

Sygn. akt: KIO/UZP 700 /08

**WYROK**  
**z dnia 23 lipca 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Izabela Kuciak

**Członkowie:** Marek Koleśnikow

Emil Kuriata

**Protokolant:** Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 lipca 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **POLCOURT S.A. ul. Generała Zajączka 11, lok.C7, 01-510 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Międzyrzecz ul. Rynek 1, 66-300 Międzyrzecz** protestu z dnia **26 czerwca 2008 r.**

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

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie żądanym przez Odwołującego się.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Międzyrzecz ul. Rynek 1, 66-300 Międzyrzecz** 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. Generała Zajączka 11, lok.C7, 01-510 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Międzyrzecz ul. Rynek 1, 66-300 Międzyrzecz** na rzecz **POLCOURT S.A. ul. Generała Zajączka 11, lok.C7, 01-510 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (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. Generała Zajączka 11, lok.C7, 01-510 Warszawa.**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Międzyrzecz, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „budowa boiska o sztucznej nawierzchni wraz z łapaczami piłek, odwodnieniem i oświetleniem oraz usunięciem kolizji sieci energetycznej i wodociągowej na stadionie miejskim w Międzyrzeczu”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 19 czerwca 2008 r. pod nr 134167-2008.

Dnia 26 czerwca 2008 r. Odwołujący się wniósł protest dotyczący postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Odwołując się zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej ustawą Pzp:

1. art. 7 ust. 1 przez przygotowanie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 29 ust. 1-3 przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, w tym określenie cech wskazujących na jednego producenta, a także opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia (w tym również Odwołującego się)
3. art. 25 ust. 1 i § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605) przez żądanie dokumentów zbędnych do przeprowadzenia postępowania oraz niedopuszczalnych na podstawie wskazanych przepisów.

Odwołujący się posiada interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ jego interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku, gdyż zaskarżone postanowienia SIWZ sformułowane zostały w ten sposób, że nie jest możliwe złożenie przez Odwołującego się oferty spełniającej wymagania Zamawiającego.

Zamawiający określił w opisie przedmiotu zamówienia wymagania dotyczące nawierzchni z trawy syntetycznej, a odnoszące się do wartości Dtex oraz Latex oraz maksymalnej gęstości pęczków/m<sup>2</sup>, w sposób bezzasadnie rygorystyczny, niesprawiedliwiony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. W ten sposób Zamawiający ogranicza konkurencyjność postępowania, stawiając w uprzywilejowanej pozycji firmę, która posiada nawierzchnię charakteryzującą się wskazanymi parametrami. Tymczasem Odwołujący się

może zaoferować „sztuczną trawę” o wyższej gęstości niż 8900 pęczków/m<sup>2</sup>, o wartości Dtex 15100 oraz wartości Latex 950 g/m<sup>2</sup>, która mimo doskonałej jakości i posiadania certyfikatu FIFA nie spełnia wskazanych przez Zamawiającego parametrów.

Odwołujący się podnosi, że ustawa Pzp zawiera wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający ma zatem obowiązek dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do zamówienia.

Odwołujący się zwraca uwagę, że Zamawiający żądał w ofercie wyników badań na zgodność z wymaganiami FIFA 1 STAR lub wyższy, wydany przez niezależne laboratorium badające nawierzchnie sportowe lub certyfikat FIFA (1 STAR lub 2 STAR) dla obiektu wykonanego z oferowanego systemu nawierzchni. Przez pojęcie „system nawierzchni” należy w szczególności rozumieć sztuczną trawę jako dywan, a także jej wypełnienie odpowiednim materiałem. Biorąc pod uwagę fakt, że obiektów, które uzyskały certyfikat FIFA 2 STAR jest niewiele i są to obiekty profesjonalne, wymagane, aby wykonawcy zaoferowali dokładnie taki sam system (trawa i wypełnienie) jak na jakimś innym obiekcie, który uzyskał taki certyfikat stanowiłoby rażące naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Jest to tym bardziej nieuzasadnione, że taki certyfikat uzyskuje podmiot zamawiający obiekt, a nie producent trawy, czy wykonawca obiektu i tylko na określony czas (1 rok). Podobnie z badaniami. Producenci najczęściej dopuszczają różnego rodzaju wypełnienia, natomiast do badania próbki przeznaczają trawę z jednym z możliwych wypełnień.

Odwołujący się podkreśla, że Zamawiający zobowiązany jest zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Należy zwrócić uwagę, że już samo zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych postanowień SIWZ, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji stanowi naruszenie przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto, udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w ustawie z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 z późn. zm.).

W związku z powyższym Odwołujący się żąda modyfikacji SIWZ, polegającej na:

1. dopuszczeniu do przetargu traw o minimalnej gęstości 6900 pęczków/m<sup>2</sup> bez określenia wartości maksymalnej, minimalnej wartości Dtex 15100 i minimalnej wartości Latex 950 g/m<sup>2</sup>,
2. wskazaniu, że oferowana nawierzchnia „sztuczna trawa”, rozumiana jako dywan, będzie uznana za spełniającą wymagania Zamawiającego, jeżeli wykonawca przedstawi wyniki badań dla tej nawierzchni na zgodność z wymaganiami FIFA 1

STAR lub wyższy, wydane przez niezależne laboratorium badające nawierzchnie sportowe lub certyfikat FIFA (1 STAR lub 2 STAR) dla obiektu wykonanego przy zastosowaniu oferowanej nawierzchni, bez względu na rodzaj wypełnienia trawy, jakie zostało zastosowane przy wykonywaniu przedmiotowych badań lub na obiekcie, który otrzymał wskazany certyfikat.

3. odstąpieniu od żądania dokumentów zbędnych do przeprowadzenia postępowania oraz niedopuszczalnych na podstawie obowiązujących przepisów.

Jeżeli spełnienie, któregośkolwiek żądania jest niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów, Odwołujący się wnosi o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Dnia 3 lipca 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest, w ten sposób, że uwzględnił go w zakresie żądania minimalnej gęstości pęczków nawierzchni. Ponadto wyjaśnił, że wyniki badań mogą dotyczyć oferowanej nawierzchni, bez względu na rodzaj jej wypełnienia.

Dodatkowo Zamawiający stwierdził, że opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, określając cechy techniczne i jakościowe. Zamawiający ma prawo żądać od wykonawców stosowania materiałów wysokiej jakości i warunków gwarantujących dobrą i sprawną realizację przedmiotu zamówienia, a takie działanie Zamawiającego nie utrudnia uczciwej konkurencji.

Zamawiający powołuje się na orzecznictwo w tym zakresie, z którego wynika, że to Zamawiający decyduje o tym, co ma być przedmiotem zamówienia, przy zachowaniu zasady, iż opis przedmiotu zamówienia nie może wskazywać na konkretnego wykonawcę, bądź też eliminować konkretnych wykonawców lub powodować sytuacji, w której jeden z wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych.

Wymagania Zamawiającego korespondują z przepisem art. 5 ustawy Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.), z którego wynika, że obiekt budowlany należy projektować, budować, użytkować i utrzymywać w sposób wynikający m.in. z wymagań bezpieczeństwa konstrukcji, bezpieczeństwa pożarowego, bezpieczeństwa użytkowania, odpowiednich warunków higienicznych i zdrowotnych oraz ochrony środowiska itp.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący się i wniósł dnia 8 lipca 2008 r. odwołanie, w którym podtrzymał zarzut naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1-3 ustawy Pzp oraz żądanie modyfikacji SIWZ w zakresie pozostałych parametrów albo unieważnienie postępowania w okolicznościach i z przyczyn wskazanych w proteście.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w załączniku nr 1 do SIWZ. Z opisu tego wynika (pkt 2 SIWZ), że nawierzchnia musi charakteryzować się określonymi parametrami, w tym Dtex min. 15500 oraz Latex 1000 g/m<sup>2</sup>.

Opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje zasadę opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z którą Zamawiający zobowiązany jest do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, co oznacza, że wykonawcy nie będą mieli wątpliwości, co jest przedmiotem zamówienia i jaki jest jego zakres. Opis zamówienia musi być jasny, zrozumiały, zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty przetargowej. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że w tym zakresie Zamawiający nie uchybił dyspozycji przepisu art. 29 ust.1 ustawy Pzp. Odwołujący się bowiem nie wykazał, że ma wątpliwości, na czym polega zamówienie i jaki jest jego zakres. Ponadto Odwołujący się nie wskazał, że przedmiotowy opis zamówienia w jakikolwiek sposób utrudnia sporządzenie oferty.

Kolejną naczelną zasadą dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia jest zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że obowiązek przestrzegania reguł opisywania przedmiotu zamówienia nie stoi w sprzeczności z określaniem przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający potrzeby Zamawiającego. Rację ma Zamawiający, który wskazuje, że do jego uprawnień należy opisywanie przedmiotu zamówienia i określanie potrzeb w tym zakresie. Izba nie kwestionuje, iż w badanym stanie faktycznym istotne są parametry Dtex i Latex, jednakże określenie przedmiotowych parametrów na takim poziomie, który odpowiada tylko jednemu produktowi jest niedopuszczalne, jeżeli nie jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia. Jak wynika z oświadczenia Odwołującego się oraz z dokumentów przedstawionych na rozprawie (Karta Techniczna DOMO Vario Slide Excellence 60, wydruk ze strony internetowej firmy TAMEX S.A.) trawę o żądanych przez Zamawiającego parametrach produkuje jedynie firma DOMO i tylko jeden z jej produktów spełnia wymagania określone przez Zamawiającego, tj. DOMO Vario Slide 50. Okolicznościom tym nie zaprzeczył Zamawiający, ewentualnie nie wskazał dowodu przeciwnego, a ponadto stwierdził, że nie badał tej okoliczności na moment sporządzenia SIWZ. Parametry nawierzchni określił projektant i Zamawiający w żaden sposób nie ustalał, jaki będzie miało

to wpływ na konkurencję. Co prawda Zamawiający wystosował dnia 10 lipca 2008 r. zapytania do kilku wykonawców w sprawie możliwości zaoferowania żądanej nawierzchni, z czego trzech wykonawców posiada w swojej ofercie nawierzchnię o wymaganych parametrach, jednakże należy wziąć pod uwagę fakt, że firma TAMEX S.A. wprost wskazała na produkty firmy DOMO i jak ustalono tylko nawierzchnia DOMO Vario Slide 50 spełnia wymagania. Natomiast firma HEMET Sp. z o.o., co prawda nie wskazała na tego producenta, jednakże firma ta, obok TAMEX S.A., jest autoryzowanym dystrybutorem firmy DOMO. Powyższe potwierdza również dokument autoryzacji wydany dla TAMEX S.A. oraz wskazanie partnerów handlowych (logo firmy) przez HEMET Sp. z o.o. w piśmie z dnia 16 lipca 2008 r. Natomiast firma GOEBEL-SPORT II nie wskazała na konkretnego producenta, czy też konkretny produkt, jednakże, co zostało dowiedzione na rozprawie, tylko jeden produkt jednego producenta spełnia określone wymagania.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej w przedstawionych okolicznościach nie można mówić o zachowaniu uczciwej konkurencji, bowiem przedmiot zamówienia został określony w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym bez znaczenia jest fakt, że produkt ten nie został przez Zamawiającego wprost wskazany przez nazwę. Wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić, oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt.

Krajowa Izba Odwoławcza zwraca również uwagę na fakt, że w badanym stanie faktycznym, wykonanie przedmiotu zamówienia mogą zaoferować jedynie autoryzowani przedstawiciele firmy DOMO, jednocześnie Odwołujący się wskazał, że krąg tych podmiotów jest ograniczony i producent nie przejawia woli pozyskania kolejnych dystrybutorów (Odwołujący się oświadczył, że bezskutecznie próbował nawiązać współpracę handlową, skierował również zapytanie na potrzeby przedmiotowego postępowania). Powyższe nie zapewnia również zachowania uczciwej konkurencji.

Nie oznacza to oczywiście, że Zamawiający ma obowiązek zapewnić możliwość udziału w postępowaniu wszystkim podmiotom działającym w danej branży, jednakże formułując wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia zobowiązany jest zapewnić konkurencyjność. Konkurencja jest możliwa również w sytuacji określenia wysokich wymagań co do przedmiotu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Zamawiającemu w istocie przysługuje uprawnienie do opisanego przedmiotu zamówienia, w sposób, który zapewnia odpowiednią trwałość i wytrzymałość nawierzchni, jednakże to uprawnienie Zamawiającego koresponduje z obowiązkiem przestrzegania zasad opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, że określenie spornych parametrów na żądanym poziomie jest podyktowane intensywnością użytkowania, jednakże nie wykazał, że obniżenie tych parametrów o wartość wnioskowaną przez Odwołującego się, przy zachowaniu intensywności użytkowania, spowoduje utratę

właściwości technicznych przez nawierzchnię. Zamawiający powołuje się na standardy FIFA i UEFA, jednakże nie wskazuje jakie to są standardy. Tymczasem, jak wynika z przedstawionej przez Odwołującego się *Procedury przeprowadzania testów*, w celu uzyskania Rekomendacji FIFA, badaniu podlega skład nawierzchni, jej trwałość, wytrzymałość, odporność na zmiany klimatyczne oraz wzajemne oddziaływanie zawodników i piłki na podłoże. Taką Rekomendację posiada nawierzchnia, którą mógłby ewentualnie zaoferować Odwołujący się. Zatem powyższe dowodzi, że obniżenie parametrów nie spowoduje, że wykonawcy będą mogli zaoferować nawierzchnię o niskiej jakości.

W tym stanie faktycznym potwierdził się zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, a co za tym idzie również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający, bowiem na etapie przygotowania postępowania (formułowania postanowień SIWZ) nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp należy uznać za chybiony, bowiem Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na jeden produkt, nie stanowi okoliczności, o której mowa w przepisie art. 29 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. 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), uznając za uzasadnione koszty pełnomocnika Odwołującego się w kwocie 3 600,00 zł.



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/~~postanowienie~~ w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gorzowie Wielkopolskim**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*