

WYROK

z dnia 30 maja 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Rakowska
Stanisław Sadowy

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 maja 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Panorama II Sp. z o.o. ul. Słoneczna 73, 81-605 Gdynia

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

Gminę Konstantynów Łódzki ul. Zgierska 2, 95-050 Konstantynów Łódzki

protestu z dnia 7 maja 2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego się oraz XXX po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Konstantynów Łódzki ul. Zgierska 2, 95-050 Konstantynów Łódzki 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 Panoramę II Sp. z o.o. ul. Słoneczna 73, 81-605 Gdynia,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez Gminę Konstantynów Łódzki ul. Zgierska 2, 95-050 Konstantynów Łódzki na rzecz Panoramy II Sp. z o.o. ul. Słoneczna 73, 81-605 Gdynia stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,
- 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 Panoramy II Sp. z o.o. ul. Słoneczna 73, 81-605 Gdynia.

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego *na wykonanie robót budowlanych w zakresie budowy zespołu boisk sportowych w Konstantynowie Łódzkim w ramach programu „moje boisko – Orlik 2012” – etap I*, 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 30 kwietnia 2008 r. pod numerem 91451-2008. Tego samego dnia Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej. Wartość zamówienia wynosi ok. 102.500 zł, w tym 796.928,90 zł dla etapu I.

7 maja 2008 r. Odwołujący wniósł protest na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymogu dołączenia do oferty

oświadczenia producenta trawy syntetycznej, że jest członkiem ESTO (pkt 8.2. specyfikacji) i żądając jej modyfikacji poprzez wykreślenie tego wymogu.

Zdaniem Odwołującego wprowadzając ten wymóg do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 – 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przygotowanie postępowania z naruszeniem zasady przestrzegania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i opisanie przedmiotu zamówienia, które utrudnia uczciwą konkurencję oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (w szczególności jego § 3).

Odwołujący stwierdza, iż ma interes prawny we wniesieniu środków ochrony prawnej, ponieważ skutkiem wprowadzenia tego postanowienia został pozbawiony w przedmiotowym postępowaniu możliwości złożenia oferty niepodlegającej odrzuceniu.

§ 3 rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* zawiera katalog dokumentów, a Zamawiający nie może żądać dokumentów na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu niewymienionych w ww. rozporządzeniu.

Zamawiający może żądać jedynie tych oświadczeń lub dokumentów, które są niezbędne dla przeprowadzenia postępowania. Celem normy art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych jest ograniczenie żądań zamawiającego do zakresu niezbędnego do prawidłowego przeprowadzenia postępowania, aby zapobiec zbytniemu biurokratyzowaniu postępowania, a zamawiający weryfikując zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia i zgodność oferowanych przez niego usług, dostaw czy robót budowlanych z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie może przekraczać granic wyznaczonych przez ustawodawcę. Z treści rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* wyraźnie wynika możliwość domagania się zaświadczeń

odpowiednich organizacji certyfikacyjnych potwierdzających jakość produktu. Rozporządzenie nie dopuszcza zaś możliwości żądania od producenta potwierdzenia przynależności do jakiegokolwiek organizacji. W przypadku ESTO wymóg ten zawęziłby krąg producentów do wytwórców europejskich, co naruszałoby zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Zamawiający oddalił protest 12 maja 2008 r. stwierdzając, iż Ministerstwo Sportu i Turystyki, które jest inicjatorem budowy boisk i współfinansuje inwestycję przygotowało projekt architektoniczny, Specyfikację Techniczną Ogólną Wykonania i Odbioru Robót oraz Specyfikację Techniczną Wykonania i Odbioru Robót. W punkcie 2.3. Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót nr 2/D.05 wskazane zostały dokumenty wymagane na potwierdzenie materiału na boiska do piłki nożnej z trawy syntetycznej, natomiast Zamawiający przygotowując specyfikację istotnych warunków zamówienia jedynie wskazał te same dokumenty.

Natomiast § 3 ust. 1 rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* wymienia otwarty katalog dokumentów, a zamawiający mogą żądać innych dokumentów niż wymienione wprost w tym przepisie.

Poza tym postępowanie przetargowe jest skierowane do wykonawców specjalizujących się w budowie obiektów sportowych i dotyczy budowy boisk, a nie producentów traw na dostawę. Materiał w postaci sztucznej trawy jest tylko jednym z elementów zamówienia, a wykonawca nie musi być sam producentem trawy o określonym standardzie, może skorzystać w tym zakresie z dostawy innych firm produkujących sztuczną trawę. W związku z tym zarzut naruszenia art. 7 i art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu naruszenia zasady nierównego traktowania wykonawców i niezapewnienia zachowania uczciwej konkurencji jest bezzasadny.

16 maja 2008 r. (wpływ do UZP 19 maja 2008 r.) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i żądania zawarte w proteście dodając, iż ESTO jest organizacją o charakterze lobbingsowym zrzeszającym jedynie producentów europejskich,

a przynależność do niej w żadnym stopniu nie jest związana z jakością oferowanych produktów. W tych okolicznościach utrzymanie wymogu przynależności do ESTO producenta sztucznej trawy zawęzałoby krąg producentów do wytwórców europejskich i w oczywisty sposób naruszałoby zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Ustawa Prawo zamówień publicznych zawiera wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję – nie tylko takiego, który wskazuje na konkretny produkt, ale i taki, który mógłby potencjalnie wpłynąć na konkurencję na rynku. Nie ma znaczenia także to, że zarzut naruszenia dotyczy tylko elementu składowego przedmiotu zamówienia.

29 maja 2008 r. odwołujący złożył pismo procesowe, w którym stwierdził, iż skutek działania Zamawiającego jest sprzeczny z treścią art. 1 ust. 1 rozporządzenia Rady WE nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.Urz. UE z 4 stycznia 2003 r.), czego konsekwencją zawarta umowa powinna zostać uznana za nieważną. W myśl tego przepisu za niezgodne ze wspólnym rynkiem i zakazane uznaje się wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą wpływać na handel między Państwami Członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz wspólnego rynku. Zdaniem Odwołującego Zamawiający co prawda jest podmiotem władzy publicznej, ale, zgodnie z wyrokiem ETS w sprawie Aeroport de Paris przeciwko Komisji T-1288/98 i Ralpa Flight Sernice C-82/01, przepisy te mają zastosowanie do komercyjnej działalności takiego podmiotu – a taką działalnością są czynności Zamawiającego podejmowane w ramach zamówień publicznych. Natomiast umowa zawarta między Zamawiającym a wykonawcą byłaby rzeczonym „porozumieniem” lub „wyrazem uzgodnionej praktyki”, czyli formami współpracy gospodarczej ze szkodą dla konkurujących przedsiębiorców.

Podmioty będące członkami ESTO świadczą usługi wysokiej klasy w zakresie produkcji m.in. syntetycznej trawy, ale sama przynależność do wskazanej organizacji nie przesądza o jakości oferowanych produktów. Członkostwo w ESTO nie jest obowiązkowe, a wprowadzenie wymogu takowej przynależności ogranicza krąg potencjalnych dostawców do 15 firm. Na rynku funkcjonuje szereg innych firm należących do światowej czołówki w tym zakresie np. Jiangsu ZhonLian Artificial Turf Co.Ltd., turecka Pe-Be lub włoska Italgreen i UniecoGreen.

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

Zdaniem składu orzekającego Izby Zamawiający nie powinien był żądać od wykonawców przedstawienia przedmiotowego dokumentu, a żądanie to narusza regułę wyrażoną w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Oświadczenie producenta sztucznej trawy o przynależności do ESTO nie odnosi się do jakości oferowanej trawy ani do właściwości wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zamawiający nie podał również przyczyny żądania tego dokumentu (poza faktem, iż żądanie to już znajdowało się w Specyfikacji Technicznej Ogólnej Wykonania i Odbioru Robót otrzymanej z Ministerstwa Sportu i Turystyki) ani celu, któremu przedstawienie tego dokumentu miało służyć – zwłaszcza iż świadczy ono bezpośrednio o jakości oferowanej trawy. Zatem trudno uznać, iż dokument ten był mu niezbędny do przeprowadzenia postępowania.

Jednocześnie żądanie tego dokumentu nie narusza przepisu § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, w którym podano tylko przykładowe dokumenty, których może żądać zamawiający i, który dotyczy

dokumentów żądanych w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego – jak stwierdzono powyżej, wymagane oświadczenie producenta nie dotyczy właściwości samej trawy, lecz przynależności jej producenta do żądanej organizacji, więc nie jest dokumentem, o którym mowa w § 3 ww. rozporządzenia.

W stosunku do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 – 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zdaniem składu orzekającego Izby przedmiotowe żądanie Zamawiającego nie powoduje nierównego traktowania wykonawców, ponieważ warunek de facto zakupu u producenta z danej grupy producentów został postawiony wszystkim wykonawcom przedmiotowych robót budowlanych. Jednocześnie żądanie to niewątpliwie ogranicza krąg producentów, których produkty wykonawcy ci mogą zaoferować, lecz nie wykonawców, którzy mogą wziąć udział w postępowaniu.

Jednak, uwzględniając złożone odwołanie, skład orzekający Izby nie może w sposób skuteczny orzec co do żądania Odwołującego, ponieważ, po upływie terminu składania ofert, który nastąpił 20 maja 2008 r., nakazanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest bezprzedmiotowe i bezskuteczne.

Jednocześnie skład orzekający Izby rozważył, czy w niniejszym postępowaniu zachodzą okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania z urzędu, zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem składu orzekającego Izby w niniejszej sprawie unieważnienie takie mogłoby nastąpić wyłącznie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tymi przepisami postępowanie podlega obowiązkowemu unieważnieniu, jeśli obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przedmiotowym przypadku o nieważności umowy mogłaby stanowić przesłanka określona w art. 146 ust. 1 pkt 6

ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania. Niewątpliwie w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, lecz skład orzekający Izby nie jest w stanie chociażby uprawdopodobnić, że naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania. Tymczasem dla wyciągnięcia tak daleko idącego dla Zamawiającego i wykonawców biorących udział w postępowaniu skutków nie wystarczą czysto hipotetyczne rozważania, jaki mógłby być potencjalny wynik postępowania przy innych zapisach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ nie spełniają one wyraźnie zaznaczonej w tym przepisie skutkowej przesłanki „miało wpływ na wynik”.

Dochodząc do powyższego wniosku skład orzekający Izby wziął pod uwagę zwłaszcza fakt, iż liczba producentów stowarzyszonych w ESTO jest dość szeroka i pochodzą oni z różnych krajów europejskich (Wielka Brytania, Holandia, Belgia, Niemcy, Włochy, Finlandia, Hiszpania, Francja), co nie powoduje skutku w postaci naruszenia zasady wewnątrzspółnotowej swobody przepływu towarów, a jednocześnie wartość zamówienia powoduje, iż postępowanie nie podlega postanowieniom GPA.

Poza tym, jakkolwiek wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zostali poddani pewnym ograniczeniom co do rodzaju oferowanej trawy, nie zostali oni w przedmiotowym postępowaniu pozbawieni lub szczególnie ograniczeni w możliwości złożenia oferty. Podczas rozprawy pełnomocnik Odwołującego sprecyzował, iż niemożność złożenia oferty niepodlegającej odrzuceniu, na którą się powoływał w proteście, polega na tym, iż miałby możliwość nabycia trawy od mniejszej ilości producentów, niż w przypadku braku postawionego warunku – a więc potencjalnie na korzystniejszych warunkach i w związku w tym mógłby przedstawić Zamawiającemu niższą cenę oferty.

Po pierwsze trudno uznać powyższą sytuację za powodującą niemożność złożenia oferty w przypadku, kiedy Odwołujący jest wykonawcą robót budowlanych i nabywa materiał w celu de facto jego odsprzedaży Zamawiającemu. Ma tu raczej miejsce sytuacja, iż Odwołujący chciałby

zaoferować tylko i wyłącznie wybraną przez siebie nawierzchnię. Tymczasem Zamawiający dopuszcza kilkunastu innych niż preferowani przez Odwołującego producentów trawy, a więc zapewnia dość dużą konkurencyjność. Natomiast rozważania co do wysokości zaoferowanej ceny (ponieważ również inni wykonawcy mogliby zaoferować ceny niższe), jak i o innych producentach, których chcieliby zaoferować wykonawcy (nie wiadomo, czy zaoferowaliby trawy producentów nienależących do ESTO) są czysto abstrakcyjne i nadal nie można na ich podstawie wnioskować o potencjalnym wyniku postępowania.

Zdaniem składu orzekającego Izby, wbrew twierdzeniu Odwołującego, twierdzenia o nieważności umowy nie można wysnuć również z dyspozycji ust. 2 art. 81 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, zgodnie z którym porozumienia lub decyzje zakazane na mocy tego artykułu są nieważne z mocy prawa. Działania wymienione w art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską dotyczą przedsiębiorców, którym Zamawiający nie jest. Działania gminy w ramach programu *Moje boisko – Orlik 2012* nie można też, wbrew twierdzeniu Odwołującego, uznać za działalność komercyjną gminy. Tak samo ewentualnie zawartą umowę trudno uznać za porozumienie, decyzję lub działanie o charakterze opisanym w art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....