Sygn. akt KIO 1927/11

POSTANOWIENIE
z dnia 13 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 13 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2011 r. przez odwołującego **Studio Meble Spółka z o.o. w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Gliwice w Gliwicach**

przy udziale przystępującego po stronie zamawiającego **Barma Meble Biurowe Spółka z o.o. w Katowicach**

oraz przy udziale przystępującego po stronie odwołującego **Saks Spółka z o.o. w Gliwicach**

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **Studio Meble Spółka z o.o. w Poznaniu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Studio Meble Spółka z o.o. w Poznaniu** 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 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 **w Gliwicach.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1927/11

Uzasadnienie

I. Zamawiający, Miasto Gliwice, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na ,,Przebudowę i rozbudowę stadionu przy ul. Okrzei w Gliwicach - dostawa oraz montaż mebli i urządzeń wyposażenia budynku klubowego".
Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 17 sierpnia 2011 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 246406.

Zamawiający ustalił wartość zamówienia na kwotę 714 552,00 zł, co stanowi równowartość kwoty 186 129,72 euro (zgodnie z informacją przesłaną przez Zamawiającego w dniu 9 września br., w aktach sprawy).

W dniu 1 września 2011 r. Zamawiający przesłał za pośrednictwem poczty elektronicznej wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej (zgodnie z informacją przesłaną przez Zamawiającego w dniu 9 września br., w aktach sprawy).

W dniu 7 września 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie (nadane za pośrednictwem pocztowego operatora publicznego w dniu 5 sierpnia br., zgodnie z datą stempla pocztowego, dowód nadania w aktach sprawy), wniesione przez Studio Meble Spółka z o.o. w Poznaniu, w którym zarzucono Zamawiającemu:
1) zaniechanie czynności polegającej na niezastosowaniu się Zamawiającego do postanowień art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 Prawa Zamówień Publicznych tj. nieodrzucenie oferty spółki BARMA Meble Biurowe Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Kossutha 5A, 40-844 Katowice (dalej zwanej Barma),

mimo iż stanowi ona czyn nieuczciwej konkurencji oraz zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2) naruszenie zasad wyboru najkorzystniejszej oferty przez wybranie oferty podlegającej z mocy prawa odrzuceniu i zawierającej rażąco niską cenę oraz stanowiącą zarazem czyn nieuczciwej konkurencji.
3) utrudnianie dostępu do rynku, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji wymieniony wprost w art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (u.ZNK - Dz. U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) przez wybór oferty spółki Barma zawierającej rażąco niską cenę i stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji. 4) naruszenie innych przepisów o czynach nieuczciwej konkurencji, tj. art. 3 ust. 1 u.ZNK -przez wybór oferty spółki Barma będącej czynem nieuczciwej konkurencji i zawierającej cenę rażąco niską co jest zarówno działaniem sprzecznym z prawem (naruszenie art. 15 ust. 1 pkt. 1 u.ZNK) jak i dobrymi obyczajami (elementarne zasady

uczciwości kupieckiej i uczciwej konkurencji) i bezspornie narusza interes innych przedsiębiorców uczestniczących w przetargu.

Zamawiający naruszył zatem w ocenie Odwołującego zasadę zamówień publicznych wyrażoną w art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 oraz art. 90 ust. 3 Prawa Zamówień Publicznych przez niedokonanie czynności odrzucenia oferty spółki Barma, stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji oraz zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz przez wybór oferty podlegającej odrzuceniu.

II. Izba, uwzględniając powyższe ustalenia, uznała, iż odwołanie podlega odrzuceniu.

Wartość przedmiotu zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę mniejszą, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej Prawem zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych, odwołanie przysługuje Wykonawcom wyłącznie wobec wyraźnie wskazanych w tym przepisie czynności. Na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanym w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z powołanym przepisem, Wykonawca może zatem wnieść odwołanie jedynie wobec czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu, albo też odrzucenia złożonej przez niego ofert, a Odwołujący nie kwestionuje tego rodzaju czynności Zamawiającego.

Ponadto, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2) Prawa zamówień publicznych, w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych, odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania przez Zamawiającego informacji o czynności stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja ta została przesłana w sposób określony w art. 27 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, a zatem m.in. drogą elektroniczną. W rozpoznawanej sprawie informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej, a tym samym o wynikach dokonanego przez Zamawiającego badania i oceny ofert, została przesłana Wykonawcom w dniu 1 września 2011 r. drogą elektroniczną, zatem termin na wniesienie odwołania, liczony zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2) Prawa zamówień publicznych, upływał w dniu 6 września 2011 r. Tymczasem rozpoznawane odwołanie wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 7 września 2011 r., a więc po upływie terminu, przewidzianego prawem. W obecnie obowiązującym stanie prawnym, właściwym dla rozpoznawanej sprawy, za równoznaczne z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby nie można uznać złożenia tegoż odwołania w placówce

pocztowej operatora publicznego. Przyjęcie takiej tezy za prawdziwą było możliwe zgodnie z przepisem art. 184 ust. 2 zdanie drugie Prawa zamówień publicznych w jego brzmieniu sprzed nowelizacji, dokonanej na mocy ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778). Obecnie, wobec braku w ustawie Prawa zamówień publicznych odpowiednich przepisów,

umożliwiających przyjęcie, iż odwołanie nadane w placówce pocztowej operatora publicznego przed upływem terminu, zostało wniesione w terminie, w ocenie Izby, nie pozwala na uznanie takiego twierdzenia za uzasadnione. Szczególnie wobec treści art. 198b ust. 2 zdanie drugie, który taką możliwość dopuszcza w odniesieniu do skargi wnoszonej do sądu. Izba, uznała zatem, iż ustawodawca celowo zobowiązał Wykonawców do doręczania Prezesowi Izby odwołania w terminie, wyłączając jednocześnie uznanie za skuteczne samego nadania takiego odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego. Istotnym jest, aby odwołanie zostało faktycznie Prezesowi Izby doręczone.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 6 Prawa zamówień publicznych orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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: ……