

WYROK

z dnia 13 maja 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 maja 2008 r. w Warszawie
odwołania wniesionego przez

POLCOURT S.A. ul. Generała Zajączka 11, lok. C7, 01-510 Warszawa

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

Gminę Legnica Plac Słowiański 8, 59-220 Legnica

protestu z dnia 23 kwietnia 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 POLCOURT S.A. ul. Generała
Zajączka 11, lok. C7, 01-510 Warszawa i nakazuje:**

KIO/UZP 404/08 1 z 10

- 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 POLCOURT S.A. ul. Generała
Zajączka 11, lok. C7, 01-510 Warszawa,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy)
przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony
poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy)
przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek
dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych,
- 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 POLCOURT S.A.
ul. Generała Zajączka 11, lok. C7, 01-510 Warszawa.

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *modernizację boisk szkolnych Szkoły Podstawowej nr 9 ul. Marynarska 31*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 18 marca 2008 r. pod numerem 54683-2008. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona 18 marca 2008 r. na stronie www.legnica.eu. Wartość zamówienia wynosi 2.143.730,35 zł, tj. 552.921,02 euro.

21 i 22 kwietnia 2008 r. Zamawiający dokonał modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia zmieniając parametr ścieralności nawierzchni poliuretanowej nieprzepuszczalnej z $\leq 0,1$ mm na $\leq 0,3$ mm lub

≥ 1 rV.

23 kwietnia 2008 r. Odwołujący wniósł protest „dotyczący treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia” żądając:

KIO/UZP 404/08 2 z 10

1. zmiany modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zmianę wymaganych parametrów dla nawierzchni w wersji nieprzepuszczalnej poprzez określenie tych parametrów jako: wytrzymałość na rozciąganie min. 0,5 MPa oraz wydłużenie względne przy zerwaniu min. 0,40 %,
2. rezygnacji z modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia – wskazanych powyżej parametrów, które spełnia tylko i wyłącznie nawierzchnia sportowa CONIPUR firmy Conica – obniżenie spełniania parametrów jest uzasadnione ich spełnianiem wyłącznie przez jeden produkt jednego producenta,
3. przedłużenia terminu składania ofert przynajmniej o 7 dni,
4. a w przypadku, gdy spełnienie któregośkolwiek żądania jest niedopuszczalne prawnie z punktu widzenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych – unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podstawą wniesienia protestu było naruszenie, zdaniem Odwołującego, przez Zamawiającego:

1. przepisów art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – poprzez przygotowanie postępowania z naruszeniem zasady przestrzegania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 29 ust. 1 – 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w tym określenie cech wskazujących na jednego producenta, w sposób nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego i bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia,
3. art. 38 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych – poprzez

ofert iż niewystarczające przedłużenie terminu

składania pomimo

niezbędny był dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofercie.

Odwołujący następująco uzasadnił swój protest: Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazał nawierzchnię CONIPUR firmy Conica, 25 marca 2008 r. wpłynął do Zamawiającego protest wniesiony przez P.W.

KIO/UZP 404/08 3 z 10

Polimer Agnieszka Kocyba, który Zamawiający uwzględnił dopuszczając wszystkie nawierzchnie poliuretanowe posiadające certyfikat IAAF.

21 i 22 kwietnia 2008 r. Zamawiający dokonał modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia i podał minimalne parametry dla nawierzchni. Zdaniem Odwołującego parametry te wskazują na tylko jeden produkt (CONIPUR firmy Conica) i uniemożliwiają złożenie oferty na produkt takiej samej jakości, ale inny niż wskazany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na poparcie tego twierdzenia Odwołujący przedstawił tabelę porównującą parametry sześciu nawierzchni domagając się dopuszczenia także nawierzchni wskazanych w tej tabeli.

Odwołujący stwierdza też, iż czynnością Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie cech, które mają dla niego kluczowe znaczenie, jednak katalog tych cech powinien być obiektywnie uzasadniony. Natomiast już samo zaistnienie możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji, a nie jej wystąpienie, pozwala stwierdzić nieprawidłowość w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym niezgodność z prawem.

Powyższy protest Zamawiający oddalił w całości 24 kwietnia 2008 r. stwierdzając, iż nie można postawić mu zarzutu utrudnienia uczciwej konkurencji poprzez dążenie do uzyskania boiska o najlepszych parametrach, ponieważ musi on się kierować potrzebą zrealizowania inwestycji oraz celowością i ekonomią wydatkowania środków publicznych i wykorzystania w przyszłości nowoczesnego obiektu sportowego – dlatego wymaga dostarczenia produktu o najlepszych parametrach wykonanego w nowoczesnej technologii. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. podając określone wymagania techniczne, jakościowe i użytkowe formułując je za pomocą granicznych parametrów technicznych, czyli dokładnie i zrozumiale, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także dopuścił do zaoferowania asortymentu równoważnego pod warunkiem, że parametry techniczne, jakościowe, funkcjonalne i użytkowe będą spełniać wymagania minimalne określone

KIO/UZP 404/08 4 z 10

w punkcie 6.1.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Instrukcji dla Wykonawców). Zatem zarzut, że Zamawiający nie dopuszcza produktu takiej samej jakości, jest chybiony. Dodatkowo, by zwiększyć konkurencyjność oraz dostępność do zamówienia 21 i 22 kwietnia 2008 r. zmodyfikował m.in. parametr ścieralności nawierzchni nieprzepuszczalnej z $\leq 0,10$ mm na $\leq 0,30$ mm lub ≥ 1 rV. Natomiast dalsza zmiana parametrów zgodnie z żądaniem Odwołującego byłaby sprzeczna z obowiązkiem celowego, oszczędnego i efektywnego wydatkowania środków. Dobór nawierzchni podyktowany był nie tylko właściwościami użytkowymi i technicznymi, ale również bezpieczeństwem i zdrowiem zawodników, trwałością nawierzchni i kosztami jej eksploatacji i regeneracji.

Natomiast, zgodnie z przepisem art. 38 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający nie miał obowiązku 7-dniowego przedłużenia terminu składania ofert, a termin ten był już uprzednio trzykrotnie zmieniany, w związku z czym wykonawcy mieli 37 dni na przygotowanie oferty.

28 kwietnia 2008 r. odbyło się otwarcie ofert. W wyznaczonym terminie wpłynęło 8 ofert, w tym oferta Odwołującego.

28 kwietnia 2008 r. (wpływ do UZP 30 kwietnia 2008 r.) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym powtórzył swoje zarzuty i zażądał nakazania Zamawiającemu:

1. zmiany modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zmianę wymaganych parametrów dla nawierzchni w wersji nieprzepuszczalnej poprzez określenie tych parametrów jako: wytrzymałość na rozciąganie min. 0,5 MPa oraz wydłużenie względne przy zerwaniu min. 0,40 %,
2. rezygnacji z modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia polegających na takim określeniu wskazanych powyżej parametrów, które spełnia tylko i wyłącznie nawierzchnia sportowa CONIPUR firmy Conica – obniżenie spełniania parametrów jest uzasadnione ich spełnianiem wyłącznie przez jeden produkt jednego producenta,

KIO/UZP 404/08 5 z 10

3. przedłużenia terminu składania ofert o dodatkowy (dłuższy) czas na wprowadzenie zmian w ofertach,
4. a w przypadku, gdy spełnienie któregośkolwiek żądania jest niedopuszczalne prawnie z punktu widzenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych – unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby uznał, iż zarzuty względem Zamawiającego i żądanie nakazania Zamawiającemu *zmiany modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zmianę wymaganych parametrów dla nawierzchni w wersji nieprzepuszczalnej poprzez określenie tych parametrów jako: wytrzymałość na rozciąganie min. 0,5 MPa oraz wydłużenie względne przy zerwaniu min. 0,40 % i rezygnacji z modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia polegających na takim określeniu powyżej parametrów, które tylko i wyłącznie wskazanych spełnia nawierzchnia sportowa CONIPUR firmy Conica – obniżenie spełniania parametrów jest uzasadnione ich spełnianiem wyłącznie przez jeden produkt jednego producenta* dotyczą nakazania Zamawiającemu rozszerzenia modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a więc jej zmiany. Odwołanie podlega w tym zakresie odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ protest został wniesiony z uchybieniem terminu określonego w ustawie oraz odwołanie, wniesione przez wykonawcę wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczy czynności, których Zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Zgodnie z przepisem art. 180 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych protest dotyczący treści ogłoszenia, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także dotyczące postanowień istotnych warunków wnosi się specyfikacji zamówienia, w terminie 7 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień

KIO/UZP 404/08 6 z 10

Publicznych lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (co ma miejsce w tym przypadku).

Ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikacja istotnych warunków zamówienia zostały opublikowane 18 marca 2008 r., więc termin na składanie protestów dotyczących ich treści upływał 25 marca 2008 r.

Zgodnie z zapisem punktu 6.1.2 ppkt 1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Instrukcji dla Wykonawców) oraz punktu II.1.3) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wymagał, aby nawierzchnie poliuretanowe przepuszczalne i nieprzepuszczalne posiadały minimalne parametry: wytrzymałość na rozciąganie $\geq 0,70$ MPa, wydłużenie względne przy zerwaniu $\geq 50\%$, ścieralność $\leq 0,10$ mm. W kolejnych odpowiedziach na zapytania wykonawców, modyfikacjach specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani rozstrzygnięciu protestu Zamawiający nie zmienił wymagań dotyczących wytrzymałości na rozciąganie oraz wydłużenia względnego przy zerwaniu, których dotyczą żądania Odwołującego. Odpowiedziami z 21 i 22 kwietnia 2008 r. zmienił jedynie wartość parametru ścieralności, którego protest i odwołanie Odwołującego nie dotyczą.

25 marca 2008 r. został wniesiony do Zamawiającego protest pani Agnieszki Kocyby (P.W. Polimer), do którego, po stronie Protestującej, przyłączył się również Odwołujący. Protest ten dotyczył m.in. zapisów punktu 6.1.2. ppkt 1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Instrukcji dla Wykonawców) i w tym zakresie został przez Zamawiającego oddalony, na które to oddalenie nie zostało wniesione odwołanie. Natomiast

uwzględnił w zakresie Zamawiający protest wyłącznie wymaganych dokumentów dotyczących oferowanej nawierzchni wymienionych w punkcie 6.1.2. ppkt 2) lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Instrukcji dla Wykonawców) tj. aprobaty technicznej ITB i specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zmieniona wyłącznie w tym zakresie.

W związku z brakiem odwołania od powyższego rozstrzygnięcia protestu należy uznać, iż protest ten został ostatecznie rozstrzygnięty, a zachowanie przez Zamawiającego pierwotnych zapisów specyfikacji istotnych warunków

KIO/UZP 404/08 7 z 10

zamówienia jest czynnością dokonaną zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 38 ust. 6 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wyznaczenie wykonawcom zbyt krótkiego terminu składania ofert po modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 21 i 22 kwietnia 2008 r. skład orzekający lzby stwierdził, iż Zamawiający nie naruszył ww. przepisów.

Zamawiający, pismem z 21 kwietnia 2008 r. zmienił parametr ścieralności nawierzchni poliuretanowej nieprzepuszczalnej i jednocześnie przesunął termin składania ofert z 24 na 25 kwietnia 2008 r. Jednocześnie załączył poprawione załączniki do specyfikacji istotnych warunków zamówienia: załącznik nr 8 „Oświadczenie wykonawcy dotyczące parametrów zastosowanych nawierzchni syntetycznych”, przedmiar oraz ogólne specyfikacje techniczne R02 i R05. Pismem z 22 kwietnia 2008 r. Zamawiający dokonał sprostowania błędnego zapisu dotyczącego parametru wytrzymałości na rozciąganie (0,6 zamiast 0,7 MPa) oraz dodał alternatywną jednostkę, w której może być mierzona ścieralność ≥ 1 rV.

24 kwietnia 2008 r., rozstrzygając protest Odwołującego, Zamawiający, jakkolwiek, zgodnie z sentencją rozstrzygnięcia protestu, „oddalił go w całości”, ponownie zmienił termin składania ofert – na 28 kwietnia 2008 r. W związku z powyższym od 22 kwietnia 2008 r., kiedy to wykonawcy otrzymali ostateczną wersję modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a terminem składania ofert upłynęło 6 dni.

Zgodnie z dyspozycją art. 38 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający przedłuża termin składania ofert, jeżeli w wyniku modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, z tym że jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, termin na wprowadzenie tych zmian wynosi co najmniej 7 dni. Ponieważ wartość zamówienia nie przekracza 5.150.000 euro Zamawiający nie jest zobowiązany zachować 7-dniowego terminu na składanie ofert, nadal jednak

KIO/UZP 404/08 8 z 10

powinien zapewnić „niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach”. Kwestia ustalenia, jaki czas jest tym czasem niezbędnym, zależy od rodzaju zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia i sytuacji poszczególnych wykonawców.

Dla Zamawiającego zmiana jednego parametru nawierzchni poliuretanowej nieprzepuszczalnej była mało istotna, więc uznał, że jeden dzień wystarczy wykonawcom na modyfikację ofert. Jednak skład orzekający lzby przychyła się do stanowiska Odwołującego, iż Zamawiający powinien wziąć pod uwagę również fakt, iż dla wykonawców wprowadzona zmiana mogła oznaczać, że mogą zaoferować inną markę nawierzchni niż ustaloną i wycenioną przed modyfikacją specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a więc potrzebują więcej czasu na ewentualne rozważenie możliwości skorzystania z innych produktów i negocjacji z innymi dostawcami. Zatem jeden dodatkowy dzień prawdopodobnie był dla nich terminem zbyt krótkim.

Biorąc jednak pod uwagę cały stan sprawy ustalony na podstawie dokumentów postępowania i podczas rozprawy, skład orzekający lzby stwierdził, iż Zamawiający przesunął termin składania ofert w sumie o 6 dni,

co biorąc pod uwagę minimalny czas na wprowadzenie zmian w ofertach przy zamówieniach przekraczających tzw. progi unijne, można uznać za czas dla wykonawców wystarczający.

Jednocześnie skład orzekający Izby uznał, iż nie stwierdził przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z urzędu.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga

KIO/UZP 404/08 9 z 10

za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Legnicy.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

KIO/UZP 404/08 10 z 10