

WYROK

z dnia 9 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 stycznia 2018 r. przez wykonawcę Krajowe Stowarzyszenie Wspierania Przedsiębiorczości, ul. Staszica 2a, 26-200 Końskie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Bank Gospodarstwa Krajowego, Aleje Jerozolimskie 7, 00-955 Warszawa,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Krajowe Stowarzyszenie Wspierania Przedsiębiorczości, ul. Staszica 2a, 26-200 Końskie i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Krajowe Stowarzyszenie Wspierania Przedsiębiorczości, ul. Staszica 2a, 26-200 Końskie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2017 poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Zamawiający Bank Gospodarstwa Krajowego, Al. Jerozolimskie 7, 00-955 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wybór Pośredników Finansowych w celu wdrażania Instrumentów Finansowych „Pożyczka mała” lub „Pożyczka duża” w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego na lata 2014-2020”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez

zamieszczenie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11.11.2017 r. pod numerem - S217 - 451580 - a więc do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zmienionej z dniem 28.07.2016 r. na mocy przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

W dniu 16.01.2018 r. Krajowe Stowarzyszenie Wspierania Przedsiębiorczości, ul. Staszica 2a, 26-200 Końskie otrzymało pismo Zamawiającego zatytułowane „Zwrot ofert”, w którym Zamawiający wskazał, że zwraca oferty, które wpłynęły po upływie terminu składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z informacją, że termin składania ofert upływał 20.12.2017 r., a oferty podlegające zwrotowi wpłynęły do Zamawiającego w dniu 22.12.2017 r., a także z informacją, że koperty nie zostały otwarte. W załączeniu przesłano zwracane oferty.

Wobec powyższej czynności odwołanie w dniu 26.01.2018 r. wniósł wykonawca Krajowe Stowarzyszenie Wspierania Przedsiębiorczości, ul. Staszica 2a, 26-200 Końskie (dalej jako Odwołujący).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. i 2. art. 84 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zawiadomienia Odwołującego

o złożeniu oferty po terminie i dokonanie zwrotu ofert bez uprzedniego dokonania tego zawiadomienia i przed upływem terminu na wniesienie odwołania na to zawiadomienie, który to tryb postępowania jest obligatoryjny w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone

2

w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, co pozbawiło Odwołującego możliwości wniesienia odwołania od czynności ww. zawiadomienia.

3. art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 84 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na uniemożliwieniu Odwołującemu zaskarżenia na drodze odwołania zawiadomienia o złożeniu ofert po terminie, a to wskutek pominięcia tego etapu procedowania i dokonania zwrotu ofert przed upływem terminu do wniesienia odwołania, co w konsekwencji spowodowało naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a nakazanie dokonania tej czynności przez Zamawiającego nie jest możliwe wobec dokonania fizycznego zwrotu ofert Odwołującego, co skutkuje niemożnością dokonania poprawnego wyboru oferty najkorzystniejszej.

4. art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 11 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na otwarciu ofert z pominięciem oferty Odwołującego jako złożonej po upływie terminu, pomimo że złożenie ofert po upływie terminu nastąpiło wskutek wadliwego, wprowadzającego wykonawców w błąd określenia miejsca składania ofert w SIWZ, co z kolei spowodowało przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i pominięcie oferty Odwołującego, który złożył ofertę z zachowaniem należytej staranności, stosując się ściśle do zapisów SIWZ, a nakazanie dokonania tej czynności przez Zamawiającego nie jest możliwe wobec dokonania fizycznego zwrotu ofert Odwołującego, co skutkuje niemożnością dokonania poprawnego wyboru oferty najkorzystniejszej.

5. art. 7 ust. 1 PZP przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w odniesieniu do wszystkich czynności i zaniechań wymienionych wyżej.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia postępowania w całości lub co do części VI i VII,
lub

- unieważnienia czynności polegających na otwarciu ofert pozostałych wykonawców,
czynności zwrotu ofert Odwołującego i nakazanie Zamawiającemu wyznaczenia nowego
terminu składania ofert celem umożliwienia Odwołującemu złożenia ofert w terminie.

Ponadto wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania i nakazanie
Zamawiającemu wypłaty na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym
kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Uzasadnienie odwołania

Odwołujący wskazuje, że w SIWZ przedmiotowego postępowania, w punkcie 22.1 zawarto zapis, że oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy składać na adres: Bank Gospodarstwa Krajowego w Kancelarii Ogólnej (dla Biura Zamówień Publicznych) przy Alejach Jerozolimskich 7, 00-955 Warszawa. Pod adresem znalazło się ostrzeżenie: „UWAGA: Konsekwencje złożenia oferty niezgodnie z ww. opisem ponosi Wykonawca. Taki sam adres (tj. ulica i kod pocztowy) został podany w punkcie 21.2 SIWZ dotyczącym opakowania i oznakowania ofert (w tym kopert), a także w punkcie 16.1, dotyczącym zwracania się do Zamawiającego w wyjaśnienia dotyczące treści SIWZ, w punkcie 18.12 oraz w punkcie 1 dotyczącym oznaczenia Zamawiającego.

Odwołujący podnosi, że sporządził ofertę i nadał ją za pośrednictwem kuriera na adres podany przez Zamawiającego. Kopertę opisano ściśle według opisu zawartego w SIWZ. Przesyłka nadana została w dniu 18.12.2017 r. o godz. 19:00 na adres zgodny z opisem w SIWZ (tj. z kodem 00-955). Odwołujący wykupił usługę, która zapewniała doręczenie przesyłki dnia następnego (tj. 19.12.2017 r.) do godziny 12:00, zatem przesyłka powinna była zostać doręczona na 1 dzień przed terminem składania ofert. Jednakże przesyłka została doręczona dopiero w dniu 22.12.2017 r., tj. po terminie składania ofert wskazanym w SIWZ.

W związku z doręczeniem przesyłki po terminie, Odwołujący złożył reklamację w firmie kurierskiej (Poczta Polska, kurier Pocztex). W oczekiwaniu na rozpatrzenie reklamacji przez firmę kurierską, Odwołujący w dniu 24.01.2018 r. podjął próbę uzyskania drogą telefoniczną informacji o terminie, w jakim może spodziewać się odpowiedzi na reklamację oraz czy wiadomo już, jakie są przyczyny niedoręczenia przesyłki w terminie. Odwołujący uzyskał informację, że przyczyną opóźnienia było wpisanie na przesyłce nieprawidłowego adresu, tj. kodu pocztowego, który dla adresu Aleje Jerozolimskie 7 w Warszawie jest oznaczony jako 00-495.

Po otrzymaniu tej informacji Odwołujący stwierdził, że adres podany w SIWZ jest wadliwy. Odwołujący wskazuje, że wadliwość podanego adresu podlega na tym, kod pocztowy 00-955 nie jest kodem pocztowym przyporządkowanym adresowi Aleje Jerozolimskie 7 w Warszawie (właściwy kod pocztowy to 00-495), lecz jest to kod przyporządkowany skrytce pocztowej. Ponadto podany w SIWZ adres nie zawiera informacji, że jest to adres skrytki pocztowej.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w innych postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych podaje w każdym postępowaniu ten sam kod pocztowy, tj. powiela błąd, podając kod pocztowy 00-955. Zauważa, że w postępowaniu o sygnaturze BZP/22/DIIIF/2017 jeden z wykonawców zwrócił się o wyjaśnienia wobec okoliczności, że Poczta Polska jak i prywatne firmy kurierskie odmawiają wpisania podawanego kodu 00-955 na listach przewozowych, zaś poprawny kod to 00-495. Zamawiający udzielił odpowiedzi w której potwierdził, że poprawny kod pocztowy to 00-955, jest on przypisany do adresu skrytki pocztowej Banku, która dedykowana jest do obsługi korespondencji BGK.

Odwołujący zaznacza, że Zamawiający podaje w inny (prawidłowy) sposób swój adres na kopertach przesyłek adresowanych do wykonawców. Nadana do Odwołującego przez Zamawiającego przesyłka zawierająca informację o zwrocie ofert wskazywała adres Zamawiającego (jako nadawcy) w inny sposób aniżeli określony w SIWZ, mianowicie: Bank Gospodarstwa Krajowego 00-955 Warszawa 15, Al. Jerozolimskie 7 Skr. Pocz. 41 (73).

Z powyższych okoliczności Odwołujący wywodzi naruszenie art. 84 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, zamawiający niezwłocznie zawiadamia wykonawcę o złożeniu oferty po terminie oraz zwraca ofertę po upływie terminu do wniesienia odwołania. Wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający całkowicie pominął obligatoryjny etap postępowania, tj. zaniechał zawiadomić wykonawcę o złożeniu ofert po upływie terminu i poczekać na upływ terminu do wniesienia odwołania. W konsekwencji w ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał też wadliwej czynności w postaci przedwczesnego zwrotu ofert Odwołującemu bez ich otwierania. Odwołujący podnosi, że doprowadziło do zwrotu ofert bez umożliwienia wykonawcy zaskarżenia informacji dotyczącej złożenia ofert po terminie - sytuacji, w której Odwołujący został pozbawiony możliwości obrony swoich praw. Wskazuje, że niechybnie odwołałby się do Krajowej Izby Odwoławczej od informacji o złożeniu ofert po terminie z uwagi na to, że Zamawiający w SIWZ nieprawidłowo oznaczył miejsce składania ofert, tj. błędnie oznaczył kod pocztowy i nie podał informacji o skrytce pocztowej.

Odwołujący wskazuje, że powyższe uchybienie ma konsekwencję w postaci zaistnienia podstawy do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego wobec powyżej opisanych okoliczności, Zamawiający powinien unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 84 ust. 2 zdanie 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazuje, iż w niniejszej sprawie zaszyły wszystkie 3 przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Podnosi, że wadą postępowania był brak zawiadomienia Odwołującego o złożeniu ofert po terminie i wstrzymania się ze zwrotem oferty do upływu terminu na wniesienie odwołania, zaś brak zachowania procedury uniemożliwił Odwołującemu ochronę swoich praw. Odwołujący wskazuje, że ww. wada postępowania skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Podnosi, że umowa o udzielenie zamówienia publicznego podlega zaś unieważnieniu w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania (art. 146 ustawy Pzp). Wywodzi, że uchybienie procedurze uregulowanej w art. 84 ust. 2 ustawy Pzp mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Wskazuje, że gdyby nie został pozbawiony możliwości wniesienia odwołania od zawiadomienia o złożeniu ofert po terminie, to odwołanie to mogłoby doprowadzić do jego uwzględnienia i nakazania Zamawiającemu otwarcia ofert. Podnosi, że orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje, że opóźnienie w złożeniu oferty nie może obarczać wykonawcy, jeżeli nastąpiło ono z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. W ocenie zamawiającego przedmiotowa wada postępowania jest również niemożliwa do usunięcia, bowiem zaniechanie zawiadomienia o złożeniu ofert po terminie przed dokonaniem ich zwrotu doprowadziło do tego, że obecnie nie ma już możliwości otwarcia zwróconych ofert, gdyż uchybiałoby to zasadzie wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazuje, że na tym etapie postępowania nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności zawiadomienia Odwołującego o złożeniu ofert po terminie byłoby bezprzedmiotowe, ponieważ nawet w przypadku stwierdzenia, że oferty zostały złożone przez Odwołującego bez opóźnienia, nie ma już możliwości przeprowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Otwarcie oferty Odwołującego jest już niemożliwe, ponieważ oferty zostały mu fizycznie zwrócone bez ich otwarcia. Nie ma możliwości złożenia po raz kolejny ofert przez Odwołującego, ponieważ otwarte zostały już oferty złożone przez innych wykonawców.

Z powyższych okoliczności wywodzi, że postępowanie podlega obligatoryjnemu unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 84 ust. 2 zdanie 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający zaniechał tej czynności, o czym Odwołujący powziął wiedzę w momencie otrzymania pisma ze zwrotem ofert, tj. w dniu 16.01.2018 r.

Odwołujący podnosi również, iż postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp również w zw. z naruszeniem innych przepisów, tj. art. 36 ust. 1 pkt

6

11 w zw. z art. 146 ust. 6 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, SIWZ zawiera co najmniej m.in. miejsce składania ofert. Odwołujący podnosi, powołując się na doktrynę oraz orzecznictwo KIO, że działania Zamawiającego nie mogą cechować się dowolnością i utrudniać wykonawcom wykonania czynności niezbędnych do wzięcia udziału

w postępowaniu. Wskazuje, że jak wynika z przedstawionego wyżej opisu stanu faktycznego, Zamawiający w nieprawidłowy sposób oznaczył miejsce składania ofert, podając nieprawidłowy (dla siedziby Zamawiającego) kod pocztowy oraz zaniechawszy wskazania, że kod ten jest przypisany skrytce pocztowej. Podnosi, że adres podany w SIWZ jest adresem błędnym, wprowadza w błąd wykonawców i powoduje trudności we wniesieniu oferty. W opinii Odwołującego, wskazanie przez Zamawiającego nieprawidłowego adresu w SIWZ spowodowało opóźnienie w dostarczeniu przesyłki zawierającej ofertę Odwołującego.

Podnosi, że Zamawiający podaje kod pocztowy 00-955, będąc w pełni świadomym, że jest to kod pocztowy przyporządkowany dla skrytki pocztowej, a nie dla adresu Aleje Jerozolimskie 7, nie podaje też w SIWZ informacji, że jest to skrytka pocztowa. Powoduje to wprowadzenie w błąd wykonawców, którzy składają swoje oferty posługując się adresem, który może spowodować opóźnienie doręczenia przesyłki mimo zachowania należytej staranności przy jej nadawaniu.

Odwołujący zaznacza, że w momencie składania oferty nie był świadomy wadliwości

podanego w SIWZ adresu Zamawiającego i opisał kopertę z ofertą zgodnie z opisem zawartym w SIWZ. W szczególności miał na uwadze, że Zamawiający wyraźnie wskazał, że konsekwencje złożenia oferty niezgodnie z opisem ponosi Wykonawca. Wywodzi z tego, że Zamawiający zapewnił Wykonawców, że opisanie oferty w sposób zgodny ze wskazówkami jest prawidłowe i wziął na siebie odpowiedzialność za wadliwe opisanie i zaadresowanie koperty z ofertą. Wskazuje, że Zamawiający mimo świadomości o problemach w adresowaniu przesyłek z ofertami, nie zweryfikował poprawności podawanego kodu pocztowego, lecz powielił błąd w niniejszym postępowaniu.

Podnosi, że Zamawiający, podając adres skrytki pocztowej powinien był wyraźnie w treści SIWZ wskazać, iż jest to adres skrytki pocztowej, a brak tej informacji stanowi wprowadzenie w błąd. Wskazuje, że zgodnie z § 6 ust. 5 Regulaminu świadczenia usług powszechnych Poczty Polskiej, jeżeli przesyłka nadawana jest na skrytkę pocztową, kolejność danych powinna być następująca: 1) imię i nazwisko albo pełna nazwa adresata, 2) napis: „skr. poczt. Nr ...”, 3) właściwy kod pocztowy i nazwa placówki pocztowej, w której udostępniana jest skrytka pocztowa. Wywodzi, że w efekcie jego oferta została zwrócona przez Zamawiającego wskutek opóźnionego jej doręczenia przez kuriera, które to nastąpiło wobec wpisania na kopercie adresu podanego w SIWZ, a co za tym idzie - błędnego oznaczenia miejsca składania ofert przez Zamawiającego. Odwołujący wskazuje, że wobec powołanych

7

okoliczności, podobnie jak powyżej, zachodzą wszelkie przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Wada postępowania polegała na uchybieniu obowiązkom określonym w art. 84 ust. 2 ustawy Pzp. Niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy wynika z dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania (art. 146 ust. 6 ustawy Pzp). Wywodzi, że naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Podnosi, że wskutek wprowadzenia Odwołującego w błąd nieprawidłowym określeniem miejsca wskazania ofert w treści SIWZ nastąpiło opóźnienie w złożeniu ofert, które nie zostały potraktowane przez Zamawiającego jako skutecznie złożone, a otwarcie ofert odbyło się z pominięciem ofert Odwołującego. W opinii Odwołującego, gdyby treść SIWZ w sposób należyty określała miejsce składania ofert, oferta zostałaby złożona w terminie i prawdopodobnie zostałaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Odwołujący twierdzi, że wada postępowania miała wpływ na wynik postępowania, a zawarta ewentualnie umowa podlegałaby unieważnieniu. Wskazuje również na wystąpienie braku możliwości usunięcia ww. wady, bowiem jego Oferty zostały fizycznie zwrócone i nie już możliwości ich otwarcia bez uchybienia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje, że o zaniechaniu obligatoryjnego unieważnienia czynności powziął wiedzę w dniu 24.01.2018 r., kiedy Poczta Polska udzieliła telefonicznej informacji o przyczynie opóźnienia (nieprawidłowo wskazanym kodzie pocztowym w SIWZ). W tym dniu Odwołujący powziął informację o tym, że adres podany w treści SIWZ wprowadzał w błąd.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że wskutek wymienionych wyżej czynności i zaniechań Zamawiającego niezgodnych z przepisami ustawy Pzp, doszło do naruszenia zasad wskazanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Podnosi, że został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, ponieważ jego oferta nie została otwarta i nie będzie brana pod uwagę przy wyborze oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w dniu 6.02.2018 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Zawarł w niej wniosek o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający wywodzi, że spóźniony jest zarzut naruszenia art. 84 ust. 2 zdanie 2 ustawy Pzp. Wskazuje, że dnia 20.12.2017 r. o godz. 11.30 w siedzibie Zamawiającego nastąpiło publiczne otwarcie ofert w niniejszym postępowaniu. Wykonawcy byli zobowiązani do złożenia swoich ofert w nieprzekraczalnym terminie do tego dnia, godz. 11.00. W ww.

terminie do Zamawiającego wpłynęło 10 ofert. Zamawiający opublikował informację

z otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu w dniu 22.12.2017 r. (tj. w tym samym dniu, w którym otrzymał oferty Odwołującego). W ocenie Zamawiającego z treści przedmiotowej informacji wynika jednoznacznie, że oferty Odwołującego nie podlegały otwarciu. Z tego Zamawiający wywodzi, że termin na wniesienie odwołania rozpoczął bieg od daty zamieszczenia informacji z otwarcia ofert i upłynął 3.01.2018 r. Dalej wywodzi, że na Wykonawcach biorących udział w postępowaniu ciąży obowiązek złożenia oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp, w terminie 3 dni od dnia zamieszczenia na stronie internetowej informacji podanych na otwarciu ofert. Odwołujący nie złożył przedmiotowego oświadczenia — co w ocenie Zamawiającego potwierdza, iż miał pełną świadomość faktu złożenia ofert po terminie. Wskazuje również, iż od dnia publikacji informacji z otwarcia ofert, nieuwzględniającej ofert Odwołującego, do faktycznego ich zwrotu 16.01.2018 r. upłynęło 25 dni, zaś Odwołujący w okresie tym nie podjął żadnych czynności, w szczególności w celu wyjaśnienia powodów zaniechania otwarcia jego ofert w dniu 20.12.2017 r. Podnosi, że Odwołujący posiadał wiedzę o opóźnieniu dostarczenia oferty już w dniu 22.12.2017 r., bowiem w odwołaniu wskazuje, że otwarcie ofert nastąpiło z pominięciem jego oferty jako złożonej po terminie. Powyższą argumentację Zamawiający odnosi również do zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 84 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazuje również, iż spóźniony jest także zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Okoliczność tę wywodzi z tego, że zarzut ów dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ.

Zamawiający podnosi, że Odwołujący posiadał wiedzę co do kodu pocztowego stosowanego przez Zamawiającego, bowiem skutecznie złożył ofertę w postępowaniu, w którym do Zamawiającego skierowane zostało przytoczone w odwołaniu pytanie o kod pocztowy, zatem w ocenie Zamawiającego zarzut dotyczący treści ogłoszenia i SIWZ sformułowano po terminie przewidzianym na wniesienie odwołania. Wskazuje, że wyjaśnienia, na które powołuje się Odwołujący, zostały przekazane bezpośrednio na adres e-mail Odwołującego w toku postępowania w dn. 12.06.2017 r.

Ponadto Zamawiający twierdzi, że Odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia oraz nie zachodzi możliwość poniesienia przez niego szkody. Zamawiający wywodzi, że interes we wniesieniu odwołania nie może polegać na dążeniu do unieważnienia postępowania i wszczęciu nowego postępowania, w którym będzie mógł wziąć udział. Dla poparcia swojego stanowiska Zamawiający powołuje się na wyrok KIO z dnia 22.05.2017 r., sygn. akt 921/17. Zamawiający wskazuje, że Odwołujący nie ma gwarancji wszczęcia postępowania po ewentualnym uwzględnieniu odwołania i unieważnieniu postępowania, jak

9
też gwarancji wszczęcia postępowania na podobnych zasadach, ani tego czy spełni przyszłe warunki udziału w postępowaniu, które mogą podlegać zmianie, szczególnie w kontekście podziału zamówienia na części.

Odnosząc się merytorycznie do zarzutów odwołania, Zamawiający wskazuje, że nawet w przypadku uznania, że doszło do uchybienia polegającego na nierozdzieleniu czynności zawiadomienia o zwrocie ofert i ich faktycznym zwrocie, uchybienie takie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Zamawiający stoi na stanowisku, iż nawet w przypadku posiadania nieotwartych ofert, które wpłynęły po terminie wyznaczonym na ich składanie, nie jest uprawniony do powtórzenia sesji otwarcia ofert. Otwarcie ofert nie stanowi czynności prawnej, a czynność faktyczną. Ma ona charakter jednokrotny i nie może być ponawiana w danym postępowaniu o zamówienie publiczne. Podnosi, że wyłącznie w przypadku uznania, że oferty wpłynęły po terminie z winy Zamawiającego można mówić o konieczności unieważnienia postępowania wyłącznie w częściach zamówienia, w których Odwołujący złożył oferty. Podnosi, że nie można uznać, że poprzez zwrot ofert (bez zachowania 10 dniowego terminu na wniesienie Odwołania) Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu skuteczne zaskarżenie czynności i zaniechań Zamawiającego.

W ocenie Zamawiającego w postępowaniu nie zaszła również wada postępowania skutkująca brakiem możliwości zawarcia ważnej umowy. Wskazuje, że okoliczności, które nastąpiły w postępowaniu są wynikiem błędu po stronie Odwołującego i działającej w jego imieniu firmy kurierskiej. Podnosi, że dysponuje precyzyjną informacją odnośnie dat nadania i dostarczenia ofert Odwołującego z firmy kurierskiej Pocztex. Na oficjalnej stronie internetowej Pocztex, znajduje się ogólnodostępny system służący do „śledzenia” przesyłek nadanych za pośrednictwem firmy. Wskazuje, że przesyłka z ofertami nadana przez Odwołującego posiadała nr: EE456217021PL, przy użyciu nr przesyłki Zamawiający dotarł do pełnej historii przesyłki nadanej przez Odwołującego, z której wynika, iż:

- 1) Przesyłkę nadano 18.12.2017 r. godz. 19:00 (UP Końskie),
- 2) Przesyłkę wysłano 18.12.2017 r. godz. 20:48 (nad. UP Końskie),
- 3) Przesyłka trafiła do WER Kielce 18.12.2017 r. o godz. 22:37,
- 4) Przesyłka została wysłana przez WER Kielce 19.12.2017 r. godz. 01:55,
- 5) Przesyłka trafia do Warszawy (WER Warszawa) 19.12.2017 r. o godz. 7:16,
- 6) Przesyłka zostaje przygotowana do doręczenia w dniu 22.12.2017 r. o godz. 04:13,
- 7) Przesyłka zostaje przekazana do doręczenia (WER Warszawa) w dniu 22.12.2017 r. o godz. 07:33,
- 8) Doręczenie przesyłki następuje 22 grudnia 2017 r. o godz. 10:54.

W opinii Zamawiającego powyższe potwierdza, że powodem opóźnienia nie jest rzekomy błąd w kodzie pocztowym wskazanym przez Zamawiającego, a działanie firmy kurierskiej polegające na przekazaniu przesyłki do doręczenia 2 dni po ustalonym terminie składania ofert, a 3 dni po dostarczeniu jej fizycznie do jednostki pocztowej w Warszawie.

Zamawiający podnosi również, że pozostali wykonawcy dostarczyli oferty w wymaganym terminie oraz że Zamawiający nigdy wcześniej nie spotkał się z sytuacją w której powoływana okoliczność była wskazywana jako powód braku możliwości dostarczenia oferty. Powołuje się również na oświadczenie Poczty Polskiej z dnia 24.11.2017 r., w którym Poczta zaleca wcześniejsze nadawanie listów i paczek w związku z okresem świątecznym, z czego wywodzi, że Odwołujący powinien liczyć się z ryzykiem niedostarczenia przesyłki w terminie.

Podnosi, że kod pocztowy określony w SIWZ i ogłoszeniu jest prawidłowy i przypisany do Banku Gospodarstwa Krajowego, jest on używany w oficjalnej korespondencji, widnieje także na stronie Biuletynu Informacji Publicznej. Wskazuje że w postępowaniu (w terminie na ich złożenie) wpłynęło 10 ofert innych wykonawców, z użyciem kodu wskazanego w dokumentacji przetargowej.

W toku posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 7.02.2018 r. Odwołujący złożył dowód w postaci odpowiedzi na reklamację. Poczta Polska S.A. Biuro Wsparcia Klientów w piśmie z dnia 2.02.2018 r. poinformowało, że w wyniku przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego ustalono, że przesyłka została doręczona w dniu 22.12.2017 roku, jednakże z opóźnieniem. Wskazano również, że z „zebranej dokumentacji wynika, że do opóźnienia w przebiegu przesyłki w głównej mierze przyczynił się mylnie podany przez nadawcę kod pocztowy. Podany w adresie adresata kod PNA o nr 00-955 dotyczy urzędu pocztowego Warszawa 15 (PNA przypisany dla skrytek pocztowych), natomiast dla Al. Jerozolimskich 7 prawidłowym kodem PNA jest 00-495”.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniem ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem i odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie jest bezzasadny. Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp termin na wniesienie odwołania rozpoczął bieg 16.01.2018 r., tj. w dniu w którym Odwołujący otrzymał informację o złożeniu oferty po terminie wraz ze zwrotem tej oferty. Zamawiający zgodnie z art. 84 ust. 2 ustawy Pzp ma obowiązek powiadomić wykonawcę o wniesieniu oferty po terminie, zwrot oferty następuje po terminie na wniesienie odwołania. Jest to czynności odrębna od określonej w art. 86 ust. 5 ustawy Pzp. Wykonawca ma prawo oczekiwać na powiadomienie o złożeniu ofert po terminie w trybie art. 84 ust. 2 ustawy Pzp i nie ma podstaw dla przyjęcia,

iż wykonawca na podstawie samej treści informacji z otwarcia ofert powinien był stwierdzić początek biegu na wniesienie odwołania. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, informacja z otwarcia ofert z dnia 22.12.2017 r. nie zawierała żadnej informacji dotyczącej oferty Odwołującego. Należało stwierdzić zatem, iż Odwołujący informację o złożeniu oferty po terminie pociągał dopiero w dniu 16.01.2018 r., na skutek czynności Zamawiającego - przekazania informacji o złożeniu oferty po terminie połączonej ze zwrotem tej oferty. Wnosząc odwołanie w dniu 26 stycznia 2018 r. Odwołujący zachował przewidziany w ustawie termin.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak na posiedzeniu w dniu 7.02.2018 r.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał istnienie interesu w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego w tym przedmiocie, uznając, że Odwołujący posiadał interes we wniesieniu odwołania w niniejszej sprawie.

Uprawnienie do wniesienia odwołania w sytuacji, w której jego uwzględnienie skutkować może unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia zostało potwierdzone zarówno przez orzecznictwo krajowe, jak również orzeczenia Trybunału

Sprawiedliwości Unii Europejskiej. TSUE wskazuje, że „W sytuacji takiej bowiem, każdy z konkurentów może powołać się na uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych, co może prowadzić instytucję zamawiającą do stwierdzenia niemożności dokonania wyboru prawidłowej oferty” (pkt 33 wyroku z dnia 4.07.2013 r. w sprawie C-100/12). Stanowisko to pośrednio znalazło kontynuację w wyroku z dnia 5.04.2016 r. w sprawie C-689/13, w którym w pkt 27 Trybunał uznał, że „W takiej sytuacji każdy z dwóch oferentów ma interes w uzyskaniu odnośnego zamówienia. Po pierwsze wykluczenie jednego z oferentów może

bowiem doprowadzić do tego, że drugi uzyska zamówienie bezpośrednio w ramach tego
12

samego postępowania. Po drugie, jeśli miałyby nastąpić wykluczenie obu oferentów i

wszczęcie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, to każdy z oferentów mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie”.

Z powołanych orzeczeń wprost wynika, iż odwołujący może legitymować się interesem polegającym na dążeniu do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Z kolei do terminu „dane zamówienie”, którym posłużył się w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej odniósł się w wyroku z dnia 11.05.2017 r. w sprawie C-131/16. W orzeczeniu tym Trybunał stwierdził, że „pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13, zmienionej dyrektywą 2007/66, może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. Odnosząc się do powołanego przez Zamawiającego wyroku KIO z dnia 22.05.2017 r., sygn. akt 921/17 należy zauważyć, iż skład Izby rozpatrujący rzeczoną sprawę, nie wykluczył jednoznacznie możliwości dążenia do unieważnienia postępowania, wskazał natomiast, że „Odwołujący musiałby zatem wykazać, że Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Takie okoliczności, w świetle art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, nie zostały przez Odwołującego w niniejszej sprawie wykazane”. W niniejszym postępowaniu Odwołujący dochodzi stwierdzenia przez Izbę naruszenia przepisów ustawy Pzp, które uniemożliwiły mu uzyskanie zamówienia, zatem okoliczności w niniejszej sprawie są odmienne niż w ww. sprawie i nie można skutecznie odnieść ww. rozstrzygnięcia do sytuacji Odwołującego w niniejszej sprawie. W ocenie Izby Odwołujący miał interes we wniesieniu odwołania, które może skutkować unieważnieniem prowadzonego postępowania w częściach, w których składał on oferty.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu oraz Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający ustalił termin składania ofert na dzień 20.12.2017 r., godz. 11:00.

W pkt 22.1 SIWZ zawarto zapis, że oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego należy składać na adres: Bank Gospodarstwa Krajowego w Kancelarii Ogólnej (dla Biura Zamówień Publicznych) przy Alejach Jerozolimskich 7, 00-955 Warszawa.

Odwołujący nadał przesyłkę zawierającą oferty na część VI i VII zamówienia w dniu 18.12.2017 r. korzystając z usług kuriera Pocztex - usługa prowadzona przez Poczta Polska

13

S.A., z wykupieniem usługi mającej gwarantować dostarczenie przesyłki dnia następnego, do godz. 12:00 (bezsporne).

Przesyłka z ofertami Odwołującego w dniu 19.12.2017 r. dotarła do Węzła Ekspedycyjno-Rozdzielczego Warszawa. W dniu 22.12.2017 r. w WER Warszawa przesyłka została przygotowana do dostarczenia oraz została dostarczona w tym samym dniu (informacja

z systemu śledzenia przesyłek - niesporne, niekwestionowane).

Pismem z dnia 16.01.2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o złożeniu ofert po terminie oraz dokonał zwrotu ofert.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie jako bezzasadne, nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż w niniejszej sprawie nie znalazły potwierdzenia zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp, które miały lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

W ocenie Izby Zamawiający w istocie dopuścił się naruszenia przepisu art. 84 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie zawiadomienia Odwołującego o złożeniu ofert po terminie i dokonanie zwrotu tych ofert przed upływem terminu na wniesienie odwołania. Nie ulega wątpliwości, że na podstawie tego przepisu, w postępowaniach o udzielenie zamówienia wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek zawiadomienia wykonawcy o złożeniu oferty po terminie, zaś jej zwrotu może dokonać dopiero po upływie terminu na wniesienie odwołania od stwierdzenia, że oferta została wniesiona po terminie. Zamawiający nie kwestionował, że nie dokonał uprzedniego zawiadomienia Odwołującego o złożeniu oferty po terminie, twierdził jedynie, że informację taką Odwołujący mógł powziąć na podstawie informacji z otwarcia ofert. Jak Izba wskazała powyżej, przy okazji rozpatrywania kwestii wniesienia odwołania w ustawowo przewidzianym terminie, informacja z otwarcia ofert - w szczególności nie zawierająca żadnej informacji w rzeczonym zakresie - nie może zastępować zawiadomienia o którymś mowa w art. 84 ust. 2 ustawy Pzp. Jednakże, w świetle okoliczności niniejszej sprawy należało uznać, iż naruszenie to pozostawało bez wpływu na wynik postępowania. Odwołujący ewentualny wpływ na wynik postępowania wywodził z okoliczności, iż poprzez naruszenia art. 84 ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający zamknął mu drogę obrony swoich praw w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą. Wobec przyjęcia przez Izbę do rozpoznania niniejszej sprawy oraz stwierdzenia, że

14

Odwołujący może dochodzić unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego, należy uznać, że ów wskazywany przez Odwołującego wpływ na wynik postępowania nie zaistniał. Mając powyższe na uwadze, stwierdzenie naruszenia art. 84 ust. 2 ustawy Pzp nie mogło skutkować uwzględnieniem odwołania, wobec dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Dla rozstrzygnięcia zasadności pozostałych zarzutów odwołania, kluczowym jest zbadanie, czy wina w złożeniu ofert po terminie leżała po stronie Zamawiającego. Odwołujący wykazał, że kod pocztowy 00-955, podany przez Zamawiającego w SIWZ, nie jest kodem

właściwym dla siedziby Zamawiającego, a jest to kod pocztowy skrytki pocztowej obsługującej Bank Gospodarstwa Krajowego. Tak jak twierdzi Zamawiający, kod ten jest wskazany jako właściwy dla jego siedziby w Biuletynie Informacji Publicznej, jak również na stronie internetowej BGK. Niemniej jednak, należy stwierdzić, że prawidłowym kodem pocztowym dla siedziby Zamawiającego jest kod 00-495. Jednakże, w ocenie Izby okoliczność wskazania niewłaściwego kodu pocztowego w adresie wskazanym w SIWZ jako adres składania ofert, pozostaje bez wpływu na ocenę działania Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący nie wykazał, że rzeczony błąd w postaci braku podania właściwego kodu pocztowego, bądź alternatywnie - wskazania, że jest to kod pocztowy skrytki pocztowej, był przyczyną opóźnienia w dostarczeniu przesyłki zawierającej oferty Odwołującego. W pierwszej kolejności należy wskazać, że Regulamin Świadczenia Usług Powszechnych, na który powołuje się Zamawiający, w § 2 wskazuje, że „Regulamin określa: 1) warunki świadczenia przez Poczta Polską S.A., zwaną dalej Poczta Polska, usług powszechnych (...)\", z kolei § 3 określa rodzaje usług powszechnych, stanowiąc że „1. W ramach usług powszechnych w obrocie krajowym przyjmowane są: 1) przesyłki listowe, w tym polecane i z zadeklarowaną wartością, o masie i wymiarach jak w § 2 ust. 3 pkt 17, 2) paczki pocztowe, w tym z zadeklarowaną wartością, o masie i wymiarach jak w § 2 ust. 3 pkt 11 lit. a), 3) przesyłki dla ociemniałych o masie do 7000 g”. Zgodnie z ustawą z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1481), przesyłka kurierska oznacza „przesyłkę listową będącą przesyłką rejestrowaną lub paczkę pocztową, przyjmowaną, sortowaną, przemieszczaną i doręczaną w sposób łącznie zapewniający: a) bezpośredni odbiór przesyłki pocztowej od nadawcy, b) śledzenie przesyłki pocztowej od momentu nadania do doręczenia,

c) doręczenie przesyłki pocztowej w gwarantowanym terminie określonym w regulaminie świadczenia usług pocztowych lub w umowach o świadczenie usług pocztowych,

d) doręczenie przesyłki pocztowej bezpośrednio do rąk adresata lub osoby uprawnionej do odbioru, e) uzyskanie pokwitowania odbioru przesyłki pocztowej w formie pisemnej lub elektronicznej” (art. 3 pkt 19). Z kolei art. 45 ustawy Prawo pocztowe określa usługi

powszechne: „1. Do usług powszechnych zalicza się świadczone w obrocie krajowym

i zagranicznym w ramach obowiązku, o którym mowa w art. 46, usługi pocztowe obejmujące: 1) przyjmowanie, sortowanie, przemieszczanie i doręczanie: a) przesyłek listowych, w tym polecanych i z zadeklarowaną wartością, o wadze do 2000 g i liczonych z tolerancją 2 mm wymiarach: -maksymalnych - 900 mm, stanowiących sumę długości, szerokości i wysokości, przy czym największy wymiar nie może przekroczyć 600 mm, a w przypadku przesyłki listowej w formie rulonu - 1040 mm, stanowiących sumę długości i podwójnej średnicy, przy czym największy wymiar nie może przekroczyć 900 mm, - minimalnych - 170 mm w przypadku przesyłki listowej w formie rulonu, stanowiących sumę długości i podwójnej średnicy, przy czym największy wymiar nie może być mniejszy niż 100 mm, -minimalnych strony adresowej - 90 x 140 mm, b) przesyłek dla ociemniałych, c) paczek pocztowych, w tym z zadeklarowaną wartością, o masie do 10 000 g i wymiarach, z których największy nie przekracza 1500 mm, a suma długości i największego obwodu mierzonego w innym kierunku niż długość nie przekracza 3000 mm; (...)\". Z analizy powołanych przepisów wynika, że przesyłki kurierskie stanowią specjalne, „kwalifikowane”, formy przesyłek listowych i paczek pocztowych, których obsługa nie stanowi usługi powszechnej w rozumieniu art. 45 ustawy Prawo pocztowe. Wobec powyższych ustaleń należy stwierdzić, że Regulamin Świadczenia Usług Powszechnych nie dotyczy przesyłek kurierskich Pocztex - z której to usługi skorzystał Odwołujący i co było w sprawie bezsporne. Okoliczność zaadresowania przesyłki niezgodnie z powołanym przez Zamawiającego regulaminem, będąca konsekwencją błędnego wskazania adresu w SIWZ, pozostaje zatem irrelevantna dla ustalenia winy w opóźnieniu dostarczenia ofert, bowiem regulamin ten nie dotyczył usługi z której Odwołujący korzystał.

Z informacji przedłożonej przez Zamawiającego - niekwestionowanej przez Odwołującego, stanowiącej historię doręczenia przesyłki udostępnioną na stronie internetowej umożliwiającej śledzenie przesyłki - tracking, wynika że pomiędzy dniem dostarczenia przesyłki do WER Warszawa (19.12.2017 r.) a przygotowaniem jej do doręczenia oraz przekazaniem do doręczenia w dniu 22.12.2017 r., nie były podejmowane wcześniejsze próby doręczenia. Z informacji tych nie wynika, ażeby operator pocztowy w tym czasie podejmował jakiegokolwiek działania mające na celu dostarczenie przesyłki zawierającej oferty Odwołującego. Należy stwierdzić, że operator usługi Pocztex - Poczta Polska S.A., pomimo wykupienia przez Odwołującego usługi dostarczenia przesyłki w dniu następnym, nie podjął żadnych starań dla zagwarantowania należytego wykonania usługi. Na marginesie odnotować należy, że Odwołujący przez swoją niestaranność utrudnił ewentualne próby wyjaśnienia adresu doręczenia przez kuriera, bowiem nie podał na liście przewozowym numeru kontaktowego, na co przewidziana jest specjalna rubryka. Na ocenę działania operatora usługi Pocztex nie wpływa treść przedłożonej przez Odwołującego odpowiedzi na reklamację,

zgodnie z którą „z zebranej dokumentacji wynika, że do opóźnienia w przebiegu przesyłki

w głównej mierze przyczynił się mylnie podany przez nadawcę kod pocztowy. Podany w adresie adresata kod PNA o nr 00-955 dotyczy urzędu pocztowego Warszawa 15 (PNA przypisany dla skrzynek pocztowych), natomiast dla AL. Jerozolimskich 7 prawidłowym kodem PNA jest 00-495". Poczta Polska S.A. nie wskazuje wprost - pomimo, iż byłaby to okoliczność pozwalająca na całkowite zdjęcie z niej odpowiedzialności - że przyczyną opóźnienia był błędnie podany kod pocztowy. Zwrot „w głównej mierze”, którym posłużył się autor odpowiedzi na reklamację wskazuje, że nie była to jedyna przyczyna zaistniałego opóźnienia. Można zatem stwierdzić, iż nawet gdyby kod pocztowy został prawidłowo podany, opóźnienie i tak by nastąpiło. Zauważyć należy, że przesyłka została ostatecznie doręczona pod właściwy adres, co jednoznacznie wskazuje, że doręczenie przesyłki było możliwe, zatem podany kod pocztowy nie uniemożliwił jej doręczenia, które - zgodnie z historią doręczenia przesyłki - nastąpiło już przy pierwszej próbie doręczenia. Należy zatem stwierdzić, że opóźnienie w złożeniu oferty nie nastąpiło na skutek błędu w adresie wskazanym w SIWZ, a na skutek niedochowania należytej staranności przez operatora usługi kurier Pocztex. Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą KIO, odpowiedzialność za działanie posłańca ponosi wykonawca, w którego imieniu posłaniec ten działał. Mając na uwadze powyższe okoliczności Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający ponosi winę w braku dochowania przez Odwołującego terminu na złożenie ofert.

Wobec tak ocenionego stanu faktycznego należy stwierdzić, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przepisów powołanych w odwołaniu. Naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Odwołujący wywodził z zaistnienia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu (art. 146 ust. 6 ustawy Pzp). Wadą tą miało być zaniechanie zawiadomienia o złożeniu oferty po terminie oraz dokonanie zwrotu oferty przed upływem terminu na wniesienie odwołania (art. 84 ust. 2 ustawy Pzp) lub błędne wskazanie w SIWZ adresu składania ofert, skutkujące wniesieniem oferty po terminie z winy Zamawiającego (art. 36 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp). Jak ustalono powyżej, naruszenie art. 84 ust. 2 ustawy Pzp w niniejszym postępowaniu pozostało bez wpływu na jego wynik. Odwołujący nie wykazał również, aby błąd we wskazaniu kodu pocztowego w adresie miejsca składania ofert był przyczyną złożenia oferty po terminie, zatem nie można również uznać, by ów błąd skutkował wadą postępowania uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała zarzuty naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 11 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 84 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 za niezasadne.

Oceniając zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba miała na uwadze jego posiłkowy charakter, wobec którego dla stwierdzenia jego zasadności koniecznym było uznanie wyżej rozpatrzonych zarzutów. Wobec stwierdzenia ich bezzasadności, również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp należało uznać za bezpodstawny.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 4 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 zm.).

Przewodniczący: