

WYROK

z dnia 18 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego 2022 r. przez wykonawcę City Parking Group Spółka Akcyjna z siedzibą w Grudziądzu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Łódź - Zarząd Dróg i Transportu z siedzibą w Łodzi

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

A.....wykonawcy KBU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie,

B.....wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Indigo Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku, Indigo Infra Belgium z siedzibą w Gent (Belgia) oraz Indigo Park Belgium z siedzibą w Gent (Belgia)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 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, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 284/22

Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Łódź - Zarząd Dróg i Transportu z siedzibą w Łodzi (prowadzący postępowanie: Wydział Zamówień Publicznych w Departamencie Strategii i Rozwoju Urzędu Miasta Łodzi) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Wypożyczenie Strefy Płatnego Parkowania w Łodzi (SPP) w parkomaty oraz w komputerowe centrum przetwarzania danych wraz z ich obsługą

i utrzymaniem w latach 2022 - 2030 (numer referencyjny: DSR-ZP-VIII.271.17.2021). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23 listopada 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 227-597850.

I. W dniu 3 lutego 2022 r. wykonawca City Parking Group Spółka Akcyjna z siedzibą w Grudziądzu wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na zaniechaniu uwzględnienia oferty odwołującego w informacji

z otwarcia ofert.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”:

- 1) art. 222 ust. 1 i 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 61 § 2 Kodeksu

Cywilnego poprzez zaniechanie uwzględnienia w informacji z otwarcia ofert oferty złożonej przez odwołującego, podczas gdy odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, a otwarcie ofert powinno nastąpić niezwłocznie po upływie terminu składania ofert, nie później niż następnego dnia po dniu, w którym upłynął termin składania ofert, co w konsekwencji spowodowało nieuwzględnienie oferty odwołującego w postępowaniu; ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1:

- 2) art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i pomimo nieprawidłowej czynności otwarcia ofert zaniechanie unieważnienia postępowania, podczas gdy postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: sprostowania informacji z otwarcia ofert poprzez uwzględnienie oferty odwołującego w postępowaniu, ewentualnie unieważnienie postępowania z uwagi na niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący wskazał, w szczególności co następuje:

Z informacji uzyskanych od zamawiającego odwołujący dowiedział się, że jego oferta nie została uwzględniona w informacji z otwarcia ofert z uwagi na to, że została przesłana bezpośrednio na skrzynkę zamawiającego, a nie prowadzącego postępowanie, tj. Wydziału Zamówień Publicznych w Departamencie Strategii i Rozwoju Urzędu Miasta Łodzi. Zdaniem odwołującego przesłanie oferty bezpośrednio na skrzynkę zamawiającego nie oznacza, że oferta nie została złożona w postępowaniu, a w konsekwencji nie może skutkować jej nieuwzględnieniem w informacji z otwarcia ofert. Co istotne, prowadzący postępowanie ma możliwość jej odszyfrowania, zaś fakt, że została ona złożona przed upływem terminu składania ofert może potwierdzić zamawiający, a nadto wynika to z dokumentów załączonych do odwołania, tj. Urzędowego Poświadczenia Przedłożenia oraz Zgłoszenia Oferty. Tym samym zamawiający otrzymał ofertę i mógł się z nią zapoznać (tutaj: przekazać prowadzącemu postępowanie) przed upływem terminu składania ofert. Stosowne oświadczenie woli zostało mu zatem skutecznie złożone, zgodnie z art. 61 § 2 Kodeksu Cywilnego. Nie ma zatem znaczenia czy oferta została przesłana bezpośrednio zamawiającemu czy prowadzącemu postępowanie, skoro wpłynęła do zamawiającego przed terminem otwarcia ofert. Przekazanie oferty

bezpośrednio zamawiającemu zamiast prowadzącemu postępowanie stanowi, co najwyżej, drobne uchybienie formalne, które nie wpływa w żaden sposób na materialnoprawną ocenę czynności odwołującego, tj. skuteczne złożenie oświadczenia woli (oferty) w postępowaniu w określonym terminie. Nieuwzględnienie oferty w informacji z otwarcia ofert należy uznać zatem za działanie sprzeczne z przepisami ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego otwarcie jego oferty nadal jest możliwe. Oferta została złożona w formie elektronicznej i pozostaje w gestii zamawiającego i prowadzącego postępowanie. Jest również zaszyfrowana. Nie ma zatem możliwości ingerencji w jej treść, a ewentualne próby tego rodzaju pozostawiłyby nieusuwalny ślad, co różni zasadniczo okoliczności sprawy od sytuacji, w których oferty składane były fizycznie, w formie papierowej.

Na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1 odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania. W ocenie odwołującego postępowanie będzie obciążone wadą niemożliwą do usunięcia z uwagi na nieuwzględnienie w informacji z otwarcia ofert oferty odwołującego, która spełnia wymogi formalne i została złożona w terminie, w związku z czym powinna znaleźć się na liście ofert złożonych w postępowaniu.

II. Pismem wniesionym w dniu 14 lutego 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili następujący wykonawcy:

- wykonawca KBU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie,

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Indigo Polska Spółka

Akcyjna z siedzibą w Gdańsku, Indigo Infra Belgium z siedzibą w Gent (Belgia) oraz Indigo Park Belgium z siedzibą w Gent (Belgia).

Ww. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia przedstawili stanowisko w sprawie w piśmie wniesionym w dniu 15 lutego 2022 r. Wykonawcy uznali zarzuty odwołania za niezasadne i wnieśli o jego oddalenie.

Wykonawca KBU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie przedstawił stanowisko w sprawie w piśmie wniesionym w dniu 16 lutego 2022 r. Wykonawca uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W treści Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) zostały zawarte m.in. następujące postanowienia:

ZAMAWIAJĄCY: Miasto Łódź — Zarząd Dróg i Transportu ul. Piotrkowska 173 90-447 Łódź, objęty działaniami Urzędu Miasta Łodzi jako podmiotu wykonującego zadania Centralnego Zamawiającego zgodnie z art. 44 ust. 2 i art. 49 ustawy Prawo Zamówień Publicznych
PROWADZĄCY POSTĘPOWANIE: Wydział Zamówień Publicznych w Departamencie Strategii i Rozwoju Urzędu Miasta Łodzi ul. ks. Ignacego Skorupki 21.

Pkt 11.2.1. SWZ: Wykonawca składa ofertę za pośrednictwem Formularza do złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku dostępnego na ePUAP (Elektronicznej Skrzynki Podawczej — nazwa — Urząd Miasta Łodzi) i udostępnionego również na miniPortalu. Funkcjonalność do zaszyfrowania oferty przez Wykonawcę jest dostępna dla Wykonawców na miniPortalu, w szczególności danego postępowania. W formularzu oferty Wykonawca zobowiązany jest podać adres skrzynki ePUAP, na którym prowadzona będzie korespondencja związana z postępowaniem.

Pkt 14.3. SWZ: Wykonawca składa ofertę za pośrednictwem Formularza do złożenia, wycofania oferty lub wniosku dostępnego na ePUAP (Elektronicznej Skrzynki Podawczej — nazwa — Urząd Miasta Łodzi) i udostępnionego również na miniPortalu. W formularzu oferty Wykonawca jest zobowiązany podać adres skrzynki ePUAP, na którym prowadzona będzie korespondencja związana z postępowaniem.

Pkt 16.1 SWZ: Wykonawca składa ofertę za pośrednictwem Formularza do złożenia, wycofania

oferty lub wniosku dostępnego na ePUAP (Elektronicznej Skrzynki Podawczej — nazwa — Urząd Miasta Łodzi) i udostępnionego również na miniPortalu.

Ponadto w odpowiedzi na pytanie nr 128 (Prosimy o podanie adresu skrzynki ESP Zamawiającego) została udzielona następująca odpowiedź: Skrzynka ESP Zamawiającego to: /39ujZiyk9g/SkrytkaESP. Dodatkowo Zamawiający informuje, iż oferty należy złożyć na adres skrzynki ePuap prowadzącego postępowanie tj. Urząd Miasta Łodzi - /s551nj3qkq/SkrytkaESP.

Odwolujący złożył ofertę przesyłając ją na adres skrzynki zamawiającego, a nie prowadzącego postępowanie.

Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

W ocenie składu orzekającego Izby nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że postanowienia SWZ w jakikolwiek sposób mogły wprowadzać wykonawców w błąd co do sposobu złożenia oferty. Postanowienia SWZ zostały sformułowane w sposób jasny i zrozumiały, a odpowiedź udzielona na pytanie nr 128 nie pozostawiała żadnych wątpliwości w tym zakresie. Odwołujący nie zastosował się do ww. postanowień, składając swoją ofertę na inny adres skrzynki niż podany w SWZ, bezpośrednio do zamawiającego, a nie do prowadzącego postępowanie. Oferta odwołującego nie wpłynęła w terminie na prawidłowy adres skrzynki, wskazany w SWZ, jako właściwy do składania ofert. Nie doszło zatem do skutecznego złożenia przez odwołującego oferty w postępowaniu. Nieuwzględnienie oferty odwołującego w informacji z otwarcia ofert należy zatem uznać za działanie prawidłowe. Mając na uwadze powyższe, Izba za niezasadny uznała zarzut naruszenia art. 222 ust. 1 i 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 61 § 2 Kodeksu Cywilnego poprzez zaniechanie uwzględnienia w informacji z otwarcia ofert oferty złożonej przez odwołującego, jak i zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania. Zgodnie z przepisem art. 222 ust. 1 ustawy Pzp otwarcie ofert następuje niezwłocznie po upływie terminu składania ofert, nie później niż następnego dnia po dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Zgodnie z przepisem art. 222 ust. 5 ustawy Pzp zamawiający, niezwłocznie po otwarciu ofert, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informacje o: 1) nazwach albo imionach i nazwiskach oraz siedzibach lub miejscach prowadzonej działalności gospodarczej albo miejscach zamieszkania wykonawców, których oferty zostały otwarte; 2) cenach lub kosztach zawartych w ofertach. Zgodnie z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny. Zgodnie z przepisem art. 61 § 2 Kodeksu cywilnego oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. Natomiast zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z treści odwołania nie sposób wywieść, na czym dokładnie miałyby polegać naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 222 ust. 1 i 5 ustawy Pzp. Podnoszenie naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 61 § 2 Kodeksu Cywilnego jest niezasadne - prowadzący postępowanie nie miał możliwości zapoznania się z treścią oferty, gdyż nie została ona przesłana na adres jego skrzynki. Izba nie dopatryła się żadnej wady postępowania wynikającej z okoliczności faktycznych sprawy przedstawionych przez odwołującego. Zamawiający nie dokonał otwarcia oferty odwołującego i nie uwzględnił jej w informacji z otwarcia ofert, gdyż oferta ta nie została skutecznie złożona w postępowaniu. W ocenie składu orzekającego Izby przyczyną zaistniałego stanu rzeczy było niedochowanie przez odwołującego należytej staranności przy składaniu oferty. Rozpatrywanie zasady proporcjonalności w odniesieniu do oferty, która w ogóle nie została w postępowaniu skutecznie złożona, jest całkowicie niezasadne. Natomiast uwzględnienie żądań odwołującego doprowadziłoby do naruszenia zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, tj. w szczególności zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 ustawy Pzp). Dodatkowo wymaga zauważenia, że żądanie przez odwołującego nakazania zamawiającemu dokonania sprostowania informacji z otwarcia ofert poprzez uwzględnienie oferty odwołującego w postępowaniu jest niezasadne również z tego powodu, że oferta odwołującego nie została przez zamawiającego otwarta. Nie można uznać za dopuszczalne sprostowanie informacji z otwarcia ofert w sposób niezgodny z rzeczywistością.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 a contrario ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia

2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: