

**Sygn. akt: KIO/UZP 999 /08**

**WYROK**  
**z dnia 2 października 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Grzegorz Mazurek**

**Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Izabela Niedziałek**

**Protokolant: Jadwiga Ząbek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 października 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **HANS-JOACHIM WEITZEL GmbH & Co.KG Sportstättenbau z siedzibą Großer Moorweg 1, 25436 Tornesch** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Żagań ul. Armii Krajowej 9, 68-100 Żagań** protestu z dnia **1 września 2008 r.**

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

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża **HANS-JOACHIM WEITZEL GmbH & Co.KG Sportstättenbau z siedzibą Großer Moorweg 1, 25436 Tornesch** 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 uiszczanego przez **HANS-JOACHIM WEITZEL GmbH & Co.KG Sportstättenbau z siedzibą Großer Moorweg 1, 25436 Tornesch**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **HANS-JOACHIM WEITZEL GmbH & Co.KG Sportstättenbau z siedzibą Großer Moorweg 1, 25436 Tornesch** na rzecz **Gminy Żagań ul. Armii Krajowej 9, 68-100 Żagań** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (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 **HANS-JOACHIM WEITZEL GmbH & Co.KG Sportstättenbau z siedzibą Großer Moorweg 1, 25436 Tornesch**.

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Żagań prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę kompleksu sportowego w ramach ogólnopolskiego programu ministerialnego pn. „Moje Boisko – Orlik 2012 gmina Żagań – boisko piłkarskie, boisko wielofunkcyjne oraz zaplecze szatniowo – sanitarne) przy Zespole Szkół w Tomaszowie przy ul. Leśnej”.

W dniu 19.08.2008r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej – złożonej przez Bronisława Pajaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy MELDROSAN Bronisław Pajak – zwanej dalej wykonawcą Meldrosan. W uzasadnieniu wyboru wskazano na to, że wykonawca ten spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, złożył ofertę nie podlegającą odrzuceniu i zaproponował najniższą cenę.

O czynności wyboru oferty najkorzystniejszej poinformował wykonawcę – Hans-Joachim Weitzel GmbH&Co. KG – zwanego dalej protestującym, odwołującym lub wykonawcą HJ Weitzel w dniu 25.08.2008r.

W dniu 1.09.2008r. wpłynął protest wykonawcy HJ Weitzel.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Meldrosan która w jego ocenie nie spełniała wymogów poz. 36 Przedmiaru robót oraz wytycznych Ministerstwa Sportu i Turystyki wobec inwestycji realizowanych w ramach Programu „Orlik 2012” określających obowiązek załączenia do oferty certyfikatów i atestów dotyczących materiałów na boisko do piłki nożnej oraz na boisko do koszykówki i siatkówki. Protestujący zarzucił ponadto naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przez nie wykluczenie wykonawcy Meldrosan pomimo, że złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania – wynikało to z nieprawdziwego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Ponadto protestujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie spełniający zasad uczciwej konkurencji.

Zażądano unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy Meldrosan z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i powtórzenie wyboru oferty najkorzystniejszej.

W argumentacji wskazano na to, że wykonawca, którego oferta została wybrana nie przedstawił w swojej ofercie jakiegokolwiek informacji, że oferuje wymaganą przez zamawiającego nawierzchnię. Powołano się na pkt 1.2 Specyfikacji 2/D 0.5 przedstawioną

przez Ministerstwo Sportu i Turystyki i wskazano, że kompletna oferta zgodnie z wytycznymi ministerstwa powinna zawierać atesty, karty techniczne lub certyfikaty oferowanych nawierzchni syntetycznych. Następnie wskazano, że wybór oferty nie zawierającej tych dokumentów jest sprzeczny z komunikatem Ministerstwa Kultury i Sportu dotyczącym zachowania uczciwej konkurencji. Stwierdzono, że postępowanie jest inwestycją realizowaną z inicjatywy Ministerstwa Sportu i Turystyki oraz współfinansowaną ze środków tego ministerstwa i nieprzestrzeganie wymogów zawartych w dokumentach ministerstwa może skutkować utratą środków publicznych przeznaczonych na przedmiotową inwestycję. Protestujący podniósł następnie, że wykonawca Meldrosan złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, gdyż według wiedzy protestującego nie posiada doświadczenia i niezbędnej wiedzy ani nie dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Wskazano, że wykonawca ten zobowiązał się do wykonania zamówienia samodzielnie, bez udziału podwykonawców. Wykonawca ten nie potwierdził swojego potencjału żadnymi certyfikatami czy atestami. Wskazano na wyrok ZA z 19.04.2005r. sygn. UZP/ZO/0-774/05 i argumentowano, że zamawiający nie powinien bezkrytycznie przyjmować oświadczeń wykonawcy, ale ma obowiązek je weryfikować. Wskazano ponadto na orzeczenia ZA – z dnia 26.01.2005r. UZP/ZO/0-02/05 i z dnia 24.05.2005r. UZP/ZO/0-1055/05 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z dnia 13.04.2005r. sygn. V Ca 183/05 stwierdzając, że gdyby wykonawca wybrany napisał prawdę, to byłby wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazano ponadto na treść art. 17 ustawy z dnia 17.12.2004r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Następnym zarzutem było wskazanie na naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Naruszenie to nastąpiło poprzez nie wybranie oferty protestującego, która odpowiadała SIWZ oraz wymogom programu ministerialnego. Wybrano ofertę podlegającą odrzuceniu a tym samym naruszono podstawowe zasady zamówień publicznych.

Zamawiający w dniu 4.09.2008r. rozstrzygnął protest odrzucając go.

W argumentacji wskazał na to, że nie żądał w SIWZ certyfikatów ani atestów odnośnie nawierzchni i nie miał obowiązku zawarcia takich żądań w SIWZ. Wskazano na to, że nie żądano dokumentów odnośnie potwierdzenia doświadczenia zawodowego oraz potencjału technicznego i kadrowego wykonawcy gdyż nie było takiego obowiązku. Tym samym zamawiający stwierdził, że oferta Meldrosan jest zgodna z zapisami SIWZ. Odnośnie zarzutu dotyczącego przedłożenia w ofercie Meldrosan nieprawdziwych informacji wskazano, że protestujący nie udowodnił tej okoliczności. Odnośnie naruszenia zasad wynikających z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp wskazano, że dokonano wyboru oferty

wykonawcy spełniającego warunki udziału w postępowaniu a jego oferta odpowiadała wymogom SIWZ. Wykonawca ten zaproponował najniższą cenę i jego oferta musiała zostać wybrana.

Podsumowano, że protest dotyczył postanowień SIWZ – w związku z powyższym należy go odrzucić, gdyż został wniesiony z uchybieniem terminów.

W dniu 9.09.2008r. HJ Weitzel złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu.

Zarzucono Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie spełniający zasad uczciwej konkurencji tj. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nie wykluczenie z postępowania wykonawcy Meldrosan, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, a to przez złożenie nieprawdziwego oświadczenia o posiadaniu niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia. Tym samym w ocenie odwołującego było to dopuszczenie się przez zamawiającego czynu o którym mowa w art. 17 ustawy z 17.12.2004r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych – udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, jeżeli naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania.

Wniesiono o uwzględnienie odwołania, nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Meldrosan z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, nakazanie powtórzenie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zwrot kosztów postępowania.

W argumentacji wskazano, że Zamawiający bezzasadnie odrzucił protest – uznano jego działanie za nieprawidłowe. Wskazano, że zgodnie z orzecznictwem Zamawiający nie powinien bezkrytycznie przyjmować oświadczeń wykonawcy, ale powinien je weryfikować. Wykrycie nieprawdziwej informacji powinno wynikać z różnych źródeł – m.in. na skutek złożonych protestów. Ponadto powtórzono argumentację zawartą w proteście.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy i dokonaniu analizy dokumentacji postępowania postanowiła oddalić odwołanie.

Należy zważyć, że wartość zamówienia została określona na kwotę 1.104.810, 04 zł tj. 284.957,84 euro. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Gmina Żagań jako zamawiający w niniejszej sytuacji nie miała obowiązku przekazywania ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Z art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że zamawiający żąda od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,

jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ponieważ wartość zamówienia nie przekraczała kwoty to zamawiający nie miał obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Z treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wynikało, że zamawiający żądał oświadczenia wykonawcy o spełnieniu warunków w trybie art. 22 ust. 1, aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, pełnomocnictwa, aktualnych zaświadczeń z US i ZUS o nie zaleganiu z właściwymi opłatami publicznymi, informacji banku potwierdzającej wysokość posiadanych środków na kwotę 500.000 zł oraz polisy lub innego dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę minimum 50.000 zł. Wykonawca Meldrosan złożył wszystkie wymagane dokumenty w wyniku czego Zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania jego oferty.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma być jawne i przejrzyste – wszystkie dokumenty żądane przez zamawiającego i jego wymagania powinny być określone w SIWZ. Zamawiający nie może na etapie oceny ofert stwierdzać, że wykonawcy oprócz wymagań określonych w SIWZ powinni potwierdzić wymagania wynikające z dokumentów wydanych przez inne organy – w tym przypadku przez Ministra Sportu i Turystyki. Prowadziłoby to do złamania zasady uczciwej konkurencji oraz zasady jawności i przejrzystości postępowania. Wytoczne wydane przez Ministra Sportu i Turystyki nie mają w przedmiotowym postępowaniu żadnego znaczenia, gdyż nie zostały przywołane w SIWZ. W wyniku powyższego – należy stwierdzić, że wykonawca Meldrosan nie miał obowiązku przedstawiania certyfikatów i atestów, o których mowa w proteście i odwołaniu, a tym samym zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przez nie wykluczenie wykonawcy Meldrosan – należało stwierdzić, że odwołujący nie udowodnił, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów dotyczących potencjału technicznego tego wykonawcy ani jego doświadczenia, ale wskazał jedynie, że według jego wiedzy wykonawca ten nie wykonywał jeszcze obiektów sportowych. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że ryzyko wyboru nieodpowiedniego wykonawcy ciąży na zamawiającym. Z art. 15 ust. 1 ustawy Pzp wynika bezpośrednio, że to zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. W toku badania i oceny ofert powinien on opierać się na dokumentach złożonych w postępowaniu. Konstrukcja przyjęta przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu – polegająca na przyjęciu oświadczeń odnośnie doświadczenia i potencjału technicznego uniemożliwiła mu

działania wykraczające poza określone ramami które sam określił. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że z reguły następuje sytuacja, gdzie zamawiający zbyt szczegółowo określa i konkretyzuje warunki udziału w postępowaniu – w przedmiotowym postępowaniu jest jednak odwrotnie – Zamawiający określił warunki ogólnie i powinien przyjąć złożone oświadczenia o spełnianiu warunków, a ich zakwestionowanie może nastąpić tylko w przypadku posiadania bezpośrednich dowodów potwierdzających jednoznacznie i w sposób nie budzący wątpliwości, że dany wykonawca złożył nieprawdziwe oświadczenie. W przedmiotowej sytuacji protestujący nie przedstawił żadnych dowodów, które mogłyby stanowić podstawę do zakwestionowania oświadczeń wykonawcy Meldrosan.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że nie jest podmiotem powołanym do badania naruszeń przepisów ustawy z dnia 17.12.2004r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych należało uznać za bezzasadny w konsekwencji oddalenia zarzutów poprzednich. Zamawiający dokonał wyboru oferty nie naruszając zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika do kwoty 3 600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, zgodnie 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).

Stosownie do art. 194 i 195 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 Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Zielonej Górze.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....