

Sygn. akt KIO 2650/17

WYROK

z dnia 11 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniach 8 i 10 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14.12.2017 r. **przez odwołującego:** Innovative Interfaces Global Ltd. 9 th Floor (Block A) George`s Quay Plaza George`s Quay, Dublin 2 Ireland w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Biblioteka Narodowa, Al. Niepodległości 213, 02-086 Warszawa

przy udziale przystępującego: EX LIBRIS GmbH, Gasstrasse 18/Haus 2, D-22761 Hamburg zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Innovative Interfaces Global Ltd. 9 th Floor (Block A) George`s Quay Plaza George`s Quay, Dublin 2 Ireland i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Innovative Interfaces Global Ltd. 9 th Floor (Block A) George`s Quay Plaza George`s Quay, Dublin 2 Ireland, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od Innovative Interfaces Global Ltd. 9 th Floor (Block A) George`s Quay Plaza George`s Quay, Dublin 2 Ireland na rzecz Biblioteka Narodowa, Al. Niepodległości 213, 02-086 Warszawa kwotę 3.598 zł. 98 gr (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych i dziewięćdziesiąt osiem złotych) stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) 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

Odwołanie złożono w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Bibliotekę Narodową w Warszawie na zakup i implementację Zintegrowanego Systemu Zarządzania Zasobami dla Bibliotek Numer referencyjny: XIV /264/ 14/17 opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dnia 17 sierpnia 2017 roku poz. 2017/S 156-323819.

Wykonawca Innovative Interfaces Global Ltd. z siedzibą 9 th Floor (Block A) George`s Quay Plaza George`s Quay, Dublin 2 , Ireland zwany dalej „odwołującym” pismem z dnia 11 grudnia 2017 roku w dniu 14 grudnia 2017 roku wniósł odwołanie. Odwołanie wniesiono w związku z niezaakceptowaniem przedłożonej oferty z powodu niedotrzymania ostatecznego terminu określonego na dzień 2017rok-12-04 dzień godz.12.00. Do odwołania załączono zawiadomienie, które otrzymano w dniu 5 grudnia 2017 roku o odrzuceniu oferty.

Składając odwołanie powołano się na następujące fakty. Załączono dowód nadania przesyłki oraz Raport Wysyłki. Na podstawie Raportu Monitorowania Przesyłki odwołujący podniósł twierdzenie, że jego oferta dotarła do zamawiającego w terminie wyznaczonym na składanie ofert to jest w dniu 4 grudnia 2017 roku o godzinie 11: 57 z uwzględnieniem adresu przesyłki to jest; Biblioteka Narodowa [National Library of Poland] al. Niepodległości 213; 02- 086 Warsaw Poland Kancelaria, pokój 283 [Registrar`s Office(Room 283)]. W związku z tym dostawy dokonano przed upływem ostatecznego terminu i propozycja nie powinna być zostać odrzucona. Dodatkowo podkreślono, że zamawiający dokonywał zmian i o wprowadzonej ostatniej zmianie odwołujący nie został poinformowany oraz nie dołączono informacji o przedłużeniu ostatecznego terminu składania ofert. W związku z tym osoby przygotowujące ofertę miały jedynie tydzień na dostosowanie się do zmiany jak również na wysłanie oferty. Poprzednio występujące zmiany powodowały zmianę terminu składania ofert. Ostatecznej modyfikacji dokonano 27 listopada i nie przedłużono ostatecznego terminu składania ofert. Odwołujący stwierdza, że miało to charakter krzywdzący i wpłynęło niekorzystnie na oferentów z zagranicy, takich jak odwołujący, którzy musieli skorzystać z usługi przesyłki międzynarodowej. W tym tanie rzeczy odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania co do złożonej oferty przetargowej i o dopuszczenie oferty do przedmiotowego postępowania.

Pismem z dnia 18 grudnia 2017 roku za wpływem bezpośrednim w tymże samym dniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił Ex Libris (Deutschland) GmbH z siedzibą w Hamburgu (Niemcy) zwany dalej „przystępującym”, popierając stanowisko zamawiającego co do zawiadomienia odwołującego o złożeniu oferty po upływie terminu wyznaczonego do składania ofert.

Przystępujący uzasadniając swoje stanowisko co do skuteczności przystąpienia w sprawie oraz w związku ze zgłoszoną na posiedzeniu Izby opozycją przez odwołującego, wskazał na możliwość wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, jeżeli oferta odwołującego zostanie zwrócona jako złożona po terminie. Bowiem w postępowaniu zostały złożone dwie oferty to jest oferta przystępującego i odwołującego. Jeżeli odwołanie zostanie uwzględnione to przystępujący może ponieść szkodę w związku z nie uzyskaniem zamówienia, ponieważ w postępowaniu będzie miał konkurenta to jest odwołującego i szanse uzyskania zamówienia będą uzależnione od oceny nie tylko jego oferty ale również oferty odwołującego. Tak uzasadniał swoje przystąpienie po stronie zamawiającego, przystępujący w sprawie dzieląc decyzję zamawiającego co do zwrócenia oferty odwołującego jako wniesionej po upływie wyznaczonego terminu do składania ofert. Ponadto wskazał, że jego celem jest uczestnictwo w postępowaniu prowadzonym zgodnie z obowiązującą ustawą Prawo zamówień publicznych, przywołując art.179 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przystępujący powołał się również na art.185 ust.2 ustawy Pzp co do wyczerpania przesłanek przystąpienia do postępowania odwoławczego wobec wezwania zamawiającego w trybie art.185 ust.1 ustawy Pzp., które nastąpiło w dniu 15 grudnia 2017 roku.

Zamawiający w dniu 08.stycznia 2018 roku na posiedzeniu przedstawił odpowiedź wraz z dowodami w sprawie na okoliczność złożenia oferty po upływie terminu wyznaczonego na składanie ofert to jest po godz.12.00. dnia 4 grudnia 2017 roku, wnosząc o oddalenie odwołania w całości wraz z obciążeniem odwołującego kosztami postępowania w tym kosztami zastępstwa prawnego według norm prawem przepisanych.

W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie zamawiający przedstawił następującą argumentację formalną i prawną oraz dowody sprawie.

Zamawiający przywołał postanowienia ogłoszenia o zamówieniu jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt IV.2.2. Ogłoszenia i rozdz. XI pkt.18) SIWZ) oferty należało składać do godz.12.00 dnia 4 grudnia 2017 roku w pokoju nr 283 siedziby zamawiającego.

W terminie określonym w ogłoszeniu i SIWZ wpłynęła jedna oferta to jest oferta przystępującego w sprawie po stronie zamawiającego o godzinie 10.30. w dniu 04 grudnia 2017 roku

Jako dowód przywołano protokół z otwarcia ofert z dnia 04.12.2017 roku wraz z załącznikiem nr 1 „Spis ofert przekazanych przez Kancelarię do Biura Planowania i Zamówień Publicznych” – dokumentacja przetargowa.

W tym samym dniu ale po godzinie wyznaczonej na składanie ofert o godz.13.15 wpłynęła druga oferta odwołującego za pośrednictwem kuriera DHL Polska. Na okoliczność daty

wpływu przesyłki pracownik zamawiającego opatrzył ją datą i godziną to jest dnia 04.12.2018 rok godz.13.15 oraz podpisem pracownika zamawiającego. Nadto na okoliczność daty i wpływu sporządzono dokument Spis ofert przekazanych przez Kancelarię do Biura Planowania i Zamówień Publicznych po terminie składania ofert, którą to okoliczność potwierdziła również Komisja Przetargowa (Spis w przekazanej dokumentacji przetargowej).

W tym stanie rzeczy oferta odwołującego nie została otwarta.

Zamawiający zgodnie z dyspozycją art.84 ust.2 ustawy Pzp zawiadomił odwołującego w dniu 5 grudnia 2017 roku o złożeniu oferty po terminie oraz o zabezpieczonych na tę okoliczność dowodach oraz o zwrocie tej oferty po upływie terminu na składanie ofert.

Na twierdzenia odwołującego zawarte w odwołaniu zamawiający składa „dowód nadania przesyłki z dnia 30.11.2017 roku” oraz raport z monitorowania przesyłki, wygenerowany ze strony internetowej firmy kurierskiej DHL.

Zamawiający wskazuje i podnosi, że powyższe dowody są nieprzydatne do ustalenia stanu faktycznego w zakresie faktycznej daty i godziny złożenia oferty u zamawiającego, ponieważ na skutek uwzględnienia reklamacji zapisu dotyczącego godziny dostarczenia przesyłki z ofertą odwołującego firma kurierska DHL zmieniła w raporcie z monitorowania wysyłki godzinę dostarczenia przesyłki na godzinę 13.15.

Na dowód reklamacja adresata wraz z raportem „Monitorowanie przesyłek DHL” w załączeniu.

Ponadto zamawiający wskazuje, że pozostałe dowody również wskazują na okoliczność, że oferta odwołującego nie wpłynęła do godziny 12.00 w dniu 04.12.2017 roku. Te pozostałe dowody to książka wejść i wyjść z dnia 04.12.2017 roku w poz.715 kurier DHL wpisał osobiście godzinę wjazdu i wyjazdu do kancelarii BN to jest wjazd godzina 13.10. i wyjazd godzina 13.23. – dowód w załączeniu. Kolejny dowód to centrum monitoringu zamawiającego zarejestrowało pojazd dostawczy firmy kurierskiej DHL tego dnia o godz.13.12. do godz. 12.00 nie zarejestrowano – dowód w załączeniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego „modyfikacji oferty przetargowej” zamawiający zaprzecza wywodom odwołującego co do zmiany SIWZ w dniu 27.11.2017 roku w trybie art.38 ust.4 Pzp. ani nie udzielał wyjaśnień w rozumieniu art.38 ust.1 i 1a ustawy Pzp. skutkujących obowiązkiem przedłużenia terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu. W tymże dniu zamawiający jedynie dokonał sprostowania błędów językowych wynikających z tłumaczenia SIWZ na język angielski, które miało wyłącznie charakter pomocniczy dla potencjalnych wykonawców. Błędy językowe tłumaczenia nie miały charakteru merytorycznego i nie mogły

wpłynąć na treść składanych ofert. Ponadto zamawiający podnosi, że zarzut dotyczący nie przedłużenia terminu składania ofert jest przedawniony.

W tym stanie rzeczy zamawiający wnosi o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Przystąpienie w sprawie

Odwołujący w trakcie posiedzenia zgłosił opozycję w związku z wnioskiem wykonawcy Ex Libris (Deutschland) GmbH z siedzibą w Hamburgu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W zakresie zgłoszonej opozycji strony oraz uczestnik przedstawili, w trybie art.185 ust. 4 ustawy Pzp. następujące stanowiska.

Odwołujący zgłaszając opozycję wobec zgłoszenia przystąpienia przywołał orzecznictwo KIO w sprawach o sygn. KIO 1262/13, KIO 261/17, KIO 454/16 twierdząc, że zgłoszenie przystąpienia na tym etapie jest przedwczesne, ponieważ w związku z brakiem odniesienia się w tym postępowaniu do treści złożonych ofert przez oferentów nie można mówić o interesie Przystępującego w korzystnym dla niego rozstrzygnięciu przez przystąpienie w tym wypadku po stronie Zamawiającego, uważa, że rozstrzygnięcie na korzyść Odwołującego nie wpłynie na sytuację Odwołującego, interes jest hipotetyczny, ponieważ w związku z brakiem na tym etapie badania ofert nie można stwierdzić, że wpłynie to na pozycję Przystępującego. Interes jest na tym etapie Przystępującego nierealny, hipotetyczny. Zamawiający(...)zwraca uwagę, że odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego jaką jest nie otwarcie oferty Odwołującego z uwagi na złożenie jej po upływie terminu składania ofert. Faktem jest, że w przypadku utrzymania w mocy czynności Zamawiającego, jako jedyna oferta podlegająca rozpoznaniu pozostanie oferta Przystępującego(...)Przystępujący: (...) Zwraca uwagę, że jego udział ma znaczenie dla dalszego postępowania przed Zamawiającym, bowiem gdy utrzyma się czynność Zamawiającego, która popiera Przystępujący pozostanie tylko jedynie jego oferta, która będzie brała udział w postępowaniu, ma interes przystąpić po stronie Zamawiającego, aby popierać jego dotychczasową czynność.”

Izba, rozpoznając wniosek w zakresie zgłoszonej opozycji przez odwołującego, postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, przystępującego. Izba uznała, że na tym już etapie przystępujący, jako drugi oferent ma interes w zwalczaniu oferty złożonej przez jego konkurenta, bowiem daje mu to większe szanse na uzyskanie zamówienia.

W związku z tym Izba uznaje, iż interes w popieraniu czynności zamawiającego, który nie otwarł oferty odwołującego, jako złożonej po upływie terminu na składanie ofert jest realny a nie jak twierdzi odwołujący tylko hipotetyczny.

Izba przeprowadziła na rozprawie następujące postępowanie dowodowe i dokonała w jego wyniku następujących ustaleń co do terminu złożenia oferty przez odwołującego w siedzibie zamawiającego.

Czynnością, która spowodowała wniesienie w dniu 14 grudnia 2018 roku odwołania, było powiadomienie o odmowie otwarcia oferty w piśmie z dnia 5 grudnia 2017 roku. W piśmie tym zamawiający w trybie art.84 ust.2 ustawy Pzp stwierdził, że oferta odwołującego została złożona w dniu 4 grudnia 2017 roku o godz.13:15 (trzynasta piętnaście) a więc po godzinie wyznaczonej tj. do godz.12.00 (dwunastej) w tymże dniu. Jako potwierdzenie przekroczenia terminu złożenia ofert zamawiający załączył do powiadomienia „Spis ofert przekazanych przez kancelarię do Biura Planowania i Zamówień Publicznych złożonych po terminie składania ofert tj. złożonych do Kancelarii (pokój nr 283) po godz.12.00 dnia 04.12.2017 roku. Również przy powiadomieniu odwołujący otrzymał kopię karty załączonej do pudelka z jego ofertą z oznaczeniem nadawcy i odbiorcy przesyłki, opatrzonej pieczęcią kancelarii ogólnej z datą i godziną wpływu oferty do zamawiającego (4 grudnia 2017 rok godz.13.05). Zamawiający w piśmie tym pouczył odwołującego o zwróceniu jego oferty po upływie terminu na wniesienie odwołania.

Z załączonego do powyższego powiadomienia „Spisu ofert przekazanych do Kancelarii do Biura Planowania i Zamówień Publicznych po terminie składania ofert to jest złożonych do Kancelarii (do pokoju nr 283) po godz. 12:00 dnia 2017.12.04.” wynika, że w poz. Nr 1 Tabeli wpisano nazwę odwołującego: Innovative Interfaces Global Dublin 2 Ireland; w miejsce daty i godziny wpływu oferty do BN(zamawiającego) wpisano: 04 Gru.2017 godz.13.15.; w miejsce Imię i nazwisko oraz podpis osoby przyjmującej ofertę (Kancelaria) wpisano: M. Ś. i nieczytelną parafę; w miejscu Sposób wpływu (np. wpływ bezpośredni, kurier, poczta).W przypadku wpływu bezpośredniego imię i nazwisko oraz podpis osoby, która ofertę dostarczyła, wpisano: Kurie DHL nr JJDO14600 0049 1745 1858WAYBILL 28 8625 1056. Pod Tabelą niniejszego spisu widnieją podpisy osób: M. Ś., E. B., B. B. .

Do powiadomienia zamawiający załączył również: kartę identyfikującą nadawcę i odbiorcę oraz przedmiot postępowania w wersji anglojęzycznej (zamieszczonej na przesyłce z ofertą) z której wynika: nazwa i adres odwołującego, nazwa i adres zamawiającego, tytuł przedmiotu

zamówienia z informacją „DO NOT OPEN before 4 Dec 2017 Local Time 12:30”. Na tej karcie widnieje pieczęć prostokątna z informacją: BIBLIOTEKA NARODOWA WPŁYNEŁO Kancelaria Ogólna 2017-12-04 13.15 podpis czytelny o treści: „Sokołowska”.

Odwołujący do odwołania również załączył w wersji oryginalnej (język angielski) list przewozowy z adnotacją EXPRESS 12:00 2017-11-29 adresat: nazwa i adres zamawiającego i nadawca: nazwa i adres odwołującego oraz w wersji anglojęzycznej historię przesyłki nadanej 01.12.2017 godz.16.44. i trzykrotną adnotacją December 04.2017 godz. 08:39; 09.43 i 11.57(Shipment delivered).

Odwołujący na posiedzeniu Izby złożył dokumenty załączone już do odwołania ale tylko i wyłącznie w wersji anglojęzycznej. Na posiedzeniu złożono dokumenty zarówno w wersji anglojęzycznej jak i w wersji polskojęzycznej (tłumaczenie odwołującego), celem rozpoznania na rozprawie.

Na okoliczność daty i godziny doręczenia do zamawiającego złożono dokumenty wskazujące na złożenie oferty przed datą upływu terminu składania ofert czyli przed 04.12.2017 przed godziną 12.00 (dwunastą). Dokumenty poświadczone zostały przez adwokata Panią I. H. pełnomocnik odwołującego i odnoszą się do przesyłki o nr 288 625 10 56.

Kolejno przedłożono następujące dokumenty wraz z ich tłumaczeniem z wersji anglojęzycznej na wersję polskojęzyczną, wykonanym przez odwołującego.

1. Tłumaczenie listu przewozowego przesyłki DHL dokument dowód nadania 29.11.2017 r. miejsce nadania DUB, z dowodu nadania wynika godz. 12:00 Pokwitowanie przesyłki DHL, data 30.11.2017 r. z dokumentu wynika, że przesyłkę od nadawcy pobrał DHL 30.11.2017 r. Nr listu przewozowego 288 62510 56.

2. Z dokumentu wynika, że przesyłka 288 625 10 56 została dostarczona dn. 04.12.2017 r. o godz. 11:57 stwierdza również, że podpisał przedstawiciel Zamawiającego Pani S. .

3. Podsumowanie wyników listu przewozowego, wystawiony przez spółkę DHL Ekspres gdzie stwierdza się, że przesyłka o numerze jak wyżej została doręczona w dn.04.12.2017 r. godz. 11:57 a doręczenie pokwitowana Pani S., jest to historia całej trasy przesyłki, zawiera 11 pozycji kolejnych lokalizacji w tym Warszawa 04.12.2017r. godz. 08.39 Przyjazd do sortowni Warszawa (poz.9); godz.09.43. u kuriera, oczekuje na dostawę (poz.10) i godz. 11.57dostarczono pokwitował: S. (poz.11).

4. Kolejny Raport szczegółowy na przesyłkę o numerze jak powyżej wystawiony przez DHL Ekspres. Ze wskazaniem jak wyżej doręczenia Pani S. o godz.11.57.

Jednocześnie odwołujący na posiedzeniu poinformował, że powyższe dokumenty pochodzą z następujących źródeł: 1 dokument otrzymaliśmy z datą nadania przesyłki od przewoźnika, a dokumenty 2 i 3 otrzymaliśmy w związku z zapytaniem do firmy DHL, a dokument nr 4 pobraliśmy, jako wydruk ze strony internetowej DHL.

Z kolei pełnomocnik adwokat zamawiającego składając odpowiedź na odwołanie złożył dowody opisane w treści pisma wyjaśniając na posiedzeniu jak poniżej.

1. Dokument o tytule „Sprawdź przesyłkę; rezultat wyszukiwania, który opisuje drogę przesyłki nadanej w Dublinie z informacją w poz. 11 gdzie podaje się godzinę odbioru przez Panią S. pracownika Zamawiającego i widnieje godz. 13:15. Przy czym porównując trasę przesyłki z dokumentu odwołującego i zamawiającego poszczególne przystanki (lokalizacje) nie różnią się co do daty i godzin poza ostatnią pozycją (11) gdzie widnieje godzina albo „11:57” albo „13:15”

2. Dokument korespondencja mail zawarta na 5 stronach wszczęta przez Zamawiającego w dniu 6 grudnia 2017 roku w wyniku, której uzyskano wyjaśnienie, iż na wskutek reklamacji zamawiającego w dniu 5 stycznia 2018 roku tj. w piątek zmieniono na stronie internetowej DHL w związku z reklamacją godz. 11:57 na godz. 13:15 tj. przebieg postępowania reklamacyjnego przed DHL i uwzględnienie reklamacji. Stąd zamawiający wywodzi, że przesyłkę doręczono o godz. 13:15 dn. 04.12.2017 roku.

3. Przedstawiono zdjęcie, na którym widnieje zapis z monitoringu wewnątrz służby ochrony BN (zamawiający), które wskazuje, iż DHL stawił się pod bramę wjazdową o godz. 13:12:57 dn. 04.12.2017 r.

4. Książka ewidencji gości i wjazdu pojazdów prowadzonej przez służbę ochrony BN (zamawiający) wskazuje na datę 04.12.2017 r. pozycja książki 715 i godzina wjazdu 13:10 godzina wyjazdu 13:23 P. Ż., wpisane do kogo „BN kancelaria” i nieczytelny podpis. W tym miejscu Zamawiający wyjaśnia, że wpisu do książki dokonuje pracownik ochrony.

Na posiedzeniu w dniu 10 stycznia 2018 roku odwołujący jak i zamawiający zgłosili kolejne wnioski dowodowe.

Ze strony odwołującego złożono następujące wnioski dowodowe.

1. wniosek o przesłuchanie świadka Pani N. B. poprzednie nazwisko P. pracownik wykonawcy na okoliczność przeprowadzonych rozmów z pracownikami DHL w szczególności z kurierem Panem P. Ż. na okoliczność godziny doręczenia przesyłki, dwóch rozmów w dniu 5 i 9 stycznia 2018 roku. Na okoliczność, że u przewoźnika DHL w Irlandii toczy się postępowanie wyjaśniające, co do godziny dostarczenia przesyłki do Zamawiającego i na okoliczność, że nie

ma możliwości zmiany godziny doręczenia przesyłki przez kuriera, bowiem godzina jest wprowadzona automatycznie przez system, którym posługuje się kurier.

2. Trzy e-maile z dn. 05.01.2018 r. pomiędzy Panią N. B. poprzednio P. z DHL w Polsce na okoliczność ustalenia godziny złożenia oferty u zamawiającego i odpowiedzi udzielone przez DHL. Przy czym nadmienia, że odpowiedź miała być udzielona w ciągu 24 h, ale upłynęły i Odwołujący czeka na odpowiedź (3 e-maile, na który z których nie ma nadziei dzisiejszy odpowiedzi). Przedłożono e-maile: 1 mail - 13:33 odpowiedź 13:34 – szablonowa; 2 e-mail - 14:34, odpowiedź 14:35 – szablonowa; 3 e-mail – szablonowa.

3. wniosek o przesłuchanie w charakterze świadka P. Ż. na adres pracodawcy DHL Express (Poland) Sp. z o.o. ul. Osmańska 2, 02-823 Warszawa na okoliczność daty i godziny doręczenia przesyłki odwołującego.

4. Wniosek o przesłuchanie przedstawiciela DHL, który by wskazał, w jakiej dacie przesyłka została doręczona do zamawiającego i czy jest możliwość zmiany daty doręczenia godziny przesyłki przez doręczyciela tj. wskazania innej daty i godziny niż data i godzina faktycznego doręczenia.

5. dowód w postaci nagrań na płycie CD z rozmów telefonicznych Pani N. B. dawniej P. przeprowadzonych z kurierem, który doręczał przesyłkę oraz z pracownikami infolinii DHL.

Ze strony zamawiającego złożono następujące wnioski dowodowe.

1. Wniosek o przesłuchanie Pana M. D. przedstawiciela Sp. z o.o. Aleph Polska na okoliczność ilości ofert, które wpłynęły i zostały otwarte przez zamawiającego na sesji otwarcia ofert 04.12.2017 r. godz. 12:30.

2. Wniosek alternatywny na okoliczność gdyby Izba dopuściła dowód z przesłuchania świadków Pana P. Ż. oraz przedstawiciela firmy DHL o zarządzenie konfrontacji ze świadkiem M. . która odbierała ofertę od przedstawiciela DHL na okoliczność godziny doręczenia tej przesyłki.

3. Raport z monitorowania przesyłek DHL z godz. 13:27 z dn. 04.12.2017 r., na którym nie widnieje godzina doręczenia do zamawiającego mimo twierdzeń odwołującego, że doręczył przesyłkę o godz. 11:57 w tymże dniu i twierdzi, że godzina zapisuje się automatycznie, a nie odręcznie przez kuriera.

4. W jednym egzemplarzu za okazaniem dla odwołującego i przystępującego oryginał przesyłki, na której Pani M. S. kierownik kancelarii BN (zamawiający) pokwitowała godzinę przesyłki. Izba okazuje w tym miejscu odwołującemu i przystępującemu doręczoną przesyłkę.

Na rozprawie w zakresie złożonych wniosków dowodowych strony złożyły następujące stanowiska.

Odwołujący poparł wszystkie wnioski dowodowe złożone przez zamawiającego, złożone zarówno na posiedzeniu w dn. 08.01.2018 r. jak i w dniu 10.01.2018r. twierdząc, że przesyłka została doręczona do zamawiającego o 11:57 a dostawca wprowadził do systemu faktyczną godzinę dostarczenia przesyłki, ponieważ zeskanowuje kod kreskowy z przesyłki i dopiero po zeskanowaniu tego kodu ma prawo wprowadzić godzinę doręczenia przesyłki, wyjaśniam, że po zeskanowaniu kodu przesyłki z podręcznego urządzenia elektronicznego którym dysponuje automatycznie do systemu wprowadzana jest godzina wg czasu obowiązującego w miejscu dostarczenia przesyłki, jednocześnie skanując wpisuje nazwisko odbiorcy, w związku z tym poprzez nasz dowód gdzie wskazano nazwisko odbiorcy pani S., system wprowadził godz. 11:57. My nie kwestionujemy okoliczności, że w samym systemie już po wprowadzeniu automatycznie godziny dostarczenia przesyłki można zmienić dane wpisane do systemu w tym dane dotyczące godziny, bo faktycznie zamawiający przedstawił nam wydruk z historii przesyłki gdzie ta godzina została zmieniona. W tym miejscu oświadczamy, że z rozmów przeprowadzonych z pracownikami DHL wynika, że aktualnie w systemie funkcjonują dwie godziny 11:57 i wprowadzona na podstawie reklamacji godz. 13:15.

Odnosząc się do dowodów złożonych 08.01.2018 r. przez zamawiającego odwołujący kwestionuje przydatność wszystkich zgłoszonych dowodów w tym zdjęcia samochodu DHL z monitoringu u zamawiającego, ponieważ nie wiadomo czy to jest samochód, którym dostarczono przesyłkę odwołującego jest to wydruk, poza tym a nie nagranie z monitoringu, nie widać na tym zdjęciu tablic rejestracyjnych. Również zakwestionowano przydatność książki wejść i wyjść nie są to podpisy kuriera tj. Pana Ż. . Podpisy są nieczytelne, z rozmów naszych z kurierem wynika, że on nie wpisywał się do żadnej książki. Poza tym jest to dokument prywatny. Jeśli chodzi o przedstawioną historię wskazującą na godz. 13:15 to sprawa jest w toku bowiem aktualnie rozważa się który z zapisów pozostanie, co do pozostawienia godziny doręczenia. Godz. 13:15 jest wpisana wyłącznie na oświadczeniu i na żądanie Pani S. . Jeżeli chodzi korespondencję mail na 5 stronach to świadczy o tym, że była interwencja zamawiającego a sprawa, co do ostatecznej godziny jest w toku. Generalnie kwestionujemy przydatność do rozstrzygnięcia sprawy wszystkie przedstawione dowody przez zamawiającego.

Jeżeli chodzi o dowody przedstawione w dniu 10.01.2018 r. na posiedzeniu przez zamawiającego to odnośnie dokumentów jeśli chodzi o przedstawioną trasę przesyłki, w której wskazano, że o 13:27 nie było dowodu doręczenia do zamawiającego to jest zupełnie inną kwestią wprowadzenie godziny po dostarczeniu przesyłki, bo czym innym jest wprowadzenie

do sytemu godziny po zeskanowaniu kodu kreskowego przez kuriera a czym innym jest wprowadzenie tej godziny do sytemu komputerowego. Fakt zeskanowania kodu przez kuriera nie powoduje automatycznie, że w systemie pojawi się ta informacja o dostarczeniu przesyłki, czyli zaraz dowód na doręczenie tej przesyłki. Jak dokładnie to funkcjonuje tj. zeskanowanie przesyłki na podstawie kodu kreskowego przez kuriera a ujawnienie godziny w systemie to może nam wyjaśnić jedynie sam kurier albo przedstawiciel DHL, o którego przywołanie odwołujący wnioskuję. Nie kwestionujemy pieczętki na przesyłce, bowiem jest to pieczętka Zamawiającego i na to nie mamy wpływu. Kwestionujemy udział pana D., bo był 08.01.2018 r. na posiedzeniu i dziś też przysłuchiwał się okolicznościom, jakie chcemy wykazać przez przesłuchanie, uważamy za bezprzedmiotowe przesłuchanie Pana D., który wskaże, że na otwarciu nie było naszej oferty, bo to nie znaczy, że ona się nie znajdowała u zamawiającego, czyli że nie została doręczona w terminie. Odwołujący nie sprzeciwia się dowodowi konfrontacji Pani S. z Panem Ż. uważamy, że ten dowód przyczyniłby się do prawidłowego rozpatrzenia sprawy.

Zamawiający odnosząc się do dowodów odwołującego wskazanych na posiedzeniu w dniu 08.01.2018 r. to potwierdzają one dowody z odwołania w związku z ich przetłumaczeniem na język polski i uważa je za nieprzydatne z uwagi na to, że informacje w nich zawarte a mające świadczyć o dostarczaniu przesyłki o 11:57 z powodu, iż pochodzą z okresu sprzed uwzględnienia reklamacji zamawiającego przez DHL i zmiany godziny dostarczenia przesyłki przez DHL. Z przedstawionych 3 e-mail wysłanych 05.01.2018 r. przez Panią P. do DHL nie wynika, że postępowanie reklamacyjne jest w toku, bowiem w odpowiedzi na każde z tych zapytań jest wydruk automatycznym maszyny, a nie odpowiedź przedstawiciela DHL. W związku z tym są one nie przydatne do rozstrzygnięcia spornego zagadnienia. Nieudowodnione zostało przez odwołującego, że w systemie DHL aktualnie widnieją dwie różne godziny dostarczenia przesyłki do zamawiającego. Uważa za bezprzedmiotowe przesłuchiwanie płyty z rozmów po pierwsze nie otrzymałam tego dowodu. W tym miejscu odwołujący oferuje dostarczenie tego dowodu zamawiającemu, ale również kwestionuje z tego powodu, że wnioskuję się o przesłuchanie osób na okoliczność prowadzenia rozmów przez Panią P. z Panem Ż. i pracownikami DHL. Dowody przesłuchania Pani P., Pana Ż. i przedstawiciela DHL na okoliczność uwidaczniania w systemie godziny doręczenia przesyłki pozostawia do decyzji Izby ale uważa, że są to dowody ponad osnowę dokumentu przedstawionego przez zamawiającego, z którego wynika godzina doręczenia przesyłki. Wnosi również o uwzględnienie potrzeby ekonomiki tego postępowania, bowiem rozpoznanie powinno nastąpić, co do zasady na jednym posiedzeniu, a Izba i tak uwzględniła wniosek odwołującego i odroczyła rozpoznanie sprawy o dwa dni.

Izba rozpoznając złożone wnioski dowodowe postanowiła dopuścić dowody złożone przez Odwołującego na posiedzeniu z dn. 08.01.2018 r. a z dowodów złożonych w dniu 10.01.2018 roku dopuszcza dowody w postaci 3 e-mail Pani P. do DHL. Nie dopuściła dowodów z przesłuchania świadków tj. Pani P. i Pana kuriera Ż. oraz wnioskowanego przedstawiciela DHL jak i dowód z przesłuchania płyty CD uznając je za zbędne do rozstrzygnięcia odwołania a powodujące ponad miarę przedłużenie postępowania.

Jeżeli chodzi o dowody zamawiającego dopuszcza wszystkie dowody złożone dnia 08.01.2018 roku w odpowiedzi na odwołanie oraz w dniu dzisiejszym 10.01.2018 roku z historii przesyłki, dowód z paczki oraz nie dopuszcza dowodów z przesłuchania Pana M. D. oraz konfrontacyjnego przesłuchania Pani M. S. z Panem kurierem Ż. .

Strony nie zgłosiły dalszych wniosków dowodowych.

Izba na rozprawie na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego z dokumentów przyjętych w poczet materiału dowodowego ustaliła i zważyła co następuje.

Bezsporną okolicznością w sprawie jest, że zamawiający ustalił termin składania ofert do dnia 4 grudnia 2017 roku do godz.12.00 czasu lokalnego. Z ustaleń Izby na podstawie opisanych powyżej dokumentów, przyjętych w poczet dowodów Izba ustaliła, że funkcjonują dwa terminy co do faktycznego dostarczenia przesyłki zawierającej ofertę odwołującego. Według twierdzeń odwołującego wywiedzionych z listu przewozowego o Nr 288 625 10 56 przedstawiającego historię przebiegu trasy (lokalizację) i dat przewozu przesyłki tzw. Dokument śledzenia przesyłki, dostarczył ofertę do zamawiającego na trzy minuty przed wyznaczonym terminem składania ofert czyli o godz. 11.57 w dniu 04.12.2017 roku. Na potwierdzenie tej okoliczności odwołujący przedłożył dowody zarówno stanowiące własne wydruki ze strony DHL Express Grupa Deutsche Post DHL jak i dostarczone przez samego przewoźnika. W każdym z tych dokumentów (wydruki ze strony internetowej DHL Express) wynika, że kurier o nazwisku Pan P. Ż. doręczył przedstawicielowi zamawiającego to jest Pani S. przesyłkę na czas to jest na godz.11.57. czyli przed 12.00. w dniu 04.12.2017 roku.

Z kolei z dokumentacji wewnętrznej zamawiającego to jest stempla na przesyłce odwołującego wynika, że doręczono przesyłkę po godzinie 12.00 to jest o godzinie 13.15 w wymaganym dniu to jest 04.12.2017 roku. Na tę okoliczność zamawiający sporządził spis przesyłek dostarczonych po terminie składania ofert zawierający jedną pozycję to jest odwołującego, który to spis sporządzili i podpisali przedstawiciele zamawiającego w tym członkowie Komisji Przetargowej. Również protokół z otwarcia ofert wskazuje na złożenie tylko jednej oferty to jest oferty przystępującego po stronie zamawiającego Ex Libris (Deutschland) GmbH z siedzibą w Hamburgu Niemcy. Zamawiający w związku z zaistniałą sytuacją, to jest wpływem przesyłki

odwołującego po terminie składania ofert, śledził stronę internetową DHL Express w celu ustalenia przebiegu trasy i czasu przesyłki ale w szczególności oczekiwał adnotacji o doręczeniu jemu przesyłki. Na tę okoliczność złożył dowód w dniu 10.01.2018 roku to jest dokument wydruk tzw. Sprawdź przesyłkę z którego wynika, że w dniu 04.12.2017 roku o godzinie 13.27 (godzina wydruku) czyli 12 minut po pokwitowaniu doręczenia kurierowi przesyłki nie widniała informacja o doręczeniu przesyłki. Według twierdzeń zamawiającego informacja o doręczeniu przesyłki do zamawiającego ukazała się na stronie DHL Express w tymże dniu to jest 04.12.2017 roku ale o godzinie 18:17 (korespondencja zamawiającego mailowa do DHL Express z dnia 6 grudnia 2017). Ta okoliczność jest wskazywana w korespondencji reklamacyjnej zamawiającego prowadzonej drogą e-mail w okresie od 06 grudnia 2017 roku do 5 stycznia 2018 roku (dowód zawierający się na pięciu stronach) załącznik do odpowiedzi na odwołanie pismo z dnia 8 stycznia 2018 roku, złożone do postępowania w dniu posiedzenia to jest 08.01.2018 roku. Okolicznością bezsporną w sprawie jest, że w wyniku postępowania reklamacyjnego z inicjatywy zamawiającego zmieniono datę i godzinę z godz.11:57 na godz.13:15 tego samego dnia to jest 04.12.2017 roku. Przy czym jak wynika z przedłożonej korespondencji e-mailowej zamawiający zażądał zmiany godziny doręczenia w dniu 6 grudnia 2017 roku i otrzymał pozytywny wynik tej reklamacji w dniu 5 stycznia 2018 roku czyli po upływie jednego miesiąca. Przy czym Izbie przedstawiono w korespondencji e-mailowej początek postępowania reklamacyjnego i koniec oraz przedłożono do odpowiedzi wydruk trasy i czasów przebiegu przesyłki na której widnieje nie godzina docelowa 11:57 tylko godzina 13:15 to jest jak w dokumentach wewnętrznych zamawiającego (pieczęć na przesyłce godz. 13:15 z podpisem Pani S.) oraz Spisem ofert złożonych po terminie (dokument wewnętrzny podpisany przez przedstawicieli zamawiającego – Komisję Przetargową). Zamawiający na poparcie swoich twierdzeń przedstawił dodatkowo takie dokumenty (opisane powyżej) jak zdjęcie z monitoringu czy też książkę wejść i wyjść gdzie widnieją godziny wizyty kuriera DHL Express po godzinie 13:00 a przed 13:30.(poz.715 książki). Przy czym Izba podziela tutaj argumentację odwołującego, że nie mają one mocy dowodowej, ponieważ nie widać na zdjęciach numerów rejestracyjnych pojazdu a faktycznie mogły do zamawiającego przyjeżdżać samochody DHL w tym dniu kilkakrotnie. Poza tym książka wejść i wyjść jest prowadzona przez zewnętrzną służbę ochrony, podpisy są nieczytelne i nie potwierdzone przez kuriera Pana P. Ź. . W związku z powyższym mogą one co najwyżej uprawdopodobniać a nie udowodniać podnoszonych okoliczności przez zamawiającego, że Pan kurier P. Ź. przybył po g.13:00 do siedziby zamawiającego a nie przed wymaganą 12:00 godziną.

Izba również oceniła wywody zwłaszcza pełnomocników odwołującego co do czasu wpisywania w informatyczny system informacji DHL o miejscach i czasach podróży przesyłek.

Przy czym istotnym jest to, że przedstawiane przez zamawiającego i odwołującego historie przesyłki są niemal identyczne, ponieważ różnią się tylko godziną doręczenia przesyłki do zamawiającego. Jak już wyżej opisano zamawiający dysponuje Historią tzw. Śledzenie przesyłki gdzie doręczono przesyłkę z ofertą odwołującego o godz.13:15 a odwołujący z kolei dysponuje historią przesyłek gdzie doręczono ją do zamawiającego o godzinie 11:57. Powracając do czynności doręczyciela (kurier P. Ż.), który skanuje kod kreskowy jako dowód doręczenia wpisując nazwisko odbierającego czyli Pani S. to odwołujący wyjaśniał Izbie, że jest to inna czynność niż czynność powodująca pojawienie się w historii przesyłki daty doręczenia. Na tę okoliczność odwołujący wnioskował o postępowanie dowodowe z zeznań takich świadków jak Pan P. Ż. i jakiś bliżej nieokreślony przedstawiciel DHL Express. Przy czym na posiedzenie, odroczone na wniosek odwołującego, w dniu 10.01.2018 roku stawiła się tylko Pani P. – B. to jest pracownica odwołującego, która podjęła się 5 stycznia 2018 roku korespondencji mailowej z DHL Express celem wyjaśnienia rozbieżności i podstaw zmiany terminu doręczenia przesyłki. Z treści korespondencji mailowej z dnia 5 stycznia 2018 roku, na jej interwencję, nie otrzymała żadnej odpowiedzi ani merytorycznej ani formalnej np. co do ustalenia czasu oczekiwania na udzielenie odpowiedzi na jej pytania. Otrzymała tylko zautomatyzowaną odpowiedź na każdy z trzech e- maili o identycznej treści, obojętnej dla sprawy. Izba na prośbę odwołującego odroczyła w dniu 08.01.2018 roku posiedzenie o dwa dni, które w ocenie Izby nie dały żadnego skutku co do udowodnienia racji odwołującego co do dostarczenia oferty w terminie przewidzianym. Nie stawił się np. główny zainteresowany to jest kurier Pan P. Ż., który otrzymał z sortowni w Warszawie przesyłkę o godzinie 09.43 i nie dowiózł jej do godziny 12:00 do zamawiającego. W ocenie Izby odwołujący nie udowodnił podnoszonych racji w odwołaniu o wykonaniu w terminie usługi przez DHL Express, co do dostarczenia przesyłki w umówionym czasie. Natomiast wyjaśnienia na rozprawie odwołującego, że pokazanie się w systemie informacji o dacie i godzinie dostawy nie następuje automatycznie czyli jednocześnie z chwilą zeskanowania kodu kreskowego przez doręczyciela i wpisania nazwiska przedstawiciela odbiorcy jest wiarygodne. Ta wiarygodność wynika z faktu, że przedłożony na rozprawie przez zamawiającego w dniu 10.01.2018 roku wydruk z Historii przesyłki datowany na godzinę 13:27 (czyli 12 minut po doręczeniu przesyłki do zamawiającego) wydruk nie zawierał informacji o doręczeniu do Biblioteki Narodowej. Wydruk ten kończył się na informacji, że przesyłkę wydano kurierowi do doręczenia o godz.09:43. z zaplanowaną dostawą na godz.12:00 (dwunastą). Należy tutaj podkreślić, że wszystkie wydruki przedkładane Izbie zarówno przez odwołującego jak i zamawiającego nie noszą daty sporządzenia wydruku, poza wspomnianym powyżej. Czyli jedynie wydruk historii przesyłki złożonej na posiedzeniu w dniu 10.01.2018 roku zawiera godzinę i datę wydruku to jest „2017-12-04 13:27”. Z tego wynika, że istnieje inny nie wyjaśniony przez odwołującego na rozprawie

mechanizm ujawniania informacji o doręczeniu przesyłki w systemie „Śledzenie przesyłek” a nie automatyczny to jest z chwilą zeskanowania kodu kreskowego u odbiorcy przez kuriera.

Reasumując odwołujący nie udowodnił, że przesyłkę zawierającą jego ofertę doręczono do Biblioteki Narodowej o godz.11:57 dnia 04.12.2017 roku, ponieważ uznano reklamację i DHL Express potwierdził dostawę na godz.13:15 tego dnia to jest tak jak zażądał w reklamacji zamawiający.

W związku z powyższym w świetle przedstawionego materiału dowodowego i wynikających z niego ustaleń Izby odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Bowiem zamawiający uzyskał potwierdzenie dostawy nie o godz. 11: 57 jak twierdził odwołujący tylko o godz.13:15 tak jak to wynika z dokumentów wewnętrznych zamawiającego czyli z przekroczeniem terminu wyznaczonego do składania ofert to jest do godz.12:00 dnia 04.12.2017 roku. Zgodnie z art.6 k.c. w związku z art.14 ustawy Pzp. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne a czego odwołujący nie udowodnił twierdząc, że dostarczył przesyłkę z ofertą do godziny 12:00 dnia 04.12.2017 roku.

Izba podziela także stanowisko zamawiającego co do braku sformułowania w odwołaniu zarzutu w zakresie nie przedłużenia terminu do składania ofert w związku z jak podaje odwołujący dokonany i opublikowanymi zmianami w tłumaczeniu wersji angielskiej SIWZ w dniu 27 listopada 2017 roku. Odwołujący ani w odwołaniu ani w toku postępowania odwoławczego nie przedstawił jaki te zmiany w tłumaczeniu SIWZ miały charakter oraz czy i jak mogły wpływać na trudność w sporządzeniu oferty. Z treści odwołania wynika, że w dniu 27 listopada 2017 roku zamawiający dokonał czynności, która w ocenie odwołującego winna skutkować przedłużeniem terminu składania ofert. W ocenie Izby zamawiający zasadnie podniósł okoliczność przedawnienia jak i braku sformułowania w odwołaniu zarzutu naruszenia przepisu prawa jak również w odwołaniu nie wskazano okoliczności faktycznych i prawnych, które by wskazywały na naruszenie przepisów ustawy Pzp. Poza tym w sytuacji gdy zmiana nastąpiła jak podaje sam odwołujący w dniu 27 listopada 2017 roku to termin 10 dniowy do zaskarżenia zaniechania co do przedłużenia terminu składania ofert upłynął w dniu 7 grudnia 2017 roku a odwołanie złożono w dniu 14 grudnia 2017 roku.

W tym stanie rzeczy odwołujący nie wykazał naruszenia przepisów ustawy co do stwierdzenia przez zamawiającego w trybie art.84 ust.2 ustawy Pzp., że oferta została złożona po upływie terminu składania ofert. Również odwołanie nie spełnia wymagań zawartych w art.180 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie okoliczności do zmiany terminu składania ofert w związku ze zmianą tekstu tłumaczenia wersji polskojęzycznej na wersję anglojęzyczną.

W tym stanie orzeczono jak w sentencji wyroku to jest o oddaleniu odwołania na podstawie art.192 ust.2 ustawy Pzp. nie stwierdzając naruszenia przepisów ustawy oraz orzekając o

Sygn. Akt KIO 2650/17

kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z wynikiem postępowania w myśl art.192 ust 10 ustawy Pzp.

Przewodniczący: