

WYROK

z dnia 17 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Izabela Niedziałek

Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Deloitte Business Consulting S.A. ul. Piękna 18, 00-549 Warszawa

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

**państwowe przedsiębiorstwo użyteczności publicznej Poczta Polska
ul. Rakowiecka 26, 00-940 Warszawa**

protestu z dnia 9 września 2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego oraz XXX po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

**2. kosztami postępowania obciąża Deloitte Business Consulting S.A.
ul. Piękna 18, 00-549 Warszawa i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez Deloitte Business Consulting S.A. ul. Piękna 18, 00-549 Warszawa,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez Deloitte Business Consulting S.A. ul. Piękna 18, 00-549 Warszawa na rzecz państwowego przedsiębiorstwa użyteczności publicznej Poczta Polska ul. Rakowiecka 26, 00-940 Warszawa stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Deloitte Business Consulting S.A. ul. Piękna 18, 00-549 Warszawa.

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *opracowanie strategii Poczty Polskiej na lata 2009 – 2015*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dz. Urz. WE 6 września 2007 r. pod numerem 2007-210925-PL. Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 3.000.000 złotych, 638.838,61 euro. Termin składania ofert upłynął 30 lipca 2008 r. o godz. 10.00. W tym terminie zostały złożone dwie oferty: Odwołującego oraz A.T. Kearney Sp. z o.o.

9 września 2008 r. Odwołujący wniósł protest na:

1. niezgodne z ustawą odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i zaniechanie oceny jego oferty, do czego był zobowiązany na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. zaniechanie udostępnienia do wglądu części oferty wykonawcy A.T. Kearney Sp. z o.o. bezprawnie uznanej za tajemnicę przedsiębiorstwa, co narusza art. 8 ust. 3 oraz nieokazanie protokołu postępowania wraz z załącznikami, do czego był zobowiązany na podstawie art. 96 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Odwołującego jego interes może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i 3, art. 14, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 i art. 96 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Odwołujący zażądał:

1. uznania oferty Odwołującego za zgodną z treścią i spełniającą warunki określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. powtórnego badania oferty A.T. Kearney Sp. z o.o. i zdjęcia zastrzeżenia z części oferty bezprawnie uznanej za tajemnicę przedsiębiorstwa,
3. powtórnego badania oferty Odwołującego i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. okazania całości protokołu postępowania ze wszystkimi załącznikami,
5. lub unieważnienia postępowania w przypadku stwierdzenia wystąpienia wady w postępowaniu uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy.

Odwołujący uzasadnił swoje stanowisko następująco. 3 września 2008 r. Zamawiający przekazał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta A. T. Kearney Sp. z o.o. oraz odrzuceniu oferty Odwołującego.

5 września 2008 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu dokumentację postępowania składającą się z części oferty A.T. Kearney Sp. z o.o. oraz protokołu.

Przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego było niespełnienie warunku realizacji zamówienia w etapie I, który wynosił 24 tygodnie od daty zawarcia umowy. Jest to bezpodstawne, ponieważ w rozdziale I pkt 4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia data realizacji etapu I nie została sztywno określona jako dzień przypadający na 24 tygodnie od daty zawarcia umowy, lecz jako „24 tygodnie od daty zawarcia umowy”. Również w żadnych innych dokumentach przekazanych przez Zamawiającego nie zostały wyrażone konkretne daty realizacji zamówienia: w ogłoszeniu o zamówieniu było to 12 miesięcy od udzielenia zamówienia, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla oferty wstępnej – 6 miesięcy od daty zawarcia umowy, w ostatecznej specyfikacji istotnych warunków zamówienia – 24 tygodnie od daty zawarcia umowy. W związku z tym chodzi o termin realizacji rozpoczynający się w dacie zawarcia umowy, a kończący nie później niż w dacie przypadającej 24 tygodnie później. Gdyby to konkretne daty miały decydować o realizacji poszczególnych etapów, to daty zakończenia tych etapów zostałyby z pewnością określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Krótszy termin realizacji etapu I powinien umożliwić wcześniejsze zakończenie całego projektu, a w konsekwencji umożliwić Zamawiającemu wcześniejsze zapoznanie się ze strategią. Biorąc pod uwagę, iż zakończenie projektu przypadnie na rok 2009 zarówno w interesie Zamawiającego, jak i publicznym powinno być zakończenie prac w krótszym okresie. Termin 20 tygodni podany w ofercie Odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż termin 20 tygodni zawiera się w dopuszczalnym terminie realizacji określonym na 24 tygodnie.

Drugą przyczyną odrzucenia oferty jest niewniesienie wadium w terminie wskazanym w pkt 8.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia – wadium wpłynęło 25 minut po terminie składania ofert, tj. w dniu 30 lipca 2008 r. o godz. 10:25. Odwołujący nie może potwierdzić ani zaprzeczyć, o której godzinie wadium zostało zaksięgowane na koncie Zamawiającego w Banku Pocztowym, ale poprzez realizację przelewu w dniu poprzedzającym termin z pewnością dołożono należytej staranności, aby wadium dotarło do Zamawiającego najpóźniej w ramach sesji o godz. 8:00, a więc przed terminem składania ofert wyznaczonym na godz. 10.00. Zgodnie ze stroną

informującą o realizowanych transferach przychodzących do Banku Pocztowego wynika, że transfery przychodzące w tym konkretnym banku są realizowane co 2 godziny od godziny 8:00 do 18:00. W związku z tym faktem za ewentualne opóźnienie w księgowaniu nie jest odpowiedzialny Odwołujący. Poza tym, biorąc pod uwagę zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, warunek wpłaty wadium został spełniony, jeśli wadium wpłynęło na rachunek Zamawiającego w dniu 30 lipca 2008 r., niezależnie od godziny wpływu. Zgodnie bowiem z pkt. 8.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wadium wnosi się wraz z upływem terminu składania ofert, zatem za datę wniesienia wadium w pieniądzu uznaje się datę wpływu pieniędzy na rachunek Zamawiającego. Zgodnie z definicją określoną w encyklopedii PWN *data jest to oznaczenie dnia, miesiąca, roku dotyczące jakiegoś wydarzenia, czynności; dawniej okres, czas, wiek, epoka.* Zgodnie z informacją przekazaną przez Zamawiającego, wpłynięcie środków na rachunek nastąpiło zgodnie z wymaganiem określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający definiuje wniesienie wadium jako czynność obciążenia rachunku wykonawcy potwierdzoną odpowiednim dokumentem załączanym do oferty. Według Zamawiającego dokument potwierdzający dokonanie przelewu potwierdza dokonanie czynności wniesienia wadium. Zgodnie z uchwałą SN z 4 stycznia 1995 r. (III CZP 164/94, publ. OSNC 1995/4/62) *Spełnienie świadczenia bezgotówkowego następuje w dniu uznania rachunku bankowego wierzyciela, chyba, że strony stosunku zobowiązaniowego postanowiły inaczej.* Zamawiający wymagając, aby wadium było wniesione wraz z upływem terminu składania ofert i uznając datę wpływu pieniędzy na rachunek za datę wniesienia wadium, powinien uznać warunek określony w pkt. 8.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia za spełniony. W przeciwnym razie Zamawiający nie uznałby własnych zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia za obowiązujące i stwierdziłby sprzeczność treści przygotowanego przez Zamawiającego zapisu z obowiązującą ustawą Prawo zamówień publicznych (wadę postępowania), więc powinien rozważyć unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 w związku z art. 45 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu wgląd w część oferty A.T. Kearney Sp. z o.o., która została bezprawnie zastrzeżona. A.T. Kearney Sp. z o.o. zastrzegł dokument potwierdzający wniesienie wadium – dokument ten nie zawiera żadnych informacji, które wykonawca musiałby chronić, czy też nie ujawniłby wcześniej. W związku z powyższym należy uznać, iż Zamawiający nie dokonał właściwego badania oferty, skoro nie zauważył takiej nieprawidłowości.

Zamawiający udostępnił Odwołującemu 5 września 2008 r. dokumentację przetargową postępowania składającą się z części oferty wykonawcy A.T. Kearney Sp. z o.o. oraz protokołu. Odwołujący nie otrzymał do wglądu załączników stwierdzających wpłacenie wadium zarówno przez siebie, jak i A.T. Kearney Sp. z o.o. Fakt ten ogranicza możliwość ustosunkowania się Odwołującego do prawidłowości przeprowadzonego badania oferty odrzuconej. Ograniczenie dostępu do dokumentów zastosowane przez Zamawiającego narusza zasadę jawności postępowania określoną w art. 8 ust. 1 oraz art. 96 ust. 3 w związku ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

17 września 2008 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu rozstrzygnięcie protestu – jego oddalenie.

Zdaniem Zamawiającego w żadnym punkcie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazał on, że terminy realizacji zamówienia określone w niej należało rozumieć jako maksymalne. Gdyby tak miało być, Zamawiający użyłby określeń „maksymalny, nie później niż, do”. Realizacja strategii wymaga stałej współpracy stron i aktywnego uczestnictwa w pracach nad jej realizacją ze strony Zamawiającego. Gdyby dopuścić ustalenie terminu realizacji etapu I jako maksymalnego, Zamawiający musiałby wskazać również termin minimalny, skrócenie którego nie mogłoby być akceptowane przez Zamawiającego, bowiem mogłoby spowodować zupełnie niepotrzebne spiętrzenie prac po obu stronach, co z kolei odbiłoby się na jakości realizowanych analiz i innych przygotowywanych dokumentów. Dopuszczenie zaoferowania różniących się od siebie terminów wykonania bez dokonania oceny tych propozycji nie jest systemowo możliwe.

Wadium nie zostało wniesione wraz z upływem terminu składania ofert. Argumenty, jakoby Odwołujący dochował należytej staranności przy wniesieniu wadium należy uznać za nietrafne. Wadium jest instytucją zabezpieczającą ofertę i musi być wniesione równocześnie z upływem terminu składania ofert, który określony został nie tylko datą kalendarzową, lecz również godziną.

W odniesieniu do uniemożliwienia wglądu w ofertę złożoną przez A. T. Kearney Sp z o.o. polegające na tym, iż Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu wglądu do dokumentu stanowiącego kopię potwierdzenia wniesienia wadium – dokument dołączony do oferty firmy A. T. Kearney Sp. z o.o. nie ma żadnego znaczenia prawnego, ponieważ o fakcie wniesienia wadium decyduje wpływ pieniędzy na rachunek Zamawiającego. Dokument ten nie stanowi części oferty, więc jego zastrzeżenie pozostało bez wpływu na sytuację prawną Odwołującego – ma on jedynie znaczenie organizacyjne pozwalające na szybsze ustalenie szczegółów operacji. Podobnie w odniesieniu do zarzutu nieudostępnienia pełnej dokumentacji.

W związku z oddaleniem protestu 22 września 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 24 września 2008 r.), w którym podtrzymał zarzuty, argumenty i żądania protestu.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu oraz dokumentów i oświadczeń Stron złożonych podczas rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu nieprawidłowego odrzucenia oferty ze względu na wskazanie w ofercie 20-tygodniowego zamiast określonego przez Zamawiającego 24-tygodniowego terminu realizacji I etapu zamówienia skład orzekający Izby stwierdził, iż zgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie musi polegać

na dosłownym powtórzeniu brzmienia zapisów specyfikacji w złożonych ofertach. Istotne jest bowiem, aby sens i zakres oświadczeń składających się na treść oferty odpowiadał zamierzeniom Zamawiającego. Zamawiający określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia termin wykonania zamówienia na „24 tygodnie od daty zawarcia umowy”. Co do zasady, zgodnie z takim postanowieniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia i umowy wykonawca może wykonać przedmiot zamówienia każdego dnia pomiędzy dniem zawarcia umowy a końcem 24. tygodnia od jej zawarcia.

Jednak w przedmiotowej sprawie, niezależnie od faktu, czy byłoby to z uszczerbkiem dla wykonania zamówienia, nie można stwierdzić, iż sens i zakres oświadczenia dotyczącego terminu odpowiada zamierzeniu Zamawiającego. Poza tym skład orzekający Izby przyznaje rację Zamawiającemu, iż zmiana terminu może mieć znaczenie dla oceny metodologii i zarządzania projektem, które stanowią kryteria oceny ofert, ponieważ komisja przetargowa musiałaby wziąć pod uwagę, oceniając przedstawione propozycje, również uwarunkowania wynikające z różnych terminów w różnych ofertach.

W odniesieniu do zarzutu nieterminowego wniesienia wadium skład orzekający Izby przyznał rację Zamawiającemu.

Zamawiający przedstawił pismo z Banku Pocztowego (z 12 sierpnia 2008 r. nr DWO/WOK/ŁK/1778/2008), w którym posiada rachunek, na który należało wnieść wadium, z informacją, iż wadium wniesione przez Odwołującego wpłynęło na jego rachunek 30 lipca 2008 r. o godz. 10.25. Zatem Zamawiający udowodnił, iż nie otrzymał wadium przed upływem terminu składania ofert.

Termin, w którym należy wnieść wadium, został dokładnie określony w art. 45 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, iż „wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert”. Powszechnie przyjęte w doktrynie i orzecznictwie jest, iż, w przypadku wadium wnoszonego przelewem na rachunek bankowy, słowo „wniesienie” oznacza uznanie kwoty wadium przez rachunek Zamawiającego. Pogląd ten podziela również skład orzekający Izby.

Termin składania ofert jest terminem specyficznym o tyle, iż jest punktem w czasie określonym nie tylko jako dzień, lecz również – godzina. W związku z tym wadium powinno być wniesione nie tylko przed upływem wyznaczonego dnia, lecz również przed wyznaczoną godziną składania ofert (analogicznie jak oferta).

Przy czym nie mają tu znaczenia postanowienia punktu 8.1. i 8.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w których Zamawiający stwierdza, iż: „wymaga wniesienia wraz z upływem terminu składania ofert wadium...” oraz „wadium wnosi się wraz z upływem terminu składania ofert, zatem za datę wniesienia wadium w pieniądzu uznaje się datę wpływu pieniędzy na rachunek zamawiającego. W przypadku wniesienia wadium w pieniądzu do oferty należy dołączyć dokument potwierdzający dokonanie przelewu.”

Przy czym, wbrew twierdzeniu Odwołującego, wymaganie dołączenia do oferty dokumentu potwierdzającego dokonanie przelewu nie ma związku z terminowością wniesienia wadium i o niej nie stanowi.

Przywołane postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jakkolwiek niefortunnie sformułowane, nie mają wpływu na sytuację Odwołującego. Po pierwsze – postanowienie to nie wprowadziło Odwołującego w błąd co do chwili, w której wadium powinno się znaleźć na rachunku Zamawiającego. W odwołaniu wyraźnie zaznacza on, iż dokonał przelewu dnia poprzedniego uważając, iż pieniądze zostaną przekazane na rachunek Zamawiającego o godz. 8.00, czyli przed wyznaczoną godziną 10.00. Po drugie Odwołujący nie wniósł wadium „wraz z upływem terminu składania ofert”, lecz po nim. Po trzecie stwierdzenie „za datę wniesienia wadium w pieniądzu uznaje się datę wpływu pieniędzy na rachunek Zamawiającego” zawiera informację, którą można uznać za pewną „prawdę obiektywną” – założenie zgodne z zacytowanym powyżej poglądem Sądu Najwyższego (a contrario do uznania za tę datę dnia zlecenia przelewu przez wykonawców) i Zamawiający rzeczywiście nie neguje, że wadium wpłynęło w tym dniu. Jednak nie zmienia to faktu, iż przy wniesieniu wadium liczy się nie data, ale konkretna chwila (godzina).

Natomiast ustalanie, czy Odwołujący zachował należyłą staranność zlecając przelew dnia poprzedzającego upływ terminu składania ofert jest bezprzedmiotowe, ponieważ należyta staranność nie jest przesłanką wymienioną w żadnym z przepisów dotyczących wnoszenia wadium. Decydując się na zlecenie dokonania przelewu w dniu poprzedzającym składanie ofert, czyli de facto – ostatnim możliwym, Odwołujący zgodził się na poniesienie związanego z tym ryzyka.

W związku z tym, że Zamawiający oświadczył, iż jest gotów okazać Odwołującemu żadaną dokumentację postępowania i zadeklarował się to zrobić już podczas umówionego na 22 września 2008 r. terminu wglądu do dokumentacji, z której to możliwości Odwołujący zrezygnował, zarzut dotyczący naruszenia art. 96 ustawy Prawo zamówień publicznych skład orzekający Izby uznaje za bezprzedmiotowy. Zwraca przy tym jednak uwagę Zamawiającemu, iż powinien, w razie żądania, okazać całą dokumentację postępowania – w zakresie określonym przepisami, niezależnie od tego, czy uważa ją za istotną dla sytuacji wykonawców w postępowaniu – jako że zasada jawności określona w art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych ani zasady udostępniania protokołu i innych dokumentów z postępowania określone w art. 96 ustawy Prawo zamówień publicznych i rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 24 października 2007 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 202, poz. 1463) nie uzależniają prawa wykonawców do wglądu do dokumentów od ich ważności w postępowaniu. Przy czym Zamawiający zobowiązany jest udostępnić również dokument potwierdzający wpłatę wadium przez A.T. Kearney Sp. z o.o., którego treść nie spełnia przesłanek wyłączenia jego jawności jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, w wysokości 3.600 zł, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów

z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....