

Sygn. akt: KIO 2688/11

**WYROK**  
**z dnia 28 grudnia 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 grudnia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: "Sołtysiński & Szlęzak – Kancelaria Radców Prawnych i Adwokatów Spółka Komandytowa"** z siedzibą w Warszawie, **Herbert Smith LLP** z siedzibą w Londynie w postępowaniu prowadzonym przez **PGE EJ 1 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Domański Zakrzewski Palinka sp. k. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie czynności otwarcia oferty Odwołującego;**
2. Kosztami postępowania obciąża **PGE EJ 1 Sp. z o.o. i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: "Sołtysiński & Szlęzak – Kancelaria Radców Prawnych i Adwokatów Spółka Komandytowa"**, **Herbert Smith LLP** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **PGE EJ 1 Sp. z o.o.** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: "Sołtysiński & Szlęzak – Kancelaria**

**Radców Prawnych i Adwokatów Spółka Komandytowa", Herbert Smith LLP**  
kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą  
koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień  
publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 z późn. 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:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – PGE EJ1 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Świadczenie usług doradztwa prawnego przy realizacji programu budowy elektrowni jądrowych w Polsce w latach 2011-2015.*

W dniu 16 grudnia 2011 r. Konsorcjum w składzie: Kancelaria Radców Prawnych i Adwokatów Spółka Komandytowa oraz Herbert Smith LLP, wniosło odwołanie wobec uznania oferty Odwołującego za złożoną po upływie terminu składania ofert oraz zaniechania czynności otwarcia oferty Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 36 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w zw. z punktem 12.1 SIWZ oraz art. 84 ust. 2 i 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że miejsce i termin składania ofert zostały wyznaczone przez Zamawiającego w punkcie 12.1 SIWZ jedynie poprzez wskazanie adresu budynku przy ul. Mokotowskiej 49 w Warszawie, bez bliższego określenia, w której części budynku położone jest biuro Zamawiającego znajdujące się pod tym adresem. Odwołujący zwrócił przy tym uwagę, że miejsce składania ofert jest odmienne aniżeli siedziba Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że w dniu upływu terminu składania ofert, tj. 6 grudnia 2011 r. pracownik członka Konsorcjum, pełniący funkcję posłańca doręczającego ofertę Odwołującego (pan Tomasz M) przybył do wskazanego w punkcie 12.1 SIWZ budynku przy ul. Mokotowskiej 49 w Warszawie o godz. 13.57, na dowód czego Odwołujący złożył kopię karty z książki wejść i wyjść w budynku Mokotowska Square przy ul. Mokotowskiej 49. Osoba ta uzyskała informację w recepcji budynku, że biura Zamawiającego są położone na trzecim piętrze. Po odbyciu przeprowadzonej w imieniu Zamawiającego procedury wylegitymowania oraz odnotowania danych z dowodu osobistego w księdze wejść i wyjść posłaniec został wpuszczony przez barierki do holu z windami, skąd niezwłocznie udał się windą na trzecie piętro do biura Zamawiającego. Po przekazaniu informacji o celu przybycia i wymianie zdań odnośnie czasu i miejsca składania ofert oraz czasu przybycia posłańca w miejsce wskazane w punkcie 12.1 SIWZ jako miejsce składania ofert, oferta Konsorcjum została opatrzona pieczęcią oraz opisana w ten sposób, że jako termin złożenia oferty wskazano 6 grudnia 2011 r., godz. 14.01. W związku z powyższym Zamawiający odmówił otwarcia oferty Odwołującego i w dniu 7 grudnia 2011 r. zawiadomił go, że oferta *wpłynęła do biura*

*Zamawiającego (ul. Mokotowska 49, 00-542 Warszawa) po terminie składania ofert, czyli w dniu 06.12.2011 r. po godz. 14:00.*

Odwołujący podniósł, że określając w SIWZ miejsce i termin składania ofert, Zamawiający określił tym samym, z jaką chwilą i w jakich warunkach oferta wykonawcy może zostać skutecznie złożona. Zdaniem Odwołującego, skoro Zamawiający określił jako miejsce składania ofert adres: *biuro Zamawiającego: PGE EJ 1 Sp. z o.o. przy ul. Mokotowskiej 49, 00-542 Warszawa*, to samo przybycie posłańca pod wskazany adres w celu złożenia oferty stanowi już moment złożenia oferty Zamawiającemu, o ile oddanie oferty pracownikowi Zamawiającego odbędzie się niezwłocznie po przybyciu posłańca pod wskazany adres. Okoliczność, że posłaniec, w celu fizycznego oddania oferty upoważnionemu pracownikowi Zamawiającego, musi przejść przez etap wylegitymowania się w holu głównym budynku oraz przebyć drogę do pomieszczeń Zamawiającego znajdujących się na III piętrze budynku, jest o tyle istotna, że czas niezbędny do pokonania tych etapów nie może wpływać na uznanie oferty za spóźnioną. Brak informacji w SIWZ o dokładnym położeniu biura Zamawiającego pod adresem wskazanym w SIWZ nie może wpływać negatywnie na pozycję Odwołującego, którego posłaniec przybył pod wskazany adres przed terminem składania ofert, a jedynie czynności związane z ustaleniem miejsca położenia pomieszczeń zajmowanych wyłącznie przez Zamawiającego oraz konieczne formalności sprawiły, że oferta została przyjęta przez upoważnionego pracownika Zamawiającego o godz. 14.01.

Odwołujący podniósł, że to na zamawiającym ciąży obowiązek precyzyjnego określenia miejsca składania ofert, a nieścisłości w tym zakresie nie mogą powodować negatywnych konsekwencji dla wykonawców. Zdaniem Odwołującego, skoro oferta została dostarczona pod wskazany w SIWZ adres o godz. 13.57, a następnie została niezwłocznie przekazana pracownikowi Zamawiającego, to za moment złożenia oferty należy uznać już godzinę 13.57. W konsekwencji uznanie przez Zamawiającego, że oferta wpłynęła o godz. 14.01, stanowiło naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w zw. z punktem 12.1 SIWZ.

Odwołujący wskazał ponadto, że w trakcie pozyskiwania kopii dziennika wejść i wyjść prowadzonego dla budynku przy ul. Mokotowskiej 49 w Warszawie, pan Jacek J, pracownik zarządzającego budynkiem, tj. Yareal Polska Sp. z o.o., oświadczył, że dane osób przychodzących do Zamawiającego są w dyspozycji Zamawiającego i nie mogą zostać ujawnione bez zgody Zamawiającego. Stąd Zamawiający jest faktycznie administratorem danych osobowych osób przychodzących do biura Zamawiającego i rejestrowanych w holu budynku przy ul. Mokotowskiej 49 w Warszawie. Recepcja budynku jest prowadzona przez wynajmującego na podstawie umów najmu zawartych z najemcami budynku, w tym z Zamawiającym, którzy zlecają wynajmującemu prowadzenie recepcji budynku i ponoszą związane z tym koszty. Stąd recepcja budynku dokonuje przyjęcia gości najemców (w tym

gości Zamawiającego) w imieniu odpowiednich najemców. Okoliczność ta świadczy – zdaniem Odwołującego – o tym, że dostarczając ofertę do ww. budynku o godz. 13.57, posłaniec złożył ofertę w terminie.

Konsekwencją uznania przez Zamawiającego, z naruszeniem art. 36 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w zw. z punktem 12.1 SIWZ, że oferta Odwołującego została złożona o godz. 14.01, było zaniechanie przez Zamawiającego otwarcia oferty oraz przesłanie zawiadomienia Odwołującemu, że jego oferta została złożona po terminie. Opisane wyżej czynności naruszają art. 84 ust. 2 oraz art. 86 ust. 2 i ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zawiadomienia Odwołującego o złożeniu oferty po terminie, nakazanie otwarcia oferty Odwołującego i poinformowania pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty, że oferta Odwołującego została złożona przed upływem terminu składania ofert wraz z podaniem informacji dotyczących oferty Odwołującego, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp oraz uwzględnienia oferty Odwołującego w trakcie badania i oceny ofert złożonych. Na wypadek nieuwzględnienia powyższych wniosków Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, w postaci niezyskania zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w punkcie 12.1 SIWZ określił miejsce składania ofert w następujący sposób: *ofertę wraz z wymaganymi dokumentami należy złożyć w nieprzekraczalnym terminie do 21.11.2011 r. do godz. 14.00 w biurze Zamawiającego: PGE EJ 1 Sp. z o.o., ul. Mokotowska 49, 00-542 Warszawa.* Po dokonanej zmianie przez Zamawiającego zmianie termin składania ofert przypadął na dzień 6 grudnia 2011 r. godz. 14.00. Według adnotacji dokonanej przez pracownika Zamawiającego na kopercie zawierającej ofertę Odwołującego, została ona złożona w dniu 6 grudnia 2011 r. o godzinie 14.01. Odwołujący nie zmierzał do wykazania, że przekazał ofertę pracownikowi Zamawiającemu zanim minęła godzina 14.00,

wywodził jedynie, że ze względu na sposób określenia w SIWZ miejsca składania ofert, należy uznać, iż jej złożenie nastąpiło z chwilą stawienia się przedstawiciela wykonawcy w recepcji budynku, w którym mieści się biuro Zamawiającego.

Niekwestionowany przez Zamawiającego i Przystępującego jest fakt, że przedstawiciel Odwołującego stawiał się w recepcji budynku o godzinie 13.57, tj. przed upływem terminu składania ofert, co potwierdza przedłożona przez Odwołującego kopia z książki wejść i wyjść. Wg wyjaśnień Odwołującego, upływ czasu pomiędzy przybyciem do budynku a chwilą złożenia oferty spowodowany był koniecznością wylegitymowania się w recepcji osoby składającej ofertę, zaewidencjonowania faktu wejścia do budynku, a następnie dotarcia windą do biura Zamawiającego mieszczącego się na trzecim piętrze.

Izba podzieliła argumentację Zamawiającego, że samo stawienie się przedstawiciela wykonawcy w holu budynku nie może być uznane za złożenie oferty. Oferta złożona to taka, która została przekazana do dyspozycji Zamawiającego. Niemniej jednak Izba stanęła na stanowisku, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, uznając, że jednogminutowe opóźnienie w złożeniu oferty nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Oczywistym jest, że na wykonawcach ciąży obowiązek dołożenia należytej staranności w celu prawidłowego i terminowego złożenia oferty. Niemniej jednak działania Zamawiającego nie mogą cechować się dowolnością i utrudniać wykonawcom wykonania czynności niezbędnych do wzięcia udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, Zamawiający podaje w SIWZ miejsce i termin składania ofert. Podkreślić należy, że wypełniając obowiązek określenia miejsca składania ofert, Zamawiający powinien wskazać dokładną lokalizację siedziby czy biura, w którym oferty mają być złożone. Wymogu tego nie spełnia podanie w specyfikacji adresu budynku (biurowca), w którym znajduje się m.in. biuro Zamawiającego. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie określił ani piętra, ani numeru lokalu, w którym przyjmowane będą oferty. Wskazał co prawda, że ofertę należy złożyć w biurze Zamawiającego, ale ograniczył się jedynie do podania adresu budynku zajmowanego przez wiele podmiotów. Nie poinformował również wykonawców, że przybycie do biura Zamawiającego wymaga uprzedniego wylegitymowania się i zaewidencjonowania wejścia do budynku, a są to przecież okoliczności, które mogą wpłynąć na dotrzymanie terminu składania ofert.

Przy takim określeniu w SIWZ miejsca składania ofert, wykonawca miał prawo interpretować je w ten sposób, że przybycie pod wskazany adres umożliwi mu bezzwłoczne złożenie oferty. Trudno oczekiwać od wykonawcy, aby znał funkcjonujące w biurowcu zasady odbioru przesyłek. Skoro Zamawiający podał jedynie adres budynku, wykonawca –

nawet mając wiedzę, że Zamawiający zajmuje tylko niektóre pomieszczenia w biurowcu – mógł zakładać, że złożenie oferty będzie mogło nastąpić na przykład w recepcji budynku.

Tymczasem wykonawca nie miał możliwości doręczenia Zamawiającemu oferty bezpośrednio po stawieniu się pod adresem wskazanym w specyfikacji, mimo że przybył tam przed upływem terminu i był gotów do złożenia oferty. Ponadto, czynności podjęte przez przedstawiciela Odwołującego po pozyskaniu wiedzy o lokalizacji biura Zamawiającego, zmierzały bezpośrednio i bez żadnej zwłoki do złożenia oferty.

Należy również zwrócić uwagę na to, że oferta dotarła do Zamawiającego zaledwie minutę po godzinie 14. Co do zasady nawet tak minimalne opóźnienie należy uznać za przekroczenie terminu składania ofert, skutkujące koniecznością zwrotu oferty (art. 84 ust. 2 ustawy Pzp), jednakże w okolicznościach niniejszej sprawy uzasadnione, zdaniem Izby, jest twierdzenie, że przekroczenie terminu nie nastąpiłoby, gdyby Zamawiający umożliwił złożenie oferty bezpośrednio po przybyciu do budynku, bądź zamieścił w SIWZ precyzyjne informacje o lokalizacji swojego biura. Ponieważ tak nie uczynił, nie może obciążać wykonawcy negatywnymi konsekwencjami swego uchybienia. W związku z powyższym ofertę Odwołującego należy uznać za złożoną w terminie.

Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie czynności otwarcia oferty Odwołującego, z uwagi na treść art. 84 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający niezwłocznie zawiadamia wykonawcę o złożeniu oferty po terminie oraz zwraca ofertę po upływie terminu na wniesienie odwołania. Z przywołanego przepisu wynika, że ustawodawca przewidział możliwość skutecznego zakwestionowania, poprzez złożenie odwołania, decyzji zamawiającego o uznaniu oferty za złożoną po terminie. Konsekwencją stwierdzenia w postępowaniu odwoławczym, że decyzja zamawiającego była błędna, winno być więc jej naprawienie, poprzez nakazanie zamawiającemu otwarcia spornej oferty. Sytuację tę należy potraktować jako wyjątek od zasady jednoczesnego otwarcia wszystkich ofert w dniu upływu terminu na ich składanie. Zdaniem Izby, orzeczenie obowiązku otwarcia oferty realizuje *ratio legis* przepisu art. 84 ust. 2 ustawy Pzp, nie naruszając przy tym zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Należy bowiem zwrócić uwagę, że chociaż otwarcie pozostałych ofert miało już miejsce i zostały ujawnione ich istotne elementy, to sporna oferta pozostaje cały czas w dyspozycji Zamawiającego i nie mogła ulec zmianie. Niezasadne byłoby w związku z tym nakazanie unieważnienia postępowania, jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, ponieważ art. 84 ust. 2 ustawy Pzp, przewidując możliwość zaskarżenia zaniechania otwarcia oferty, umożliwia właśnie usunięcie zaistniałej w postępowaniu nieprawidłowości.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 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).

**Przewodniczący:** .....