

Sygn. akt: KIO/UZP 274/09

WYROK
z dnia 20 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Renata Tubisz
Członkowie:	Barbara Bettman
	Dagmara Gałczewska-Romek
Protokolant:	Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Małgorzatę Gruszczyńską prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „POLARIS” Małgorzata Gruszczyńska, ul. Żołnierska 20a, 62-800 Kalisz** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jednostka Wojskowa 1933, ul. Źródłowa 52, 91-735 Łódź** protestu z dnia 23 lutego 2009 r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Małgorzatę Gruszczyńską prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „POLARIS” Małgorzata Gruszczyńska, ul. Żołnierska 20a, 62-800 Kalisz

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczonego przez **Małgorzatę Gruszczyńską** prowadzącą **działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „POLARIS” Małgorzata Gruszczyńska, ul. Żołnierska 20a, 62-800 Kalisz**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 2 926 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Małgorzaty Gruszczyńskiej** prowadzącej **działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „POLARIS” Małgorzata Gruszczyńska, ul. Żołnierska 20a, 62-800 Kalisz**

U z a s a d n i e

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 23.01.2009r.w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz.7990.

Odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: dostawę przetworów warzywnych i owocowych, owoców suszonych na 2009 r. /sygn. PN 2/ŻYW/2009/

Zamawiającym jest Jednostka Wojskowa 1933, ul. Źródłowa 52, 91-735 Łódź zwany dalej „Zamawiającym”.

ODWOŁANIE WYKONAWCY

W dniu 3 marca 2009 r. Małgorzata Gruszczyńska prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.P.H. "POLARIS" 62-800 Kalisz, ul. Żołnierska 20a zwana dalej „Odwołującym” złożyła odwołanie na podstawie art. 184 ust. 1 i 2 w zw. z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku -Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. 2007r. Nr 223 poz.1655 zm. Dz. U. 2008 r. Nr 171, poz.1058) zwanej dalej „Ustawą” od rozstrzygnięcia protestu złożonego dnia 23 lutego 2009 roku i rozstrzygniętego dnia 27 lutego 2009 roku.

W rozstrzygnięciu odwołania zarzucono:

naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez dokonanie wyboru ofert najkorzystniejszych w oparciu o kryteria inne niż zamieszczone w SIWZ;

naruszenie art. 89 ustawy -poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że oferta spełniała wszystkie wymogi zawarte w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanych dalej „SIWZ” przedstawionych przez Zamawiającego;

złamanie zapisów art. 25 ust. 1 i 2 oraz art. 26 ustawy.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia oferty Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu w zakresie zadania nr 1;

nakazanie dokonania ponownej oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu;

wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej spełniającej wymagania i kryteria Zamawiającego zawarte w SIWZ, w zakresie zadania nr 1.

W uzasadnieniu przedstawiono następującą argumentację formalno –prawną.

Małgorzata Gruszczyńska złożyła w dniu 23 lutego 2009 roku protest na następujące czynności Zamawiającego:

ocenę ofert przez Zamawiającego;

wykluczenie oferty Odwołującego z przedmiotowego postępowania;

wybór przez Zamawiającego oferty FHU "WAMIX", ul. Czołgistów 3, 41940 Piekary Śląskie.

W powyższym proteście Odwołujący wnosił o:

unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 1 przedmiotowego postępowania;

unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania oferty złożonej przez Odwołującego;

dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, nie podlegającej odrzuceniu w zakresie zadania nr 1.

Dalej Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 27 lutego 2009 r., rozstrzygnął protest i postanowił oddalić go w całości, uzasadniając, iż oferta złożona przez Odwołującego nie spełniała wymogów zawartych przez Zamawiającego w treści SIWZ do przedmiotowego postępowania.

Bowiem jak twierdzi Zamawiający w dniu 11 lutego 2009 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów przetargowych, którego to uzupełnienia Odwołujący, nie dokonał lub nie dokonał w całości. W ocenie Odwołującego, Zamawiający wezwał w tymże do uzupełnienia i przedstawienia Zamawiającemu dokumentów nie wymaganych zapisami SIWZ do przedmiotowego postępowania przetargowego, tj. atestów producentów, sprawozdań z badań laboratoryjnych lub innych dokumentów wymienionych w treści świadectw jakości handlowej, załączonych przez Odwołującego do oferty. Odwołujący, w piśmie przewodnim, które skierował do Zamawiającego uzupełniając inne z wymaganych przez Zamawiającego dokumentów, zaznaczył, iż Zamawiający nie ma prawa żądać: atestów producentów, sprawozdań z badań laboratoryjnych lub innych dokumentów wymienionych w treści świadectw jakości handlowej, lecz z uwagi na fakt chęci przyspieszenia całego postępowania oraz posiadania akurat niektórych z wyżej wymienionych dokumentów Odwołujący, dobrowolnie udostępnia je Zamawiającemu. Natomiast Zamawiający w dniu 19 lutego 2009 r., w związku z nie uzupełnieniem przez Odwołującego, dokumentów niewymaganych zapisami SIWZ wykluczył Odwołującego z postępowania w zakresie zadania nr 1.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie określił precyzyjnie w SIWZ, jaki dokładnie zapis ma widnieć na świadectwach jakości handlowej wydanych przez Wojewódzkiego Inspektora Jakości Handlowej Artykułów Rolno-Spożywczych. Literalne brzmienie spornego wymogu jest następujące: „(...) świadectwo jakości handlowej wydane przez właściwą miejscowo WIJHARS na podstawie przeprowadzonych badań potwierdzających, że dostarczane produkty odpowiadają zapisom określonym w opisie przedmiotu zamówienia, tj. Załączniku nr 2 do SIWZ, biorąc pod uwagę, że opis przedmiotu zamówienia niektórych produktów odwołuje się tylko do podanych norm a nie zostały one w całości zastosowane (..)”. W ocenie Odwołującego z powyższego cytatu, nie wynika, jaki dokładnie zapis ma widnieć na wydanym przez WIJHARS dokumencie, ma on jedynie potwierdzać spełnianie przez oferowany produkt wymagań określonych w PN, na które Zamawiający powołał się w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający w tymże opisie powołał się na konkretne, obowiązujące w Polsce PN, WIJHARS wydaje świadectwa jakości handlowej na zgodność z PN na podstawie przedłożonych przez Wykonawcę, badań danego produktu, potwierdzających zgodność jego parametrów z wymaganiami PN. W obowiązującym stanie prawa jakościowego obowiązującego w RP, każdy produkt spożywczy ma odniesienie do konkretnej Polskiej Normy nie ma produktu spożywczego, co do którego zastosowanie miałyby dwie lub więcej Polskie Normy /Normy Obronne i normy PN-V -specjalne -nie są skatalogowane jako Polskie Normy -ale normy dla produktów o specjalnym przeznaczeniu/. W związku z powyższym przedstawienie badań na zgodność danego produktu z PN obowiązującą na ten produkt, przeprowadzonych w akredytowanym laboratorium i

przedstawionych Inspektorowi Jakości Handlowej do wglądu przy wypisywaniu świadectwa jakości handlowej, automatycznie, niejako z urzędu potwierdza, że oferowane produkty, odpowiadają zapisom określonym przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, jeśli Zamawiający powołuje się w nim na zgodność z PN. W związku z powyższym WIJHARS nie ma obowiązku wpisywania i podawania w wystawianym świadectwie numeru konkretnej normy. Nawet w przypadku oceny produktów wprowadzanych na rynek WE z krajów trzecich, WIJHARS nie ma obowiązku powoływania się w świadectwach na konkretne akty normatywne, Inspektorzy nanoszą jedynie zapis " Świadectwo zgodności ze wspólnotowymi standardami jakości handlowej dla...". Odwołujący stwierdza, że nie on decyduje o treści dokumentów wystawianych przez WIJHARS i nie może być obarczany odpowiedzialnością za treść urzędowych dokumentów. Odwołujący uważa, że przedłożył dokumenty potwierdzające jakość oferowanych produktów pod kątem ich zgodności z PN.

Odwołujący również podnosi, że Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu zarzuca, iż w przedstawionych świadectwach jakości w trzech przypadkach wymienia się atesty i normy zakładowe zamiast norm PN. Odwołujący na tej podstawie zarzuca Zamawiającemu, że zamiast wezwać w związku z powyższym do uzupełnienia dokumentów Odwołującego to nie wykonuje tej czynności zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy tylko dokonuje wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający przeprowadzając postępowanie wykazywał się nie konsekwencją i nie brał pod uwagę sugestii Odwołującego co do zasadności żądania od niego niektórych dokumentów jakościowych.

Na podstawie powyżej przedstawionych zarzutów co do rozstrzygnięcia protestu, Odwołujący uważa wnioski i przesłanki zawarte w odwołaniu za uzasadnione.

Odwołanie poprzedzone było protestem z dnia 23.02.2009 r.

PROTEST

Protest tak jak odwołanie dotyczył wyboru najkorzystniejszej oferty i wykluczenia z postępowania Odwołującego.

Składający protest zarzucił Zamawiającemu nie przestrzeganie ustanowionych w przedmiotowym postępowaniu SIWZ, czym zostały naruszone przepisy: art. 89, art. 91 ust. 1, art. 25 ust. 1 i 2 oraz art. 26 ustawy, jak również § 3 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Tak jak w odwołaniu zarzuty w proteście odnoszą się do zadania nr 1.

W ocenie Odwołującego składającego protest tezy Zamawiającego nie znajdują odniesienia w SIWZ.

1.

Odwołujący kwestionuje żądanie Zamawiającego zawarte w piśmie 1181/09 z dnia 11 lutego 2009 r., w którym wzywa się Odwołującego, do uzupełnienia świadectw jakości handlowej, w zakresie zupełnie nowych dokumentów, które nie były wymagane w SIWZ. Zamawiający zażądał: „(...) atestów producentów, sprawozdań z badań laboratoryjnych lub innych dokumentów wymienionych w treści świadectw jakości handlowej (...)” W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie miał prawa do wzywania tychże dokumentów. Natomiast, jeżeli w ofercie stwierdził brak jakichkolwiek świadectw jakości lub błędy w ich treści to powinien w tym zakresie wezwać Odwołującego do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ustawy.

2.

Odwołujący podnosi, że skoro w pkt 14 świadectwa jakości WIJHARS wpisano informację o przeprowadzonych badaniach laboratoryjnych na zgodność produktu z normą to oznacza, że produkt został przebadany z wynikiem pozytywnym, a świadectwo jakości jest tego potwierdzeniem. Według twierdzeń Odwołującego, Zamawiający określił katalog dokumentów, które nie przewidują dokumentów badań laboratoryjnych. Reasumując w ocenie Odwołującego, Zamawiający nie miał prawa wywodzić skutków prawnych z okoliczności nie dostarczenia na wezwanie Zamawiającego dokumentów badań laboratoryjnych. Natomiast Odwołujący nie zaprzecza, że wobec posiadania większości dokumentów z badań laboratoryjnych dostarczył je Zamawiającemu.

3.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający opiera swoje postępowanie na nie istniejących zapisach w SIWZ, co do zakresu żądanych dokumentów. Odwołujący również zarzuca Zamawiającemu niekonsekwencję w zakresie braku żądania uzupełnienia dokumentów. Powyższe dotyczy sytuacji, w której w złożonych świadectwach jakości powołuje się atesty producenta i normy zakładowe. Na podstawie tychże zarzutów Odwołujący został wykluczony z postępowania, pomimo nie wezwania go do uzupełnienia wadliwego w tym wypadku dokumentu świadectwa jakości. Odwołujący podnosi, że Zamawiający swym postępowaniem doprowadził do takiej sytuacji, że sam już nad nią nie panuje. Podkreśla, że przedmiotowe postępowanie było już czterokrotnie unieważniane z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Zaskarżone postępowanie Zamawiającego w ocenie Odwołującego spowodowało naruszenie przepisów przywołanych w proteście.

W związku z powyższym Odwołujący w złożonym proteście domaga się:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 1;

2. unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania oferty złożonej przez Odwołującego;
3. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, nie podlegającej odrzuceniu w zakresie zadania nr 1.

Ponadto Odwołujący wskazuje na swój interes prawny we wniesieniu odwołania z uwagi na to, że jego oferta jest najkorzystniejsza cenowo w zakresie powyższego zadania.

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

W dniu 27 lutego 2009 r. nastąpiło rozstrzygnięcie protestu.

Zamawiający postanowił odrzucić protest w całości.

Przedstawił następującą argumentację formalno-prawną.

Zdaniem Zamawiającego treść oferty złożonej przez Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż przedstawione w niej dokumenty nie potwierdzają spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego. W dniu 11 lutego 2009 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o uzupełnienie dokumentów. Na podstawie dostarczonych dokumentów Zamawiający stwierdził, że wykonawca nie przedłożył wszystkich żądanych dokumentów, a w kilku przypadkach nie wpłynęły one w określonym przez Zamawiającego terminie. W związku z powyższym uzasadnionym było odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Na posiedzeniu Izby nie stwierdzono wystąpienia przesłanek z art. 187 ust. 4 ustawy powodujących odrzucenie odwołania.

W związku z powyższym sprawę skierowano do rozpoznania na rozprawie.

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania z uwagi na to, że jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą cenowo, przy obowiązującym w niniejszym postępowaniu jedynym kryterium ceny, co wypełnia przesłanki art. 179 ust. 1 ustawy.

Skład orzekający Izby nie stwierdził okoliczności umożliwiających uwzględnienie odwołania, z uwagi na treść art. 191 ust. 1a ustawy.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 25 ust. 1 i 2, art. 26, art. 89 oraz art. 91 ust. 1 ustawy.

Izba ustaliła, że w SIWZ zawarto między innymi następujące postanowienia, mające wpływ na rozpoznanie sprawy:

1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa przetworów warzywnych i owocowych, owoców suszonych to jest ogórków konserwowych, papryki konserwowej, sałatki szwedzkiej, sałatki z czerwonej kapusty, sałatki wielowarzywnej 5 –składnikowej, chrzanu tartego, ćwikły z chrzanem, szczawiu konserwowego, kukurydzy konserwowej, pieczarek konserwowych, lecza pieczarkowego, jabłek suszonych, śliwek suszonych. Zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych (za ofertę częściową uważa się ofertę złożoną na nie wszystkie asortymenty zadania). Liczba zadań: 1. (Rozdział II – opis przedmiotu zamówienia).
2. Wykonawca w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, obowiązany jest dostarczyć do oferty cenowej następujące dokumenty: 2 świadectwo jakości handlowej wydane przez właściwą miejscowo Wojewódzką Inspekcję Jakości Handlowej Artykułów Rolno-Spożywczych (WIJHARS) na podstawie przeprowadzonych badań potwierdzających, że dostarczane produkty odpowiadają zapisom określonym w opisie przedmiotu zamówienia, tj. Załączniku nr 2 do SIWZ biorąc pod uwagę, że opis przedmiotu zamówienia niektórych produktów odwołuje się tylko do podanych norm a nie zostały one w całości zastosowane. (Rozdział VI – Wykaz oświadczeń i dokumentów wymaganych od wykonawców pkt 19 ppkt 2).
3. W załączniku nr 2 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia znajdują się między innymi zapisy: Owoce Przetworzone Ogórki Konserwowe PN -A-77801 Ogórki konserwowe całe kl. I (str.1), Leczo Pieczarkowe PN -A-86951 skład: papryka 25%,cebula 12%, pieczarka 10%,koncentrat pomidorowy 16%, cukier 5 %, sól 1%, olej 4%, marchew 10%, kwas cytrynowy i przyprawy 1 %, woda 16% (str.10).

Izba na podstawie przedłożonej przez Zamawiającego na rozprawie polskiej normie PN-A-77801 Polskiego Komitetu Normalizacyjnego Produkty warzywne Ogórki konserwowe i korniszony ustaliła, że znajduje się między innymi zapis 2. Wymagania 2.1. Klasyfikacja 2.1.1. Rodzaje Rozróżnia się dwa rodzaje ogórków w zalewie octowej: a) ogórki konserwowe – całe, - krojone, b)korniszony 2.1.2. klasy jakości Rozróżnia się dwie klasy jakości ogórków konserwowych i korniszonów:- klasa - I,- klasa II.

Izba na podstawie przedłożonej przez Zamawiającego na rozprawie polskiej normie PN-A-86951 Polskiego Komitetu Normalizacyjnego produkty warzywne, owocowe, warzywno - owocowe i warzywno -grzybowe Sosy ustaliła, że znajdują się między innymi zapisy 1.3.4. sosy warzywno-grzybowe produkty otrzymane ze świeżych, lub utrwalonych metodami fizycznymi, przetartych, względnie inaczej rozdrobnionych warzyw i grzybów jadalnych z dodatkiem tłuszczów jadalnych, soli i przypraw aromatyczno – smakowych, z ewentualnym dodatkiem substancji zagęszczających.

Izba na podstawie dokumentacji przetargowej przedłożonej do sprawy przez Zamawiającego ustaliła, że w zakresie oferty Odwołującego do oferty załączono między innymi świadectwo jakości handlowej IJH Nr 231/1/10/06/2007 dla ogórków konserwowych gdzie w pkt 14 Uwagi zamieszczono zapis Towar oceniono w magazynie wyrobów gotowych kontrolowanego zakładu. W załączeniu sprawozdania z badań laboratoryjnych z dn.26.01.07r. i 01.02.07r.

Izba na podstawie dokumentacji przetargowej przedłożonej do sprawy przez Zamawiającego ustaliła, że w zakresie uzupełnienia dokumentów przez Odwołującego z dnia 13 lutego 2009 r. wynika, że opis produktu Atest F01 /P-01 LPP REWIS Sp. z o.o. ul. Wilkowiecka 29, 64-100 Leszno dla Leczo pieczarkowe PN-A-86951 zawiera składniki: papryka świeża lub mrożona (25%), pieczarka (10%), cebula (12%), koncentrat pomidorowy (16%), cukier (5%), mąka pszenna, olej (4%), woda (16%) kwas cytrynowy, czosnek, pieprz, papryka, ziele angielskie, liść laurowy.

W tym zakresie Izba ustaliła, porównując opis przedmiotu zamówienia z zał. nr 2 do SIWZ w zakresie lecza pieczarkowego, że w przedłożonym atescie przez Odwołującego w składnikach lecza nie ma marchwi, co wskazuje na sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ i co zasadnie Zamawiający potraktował jako podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego w myśl art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Izba na podstawie dokumentacji przetargowej przedłożonej do sprawy przez Zamawiającego ustaliła, że Zamawiający po otwarciu ofert dwukrotnie zwrócił się na piśmie do Odwołującego, wzywając do uzupełnienia dokumentów i przywołując jako podstawę prawną wezwania art. 26 ust. 3 ustawy:

1. w dniu 03 lutego 2009 r. w pkt 1 pisma wzywając do uzupełnienia świadectwa jakości handlowej wydanego przez WIJHARS na podstawie przeprowadzonych badań potwierdzających, że dostarczane produkty odpowiadają zapisom określonym w opisie przedmiotu zamówienia, tj. Załączniku nr 2 do SIWZ biorąc pod uwagę, że opis

przedmiotu zamówienia niektórych produktów odwołuje się tylko do podanych norm, a nie zostały one w całości zastosowane. Uzasadniając wezwanie do uzupełnienia dokumentów Zamawiający w piśmie stwierdził, że „W świadectwach jakości handlowej załączonych do oferty nie podano dokładnych norm jakim odpowiada asortyment Wykonawcy lub zapisu, że odpowiada on zapisom określonym w opisie przedmiotu zamówienia zamawiającego.” W pkt 2 pisma Zamawiający wezwał do uzupełnienia nieaktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego (KRK). Zamawiający wyznaczył termin na uzupełnienie dokumentów do dnia 05.02.2009 r. do godz.10.00. Z ustaleń Izby na podstawie dokumentacji przetargowej oraz wyjaśnień przedstawicieli stron na rozprawie wynika, że Odwołujący na pierwsze wezwanie nie udzielił odpowiedzi w zakreślonym przez Zamawiającego terminie co do świadectw jakości handlowej. Natomiast złożył, według oświadczenia na rozprawie pełnomocnika Zamawiającego, na biurze przepustek Jednostki Wojskowej Zamawiającego odpis KRK, o czym świadczy pieczęć Jednostki Wojskowej z datą 05.02.2009 r., ale bez określenia godziny przyjęcia odpisu KRK (odpis KRK w aktach sprawy). Natomiast Zamawiający nie wykazał, że opis KRK doręczono po wyznaczonej w wezwaniu do uzupełnienia godzinie 10.00, a dowód na takie twierdzenie obciąża Zamawiającego w myśl art. 5 k.c. w związku z art. 14 ustawy. W wezwaniu nie zażądano sprawozdania z badań laboratoryjnych.

2. Ponownie w dniu 11 lutego 2009r. zwrócono się do Odwołującego zaznaczając, że wezwanie dotyczy dokumentów do uzupełnienia, których uzupełnienia nie wezwano w piśmie z dnia 3 lutego 2009 r. (dotyczy zasad wdrożonego systemu HACPP). Niemniej w pkt 2 tego pisma zawarto następujący zapis “atestów producentów, sprawozdań z badań laboratoryjnych lub innych dokumentów wymienionych w treści świadectw jakości handlowej złożonych w ofercie, potwierdzających, że dostarczony przedmiot zamówienia będzie odpowiadał wymaganiom Zamawiającego.” Zamawiający wyznaczył termin do uzupełnienia dokumentów do dnia 13 lutego 2009 r. do godz. 14.00. jednocześnie pouczył o skutkach prawnych wynikających z art. 46 ust.4a ustawy to jest o podstawach zatrzymania wadium.

Izba na podstawie dokumentacji przetargowej przedłożonej do sprawy przez Zamawiającego ustaliła, że Odwołujący odpowiadając, na kolejne wezwania Zamawiającego, w dniu 13 lutego 2009 r. w piśmie przewodnim stwierdził, że przesyła dokumenty wymienione w pkt 1 wezwań to jest dla producentów przedmiotu zamówienia (HACCP). Natomiast odnosząc się do pkt 2 wezwań stwierdził, że dokumenty wymienione w pkt 2 wezwań nie były wymagane w SIWZ, na etapie składania ofert, więc Zamawiający nie ma prawa wzywać do ich uzupełnienia teraz. Niemniej chcąc usprawnić przebieg całego postępowania, jak również nie

chcąc sprawić zbędnych problemów, Odwołujący przesyła dokumenty jakościowe wymienione w pkt 2 wezwań, w których posiadaniu, w przeważającej większości jest Odwołujący.

W ocenie Izby, na podstawie sformułowań pisma przewodniego z dnia 13.02.2009 r., Odwołujący miał na myśli wezwania dotyczące dokumentów świadectw jakości handlowej pomimo, że faktycznie w piśmie Zamawiającego z dnia 03 lutego 2009 r. świadectwa jakości handlowej były wymienione w pkt 1 pisma.

Z oświadczeń Odwołującego zawartych w wyżej przywołanym piśmie z dnia 13 lutego 2009 r., proteście, odwołaniu oraz na rozprawie jednoznacznie wynika, że Odwołujący niezmiennie zaprzecza jakoby miał obowiązek doręczenia dodatkowych dokumentów, które są wymienione w załączonych do oferty świadectwach jakości handlowej to jest sprawozdań z badań laboratoryjnych. Swoje stanowisko opiera na treści zapisu SIWZ (Rozdz. VI wykaz oświadczeń i dokumentów wymaganych od wykonawców ...,pkt 19 Wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, obowiązany jest dołączyć do oferty cenowej następujące dokumenty ppkt 2 świadectwo jakości handlowej wydane przez właściwą miejscowo Wojewódzką Inspekcję Jakości Handlowej Artykułów Rolno-Spożywczych (WIJHARS) na podstawie przeprowadzonych badań potwierdzających, że dostarczane produkty odpowiadają zapisom określonym w opisie przedmiotu zamówienia, tj. Załączniku nr 2 do SIWZ biorąc pod uwagę, że opis przedmiotu zamówienia niektórych produktów odwołuje się tylko do podanych norm, a nie zostały one w całości zastosowane.”

Na poparcie swoich twierdzeń, że sprawozdania z badań laboratoryjnych nie są elementem świadectw jakości handlowej przedłożył w poczet dowodów na rozprawie świadectwa jakości handlowych WIJHARS, co prawda nie dotyczących produktów objętych przedmiotowym postępowaniem, ale w których nie wymienia się sprawozdań z badań laboratoryjnych, jak ma to miejsce w świadectwach załączonych do oferty (Świadectwa 0052591,0052592,0050437 – przyjęte na rozprawie w poczet dowodów i załączone do akt sprawy).

Odwołujący jednocześnie podniósł, że według formularza świadectw wystarczającym dowodem na dokonanie oceny jakości handlowej produktu jest adnotacja w pkt 13 formularza poprzez zakreślenie pola spełnia wymagania i wskazał, że w jego ofercie załączone świadectwa mają to pole zakreślone.

Izba po analizie załączonych do oferty świadectw jakości handlowej stwierdza zakreślenie pól odnoszących się do pola „spełnia wymagania”.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że nie ma wpływu na niejednakowe wypełnianie w tym zakresie formularzy świadectw.

Izba na podstawie dokonanej analizy formularzy świadectw jakości handlowej stwierdza, co następuje.

W zakresie kognicji Izby nie znajduje się ocena ważności świadectwa WIJHARS w zależności od tego czy w świadectwach jakości handlowej WIJHARS są wymienione, bądź nie są wymienione sprawozdania z badań laboratoryjnych.

Natomiast w urzędowym formularzu świadectwa jakości handlowej WIJHARS stanowiącym załącznik do rozporządzenia Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 18.12.2002 r. (poz.1932) rubryki do wpisywania sprawozdania z badania laboratoryjnego nie przewiduje się. Niemniej faktem jest, że część świadectw załączonych do oferty Odwołującego zawiera wzmiankę o przeprowadzonych badaniach laboratoryjnych zamieszczoną w rubryce 14.pn."Uwagi".

W związku z powyższym, że część świadectw nie zawiera wzmianki o sprawozdaniach z badań laboratoryjnych Izba uznała, że nie jest to element obowiązkowy urzędowego formularza, a tym bardziej, że nie ma w niej wyraźnie przeznaczonej rubryki do wpisywania adnotacji o sprawozdaniach.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że sprawozdania z badań laboratoryjnych nie są elementem świadectwa jakości handlowej, a tym samym nie stanowią jej integralnej części, co w rezultacie nie upoważnia Zamawiającego do żądania sprawozdań z badań laboratoryjnych będących podstawą wydania świadectwa.

Ponadto Zamawiający w przywołanym powyżej ppkt 2 pkt 19 Rozdz. VI SIWZ nie zastrzegł sobie doręczenia sprawozdań z badań laboratoryjnych.

Izba uznała, że zapis w SIWZ o treści „świadectwo jakości handlowej wydane przez właściwą miejscowo WIJHARS na podstawie badań potwierdzających, że dostarczone produkty odpowiadają zapisom w opisie przedmiotu zamówienia”..., nie oznacza, iż Odwołujący miał obowiązek doręczenia wraz z świadectwami sprawozdań z badań, na podstawie tejże regulacji SIWZ.

Również Izba uznała, że nie ma podstaw formalno – prawnych do kwestionowania ważności świadectwa jakości handlowej wystawionej przez właściwą jednostkę WIJHARS z powodu nie określenia w nim polskiej normy przez jej indywidualizację (podanie numeru normy) tylko przez wskazanie normy polskiej w ogólności to jest „wg PN”.

W powyższym stanie rzeczy nie można odmówić racji Odwołującemu, który twierdzi, że z literalnego brzmienia powyżej cytowanego ppkt 2 pkt 19 rozdz. VI SIWZ oraz z treści doręczonych świadectw jakości handlowej nie wynika, obowiązek wykonawcy dostarczenia sprawozdań z badań laboratoryjnych, jako integralnych części tychże świadectw.

Reasumując Izba uznała, że z zapisów SIWZ i z treści świadectw jakości handlowej nie wynika, że Odwołujący ma obowiązek oprócz świadectwa jakości handlowej dołączyć sprawozdania z badań laboratoryjnych, na podstawie których świadectwa wydano.

W związku z powyższym należy zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że Zamawiający nie był uprawniony do skutecznego wzywania Odwołującego do dostarczenia sprawozdań z badań laboratoryjnych, skoro w SIWZ nie zawarł jednoznacznego zapisu, że do świadectw jakości należy załączyć wszelkie dokumenty stanowiące podstawę ich wydania.

Tym samym Odwołujący składając ofertę miał prawo być przekonany, że wystarczy złożyć świadectwo jakości handlowej bez sprawozdań z badań laboratoryjnych, skoro w SIWZ nie zapisano obowiązku załączania sprawozdań, a urzędowy formularz nie zawiera rubryki „sprawozdanie z badań laboratoryjnych”.

Powyższe stanowisko Izba opiera również na utrwalonym poglądzie orzecznictwa Zespołów Arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej funkcjonujących przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych oraz orzecznictwie powszechnych sądów okręgowych, z którego wynika, że niejednoznaczne zapisy SIWZ nie należy wyjaśniać na niekorzyść wykonawców uczestniczących w postępowaniach, z uwagi chociażby na obowiązkowy zakaz modyfikacji SIWZ po złożeniu oferty (art. 38 ust. 4 ustawy).

Zamawiający w dniu 19.02.2009 r. dokonując zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego jako podstawę prawną podał art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy czyli sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co w ocenie Izby, Zamawiający wykazał w zakresie asortymentu o nazwie „leczo pieczarkowe”. Bowiem zgodnie z zapisem SIWZ Zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych (za ofertę częściową uważa się ofertę złożoną na nie wszystkie asortymenty zadania). W załączniku nr 2 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia znajdują się między innymi zapisy: Owoce Przetworzone, Leczo Pieczarkowe PN -A-86951 skład: papryka 25%, cebula 12%, pieczarka 10%, koncentrat pomidorowy 16%, cukier 5%, sól 1%, olej 4%, marchew 10%, kwas cytrynowy i przyprawy 1 %, woda 16% (str. 10).

Z dokumentacji przetargowej przedłożonej przez Zamawiającego w zakresie uzupełnienia dokumentów przez Odwołującego z dnia 13.02.2009 r. Izba ustaliła, że opis produktu na podstawie Atestu F01 /P-01 LPP REWIS Sp. z o.o. ul. Wilkowiecka 29 64-100 Leszno dla Leczo pieczarkowe PN-A-86951 zawiera składniki papryka świeża lub mrożona (25%), pieczarka (10%), cebula (12%), koncentrat pomidorowy (16%), cukier (5%), mąka pszenna, olej (4%), woda (16%), kwas cytrynowy, czosnek, pieprz, papryka, ziele angielskie, liść laurowy.

Izba ustaliła, porównując opis przedmiotu zamówienia z zał. nr 2 do SIWZ w zakresie lecza pieczarkowego i Atestem, że w przedłożonym Ateście w składnikach lecza nie ma marchwi, co wskazuje na sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ i co zasadnie Zamawiający

potraktował jako podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego w myśl art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Natomiast zapis w rozdz. VI pkt 19 ppkt 2 SIWZ wskazuje tylko na intencje Zamawiającego, który opisując przedmiot zamówienia w zał. nr 2 wskazał na polskie normy, ale ma świadomość, że opis tych norm jest szerszy niż opis parametrów produktów opisanych w zał. nr 2 do SIWZ co na rozprawie przedstawił na podstawie ogórków. Norma wskazana w zał. nr 2 dotycząca ogórków obejmuje ogórki konserwowe i korniszony, ogórki całe i krojone oraz ogórki klasy I i II. Natomiast opis ogórków w zał. nr 2 do SIWZ odnosi się tylko do ogórków konserwowych, całych klasy I. W ocenie Zamawiającego potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy wymagań w zał. nr 2 miały zapewnić między innymi świadectwa jakości handlowej. Natomiast Zamawiający nie przewidział, że w zakresie wystawiania świadectw jakości przez WIJHARS istnieją tak duże rozbieżności co do treści świadectw począwszy od podawania polskich norm jak i opisu szczegółowego produktu. W ocenie Izby brak podstaw do obciążania wykonawców negatywnymi skutkami wynikającymi z treści wystawianych świadectw przez WIJHARS, na treść których nie ma wpływu Odwołujący, co stwierdzono powyżej.

Zamawiający może egzekwować od Odwołującego obowiązek przedkładania dokumentów w zakresie, w jakim to określił w SIWZ. Natomiast w SIWZ zapisano, że świadectwa wydawane są na podstawie przeprowadzanych badań a nie, że Odwołujący ma dostarczyć świadectwo wraz z przeprowadzonym badaniem.

Zamawiający chcąc w pełnym zakresie wyegzekwować obowiązek wykazania wszystkich parametrów produktów opisanych w zał. nr 2 powinien oprócz wskazanych dokumentów w pkt 19 rozdz. VI zażądać innych dokumentów potwierdzających tożsamość zamówionych produktów z opisem w zał. nr 2 SIWZ.

Reasumując Izba stwierdzając naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy nie uwzględniła odwołania, ponieważ naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania, ponieważ Izba uznała za skuteczne odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy (leczno pieczarkowe brak w składzie marchwi), którą to podstawę prawną przywołał Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty z dnia 19 lutego 2009 r. Jednocześnie w przedmiotowej sprawie Izba nie stwierdziła podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy.

Izba nie uwzględniła naruszenia art. 25 ust. 1 i 2 ustawy, z uwagi na to, że w odwołaniu nie zawarto zarzutu z protestu o naruszeniu § 3 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U.

2006 r. nr 87 poz.605 zm. Dz. U. 2008 r., nr 188, poz.155). Ponadto Odwołujący na rozprawie oświadczył, że naruszenia § 3 ust. 1 pkt 2 wyżej przywołanego Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów nie podtrzymuje.

Izba również nie uwzględniła naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy, ponieważ Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty nie na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła kosztów zastępstwa Zamawiającego z uwagi na fakt, iż nie przedłożył on do akt sprawy rachunków wymaganych zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 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. z 2007r., Nr 128, poz. 886 ze zm.).

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*