

WYROK
z dnia 1 grudnia 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozP. na rozprawie w dniu 29 listopada 2017 roku w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 listopada 2017 roku przez wykonawcę **E.P. Sp. z o.o. z siedzibą w Z** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – E.L. Sp. z o.o. z siedzibą w P.**, który działa w imieniu:

1. E.O.S.A. z siedzibą w P.
2. E.L. Sp. z o.o. z siedzibą w P.
3. L.W. „B.” S.A. z siedzibą w B.

przy udziale wykonawcy **C.P. Sp. z o.o. z siedzibą w W.** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **E.P. Sp. z o.o. z siedzibą w Z** i:
 - a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę odwoławczego 15 000,00 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania
 - b) zasądza od **Odwołującego E.P. Sp. z o.o. z siedzibą w Z** na rzecz **Zamawiającego - E.L. Sp. z o.o. z siedzibą w P.** kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Poznaniu.**

Przewodniczący:

2

UZASADNIENIE

W dniu 17 listopada 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w W., na podstawie na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2017, poz. (...)) - dalej jako „Ustawa” lub „Pzp”) odwołanie złożył wykonawca **E.P. Sp. z o.o. z siedzibą w Z** (dalej jako „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zachowaniem zasad właściwych dla zamówień sektorowych, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp na: „Dostawę muf i głowic do kabli

SN)”, (nn, Sp. z o.o. elektroenergetycznych prowadzi Zamawiający: E.L.

z siedzibą w P., który działa w imieniu:

1. E.O.S.A. z siedzibą w P.
2. E.L. Sp. z o.o. z siedzibą w P.
3. L.W. „B.” S.A. z siedzibą w B..

Odwołanie wniesiono w zakresie części II, III, VI, XI i XII postępowania od:

- a) czynności uznania oferty Odwołującego za złożoną po upływie terminu do składania ofert,
- b) zaniechania czynności otwarcia oferty Odwołującego,
- c) zaniechania czynności uwzględnienia oferty Odwołującego w trakcie badania i oceny złożonych ofert

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. przepisu art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 11 i art. 14 ust 1 Pzp w zw. z art. 60 i art. 70[1] § 3 i 4 k.c. oraz punktem 11.1, 11.2 w zw. z punktem 1.2 SIWZ poprzez przeprowadzenie postępowania niezgodnie z treścią SIWZ, tj. otwarcie ofert wykonawców, mimo że oferty te nie zostały złożone w miejscu wskazanym w SIWZ jako miejsce składania ofert,
2. przepisu art. 36 ust 1 pkt 11 w zw. art. 7 ust 1 Pzp w zw. z pkt 11.1 i 11.2 w zw. z pkt 1.2 SIWZ, poprzez niezapewnienie możliwości faktycznego złożenia oferty w miejscu przewidzianym w SIWZ w wyniku nieprawidłowego określenia miejsca składania ofert, a tym samym uniemożliwienie spełnienia warunku uczestnictwa w przetargu, polegające na wskazaniu jako miejsca składania ofert nieruchomości niezabudowanej, oraz poprzez brak określenia oznaczenia budynku i numeru pokoju, w którym mają być składane oferty i poprzez brak obecności przedstawiciela Zamawiającego w miejscu przewidzianym w SIWZ,
3. przepisu art. 7 ust 1 Pzp polegające na przeprowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami przejrzystości, a to wskutek uznania oferty Odwołującego za złożoną

3

po terminie i jednoczesnego uznania ofert złożonych przez pozostałych wykonawców za złożone w terminie, mimo że żadna oferta nie wpłynęła w czasie wyznaczonym w SIWZ do miejsca wskazanego przez Zamawiającego, tj. na (...) (pozostali wykonawcy złożyli ofertę w budynku położonym pod adresem (...), mimo że SIWZ jako miejsce składania ofert wskazał adres: (...)),

4. przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez:

a) zaniechanie usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającej na niezapewnieniu możliwości złożenia oferty w miejscu wskazanym w SIWZ, tzn. pod adresem: Poznań, ul. Strzeszyńską 58,

b) zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo spowodowania przez Zamawiającego sytuacji, w której jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

5. przepisu art. 84 ust 2 Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że oferta została złożona po terminie,

przepisu art. 86 ust 2 i 4 Pzp poprzez 6. zaniechanie otwarcia oferty Odwołującego, pomimo że oferta została złożona w terminie.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności zawiadomienia Odwołującego o złożeniu oferty po terminie,
2. unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, albowiem jest ono dotknięte niemożliwą, do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

ewentualnie:

1. unieważnienia czynności otwarcia ofert pozostałych wykonawców, których oferty zostały otwarte,

2. unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 1 Pzp, albowiem żadna ze złożonych ofert nie wpłynęła do Zamawiającego w czasie określonym w SIWZ we wskazanym w SIWZ miejscu składania ofert, zatem w toku postępowania nie wpłynęła żadna oferta,

ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia powyższych wniosków:

- nakazanie Zamawiającemu:

3. unieważnienia czynności zawiadomienia Odwołującego o złożeniu oferty po terminie,

4. otwarcia oferty Odwołującego i poinformowania pozostałych wykonawców, którzy złożyli ofertę, że oferta Odwołującego została złożona przed upływem terminu składania ofert wraz z podaniem informacji dotyczących oferty Odwołującego, wskazanych w art. 86 ust. 4 Pzp,

5. uwzględnienia oferty Odwołującego w trakcie badania i oceny złożonych ofert,
6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 3600 zł.

Ponadto Odwołujący wnosił o:

- przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka P.P., na okoliczność prób składania informacji pracownika podejmowania ofert, udzielanych przez w kancelarii podczas przyjmowania ofert, czasu przekazania ofert komisji przetargowej, udzielenia przez przedstawicieli komisji przetargowej informacji o przyjęciu ofert złożonych pod adresem: (...), sprzeciwu przedstawiciela Odwołującego wobec odmowy otwarcia ofert przez Zamawiającego,
- przeprowadzenie dowodu z przesłuchania P.O., na okoliczność podejmowania prób ofert, informacji udzielanych przez pracownika składania w kancelarii podczas przyjmowania ofert, czasu przekazania ofert komisji przetargowej, udzielenia przez przedstawicieli komisji przetargowej informacji o przyjęciu ofert złożonych pod adresem: (...), sprzeciwu przedstawiciela Odwołującego wobec odmowy otwarcia ofert przez Zamawiającego.

Odwołujący zaznaczył, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp Odwołujący poniósł lub może ponieść szkodę. Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę na realizację części II, III, VI, XI i XII zamówienia. W wyniku przeprowadzenia wadliwie czynności otwarcia ofert Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Zamawiający nie otworzył oferty Odwołującego, w wyniku czego oferta Odwołującego nie podlegała badaniu. W konsekwencji Odwołujący poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści, jakie mógł osiągnąć w przypadku powierzenia mu realizacji zamówienia po dokonaniu przez Zamawiającego oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 91 ust. 1 Pzp. Naruszenie to miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Zawiadomienie o złożeniu przez Odwołującego oferty po terminie przesłano Odwołującemu kurierem w dniu 08 listopada 2017 r. Oznacza to dochowanie terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1) i ust. 3 pkt 1) Pzp. Zgodnie z art. 180 ust 5 Pzp kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu na wniesienie odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać z jego treścią przed upływem tego terminu. Odwołujący uścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W uzasadnieniu podniesiono, że Zamawiający ogłoszeniem o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 września 2017 r., numer ogłoszenia (...), wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawę muf i głowic do kabli elektroenergetycznych (nn, SN)”.

Zamawiający zgodnie z punktem 3.3 SIWZ dopuścił możliwość składania ofert częściowych na jedną lub większą liczbę zadań wymienionych w SIWZ. Odwołujący złożył ofertę na wykonanie zadań stanowiących części II, III, VI, XI i XII Zamówienia.

W punkcie 11.1 SIWZ Zamawiający wskazał, że ofertę należy złożyć w miejscu wskazanym w punkcie 1.2 SIWZ w sekretariacie E.L. Sp. z o.o., (...), w terminie do dnia 07 listopada 2017 r., do godz. 10:00. Zgodnie z punktem 11.2 SIWZ oferta zostanie uznana za wniesioną w momencie jej wpływu do miejsca wskazanego w pkt 1.2 SIWZ. W punkcie 1.2 SIWZ Zamawiający wskazał adres do korespondencji, składania ofert i kontaktu z Zamawiającym: E.L. sp. z o.o. z siedzibą w P., adres: (...)

W dniu składania ofert, tj. w dniu 07 listopada 2017 r., około godz. 9:45 przedstawiciel Odwołującego — pan P.O., członek zarządu Odwołującego, podjął próbę złożenia oferty pod wskazanym w punkcie 11.1 w zw. z 1.2 adresem, tj. (...). Złożenie oferty pod wskazanym adresem okazało się jednak niemożliwe, bowiem pod tym adresem nie było ani sekretariatu, ani nawet jakiegokolwiek budynku. Nie było również przedstawiciela Zamawiającego. Nieruchomość znajdująca się pod adresem: (...) to niezabudowana, ogrodzona działka, zamknięta bramą wjazdową, bez możliwości wejścia.

W tym samym miejscu i czasie próbę złożenia oferty pod adresem: (...), podjął

przedstawiciel innego wykonawcy - V. S.A., pan P.P..

Wobec niemożności złożenia oferty w miejscu wskazanym przez Zamawiającego w SIWZ obaj panowie udali się do najbliższej położonego budynku — biurowca E.O., oznaczonego literą I, znajdującego się na nieruchomości pod adresem: (...), mieszczącej się w odległości około 100 metrów od nieruchomości z adresem: (...). Tam, w kancelarii, obaj uczestnicy postępowania złożyli oferty o godz. 9:50, po uprzednim zapytaniu pracownicy kancelarii i uzyskaniu informacji, że to właśnie miejsce jest właściwym miejscem składania ofert w przetargu. Fakt złożenia ofert został potwierdzony przez pracownicę kancelarii wpisem w książce przyjęć. Przy wpisie zamieszczona została adnotacja „E.L.”.

Pracownica kancelarii poinformowała składających oferty, że otwarcie ofert odbędzie się w budynku H, w sali konferencyjnej na I piętrze. Po przybyciu do sali konferencyjnej przedstawiciel Odwołującego zauważył, że wśród złożonych ofert nie ma oferty Odwołującego. Została ona wniesiona do sali konferencyjnej o godzinie 10:15 wraz z ofertą wykonawcy V. S.A. W momencie wniesienia tych ofert pozostałe oferty były jeszcze zamknięte. Komisja przetargowa dokonała otwarcia wszystkich ofert, z wyjątkiem ofert Odwołującego i V. S.A. Komisja uznała te oferty za złożone po terminie. Przedstawiciel Odwołującego zgłosił sprzeciw do protokołu oświadczając, że oferty zostały złożone

6

w terminie, a Zamawiający oraz jego pracownicy wprowadzili go w błąd odnośnie właściwego miejsca składania ofert.

Oferty innych wykonawców, przyjęte przez Zamawiającego i otwarte podczas posiedzenia komisji przetargowej zostały złożone w sekretariacie w budynku H, mieszczącym się pod adresem: (...), oddalonym o ponad 250 metrów od podanego w SIWZ miejsca składania ofert, czyli (...).

Pismem z dnia 08.11.2017 Zamawiający poinformował Odwołującego o uznaniu jego oferty za złożoną po terminie składania ofert.

Odwołujący ponownie podkreślił, że pod wskazanym przez Zamawiającego w SIWZ adresem: (...), znajduje się niezabudowana nieruchomość, ogrodzona płotem, z zamkniętą bramą. Odwołujący oraz przedstawiciel V. S.A. złożyli oferty w budynku mieszczącym się najbliższej tej nieruchomości, tj. biurowcu oznaczonym literą I, w kancelarii, przed upływem terminu składania ofert i uzyskali zapewnienie pracownika, że jest to właściwe miejsce składania ofert. Oferty pozostałych wykonawców, przyjęte i otwarte przez Zamawiającego, zostały złożone w budynku oznaczonym literą H, mieszczącym się pod adresem: (...).

Jak wynika z rejestru gruntów, numerem porządkowym 58 przy ul. Strzeszyńskiej została oznaczona działka nr geod. 50/2, która zgodnie z mapą geodezyjną jest nieruchomością niezabudowaną. Budynek oznakowany wewnątrz jako I, tj. budynek, w którym Odwołujący oraz przedstawiciel firmy V. S.A. złożyli oferty, mieści się na nieruchomości oznaczonej numerem geodezyjnym 37/12, a numerem porządkowym (...) Budynek, w którym oferty złożyli pozostali wykonawcy, których oferty zostały przyjęte i otwarte, oznaczony jest literą H i mieści się na nieruchomości oznaczonej numerem geodezyjnym 37/13, a numerem porządkowym (...). Na dowód tych okoliczności Odwołujący przedstawił wypis z rejestru gruntów z dnia 09.11.2017 r. oraz mapę geodezyjną.

Odnośnie zarzutu nr 1 niniejszego odwołania

Jak wynika z analizy punktu 11.1 i 11.2 w zw. z punktem 1.2 SIWZ, Zamawiający wskazał jako miejsce składania ofert adres: (...). Pod wskazanym w SIWZ jako miejsce składania ofert adresem nie było przedstawiciela Zamawiającego, do rąk którego należało złożyć ofertę. Zamawiający nie zapewnił możliwości złożenia ofert pod tym adresem.

Odwołujący i V. S.A. złożyli oferty w miejscu pod adresem: (...), natomiast pozostali wykonawcy złożyli oferty pod adresem: (...). Wszystkie oferty zostały zatem złożone w innym miejscu niż wskazane w SIWZ. Mimo to Zamawiający otworzył i przyjął do rozpoznania i oceny oferty tych wykonawców, którzy złożyli je pod adresem: (...), a zatem w innym miejscu niż wskazane w SIWZ. Wobec faktu, że żaden z wykonawców nie złożył oferty w miejscu wskazanym w SIWZ, Zamawiający winien unieważnić przetarg na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. W postępowaniu bowiem żadna oferta nie wpłynęła do miejsca oznaczonego w SIWZ, wobec czego Zamawiający winien uznać, że nie wpłynęła żadna

7

oferta. Uznając oferty złożone pod adresem: (...) za złożone prawidłowo i dokonując ich otwarcia Zamawiający naruszył przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, zgodnie z którym SIWZ stanowi oświadczenie woli Zamawiającego. Postanowienia SIWZ stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli zamawiającego, który w ten sposób precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz jakie warunki winien spełnić wykonawca, aby jego oferta została przyjęta do rozpoznania. Zamawiający jest związany postanowieniami SIWZ na takich samych zasadach jak wykonawcy i nie może odstępować od wymagań określonych w specyfikacji (wyrok KIO z dnia 01 marca 2017 r., KIO 323/17, z dnia 13 lutego 2017 r., KIO 204/17).

Przestrzeganie przez Zamawiającego warunków SIWZ jest gwarancją dla oferentów, że postępowanie zostanie przeprowadzone bezstronnie. Zgodnie z art. 70[1] § 3 k.c., stosowanym w odniesieniu do postępowania przetargowego na podstawie art. 14 ust. 1 Pzp, ogłoszenie, a także warunki aukcji albo przetargu mogą być zmienione lub odwołane tylko wtedy, gdy zastrzeżono to w ich treści. Zamawiający, będąc związany postanowieniami SIWZ, nie może wybiórczo stosować jego postanowień, a przeprowadzenie postępowania przetargowego niezgodnie z zasadami wskazanymi w SIWZ musi zostać uznane za wadliwe.

Odnosnie zarzutu nr 2 i 3 niniejszego odwołania.

Zamawiający w toku postępowania przetargowego naruszył przepis art. 36 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z pkt 11.1 i 11.2 w zw. z pkt 1.2 SIWZ. Zamawiający nieprawidłowo i nieprecyzyjnie określił miejsce składania ofert, uniemożliwiając faktyczne złożenie oferty w miejscu przewidzianym w SIWZ, a tymi samym uniemożliwiając spełnienie warunku uczestnictwa w przetargu.

Zamawiający wskazał jako adres składania ofert, adres: (...). Jak zostało wyjaśnione wyżej, pod tym adresem znajduje się niezabudowana nieruchomość, ogrodzona płotem i bez możliwości wejścia (zamknięta brama). Na tej nieruchomości nie było w czasie składania ofert przedstawiciela Zamawiającego, któremu można byłoby przekazać ofertę. Tym samym Zamawiający dokonał takiego oznaczenia miejsca składania ofert, że niemożliwym było złożenie ofert w prawidłowym miejscu, podanym w SIWZ. Zamawiający naruszył zatem przepis art. 7 ust 1 Pzp, formułując SIWZ w tym zakresie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami przejrzystości.

Mimo że tak naprawdę żadna oferta nie została złożona w miejscu wskazanym w SIWZ (Odwołujący i V. S.A. złożyli oferty w budynku pod adresem: (...))c, a pozostali oferenci — w budynku pod adresem: (...)), Zamawiający uznał za złożone po terminie jedynie oferty Odwołującego i V. S.A., a jednocześnie uznał oferty złożone przez pozostałych wykonawców za złożone w terminie.

8

Odwołujący wskazał na nieprecyzyjność określenia miejsca składania ofert. Pomijając już oczywistą sprzeczność pomiędzy danymi adresowymi, wskazanymi w SIWZ a faktycznym oznaczeniem numerów porządkowych, wskazać należy, że w SIWZ podano, że zarówno E.L. sp. z o.o., jak i E.O.Sp. z o.o. mają przy siedzibę (...) w P.. Obszar oznaczony numerami porządkowymi - (...) to ciąg budynków E. — zajmowanych przez poszczególne spółki: E.O.Sp. z o.o., E.L. Sp. z o.o., itp. Tymczasem w SIWZ znalazła się ogólna informacja o adresie siedziby Zamawiającego: (...), bez wskazania dokładnego oznaczenia budynku czy numeru pokoju. Taka niestaranność w oznaczeniu miejsca składania ofert nie daje oferentom możliwości odnalezienie właściwego miejsca składania ofert.

W orzecznictwie i doktrynie utrwalony jest pogląd, zgodnie z którym wypełniając obowiązek określenia miejsca składania ofert, zamawiający powinien wskazać dokładną lokalizację siedziby czy biura, w którym oferty mają być złożone. Wymóg prawidłowego oznaczenia miejsca składania ofert jest spełniony, jeżeli SIWZ podano adres budynku (biurowca), w którym znajduje się m.in. biuro zamawiającego, określono numer pokoju, w którym przyjmowane będą oferty. W przypadku niejasnego określenia miejsca złożenia oferty wykonawca, który błędnie to miejsce zrozumiał, nie może ponosić negatywnych skutków w postaci zwrotu oferty (wyrok KIO z dnia 22 listopada 2012 r., KIO 2462/12). Działania Zamawiającego nie mogą cechować się dowolnością i utrudniać wykonawcom wykonania czynności niezbędnych do wzięcia udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 11 Pzp, Zamawiający podaje w SIWZ miejsce i termin składania ofert. Podkreślić

należy, że wypełniając obowiązek określenia miejsca składania ofert, Zamawiający powinien wskazać dokładną lokalizację siedziby czy biura, w którym oferty mają być złożone. Wymogu tego nie spełnia podanie w specyfikacji adresu budynku (biurowca), w którym znajduje się m.in. biuro Zamawiającego, bez określenia piętra czy numeru lokalu, w którym przyjmowane będą oferty (por. uzasadnienie wyroku KIO z dnia 28 grudnia 2011 r., KIO 2688/11).

W tej sprawie Zamawiający wskazał jako miejsce składania ofert nieruchomość niezabudowaną, na której nie było osoby umocowanej do przyjmowania ofert Ponadto Zamawiający podał adres z numerem porządkowym bez dodatkowego oznaczenia literowego lub bez dodatkowego precyzyjnego określenia oznaczenia budynku i numeru pokoju, w którym mają być składane oferty, w sytuacji, gdy pod wskazanym numerem porządkowym nie mieścił się żaden budynek. Takie oznaczenie miejsca składania ofert zostało dokonane z naruszeniem art. 7 ust 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 11 Pzp, co doprowadziło do niezasadnego i błędnego odrzucenia oferty Odwołującego.

Odnośnie zarzutu nr 4 odwołania.

Zamawiający nieprawidłowo określił w SIWZ miejsce składania ofert, wskazując jako to miejsce niezabudowaną nieruchomość. Wskazanie miejsca, pod którym żaden

9

z wykonawców nie miał możliwości prawidłowego złożenia oferty, spowodowało, że postępowanie dotknięte jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający nie usunął tej wady, dokonując otwarcia jedynie części ofert. Zamawiający otworzył oferty wykonawców, złożone pod błędnym adresem, tj. w budynku przy ul Strzeszyńskiej 58d w

P., natomiast uznał za złożone po terminie i odmówił otwarcia ofert złożonych przez Odwołującego i V. S.A. w budynku pod adresem: (...)c. Żaden z tych adresów nie był właściwym adresem składania ofert, oczywistym jest zatem, że sposób określenia przez Zamawiającego miejsca składania ofert został określony w sposób uniemożliwiający prawidłowe złożenie ofert, co skutkowało niemożliwością prawidłowego przeprowadzenia postępowania przetargowego. Zamawiający błędnie uznał zatem za prawidłowo złożone oferty pozostałych wykonawców. Zamawiający mimo tak istotnego błędu nie unieważnił przetargu, czym naruszył przepis art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp.

Odnośnie zarzutu nr 5 i 6 odwołania.

Błędne oznaczenie przez Zamawiającego miejsca składania ofert winno skutkować unieważnieniem postępowania przetargowego. Jeżeli jednak przyjąć, że miejsce składania ofert zostało wskazane prawidłowo, to nie ma podstaw do uznania, że oferta Odwołującego była złożona po terminie. Jak wynika z oświadczenia P.P., przedstawiciele obu oferentów — odwołującego i V. S.A. o godz. ok. 9:45-9:47, zatem przed upływem terminu do składania ofert, przebywali pod ogrodzeniem nieruchomości położonej w P. przy (...). Zatem byli gotowi w terminie do przekazania ofert Zamawiającemu, który jednak w miejscu składania ofert uniemożliwił oddanie oferty jego przedstawicielowi. Wykonawca nie może jednak ponosić negatywnych konsekwencji zachowań Zamawiającego, który nie zadbał o swoje przedstawicielstwo w miejscu składania ofert. Oferenci poczynili dalsze starania, zmierzające do złożenia oferty, udając się do budynku mieszczącego się w obrębie budynków Zamawiającego i tam po raz kolejny podjęli próbę złożenia ofert. Nastąpiło to o godz. 9:50, tj. przed upływem terminu do składania ofert, a pracownica przyjmująca oferty zapewniła ich o złożeniu ofert we właściwym miejscu. Odwołujący nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji niestaranności Zamawiającego. Skoro Zamawiający nie sprecyzował numeru budynku, ani numeru pokoju, w którym oferty miały być złożone, nie można oczekiwać od oferentów, że będą oni domyślać się, jaki budynek Zamawiający wskazał w SIWZ.

W przypadku braku uznania przez Izbę, że zachodzą podstawy do unieważnienia przetargu, należałoby uznać, że oferta Odwołującego została złożona w terminie, a stanowisko Zamawiającego w tym zakresie jest sprzeczne z art. 84 ust. 2 Pzp. W takim przypadku uzasadnionym byłoby nakazanie Zamawiającemu otwarcia oferty Odwołującego.

10

pełni uzasadnione i konieczne.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania nadesłanej przez Zamawiającego, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, zeznań świadka i Strony oraz biorąc pod uwagę stanowiska ustne i pisemne Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Izba nie uwzględniła w tym zakresie wniosku Zamawiającego o oddalenie odwołania bez badania jego meritum, ponieważ Odwołujący nie wykazał interesu w uzyskaniu zamówienia. Zdaniem składu orzekającego Izby Odwołujący niewątpliwie wykazał legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro podnosił, że ubiega się o przedmiotowe zamówienie, chciał złożyć ofertę na wybrane części a czynności Zamawiającego powzięte wobec jego oferty potencjalnie mogą naruszać przepisy ustawy Pzp, narażając Odwołującego na poniesienie szkody, albowiem jego oferta mogła okazać się w określonych częściach najkorzystniejsza cenowo.

Co do argumentacji Zamawiającego, że interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej nie można upatrywać w dążeniu wykonawcy do unieważnienia postępowania, to zauważyć należy, iż z wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 (Wyrok TSUE z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 *Puligienica Facility Esco SpA (PFE) przeciwko Airgest SpA*) wynika, interes w uzyskaniu zamówienia może przejawiać się również w ten sposób, iż jeśli miałyby nastąpić wykluczenie obu oferentów i wszczęcie nowego postępowania o udzielenia zamówienia publicznego, to każdy z oferentów mógłby wziąć w takim nowym postępowaniu udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie. Zatem z orzecznictwa TSUE wywodzić należy, iż unieważnienie postępowania może mieścić się w przesłance posiadania „interesu w uzyskaniu danego zamówienia” skoro może potencjalnie prowadzić do udzielenia wykonawcy zamówienia w następnym postępowaniu. Stanowisko prezentowane przez TSUE znalazło już swoje odbicie w orzeczeniach KIO (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2016-09-05, KIO 1556/16).

11

Ustalono, że do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca **C.P. Sp. z o.o. z siedzibą w W.** Izba uznała przystąpienie za skuteczne.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości. Przystępujący popierał w całości stanowisko Zamawiającego.

Izba ustaliła, że E.L. wyznaczona została pełnomocnikiem trzech podmiotów zamawiających: E.O.S.A. z siedzibą w P.; E.L. Sp. z o.o. z siedzibą w P.; L.W. „B.” S.A. z siedzibą w B..

W punkcie 1.2 SIWZ określono, że adresem do korespondencji, składania ofert oraz kontaktów z Zamawiającym jest E.L. Sp. z o.o. z siedzibą w P., (...). W punkcie 11.1 że oferty należy zaznaczyć, składać w miejscu określonym w punkcie 1.2 SIWZ, w Sekretariacie E.L. Sp. z o.o. z siedzibą w P., (...) Poznań w określonym terminie, do godziny 10.00.

Odwołujący złożył ofertę w sekretariacie firmy E.O.Sp. z o.o. z siedzibą w P., przy (...), o godz. 9.50, co potwierdza pieczęć na kopercie, następnie zaś oferta złożona w Sp. z o.o. z siedzibą została sekretariacie E.L. w P. o godz. 10.10. Zamawiający nie otworzył oferty Odwołującego uznając, że została ona złożona po wyznaczonym terminie.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający precyzyjnie określił miejsce składania ofert. Podał nazwę firmy wyznaczonej na pełnomocnika prowadzącego postępowanie. Określił

adres tej firmy podając ulicę i numery telefonów oraz wskazując osoby do kontaktu po stronie Zamawiającego. Adres odnoszący się do ulicy został jednolicie określony w całym dokumencie SIWZ oraz ogłoszeniu. Jednocześnie zaznaczono, że miejscem złożenia ofert jest sekretariat firmy. Nie można zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że miejsce składania ofert zostało określone nieprecyzyjnie. Niewątpliwie siedziba firmy pełnomocnika Zamawiających znajduje się na terenie większego kompleksu, gdzie mają siedziby także inne spółki z grupy, funkcjonujące również pod tożsamym jak E.L. adresem przy (...). To jednak nie świadczy o wprowadzaniu wykonawców w błąd i nie może tłumaczyć działań Odwołującego, który złożył pierwotnie ofertę w sekretariacie firmy E.O.. Jak wynika z zeznań zarówno pełnomocnika Odwołującego (dowód z zeznań Strony) oraz zeznań świadka, Wykonawca bywał pod wskazanym w SIWZ adresem wielokrotnie, rozumianym jako (...) oraz jako siedziba konkretnej spółki.

12

Wykonawca współpracował z firmą E.L. od wielu lat, wystawiał na jej rzecz faktury, wiedział gdzie znajdują się budynki przynależne do tej właśnie spółki w całym kompleksie biurowym.

Jak niezbicie wynika ze złożonych zeznań, powodem złożenia oferty w siedzibie spółki E.O. była okoliczność związana z tym, że właśnie w tym miejscu dotychczas składano oferty. Choć Odwołujący usiłował argumentować, że z uwagi na nieprecyzyjne zapisy

adresowe złożenie oferty było utrudnione, to z zeznań świadka jednoznacznie wynika, że zarówno Odwołujący, jak też towarzyszący mu drugi wykonawca udali się do znanego im budynku, w którym wcześniej składali oferty, mianowicie siedziby spółki E.O..

W ocenie Izby to w głównej mierze było powodem niedochowania terminu na złożenie oferty we właściwym miejscu. Wbrew twierdzeniom Odwołującego z odwołania budynek spółki E.O. nie był najbliższym budynkiem pod adresem (...) od działki wymienionej w odwołaniu, co potwierdziła zarówno złożona przez Zamawiającego dokumentacja fotograficzna, a także zeznania świadka, który zaznaczył, że nie umie w tej chwili określić, czy był to najbliższy budynek względem położenia wykonawców, ale na pewno był to budynek znany z wcześniejszych postępowań.

Odwołujący tłumaczył, iż przed złożeniem ofert sprawdzał także podany adres na portalu wskazującym lokalizację, gdzie uzyskał informacje, że teren ten stanowi niezabudowaną działkę, co miał później potwierdzić także wypis z rejestru gruntów. Odwołujący dodał także, że pracownica przyjmująca ofertę w książce adresowej odnotowała, że jest ona przeznaczona dla E.L. i udzieliła informacji, że jest to prawidłowe miejsce składania ofert. Co do sprawdzenia lokalizacji, to zaznaczyć należy, że decydujące znaczenie miała sytuacja zastana na miejscu. Jeżeli wykonawca przybył na teren, którego nie znał lub nie był pewny położenia budynków na takim terenie, winien był na miejscu dołożyć starań, aby zlokalizować odpowiedni budynek. Zauważyć należy, co potwierdza także złożona przez Zamawiającego dokumentacja fotograficzna kompleksu biurowego, że cały teren jest doskonale oświetlony i oznaczony. Wszędzie widoczne są tablice informacyjne kierujące do odpowiednich budynków należących do poszczególnych spółek. Nawet bez podania przez Zamawiającego oznaczenia literowego budynku (choć niewątpliwie stanowiłoby ono pewne ułatwienie dla wykonawców) nie można pomylić poszczególnych spółek. Spółka E.O. oraz E.L. nie sąsiadują ze sobą, nie dzielą budynku, czy piętra w budynku, posiadają odrębne wejścia i sekretariaty. Jeżeli zaś chodzi o pracownika sekretariatu, to złożona przez Zamawiającego notatka służbowa przeczy zeznaniom pełnomocnika Strony Odwołującej. Z notatki wynika, że pracownik nie udzielił informacji, że jest to prawidłowe miejsce złożenia oferty. Z zapisu wynika coś przeciwnego, że to Odwołujący i drugi z wykonawców twierdzili, że jest to „raczej właściwe miejsce”. De facto potwierdzają tę tezę także zeznania świadka, który stwierdził, że „pani przyjmująca ofertę dokonała adnotacji w książce adresowej, gdzie zaznaczyła E.L.,

13

co utwierdziło go w przekonaniu, że jest to prawdziwe miejsce”. Z całokształtu zgromadzonego materiału dowodowego wyłania się obraz przybycia dwóch wykonawców z ofertami tuż przed upływem godziny wyznaczonej na składanie ofert (pieczęci na ofercie wskazują godzinę 9.50, termin na składanie ofert upływał o godz. 10.00), którzy udali się do znanego im budynku, gdzie złożyli (jak zawsze) oferty w sekretariacie. Dopiero później, po

przybyciu na miejsce otwarcia ofert, w ocenie Izby, wykonawcy zaczęli dociekać, czy złożenie dokumentów nastąpiło we właściwym miejscu. Wykonawcy próbowali co prawda swój błąd naprawić i podjęli próbę złożenia ofert we właściwym sekretariacie, miało to jednak miejsce już po godzinie 10.00.

Nie można zapominać, że złożenie oferty w ramach prowadzonych postępowań na podstawie ustawy Pzp należy do obrotu profesjonalnego. Dlatego też od podmiotów biorących udział w takich postępowaniach wymaga się dochowania zasad podwyższonej staranności. Z tych względów należyta staranność wykonawcy zgodnie z art. 355 § 1 K.c. określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W interesie Odwołującego leżało, aby złożyć ofertę w takim czasie i miejscu, który nie budziłby żadnych wątpliwości. Odwołujący decydując się na złożenie oferty tuż przed upływem terminu, bez upewnienia się, że czyni to we właściwym miejscu, winien liczyć się z ryzykiem, że nie zdoła tego skutecznie uczynić. Z tych względów Zamawiający prawidłowo uznał, że oferta Odwołującego została złożona po wyznaczonym na tę czynność terminie.

Nie mogło zostać uznane żądanie Odwołującego o otwarciu jego oferty i uznanie jej za ofertę złożoną w terminie. Po pierwsze, czynność otwarcia ofert jest niepowtarzalna. Jest to czynność jednorazowa (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 14 grudnia 2016 r., KIO 2303/16 „Izba nie nakazała jednak dokonania czynności zaniechanej, uznając, że czynność otwarcia ofert jest czynnością jednorazową, faktyczną, której powtórzenie nie jest możliwe w innym dniu niż wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ”). Jednocześnie wskazuje się też, że brak jest przepisu nakazującego otwarcie oferty złożonej po terminie (tak wyrok KIO z 7 czerwca 2016 r., KIO 894/16). Otwarcie ofert ma istotne znaczenie z punktu widzenia prawidłowości prowadzonego postępowania. Sama sesja otwarcia ma jawny charakter. Wykonawcom pozwala ona na ustalenie kręgu podmiotów, z którymi będą konkurować o udzielenie zamówienia, oraz wskazuje na potencjalne szanse uzyskania zamówienia, a Zamawiającemu umożliwia weryfikację oszacowanego wcześniej poziomu przewidywanych wydatków na dane zamówienie publiczne. Nie jest zatem możliwe powtórzenie tej czynności, czy też otwarcie złożonej oferty po wyznaczonym terminie i zakończeniu jawnej części prac komisji przetargowej. Gdyby uznać, że nastąpiło złożenie oferty w terminie, a taka oferta nie zostałaby w wyznaczonym terminie otwarta,

14

postępowanie podległoby unieważnieniu. W przypadku rozpoznawanego przez Izbę odwołania uznać należało jednak, że oferta Odwołującego została złożona z przekroczeniem wyznaczonego w SIWZ terminu i nie zachodzi potrzeba jej otwarcia z uwagi na możliwość identyfikacji podmiotu, który ją złożył. Sama zaś oferta może być zwrócona po upływie terminu do wniesienia odwołania (art. 84 ust. 2 ustawy Pzp). Skoro Zamawiający postąpił prawidłowo z ofertą Odwołującego, Izba nie dopatrzyła się także przesłanek warunkujących konieczność unieważnienia postępowania.

Reasumując, odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. Odwołujący nie udowodnił, że swoimi działaniami lub też zaniechaniami Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp i innych ustaw. Nie wykazano także, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było z naruszeniem zasad wynikających z ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami) obciążając nimi Odwołującego.

Przewodniczący:

15