**Sygn. akt: KIO/UZP 1116/08**

**WYROK**
**z dnia 28 października 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

**Członkowie: Marek Koleśnikow**
**Emil Kuriata**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jana Maciejewskiego prowadzącego Gospodarstwo Ogrodnicze, Bobrowiec 35, 97-220 Rzeczyca** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jednostkę Wojskową Nr 3090, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa** protestu z dnia 19 września 2008 r.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Jana Maciejewskiego prowadzącego Gospodarstwo Ogrodnicze, Bobrowiec 35, 97-220 Rzeczyca** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Jana Maciejewskiego prowadzącego Gospodarstwo Ogrodnicze, Bobrowiec 35, 97-220 Rzeczyca,**

2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Jana Maciejewskiego prowadzącego Gospodarstwo Ogrodnicze, Bobrowiec 35, 97-220 Rzeczyca** na rzecz **Jednostki**

---

**Wojskowej Nr 3090, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,

4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Jana Maciejewskiego prowadzącego Gospodarstwo Ogrodnicze, Bobrowiec 35, 97-220 Rzeczyca.**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Jednostka Wojskowa Nr 3090 prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, o którego postępowanie udzielenie zamówienia publicznego, przedmiotem jest dostawa ziemniaków jadalnych późnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 19 lipca 2008 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2008/ S 139-186269.

Dnia 19 września 2008 r. Odwołujący się wniósł protest na następujące czynności Zamawiającego: odmowę wyznaczenia dodatkowego terminu do uzupełnienia dokumentów, wybór najkorzystniejszej oferty, wykluczenia Odwołującego się z postępowania i odrzucenia jego oferty. Wobec powyższego Odwołujący się wniósł o wyznaczenie terminu do uzupełnienia dokumentów, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego się z postępowania i odrzucenia jego oferty, dokonanie ponownej oceny ofert, wybór oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej na zadanie nr 1, 2 i 3, ewentualnie unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.

U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej ustawą Pzp.

Odwołujący się wyjaśnia, iż Zamawiający nie umożliwił mu skutecznego uzupełnienia dokumentów. Nie zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego, że w dniu 3 września 2008 r. odmówił przyjęcia faksu. Po pierwsze, w związku z przeprowadzaniem wielu rozmów w ciągu dnia Odwołujący się nie jest w stanie jednoznacznie zidentyfikować rozmówcy, po drugie dotychczasowa komunikacja z Zamawiającym (w ramach realizacji dostawy w innym



---

postępowaniu) odbywała się za pośrednictwem poczty lub telefonu komórkowego, bowiem Odwołujący się ma jedynie okazjonalny dostęp do telefonu stacjonarnego, którego właścicielem jest jego mama. Ponadto Odwołujący się podkreśla, że zgodnie z art. 9 ust. 1 i art. 27 ust. 3 ustawy Pzp zawsze jest dopuszczalne przekazywanie informacji drogą pisemną, zatem zdaniem Odwołującego się zachowanie Zamawiającego stanowi przejaw nierównego traktowania wykonawców i nie zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

Ponadto Odwołujący się nie zgadza się z twierdzeniami Zamawiającego, że od chwili awizowania przesyłki pocztowej (wezwania do uzupełnienia dokumentów), tj. od dnia 5 września 2008 r. Odwołujący się mógł powziąć wiadomość o wezwaniu. Odwołujący się podnosi, że przedmiotowa informacja nie wynika z treści awiza, a przedmiotową przesyłkę Odwołujący się odebrał w następnym dniu roboczym, tj. 8 września 2008 r. o godz. 8.15. Jednakże w tym dniu o godz. 10.00 upływał termin do uzupełnienia dokumentów, stąd też Odwołujący się nie miał możliwości jego dotrzymania.

Wątpliwości Odwołującego się budzi pośpiech Zamawiającego, który po wykluczeniu Odwołującego się z postępowania takiej szybkości w swoich działaniach już nie wykazuje.

Zdaniem Odwołującego się czas od wysłania powiadomienia do upływu terminu do uzupełnienia dokumentów był zbyt krótki i nie gwarantował, że choćby informacja dotrze do wykonawców. Ponadto informacja powyższa nie była zamieszczona również na stronie internetowej Zamawiającego.

Odwołujący się kwestionuje również wybór najkorzystniejszej oferty na zadania 2 i 3. Zdaniem Odwołującego się wykonawca nie wykazał wymaganego doświadczenia odnoszącego się do wartości zrealizowanego pojedynczego zamówienia w danym roku, zgodnego co do rodzaju dostawy z wymaganym kodem CPV (pierwsze cztery cyfry).

Ponadto Odwołujący się podnosi, iż występują rozbieżności między treścią ogłoszenia a treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w zakresie kodu CPV. Dodatkowo brak w ogłoszeniu, wbrew dyspozycji przepisu art. 41 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp opisu warunków udziału w postępowaniu i opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, co winno skutkować unieważnieniem postępowania.

Pismem z dnia 23 września 2008 r. Zamawiający protest oddalił. Zamawiający nie podziela twierdzenia Odwołującego się, iż nie miał sposobności do uzupełnienia dokumentów. Zamawiający zwraca uwagę, że już w dniu składania ofert Odwołujący się miał wiedzę jakich dokumentów nie dołączył, a który to obowiązek wynikał z treści ogłoszenia o zamówieniu. Biorąc pod uwagę miejsce publikacji, Odwołujący się miał 41 dni na skompletowanie wymaganych dokumentów.

Jednocześnie Zamawiający, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wszystkich wykonawców, których oferty nie zawierały wymaganych dokumentów, do ich uzupełnienia.



---

Wezwanie zostało przesłane za pomocą faksu, gdyż Zamawiający dopuścił wskazaną formę porozumiewania się (Rozdział IX SIWZ). Odwołujący się w dniu 3 września 2008 r. uniemożliwił przesłanie przedmiotowego dokumentu, w ten sposób, że odmówił podania sygnału faksu, mimo że numer ten jest podawany przez Odwołującego się do kontaktów, m.in. do przyjmowania zamówień z Jednostek, np. w umowie nr 59/52/2008. Wobec powyższego Zamawiający przesłał wezwanie za pośrednictwem Poczty Polskiej (przesyłkę awizowano dnia 5 września 2008 r.). Jednakże z treści przeprowadzonej rozmowy telefonicznej Odwołujący dowiedział się o treści wezwania i zakreślonym terminie do uzupełnienia dokumentów. W tych okolicznościach Odwołujący się żąda wyznaczenia dodatkowego terminu do uzupełnienia brakujących dokumentów, co pozostawałoby w sprzeczności z przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Tymczasem Zamawiający prowadzi

postępowanie zgodnie z literą prawa.

Ponadto Zamawiający podnosi, iż Odwołujący się w rozmowie telefonicznej z kierownikiem Sekcji zamówień publicznych p. Elżbietą G. (rozmowa w obecności świadka – funkcja głośnego mówienia) przyznał, że nie posiadał zaświadczenia z kontroli sanitarnej, co potwierdza, że celem działania Odwołującego się było opóźnienie zakreślonych przez Zamawiającego terminów. Okoliczność powyższa została również potwierdzona w osobistej rozmowie przeprowadzonej dnia 17 września 2008 r. między wymienionymi osobami.

W odniesieniu do zarzutów stawianych innym wykonawcom zamawiający zauważa, że nie jest możliwe podjęcie polemiki w tym względzie, wobec braku wskazania okoliczności faktycznych i dowodów na ich poparcie.

Co do rozbieżności treści ogłoszenia z treścią SIWZ Zamawiający wyjaśnia, że minął już termin na wniesienie protestu w tym przedmiocie. Niezależnie jednak od powyższego, Zamawiający stwierdza, że doprecyzował, iż za dostawy tego samego rodzaju uzna dostawy należącego do tej samej kategorii CPV (cztery pierwsze cyfry). Zaś kod CPV wskazany w treści SIWZ został również wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu.

Ponadto, Zamawiający zwraca uwagę, że opis warunków udziału w postępowaniu został zamieszczony na stronie 2 i 3 ogłoszenia. Zaś z treści przepisu art. 41 ustawy Pzp nie wynika obowiązek zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu określenia dokumentów, jakich żąda Zamawiający na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący się nie podzielił argumentacji Zamawiającego i wniósł dnia 30 września 2008 r. odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście. Jednocześnie na poparcie swoich twierdzeń wskazał dowód w postaci rejestru połączeń faksowych.



---

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania, złożonych dowodów oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W niniejszym postępowaniu Odwołujący się nie dołączył do oferty żadnych dokumentów, o których mowa w Rozdziale VII, ppkt 7.2 SIWZ, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentu „zaświadczenia w formie świadectwa jakości handlowej, wydanego przez podmiot uprawniony do kontroli jakości, że oferowane produkty odpowiadają normom określonym przez Zamawiającego", którego obowiązek załączenia wynika z Rozdziału VIII, ppkt 8.2.1 SIWZ. Pismem z dnia 3 września 2008 r. Zamawiający wezwał Odwołującego się do uzupełnienia żądanych dokumentów w nieprzekraczalnym terminie do dnia 8 września 2008 r. Powyższej czynności Odwołujący się nie kwestionuje, jednakże twierdzi, że zakreślony przez Zamawiającego termin uniemożliwia skuteczne uzupełnienie dokumentów. W niniejszej sprawie należy więc udzielić odpowiedzi na pytanie, czy w istocie termin wyznaczony przez Zamawiającego był zbyt krótki, aby Odwołujący się mógł wywiązać się z nałożonego obowiązku. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej. Prawdą jest, iż Odwołujący się nie wskazał nr faksu do kontaktu (str. 7 oferty), zatem Zamawiający wyznaczając termin do uzupełnienia dokumentów winien wziąć powyższą okoliczność pod uwagę. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający nie uchybił temu obowiązkowi. Wezwanie zostało nadane za pośrednictwem Poczty Polskiej w dniu jego sporządzenia, a więc bez zbędnej zwłoki i w dniu 5 września 2008 r. zostało awizowane u Odwołującego się. W normalnym więc trybie przesyłka powinna zostać doręczona w dniu 5 września 2008 r. Jak wynika z powyższego, gdyby Odwołujący się podjął przesyłkę, miałby czas na uzupełnienie dokumentów. Okoliczność, że Odwołującego się nie było w tym dniu w domu, nie przesądza jeszcze, że termin ten był zbyt krótki. Po pierwsze, należy zauważyć, że wyznaczony przez Zamawiającego termin do uzupełnienia dokumentów, nie może być przez Odwołującego się traktowany jako czas na podjęcie (rozpoczęcie) działań w celu pozyskania brakujących dokumentów. Trudno sobie bowiem wyobrazić, aby Zamawiający wyznaczył tak długi termin, który umożliwiłby, w okolicznościach niniejszej sprawy, pozyskanie odpowiednich choćby decyzji administracyjnych. Nie taki jest bowiem cel regulacji przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Po drugie, w przypadku doręczeń pisemnych, Zamawiający nie ma obowiązku brania pod uwagę okoliczności, których istnienie jest zależne od wykonawcy. Zamawiający wziął pod uwagę fakt, kiedy przesyłka zostanie doręczona Odwołującemu się i jest to

wystarczające. Zamawiający nie może przewidywać, że Odwołującego się może nie być w domu, albo że nie podejmie przesyłki w terminie, takie bowiem okoliczności powodowałby, że zakreślenie odpowiedniego terminu, byłoby wręcz niemożliwe. Tymczasem w niniejszym



postępowaniu, Zamawiający podjął dodatkowe jeszcze działania. Dnia 3 września 2008 r. podjął próbę przekazania Odwołującemu się wezwania za pośrednictwem faksu (na nr faksu wskazany Zamawiającemu w innych postępowaniach), w tym samym dniu poinformował również Odwołującego się o treści wezwania, co potwierdza oświadczenie z dnia 24 października 2008 r. złożone przez p. Jolantę T. w powiązaniu z raportem z centrali telefonicznej, z którego wynika termin, ilość i czas połączeń. W tym stanie rzeczy nie budzi więc wątpliwości, że termin nie był zbyt krótki do uzupełnienia dokumentów. Należy uznać, że Odwołujący się nie posiadał wymaganych dokumentów i z tej przyczyny nie mógł ich uzupełnić w zakreślonym terminie, podejmując jednocześnie zamierzone działania, mające jakoby wykazać, że termin zakreślony przez Zamawiającego, jest terminem którego z przyczyn obiektywnych nie można dotrzymać. Powyższe potwierdzają również oświadczenia p. Katarzyny W. i p. Elżbiety G. oraz pismo z dnia 17 października 2008 r. z właściwej Powiatowej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej, z którego wynika, że Odwołujący się nie podjął działań w celu uzyskania żądanych przez Zamawiającego dokumentów.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że nie potwierdziły się również zarzuty dotyczące wyboru oferty najkorzystniejszej na zadania nr 2 i 3. Na stronie nr 7 przedmiotowej oferty znajduje się wykaz dostaw wykonanych w okresie od 1 stycznia 2005 r. do 31 grudnia 2007 r., mający potwierdzać doświadczenie, o którym mowa w ppkt 7.2.2.1 SIWZ, z podziałem na zadania. I tak w zakresie zadania nr 2 Wykonawca wskazuje dostawę ziemniaków na rzecz 7 Rejonowej Bazy Materiałowej Stawy i Jednostki Wojskowej nr 1933 o wartości powyżej 127 000 zł. W tym względzie Wykonawca spełnia więc wymagania Zamawiającego. Natomiast w zakresie zadania nr 3 w istocie doświadczenie w przedmiocie dostawy warzyw nie może być brane pod uwagę, gdyż nie mieści się w ramach tej samej kategorii Wspólnego Słownika Zamówień Publicznych (cztery pierwsze cyfry kodu CPV – 15.31.00.00). Natomiast co do wartości dostaw, Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśnia, że dla oceny spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu istotne są nie tylko postanowienia ppkt 7.2.2.1 w zw. z ppkt 6.2.2 SIWZ, ale również wskazanie znajdujące się we wzorze wykazu dostaw, stanowiącym Załącznik nr 4 do SIWZ, z którego wynika, iż „za dostawę tego samego rodzaju zamawiający uzna sumę dostaw wykonanych do tego samego podmiotu w ciągu trzech lat w ramach tej samej kategorii Wspólnego Słownika Zamówień Publicznych (cztery pierwsze cyfry kodu CPV – 15.31.00.00)". W tych okolicznościach należy przyjąć, że wartość dostawy tego samego rodzaju nie może być mniejsza, w ramach zadania nr 3, niż 179 000,00 zł. W przeciwnym bowiem razie, gdyby wykonawca wykazał na rzecz tego samego podmiotu, kilka dostaw (jak w kwestionowanej ofercie) to w świetle przytoczonych postanowień przedmiotowego Załącznika, mielibyśmy do czynienia z jedną dostawą tego samego rodzaju, ale jednocześnie wartość każdej z tych dostaw musiałaby być nie niższa niż 179 000,00 zł. Powyższe wskazuje, że zaproponowane przez Odwołującego



się rozumienie warunku, w świetle przytocznych postanowień SIWZ i Załącznika, nie może się ostać.

W kwestii zarzutów dotyczących ogłoszenia o zamówieniu, jak i SIWZ, Krajowa Izba Odwoławcza pozostawiła je bez rozpoznania, gdyż zostały podniesione z uchybieniem terminu. Jednocześnie nie stanowią one wady uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy, zatem brak przesłanek do unieważnienia postępowania na podstawie art. 191 ust. 3 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128,

poz. 886), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł.



---

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie-Pradze.**

**Przewodniczący:**
……

**Członkowie:**
……
……

_____

* *niepotrzebne skreślić*