

WYROK
z dnia 9 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 października 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **POLCOURT S.A, ul. Gen. Zajączka 11, lok C7, 01-510 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Ostrołęka, Plac Gen. J. Bema 1, 07-400 Ostrołęka** protestu z dnia 3 września 2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **POLCOURT S.A, ul. Gen. Zajączka 11, lok C7, 01-510 Warszawa** 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 uiszczonego przez **POLCOURT S.A, ul. Gen. Zajączka 11, lok C7, 01-510 Warszawa**,
 - 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 0 zł 0 gr (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 **POLCOURT S.A, ul. Gen. Zajączka 11, lok C7, 01-510 Warszawa**.

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Ostrołęka wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę pełnowymiarowych boisk piłkarskich przy ul. Witosa 1 – etap 1. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 201147 w dniu 27.08.2008 roku, specyfikacja istotnych warunków zamówienia – dalej: siwz – została udostępniona na stronie internetowej Zamawiającego www.ostroleka.pl.

Wobec treści siwz z zachowaniem terminu wskazanego w art. 180 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655) - dalej: Pzp - protest wniósł POLCOURT S.A. z siedzibą w Warszawie. Protestujący podniósł zarzut naruszenia zakazu opisu zamówienia w sposób wskazujący na konkretny produkt oferowany przez konkretnego wykonawcę wskutek dokonania opisu przedmiotu zamówienia za pomocą parametrów trawy syntetycznej. Zdaniem Protestującego przedmiot zamówienia winien być opisany przez wskazanie cech mających dla Zamawiającego kluczowe znaczenie oraz obiektywnie uzasadnionych. Protestujący wywiódł, że działania Zamawiającego winny być nie ograniczać i nie utrudniać konkurencji, ale też zapewniać konkurencję i stwierdził, że sprzeczność z prawem opisu zamówienia powoduje zaistnienie możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji. Protestujący wskazał również na ewentualność dopuszczenia się naruszenia dyscypliny finansów publicznych czymem określonym w art. 17

ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 roku, Nr 14, poz. 114 ze zm.). Protestujący żądał skreślenia wymagania spełnienia konkretnych parametrów technicznych dla nawierzchni typu sztuczna trawa oraz „dopuszczenia do przetargu wszystkich traw syntetycznych posiadających

2

pozytywne wyniki badań na certyfikat FIFA 1 STAR lub 2 STAR”, alternatywnie wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 42 ust. 1 Pzp.

Zamawiający zgodnie z art. 181 ust. 3 Pzp powiadomił wykonawców o wniesieniu protestu.

W dniu 8.09.2008 roku TAMEX OBIEKTY SPORTOWE S.A. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu z zachowaniem przesłanek skuteczności przystąpienia wskazanych w art. 181 ust. 4 i 5 Pzp. Wykonawca zgłaszający przystąpienie wniósł o odrzucenie protestu jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony wskazując, że do protestu nie został dołączony odpis z KRS, zatem uprawnienie do wnoszenia środków ochrony prawnej nie zostało udowodnione. Wniósł również o oddalenie odwołania i podniósł, że opis nawierzchni ze sztucznej trawy zawiera wartości poszczególnych parametrów z dopiskiem „min.”, wskazuje, zatem parametry minimalne. W ocenie wykonawcy zgłaszającego przystąpienie, opis przedmiotu zamówienia dokonany został zgodnie z art. 29 Pzp, zaś żądania protestu naruszają art. 31 ust. 1 Pzp i godzą w prawo Zamawiającego do określenia przedmiotu zamówienia zgodnie z własnymi potrzebami.

Zamawiający w dniu 12.09.2008 roku uwzględnił protest i oświadczył, że zmienia postanowienia Części III siwz „Opis przedmiotu zamówienia” w ten sposób, że obniża parametry techniczne dotyczące trawy syntetycznej. Zamawiający podał również nowe brzmienie stosownych postanowień siwz.

W dniu 17.09.2008 roku za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego z zachowaniem wymogu przekazania kopii odwołania Zamawiającemu POLCOURT S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Wskazując na naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 - 3 Pzp Odwołujący się zarzucił Zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w tym określenie cech produktu w sposób nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Odwołujący się wywiódł, że zmiany treści siwz, które planuje dokonać Zamawiający utrzymują dotychczasowy stan postępowania – utrudniają uczciwą konkurencję oraz nie zadośćuczyniają żądaniom protestu. W oparciu o wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy Odwołujący się wywiódł, że Zamawiający winien wskazać, że wyłącznie produkt o opisanych przez niego cechach umożliwi mu realizację zakładanego w postępowaniu celu, zaś „przepis art. 29 ust. 2 Pzp uznaje za wystarczające uprawdopodobnienie uczciwej konkurencji”.

3

Zamawiający powiadomił o wniesieniu odwołania zgodnie z wymaganiami art. 184 ust. 4 Pzp. Wykonawca biorący udział w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności siwz z załącznikami, rozstrzygnięcia protestu oraz wysłuchała oświadczeń pełnomocników złożonych na rozprawie.

Izba ustaliła, co następuje:

W siwz część III „Opis przedmiotu zamówienia” (str. 34 – 35 siwz) Zamawiający ustalił, że boisko o nawierzchni sportowej ma zostać wykonane z trawy syntetycznej o parametrach:

- wysokość całkowita nawierzchni: min. 40 mm;
- gęstość (ilość splotów/m²): min. 17600;
- gęstość (ilość włókien/m²): min. 564.000;

- ciężar całkowity: min. 3400gr/m² ;
- rodzaj włókna: poliamidowe, 100% monofilowe – proste i skręcone o grubości min. 140 mikronów;
- Dtex: min. 14.000;
- grubość włókna: min. 140 mikronów;
- wypełnienie: bez wypełnienia;
- kolor nawierzchni: zielony – włókna dwukolorowe;
- linie: wklejone w nawierzchnię – białe.

Zgodnie z pkt 9.1.3)b) siwz część I – „Instrukcja dla wykonawców” wykonawcy mają wykazać, iż oferowane roboty budowlane spełniają wymagania Zamawiającego za pomocą Certyfikatu FIFA – 1 STAR lub 2 STAR (str. 6 siwz).

W rozstrzygnięciu protestu z dnia 12.09.2008 roku Zamawiający oświadczył, że zmieni siwz w ten sposób, że parametry trawy syntetycznej wynosić będą:

1. - wysokość całkowita nawierzchni: min. 37 mm, max. 42 mm;
2. - gęstość (ilość splotów/m²): min. 17.500;
3. - gęstość (ilość włókien/m²): min. 560.000;
4. - ciężar całkowity: min. 3400gr/m² ;
5. - rodzaj włókna: włókno Pa (poliamidowe), lub Pa + Pe (polietylen), 100% monofil – proste lub proste i skręcone o grubości min. 140 mikronów;
6. - Dtex: min. 11.800;
7. - grubość włókna: min. 140 mikronów;
8. - kolor nawierzchni: zielony – dwa odcienie;

4

9. - wypełnienie: bez wypełnienia.

Trawa syntetyczna ułożona na boisku, jak również w strefie ochronnej boiska o takich samych parametrach.

Nawierzchnia syntetyczna winna posiadać wyniki badań min. FIFA 1 bez wypełnienia”.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i należy je oddalić.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego się, że Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu opisał przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Przeciwnie, Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp za pomocą cech technicznych, przy użyciu dokładnych i zrozumiałych określeń. Podane parametry sztucznej trawy Zamawiający określił jako minimalne wymagania stawiane zaoferowanej sztucznej nawierzchni boiska, bez wskazania znaku towarowego, patentu, bądź pochodzenia, zatem art. 29 ust. 3 Pzp nie został naruszony. Izba stwierdza, że postanowienia siwz nie pozwalają na przyjęcie prezentowanego stanowiska Odwołującego się, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób wskazujący na konkretnie oznaczony produkt pochodzący od jednego producenta.

Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami prawa ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia o określonych minimalnych standardach jakościowych i technicznych. Okoliczność o charakterze notoryjnym, że nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania Zamawiającego opisane w siwz i mogą go zaoferować oraz, że wymagania techniczne są trudne do spełnienia przez niektórych wykonawców, nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji (podobnie wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 7.02.2005 roku, sygn. akt UZP/ZO/0-175/05).

Z oświadczeń Odwołującego się wynika wprawdzie, że produkt o parametrach wymaganych przez Zamawiającego oferuje wyłącznie firma DOMO, jednak bezsporna jest okoliczność, że na rynku polskim działa dwóch dystrybutorów firmy DOMO. Podniesiona okoliczność, że oficjalni partnerzy firmy DOMO działający na terenie Polski nie chcą współpracować z Odwołującym się pozbawiona jest znaczenia prawnego dla rozpatrywanego zarzutu.

W ocenie Izby nie ma również przeszkód, by Odwołujący się skorzystał z oferty dystrybutorów działających na terenie innych państw niż Polska.

Zgodnie z art. 188 ust. 1 Pzp oraz art. 6 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Pzp na Odwołującym się ciąży obowiązek udowodnienia faktów, z których wywodzi skutki prawne.

Odwołujący się nie przedstawił dowodu na okoliczność, że firma DOMO jest jedynym wytwórcą sztucznej trawy o wymaganych przez Zamawiającego parametrach.

5

Bezspornie Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby, żądając produktu o cechach odpowiadających jego potrzebom, a w tym o najwyższych dostępnych standardach jakościowych, w oparciu o opinie użytkowników produktów. Rozwój technologii, a w ślad za tym postęp w produkcji sztucznej nawierzchni kolejnych generacji daje Zamawiającemu prawo wymagania od wykonawców dostarczenia produktu o pożądanym przez niego parametrach w nowoczesnej technologii, czyli w okolicznościach sprawy, nawierzchni ze sztucznej trawy bez wypełnienia. W tym też zakresie Zamawiający kieruje się potrzebą realizowanej inwestycji, celowością i ekonomią wydatkowania środków publicznych i wykorzystywaniem w przyszłości obiektu sportowego. Nie można postawić zarzutu Zamawiającemu utrudniania uczciwej konkurencji przez dążenie do uzyskania boiska o parametrach najlepszych wg posiadanej przez niego wiedzy. W ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Odwołującego się co do możliwości nieokreślenia przez Zamawiającego parametrów sztucznej nawierzchni i dopuszczenia wszystkich sztucznych nawierzchni posiadających certyfikację FIFA 1 Star lub 2 Stars, co umożliwiłoby większy wybór sztucznej trawy spośród większej liczby producentów, a tym samym umożliwiłoby większej liczbie wykonawców ubieganie się o udzielenie zamówienia. Zamawiający ma obowiązek opisany przedmiot zamówienia, zgodnie z powołanymi wyżej przepisami art. 29 Pzp, podać w siwz, o czym stanowi art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp. Brak określenia w siwz niezbędnych parametrów techniczno-ilościowych, nie daje szansy na otrzymanie porównywalnych ofert i dokończenie prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej (vide wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 14.04.2005 roku, sygn. akt. UZP/ZO/0-682/05). Nie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą zaoferować żądany przedmiot zamówienia wszyscy wykonawcy działający w danej branży, co nie jest równoznaczne z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Ograniczona liczba wykonawców mogących uczestniczyć w postępowaniu, z uwagi na określony przedmiot zamówienia, nie jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji (vide wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27.07.2007 roku, sygn. Akt UZP/ZO/0-879/07). Podnieść należy, że Odwołujący się zakwestionował w całości podane cechy sztucznej nawierzchni boiska, nie wskazując, które opisane parametry i dlaczego utrudniają uczciwą konkurencję, a przede wszystkim uniemożliwiają mu złożenie oferty.

Odwołujący się powinien wykazać naruszenie jego interesu prawnego w ubieganiu się o zamówienie, a nie występować w interesie potencjalnych wykonawców. Z tego względu Izba nie uwzględniła przy wydawaniu orzeczenia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23.07.2008 roku, sygn. akt KIO/UZP/700/08, gdyż odwołanie, którego dotyczy wskazany wyrok, odnosiło się do konkretnych parametrów Dtex i Latex a twierdzenie, że wskazane parametry spełnia wyłącznie jeden produkt został udowodniony za pomocą dokumentów, co nie miało miejsca w rozpatrywanej sprawie.

6

Na powyższe ustalenia nie ma wpływu podniesiona na rozprawie okoliczność, że spełniające wymagania Zamawiającego sztuczna trawa GreenFields BV firmy DOMO posiada certyfikat FIFA ważny do 11.10.2008 roku. Po pierwsze, zarzut ten dotyczy w istocie dokumentu żądanego w celu potwierdzenia spełniania przez roboty budowlane oczekiwań Zamawiającego i wykracza poza granice określone zarzutami protestu (dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia), zatem nie może on podlegać rozpatrzeniu przez Izbę stosownie do art. 191 ust. 3 zd. 1 Pzp. Po drugie: jak zważono wyżej nie zostało udowodnione, że jest to jedyny dostępny produkt spełniający warunki zawarte w „Opisie przedmiotu zamówienia”. Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1-3 Pzp nie znalazły potwierdzenia. Mając powyższe na uwadze Izba na podstawie art. 191 ust. 1 zd. 1 Pzp oddaliła odwołanie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

7

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

** niepotrzebne skreślić*