

Sygn. akt: KIO 1146/11

POSTANOWIENIE

z dnia 6 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

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

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **6 czerwca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego dnia **1 czerwca 2011 r.** przez wykonawcę: **Aquaco Sp. z o.o., ul. Sw. Mikołaja 8-11, 50-125 Wrocław**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Strzelin, ul. Ząbkowicka 11, 57 - 100 Strzelin**, przy udziale wykonawcy:
- **Strzelińskie Centrum Sportowo-Edukacyjne Sp. z o.o. ul. Okrzei 14, 57 - 100 Strzelin**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego .

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania w kwocie **15 000,00 zł.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) obciąża odwołującego **Aquaco Sp. z o.o., ul. Sw. Mikołaja 8-11, 50-125 Wrocław**,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Aquaco Sp. z o.o., ul. Sw. Mikołaja 8-11, 50-125 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i art. 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na: „wybór Operatora zarządzającego Krytą Pływalnią w Strzelinie” wszczętym ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich nr 2011/S 51-083865 z dnia 15.03.2011 r., do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało złożone w dniu 1 czerwca 2011 r. odwołanie w formie pisemnej przez wykonawcę: Aquaco Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, w kopii przekazane zamawiającemu dnia 30 maja 2011 r.

Odwołanie zostało wniesione na czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty - wykonawcy: Strzeleńskie Centrum Sportowo-Edukacyjne Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: - Gminie Strzelin naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), tj.:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz. U. Nr 47, poz. 211) tekst jednolity z dnia 26 czerwca 2003 r. (Dz. U. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.),
- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp,
- art. 90 ustawy Pzp.

Odwołujący powołując się na doznany uszczerbek interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia - wskutek wadliwej oceny ofert w postępowaniu, wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności oceny ofert i nakazanie odrzucenia oferty nr 2 – przystępującego, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak również złożonej w okolicznościach wyczerpujących znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - w zakresie określonym w art. 15 ust. 1 pkt 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. sprzedaży towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia.

Odwołujący oświadczył, że zawiadomienie o wyniku postępowania datowane przez Zamawiającego na dzień 19 maja 2011 r. zostało jemu przesłane w tym samym dniu, a zatem wniesienie odwołania w dniu 30 maja 2011 r. uznał za dokonane z zachowaniem ustawowego dziesięciodniowego terminu.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań Odwołujący wyjaśniał, że w przedmiotowym postępowaniu złożono 2 oferty, spośród których Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę nr 2 tj. ofertę Strzelińskiego Centrum Sportowo-Edukacyjnego Sp. z o.o. z siedzibą w Strzelinie. Zdaniem Odwołującego, oferta nr 2 winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia tj. cenę w wysokości 845.681,58 zł brutto (wynagrodzenie Operatora zawiera w sobie podatek VAT i pokrywa wszystkie koszty obiektu) oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W dalszej części uzasadnienia, Odwołujący przedstawił i omówił dowody na poparcie swoich twierdzeń.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 31 maja 2011 r. pismem wniesionym w formie elektronicznej, opatrzonym bezpiecznym podpisem elektronicznym, w dniu 3 czerwca 2011 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w trybie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca wybrany: Strzelińskie Centrum Sportowo-Edukacyjne Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania.

Rozpatrując sprawę na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, w trybie art. 189 ust. 3 ustawy Pzp Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie zostało złożone w postępowaniu, które Zamawiający oznaczył jako dotyczące wartości zamówienia przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przepis art. 180 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, iż odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej, opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Z kolei przepis art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, iż odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zawiadomienia zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp (tzn. faksem lub elektronicznie), albo w terminie 15 dni jeżeli zostały przesłane w inny sposób (np. pisemnie przesyłką pocztową) – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Okolicznością bezsporną - przyznaną przez Odwołującego w treści odwołania i potwierdzoną dowodem, tj.: poświadczeniem zwrotnym otrzymania informacji o wyborze oferty wykonawcy: Strzelińskie Centrum Sportowo-Edukacyjne Sp. z o.o., jest fakt, że Zamawiający przesłał powiadomienie o wyniku postępowania za pośrednictwem faksu w dniu 19 maja 2011r. o godz. 13:26 na wskazy numer faksu Odwołującego - 71 39 21 303.

W rozdziale X punkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) dotyczącym sposobu porozumiewania się oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów, Zamawiający postanowił, że: „Za datę powzięcia wiadomości uważa się dzień, w którym strony postępowania otrzymały informację za pomocą faksu lub poczty elektronicznej, a dla pism wysłanych pocztą liczy się data dostarczenia ich do siedziby adresata.”

Należało zważyć, że nowelizacją z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), ustawodawca określił terminy do wnoszenia odwołania liczone od daty „przesłania” informacji stanowiącej podstawę wniesienia odwołania (w niniejszym postępowaniu w terminie 10 dni), jeżeli informacja ta została przesłana faksem lub drogą elektroniczną. Zatem w obecnym stanie prawnym okoliczność kiedy wykonawca zapoznał się z treścią tak przesłanego pisma pozostaje bez znaczenia dla terminu wniesienia odwołania. Skoro bezsprzecznie z dokumentów wynika, że powiadomienie o wyborze oferty wykonawcy: Strzelińskie Centrum Sportowo-Edukacyjne Sp. z o.o. zostało „przesłane” w dniu 19 maja 2011 r., to 10-dniowy termin na wniesienie odwołania liczony zgodnie z art. 111 § 2 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp upływał w dniu 30 maja 2011r. (poniedziałek).

Odwołanie zostało nadane przesyłką pocztową w dniu 30 maja 2011 r., a wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej w dniu 1 czerwca 2011 r.

Należało zważyć, iż odwołanie zostało wniesione z uchybieniem terminu, gdyż zgodnie z art. 180 ust. 4 ustawy Pzp w związku z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej izby Odwoławczej w formie pisemnej lub drogą elektroniczną, opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej udostępnianej na stronie internetowej: www.uzp.gov.pl. - w terminie wyznaczonym przepisem ustawy Pzp. W niniejszym przypadku, termin wniesienia odwołania wyznaczał art. 182 ust. 1 pkt 1 tej ustawy.

Termin złożenia odwołania ma charakter zawity. Wniesienie odwołania po terminie powoduje jego odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że zostało ono wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Przepis art. 198 ust. 2 ustawy Pzp, obliguje Izbę do odrzucenia odwołania, w przypadku stwierdzenia, że zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych w tej normie.

Przesłanki odrzucenia odwołania Izba ustala z urzędu. Zaistnienie podstawy określonej art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp obliguje Izbę do odrzucenia odwołania, bez merytorycznego rozpatrywania zgłoszonych zarzutów i żądań.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym, bez udziału stron, na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do regulacji zawartej w § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uiszczony wpis w danej sprawie.

Przewodniczący:

.....

