Sygn. akt KIO 4860/24

WYROK

Warszawa, dnia 14 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Jodłowska

Protokolantka:Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2025 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2024 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia P.H. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlano-Drogowy "BUD-DROG" P.H., Z.H. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZAKŁAD BUDOWLANO-DROGOWY "BUD-DROG" Z.H. w postępowa prowadzonym przez zamawiającego Miejski Zarząd Dróg w Nowym Sączu

orzeka:

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego jako 2.2. i 2.3. w *petitum* odwołania

2.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia P.H. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlano-Drogowy "BUD-DROG" P.H., Z.H. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZAKŁAD BUDOWLAN DROGOWY "BUD-DROG" Z.H.powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty ww. wykonawców

3.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę: 7 500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), 68 zł 00 gr (sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie/rozprawę

3.2.zasądza od zamawiającego Miejskiego Zarządu Dróg w Nowym Sączu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia P.H. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlano-Drogowy "BUD-DROG" P.H., Z.H. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZAKŁAI BUDOWLANO-DROGOWY "BUD-DROG" Z.H. kwotę 11 168 zł 00 gr (jedenaście tysięcy sto sześćdzies osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie/rozprawę.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: ……

Sygn. akt KIO 4860/24

UZASADNIENIE:

Zamawiający Miejski Zarząd Dróg w Nowym Sączuw trybie przetargu nieograniczonego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Utrzymanie oznakowania pionowego dróg gminnych, powiatowych i krajowych na terenie Miasta Nowego Sącza w okresie od dnia 1.01.2025r. do 31.12.2027r. – cz. II - usługi", nr referencyjny: 271.2.29.2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 grudnia 2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00630003.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia P.H. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlano-Drogowy "BUD-DROG" P.H., Z.H. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZAKŁAD BUDOWLANO-DROGOWY "BUD-DROG" Z.H. (dalej: „Odwołujący") w dniu 23 grudnia 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającegopolegającej na odrzuceniu w dniu 18.12.2024r. oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 Pzp jako złożonej po terminie składania ofert.

<u>Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:</u>

2.1. art. 226 ust. 1 pkt 1) Pzp w zw. z art. 266 Pzp oraz art. 16 pkt 1) i 2) Pzp poprzez nieprawidłowe uznanie oferty Odwołującego za złożoną po terminie i w konsekwencji jej odrzucenie, pomimo jej prawidłowego złożenia o godzinie 08:00:00 w dniu 11.12.2024 r., to jest w wyznaczonym terminie składania ofert, co potwierdzają raporty złożenia oferty oraz potwierdzenie przesłane przez platformę zakupową OpenNexus, za pomocą której odbywało się składanie ofert w ramach Postępowania, która to czynność narusza jednocześnie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości;

2.2. art. 226 ust. 1 pkt 4), w zw. z art. 253 ust 1, art. 266 i art. 16 pkt 2) Pzp poprzez przyjęcie w uzasadnieniu prawnym skarżonej czynności, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu jako nieważna na podstawie odrębnych przepisów, podczas gdy w dalszej części uzasadnienia przekazanego Odwołującemu Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do tak określonej podstawy prawnej swojej czynności, w szczególności nie wskazał na jakąkolwiek okoliczność nakazującą uznanie złożonej oferty za nieważną (brak uzasadnienia
faktycznego w tym zakresie);
2.3. art. 253 ust. 1 w zw. z art. 266 Pzp poprzez zaniechanie poinformowania wykonawców, którzy złożyli oferty o wyborze oferty najkorzystniejszej, w sytuacji, w której zgodnie z treścią wskazanego przepisu Zamawiający zobowiązany jest niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty poinformować równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykonawcach, których oferty zostały odrzucone.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

unieważnienia czynności z dnia 18 grudnia 2024 roku polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1) i 4) Pzp oraz przeprowadzenie procesu badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Zarzut 2.1.

Odwołujący wskazał, że okoliczność złożenia przez Odwołującego oferty w dniu 11.12.2024 r. o godzinie 08:00:00 nie jest okolicznością sporną, podobnie jak wyznaczony przez Zamawiającego termin składania ofert określony w dokumentach zamówienia na dzień 11.12.2024 r. o godz. 08:00, co odczytywać należy za godzinę 08:00:00. Wynikają one bowiem ze stosownych dokumentów będących w posiadaniu Zamawiającego, a istota sporu sprowadza się do ustalenia, czy godzinę 08:00:00 należy uznać za moment mieszący się w wyznaczonym terminie składania oferty czy też moment „po terminie składania ofert", jak to wskazał Zamawiający.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w niniejszej sprawie nie powinien opierać się „w ciemno" na interpretacji przedstawianej przez Platformę, a powinien poddać analizie treść
dokumentów zamówienia i na tej podstawie dokonać stosownej oceny danej sytuacji faktycznej. Podmiotem prowadzącym postępowanie jest Zamawiający i to Kierownik Zamawiającego posiada stosowne władztwo do podejmowania czynności w ramach Postępowania. Przedstawione przez Platformę stanowisko nie jest więc w żaden sposób dla
Zamawiającego wiążące.

Odwołujący podniósł, że skoro termin składania ofert został wyznaczony na godzinę 08:00:00 w dniu 11.12.2024 r., to pierwszym momentem „po terminie składania ofert" będzie pierwsza najmniejsza jednostka czasu następująca bezpośrednio po tej godzinie, tj. 08:00:01.

Odwołujący nie zgadza się z przedstawioną w informacji o odrzuceniu oferty interpretacją, zgodnie z którą oferty złożone od 08:00:00 wzwyż są już ofertami po czasie, gdyż po wybiciu pełnej godziny biegną sekundy pierwszej minuty następnej godziny.

Zamawiający nie dostrzega, że oferta Odwołującego została złożona dokładnie o pełnej godzinie 08:00:00, a nie jakąkolwiek chwilę po tej godzinie, a skoro tak, to powinna ona podlegać ocenie, zwłaszcza, że w rzeczywistości pozostaje ona w dyspozycji Zamawiającego, który jest w stanie ją odczytać i ocenić zgodnie z SWZ.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w § 1 pkt 9 „Instrukcji składania oferty dla Wykonawcy" wskazano, że*„Za datę przekazania oferty lub wniosków przyjmuje się datę ich przekazania w systemie poprzez kliknięcie przycisku Złóż ofertę w drugim kroku i wyświetlaniu komunikatu, że oferta została złożona."*, które to okoliczności miały miejsce w niniejszej sprawie.
Jednocześnie, jeżeli Zamawiający chciałby zagwarantować sobie, aby godzina 08:00:00 traktowana była jako moment już „po upływie terminie składania ofert", to w dokumentach zamówienia termin składania powinien był wyznaczyć na godzinę 07:59:59 – wówczas oferty złożone o godzinie 08:00:00 faktycznie byłyby złożone „po terminie składania ofert", a nie „w terminie składania ofert".

Pismem z dnia 8 stycznia 2025 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego uwzględniając zarzut oznaczony jako 2.2. i 2.3. w petitum odwołania w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał:

Zamawiający wskazał, że zgodnie z rozdziałem XII ust. 1 SWZ oraz pkt 8.1 ogłoszenia o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu termin składania ofert został wyznaczony do dnia 11.12.2024r. o godz. 08:00. Zdaniem Zamawiającego oznacza to, iż ofertę najpóźniej należy złożyć o godz. 7:59:59, ponieważ godz. 08:00:00 stanowi początek następnej minuty (tj. 08:01). Nie jest zgodne ze stanem faktycznym, jakoby Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na godz. 08:00:00, co podnosi Odwołujący w pkt 8.4 odwołania. Stosownie do ww. wymienionego rozdziału XII ust. 1 SWZ oraz pkt 8.1 ogłoszenia o zamówieniu, oferty należało złożyć najpóźniej o godz. 08:00. Nie

wskazano więc 08:00:00 jako terminu składaniu ofert, zaś minuta 08:00, która trwa od 07:59:00 do 07:59:59 stanowi ostatnią minutę, do której można złożyć ofertę. Co podkreślono w treści odrzucenia oferty Odwołującego, oferty złożone od 08:00:00 wzwyż są już ofertami złożonymi po czasie, ponieważ minuta 08:01 trwa od 08:00:00 do 08:00:59. Przyjęcie oferty złożonej o 08:00:00 jako oferty złożonej o czasie spowodowałoby konieczność przyjęcia oferty złożonej hipotetycznie o 08:00:59, jako oferty złożonej prawidłowo w wyznaczonym terminie składania ofert.

Zamawiający zwrócił się po złożeniu odwołania do portalu Platforma Zakupowa o przedstawienie logów systemowych z postępowania. Wynika z nich jednoznacznie, iż Odwołujący złożył ofertę 0 08:00, tj. po terminie składania ofert i nie zarejestrowano problemów ze złożeniem oferty, co Odwołujący podnosił w reklamacji do portalu Platforma Zakupowa w toku postępowania.

Zamawiający poprosił również portal Platforma Zakupowa o przedstawienie wyjaśnień dot. pkt 7.12-7.14 Odwołania, dot. dokumentu „Instrukcja dla wykonawców platformazakupowa.pl obowiązującą od 22.11.2023". Ponieważ wyjaśnienia te są spójne i logiczne, Zamawiający podtrzymuje, iż złożony zarzut podlega oddaleniu, jednocześnie przytaczając przekazane mu wyjaśnienia w całości.

Izba pominęła argumentację Odwołującego oraz Zamawiającego w zakresie zarzutówoznaczonych jako 2.2. i 2.3. w *petitum* odwołania uznając ją za zbędną z uwagi na uwzględnienie ww. zarzutów przez Zamawiającego.

Wykonawca I.G. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą PRACOWNIA INŻYNIERSKA "PRODIM" I.G. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przesyłając zgłoszenie drogą mejlową.

Zgodnie z art. 508 ustawy Pzp:

1. Pisma w postępowaniu odwoławczym wnosi się w formie pisemnej albo w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej, z tym że odwołanie i przystąpienie do postępowania odwoławczego, wniesione w postaci elektronicznej, wymagają opatrzenia podpisem zaufanym.
2. Pisma w formie pisemnej wnosi się za pośrednictwem operatora pocztowego, w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe, osobiście, za pośrednictwem posłańca, a pisma w postaci elektronicznej wnosi się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w tym na adres do doręczeń elektronicznych, o którym mowa w art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 18 listopada 2020 r. o doręczeniach elektronicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1045).

Co za tym idzie przystąpienie może być wniesione w postaci papierowej (opatrzone własnoręcznym podpisem) lub elektronicznie, za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej. Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawcę bowiem przystąpienie zostało wniesione z naruszeniem art. 508 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest utrzymanie oznakowania pionowego dróg gminnych, powiatowych i krajowych na terenie Miasta Nowego Sącza.

W pkt. VIII specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) Zamawiający wskazał:

W pkt. XII SWZ Zamawiający wskazał:

Pismem z dnia 18 grudnia 2024 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie m.in. art. 226 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Uzasadniając czynność odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał:

Izba zważyła, co następuje:

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych jako 2.2. i 2.3. w *petitum* odwołania wobec ich uwzględnienia przez Zamawiającego - na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. (…)*

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w

granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia wskazać należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona po terminie składania ofert.*

Poza sporem było to, że oferty należało składać w terminie do dnia 11 grudnia 2024 r. o godz. 08.00. Niesporne było również to, że Odwołujący złożyć ofertę o godz. 08.00.00. Oś sporu koncentrowała się wokół interpretacji - czy złożenie oferty punktualnie o godz. 08:00:00 oznacza, że została złożona po terminie składania ofert.

Twierdzenia Zamawiającego, że Odwołujący obowiązany był złożyć ofertę najpóźniej o godzinie 07:59 nie zasługiwały na aprobatę. Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, że oferty należy składać o godz. 08.00 – bez wątpienia 07.59 nie jest godziną 08.00.

Idąc tokiem rozumowania Zamawiającego okazałoby się, że godzina 08.00 nie istnieje. Inaczej rzecz ujmując, Zamawiający nie wymagał złożenia oferty przed godz. 08.00 czyli najpóźniej o 07:59, czy też 07:59:59, ani też nie dopuścił składania ofert po godzinie 08:00 czyli 08:01, czy też bardziej dokładnie 08:00:01.

Zamawiający na potwierdzenie zasadności swojego stanowiska przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 3455/20 cytując: *Prezentowany przez Odwołującego pogląd, jakoby pełna godzina kończyła się 59 sekund później, jest oczywiście nieuzasadniony z punktu widzenia elementarnej wiedzy i podstawowych zasad logiki, nie mówiąc o doświadczeniu życiowym*." Skład orzekający rozpoznający sprawę podziela ww. stanowisko. Przy czym stan faktyczny w tej sprawie jest inny. Izba nie kwestionuje, że po wybiciu pełnej godziny biegną sekundy pierwszej minuty następnej godziny, tylko że musi ta sekunda upłynąć. W przedmiotowej sprawie powyższe nie miało miejsca. Odwołujący złożył ofertę o pełnej godzinie, a nie sekundę po.

Z dokumentów zamówienia, jak również z instrukcji dla wykonawców umieszczonej na stronie platformy nie ma informacji, że oferty złożone od godziny 08.00.00 i wzwyż zostaną uznane jako złożone po terminie składania ofert.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. § 5 pkt 1 lit. a, ust. 2 lit. a i b rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……