

Sygn. akt: KIO/958/11

**WYROK**

**z dnia 19 maja 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 4 maja 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polcourt S. A. oraz Fortuna Communications Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Gen. Zajęczka 11 lok. C7, 01-510 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Włocławek, Zielony Rynek 11/13, 87-800 Włocławek**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polcourt S. A. oraz Fortuna Communications Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Gen. Zajęczka 11 lok. C7, 01-510 Warszawa i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polcourt S. A. oraz Fortuna Communications Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Gen. Zajęczka 11 lok. C7, 01-510 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Włocławku**.

**Przewodniczący:**

.....

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Miasto Włocławek, Zielony Rynek 11/13, 87-800 Włocławek – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Rozbudowę obiektów Ośrodka Sportu i Rekreacji*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 22 marca 2011 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 marca 2011 r. pod numerem 2010/S 60-096995.

Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polcourt S. A. oraz Fortuna Communications Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Gen. Zajączka 11 lok. C7, 01-510 Warszawa (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 4 maja 2011 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie na czynność zaniechania przyjęcia oraz zaniechania dokonania oceny wniosku Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 50 ust. 2 w zw. z art. 51 ustawy Pzp poprzez bezprawną decyzję o zwrocie wniosku Odwołującego oraz zaniechaniu dokonania oceny spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, a tym samym bezprawnym pozbawieniu go możliwości udziału w postępowaniu, podczas gdy Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie go do udziału w postępowaniu w terminie wyznaczonym do jego złożenia oraz spełniał wszystkie warunki udziału w postępowaniu.
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy wpisanie godziny wpływu wniosku, a tym samym przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie decyzji Zamawiającego o zwrocie wniosku Odwołującego,
2. uwzględnienie wniosku Odwołującego jako złożonego prawidłowo i dopuszczenie go do udziału w postępowaniu oraz dokonanie oceny spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu,

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności faktyczne:

Zamawiający w pkt. IV.3.4 ogłoszenia określił termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na dzień 27 kwietnia 2011 r. na godz. 11.00. Przedstawiciel Odwołującego w dniu 27 kwietnia 2011 r. o godz. 10.55 złożył wniosek w siedzibie Zamawiającego osobie upoważnionej do przyjmowania wniosków. Natomiast w dniu 2 maja 2011 r. Odwołujący został poinformowany o tym, że wniosek Odwołującego został złożony o godz. 11.03, a więc po upływie terminu wyznaczonego do składania wniosków, co według Odwołującego nie było zgodne z prawdą. Informację o rzekomym złożeniu wniosku po upływie terminu Odwołujący powziął dopiero z pisma Zamawiającego, które otrzymał w dniu 2 maja 2011 r. Zdaniem Odwołującego zachowanie osoby przyjmującej wniosek w dniu 27 kwietnia 2011 r. niczym nie wskazywało na to, że wniosek został złożony po upływie terminu, tym bardziej, że na zegarku osoby składającej wniosek była godzina 10.55. W opinii Odwołującego dołożył on należytej staranności przy terminowym złożeniu wniosku. Przedstawiciel Odwołującego przybył do siedziby Zamawiającego znacznie przed czasem. Z wiadomych tylko pracownikowi Zamawiającego powodów pracownik ten nieprawidłowo wpisał godzinę przyjęcia wniosku. Wobec bezprawnego potraktowania przez Zamawiającego złożonego w terminie wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jako złożonego po upływie wyznaczonego terminu, Odwołujący został pozbawiony możliwości udziału w przedmiotowym postępowaniu, mimo że, w jego opinii spełniał wszystkie warunki udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 13 maja 2011 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 6 maja 2011 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden z wykonawców.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest bezzasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt. IV.3.4 ogłoszenia o zamówieniu określił termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na dzień 27 kwietnia 2011 r. na godz. 11.00.

Istotą sporu w niniejszej sprawie jest bowiem ustalenie godziny, o której faktycznie złożono wniosek Odwołującego, czyli doręczono uprawnionemu pracownikowi Zamawiającego.

Izba ustaliła, iż na zewnętrznej kopercie wniosku, złożonego przez Odwołującego, znajduje się prezentata Zamawiającego („URZĄD MIASTA WŁOCŁAWEK, Biuro Obsługi Mieszkańców – 10), na której widnieje data wpływu „27.04.2011 r.”, „nr kancelaryjny – godz. 11:03”.

W opinii Izby fakt złożenia wniosku po terminie potwierdziła także przesłuchana w charakterze świadka Agata M - pracownik Zamawiającego, wskazując, iż wniosek Odwołującego został złożony o godz. 11:03.

Izba zauważa, że złożenie wniosku po upływie terminu na jego wniesienie nie wywołuje skutków prawnych, ponieważ nie mamy do czynienia ze skutecznym złożeniem oświadczenia woli zawartego we wniosku.

W opinii Izby nie mają również znaczenia argumenty, iż opóźnienie w złożeniu wniosku wynika z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Należy pamiętać, że to wykonawca powinien dołożyć należytej staranności przy terminowym złożeniu wniosku, a w opinii Izby Odwołujący w niniejszym stanie faktycznym nie dochował takiej staranności, biorąc pod uwagę, iż przedstawiciel Odwołującego do siedziby Zamawiającego przybył około godz. 10.00.

Izba nie dała wiary twierdzeniom Odwołującego jakoby pracownik Zamawiającego nieprawidłowo wpisał godzinę przyjęcia wniosku, - i w braku dowodów przeciwnych - biorąc pod uwagę, iż z zeznań świadka Pawła L wynika, iż nie widział potrzeby potwierdzenia godziny złożenia wniosku, Izba uznała na podstawie zebranego materiału dowodowego, iż wniosek Odwołującego został złożony w dniu 27 kwietnia po godzinie 11.00 (t.j. o godz. 11:03).

Przypomnienia wymaga, że ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, a Odwołujący w opinii Izby takich dowodów nie przedstawił.

Izba zauważa, że wykonawca, jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych, z pełną świadomością swoich działań bądź też zaniechań i konsekwencjami tych zachowań winien na etapie składania wniosku dochować należytej staranności, aby wniosek o udzielenie zamówienia złożyć w terminie przewidzianym w ogłoszeniu.

Izba uznała za stosowne przywołanie treści wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r., (sygn. akt ACa 1018/05 niepubl.), mającego odpowiednie zastosowanie na gruncie niniejszej sprawy, wedle którego: *„Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności”*.

W opinii Izby ten profesjonalny charakter działalności winien mieć swój przejaw również na etapie składania wniosków i wyrażać się wykazaniem należytej staranności w zakresie terminowego składania wniosków do dnia i godziny wskazanej przez Zamawiającego w ogłoszeniu.

W oparciu o powyższe oraz biorąc również pod uwagę zeznania świadków Izba uznała, że wniosek Odwołującego został złożony po terminie składania wniosków, a tak złożony wniosek zwraca się wykonawcy po upływie terminu na wniesienie odwołania na podstawie art. 50 ust. 2 ustawy Pzp.

Co do argumentów Odwołującego, iż Zamawiający nie poinformował Odwołującego niezwłocznie o złożeniu wniosku po terminie, Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia

27 kwietnia 2011 r. (przekazanym Odwołującemu za pośrednictwem faksu w dniu 28 kwietnia 2011 r.) poinformował Odwołującego, iż jego wniosek został złożony po terminie wyznaczonym jako termin składania wniosków, tym samym zdaniem Izby nie ma podstaw do przypisania Zamawiającemu naruszenia art. 50 ust. 2 ustawy Pzp, skoro powyższą czynność Zamawiający dokonał bez zbędnej zwłoki następnego dnia, t.j. w dniu 28 kwietnia 2011 r.

Uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację faktyczną i prawną, Izba uznała, iż nie doszło do naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

Konkludując Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione przez Odwołującego nie znajdują uzasadnienia w przedstawionym Izbie materiale dowodowym i biorąc pod rozwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia przedmiotowego odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....