

Sygn. akt: KIO 1074/14

WYROK
z dnia 11 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 czerwca 2014 r.** w Warszawie odwołania z dnia **28 maja 2014 r.** wniesionego przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe Komart Sp. z o.o., ul. Szpitalna 7, 44-194 Knurów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Racibórz, ul. Stefana Batorego 6, 47-400 Racibórz**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Tonsmeier Południe sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. Kokotek 33, 47-100 Ruda Śląska [pełnomocnik]** i **[2] Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu, ul. K. Adamczyka 10, 47-400 Racibórz** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie:

- 1) unieważnienia czynności uznania oferty odwołującego za złożoną po terminie;
- 2) unieważnienia postępowania.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Miasto Racibórz, ul. Stefana Batorego 6, 47-400 Racibórz**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Komart Sp. z o.o., ul. Szpitalna 7, 44-194 Knurów**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego **Miasto Racibórz, ul. Stefana Batorego 6, 47-400 Racibórz** na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Komart Sp. z o.o., ul. Szpitalna 7, 44-194 Knurów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, poz. 984, poz. 1047 i poz. 1473 oraz z 2014 r. poz. 423) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający **Miasto Racibórz, ul. Stefana Batorego 6, 47-400 Racibórz** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych powstających na terenie nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych, na których powstają odpady komunalne na terenie miasta Racibórz«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 11.04.2014 r. pod nrem 2014/S 072-124425.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, poz. 984, poz. 1047 i poz. 1473 oraz z 2014 r. poz. 423) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający powiadomił wykonawcę **PPHU Komart Sp. z o.o. z siedzibą w Knurowie, ul. Szpitalna 7, 44-194 Knurów** 20.05.2014 r. o uznaniu oferty tego wykonawcy za złożoną po terminie i zaniechania jej otwarcia.

Wykonawca **PPHU Komart Sp. z o.o. z siedzibą w Knurowie, ul. Szpitalna 7, 44-194 Knurów**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 28.05.2014 r. do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) uznanie oferty odwołującego za wniesioną po terminie;
- 2) zaniechania otwarcia oferty odwołującego.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 84 ust. 2 Pzp przez zwrot oferty odwołującego, pomimo że oferta ta została złożona w terminie;
- 2) art. 86 ust. 2 i 4 Pzp przez brak otwarcia oferty odwołującego, pomimo że oferta ta została złożona w terminie;
- 3) art. 7 ust. 1 i 2 Pzp, polegające na przeprowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji za sprawą braku otwarcia oferty odwołującego, pomimo jej złożenia w terminie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności uznania oferty odwołującego za złożoną po terminie;
- 2) otwarcia oferty odwołującego;
- 3) przeprowadzenie dowodów z przesłuchania świadków:
 - a) B. P. (wezwanie na adres: ul.K....); L. P. (wezwanie na adres: ul.R....)
 - b) M. W. (wezwanie na adres: ul.R....); na okoliczność czasu złożenia oferty przez odwołującego;
- 4) przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron z ograniczeniem do strony składającej odwołanie, w której imieniu działał J. R. – Wiceprezesa Zarządu (wezwanie na adres odwołującego), na okoliczność czasu złożenia oferty przez odwołującego;
- 5) przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania;
- 6) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania w tym kosztami reprezentacji, zgodnie z przedłożonym rachunkiem.

Argumentacja odwołującego

Odwołujący jest spółką, której profil działalności to gospodarka odpadami w zakresie: biologicznego przetwarzania odpadów, sortowania odpadów i odzysku surowców wtórnych, unieszkodliwiania odpadów komunalnych i azbestowych oraz transportu odpadów.

Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych powstających na terenie nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych, na których powstają odpady komunalne na terenie miasta Racibórz (postępowanie nr: ZP.271.27.2014), organizowanym przez Miasto Racibórz.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 11 Pzp, specyfikacja istotnych warunków zamówienia, zwana dalej specyfikacją bez bliższego określenia, określa miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert.

Zgodnie z § 13 specyfikacji ogłoszonej przez zamawiającego oferty w przedmiotowym postępowaniu należało składać w **pok. 310 Urzędu Miasta**, ul. Stefana Batorego 6, 47-400 Racibórz w terminie **do 20 maja 2014 r. godz. 11:30**.

20 maja 2014 r., tj. w dniu wyznaczonym do składania ofert, upoważniony pracownik odwołującego – B. P. przybyła do siedziby zamawiającego około godziny 11:27, o godzinie 11:29 dotarła do wskazanego w specyfikacji pokoju, gdzie niezwłocznie usiłowała złożyć ofertę. Przekazanie oferty pracownikowi zamawiającego miało zatem miejsce najpóźniej o godzinie 11:30. Pracownik zamawiającego poinformował jednak, że termin na składanie ofert już upłynął, gdyż „u niego” jest godzina 11:31. Na wadliwość tego stwierdzenia wskazała nie tylko składająca ofertę B. P., ale również składający wcześniej ofertę przedstawiciele innego wykonawcy będącego konkurentem odwołującego – tj. spółki „Naprzód” Sp. z o.o. (L. P. i M.

W.), którzy zwrócili uwagę na wskazania własnych zegarków, jak również dużego zegara ściennego wiszącego w pomieszczeniu, w którym składano ofertę. Pomimo powyższego pracownik zamawiającego w potwierdzeniu złożenia oferty wpisał godzinę 11:31.

Po wymianie zdań pomiędzy pracownikiem zamawiającego, B. P., L. P. i M. W., B. P. niezwłocznie zadzwoniła do Wiceprezesa Zarządu odwołującego – J.a R., który w tym czasie usiłował zaparkować samochód w okolicy Urzędu zamawiającego Miasta. Dopiero wówczas była godzina 11:31, co potwierdzają historie połączeń telefonicznych z telefonu B. P. oraz J. R..

Na uchybienie pracownika zamawiającego w zakresie uznania oferty odwołującego za złożoną po terminie, jego przedstawiciel – J. R. zwrócił uwagę zamawiającemu w trakcie otwarcia ofert, które miało miejsce tego samego dnia o godzinie 12:00. Będący świadkiem składania oferty przez odwołującego przedstawiciele wykonawcy – spółki „Naprzód” Sp. z o.o., L. P. i M. W., również wskazali zamawiającemu na tę kwestię, potwierdzając stanowisko odwołującego.

Zamawiający nie dokonał jednak otwarcia oferty odwołującego. Po wielokrotnym żądaniu zaprotokołowania sprzeciwu w tym zakresie komisja dokonująca otwarcia pozostałych ofert umieściła wzmiankę w protokole otwarcia ofert. Jednakże wzmianka ta dotyczy jedynie sprzeciwu złożonego przez odwołującego, mimo że przedstawiciel wykonawcy będący świadkiem składania oferty przez odwołującego również prosił o wpisanie jego zastrzeżenia w postaci poparcia stanowiska odwołującego. W tym samym dniu odwołujący skierował do zamawiającego pismo, w którym wyraził sprzeciw wobec bezzasadnego uznania oferty za wniesioną po terminie.

Odwołujący wskazuje również, że w przypadku nieuwzględnienia jego oferty w przedmiotowym postępowaniu ofertą najkorzystniejszą będzie oferta złożona przez konsorcjum z udziałem spółki Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o., w której całość udziałów posiada sam zamawiający. Jednocześnie oferta odwołującego przewidywała cenę o ponad 700.000 zł niższą od ceny tego konsorcjum.

Zasada równego traktowania wykonawców uregulowana w art. 7 ust. 1 Pzp zabrania zamawiającemu preferowania lub dyskryminacji któregośkolwiek z wykonawców, gwarantuje wykonawcom równe szanse w uzyskaniu zamówienia. Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji stanowi bowiem fundament nie tylko krajowego, ale również europejskiego systemu zamówień publicznych. Potwierdza to **art. 10 Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki transportu i usług pocztowych**. Wskazuje on, że instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty. Oznacza to, że postępowanie o udzielenie zamówienia

publicznego prowadzone jest według jasnych i z góry sprecyzowanych reguł i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich zachowania, zaś zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów (tak: wyrok KIO z 12 września 2011 r., KIO 1886/11). Działanie zamawiającego polegające na pominięciu prawidłowo złożonej oferty z bezpodstawnym powołaniem się na rzekome 1-minutowe opóźnienie w jej złożeniu z pewnością stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 28 grudnia 2011 r. (KIO 2688/11) „ustawodawca przewidział możliwość skutecznego zakwestionowania, przez złożenie odwołania, decyzji zamawiającego o uznaniu oferty za złożoną po terminie. Konsekwencją stwierdzenia w postępowaniu odwoławczym, że decyzja zamawiającego była błędna, winno być jej naprawienie, przez nakazanie zamawiającemu otwarcia spornej oferty”.

Zdaniem odwołującego, niezależnie od załączenia do odwołania oświadczeń świadków uczestniczących w całym zdarzeniu, a wskazanych we wstępie, w sprawie, w celu potwierdzenia przedstawionego powyżej stanowiska odwołującego, zasadnym jest ich przesłuchanie. Stąd odwołujący złożył również wniosek o przesłuchanie świadków.

Konkludując, zamawiający przez uznanie oferty odwołującego za złożoną po terminie oraz zaniechanie jej otwarcia, naruszył przepisy art. 84 ust. 2, art. 86 ust. 2 i 4 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 27.05.2014 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 28.05.2014 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

30.05.2014 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] **Tonsmeier Południe sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. Kokotek 33, 47-100 Ruda Śląska [pełnomocnik]** i [2] **Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu, ul. K. Adamczyka 10, 47-400 Racibórz** złożyli (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodów z zeznań świadków, z których każdy złożył przyrzeczenie:

- 1) dowód, na wniosek odwołującego, z zeznań świadka pana J. R., wiceprezesa Zarządu odwołującego;
 - 2) (dowód nr 1) dowód złożony przez odwołującego faktura z holowania samochodu Peugeot;
 - 3) dowód, na wniosek odwołującego, z zeznań świadka pani B. P., pracownicy odwołującego;
 - 4) dowód, na wniosek zamawiającego, z zeznań świadka pani M. P., pracownicy zamawiającego;
 - 5) dowód, na wniosek zamawiającego, z zeznań świadka pani I. T., pracownicy zamawiającego;
 - 6) dowód, na wniosek przystępującego, z zeznań świadka pana R. K., dyrektora składającego ofertę Tonsmeier Południe sp. z o.o.;
 - 7) dowód, na wniosek przystępującego, z zeznań świadka pana T. W., pracownika składającego ofertę Tonsmeier Południe sp. z o.o.;
 - 8) dowód z nagrania z kamer zainstalowanych przy wejściu do Urzędu Miejskiego złożonego przez zamawiającego;
 - 9) fotografie poszczególnych fragmentów klatki schodowej i z wejścia pani B. P. składającej ofertę odwołującego złożone przez zamawiającego;
 - 10) oświadczenie Pan A. K. o ustawieniu czasu w komputerach zamawiającego złożony przez zamawiającego;
 - 11) dowód ze zdjęć obrazujących drogę od wejścia do Urzędu zamawiającego do pokoju 310, wyznaczonego na miejsce składania ofert;
 - 12) dwa oświadczenia pisemne Panów W. K. i K. K. złożone przez przystępującego o wejściu pani B. P. do budynku zamawiającego o 11:29
- Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 84 ust. 2 Pzp przez zwrot oferty odwołującego, pomimo że oferta ta została złożona w terminie – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający postanowił w § 13 specyfikacji, że miejscem składania ofert będzie pok. 310 Urzędu Miasta, ul. Stefana Batorego 6, 47-400 Racibórz. Oferty należało składać w terminie do cyt. **»20 maja 2014 r. godz. 11:30«**.

Skład orzekający Izby, stwierdza, że brak było w specyfikacji bliższego określenia terminu. Również w obowiązujących przepisach brak jest przepisów normujących sposób postępowania z tak określonym co do minut terminów, a w tym terminów składania ofert. Dlatego analogicznie do art. 111 § 1 Kc, który brzmi »Termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia« należy przyjąć, że *termin oznaczony w minutach kończy się z upływem ostatniej minuty*. Ostatnia minuta godziny 11:30 kończy się o 11:30 i 59 sekund. Dlatego termin wniesienia ofert kończył się, zgodnie z postanowieniami specyfikacji prawie 1 minutę później niż wskazuje na to obecnie zamawiający.

Z kamer z monitoringu oraz ze zdjęć, przedstawionych przez zamawiającego, widać, że Pani B. P. pokonała pierwsze 13 schodów oraz kilka metrów parteru, zadając jednocześnie pytanie do pracownika udzielającego informacji i uzyskując odpowiedź, w ciągu 10 sekund od 11:28:32 (obraz z kamery 2) do 11:28:42 (obraz z kamery 3). Jak wynika ze zdjęć Pani B. P. rozpoczęła pokonywanie schodów z poziomu zerowego (parter przy informacji) o 11:28:42. Na 3 piętro prowadzi 6 takich półpięter (biegów) oraz korytarz o długości ok 20 m, co wynika z oświadczeń zamawiającego oraz jest obrazowane na zdjęciach złożonych przez zamawiającego. Jest to pokazane na zdjęciach załączonych do odpowiedzi zamawiającego.

Zdjęcia wyraźnie obrazują, że takich półpięter jest w budynku 6, prowadzą one od parteru do 3 piętra, a ponadto jest jeszcze jedno półpiętro prowadzące od wejścia do Urzędu na parter. Razem, na 3 piętro od wejścia do Urzędu do pokoju 310 jest w budynku 7 półpięter (biegów), czyli na każde piętro przypada 2 półpiętra (biegi) i jedno półpiętro (jeden bieg) prowadzący od wejścia do Urzędu do parteru.

Zamawiający w trakcie rozprawy mylnie oświadczył o istnieniu 9 biegów, chociaż również oświadczył »3 piętro równa się nowemu 6 piętru«. Z prostych obliczeń tak właśnie w zaokrągleniu wynika $3 \times 2 \times 14 = 84$ schodów (3 piętra po 2 półpiętra po 14 schodów równa się 84 schody) i $6 \times 2 \times 8 = 96$ (6 pięter po 2 półpiętra po 8 schodów równa się 96 schodów). Dodając do liczby schodów prowadzących od parteru do 3 piętra (84 schody) liczbę schodów od wejścia do Urzędu na parter – 13 schodów, otrzymuje się liczbę 97 schodów, a więc

prawie dokładnie odpowiadającą liczbie schodów prowadzących na 6 piętro współczesnych budynków (96).

Przy 8 biegach (ponadto jeden bieg od wejścia do parteru) zamawiający mówiłby, że równa się to nowemu 7 piętru – $8 \times 14 = 112$ czyli $7 \times 2 \times 8 = 112$. Jednak dalej wysnuł wniosek, cyt. »musiało minąć około 2 minuty aby pani P. dotarła do pok. 310«. Skład orzekający Izby stwierdza, że skoro Pani P. rozpoczęła zdążanie od parteru Urzędu do pokoju 310 o 11:28:42 to nawet zgodnie z obliczeniem zamawiającego osiągając swój cel po 2 minutach jeszcze mieściła się w czasie wyznaczonym przez zamawiającego na składanie ofert, czyli zdążyła do upływu godziny 11:30, gdyż $11:28:42 + 2 \text{ min} = 11:30:42$.

Z prostego mnożenia liczby sekund, które upłynęły na pokonanie pierwszego poziomu (biegu) oraz liczby poziomów (biegów) wynika: $10 \text{ sekund} \times 6 \text{ biegów} = 60 \text{ sekund}$.

W takim przypadku Pani B. P. mogła osiągnąć 3 piętro w 1 minutę. Czyli na 3 piętro Pani B. P. mogła dojść o 11:29:42. Na dojście szybkim krokiem do pokoju 310 można przyjąć pokonanie zwykłym krokiem w 14,3 sekundy ~ 15 sekund. Rachunek ten wynika z ogólnej wiedzy, że przeciętny pieszy przeciętnie pokonuje 5 km na godzinę, czyli w ciągu 1 sekundy przebywa 1,38889 m ($5000 \text{ m} : 3600 \text{ s} = 1,38889 \text{ m/s} \sim 1,4 \text{ m/s}$ i $20 \text{ m} : 1,4 \text{ m/s} = 14,3 \text{ s}$). Tak więc Pani B. P. mogła dojść do pokoju 310 o 11:29:57 ($11:28:42 \text{ s} + 60 \text{ s} + 15 \text{ s} = 11:29:57 \text{ s}$). Jak z tego wynika Pani B. P. mogła dojść do tego pokoju bez nadmiernego pośpiechu czy biegu. Jednak ze względu na upływ terminu składania ofert o 11:30:59 to mogło jeszcze upłynąć 62 sekundy do upływu terminu składania ofert. W tym czasie nawet dłuższym o około 1 minutę, niż wyobrażenie zamawiającego, mogło się odbyć wniesienie oferty do pokoju 310.

Obliczenia Izby również wynikają ze stwierdzeń Pani B. P., że do pokoju 310 szła szybkim krokiem, cyt. »prawie połamałam nogi [...] byłam bardzo zmęczona prawie jak po ćwiczeniach w siłowni, musiałam usiąść«. Szpilki, które Pani B. P. miała na nogach podczas składania ofert nie są specjalną przeszkodą w pokonywaniu schodów pod górę, a także w szybkim marszu przez około 20 m poziomego korytarza prowadzącego od wyjścia z klatki schodowej do pokoju 310.

Ze zdjęć wynika również, że pokoje na 3 piętrze są czytelnie oznaczone, a więc nie można brać pod uwagę szukania drogi czy mylenia drzwi.

Zdaniem składu orzekającego Izby złożenie oferty należy uznawać za wejście do pokoju 310 osoby z ofertą. Samo wpisywanie, czyli rejestrowanie oferty jako czynność techniczna wykracza już poza pojęcie składania oferty. Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 28 grudnia 2011 r. (KIO 2688/11, LEX nr 1103379). Jednak przedstawiony tam stan faktyczny był odmienny, gdyż tam występujący zamawiający

wystosował do zainteresowanego pisemne powiadomienie o spóźnionym złożeniu oferty i dysponował cały czas ofertą.

Można sobie wyobrazić sytuację, gdy w ostatniej chwili do zamawiającego próbuje złożyć oferty kilku wykonawców. Ze względu na równe traktowanie wykonawców zamawiający powinien przyjąć oferty od wszystkich wykonawców, którzy zdołali dotrzeć do miejsca składania ofert w odpowiednim terminie i kolejno zarejestrować oferty. Zamawiający nie powinien wtedy brać pod uwagę czasu rejestracji, ale czas dotarcia oferty do miejsca składania ofert wskazanego przez zamawiającego w specyfikacji. Właśnie m.in. aby uniknąć kłopotów związanych z koniecznością rejestrowania większej liczby ofert wniesionych w ostatniej chwili – termin otwarcia jest zwykle odległy o pewien czas od upływu terminu składania ofert.

Nastawieniem zamawiającego, że termin składania ofert upływa o 11:30:00 można tłumaczyć, postawę pracownic zamawiającego, które widząc graniczny czas na komputerze stwierdziły, że wniesienie oferty odbywa się po upływie terminu, gdyż pracownice zamawiającego mogły zamierzać jeszcze uwzględnić czas konieczny na zarejestrowanie wniesienia oferty. Pracownice mogły również niewłaściwie odczytywać wskazania zegara – nie pokazały tych wskazań składającym ofertę pracownikom odwołującego. Ponadto zamawiający oświadczył, że nie posiada szczegółowego uregulowania wewnętrznego czynności składania ofert, cyt. »a sytuacja składania ofert co do sekundy jeszcze u zamawiającego nie wystąpiła«.

Na dokładne wyjaśnienie tej kwestii ma wpływ brak okazania przez pracownice zamawiającego wskazań zegara komputerowego przedstawicielom odwołującego w trakcie próby złożenia oferty. Pani B. P. miała możliwość spoglądania tylko na zegar ścienny znajdujący się w pokoju 310. Ale nie jest to zegar nastawiony ze szczególną pieczołowitością i tylko służący pomocniczo, niejako orientacyjnie.

Nie byłoby rozbieżności interpretacji gdyby zamawiający np. ustanowił miejsce składania ofert w monitorowanym miejscu z rejestrowaniem obrazu z sekundową rejestracją czasu, tak jak to jest prowadzone na parterze. Zamawiający dysponowałby wtedy dowodem na termin wniesienia oferty w postaci zdjęć z naniesionym wskazaniem czasu z dokładnością co do sekundy.

Zeznania świadków pana R. K. oraz pana T. W. (pracowników wykonawcy Tonsmeier Południe sp. z o.o. składających ofertę) i oświadczenia Panów W. K. i K. K. ogólnie nie odbiegają od wyżej ustalonych czasów wykonywania czynności faktycznych przez odwołującego. Jednak sekundowe różnice należy tłumaczyć tym, że zwykle nikt nie trzyma

przygotowanego do odczytu telefonu komórkowego gotowego na każde spojrzenie, tylko przez kilka sekund wyciąga ten telefon, dokonuje odblokowania go i dopiero uruchamia funkcję zegara. Ponadto nie można w pełni polegać na wskazaniach tych urządzeń, gdyż mogą one być różnie ustawione, a ponadto mogą one być odczytywane z pewnym psychicznym nastawieniem o spóźnieniu, co po kilku dniach czy nawet tygodniach może wywołać podobne wyobrażenie, że składanie oferty nastąpiło po upływie przewidzianego na to czasu. Podobnie nie można w pełni polegać na wskazaniach innych zegarów, a w tym naręcznych, które zwykle są ustawiane z pewnym przybliżeniem, bez dbania o dokładność co do sekundy czy nawet minuty. Podstawową jednak sprawą jest to, że nie zostało to udokumentowane fotograficznie z funkcją czasu, tak jak wiarygodnie przedstawił to zamawiający na serii zdjęć i nagraniu z kamery 2 i kamery 3.

Również na rozpoznanie przez Izbę sprawy nie miała wpływu obraz telefonu komórkowego odwołującego ze wskazaniem godziny 11:31, gdyż nie zostało udokumentowane w jakich okolicznościach było to zdjęcie zrobione. Same wyjaśnienia, że to obrazuje próbę połączenia Pani B. P. z jej zwierzchnikiem, aby powiadomić o odmowie przyjęcia oferty nie może zostać przyjęte przez Izbę, gdyż z doświadczenia życiowego wiadomo, że telefon może włączyć się bez świadomej inicjacji właściciela czy przez przypadkowe naciśnięcie jakiś klawiszy.

Tym bardziej dowody zamawiającego z fotografii zaopatrzonych w datownik i wskazania zegara z dokładnością do sekundy oraz nagrania z kamer są wystarczająco wiarygodne i jednocześnie są najbardziej wiarygodne z przedstawionych wszystkich dowodów i z zeznań świadków.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 86 ust. 2 i 4 Pzp – przez brak otwarcia oferty odwołującego, pomimo że oferta ta została złożona w terminie – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający nie posiada szczegółowego uregulowania wewnętrznego sposobu przyjmowania ofert. Ponadto błędem zamawiającego było nie okazanie odwołującemu wskazań zegara komputerowego, który wg zamawiającego pokazywał, że termin składania ofert dobiegł końca przed wejściem pracownicy odwołującego do pokoju 310, gdzie miała być złożona oferta. Ponadto zamawiający błędnie określał upływ terminu składania ofert na 11:30:00, mimo że w ogłoszeniu i specyfikacji termin ten był określony na 11:30. Termin ten upływał więc o 11:30:59, analogicznie do art. 111 § 1 Kc, który traktuje o dniach. »Termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia«. Dlatego zamawiający powinien przyjąć, że *termin oznaczony w minutach kończy się z upływem ostatniej minuty*, czyli o 11:30:59. Skład orzekający Izby także stwierdza, że niedokładności w specyfikacji

zamawiający nie może interpretować na niekorzyść wykonawców, co jest od dawna przyjęte w orzecznictwie Izby.

Ponadto odwołujący wskazał, że pomimo obowiązku, jaki w przypadku uznania oferty za złożoną po terminie wynika z art. 84 ust. 2 Pzp, zamawiający nie poinformował na piśmie odwołującego o złożeniu oferty po terminie, a zamawiający nie dowiódł, że dopełnił tego obowiązku. Jednak fakt ten nie miał wpływu na wynik postępowania, gdyż odwołujący mimo tego skutecznie skorzystał ze środków ochrony prawnej.

Skład orzekający Izby zwraca uwagę na brzmienie art. 86 ust. 2 Pzp »Otwarcie ofert jest jawne i następuje bezpośrednio po upływie terminu do ich składania, z tym że dzień, w którym upływa termin składania ofert, jest dniem ich otwarcia«.

Otwarcie ofert jest czynnością, której nie można powtórzyć. Również ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek dokonania otwarcia ofert i to wszystkich ofert w tym samym dniu, w którym upłynął termin składania ofert. W rozpoznawanej sprawie termin ten upłynął 20 maja 2014 r. W związku z tym nie jest możliwe dokończenie przerwanej czy nie w pełni przeprowadzonego otwarcia ofert.

Wynika z tego, zdaniem składu orzekającego Izby, że postępowanie należy unieważnić.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 Pzp – przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji za sprawą braku otwarcia oferty odwołującego, pomimo jej złożenia w terminie – zasługuje częściowo na uwzględnienie.

Wyżej zostało omówione naruszenie szczegółowych przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, co przenosi się na stwierdzenie naruszenia ogólnej zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp.

Jednak zamawiający nie wykazał naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 2 Pzp, który brzmi »Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm«. Skład orzekający Izby stwierdza, że samo odmienne rozumienie przepisów czy odmienny ogląd spraw nie jest równoznaczny z brakiem bezstronności i obiektywizmu ze strony osób wykonujących czynności po stronie zamawiającego. W dokumentacji znajdują się oświadczenia osób wykonujących czynności w postępowaniu, że osoby te nie podlegają wyłączeniu na podstawie art. 17 ust. 1 Pzp, który brzmi:

»Osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli:

- 1) ubiegają się o udzielenie tego zamówienia;

- 2) pozostają w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia lub są związane z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli z wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 3) przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 4) pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób;
- 5) zostały prawomocnie skazane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych«.

Skład orzekający Izby stwierdza, że nie ma wpływu na działanie z należytą starannością wykonawcy składanie oferty nawet w ostatnich sekundach przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający starał się zasugerować w swojej odpowiedzi, że składanie oferty w ostatnim momencie może być prognostykiem niedbałego wykonania zamówienia. Jednak późne składanie ofert nie może to być jakimkolwiek zarzutem w stosunku do wykonawców ani powodem niższego oceniania oferty. Szczególnie, że zamawiający nie ujął takiego kryterium w specyfikacji, a zapewne ustanowienie takiego kryterium byłoby powodem wniesienia środków ochrony prawnej przez wykonawców.

Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1, art. 84 ust. 2 i art. 86 ust. 2 i 4 Pzp.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody z zeznań świadków oraz dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania. Dowód w postaci faktury z holowania samochodu peugeot nie dotyczył meritum rozpoznawanej sprawy – dokładnego terminu wniesienia oferty, dlatego dowód z faktury ze holowanie samochodu peugeot nie był brany pod uwagę przez Izbę.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty

wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Jednocześnie skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie udokumentował i nie uzasadnił właściwie kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. a 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.

Przewodniczący:

.....