

WYROK
z dnia 6 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Grzegorz Mazurek

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **POLCOURT S.A, ul. Gen. Zajączka 11, lok. C7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miasta Gdyni, Al. Marsz. Piłsudskiego 52/54, 81-382 Gdynia** protestu z dnia 30 września 2008 r.

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

orzeka:

1. oddala odwołania.

2. kosztami postępowania obciąża **POLCOURT S.A, ul. Gen. Zajączka 11, lok. C7** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **POLCOURT S.A, ul. Gen. Zajączka 11, lok. C7**,
 - 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 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**.

Uzasadnienie

Odwołujący wniósł protest wobec czynności Zamawiającego podjętych w toku przedmiotowego postępowania, polegających na: opisanu przedmiotu zamówienia, które utrudnia uczciwą konkurencję, w tym określenie cech wskazujących na jednego producenta, a także w sposób nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art.7 ust. 1 Pzp -poprzez przygotowania postępowania z naruszeniem zasady przestrzegania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 29 ust. 1-3 Pzp -poprzez takie opisanie przedmiotu zamówienia, które utrudnia uczciwą konkurencję oraz opisanie cech przedmiotu zamówienia wskazujących na jednego producenta, co tym samym utrudnia dostęp innym przedsiębiorcom do uzyskania zamówienia przez rzeczowo nieuzasadnione, różnicowane traktowanie, co naraża interes Odwołującego.

W odwołaniu podtrzymał zarzuty i wnioski zawarte w proteście, tj. zarzucił Zamawiającemu: opisanie przedmiotu zamówienia, które utrudnia uczciwą konkurencję, w tym określenie cech wskazujących na jednego producenta, a także w sposób nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, czym Zamawiający naruszył przepisy Pzp, w szczególności art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 1-3 Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający określił w opisie przedmiotu zamówienia wymagania dotyczące nawierzchni z trawy syntetycznej -wysokość całkowita nawierzchni: min. 70 mm - gęstość: min. 97 000 -ciężar całkowity: min. 3000 gr/nr' -rodzaj włókna: polietylenowe, fibrylowane i monofil w jednym splocie, proste -dtex min. 15000. Dodatkowo nawierzchnia powinna spełniać standardy zgodne z wymogami IRB, co należy potwierdzić stosownym dokumentem. Z zastosowaniem oferowanej nawierzchni powinien

2

być w przeszłości wykonany min. jeden obiekt, który uzyskał oficjalne dopuszczenie do rozgrywek.

Parametry tak określone przez Zamawiającego spełnia tylko i wyłącznie konkretna nawierzchnia jaką jest Vario Sidle Supreme 70 mm. Parametry tak opisane wskazują konkretnego producenta (Domo Sports & Leisure Grass) i dostawcę (firmę Tamex Obiekty Sportowe z Warszawy lub firmę Hemet z Zielonej Góry),co uniemożliwia konkurencyjność postępowania -złożenie oferty na produkt takiej samej jakości ale inny niż wskazany w siwz. Wyżej wymieniony producent związany jest umowami wyłączności z określonymi Wykonawcami tj. z firmą Hemet i firmą Tamex i nie przekaze Odwołującemu oferty cenowej oraz w przypadku wygrania przetargu nie sprzeda naszej firmie materiału.

W przypadku nie dopuszczenia do przetargu innych nawierzchni typu sztuczna trawa Zamawiający ograniczy w sposób znaczny konkurencyjność postępowania stawiając w uprzywilejowanej pozycji firmę, która posiadają taką nawierzchnię. Wymaganie konkretnej nawierzchni o podanych parametrach technicznych i żądania dodatkowych dokumentów nie jest w jakimkolwiek stopniu uzasadnione czynnikami obiektywnymi. Aktualne zapisy SIWZ uniemożliwiają także złożenie oferty przez Odwołującego, który może zaoferować "sztuczna trawę", która mimo doskonałej jakości nie spełnia wskazanych parametrów określonych przez Zamawiającego. A trawa ta spełnia wymogi m.in. IRB. Wymaganie konkretnej nawierzchni o podanych parametrach technicznych nie jest w jakimkolwiek stopniu uzasadnione czynnikami obiektywnymi. Przedstawione stanowisko jest zgodne z orzecnictwem zespołu arbitrów. Nawierzchni sportowej nie wolno opisywać za pomocą parametrów mechanicznych, które ogranicza ją konkurencję (Wyrok ZA z dnia 15.12.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/O-2926/06). Zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa Zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia powinien unikać wszelkich parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób lub konkretnego wykonawcę. Należy jednak podkreślić, że naruszeniem przepisów PZP jest także opisywanie przedmiotu zamówienia, w sposób nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. W ocenie Odwołującego, posiadającego rozległą wiedzę i doświadczenie w zakresie dotyczącym wykonywania inwestycji porównywalnych z inwestycją będącą przedmiotem niniejszego postępowania, wprowadzenie przez Zamawiającego opisanego powyżej wymagania nie jest w jakimkolwiek stopniu uzasadnione. Wykonanie zamówienia przy zastosowaniu "sztucznej trawy", która spełnia najwyższe standardy (International Rugby Board), zwane dalej w treści uzasadnienia IRB w równym stopniu gwarantuje zachowanie wszelkich parametrów użytkowych i funkcjonalnych i nie wprowadza jakiegokolwiek zagrożenia dla prawidłowego wykonania zamówienia.

3

W świetle orzecznictwa Zamawiający musi skutecznie wykazać, że wyłącznie produkt o parametrach przez niego opisanych w SIWZ umożliwi Zamawiającemu realizację celu założonego w ramach postępowania o udzielenia zamówienia publicznego (wyrok Sadu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25.01.206 r., II Ca 693/5 -podano za G. Wicik, P. Wiśniewski, Komentarz do Prawa zamówień publicznych, 2007, str. 216). Zamawiający kwestię tę zupełnie pominął, opisując przedmiot zamówienia publicznego niezgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp, tj. w sposób ograniczający konkurencję. Warty podkreślenia jest, iż przepis art. 29 ust. 2 Pzp stanowi, iż przedmiotu zamówienia publicznego nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przepis ten nie wymaga faktycznego wykazania, lecz uznaje za wystarczające uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji (wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy).

Mając na uwadze przedstawioną argumentację, Odwołujący stwierdza, iż wniesienie odwołania jest uzasadnione oraz konieczne i wnosi o jego uwzględnienie w całości. Ponadto na rozprawie Odwołujący powołał argumentację zawartą w komentarzu do art. 29 Pzp (Wicik, Wiśniewski wyd. Beck 2007 r. str 216, pkt 9) i przytoczył dwa wyroki sądów okręgowych zawarte w powyższej publikacji, a także wyrok KIO z dnia 23 lipca 2008r. sygn. KIO/UZP 700/08.

Odwołujący wyjaśnił, że brak jest europejskich norm scharmonizowanych dot. tej części, która dotyczy nawierzchni boisk. Stąd też Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia wg wymogów ustalonych przez uznane instytucje certyfikujące, lub określające wymagania w odniesieniu do obiektów sportowych. Przyjęte jest, że w odniesieniu do obiektów sportowych, w tym nawierzchni do uprawiania sportu są międzynarodowe federacje sportowe (FIFA, IAAF), a w odniesieniu do boisk rugby jest to federacja wskazana w odwołaniu. Odwołujący podniósł, że jego zarzuty dotyczą tylko parametrów IRB. Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego wskazał na „prawo antymonopolowe” i wskazuje na kwestię rynku relewantnego. Stwierdził, iż gdyby przyjąć stanowisko Zamawiającego w kwestii ciężaru dowodu Odwołujący zmuszony byłby do przeprowadzenia dowodu negatywnego. Odwołujący wnosi o nakazanie takiej modyfikacji SIWZ, aby dopuszczone było IRB.

Wskazując powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, oraz o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ poprzez dopuszczenie wszystkich nawierzchni typu sztuczna trawa, które zostały przetestowane i zaaprobowane przez IRB (International Rugby Board),
- 2) skreślenie spełnienia przez nawierzchnię parametrów określonych w projekcie
- 3) z ostrożności - jeżeli spełnienie któregoś z żądań jest niedopuszczalne z punktu widzenia przepisów Pzp, Odwołujący wnosi o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

4

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i przedstawił stanowisko na piśmie jako załącznik do protokołu (pismo z dnia 30.10.2008 r.) adresowane „Urząd Zamówień Publicznych - Departament Odwołań” pt. Wyjaśnienie. Izba przyjęła stanowisko jako załącznik do protokołu rozprawy.

Zamawiający wskazał, że w wyniku analizy treści protestu i zarzutów w nim zawartych dokonał modyfikacji SIWZ możliwie najdalej idącej, co jednak nie satysfakcjonowało Odwołującego. Zamawiający wskazał, że rugby nie jest grą polską. Używając wiedzy Polskiego Związku Rugby, który nie mając doświadczenia korzysta z zasad IRB. IRB nie precyzuje, jak twierdzi Odwołujący, poszczególnych parametrów, lecz określa parametry minimalne, które muszą być spełnione. Zamawiający chce wybudować obiekt o wysokiej klasie, a nie średniej. W woj. pomorskim są 4 drużyny 1 ligowe rugby. Wskazuje, że nawierzchnia w tym postępowaniu jest tylko jednym z elementów przedmiotu zamówienia oszacowanego na 19 mln zł (w tym szacuje się wartość wykonania nawierzchni na 4 mln zł). Wbrew twierdzeniom Odwołującego na rynku polskim istnieje trzeci dystrybutor trawy firmy Domo – firma Gardenia Sp. z o.o. Ponadto jest jeszcze na rynku polskim 2 producent trawy – Greenfield. Zamawiający kwestionuje wywód Odwołującego w kwestii ciężaru dowodu. Zamawiający nie ma powodów dokonywać rozeznania rynku w tej kwestii na etapie przygotowania opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający jest zobowiązany stosować zasady wyrażone w art. 29 Pzp i stosuje je. Nie jest zadaniem Zamawiającego ustalanie sytuacji rynkowej Odwołującego i faktu, czy ma on problemy czy też nie z zakupem produktów własnych lub innych sprzedawców. Wskazuje, że rynek, którego dot. dzisiejsza sprawa nie jest rynkiem wyłącznie polskim, a wręcz przeciwnie jest to rynek co najmniej europejski, gdzie jest znacznie więcej producentów i dystrybutorów. Przywołuje wyrok KIO w podobnym stanie faktycznym, w którym Odwołującym był obecny Odwołujący, dzieląc w pełni argumentację z uzasadnienia wyroku wcześniej przywołanego - sygn. akt KIO/UZP 1024/08.

Wskazując powyższe Zamawiający wniósł również o zasądzenie kosztów postępowania przed KIO, w tym również kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z normami przepisanyymi.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie

z udziałem stron reprezentowanych przez pełnomocników, zważył i ustalił, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

5

Skład orzekający po zapoznaniu się również z oryginalną dokumentacją postępowania i stwierdzeniu, że załączona do akt sprawy kopia tej dokumentacji odpowiada treścią oryginałowi ustalił, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany przez Zamawiającego zgodnie z art. 29 ustawy Pzp przy uznaniu za niesporną okoliczność, że Zamawiający nie był zobowiązany ustalać parametrów nawierzchni wg zasad International Rugby Board (IRB), które ustalają jedynie minimalne parametry dla nawierzchni boisk do gry w rugby. Jest w ocenie Izby prawem Zamawiającego oczekiwać realizacji zamówienia w warunkach podwyższonych w stosunku do minimalnych standardów, przyjętych na określonym rynku, a za takie (tj. minimalne), uznaje Izba żądania Odwołującego.

Za dopuszczalne uznaje Izba takie określenie przedmiotu zamówienia, nawet, jeśli uniemożliwia ono Odwołującemu złożenie oferty w tym konkretnym postępowaniu skoro, jak wykazało postępowanie dowodowe, wskazany przez Odwołującego konkurent nie jest jedynym na rynku relevantnym producentem i dostawcą nawierzchni spełniającej wymogi SIWZ. Jednocześnie jednak Izba nie uznaje przy tym argumentacji Zamawiającego, że nawierzchnia płyty boiska nie jest jedynym elementem zamówienia, stanowiąc jego część określoną szacunkowo na kwotę wskazaną w stanowisku Zamawiającego, jako że nie ma to wpływu na istotę sporu. Natomiast nie bez znaczenia pozostaje w okolicznościach niniejszej sprawy fakt, że Odwołujący nie wykazał, iżby podjął chociażby próbę pozyskania materiału wymaganego postanowieniami SIWZ, a zamierzał jedynie zaoferować produkt, którym dysponuje z racji związków handlowych z producentem, którego jest dystrybutorem. Izbie z urzędu znany jest fakt konkurencji na rynku polskim podmiotów skupionych wokół określonych podmiotów oferujących nawierzchnie boisk, stadionów i innych obiektów sportowych, dla których realizacji niezbędne jest wykonanie sztucznej nawierzchni ze sztucznej trawy. Ten niejako utrwalony podział rynku nie powinien mieć jednak wpływu na żądanie, by Zamawiający nie mieli możliwości określenia przedmiotu zamówienia wg swoich uzasadnionych potrzeb, a w ocenie Izby, potrzeby te zostały wykazane precedensowym charakterem zamierzonej przez Gminę Miasta Gdyni, inwestycji, w sytuacji, gdy służyć ma ona propagowaniu popularnej w świecie, a nowej w Rzeczypospolitej dyscypliny sportu, której cztery drużyny pierwszej ligi działają w obszarze zainteresowania Zamawiającego, tj. na terenie województw przybałtyckich.

Konkludując, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej w przedstawionych okolicznościach nie stwierdził naruszenia przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji, bowiem przedmiot zamówienia został określony zgodnie przepisami ustawy Pzp i nie wynika z tego opisu, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, iż wyłączenie jeden lub znacząco ograniczona liczba wykonawców może dostarczyć opisany w SIWZ produkt.

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

6

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

Wniosku o zasądzenie kosztów wg norm przepisanych Izba nie uwzględniła stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 (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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....
.....

** niepotrzebne skreślić*