

WYROK
z dnia 7 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

Protokolant: **Krzysztof Wasilewski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 czerwca 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 maja 2016 r.** przez konsorcjum firm: **Prvni Signalni a. s. z siedzibą: Ostrava - Muglinov, Republika Czeska (lider) i A.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A.K. Zakład Ogólnobudowlany z siedzibą, Niezdrowice,** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Warszawa** przy udziale wykonawcy:

A. konsorcjum firm: **Track Tec Construction Sp. z o.o. (lider), Wrocław; Przedsiębiorstwo Budownictwa Kolejowego i Inżynieryjnego INFRACOL s. c., Jawor,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie

- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - konsorcjum firm: Prvni Signalni a. s. z siedzibą: Ostrava – Muglinov Republika Czeska (lider) i A.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A.K. Zakład Ogólnobudowlany z siedzibą Niezdrowice,**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000,00 zł** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: konsorcjum firm: **Prvni Signalni a. s. z siedzibą: Ostrava - Muglinov, Republika Czeska (lider) i A.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A.K. Zakład Ogólnobudowlany z siedzibą, Niezdrowice,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od konsorcjum firm: **Prvni Signalni a. s. z siedzibą: Ostrava - Muglinov, Republika Czeska (lider) i A.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A.K. Zakład Ogólnobudowlany z siedzibą, Niezdrowice** na rzecz

zamawiającego: **PKP Polskich Linii Kolejowych S.A., Warszawa** kwotę **3 600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) 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:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, ogłoszonym w Dz. Urz. UE 2016/S 071-123672 z 12.04.2016 r. na „Przebudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym na nastawniach DTC i DTA oraz odtworzenie posterunku odgałęźnego Okradzionów z przebudową układu torowego i sieci trakcyjnej w stacji Dąbrowa Górnicza Towarowa w ramach projektu inwestycyjnego pn. „Prace na południowo - wschodniej obwodnicy GOP wraz z przyległymi odcinkami na liniach kolejowych nr 154, 171, 661”, w dniu 27 maja 2016 r. zostało wniesione pisemne odwołanie przez konsorcjum firm: Prvni Signalni a.s.(lider) z siedzibą w Ostrava-Muglinov, Republika Czeska i A.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A.K. Zakład Ogólnobudowlany, w kopii przekazane zamawiającemu w dniu 25 maja 2016 r.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia przez zamawiającego w dniu 19 maja 2016 r. drogą elektroniczną o uznaniu oferty odwołującego za złożoną po terminie i podlegającą zwrotowi oraz o pozostawieniu oferty odwołującego - bez jej otwarcia.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 25 maja 2016 r. przesłane drogą elektroniczną, pisemne zgłoszenie do postępowania odwoławczego (w kopii przesłane stronom), w dniu 27 maja 2016 r. złożyło konsorcjum firm: Track Tec Construction Sp. z o.o. (lider) z siedzibą we Wrocławiu; Przedsiębiorstwo Budownictwa Kolejowego i Inżynieryjnego INFRACOL s. c. - po stronie zamawiającego, które wnosiło o oddalenie odwołania i podało, że posiada interes w utrzymaniu w mocy czynności zamawiającego - jako że ze zbiorczego zestawienia złożonych ofert wynika, iż przystępujący złożył najkorzystniejszą ofertę.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawcę, uznając że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

Odwołanie zostało wniesione wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego podjętych w toku postępowania:

1. zaniechania otwarcia oferty odwołującego,
2. uznania oferty odwołującego za złożoną po terminie i podlegającą zwrotowi na podstawie art. 84 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu PKP Polskim Liniom Kolejowym S.A. z siedzibą w Warszawie Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski - naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej „ustawą Pzp,” tj.:

1. art. 84 ust 2 zdanie 2 Pzp, poprzez uznanie, że istnieje podstawa zwrotu oferty z uwagi na jej złożenie po wyznaczonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) terminie, pomimo złożenia oferty w miejscu i terminie określonym przez zamawiającego,
2. art. 86 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie otwarcia oferty odwołującego pomimo złożenia jej w terminie składania ofert,
3. art. 7 ust. 1 i 2 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców przejawiające się w tym, że zamawiający uznał ofertę odwołującego za złożoną po terminie, mimo, że została złożona we wskazanym przez niego miejscu na 4 minuty przed jego upływem oraz w tym, że zamawiający nie dokonał otwarcia oferty odwołującego, a także prowadzi postępowanie w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia decyzji o uznaniu oferty odwołującego za złożoną po terminie składania ofert i zwrocie oferty,
2. nakazanie zamawiającemu otwarcia oferty odwołującego i uwzględnienie jej w dalszym toku postępowania poprzez dokonanie jej badania i oceny, ewentualnie
3. nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania, jako obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego; oraz
4. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że w dniu 19 maja 2016 r. złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. W tym samym dniu powziął informację o nieotwarciu jego oferty oraz drogą elektroniczną, otrzymał wiadomość od zamawiającego o uznaniu jego oferty za złożoną po terminie i podlegającą zwrotowi. Odwołujący podał, że ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że jego oferta jest korzystniejsza cenowo niż oferty innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, a zatem gdyby nie błędna czynność uznania jego oferty za złożoną po terminie, miałby szansę na pozyskanie zamówienia.

Zarzut 1. Zaniechania otwarcia oferty odwołującego.

Odwołujący argumentował, że stosownie do treści art. 86 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający otwiera wszystkie oferty złożone w postępowaniu, nawet jeżeli uznaje je za złożone po upływie terminu składania ofert. Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym: na wyrok z dnia 22.11.2012r. sygn. KIO 2462/12, wyrok z 20.03.2015r. sygn. KIO 432/15, wyrok z 04.04.2011 r. sygn. KIO 619/11; KIO 620/11, że nie ma przepisu, który upoważniałby zamawiającego do odmowy otwarcia oferty, którą uznał za złożoną po terminie czy przepisu, który by tego zabraniał. KIO w którymś z ww. orzeczeń stwierdziła, że *„Zgodnie z art. 86 p.z.p., należy otworzyć wszystkie oferty, również ofertę złożoną po terminie, ponieważ nie jest możliwe powtórzenie czynności otwarcia ofert, a w przypadku uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 84 ust. 2 p.z.p. możliwa jest ocena takiej oferty i nie zachodzi konieczność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”*

W przekonaniu odwołującego, zamawiający powinien jego ofertę otworzyć, a następnie, skoro uznał ją za złożoną po terminie, dokonać czynności, o których mowa w art. 84 ust. 2 ustawy Pzp.

W tej sytuacji powstrzymanie się przez zamawiającego z otwarciem złożonej oferty uznał odwołujący za naruszenie ww. przepisu, czym uzasadniał stawiany zarzut.

Zarzut 2. Uznanie oferty odwołującego za złożoną po terminie.

Odwołujący argumentował, że stosownie do postanowień pkt 17.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) termin składania ofert upływał w dniu 19 maja 2016r. o godzinie 10.00. Ofertę należało złożyć w siedzibie zamawiającego w Sosnowcu, ul. 3 Maja 16, pokój 1.18.

Odwołujący utrzymywał, że złożył swoją ofertę we wskazanym wyżej miejscu w dniu 19 maja 2016 r., o godzinie 9.56, a więc na 4 minuty przed upływem terminu składania ofert. Jako dowód na powyższą okoliczność, odwołujący wskazywał - nagranie z monitoringu zainstalowanego w siedzibie zamawiającego. Stwierdził, iż stosownie do zapisów monitoringu przedstawiciele odwołującego wchodzą do budynku zamawiającego o godzinie 9.55, a do pokoju 1.18. wkraczają minutę później, o godzinie 9.56.

Odwołujący przekonywał, że zapisy monitoringu zostały zweryfikowane przez jego przedstawicieli niezwłocznie po otwarciu ofert i potwierdziły, że odwołujący zdążył złożyć ofertę w zakreślonym w SIWZ terminie. Odwołujący nadmienił, że dowód z nagrania monitoringu przedstawi na rozprawie, po otrzymaniu od zamawiającego nagrania monitoringu z dnia 19 maja 2016r., obejmującego czas od godziny 9.54 do godziny 10.05, o które odwołujący zwrócił się do zamawiającego jeszcze w dniu 19 maja 2016 r., aby

zamawiający miał możliwość jego zarchiwizowania i nie dopuścił do, nawet przypadkowej, utraty zapisu.

Na okoliczność złożenia oferty w terminie odwołujący wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów:

- z nagrania monitoringu, które otrzyma od zamawiającego
- z wykonanych przez siebie w dniu 19 maja 2016 r. fotografii komputera pracownika ochrony, na których znajdują się ujęcia z nagrania monitoringu, rejestrujące wejście przedstawicieli odwołującego do budynku zamawiającego oraz do pokoju 1.18.
- z przesłuchanie świadków w osobach M.S. i V.M..

Odwołujący argumentował, że zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, o ile przepisy ustawy prawo zamówień publicznych nie stanowią inaczej. Analogicznie do postanowień art. 111 § 1 K.c., który stanowi, że „Termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia”, uznał że termin oznaczony w minutach kończy się z upływem ostatniej minuty. To oznacza, że termin wyznaczony na godzinę 10.00 kończy się o godzinie 10.00 i 59 sekund (wyrok KIO z 11.06.2014 r. sygn. KIO 1074/14). Tym niemniej odwołujący zaznaczał, że złożył ofertę o 9.56, więc niuans ten nie ma znaczenia dla niniejszej sprawy.

Odwołujący przyznał, że zamawiający wpisał jako termin złożenia oferty - godzinę 10.01 - a więc minutę po czasie określonym jako termin składania ofert.

Zdaniem odwołującego czynności zamawiającego związane z rejestracją oferty nie mogą wpływać na przyjęcie terminu jej złożenia przez odwołującego, bowiem „wpisywanie, czyli rejestrowanie oferty jako czynność techniczna wykracza już poza pojęcie składania oferty ” (wyrok z 28.12.2011 r. sygn. KIO 2688/11). W przekonaniu odwołującego - oferta zostaje złożona przez wykonawcę wtedy, gdy ten dostarcza ją w miejsce określone w SIWZ jako miejsce składania ofert, tj. przez złożenie oferty należy rozumieć wejście do oznaczonego w SIWZ pokoju osoby z ofertą - vide wyrok KIO z 11.06.2014 r. sygn. KIO 1074/14 i powołany tam wyrok z dnia 28.12.2011 r. sygn. KIO 2688/11.

Przekładając stany faktyczne w ww. przywołanych sprawach odwoławczych na realia niniejszej sprawy, odwołujący uznał, że złożył ofertę o godzinie 9.56, na 4 minuty przed upływem terminu składania ofert, gdyż w tym momencie osoba niosąca ofertę weszła do pokoju nr 1.18.

Odwołujący kontynuował, że w myśl art. 84 ust. 2 zdanie 2 ustawy Pzp zamawiający zawiadamia wykonawcę o złożeniu oferty po terminie i dokonuje jej zwrotu po upływie terminu do wniesienia odwołania. Za oczywiste przyjął, że zamawiający nie może dokonać

takiej czynności, jeżeli oferta była złożona w terminie składania ofert, jak według odwołującego było w niniejszej sprawie, zatem czynność zamawiającego poczytał za błędną i podlegającą uchyleniu.

Odwołujący wnosił o otwarcie jego oferty, bowiem jest to czynność, której zamawiający zaniechał, ze szkodą dla odwołującego (ale też dla siebie, skoro oferta odwołującego zawierała najniższą cenę), a która to czynność mogłaby być dokonana bez ujemnego wpływu na postępowanie, jako że oferta ta pozostaje w zamkniętym opakowaniu i nie była przez zamawiającego otwierana, więc nie istniała możliwość jej zmiany przez odwołującego i naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, czy uczciwej konkurencji. KIO uznała taką czynność za dopuszczalną (wyrok z 28.12.2011 r. sygn. KIO 2688/11). Odwołujący zaznaczał, że zna aktualne orzecznictwo KIO, z którego wynika, że Izba stoi na stanowisku, że czynności otwarcia ofert nie da się powtórzyć (np. wyrok z 20.03.2015 r. sygn. KIO 432/15, wyrok z 22.11.2012 r., KIO 2462/12 r., wyrok z 04.04.2011 r. sygn. KIO 619/2011; 620/2011, wyrok z 14.10.2009 r., sygn. KIO/UZP 1287/2009, wyrok z 12.10.2009 r., sygn. KIO/UZP 1344/09), a jedynym możliwym rozstrzygnięciem w sytuacji, gdy zamawiający wbrew nakazowi płynącemu z art. 86 ust. 2 ustawy Pzp nie dokonał otwarcia oferty, jest unieważnienie postępowania.

Odwołujący przywołał wyrok o sygn. akt: KIO 432/15, w którym, Izba stwierdziła, że *„Złożenie w sposób skuteczny oferty powoduje bowiem, że na zamawiającym ciąży obowiązek dokonania jej otwarcia, zgodnie z art. 86 ust. 2 p.z.p./podjęcia dalszych czynności. Natomiast w przypadku, mimo skutecznego złożenia oferty (w warunkach określonych przez zamawiającego), zaniechanie czynności otwarcia skutkuje, wobec braku możliwości powtórzenia tej czynności, koniecznością unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7p.z.p.”*

Wobec tego, w przypadku uznania przez Izbę, że racja leżała po stronie odwołującego - tj. że złożył swoją ofertę w terminie, skoro nie jest możliwe naprawienie błędnej czynności zamawiającego - poprzez nakazanie otwarcia oferty odwołującego, odwołujący wnosił o unieważnienie postępowania w oparciu o art. 94 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Zarzut 3. Nierównego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze, że zamawiający mimo złożenia przez odwołującego oferty w terminie, uznał ją za spóźnioną i nie otworzył jej oznacza według odwołującego, że zamawiając potraktował wykonawców nierówno, a nadto nie zachował zasady uczciwej konkurencji, naruszając w ten sposób dyspozycję art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 6 czerwca 2016 r. wnosił o jego oddalenie, dopuszczenie wnioskowanych dowodów oraz o zasądzenie od odwołującego na

rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z przedłożonym rachunkiem.

W uzasadnieniu udzielonej odpowiedzi zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, że oferta odwołującego została złożona 19 maja o godzinie 10:01, a więc po upływie terminu określonego przez zamawiającego w SIWZ. Stwierdzenie czasu złożenia oferty ma charakter obiektywny, a godzina złożenia oferty została ustalona przez pracowników zamawiającego w momencie wejścia osób ze strony odwołującego do wyznaczonego pokoju 1.18, zgodnie z czasem rzeczywistym odczytanym z komputerów znajdujących się w biurze zamawiającego. Czas rzeczywisty był ustalany każdorazowo przez pracowników zamawiającego, w chwili składania oferty przez poszczególnych wykonawców. Każdorazowo czas złożenia oferty był wpisywany na kopertach, w oparciu o jednakowy odczyt czasu, który z całą pewnością miał charakter rzeczywisty.

Zamawiający wnioskował o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków - pracowników zamawiającego: A.M., T.G., M.B.. Oraz wnosił o dopuszczenie dowodu na piśmie, tj. kopii koperty [zawierającej ofertę] z odręcznym wpisaniem czasu jej złożenia zamawiającemu.

Zamawiający zaznaczał, że żaden z wykonawców składających oferty nie zgłaszał zastrzeżeń co do rozbieżności pomiędzy czasem rzeczywistym a wpisanym przez zamawiającego, jako pokwitowanie odbioru oferty.

Zamawiający wykazywał, że odczyt czasu następował w oparciu o czas rzeczywisty - satelitarny. Na dowód powyższego zamawiający przedłożył korespondencję e-mail pomiędzy Naczelnikiem Działu Zamówień publicznych a Z-cą Dyrektora Biura Informatyki w Centrali zamawiającego w dniu 30 maja 2016 r.

Zamawiający uznał powoływanie się odwołującego na zapisy monitoringu wizyjnego za niemiarodajne, gdyż jest to element wspomagający fizyczną ochronę budynku, i nie służy do weryfikacji czasu składania ofert, gdyż system ten w przeciwieństwie do systemu informatycznego, nie jest automatycznie synchronizowany z czasem satelitarnym. Czas monitoringu według wyjaśnień zamawiającego, ma stałe opóźnienie względem czasu rzeczywistego, co zamawiający ustalił w toku przeglądów zapisu monitoringu z dnia złożenia ofert. Jako dowód - zamawiający wnioskował zeznania świadka - pracownika zamawiającego A. M., oraz notatkę służbową z dnia 3 czerwca 2016 r.

Zamawiający podtrzymał, że stwierdził obiektywny fakt złożenia przez odwołującego oferty po upływie wyznaczonego terminu. Z tego też względu nie mógł dokonać jej oceny razem z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu. Odwołujący będąc profesjonalistą, wielokrotnie uczestniczącym w postępowaniach przetargowych, także prowadzonych przez

zamawiającego, winien dołożyć należytej staranności przy terminowym złożeniu oferty. Zamawiający powołał się na stanowisko wynikające z wyroku Sygn. akt KIO/UZP 1442/08 z 19.12.2008 r., iż: *„Wykonawca powinien dołożyć należytej staranności przy terminowym złożeniu oferty. Spóźnienie oznacza, że nie doszło do skutecznego złożenia oświadczenia woli zawartego w ofercie. Nie są również istotne przyczyny opóźnienia, a zwrot jest dokonywany również wtedy, gdy opóźnienie powstało z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę.”*

Zamawiający zaznaczał, że naruszyłby przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nakazujący równe traktowanie wykonawców, gdyby uznał ofertę odwołującego jako złożoną terminowo. Ponadto ciężar dowodu, że oferta została złożona terminowo obciążał odwołującego. Pracownicy zamawiającego, jako zobowiązani do potwierdzania okoliczności mających znaczenie prawne, nie mogli od swych obowiązków odstąpić, bowiem są one obłożone rygorem sankcji dyscyplinarnych i karnych.

Zamawiający z przedstawionych względów uznał, że nie naruszył żadnych przepisów, które by powodowało konieczność unieważnienia postępowania. Postąpił zgodnie z dyspozycją art. 84 ust. 2 zdanie 2 ustawy Pzp. Zaznaczał, że w ustawie Pzp brak jest przepisu nakazującego otwarcie oferty złożonej po terminie. Obowiązku takiego nie da się wywieść z art. 84 oraz z art. 86 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania z załącznikami, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, korespondencji stron.

Izba nie dopuściła wnioskowanych przez odwołującego dowodów:

- 1) z przesłuchanie w charakterze świadków panów M.S.i V.M., jak wynika z wyjaśnień odwołującego osoby te były obecne na miejscu zdarzenia, jednakże decydującym i dopuszczalnym dowodem w tym zakresie był dowód z dokumentów, zgodnie z art. 9 ustawy Pzp, statuującej zasadę pisemności prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne,
 - 2) z nagrania monitoringu z dnia 19 maja 2016 r., które otrzyma od zamawiającego,
 - 3) z wykonanych przez wykonawcę w dniu 19 maja 2016 r. fotografii komputera pracownika ochrony, na których znajdują się ujęcia z nagrania monitoringu, rejestrujące wejście przedstawicieli odwołującego do budynku zamawiającego oraz do pokoju 1.18.
- dowody z zapisów monitoringu nie mogły być miarodajne dla określenia rzeczywistego czasu złożenia oferty przez odwołującego - z powodów podanych przez zamawiającego.

Zamawiający przyznał przesunięcie czasowe odczytów z monitoringu z opóźnieniem około 5-6 minut, względem czasu rzeczywistego, według którego odbywało się przyjęcie

ofert. Z tych względów Izba również nie dopuściła i nie przeprowadziła tego dowodu, w oparciu o płytę CD złożoną przez zamawiającego na rozprawie. Zgodnie z treścią art. 190 ust. 5 ustawy Pzp nie wymagają dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę. Sprawdzenie czasu w systemie monitoringu nastąpiło w dniu 19 maja 2016 r. przez pracowników zamawiającego A.B. - informatyka oraz K.C. Naczelnika działu Organizacyjno prawnego - co zamawiający udokumentował przedłożoną notatką służbową z dnia 3 czerwca 2016 r.

Izba nie dopuściła dowodu z zeznań świadków wnioskowanych przez zamawiającego, pracowników zamawiającego: A.M., T.G., M.B. - zgodnie z art. 9 ustawy Pzp obowiązuje zasada pisemności prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne.

Izba dopuściła dowody wnioskowane przez zamawiającego z dokumentów:

- kserokopii koperty [zawierającej ofertę odwołującego] z odręcznym wpisaniem czasu jej złożenia zamawiającemu
- z kserokopii potwierdzeń odbioru 11 ofert w tym postępowaniu z odnotowaniem czasu ich złożenia
- z korespondencji e-mail pomiędzy Naczelnikiem Działu Zamówień Publicznych a Z-cą Dyrektora Biura Informatyki w Centrali zamawiającego w dniu 30 maja 2016 r., że rozwiązania informatyczne zamawiającego posługują się wzorcem czasu z systemu satelitarnego według czasu rzeczywistego, (w tym okresie) przy ustawieniu czasu środkowo europejskiego letniego
- z poświadczenia przyjęcia oferty wykonawcy Skanska S.A. o godzinie 9:16, wraz z potwierdzeniem przez Skanska S.A, że odnotowany czas przyjęcia jego oferty był zgodny ze stanem faktycznym
- z notatki służbowej z dnia 20 maja 2016 r. obrazującej przebieg zdarzeń w dniu 19 maja 2016 r. w odniesieniu do okoliczności złożenia oferty przez odwołującego.

Izba dopuściła dowód wnioskowany przez przystępującego z dokumentu stanowiącego kopię opakowania jego oferty z odnotowaną datą i godziną złożenia, tj. 19 maja 2016 godzina 8:00.

Izba nie dopuściła wnioskowanego dowodu przez przystępującego z przesłuchania w charakterze świadka A.W., pracownika przystępującego, która była obecna na miejscu zdarzenia - z tych samych przyczyn, z których Izba odmówiła przeprowadzenia tego rodzaju dowodów wnioskowanych przez strony.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika, przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów wniesionego odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego - dopuszczonych przez Izbę z urzędu w trybie art. 190 ust. 2 ustawy Pzp jako dowód - wynika następujący stan faktyczny.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Tom I Instrukcja dla wykonawców zawiera następujące dyspozycje zamawiającego.

Punkt 17. Miejsce, termin i sposób składania ofert PKP Polskie Linie Kolejowe S.A..

17.1. Ofertę należy złożyć w siedzibie zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski, Sosnowiec, pokój 1.18 w nieprzekraczalnym terminie do 19 maja 2016 r. do godziny 10:00.

17.2. W przypadku złożenia przez Wykonawcę oferty po terminie składania ofert, zamawiający zwróci Wykonawcy taką ofertę bez jej otwierania, za wyjątkiem sytuacji, gdy jest to niezbędne dla ustalenia adresu Wykonawcy.

18. Miejsce i termin otwarcia ofert. Otwarcie ofert nastąpi w siedzibie zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski, Sosnowiec, pokój 1.25 w dniu 19 maja 2016 r. godzina 10:30.

Punkt 20. Tryb i sposób oceny ofert.

20.8. Zamawiający oceni i porówna jedynie te oferty, które między innymi - zostaną złożone w terminie.

Punkt 24. Zamawiający będzie porozumiewał się z Wykonawcą w sprawach dotyczących niniejszego postępowania w formie pisemnej/faksem lub drogą elektroniczną, za wyjątkiem oferty, która musi być złożona w formie pisemnej. (...)

Protokół z otwarcia ofert. PKP POLSKIE LINIE KOLEJOWE S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski (...)

„W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 39 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2164.), na: Przebudowa urządzeń sterowania ruchem kolejowym na nastawniach DTC i DTA oraz odtworzenie posterunku odgałęźnego Okradzionów z przebudową układu torowego i sieci trakcyjnej w stacji Dąbrowa Górnicza Towarowa w ramach projektu inwestycyjnego pn. „Prace na południowo - wschodniej obwodnicy GOP wraz z przyległymi odcinkami na liniach kolejowych nr 154,171, 661”,

W dniu 19 maja 2016 r. o godzinie 10:30 w siedzibie Zamawiającego reprezentowanego przez PKP Polskie Linie Kolejowe S A Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski ul. 3 Maja 16 w Sosnowcu. Komisja przetargowa w składzie:

Przewodniczący: B.J.

Członkowie: W.M.; M.B.; J.S.; M.K., A.S.; Sekretarz: T.G.

W obecności przybyłych Wykonawców dokonała publicznego otwarcia 11 (jedenaście) ofert, które wpłynęły w przedmiotowym postępowaniu w terminie do dnia 19.05.2016 r. do godz.10:00, w postępowaniu wpłynęła 1 (jedna) oferta po terminie tj. o godzinie 10:01.

Przewodniczący Komisji dokonał sprawdzenia prawidłowości oznakowania ofert oraz stan ich opakowania.

Przewodniczący Komisji nie stwierdził nieprawidłowości w oznakowaniu ani uszkodzeń opakowania ofert.

Przed otwarciem ofert Przewodniczący Komisji przetargowej poinformował, że Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę brutto 46 499 697,98 PLN (...)

Następnie Przewodniczący Komisji odczytał informacje zawarte w ofertach, obejmujące nazwę zadania, nazwę i adres Wykonawcy, oferowaną cenę, termin wykonania zamówienia, okres gwarancji, skrócenie terminu realizacji zamówienia oraz warunki płatności (Tabela - Zbiorcze zestawienie ofert).

Uwagi, wnioski i oświadczenia złożone przez Wykonawców:

Nie złożono.

Następnie Przewodniczący Komisji zamknął część jawną posiedzenia."

Protokół sporządził: T.G. - Sekretarz Komisji Przetargowej. Sosnowiec, dnia 19.05.2016r.

Pod protokołem widnieją podpisy sekretarza i 6-u członków komisji przetargowej.

Zamawiający powiadomił odwołującego w dniu 19 maja 2016 r. o godzinie 13:56 drogą elektroniczną, na podstawie art. 84 ust. 2 ustawy Pzp, że: „Państwa oferta została złożona po wyznaczonym przez Zamawiającego terminie na składanie ofert. Państwa oferta wpłynęła do PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski Dział Zamówień, Sosnowiec, pokój 1.18 (tj. miejsca wyznaczonego do składania ofert) w dniu 19.05.2016 r. o godzinie 10:01. Termin składania ofert upływał w dniu 19.05.2016 r. o godzinie 10:00.

W odpowiedzi na pismo zamawiającego, że oferta została złożona po wyznaczonym przez zamawiającego terminie na składanie ofert, odwołujący zwrócił się pismem z dnia 19 maja 2016 r. o zabezpieczenie oraz udostępnienie mu w najkrótszym możliwym terminie nagrań z monitoringu budynku zamawiającego od godziny 9:50 do 10:10 na płycie CD lub poprzez umożliwienie ich utrwalenia samodzielnie przez wykonawcę w miejscu wskazanym przez zamawiającego. Odwołujący wnosił o ponowne dokonanie otwarcia ofert wraz z jego ofertą,

mając na uwadze, że została złożona w terminie do godziny 10:00 dnia 19 maja 2016 r., co potwierdza nagranie z monitoringu. Ofertę złożyło trzech pracowników wykonawcy z przekonaniem dotrzymania określonego terminu składania ofert. W pokoju składania ofert było trzech pracowników zamawiającego. Pracownik zamawiającego odpowiedzialny za przyjęcie ofert, wg jego punktu widzenia odczytu czasu zdecydował o wpisaniu czasu wpłynięcia oferty na godzinę 10:01. Złożenie oferty odbywało się w obecności Przewodniczącej Komisji. W imieniu Konsorcjum wniesiona została skarga ustna, której Zamawiający odmówił przyjęcia w formie pisemnej. W wyniku powyższego oferta konsorcjum nie została otwarta. Po oficjalnym otwarciu wszystkich ofert, reprezentanci konsorcjum poprosili o wgląd do telewizji przemysłowej celem uzyskania dowodu - potwierdzenia czasu przybycia do siedziby zamawiającego oraz wejścia do pokoju przyjmowania ofert. Z uzyskanego wglądu (na miejscu w siedzibie zamawiającego) do urządzenia rejestrującego obraz kamer oraz czas, wynika że składający ofertę konsorcjum, weszli do pokoju składania ofert przed godziną 10:00. (...).

Z notatki służbowej zamawiającego z dnia 20 maja 2016 r. wynika następujący przebieg zdarzeń w dniu 19 maja 2016 r. w odniesieniu do okoliczności złożenia oferty przez odwołującego.

„W dniu 19 maja 2016 r. pomiędzy godziną 8:30 a 9:00 pracownik Działu Zamówień - T.G. odebrał telefon od przedstawiciela Prvni Signalni S.A. z zapytaniem o możliwość przedłużenia terminu składania ofert na godzinę 11:00 - 12:00 ze względu na problemy związane z dojazdem, które wynikły z powodu wypadku na autostradzie. Z uwagi na fakt, że termin składania ofert wyznaczony został na 19 maja 2016 r. na godzinę 10.00, rozmówca został poinformowany, że przesunięcie terminu składania ofert nie jest możliwe.

Trzech pracowników firmy Prvini Signali S.A. stało się w miejscu składania ofert (zgodnie z IDW był to pokój 1.18) o godz. 10:01. T.G. poinformował przedstawicieli, że weszli do pokoju o godz. 10:01 tj. po upływie terminu składania ofert. Poinformował również, że godzina została odczytana ze wskazań widocznych na komputerze. W pokoju obecni byli w tym momencie: trzech przedstawicieli Wykonawcy oraz pracownicy Zamawiającego: T.G., M.B., A.M.. T.G. i M.B. pracownicy Zamawiającego potwierdzają, że przedstawiciele Wykonawcy weszli do pokoju o godz. 10:01 na podstawie odczytów ze swoich komputerów. A.M. w tym czasie nie miała wglądu do komputera.

Wykonawcy w pierwszym momencie nie zaprzeczyli podanej godzinie i prosili o przyjęcie oferty z godziną 10.00 argumentując, że opóźnienie jest niewielkie i spowodowane jest trudnościami z dojazdem oraz dużą odległością, po odmowie ze strony pracownika podnieśli, że oczekiwali 2 do 3 minut w portierni na otwarcie drzwi ponieważ w kancelarii nie było

żadnego pracownika, po czym stwierdzili, że przyszedli do pokoju punktualnie o 10:00 i taki też czas był oznaczony na ich zegarkach. W takiej sytuacji T.G. usiłował sprawdzić czy faktycznie taka sytuacja miała miejsce udając się do kancelarii, gdzie zostało potwierdzone, że przedstawiciele Wykonawcy natychmiast po wejściu do budynku zostali wpuszczeni na teren obiektu. Około godz. 10:08 o zaistniałej sytuacji została poinformowana B.J. - Przewodnicząca Komisji Przetargowej. Zapytała, o której godzinie Wykonawcy z ofertą weszli do pokoju. Pracownicy Działu jednogłośnie potwierdzili, że Wykonawcy weszli do pokoju o godz. 10:01, przedstawiciele Wykonawcy natomiast równolegle twierdzili, że opóźnienie było niewielkie, że przybyli o godz. 10.00 i zmuszeni byli oczekiwać w kancelarii. Wobec braku jednoznacznego stanowiska Wykonawcy oraz wobec zdecydowanego twierdzenia pracowników zapytano Wykonawcy, czy składają ofertę. Wykonawcy oświadczyli, że ją składają. Czynność potwierdzenia złożenia oferty nastąpiła j ok. godz. 10:11. z tym, że pracownik Zamawiającego odnotował faktyczną godzinę przybycia przedstawicieli tj. 10:01. Przedstawiciel Wykonawcy sfotografował kopertę z opisem. Wykonawca został poinformowany, że oferta została uznana za złożoną po terminie i nie zostanie otwarta w trakcie jawnej sesji otwarcia ofert. Wykonawca zapytał co może w takiej sytuacji zrobić, cyt. „do kogo iść i co napisać”. B.J. poinformowała go, że Zamawiający w takiej sytuacji nie jest zobowiązany do udzielania wskazówek Wykonawcy. Przedstawiciele Wykonawcy byli obecni na otwarciu ofert, nie zgłosili uwag co do jego przebiegu.

Po otwarciu ofert jeden z przedstawicieli Prvini Signali S.A, poinformował, że będzie się ubiegał o wgląd w monitoring.

W tym czasie, kiedy trwało otwarcie ofert A.M. odebrała telefon od Pani K.C.(naczelnik działu ds. organizacyjno - prawnych i archiwalnych IZ Sosnowiec) i zeszła obejrzeć nagranie z monitoringu. Zauważyła, co zostało potwierdzone przez obecnych tj. A.B. i K.C. pracowników Zakładu Linii Kolejowych w Sosnowcu, że czas rejestracji odbiega od czasu rzeczywistego - opóźnienie wynosi co najmniej 5 minut.

W dniu dzisiejszym Wykonawca wniósł pismo, w którym oświadcza, że oferta została złożona w terminie co jego zdaniem potwierdza nagranie z monitoringu. Zdaniem administratora monitoringu, czas nagrania nie jest czasem rzeczywistym i uaktualnia się po każdym logowaniu.” Na opakowaniu oferty odwołującego Nr 12 widnieje data: 19.05.2016 r., godzina 10:01.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, skoro podnosił, że ubiega się o przedmiotowe zamówienie, a czynności zamawiającego powzięte wobec jego oferty

naruszały przepisy ustawy Pzp, narażając odwołującego na poniesienie szkody, albowiem jego oferta była najkorzystniejsza cenowo.

Stosownie do regulacji art. 84 ust. 2 zdanie 2 ustawy Pzp, 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.

Zamawiający w zgodzie z cytowanym wyżej przepisem zamieścił stosowne postanowienia w treści 17.2. SIWZ - *„W przypadku złożenia przez Wykonawcę oferty po terminie składania ofert, zamawiający zwróci Wykonawcy taką ofertę bez jej otwierania, za wyjątkiem sytuacji, gdy jest to niezbędne dla ustalenia adresu Wykonawcy.”*

Postanowienia SIWZ zostały ostatecznie ukształtowane (niezaskarżone w stosownym terminie), zatem na obecnym etapie postępowania brak było podstaw do rewidowania ich treści, gdyż mają one charakter wiążący zarówno dla zamawiającego, jak i dla wykonawców. Z powyższych względów zarzut naruszenia art. 86 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie otwarcia oferty odwołującego, nawet bez względu na sporną okoliczność - złożenia jej po upływie wyznaczonego terminu - nie podlegał uwzględnieniu.

Zarzut naruszenia art. 84 ust. 2 ustawy Pzp - skutkiem uznania oferty odwołującego za złożoną po terminie i podlegającą zwrotowi również nie podlegał uwzględnieniu.

Należało zważyć, że zgodnie z art. 9 ustawy Pzp, mówiącym, że postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej - w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązuje zasada pisemności. Sposób wzajemnych kontaktów pomiędzy zamawiającym a wykonawcami określa art. 27 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt otrzymania wszelkich pism, faksów i informacji e-mail. Z tym, że art. 82 ust. 2 ustawy Pzp, wymaga pod rygorem nieważności złożenia oferty w formie pisemnej, lub za zgodą zamawiającego w formie elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Zamawiający w zgodności ze wskazaniem ustawy Pzp w punkt 24 SIWZ zapowiedział, że będzie porozumiewał się z wykonawcą w sprawach dotyczących niniejszego postępowania w formie pisemnej/faksem lub drogą elektroniczną, za wyjątkiem oferty, która musi być złożona w formie pisemnej (...).

Konsekwencją zasady pisemności jest nałożony na zamawiającego obowiązek w art. 96 ust. 1 i 2 ustawy Pzp sporządzenia pisemnego protokołu w trakcie prowadzenia

postępowania o udzielenie zamówienia, do którego załącznikami są oferty, oświadczenia, zawiadomienia, wnioski i inne dokumenty składane przez zamawiającego i wykonawców.

W punkcie 7,8,9 Załącznika nr 1 - protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458) podawane jest zestawienie ofert złożonych do upływu wyznaczonego terminu.

Protokół postępowania stanowi dowód pisemny jego przebiegu i nie odnotowano w nim złożenia oferty odwołującego do upływu wyznaczonego terminu. Forma pisemna protokołu postępowania i udokumentowania podejmowanych czynności w postępowaniu przez zamawiającego i wykonawców została zastrzeżona do celów dowodowych *ad probationem*, zatem dowód z przesłuchania świadków, wnioskowanych przez strony i uczestnika postępowania na okoliczności stwierdzone pismem (protokołem postępowania i protokołem z otwarcia ofert, notatkami z udziałem członków komisji przetargowej i pracowników zamawiającego, które stanowią załączniki do protokołu) - nie mógł być dopuszczony, a nadto byłby przeprowadzony ponad osnowę dokumentu.

Zgodnie z art. 246 K.p.c. Jeżeli ustawa lub umowa stron wymaga dla czynności prawnej zachowania formy pisemnej, dowód ze świadków lub z przesłuchania stron w sprawie między uczestnikami tej czynności na fakt jej dokonania jest dopuszczalny w wypadku, gdy dokument obejmujący czynność został zagubiony, zniszczony lub zabrany przez osobę trzecią, a jeżeli forma pisemna była zastrzeżona tylko dla celów dowodowych, także w wypadkach określonych w kodeksie cywilnym, który w art. 74 § 1 przewiduje, że w razie niezachowania zastrzeżonej formy nie jest w sprawie dopuszczalny dowód ze świadków, ani dowód z przesłuchania stron na fakt dokonania czynności.

Okoliczność dokonania czynności - złożenia oferty odwołującego w wyznaczonym czasie, po pierwsze musiała zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych zostać potwierdzona przez zamawiającego pokwitowaniem pisemnym przyjęcia oferty, i zamawiający przyznał, iż takie poświadczenia wykonawcom wydawał, oprócz naniesienia adnotacji na opakowaniu oryginału oferty, a po drugie odnotowana w protokole postępowania.

Przystępujący przedstawił jako dowód, poświadczenie odbioru jego oferty z czasem 19.05.2016 r. godzina 8:00 z podpisem przedstawiciela zamawiającego i jego pieczęcią firmową. Fakt takiego udokumentowania przyjmowania ofert potwierdzają dowody z pokwitowania przez zamawiającego przyjęcia 11 ofert, złożonych terminowo, w tym potwierdzenie przyjęcia oferty Skanska S.A. wraz ze stanowiskiem tego wykonawcy, iż odnotowany został czas rzeczywisty.

Okolicznością bezsporną pozostawało, że odwołujący nie dysponuje dowodem - poświadczeniem pisemnym złożenia oferty o godzinie nie później niż 10:00 w dniu 19 maja 2016 r. W protokole postępowania nie stwierdzono również wpływu oferty odwołującego do wyznaczonego czasu. Na opakowaniu oferty odwołującego Nr 12 widnieje data: 19.05.2016r., godzina 10:01.

Odwołujący w odwołaniu nie powoływał się na szczególne okoliczności, że złożenie oferty w wyznaczonym czasie zostało mu w jakikolwiek sposób utrudnione przez zamawiającego. Przyznał, że pokój 1.18. w chwili przybycia jego trzech przedstawicieli był otwarty, i były w nim obecne trzy osoby ze strony zamawiającego, w tym wchodzące w skład Komisji Przetargowej, a oferta jego została bez zwłoki ze strony zamawiającego przyjęta jednak z odnotowanym rzeczywistym czasem jej złożenia z datą: 19.05.2016r., godzina 10:01.

W protokole z otwarcia ofert złożonych w postępowaniu, która to czynność zamawiającego jest jawna - zatem odwołujący mógł, i w niej uczestniczył - stwierdzono, że nikt nie wniósł uwag co do odnotowanego przebiegu czynności – niezależnie, że odwołujący skierował w tej sprawie pismo do zamawiającego o udostępnienie nagrań z monitoringu.

Zamawiający dochował wszystkich obowiązków, jakie ustawa Pzp nakazuje w sytuacji złożenia oferty przez wykonawcę po upływie wyznaczonego terminu. Okoliczność bezsporną stanowiło, że zamawiający niezwłocznie zawiadomił odwołującego o złożeniu oferty po terminie.

W uzasadnieniu udzielonej odpowiedzi na odwołanie i do protokołu rozprawy, zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, że oferta odwołującego została złożona 19 maja 2016 r. o godzinie 10:01, a więc po upływie terminu określonego przez zamawiającego w SIWZ. Stwierdzenie czasu złożenia oferty ma charakter obiektywny, a godzina złożenia oferty została ustalona przez pracowników zamawiającego w momencie wejścia osób ze strony odwołującego do wyznaczonego pokoju 1.18, zgodnie z czasem rzeczywistym odczytanym z komputerów znajdujących się w biurze zamawiającego - pracujących w zsynchronizowanym czasie urzędowym, bez możliwości jego ręcznego ustawiania. Czas rzeczywisty był ustalany każdorazowo przez pracowników zamawiającego, w chwili wejścia do pomieszczenia/składania oferty przez poszczególnych wykonawców. Każdorazowo czas złożenia oferty był wpisywany na kopertach, w oparciu o jednakowy odczyt czasu, który miał charakter rzeczywisty. Żaden z wykonawców składających oferty nie zgłaszał zastrzeżeń, co do rozbieżności pomiędzy czasem rzeczywistym a wpisanym przez zamawiającego, jako pokwitowaniem odbioru oferty.

Odczyt czasu następował w oparciu o czas rzeczywisty - satelitarny. Na dowód czego zamawiający przedłożył korespondencję e-mail pomiędzy Naczelnikiem Działu Zamówień publicznych a Z-cą Dyrektora Biura Informatyki w Centrali zamawiającego w dniu 30 maja 2016 r. p. M.P., z której wynika, że rozwiązania informatyczne zamawiającego posługują się wzorcem czasu z systemu satelitarnego według czasu rzeczywistego, przy ustawieniu czasu - w tym okresie - środkowo europejskiego, letniego obowiązującego w Polsce. Izba uznała za wiarygodne twierdzenia zamawiającego, będącego największym przewoźnikiem kolejowym w kraju, dla którego kwestie oznaczania czasu posiadają szczególnie istotne znaczenie, że PKP PLK posiada rozbudowane rozwiązania gwarantujące dokładność czasu wyświetlaną na stacjach roboczych pracowników, gdzie czas jest ujednoczony i nie jest możliwe jego indywidualne ustawienie.

W ustalonych okolicznościach tej sprawy, powoływanie się odwołującego na zapisy monitoringu wizyjnego należało uznać za niemiarodajne, gdyż jest to element wspomagający fizyczną ochronę budynku, nie służący do weryfikacji czasu składania ofert, gdyż system ten w przeciwieństwie do systemu informatycznego, nie jest automatycznie synchronizowany z czasem satelitarnym. Czas monitoringu według niezwłocznie poczynionych ustaleń zamawiającego, ma stałe opóźnienie 5-6 minut, względem czasu rzeczywistego, co zamawiający ustalił w toku przeglądów zapisu monitoringu z dnia złożenia ofert, i co potwierdziła notatka służbowa z dnia 3 czerwca 2016 r. W tej sytuacji, obraz z monitoringu przemysłowego, z zapisaną godziną nie był miarodajny i nie mógł stanowić dowodu w sprawie; w zakresie określenia dokładnego czasu rzeczywistego zdarzenia, przy którym mogły liczyć się minuty, a nawet sekundy. System monitoringu nie służył celom dowodowym, na okoliczność składania ofert w postępowaniu.

Nie był też wiarygodny odczyt czasu z telefonów komórkowych przedstawicieli odwołującego, którzy składali ofertę, na co powoływał się odwołujący, gdyż okolicznością niekwestionowaną nawet przez odwołującego było, że czas w aparatach komórkowych może być ustawiany ręcznie.

Zamawiający stwierdził obiektywny fakt złożenia przez odwołującego oferty po upływie wyznaczonego terminu. Z tego też względu nie mógł dokonać jej oceny razem z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu.

Odwołujący będąc profesjonalistą, który uczestniczy w postępowaniach przetargowych winien dołożyć należytej staranności przy terminowym złożeniu oferty. Co potwierdza teza z wyroku Sygn. akt KIO/UZP 1442/08 z 19.12.2008 r., iż: *„Wykonawca powinien dołożyć należytej staranności przy terminowym złożeniu oferty. Spóźnienie oznacza, że nie doszło do skutecznego złożenia oświadczenia woli zawartego w ofercie. Nie*

są również istotne przyczyny opóźnienia, a zwrot jest dokonywany również wtedy, gdy opóźnienie powstało z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę.”

Znamienne było, że odwołujący kontaktował się z zamawiającym telefonicznie - wcześniej - w celu przedłużenia czasu na złożenie oferty, z powodu nieprzewidzianych zdarzeń drogowych.

Zamawiający naruszyłby przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nakazujący równe traktowanie wykonawców, gdyby uznał ofertę odwołującego jako złożoną terminowo. Pracownicy zamawiającego, jako zobowiązani do potwierdzania okoliczności mających znaczenie prawne, nie mogli od swych obowiązków odstąpić, bowiem są one obłożone rygorem sankcji dyscyplinarnych i karnych.

Z przedstawionych względów zamawiający nie naruszył żadnych przepisów, które by powodowało konieczność unieważnienia postępowania. Postąpił zgodnie z dyspozycją art. 84 ust. 2 zdanie 2 ustawy Pzp. W ustawie Pzp brak jest przepisu nakazującego otwarcie oferty złożonej po terminie. Obowiązku takiego nie da się wywieść z art. 84 oraz z art. 86 ustawy Pzp, a ponadto byłoby to niezgodne z zapisami SIWZ.

Zgodnie z art. 7 ust. 2 ustawy Pzp czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Takie też osoby dopuszczane są do uczestnictwa w czynnościach po stronie zamawiającego, jako członkowie komisji przetargowych, zgodnie z art. 17 ustawy Pzp w związku z art. 19 ust. 1 tej ustawy.

Izba za w pełni wiarygodne uznała zapisy z protokołu z otwarcia ofert w trybie art. 86 ust. 2 ustawy Pzp, potwierdzające że: „w obecności przybyłych Wykonawców [komisja] dokonała publicznego otwarcia 11 (jedenaście) ofert, które wpłynęły w przedmiotowym postępowaniu w terminie do dnia 19.05.2016 r. do godz.10:00, w postępowaniu wpłynęła 1 (jedna) oferta po terminie tj. o godzinie 10:01.”, tj. oferta odwołującego. Pod ww. oświadczeniem popisało się sześciu członków komisji przetargowej wraz z sekretarzem tej komisji.

Zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, o ile przepisy ustawy prawo zamówień publicznych nie stanowią inaczej. Art. 6 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp nakłada na odwołującego wykonawcę ciężar udowodnienia faktu, z którego wywodził on skutki prawne. Analogicznie stanowi art. 190 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednak z uwagi na zastrzeżoną jako zasada prawna na gruncie procedury udzielania zamówień publicznych w art. 9 Pzp - formę pisemną czynności, dowodem dla wykazania

złożenia oferty w wyznaczonym terminie powinno być przedłożenie pisemnego potwierdzenia przyjęcia oferty odwołującego przez zamawiającego w czasie nie późniejszym niż 19 maja 2016 r. godzina 10:00. Takiego dowodu odwołujący Izbie nie przedstawił. Inne wnioskowane dowody przez odwołującego, były niedopuszczalne i bezprzedmiotowe. Zasada pisemności wyraża się w obowiązku składania /lub potwierdzania/ w formie pisemnej przez zamawiających i wykonawców wszelkich oświadczeń i zawiadomień. Obowiązek ten obejmuje wszystkie czynności podejmowane w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia i powiązany jest z zasadą przejrzystości procedur zamówień publicznych, tj. dokumentowania wszelkich działań na piśmie, aby były one w pełni transparentne i weryfikowalne. Zamawiający, poza wyjątkami przewidzianymi w ustawie art. 27 ustawy Pzp powinien kontaktować się z wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie, wyłącznie w formie pisemnej. Dotyczy to wszystkich czynności zamawiającego, w tym także sporządzania dokumentacji, zwłaszcza prowadzenia protokołu postępowania. Forma pisemna zastrzeżona została w tym przypadku do celów dowodowych *ad probationem*, zatem dowód z przesłuchania świadków na okoliczność stwierdzonego pismem (protokołem postępowania i załącznikami do protokołu) nie mógł być dopuszczony, a nadto byłby przeprowadzony ponad osnowę dokumentu. Niezależnie od tego, że wnioskowani przez odwołującego świadkowie, w ocenie Izby, byli osobiście zainteresowani, aby wobec pracodawcy wykazać prawidłowe spełnienie powierzonych im obowiązków terminowego złożenia oferty.

Postulowany przez odwołującego sposób dowodzenia faktu złożenia oferty w wyznaczonym terminie - za pomocą zeznań świadków - stoi w opozycji z fundamentalnymi regułami ustawy Pzp i zaprzecza równemu traktowaniu wykonawców.

Nie można pomijać, że uczestnictwo w procedurach przetargowych prowadzonych na zasadach ustawy Prawo zamówień publicznych przynależy do obrotu profesjonalnego. Z tych względów należyta staranność wykonawcy zgodnie z art. 355 § K.c. określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W pierwszym rzędzie w interesie odwołującego leżało, aby złożyć ofertę w takim czasie, który nie budziłby żadnych wątpliwości. Odwołujący decydując się na złożenie oferty dokładnie na moment upływu terminu, winien liczyć się z ryzykiem, że nie zdoła tego skutecznie uczynić.

Zarzuty naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, tj.:

1. art. 84 ust 2 zdanie 2 Pzp poprzez uznanie, że istnieje podstawa zwrotu oferty z uwagi na jej złożenie po wyznaczonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) terminie, pomimo złożenia oferty w miejscu i terminie określonym przez zamawiającego,

2. art. 86 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie otwarcia oferty odwołującego pomimo złożenia jej w terminie składania ofert,

3. art. 7 ust. 1 i 2 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców przejawiające się w tym, że zamawiający uznał ofertę odwołującego za złożoną po terminie, mimo, że została złożona we wskazanym przez niego miejscu na 4 minuty przed jego upływem oraz w tym, że zamawiający nie dokonał otwarcia oferty odwołującego, a także prowadzi postępowanie w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji
- nie znalazły potwierdzenia.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Na podstawie § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zaliczyła uiszczony przez odwołującego wpis na poczet kosztów postępowania odwoławczego i na podstawie § 5 ust. 3 pkt 1 ww. rozporządzenia zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty z tytułu zastępstwa procesowego na podstawie złożonego rachunku.

Przewodniczący:

.....