

**WYROK**  
**z dnia 3 kwietnia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2019 r. przez wykonawcę Ł. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Kaltex Ł. K. z siedzibą w Bilczy, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji z siedzibą w Radomiu,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego: Ł. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Kaltex Ł. K. z siedzibą w Bilczy i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100 groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

.....

## Uzasadnienie

Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji z siedzibą w Radomiu (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Przetarg nieograniczony nr 17.2019 na utrzymanie i konserwację zieleni w pasach drogowych ulic na terenie północnym w granicy administracyjnej miasta Radomia” (znak postępowania: NZ.8161.17.2019) zwane dalej Postępowaniem nr 17 lub Zadaniem nr 17. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 lutego 2019 r. pod numerem 519132-N-2019. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 25 marca 2019 r. wykonawca Ł. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Kaltex Ł. K. z siedzibą w Bilczy (dalej Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego zarzucając mu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) zatem w sposób niezgodny z przepisami Pzp, w szczególności przez niezastosowanie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

W dniu 28 lutego 2019 r. ogłoszony został przetarg pn. „Przetarg nieograniczony nr 17/2019 na utrzymanie i konserwację zieleni w pasach drogowych ulic na terenie północnym w granicy administracyjnej miasta Radomia” oraz przetarg pn. „Przetarg nieograniczony nr 18/2019 na utrzymanie i konserwację zieleni w pasach drogowych ulic na terenie

południowym w granicy administracyjnej miasta Radomia”.

Termin składania ofert w obydwu postępowaniach upływał 11 marca 2019 r. o godz. 10.00. Otwarcie ofert nastąpiło 11 marca 2019 r., dla przetargu nr 17/2019 o godz. 10.10, a dla przetargu nr 18/2019 o godz. 10.20. Odwołujący złożył oferty w obydwu postępowaniach, z tym, że oferta na zadanie nr 17 została umieszczona w kopercie opisanej zgodnie z wymogami dla zadania nr 18, a oferta na zadanie nr 18 została umieszczona w kopercie opisanej zgodnie z wymogami dla zadania nr 17. Tym samym oferta Odwołującego w postępowaniu na utrzymanie i konserwację zieleni w pasach drogowych ulic na terenie północnym w granicy administracyjnej miasta Radomia została otwarta i odczytana o godz. 10.20, podczas gdy pozostałe oferty złożone w tym przetargu odczytywane były o godz. 10.10. Mimo pomyłki w oznakowaniu kopert, obydwie oferty zostały złożone w siedzibie Zamawiającego w przewidzianym terminie, tzn. przed godz. 10.00 dnia 11 marca 2019 r.

Zamawiający z faktu, iż oferty nie zostały prawidłowo odczytane w trakcie otwarcia ofert wywiódł, że podlegały one odrzuceniu, albowiem nieprawidłowe oznakowanie kopert utożsamiał z niezgodnością oferty z treścią SIWZ.

Otwarcie ofert ma jedynie charakter faktyczny, co wynika wprost z przepisów Pzp i - co wielokrotnie było wskazywane w orzecznictwie KIO. Omyłkowe oznakowanie koperty z ofertą na przetarg nr 17 treścią przewidzianą dla przetargu nr 18 i odwrotnie oraz fakt otwarcia i odczytania ofert w odwrotne kolejności nie miał żadnego wpływu na treść ofert Odwołującego - obydwie oferty złożone zostały w przewidzianym terminie, tj. przed godziną 10.00 oraz otwarte i odczytane w odstępie kilku minut.

Jak wskazało KIO w wyroku z dnia 20 lipca 2018 r. (KIO 1317/18) zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy może mieć miejsce tylko w przypadku, gdy rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp). Powinna ona dotyczyć sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie lub polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są zamieszczane w SIWZ). Ponadto podkreślić należy, że z samego faktu otwarcia oferty w chwili innej, niż wskazana w SIWZ, nie można wywodzić podstawy do odrzucenia oferty, albowiem, jak wielokrotnie podkreślała KIO, otwarcie ofert jest jedynie czynnością faktyczną.

Istotą sprawy jest to, że Odwołujący zamierzał złożyć i złożył ofertę w siedzibie

Zamawiającego w terminie ustalonym do składania ofert. Treść oferty Odwołującego była w pełni zgodna z wymogami SIWZ. Niezgodny z SIWZ był jedynie opis koperty, w której została umieszczona oferta. Koperta nie stanowiła integralnej części oferty, nie zawierała informacji o charakterze merytorycznym, a jedynie instrukcje dotyczące otwarcia. Otwarcie ofert w postępowaniu 17/2019 i 18/2019 miało miejsce w odstępie kilku minut. Mimo późniejszego o kilka minut otwarcia ofert na przetarg nr 17/2019 nikt - ani Odwołujący, ani Zamawiający nie miał możliwości ingerencji w jej treść, ani wycofania oferty.

Oferty złożone do obu postępowań zostały otwarte w odstępie kilku minut, zatem ani zasada równego traktowania wykonawców, ani zasada jawności postępowania, których ochronie ma służyć jawne otwarcie ofert, nie zostały naruszone.

Jak podkreślała KIO w jednym z orzeczeń „Chociaż postępowanie o udzielenie zamówienia cechuje się dużym poziomem formalizmu, to jednak formalizm ten nie może przesłaniać celu postępowania i prowadzić do eliminacji ofert zawierających uchybienia, które mogą zostać poprawione, a których poprawienie nie będzie stało w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych. Celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest właśnie niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert w przeważającym zakresie poprawnych, na skutek zaistnienia niezgodności z treścią SIWZ, które nie mają zasadniczego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań Zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco” (wyrok z dnia 11 grudnia 2018 r., KIO 2459/18).

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

**Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ nie potwierdził się.**

Zamawiający w dniu 28 lutego 2019 r. wszczął następujące postępowania o udzielenie zamówień publicznych:

1. „Przetarg nieograniczony na utrzymanie i konserwację zieleni w pasach drogowych ulic na terenie północnym w granicy administracyjnej miasta Radomia”, nr postępowania NZ.8161.17.2019. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 519132-N-2019. Termin składania ofert zgodnie z punktem 17.1 SIWZ został wyznaczony na 11 marca 2019 r., godzina 10.00, pokój nr 25. Otwarcie ofert zostało zaplanowane na 11 marca 2019 r., godzina 10.10 (postępowanie nr 17).
2. „Przetarg nieograniczony na utrzymanie i konserwację zieleni w pasach drogowych ulic na terenie południowym w granicy administracyjnej miasta Radomia”, nr postępowania NZ.8161.18.2019. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 519375-N-2019. Termin składania ofert zgodnie z punktem 17.1 SIWZ został wyznaczony na 11 marca 2019 r., godzina 10.00, pokój nr 25. Otwarcie ofert zostało zaplanowane na 11 marca 2019 r., godzina 10.20 (postępowanie nr 18).

Między stronami nie było sporu co do faktu, że otwarcie ofert w obu postępowaniach nastąpiło w sposób zgodny z warunkami wskazanymi wyżej, w punktach 1 i 2, i było rozdzielone kilkuminutową przerwą, podczas której uczestniczący w otwarciu wykonawcy opuścili salę, w której się ono odbywało.

SIWZ zadania nr 17 stanowił m. in. (pkt 16.6): „Wykonawca zamieści ofertę w zamkniętym opakowaniu uniemożliwiającym odczytanie jego zawartości bez uszkodzenia tego opakowania. Opakowanie powinno być oznaczone nazwą (firmą) i adresem Wykonawcy oraz opisane: (...) Oferta na: "Utrzymanie i konserwację zieleni w pasach drogowych ulic na terenie północnym w granicy administracyjnej miasta Radomia". Nie otwierać przed dniem 11.03.2019 r. przed godz. 10:10”.

W toku rozprawy Odwołujący podniósł, że podczas otwarcia ofert komisja przetargowa nie zwróciła uwagi, że zawartość kopert z ofertami Odwołującego nie korespondowała z opisami na tych kopertach. Ewentualna omyłka, która polegać miała, w ocenie Zamawiającego, na włożeniu przez Odwołującego oferty do postępowania nr 17 do koperty oznaczonej nr 18 oraz oferty do postępowania 18 do koperty oznaczonej nr 17, nie została zatem zauważona ani odpowiednio odnotowana przez Zamawiającego w momencie otwarcia ofert. Odwołujący nie kwestionował, że podczas otwarcia ofert w postępowaniu nr 17 Zamawiający odczytał

kwotę z oferty Odwołującego złożonej do postępowania nr 18 i odpowiednio podczas otwarcia ofert w postępowaniu nr 18 – kwotę z oferty nr 17. W tej sytuacji możliwe było, że to Zamawiający omyłkowo otworzył koperty z ofertami Odwołującego w nieprawidłowej kolejności. Izba ustalając stan faktyczny wzięła jednak pod uwagę, że w uzasadnieniu odwołania Odwołujący przyznał, że to on umieścił oferty do postępowania nr 17 i nr 18 w niewłaściwych kopertach:

1. „Odwołujący złożył oferty na obydwie przetargi, jednakże oferta na zadanie 17 została umieszczona w kopercie opisanej zgodnie z wymogami dla przetargu nr 18, a oferta na zadanie nr 18 została umieszczona w kopercie opisanej zgodnie z wymogami dla przetargu nr 17”,
2. „Mając na uwadze fakt, że pomimo omyłkowego oznakowania koperty z ofertą na przetarg nr 17 treścią przewidzianą dla przetargu nr 18 i odwrotnie oraz fakt odczytania ich w odwrotnej kolejności nie miał żadnego wpływu na treść ofert zarówno firmy PUH KALTEX, jak i pozostałych uczestników przetargu (...)”,
3. „Niezgodny z treścią SIWZ jest jedynie opis koperty, w której umieszczona była oferta. Koperta nie stanowi integralnej części oferty, nie zawiera informacji o charakterze merytorycznym, a jedynie instrukcje dotyczące otwarcia”.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że odpowiedzialność za otwarcie ofert Odwołującego w niewłaściwej kolejności w pełni ponosi sam Odwołujący, a Zamawiającemu nie można przypisać winy za zaistniałą sytuację. Ustalenie powyższe jest kluczowe dla oceny konsekwencji opisanego wyżej zdarzenia.

Otwarcie ofert w postępowaniu ma charakter publiczny i jawny erga omnes, udział w nim wzięć mogą nie tylko wykonawcy, którzy złożyli oferty, ale wszyscy zainteresowani - dowolne osoby i podmioty. Z tego względu otwarcie ofert ma charakter niepowtarzalny – nie ma możliwości poprawy lub uzupełnienia czynności otwarcia ofert, Pzp nie daje ku temu podstawy prawnej. Zamawiający, zgodnie z art. 86 ust. 4 Pzp, podaje nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Czynność ta stanowi swego rodzaju przypisanie ofert do postępowania, w ramach którego zostały utworzone. Zatem z zasady równego traktowania wykonawców można wywieść zakaz uzupełniania, poprawy czy powtórnego dokonania otwarcia ofert. Z tego względu, w sytuacji stwierdzenia, że odpowiedzialność za odczytanie ofert Odwołującego w odwrotnej kolejności ponosi Zamawiający, Izba na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp nakazałaby unieważnienie postępowania, bo tylko taka czynność stanowiłaby zgodne z prawem zakończenie postępowania.

Ponieważ Izba ustaliła, że odpowiedzialność w całości ponosi Odwołujący, w konsekwencji uznała, że - wynikowo - działanie Zamawiającego było prawidłowe, tj. oferta Odwołującego w została skutecznie usunięta z postępowania nr 17. W dniu 21 marca 2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego: „Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu informuje, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) odrzucił Pana ofertę, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Pana oferta złożona w ww. postępowaniu nie dotyczyła postępowania na utrzymanie i konserwację zieleni w pasach drogowych ulic na terenie północnym w granicy administracyjnej miasta Radomia. Informujemy, że w kopercie prawidłowo zatytułowanej na teren północny, znajdowała się oferta, która dotyczyła terenu południowego”. Z formalnego punktu widzenia nie sposób odmówić racji Zamawiającemu – ustalenie, że oferta Odwołującego była niezgodna z SIWZ było prawidłowe. Intencją Odwołującego było złożenie w postępowaniu nr 17 oferty nr 17, a nie nr 18. W tej sytuacji oczywiste było, że pojawienie się w postępowaniu nr 17 oferty nr 18 było wynikiem omyłki. Ocena oferty pod kątem zgodności jej treści z treścią SIWZ była zatem niecelowa – oferta była oceniana w ramach innego postępowania, niż było to zamiarem Odwołującego. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że Zamawiający w ogóle nie powinien dokonywać jej oceny, tylko uznać, że na skutek błędu Odwołującego oferta ta nie zaistniała skutecznie w postępowaniu. Mimo to, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

.....