

Sygn. akt: KIO/UZP 682/08

WYROK
z dnia 21 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Grzegorz Mazurek
Andrzej Niwicki

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~* 18 lipca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „**POLCOURT**” S.A., ul. Gen. Zajęczka 11, lok C7, 01-510 **Warszawa**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Praga Południe, ul. Grochowska 274, 03-841 Warszawa** protestu ~~protestów~~* z dnia 18 czerwca 2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża „POLCOURT” S.A., ul. Gen. Zajęczka 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 uiszczanego przez „**POLCOURT**” S.A., ul. Gen. Zajęczka 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 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. Zajęcza 11, lok C7, 01-510 Warszawa.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Budowa boisk przy Szkole Podstawowej Nr 312, ul.Umińskiego12 w Warszawie”, Odwołujący „POLCOURT” S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie (pismo z dnia 4.07.2008r. - wpływ bezpośredni do Prezesa UZP), od rozstrzygnięcia protestu (pismo z dnia 27.06.2008 r., doręczone Odwołującemu w dniu 30.06.2008 r. faksem oraz w dniu 3.07.2008 r. pisemnie) przez Zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Praga Południe z siedzibą w Warszawie.

Protest (wniesiony w dniu 19.06.2008 r.) i odwołanie, dotyczyły postanowień siwz. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2008 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r. Nr 223, poz.1655):

- art. 7 ust.1 przez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- art. 29 ust. 1-3 przez opisanie przedmiotu zamówienia, które utrudnia uczciwą konkurencję, w tym określenie cech wskazujących na jednego producenta, a także opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niezrozumiały, również w sposób nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji siwz zgodnie z uzasadnieniem odwołania, w tym w szczególności nakazanie zmiany niektórych

wymaganych parametrów charakterystyki nawierzchni syntetycznej boiska do piłki ręcznej i boiska wielofunkcyjnego, tj.:

- zmniejszenie minimalnej gęstości (ilość splotów / m²) do min. 39 900,
- zmniejszenie wymaganego minimum dtexu do min. 8 000,
- dopuszczenie do przetargu traw o wysokości całkowitej min. 17 mm (przynajmniej min. 20 mm) i rodzaju włókna polietylen.

Odwołujący zaznaczył, że jeżeli spełnienie któregokolwiek żądania jest niedopuszczalne prawnie na podstawie przepisów ustawy Pzp, wówczas wnosi o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 tej ustawy.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że posiada interes prawny w podejmowaniu środków ochrony prawnej, gdyż zaskarżone postanowienia siwz uniemożliwiają mu złożenie oferty spełniającej wymagania Zamawiającego. Podniósł, że określone przez Zamawiającego parametry dotyczące nawierzchni boiska do piłki ręcznej oraz boiska wielofunkcyjnego: wysokość całkowita 22mm, 8 800 dtex, ilość splotów 42 000, masa całkowita 1 900, gęstość 300 000 splotów, skład włókna – 100% kopolimer blokowy, ograniczają konkurencyjność postępowania i stawiają w uprzywilejowanej pozycji firmę, która posiada nawierzchnię charakteryzującą się wskazanymi w proteście parametrami. Odwołujący powołał się na wyrok ZA z dnia 15 grudnia 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-2926/06 i opinię prawną UZP zamieszczoną na stronie internetowej www.uzp.gov.pl, w sprawie opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający oddalił protest w całości pismem z dnia 27 czerwca 2008 r., w którym podał, że bezzasadne są twierdzenia Odwołującego w przedmiocie utrudniania uczciwej konkurencji, w tym określenie cech wskazujących na jednego producenta, a także opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nadmiernie rygorystyczny, nie uzasadniony potrzebami Zamawiającego, a przez to bezpodstawne ograniczenie kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Wskazał, że stosownie do treści art. 29 ust. 1-3 Pzp, opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając przy tym wszystkie wymagania i okoliczności związane z realizacją przedmiotowego zamówienia. W siwz wskazał minimalne parametry techniczne, jakie powinna posiadać zamawiana nawierzchnia sportowa i dopuścił nawierzchnie o parametrach nie gorszych, niż wskazane jako minimalne. Podniósł, że Zamawiającemu służy niepodważalne prawo określania właściwości technicznych i technologicznych, jakie powinna spełniać realizowana inwestycja. Określenie minimalnych wymaganych parametrów ma na celu zapewnienie gwarancji wysokiej jakości materiału, z

którego będzie wykonana nawierzchnia sportowa, wskazał wyrok ZA z dnia 24 lipca 2007 r. sygn. akt UZP/ZO/0-879/07.

Zamawiający zwrócił uwagę, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, a nie dostawa materiałów, zatem wykonawcami zamówienia nie będą producenci nawierzchni sportowych.

Naruszenie, w ocenie Zamawiającego, art. 7 ust.1 Pzp nastąpiłoby wówczas, gdyby Odwołujący wykazał, że możliwość uzyskania produktu istniałaby tylko przez jednego wykonawcę, powołał się na wyrok ZA z dnia 7 sierpnia 2007 r. sygn. akt UZP/ZO/0-955/07.

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie dowodów przedstawionych na rozprawie, w tym oryginalnej dokumentacji postępowania dostarczonej przez Zamawiającego, opracowań i pism złożonych przez obie strony oraz wyjaśnień złożonych przez pełnomocników Odwołującego i Zamawiającego, ustaliła następujący stan faktyczny.

Ogłoszenie o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego, na roboty budowlane pod nazwą „Budowa boisk przy Szkole Podstawowej Nr 312 ul. Umińskiego 12 w Warszawie”, zamieszczone zostało w BZP z dnia 13.06.2008 r. poz. 129223. SIWZ zamieszczono na stronie internetowej Zamawiającego: zamowienia.pragapld.waw.pl, także w dniu 13.06.2008r. Wniesienie protestu, rozstrzygnięcie protestu i wniesienie odwołania oraz przekazanie kopii odwołania Zamawiającemu, zostało dokonane z zachowaniem terminów określonych w ustawie Pzp.

Zamawiający określił w SIWZ – Dokumentacja projektowa boisk o nawierzchni syntetycznej wraz z zagospodarowaniem terenu...(opracowana przez biuro projektowe Gardenia Sport Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie), w części Opis techniczny I, w pkt 3.3.1. Nawierzchnie, że „Projektuje się pokrycie boiska nawierzchnią z trawy syntetycznej o minimalnych parametrach :

Przeznaczenie: siatkówka, mini piłka nożna:

- **wysokość całkowita nawierzchni: min. 22mm,**
- **rodzaj źdźbeł: monofilowe, min. 8 800 dtex,**
- **liczba splotów min. 42 000/m²,**
- masa całkowita min. 1 900 gr/m²,
- gęstość: min.300 000 splotów/m²,
- **skład włókna: 100% kopolimer blokowy...”.**

Odwołujący w proteście i w odwołaniu oraz na rozprawie podważył wskazane parametry, wnioskując o ich zniżenie do podanych niżej wielkości i dopuszczenie do zaoferowania poniższy rodzaj tworzywa:

- **wysokość całkowita nawierzchni: min.17 mm, a jeżeli Zamawiający nie wyrazi zgody to chociaż min. 20 mm, co oznacza zniżenie, w ostateczności o 2 mm,**
- **min. dtex do 8 000, co oznacza zniżenie o 800,**
- **liczba splotów min. 39 900 /m2, co oznacza zniżenie o 2 100 splotów /m2,**
- **rodzaj – włókno polietylen.**

Odwołujący wyjaśnił podczas rozprawy, że nie jest producentem trawy sztucznej i jako wykonawca przedmiotowego zamówienia, podobnie jak inni wykonawcy, musi tę nawierzchnię zakupić u producenta. Stwierdził, że nie jest w stanie zaoferować nawierzchni o wskazanych w SIWZ parametrach, gdyż producenci, z którymi współpracuje stale (producent włoski – Limonta Sport i niemiecki - Polytan) oraz doraźnie, nie produkują nawierzchni o wskazanych parametrach. W ocenie Odwołującego, może być jeden ewentualnie dwóch, trzech nieznanymi mu producentów, którzy produkują nawierzchnię wskazaną przez Zamawiającego.

Na potwierdzenie złożył trzy opracowania Instytutu Techniki Budowlanej z siedzibą w Warszawie, dotyczące wykładzin sportowych typu „trawa syntetyczna” pt.

- 1) Aprobata techniczna ITB AT– 15 - 5121/2003 dotycząca wykładziny, której producentem jest DESSO DLW Sports Systems N.V. Robert Ramlotstraat 89, B-9200 Dendermonde, Belgia, z dwoma aneksami, którymi dokonano zmian w stosunku do pierwotnej treści opracowania. Aneksem nr 2 zastąpiono tablicę 1, tablicą o innej treści, a mianowicie początkowy opis dotyczący gęstości splotów włókien/m² (kolumna 3) zastąpiono opisem uwzględniającym ilość węzłów, ilość włókien w węźle, ilość splotów włókien, gęstość – ilość włókien/m². Aprobata objęto 15 wykładzin o różnych nazwach handlowych,
- 2) Rekomendacja techniczna ITB RT ITB – 1053/2006 obejmująca wykładziny sportowe, których producentem jest firma holenderska GreenFields BV, Postbus 464, 8260 AL. Kampen, gdzie wskazano 13 wykładzin o różnych nazwach,
- 3) Rekomendacja techniczna ITB RT ITB-1021/2005 wydana na wniosek firmy Tamex Obiekty Sportowe Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, obejmująca wykładziny o 17 nazwach handlowych (polietylenowe -14 wykładzin i polipropelinowe – 3 wykładziny), w których użyto w każdym przypadku oznaczenia DOMO. Rekomendacja zmieniona została aneksem nr 1, którym zastąpiono tablicę nr 1, gdzie dokonano zmian w 6 kolumnie tabeli w zakresie – ilość pęczków/m², (włókien/m²).

Odwołujący twierdził, że z danych zawartych w opracowaniach wynika, że żaden rodzaj nawierzchni nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego.

Odwołujący złożył ofertę w terminie wymaganym w SIWZ, jak stwierdził tylko po to, by uniknąć zarzutu braku interesu prawnego w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Złożył pismo producenta włoskiego – Limonta Sport z dnia 17 lipca 2008 r. adresowane do wszystkich zainteresowanych. Z pisma wynika, że firma jest producentem najwyższej jakości traw sztucznych i produkuje nawierzchnie typu sztuczna trawa z włókien polipropylenowych, polietylenowych i mieszanych. Jednocześnie producent oświadczył, że kopolimer blokowy jest polietylenem lub mixem polimerowym należącym do grupy poliolefinów. Podał, że wszystkie te materiały stosowane są równoważnie i spełniają najwyższe wymagania stawiane nowoczesnym trawom sportowym, są one stosowane zamiennie.

Zamawiający twierdził, że nawierzchnię o minimalnych parametrach technicznych wskazał projektant w dokumentacji projektowej, mając na względzie interes Zamawiającego. Chodzi po pierwsze, o właściwą jakość nawierzchni, adekwatną do ceny jaką ma zapłacić wykonawcy zamówienia, po drugie, chodzi o wytrzymałość nawierzchni. Zamawiający podał, że wykładziny przeznaczone są do wykonania nawierzchni sportowych na zewnątrz budynków, na otwartej przestrzeni obiektów sportowych, które będą wykorzystywane przez młodzież szkolną oraz osoby z zewnątrz szkoły, przez cały dzień aż do zmierzchu. Większość wykładzin, położonych 5 lat, a nawet 2 lata wstecz, wymaga już wymiany. W interesie Zamawiającego jest ograniczenie zagrożenia powstania wypadków wynikających z niewłaściwej nawierzchni boisk. Wskazał, że dotychczas nie stosował nawierzchni kopolimer blokowy 100%, jest to nowy rodzaj nawierzchni, który ma spełnić oczekiwania Zamawiającego, będące efektem niezbędnych potrzeb w zakresie posiadania boisk sportowych o dobrej nawierzchni.

Złożył wydruk z poczty mailowej pochodzącej z biura Gardenia skierowanej do Grażyny Jeżo (pracownik Zamawiającego) z dnia 17 lipca 2008 r., w której treści wskazano sześciu producentów produkujących trawy spełniające wymogi SIWZ, są to: Desso Sports Systems, Domo, GreenFields, UniecoGreen, Italgreen, Nurtext.

Zamawiający podał, że Odwołujący w ofercie nie sprecyzował rodzaju nawierzchni, jednak w formularzu ofertowym zamieścił oświadczenie, że wykona przedmiot zamówienia, zgodnie z warunkami wskazanymi w SIWZ. Podał również, że Odwołujący w krótkim czasie po otwarciu ofert wniósł odwołanie do Prezesa UZP i jak nigdy dotąd, złożył bezpośrednio w biurze Zamawiającego kopię odwołania. Okoliczności te, zdaniem Zamawiającego, wskazują na fakt złożenia odwołania wyłącznie z powodu podania w ofercie ceny wyższej od ceny oferty

konkurencyjnej o około 200 tys. zł.. W postępowaniu bowiem złożono i otwarto w dniu 4 lipca 2008 r. dwie oferty – ofertę Odwołującego i firmy TAMEX Obiekty Sportowe sp. z o.o..

Z powyższego wynika, że gdyby oferta Odwołującego była tańsza, nie złożyłby on odwołania w zakresie postanowień SIWZ.

KIO dopuściła dowody złożone przez strony – aprobatę, rekomendacje ITB, informację mailową i oświadczenie firmy Limonta Sport - na okoliczność ustalenia dopuszczalności żądania przez Zamawiającego nawierzchni sportowej (trawy syntetycznej), o wskazanych w proteście i odwołaniu parametrach technicznych oraz w zakresie wyjaśnienia określenia nazwy – kopolimer blokowy.

Z dokonanych ustaleń wynika, że przedmiotem sporu jest wyłącznie określenie przez Zamawiającego niektórych parametrów technicznych – wysokość trawy, minimalny dtex i gęstość (ilość splotów/m²), oraz rodzaj włókna.

KIO zważyła, co następuje.

Zgodnie z przepisami art. 29 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (ust. 1).

Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (ust. 2). Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentu lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny” (ust. 3).

Treść przepisów wskazuje, że opis przedmiotu zamówienia powinien być neutralny i nie utrudniający uczciwej konkurencji, nie może również bezpośrednio ani pośrednio uprzywilejowywać lub dyskryminować określonych wykonawców. Jednocześnie opis przedmiotu zamówienia musi być tak określony, by odzwierciedlał rzeczywiste, racjonalne potrzeby Zamawiającego. Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób z którego wynika, iż jego potrzebę spełni zamówienie, którego przedmiot stanowi wysoka jakość produktu, adekwatna do celów, jakim ma służyć. Fakt, iż niewielu wykonawców, konkretnie Odwołujący się w danej sprawie, nie może spełnić wymagań Zamawiającego, nie stanowi o naruszeniu przepisów Pzp wskazanych przez Odwołującego w rozpoznawanej sprawie.

Zamawiający w SIWZ określił minimalne parametry techniczne nawierzchni sportowej (str. 7 Dokumentacji projektowej boisk o nawierzchni syntetycznej wraz z zagospodarowaniem terenu... Opis techniczny I), wskazując m.in. wysokość całkowitą nawierzchni min. 22 mm., min. 8 800 dtex, liczbę splotów min. 42 000/m², skład włókna – 100% kopolimer blokowy. Jednocześnie w SIWZ str. 7 podał, że wykonawca nie może użyć do realizacji zamówienia

wyrobów budowlanych o gorszych parametrach technicznych i jakościowych niż te, które wskazano w dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót.

Podał, że nazwy, symbole i znaki firmowe producentów, dane techniczne i opisy technologii, zostały podane jedynie w celu jak najdokładniejszego określenia elementów, urządzeń i materiałów, które mogą być użyte do realizacji przedmiotu zamówienia. Są to tylko wytyczne do zachowania pewnego standardu prac i materiałów. Wykonawca może zastosować inne wyroby, byleby były zgodne z podanymi w dokumentacji, pod względem:

- gabarytów i konstrukcji (wielkość, rodzaj i liczba elementów składowych),
- charakteru użytkowego (tożsamość funkcji),
- charakterystyki materiałowej (rodzaj i jakość tworzywa),
- parametrów technicznych (np. wytrzymałość, trwałość, konstrukcja, fundamentowanie, itp.),
- wyglądu (struktura, faktura i barwa).

Wykonawca powołujący się na rozwiązania równoważne ma obowiązek wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

W ocenie KIO, powyższy opis przedmiotu zamówienia nie narusza przepisów art. 29 ust.1,2,3 Pzp. Nie narusza, w szczególności wskazanych przepisów wymóg podwyższonych, w ocenie Odwołującego, parametrów sztucznej trawy, których według aktualnej wiedzy Odwołującego, nie może on spełnić. Odwołujący podał, że nie zna określenia polimer blokowy. Jednak z pisma, które sam złożył, jako dowód w sprawie (Limonta Sport) wynika, że producent, z którym stale współpracuje zna to pojęcie i definiuje je jako polietylen, o którego wprowadzenie w wyniku modyfikacji SIWZ, domagał się Odwołujący, lub jako mix polimerowy. Zatem, wbrew twierdzeniom zawartym w proteście i w odwołaniu, Odwołujący nie był pozbawiony możliwości złożenia oferty w postępowaniu, co zresztą uczynił składając ofertę, która zostanie oceniona przez Zamawiającego.

Odwołujący nie udowodnił, że nie istnieje nawierzchnia o parametrach wskazanych przez Zamawiającego, nie potwierdzają tego złożone – aprobaty i rekomendacje ITB, których nie wymagał Zamawiający. Aprobata jest dokumentem stwierdzającym przydatność do stosowania w budownictwie wykładzin sportowych typu „trawa syntetyczna”, w zakresie wynikającym z postanowień aprobaty. Z kolei rekomendacje, jako dokumenty dobrowolne, stwierdzają przydatność wykładzin do stosowania w budownictwie, w zakresie wynikającym z postanowień rekomendacji. Z opracowań nie wynika, nieistnienie producentów wymaganej nawierzchni. Zdaniem KIO, Odwołujący nie wykazał, że producenci wskazani w korespondencji biura Gardenia – pracownik Zamawiającego, wbrew treści zawartej w informacji, nie są producentami przedmiotowej sztucznej trawy. Stwierdził, po telefonicznej

konsultacji dokonanej podczas przerwy w rozprawie, że uzyskał informacje, iż producenci Desso Sports Systems, Domo, GreenFields nie produkują takiej trawy. Nie miał rozeznania co do pozostałych trzech producentów wskazanych w informacji.

KIO dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego, dotyczącym w szczególności charakteru i przeznaczenia boisk sportowych i temu, że nawierzchnia sportowa, ze względu na podane okoliczności, ma być nawierzchnią dobrą, spełniającą wymagania Zamawiającego w zakresie funkcjonalności, niezawodności, bezpieczeństwa użytkowników i adekwatności do ceny określonej przez wykonawców.

Z powyższych względów, KIO uznała, że Zamawiający nie naruszył przepisów art. 29 ust. 1 - 3 Pzp opisując minimalne parametry techniczne nawierzchni boisk sportowych z trawy syntetycznej, jak również art. 7 ust.1 ustawy, gdyż nie naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wobec powyższego, na podstawie art. 191 ust.1 Pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego rozstrzygnięto na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, stosownie do jego wyniku.

Nie uwzględniono wniosku Zamawiającego w przedmiocie przyznania mu kosztów obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika, ponieważ nie przedłożył do akt sprawy rachunków określających to wynagrodzenie, co jest niezbędną przesłanką wynikającą 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 (Dz. U. z 2007r. 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 **Warszawa - Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*