko w sytuacji kiedy naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych przez istotny wpływ na wynik postępowania należy rozumieć wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym z istotnym wpływem naruszenia na wynik postępowania mamy do czynienia wyłącznie w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów zawartych w odwołaniu prowadzi do wyboru jako

najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy niż wskazanego w informacji o wyborze.

W tym zakresie wskazać należy chociażby na Postanowienie SN z dnia 12 lutego 2014 r. sygn. IV CSK 291/13 w którym Sąd stwierdził, że „Wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania zdefiniowanego w art. 2 pkt 7 a p.z.p., a więc jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego lub jako - w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki - wynegocjowanie postanowień takiej umowy”.

Podkreślić należy, że ustawa Pzp nie zawiera legalnej definicji określającej, kiedy dane orzeczenie będzie miało wpływ na wynik postępowania. Dlatego też w każdym przypadku Izba winna indywidualnie zbadać i ocenić, czy orzeczenie o uwzględnieniu odwołania będzie miało wpływ na wynik postępowania. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2003 r. sygn. akt V CK 474/02). Jeśli taki wpływ nie nastąpi, to odwołanie nie może zostać uwzględnione, nawet gdyby podniesione zarzuty w jakiejś części okazały się zasadne.

Odnosząc się do powyższych ustaleń w zakresie zarówno interesu w uzyskaniu zamówienia, jak i wpływu czynności zamawiającego na wynik postępowania wskazać, że Odwołujący w tym stanie faktycznym na etapie postępowania odwoławczego nie zmierzał do stworzenia sobie warunków do uzyskania tego zamówienia.

Podkreślić należy, że niewątpliwym jest, że czynność unieważnienia postępowania jest czynnością najdalej idącą w skutkach wobec toczącego się postępowania i wykonawców. Niezakwestionowanie jej w odwołaniu i dopuszczenie do jej prawomocności, powoduje niespełnienie przesłanki z art. 179 ust.1 Pzp w zakresie możliwości poniesienia szkody, gdyż nie można przywrócić wyrokiem KIO wykonawcy do prawomocnie unieważnionego postępowania o udzielenie zamówienia. Nadto fakt prawomocnego unieważnienia postępowania jest okolicznością, skutkującą tym, że żadne orzeczenie w zakresie zasadności podniesionych zarzutów nie może zmienić sytuacji prawnej danego postępowania, które po prawomocnym unieważnieniu już nie występuje w obrocie prawnym. Prawomocność ta wynika w szczególności z braku możliwości kwestionowania jej na pewnym etapie, tj. po upływie terminu na jej zakwestionowanie.

Podkreślić należy, że ustawa Pzp nie przyjęła uregulowań podobnych do przepisów kpc, czy też kpa o możliwości przywrócenia terminu do dokonania określonej czynności. Terminy na wniesienie odwołania od czynności lub zaniechań zamawiającego traktowane są na gruncie Pzp jako terminy prawa materialnego o charakterze zawitym i prekluzyjnym. Niedochowanie terminu skutkuje wygaśnięciem prawa do dokonania określonej czynności, a w konsekwencji za niedopuszczalną uznaje się możliwość jego przywrócenia, i to bez względu na to, jakiego rodzaju przyczyny doprowadziły do uchybienia terminu. Prekluzyjność terminu oznacza, że termin ten jest terminem nieprzekraczalnym i nieprzywralnym.

Jednakże pomimo powyższych ustaleń skutkujących brakiem możliwości uwzględnienia odwołania, Izba uznała za zasadne odniesienie się do podniesionych w odwołaniu zarzutów.

W zarzucie pierwszym i drugim Odwołujący uznawał, że Zamawiający naruszył przepisy art. 84 ust.2 i 86 ust.2 Pzp z tego powodu, że dokonał zwrotu oferty jak złożonej po terminie, a także, że nie została dokonana czynność jej otwarcia pomimo faktu iż wpłynęła ona do Zamawiającego przed terminem otwarcia ofert. Zarzuty te Izba uznała za niezasadne.

Wskazać należy, że zgodnie z przepisem z art. 84 ust.2 zd.2 Pzp „W postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający niezwłocznie zawiadamia wykonawcę o złożeniu oferty po terminie oraz zwraca ofertę po upływie terminu do wniesienia odwołania”. W przedmiotowym postępowaniu - niezależnie od pewnych okoliczności które mogły mieć wpływ na terminowe doręczenie Zamawiającemu oferty, niespornym wydaje się być kwestia, że oferta Odwołującego została doręczona Zamawiającemu o godz.10,02. Wynika to z wielokrotnych stwierdzeń Odwołującego zawartych w treści odwołania, jak np. w pkt 5 na str. 4 odwołania, gdzie Odwołujący stwierdził „O godzinie 8.54 miało miejsce nieudane doręczenie przesyłki, a finalnie została ona doręczona o godzinie 10.02.”.

Izba uznaje, że na wykonawcy ciąży obowiązek podjęcia wszelkich działań, które umożliwią doręczenie oferty na termin i miejsce wskazane przez Zamawiającego w SIWZ. Wykonawca jako profesjonalista winien przyjąć założenie, że mogą wystąpić nieprzewidziane okoliczności także w siedzibie Zamawiającego, które mogą spowodować przekroczenie określonego terminu dla doręczenia przesyłki, jak chociażby kolejka osób oczekujących na złożenie pism, czy ofert, awaria windy, awaria sprzętu komputerowego w oparciu o który wydawane jest potwierdzenie złożenia dokumentu, chwilowa niedyspozycja osoby przyjmującej przesyłki, itp. Podkreślić należy, że Odwołujący będąc profesjonalistą, który uczestniczy w postępowaniach przetargowych winien dołożyć należytej staranności przy terminowym złożeniu oferty. Powyższe potwierdza teza z orzeczenia KIO Sygn. akt KIO/UZP 1442/08 z 19.12.2008 r., w którym Izba uznała, iż: "Wykonawca powinien dołożyć należytej staranności przy terminowym złożeniu oferty. Spóźnienie oznacza, że nie doszło do skutecznego złożenia oświadczenia woli zawartego w ofercie. Nie są również istotne przyczyny opóźnienia, a zwrot jest dokonywany również wtedy, gdy opóźnienie powstało z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę."

W zakresie dowodowym zwrócić uwagę należy na przepis art. 6 k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, który nakłada na Odwołującego wykonawcę ciężar udowodnienia faktu, z którego wywodził on skutki prawne. Analogicznie stanowi art. 190 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednak z uwagi na zastrzeżoną jako zasada prawną - na gruncie procedury udzielania zamówień publicznych, zasadę wyrażoną w art. 9 Pzp - formę pisemną czynności, dowodem dla wykazania złożenia oferty w wyznaczonym terminie powinno być przedłożenie pisemnego potwierdzenia przyjęcia oferty Odwołującego przez Zamawiającego w czasie nie późniejszym niż 16 listopada 2018 r. godzina 10:00. Takiego dowodu Odwołujący Izbie nie przedstawił.

Zasada pisemności wyraża się w obowiązku składania (lub potwierdzania) w formie pisemnej przez zamawiających i wykonawców wszelkich oświadczeń i zawiadomień. Obowiązek ten obejmuje wszystkie czynności podejmowane w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia i powiązany jest z zasadą przejrzystości procedur zamówień publicznych, tj. dokumentowania wszelkich działań na piśmie, aby były one w pełni transparentne i weryfikowalne. Za moment doręczenia oferty zdaniem Izby, należy uznać moment wręczenia koperty/paczki z ofertą osobie będącej w miejscu wskazanym, jako miejsce składania ofert oraz uzyskania pisemnego potwierdzenia o doręczeniu, zawierającą datę i godzinę wręczenia przesyłki.

Izba uznaje, że brak złożenia oferty w określonym w SIWZ terminie uniemożliwia jej otwarcie i to niezależnie od tego, czy opóźnienie w złożeniu oferty wynikało z winy Zamawiającego czy też jak twierdzi Odwołujący winno ono nastąpić na wypadek, gdyby Izba uwzględniła zarzut odwołania co do brak winy Odwołującego w braku terminowego jej złożenia. Zdaniem Izby, zachowanie terminu na złożenie oferty, czy innych pism Zamawiającemu, obciąża wykonawcę na zasadzie ryzyka i wykonawca winien podjąć takie działania, a w szczególności założenie

dostarczenia ofert z znacznym wyprzedzeniem terminu, które niezależnie od zaistniałych przeszkód, umożliwią doręczenie oferty na termin i miejsce wskazane przez Zamawiającego w SIWZ.

Tym samym wykazywanie przez Odwołującego, że dokonał – jak twierdził, dochowania aktu staranności w doręczeniu oferty, wyznaczając odpowiedni termin operatorowi pocztowemu na jego doręczenie, jak i że została dokonana rzekomo nieudana próba doręczenia przesyłki przed godz. 9,00, Izba uznała za bezprzedmiotowe.

W zarzucie trzecim Odwołujący zarzucił niewłaściwe określenie miejsca składania ofert w SIWZ poprzez nieokreślenie czynności, które wykonawca musi podjąć dodatkowo, a by dokonać złożenia oferty. Zarzut ten Izba uznała za zasadny.

Na wstępie wskazać należy, że jednym z podstawowych obowiązków Zamawiającego w zakresie formułowania treści SIWZ, jest podanie terminu i miejsca składania ofert (art. 36 ust.1 pkt 11 Pzp). Izba stwierdza, że jednoznaczne wskazanie powyższego wymagania w SIWZ determinuje kwestię, czy możliwe jest uznanie, że oferta została w sposób prawidłowy złożona. Niespornym w sprawie jest fakt, że Zamawiający w Rozdziale XIX pkt 1 SIWZ wskazał termin składania ofert (później zmieniony) oraz podał, że oferty należy składać w siedzibie Zamawiającego – precyzując, że ma to nastąpić w „pokój nr 6, parter skrzydło B”.

Odnosząc się do powyższego wskazania Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podał, że wykonał ww. obowiązek ustawowy, gdyż „Zamawiający w Rozdziale XIX SIWZ precyzyjnie opisał miejsce, w którym Wykonawcy mają złożyć ofertę, wskazując dokładny adres, piętro, pokój - wszystkie szczegóły, które miały umożliwić prawidłowe złożenie oferty przez Wykonawców”.

Biorąc pod uwagę powyższe stanowisko Zamawiającego jak i argumentację z odwołania Izba uznała, że Zamawiający nie wywiązał się z obowiązku wskazanego w przepisie art. 36 ust.1 pkt 11 Pzp, a powyższe twierdzenie są nieprawdziwe. Za takim stanowiskiem przemawia jednoznacznie, stwierdzenie Zamawiającego podane w odpowiedzi na zarzut pierwszy odwołania w którym twierdził, że „Procedura przyjęcia przesyłek w siedzibie Zamawiającego przebiega w następujący sposób: posłaniec wskazuje osobie pełniącej obowiązki na recepcji przesyłkę do doręczenia, następnie osoba ta telefonuje do osoby, do której jest zaadresowana przesyłka a następnie adresat schodzi do pomieszczenia recepcji i odbiera przesyłkę. Cała procedura może zająć nawet do kilkunastu minut”.

Przy takiej procedurze odbioru ofert/przesyłek to zdaniem Izby podane przez Zamawiającego w SIWZ miejsce składania ofert jest fikcyjne, gdyż niewątpliwie miejscem gdzie wykonawca składa ofertę jest portiernia/recepcja w siedzibie Zamawiającego. Izba stwierdza, że wskazane w SIWZ miejsce składania ofert musi być rzeczywiste. Podkreślić należy, że Zamawiający na rozprawie twierdził, że wskazany numer pokoju, gdzie należy składać oferty nie służy składaniu ofert przez wykonawców, lecz jest wskazaniem dla pracownika portierni do którego pokoju winien zadzwonić, aby osoba z tego pokoju zeszła do recepcji celem odbioru przesyłki. Niewątpliwym jest, że Zamawiający w SIWZ nie wskazał powyższej procedury, chociaż nawet jej wskazanie byłoby wątpliwie zgodne z wymogiem z art. 36 ust.1 pkt 11 Pzp. Stwierdzić należy także, że dla wykonawcy istotnym jest wskazane miejsca składania ofert, natomiast zupełnie nieistotnym jest kwestia wynikająca z wewnętrznych uregulowań Zamawiającego do którego pokoju i osoby ma trafić oferta po jej złożeniu.

W tej sytuacji zdaniem Izby należało uznać, że w rzeczywistości miejscem składania ofert była recepcja/portiernia w budynku Zamawiającego, a nie pokój nr 6 w budynku B. Biorąc pod uwagę powyższe uznać należało, że Zamawiający naruszył przepis w zakresie określenia miejsca składania ofert. Stanowisko Zamawiającego, że „Przepisy prawa nie zobowiązują Zamawiającego do zamieszczenia w SIWZ dokładnej odległości, którą Wykonawca ma do przebycia licząc od wejścia do siedziby Zamawiającego do pokoju, w którym ma zostać złożona prawidłowo oferta, nie jest także zobowiązany do wskazania jakie czynności poprzedzające złożenie oferty muszą zostać wykonane”, jest zaprzeczeniem jednoznacznego w tym zakresie wymagania ustawowego.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia w tym i fakt braku możliwości uznania złożenia oferty jako złożonej w terminie, zasadne jest żądanie Odwołującego o potrzebie unieważnienia tego postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust.1 pkt 7 Pzp. Jednakże jak wskazano na wstępie przedmiotowe postępowanie na moment orzekania jest już prawomocnie unieważnione i tym samym fakt zasadności części z podniesionych zarzutów nie może spowodować zmiany sytuacji prawnej Odwołującego. Dlatego też, ze względu na brak wpływu na wynik (art. 192 ust.2 Pzp) a także spełnienia przesłanki interesu w zakresie możliwości poniesienia w tym stanie faktycznym szkody przez Odwołującego, odwołanie podlegało oddaleniu.

Izba zasądziła na rzecz Zamawiającego zwrot kosztów zastępstwa prawnego, gdyż zasądzenie kosztów następuje w zależności od wyniku postępowania, a w tym postępowaniu odwoławczym odwołanie ze wskazanych wyżej względów podlegało oddaleniu. W świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6 Pzp.

Izba orzekła, jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, 191 ust. 2 i 192 ust. 1 i 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący