

**Sygn. akt: KIO 1371/12**

**WYROK**

z dnia 12 lipca 2012 roku

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lipca 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lipca 2012 roku przez **Spółdzielnię Niewidomych SAN MARKO w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową nr 4226 w Warszawie**

orzeka

1. Oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Spółdzielnię Niewidomych SAN MARKO w Poznaniu** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Spółdzielnię Niewidomych SAN MARKO w Poznaniu**
  - 2.2. zasądza od **Spółdzielni Niewidomych SAN MARKO w Poznaniu** na rzecz **Jednostki Wojskowej nr 4226 w Warszawie** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Jednostka Wojskowa nr 4226 w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę przedmiotów zaopatrzenia mundurowego (swetry).

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 2 lipca 2012 roku wykonawca Spółdzielnia Niewidomych SAN MARKO w Poznaniu (dalej: odwołujący się) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego zarzucając, że zamawiający:

1. swoim zaniechaniem polegającym na niewykluczeniu wykonawcy - Marka Krajewskiego z zadania nr 2 i 4 uchybił:

- 1) art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że wykonawca spełniał warunki co do doświadczenia,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie wykonawcy pomimo, że ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, oraz nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) art. 26 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie zażądanie od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

2. swoim działaniem polegającym na błędnym przyjęciu, że wykonawca - Marek Krajewski spełnia warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i brak jest podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp naruszył art. 26 ust. 2a i 3 PZP;

3. swoim zaniechaniem polegającym na niezażądaniu wyjaśnień wykonawcy - VENA PRO Sp. z o.o. co do oferty złożonej w ramach zadania nr 2, uchybił art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a co skutkowało nieprzeprowadzeniem procedur przewidzianych w art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, zmierzających do dokonania ustaleń przyczyn rażącego zaniżenia przez wykonawcę wartości swej oferty stanowiącej ok. 70% planowanych przez zamawiającego wydatków;

4. swoim zaniechaniem polegającym na nieodrzuceniu oferty wykonawcy - VENA PRO

Sp. z o.o. z zadania nr 2 uchybił art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż oferta ta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Mając powyższe na względzie odwołujący się wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności wyboru ofert dla zadań nr 2 i 4 oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty dla tych zadań;
2. przeprowadzenie wnioskowanych odwołaniem dowodów;
3. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, wg norm przepisanych względnie zgodnie z wykazem kosztów przedstawionym podczas rozprawy.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że zamawiający prowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie nr D/66/03/2012 r. dotyczące dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego (swetrów). Warunkiem udziału w tym postępowaniu było m.in. wykazanie wiedzy i doświadczenia, przy czym zgodnie z pkt 1.2 rozdziału V SIWZ warunek ten mógł być uznany za spełniony jeśli wykonawca wykonał *„dostawę przedmiotów zaopatrzenia mundurowego wyprodukowanych zgodnie z zatwierdzoną dokumentacją techniczną służb mundurowych, odpowiadające co do funkcji i przeznaczenia przedmiotowi zamówienia* Zgodnie zaś z pkt 6 rozdziału V SI WZ *„ Ocena spełnienia w/w warunków dokonana zostanie zgodnie z formułą „spełnia - nie spełnia ”, w oparciu o informacje zawarte w oświadczeniach i dokumentach (...) Z treści załączonych dokumentów (a więc nie oświadczeń - przyp. aut.) musi wynikać jednoznacznie, iż w/w warunki Wykonawca spełnił ”.* Wykonawca Marek Krajewski przedłożył tylko jeden taki dokument w postaci referencji z dnia 09.05.2012 r. wystawionych przez „RELAKS” Sp. z o.o. Z zaświadczenia tego wynika, iż ww. *„zrealizował (...) dostawę swetrów męskich”.* Tak enigmatyczne określenie przedmiotu dostawy nie odpowiada warunkom SIWZ, albowiem nie każdy sweter męski jest *„przedmiotem zaopatrzenia mundurowego wyprodukowanym zgodnie z zatwierdzoną dokumentacją techniczną służb mundurowych, odpowiadającym co do funkcji i przeznaczenia przedmiotowi zamówienia*

W ocenie odwołującego się zamawiający nie miał podstaw do uznania, iż wykonawca Marek Krajewski spełnił sporne kryteria z SIWZ, albowiem z pism tych nie wynika, że dostarczone swetry:

- produkowane były w oparciu o *„zatwierdzoną dokumentacją ”*, oraz
- *„odpowiadały co do funkcji i przeznaczenia przedmiotowi zamówienia*

Nadto w oparciu o zasady doświadczenia życiowego nie sposób uznać za zgodne z rzeczywistością informacji zawartych w przywołanych referencjach wystawionych dla Marka

Krajewskiego z datą 09.05.2012 r. przez RELAKS Sp. z o.o., z których wynika, iż w ciągu poprzedzających tę datę kilku dni maja 2012 r. wykonawca rzekomo jednorazowo zrealizował dla tej spółki dostawę swetrów męskich o wartości brutto 1.450.170,00 zł. Brak jest jakichkolwiek dowodów, że do takiego zdarzenia gospodarczego realnie doszło, a fakt, iż zarówno sam Marek Krajewski jak i jego najbliższa rodzina blisko są powiązani z tą spółką (poprzez okoliczność, iż są jej współdziałowcami), nakazuje ostrożnie podchodzić do tej „nadzwyczajnie przypadkowej” transakcji, tym bardziej, że jak wynika z powszechnie dostępnych informacji głównym przedmiotem działalności ww. spółki jest całkowicie niezwiązana z istotą przetargu działalność z zakresu kwaciarstwa i prowadzenia sklepów zoologicznych (PKD 4776Z).

Odwołujący się podniósł, że złożona przez wykonawcę - VENA PRO Sp. z o.o. oferta na wykonanie zadania nr 2 była rażąco zaniżona i całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Okoliczność tę potwierdza porównanie tej oferty zarówno do pozostałych ofert złożonych w tym zadaniu przez odwołującego i Marka Krajewskiego jak i puli środków, jakie realnie oceniając Zamawiający planował na wydanie w ramach tego zamówienia.

Sytuacja taka winna po myśli art. 90 ustawy Pzp wymusić na zamawiającym przeprowadzenie procedury sprawdzającej. Zamawiający zaniechał tego, a w konsekwencji nie zastosował także art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Na rozprawie w dniu 12 lipca 2012 roku odwołujący się cofnął zarzut dotyczący zaferowania rażąco niskiej ceny przez wykonawcę VENA PRO Sp. z o.o.

Zamawiający oświadczeniem złożonym na rozprawie w dniu 12 lipca 2012 roku wniósł o oddalenie odwołania.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Jednym z warunków udziału w postępowaniu było wykazanie wiedzy i doświadczenia, przy czym – zgodnie z pkt 1.2 rozdziału V specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) – warunek ten mógł być uznany za spełniony, jeśli *Wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje dostawę/dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego wyprodukowanych zgodnie z zatwierdzoną dokumentacją techniczną służb mundurowych, odpowiadające co do funkcji i przeznaczenia przedmiotowi zamówienia. Zgodnie z pkt. 6 rozdziału V SIWZ ocena spełnienia w/w warunków dokonana zostanie*

*zgodnie z formułą spełnia – nie spełnia, w oparciu o informacje zawarte w oświadczeniach i dokumentach (...). Z treści załączonych dokumentów musi wynikać jednoznacznie, iż w/w warunki Wykonawca spełnił.*

W myśl Rozdziału VI pkt SIWZ w celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia zamawiający żąda następujących dokumentów: wykazu wykonanych dostaw, w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Wykonawca Marek Krajewski złożył ofertę na zadanie nr 2 i 4. Wraz z ofertą nie złożył wymaganych dokumentów. Pismem z dnia 29 maja 2012 roku zamawiający wezwał go do uzupełnienia brakujących dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W odpowiedzi wykonawca przedstawił wykaz dostaw swetrów o wartości 1.450.170,00 dla „Relax” Sp. z o.o. w Łowiczu oraz zaświadczenie wystawione przez „Relax” Sp. z o.o. w Łowiczu potwierdzające, iż firma PPHU „Krajewski” Marek Krajewski, 99-400 Łowicz, ul. Nadburzańska 19, zrealizowała dla niej dostawę swetrów męskich o wartości brutto 1.450.170,00 zł. Dostawa ta zrealizowana była w maju 2012 r. Dostawa była zrealizowana terminowo oraz z należytą starannością.

W dniu 5 czerwca 2012 roku zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Marka Krajewskiego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści dokumentów uzupełnionych na wezwanie zamawiającego, tj. wykazu wykonanych dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Stwierdził, że zarówno z treści wykazu dostaw, jak i z treści dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie nie wynika wprost, że dostawa dotyczyła przedmiotów zaopatrzenia mundurowego zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Pismem z dnia 8 czerwca 2012 roku wykonawca Marek Krajewski poinformował, że dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego – swetry – były realizowane zgodnie z dokumentacją techniczną służb mundurowych.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się uprawniony jest do wnoszenia środków ochrony prawnej w myśl art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawcy obowiązani byli wykazać, że posiadają wiedzę i doświadczenie w zakresie dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego wyprodukowanych zgodnie z zatwierdzoną dokumentacją techniczną służb mundurowych, odpowiadające co do funkcji i przeznaczenia przedmiotowi zamówienia. W związku z tym, że wykonawca Marek Krajewski nie złożył wraz z ofertą dokumentów potwierdzających, że posiada wymaganą wiedzę i doświadczenie zamawiający wezwał go do uzupełnienia brakujących dokumentów. Pomimo uzupełnienia dokumentów wykonawca nadal nie udowodnił, że wykonana przez niego dostawa na rzecz „Relax” Sp. z o.o. w Łowiczu jest taką dostawą, jakiej wymagał zamawiający, tzn. czy przedmiot dostawy został wyprodukowany zgodnie z zatwierdzoną dokumentacją techniczną służb mundurowych

Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W przypadku przetargu nieograniczonego dokumenty potwierdzające spełnianie warunków składa się wraz z ofertą. Wynika to z treści art. 26 ust. 2a ustawy Pzp. Możliwość uzupełnienia dokumentów po wyznaczonym terminie wynika z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający wzywa wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 zawierające błędy do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Złożone oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Z powyższego wynika, iż składanie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu razem z ofertą należy traktować jako zasadę. Przepis nakładający na wykonawców obowiązek jednoczesnego złożenia dokumentów wymaganych w postępowaniu stanowi realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dopuszczalność uzupełnienia brakujących dokumentów i oświadczeń po otwarciu wniosków stanowi poważny wyłom od tej zasady, a zatem może nastąpić wyłącznie w sytuacjach przewidzianych przez ustawę i nie może być interpretowana rozszerzająco. Z ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że wezwanie takie zamawiający może do wykonawcy skierować tylko raz.

Tymczasem w niniejszym postępowaniu zamawiający dwukrotnie zwrócił się do wykonawcy z wnioskiem o wykazanie, iż spełnia on warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Dopiero w wyniku drugiego wezwania wykonawca

potwierdził, że zrealizowana przez niego dostawa odpowiada warunkom niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Niemniej jednak Izba nie uwzględniła odwołania, ponieważ zarzut dwukrotnego wezwania wykonawcy do wykazania, że spełnia on warunki przetargu, nie został przez odwołującego się podniesiony. Odwołujący się podnosił, że wykonawca Marek Krajewski nie wykazał, że zrealizowana przez niego dostawa odpowiadała wymaganiom specyfikacji, tymczasem – w ocenie Izby – wykonawca ten w piśmie z dnia 8 czerwca 2012 roku potwierdził, że tak właśnie było. Odwołujący się nie wskazał na nieprawidłowości w działaniach zamawiającego, polegającej na dwukrotnym wezwaniu, ale na nieprawidłowej ocenie dokumentów złożonych przez wykonawcę. Wskazuje na to następujący fragment odwołania: „Nie sposób nie wskazać, że nawet łącznie z oświadczeniem wykonawcy z dnia 08.06.2012 r. Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że Wykonawca spełnił sporne kryteria z SIWZ”. Oznacza to, że odwołujący się nie zakwestionował samego faktu złożenia kolejnego dokumentu na potwierdzenie spełniania warunku, ale na nieprawidłową jego ocenę.

W związku z faktem nie podniesienia zarzutu dwukrotnego wezwania wykonawcy do złożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu Izba nie mogła uwzględnić odwołania na takiej podstawie. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 2a i 3 ustawy Pzp Izba uznała za niezasadny.

W ocenie Izby odwołujący się nie udowodnił również naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Marka Krajewskiego, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. W ocenie odwołującego się nieprawdziwą informacją był fakt rzekomego zrealizowania przez tego wykonawcę dla spółki „Relax” dostawy swetrów męskich o wartości brutto 1.450.170,00 zł. Zamawiający złożył do akt sprawy fakturę VAT z dnia 2 maja 2012 roku na dostawę przez wykonawcę Marka Krajewskiego dla spółki „Relax” swetrów męskich czarnych o łącznej wartości brutto 1.450.170 zł. Zdaniem Izby faktura VAT jest dostatecznym dowodem na wykazanie, że do transakcji w niej uwidocznionej istotnie doszło. Zważywszy na fakt, iż oprócz rzeczony faktury w dokumentacji postępowania znajduje się referencja z dnia 9 maja 2012 roku wystawiona przez „Relax” Sp. z o.o., potwierdzająca wykonanie dostawy Izba uznała fakt realizacji takiej dostawy za udowodniony.



Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....