

Sygn. akt: KIO/2760/10

**WYROK**  
**z dnia 5 stycznia 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 23 grudnia 2010 r. przez **Robs Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Bronisze, ul. Poznańska 98, 05-850 Ożarów Mazowiecki** w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową 3090, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa,**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Robs Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Bronisze, ul. Poznańska 98, 05-850 Ożarów Mazowiecki** i nakazuje:
  - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Robs Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Bronisze, ul. Poznańska 98, 05-850 Ożarów Mazowiecki** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Robs Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Bronisze, ul. Poznańska 98, 05-850 Ożarów Mazowiecki** na rzecz **Jednostki Wojskowej 3090, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawa-Praga**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Jednostka Wojskowa 3090 w Warszawie, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Dostawę .”

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 września 2010 r., nr 2010/S 186-283892..

W dniu 13 grudnia 2010 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował wykonawcę Robs Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim, zwanego dalej „Odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy Pani Marioli S, jako najkorzystniejszej w pakietach 4, 5 i 6.

W dniu 23 grudnia 2010 r. (pismem z dnia 22 grudnia 2010 r.) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 22 grudnia 2010 r.) wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania polegających na:

1. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Pani Marioli S z postępowania jako wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,
2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Pani Marioli S, jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,
3. wadliwej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej poprzez wybór oferty wykonawcy Pani Marioli S, pomimo że podlegała ona odrzuceniu,
4. bezpodstawnego zaniechania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 22 ust. 1 pkt 1 i pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 i pkt 4, art. 25, art. 26 ust. 1, art. 44, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 91 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł w odniesieniu do całości postępowania, a w szczególności do części 4, 5 i 6 o:

1. unieważnienie czynności oceny i wyboru oferty wykonawcy Pani Marioli S, jako najkorzystniejszej,
2. dokonania czynności bezprawnie zaniechanej, tj. wykluczenia wykonawcy Pani Marioli S z postępowania,

3. odrzucenia oferty wykonawcy Pani Marioli S na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,
4. dokonania ponownie czynności oceny ofert,
5. wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż wykonawca Pani Mariola S w trakcie postępowania złożyła oświadczenie, iż jest rolnikiem ryczałtowym. Oświadczenie to nie jest zgodne z prawdą. Rolnik ryczałtowy jest to rolnik, który dokonuje dostawy produktów rolnych pochodzących z własnej działalności rolniczej lub świadczącego usługi rolnicze. Pani Mariola S wraz z mężem jest właścicielką 50, 4841 ha i nie jest w stanie, we własnym zakresie, wyprodukować takiego asortymentu, jak oferowany w tym i wcześniejszych postępowaniach o zamówienie. Rolnik ryczałtowy nie może bowiem dokupić brakującej mu ilości warzyw czy owoców od innych rolników, czy podmiotów prowadzących handel i dostarczyć je Zamawiającemu.

A ponadto oświadczenie Pani Marioli S pozostaje w sprzeczności z innymi dokumentami załączonymi do oferty. W oświadczeniu z dnia 11 grudnia 2010 r. oświadczyła bowiem, iż „posiada dzierżawy gruntów”, nie przedstawiając także zobowiązania tych osób.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz zeznania świadka złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący podniósł, iż wykonawca Pani Mariola S nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, gdyż m.in. w jej ofercie znajdują się sprzeczne oświadczenia dotyczące posiadanego areалу, jak również nie złożyła oświadczenia osób, od których dzierżawi grunty.

Izba ustaliła, iż Pani Mariola S w załączeniu do oferty m.in. złożyła:

1. „Formularz oferty”, w treści którego wskazała, iż reprezentuje „Gospodarstwo Rolno Ogrodnicze Słotwin 12 09-142 Załuski” (s. 1 oferty,)

2. Oświadczenie, iż „zapis w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia D/85/08/2010, rozdział VI pkt 2.1.2 o zgłoszeniu działalności gospodarczej w zakresie produkcji i składowania nie dotyczy rolnika ryczałtowego” (s. 12 oferty),
3. Oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia (s. 15 oferty),
4. Zaświadczenie o podleganiu ubezpieczeniu społecznemu rolników (s. 24 oferty),
5. Zaświadczenie Urzędu Gminy w Załuskach, iż Państwo S Stanisław i Mariola są właścicielami gospodarstwa rolnego położonego na terenie Gminy Załuski o powierzchni 31,2541 ha, w tym użytków rolnych 31,2541 ha, przeliczeniowych 30,7511 ha (s. 31 oferty).

W oparciu o powyższe Izba zważyła co następuje:

Bezspornym jest, iż Państwo Stanisław i Mariola S są właścicielami i prowadzą gospodarstwo rolne, które położone jest na terenie Gminy Załuski (31,2541 ha), jak i Gminy Naruszewo (19,23 ha). Tym samym oznacza to, iż - w myśl art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 11 kwietnia 2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego (Dz. U. z 2003 r., Nr 64, poz. 592, z późn. zm.) - posiadają status „rolnika indywidualnego”, którym jest osoba fizyczna, będąca właścicielem lub dzierżawcą nieruchomości rolnych o łącznej powierzchni użytków rolnych nieprzekraczającej 300 ha, prowadząca osobiście gospodarstwo rolne, posiadająca kwalifikacje rolnicze i zamieszkała w gminie, na obszarze której położona jest jedna z nieruchomości rolnych wchodzących w skład tego gospodarstwa. Skoro więc powołana wyżej ustawa obok własności dopuszcza dzierżawę gruntów, a Pani Mariola S – jak oświadczyła na rozprawie - dzierżawi grunty rolne, z tego faktu na gruncie ustawy Pzp nie można wywodzić odmiennych dla danej osoby (rolnika) skutków prawnych i żądać złożenia oświadczenia tych osób o udostępnieniu niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (dzierżawy), gdyż status rolnika obok własności dopuszcza dzierżawę.

Z kolei, zgodnie z art. 2 pkt 19 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r., Nr 54, poz. 535, z późn. zm.), zwaną dalej „ustawą o podatku VAT”, rolnikiem ryczałtowym jest rolnik, który dokonuje dostawy produktów rolnych pochodzących z własnej działalności rolniczej lub świadczącego usługi rolnicze, przy czym „przez działalność rolniczą rozumie się produkcję roślinną (...) produkcję warzywniczą, gruntową, szklarniową i pod folią, produkcję (...), grzybów uprawnych i sadowniczą (...), a także uprawy w szklarniach i ogrzewanych tunelach foliowych, uprawy grzybów i ich grzybni (...)”. Tak więc działalność ta może być prowadzona zarówno na gruncie własnym, jak i dzierżawionym i nie decyduje to również o przyznaniu rolnikowi statusu rolnika ryczałtowego. Rolnikiem ryczałtowym może być bowiem wyłącznie rolnik, a więc osoba która jest właścicielem lub dzierżawcą gruntów.

Z treści oferty Pani Marioli S wynika, iż posiada ona status rolnika ryczałtowego (np. s. 12 oferty). Nie wynika z niej natomiast łączna wielkość gruntów, zarówno własnych, jak i dzierżawionych. Niemniej jednak Zamawiający w treści SIWZ nie wymagał podania takich właśnie informacji. Nie tylko, że nie zawarł on wymogu złożenia takiego oświadczenia (oświadczenia o posiadaniu statusu rolnika ryczałtowego), ale również przedłożenia dokumentów, z których wynikałaby wielkość areálu rolnika ryczałtowego, składającego ofertę w tym postępowaniu, a także wysokość uzyskiwanych przez niego plonów.

Pani Mariola S wraz z ofertą złożyła oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ i był to jedyny dokument, którego złożenie było wymagane od wykonawcy będącego rolnikiem ryczałtowym. Natomiast oświadczenie o posiadaniu statusu rolnika ryczałtowego, mimo iż jak wyżej już wskazano wcześniej nie było wymagane, Pani Mariola S złożyła, w załączeniu do pisma z dnia 11 grudnia 2010 r., składanego w wyniku wezwania do uzupełniania dokumentów, jak i złożenia stosownych wyjaśnień, dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, co nastąpiło – jak wynika z akt sprawy - na wniosek Odwołującego. Tym samym nieuprawnionym jest twierdzenie, iż Pani Mariola S nie jest rolnikiem ryczałtowym. Status rolnika ryczałtowego wynikał już bowiem z treści złożonej oferty.

W kontekście powyższego nieuprawnionym jest więc zarzut dotyczący braku złożenia przez Panią Mariolę S pisemnego oświadczenia osób, od których dzierżawi ona grunty. Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dotyczy sytuacji, w których wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Niemniej jednak o braku obowiązku złożenia takiego oświadczenia przesądza przede wszystkim status rolnika indywidualnego, który z istoty swej obok własności dopuszcza dzierżawę gruntów, jak również status rolnika ryczałtowego, który w swej definicji odwołuje się także do definicji rolnika.

Tym samym zarzut braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie potwierdził się, gdyż nawet sam Odwołujący, co słusznie zauważył Zamawiający, nie potrafił wskazać o jaki warunek chodzi, odnosząc się jedynie do ogólnikowych twierdzeń.

Zarzut złożenia nieprawdziwych informacji także się nie potwierdził. Odwołujący nie wykazał bowiem, iż taka sytuacja w istocie miała miejsce. Okoliczność, iż Pani Mariola S wykazała się w ofercie tylko częścią z uprawianych gruntów, wobec braku takiego wymogu (podania całkowitej powierzchni areálu, w tym wielkości gruntów własnych i dzierżawionych), a także podania w wyniku uzupełnienia pozostałej powierzchni własnych gruntów, jak i wskazania, iż część gruntów także dzierżawi, nie stanowi przesłanki złożenia nieprawdziwych informacji. Dowodem na to nie mogą być również wyliczenia dokonane przez Odwołującego, a dotyczące możliwości wyprodukowania zadeklarowanych towarów.

Jak bowiem wynika z treści odwołania błędne już było założenie Odwołującego, iż dane co wielkości upraw poszczególnych warzyw i zbóż podane przez Panią Mariolę S do protokołu kontroli WIORiN, przesądzające tym samym o powierzchniach upraw, jak i uzyskiwanych plonach. Oświadczenie to, wbrew twierdzeniom Odwołującego, a jak oświadczyła Pani Mariola S, świadczy jedynie o wypełnieniu obowiązku z art. 71 ust.1. ustawy z dnia 18 grudnia 2003 r. o ochronie roślin (tj.: Dz. U. z 2008 r., Nr 133, poz. 849),, który to przepis nakłada na posiadaczy gruntów lub obiektów magazynowych, gdzie prowadzone są zabiegi ochrony roślin, obowiązek posiadania ewidencji tych zabiegów. Ewidencja taka zawiera m.in.: nazwę rośliny, produktu roślinnego lub przedmiotu, powierzchnie uprawy roślin lub obiektów magazynowych i powierzchnie, na których są wykonywane zabiegi ochrony roślin oraz terminy ich wykonywania. I taką ewidencję Pani Mariola S rzeczywiście prowadzi. Nie oznacza to jednak, co wynika nie tylko z powołanego przepisu, ale i oświadczeń złożonych przez Panią Mariolę S, iż ewidencja ta obejmuje wszystkie powierzchnie upraw, gdyż – jak oświadczyła - zabiegi chemiczne nie są wykonywane na wszystkich uprawach.

Co do zarzutu niemożności dostarczenia wielkości oferowanego przez Panią Mariolę S asortymentu stwierdzić należy, iż poza ogólnikowymi wyliczeniami, opartymi na danych pochodzących z Rocznika Statystycznego GUS-u Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu. Przeciwnie, jak wykazała Pani Mariola S, obliczenia te nie są prawidłowe o czym świadczy chociażby przedłożony przez nią, sporządzony przez biegłego sądowego „Operat szacunkowy ustalenia wysokości plonów możliwych do uzyskania z upraw warzywniczych, sadowniczych oraz ogólnorolnych”. Nie można więc zarzucać Pani Marioli S złożenia nieprawdziwych informacji. Dokumentów, które złożyła w wyniku uzupełnienia, jak i udzielonych wówczas informacji faktycznie – w myśl SIWZ – nie żądano.

Tym samym i ten zarzut nie potwierdził się.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, wskazanych przez Odwołującego w treści odwołania.

Zarzuty dotyczące naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 1 i 3, art. 25, art. 26 ustawy Pzp Izba uznała za spóźnione.

W poczet materiału dowodowego Izba zaliczyła dokumenty przedłożone przez Zamawiającego, tj. „Operat szacunkowy ustalenia wysokości plonów możliwych do uzyskania z upraw warzywniczych, sadowniczych oraz ogólnorolnych” oraz oświadczenie Pani Marioli S z dnia 30 grudnia 2010 r., uznając je za stanowisko je składających

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego i ograniczając je do wysokości 3 600,00 zł, stosownie do faktury złożonej do akt sprawy.

**Przewodniczący:**

.....