

Sygn. akt KIO/UZP 1021/08

WYROK

z dnia 9 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Izabela Niedziałek

Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 października 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

POLCOURT S.A. ul. Gen. Zajęcza 11 lok.C7, 01-510 Warszawa

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Gminę Miejską Lidzbark Warmiński ul. Ratuszowa 5, 11-100 Lidzbark Warmiński

protestu z dnia 2 września 2008 r.

przy udziale **MASTERS Sp. z o.o. ul. Mickiewicza 21, 70-383 Szczecin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i unieważnia postępowanie,

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miejską Lidzbark Warmiński ul. Ratuszowa 5, 11-100 Lidzbark Warmiński 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 **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez Gminę Miejską Lidzbark Warmiński ul. Ratuszowa 5, 11-100 Lidzbark Warmiński na rzecz POLCOURT S.A. ul. Gen. Zajączka 11 lok.C7, 01-510 Warszawa stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 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 POLCOURT S.A. ul. Gen. Zajączka 11 lok.C7, 01-510 Warszawa.

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *modernizację stadionu sportowego z infrastrukturą w Lidzbarku Warmińskim*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych

26 sierpnia 2008 r. pod numerem 200372-2008. Tego samego dnia na stronie internetowej Zamawiającego została zamieszczona specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 11.463.208,96 złotych, tj. 2.956.645,16 euro. Termin składania ofert upłynął 16 września 2008 r. W tym terminie zostały złożone 3 oferty, w tym oferty Odwołującego oraz Przystępującego.

2 września 2008 r. Odwołujący wniósł protest, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady przestrzegania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 29 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych – poprzez takie opisanie przedmiotu zamówienia, które 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,
- 3) art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 – poprzez żądanie dokumentów zbędnych do przeprowadzenia postępowania oraz niedopuszczalnych na podstawie wskazanych przepisów.

W związku z tym Odwołujący zażądał:

- 1) modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zmianę opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który wyeliminuje wszystkie zapisy, które utrudniają uczciwą konkurencję, w tym określające cechy wskazujące na jednego producenta, a także rezygnację z opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia – zgodnie z uzasadnieniem protestu,

2) rezygnacji z żądania przedstawienia aprobat technicznych Instytutu Techniki Budowlanej (ITB) w celu potwierdzenia parametrów oferowanych nawierzchni,

3) rezygnacji z żądania certyfikatu IAAF First Class dla obiektu, ponieważ Zamawiający nie będzie ubiegał się o otrzymanie ww. certyfikatu. Certyfikat IAAF dla nawierzchni poliuretanowej jest wystarczającym dokumentem potwierdzającym najwyższe parametry nawierzchni poliuretanowej.

Zdaniem Odwołującego jego interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ zaskarżone postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia sformułowane zostały w ten sposób, że nie jest możliwe złożenie przez niego oferty spełniającej wymagania Zamawiającego, natomiast w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, mógłby on ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami, a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia – którzy mogą złożyć ważne oferty w przedmiotowym postępowaniu.

1) Zamawiający określił grubość nawierzchni na 14 mm – poprzez wprowadzenie tego wymogu automatycznie eliminuje wiele doskonałych produktów i bezpodstawnie stawia w uprzywilejowanej pozycji firmę, która posiada opisaną nawierzchnię. Większość bardzo dobrych i sprawdzonych produktów, uznanych firm, posiadających certyfikat IAAF, nie spełnia tego wymogu Zamawiającego. Odwołujący wniósł o modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez określenie grubości nawierzchni jako min. 13 mm (przynajmniej 13,8 mm). Wykonanie zamówienia przy zastosowaniu nawierzchni o wskazanej grubości w równym stopniu gwarantuje zachowanie wszelkich parametrów użytkowych i funkcjonalnych i nie wprowadza jakiegokolwiek zagrożenia dla prawidłowego wykonania zamówienia.

2) Zamawiający wyklucza zaoferowanie większości nawierzchni wykonywanych z tzw. pełnego poliuretanu, posiadających certyfikat IAAF.

Bowiem wymóg wykonywania nawierzchni z wykorzystaniem jedynie granulatu EPDM nie ma znaczenia z punktu widzenia celów Zamawiającego, jakie mają być zrealizowane poprzez wykonanie zamówienia. Rezygnacja z tych wymogów nie wpływa na pogorszenie jakości i funkcjonalności nawierzchni. Wymogi powyższe wskazują na technologię wykonania konkretnej nawierzchni. Równoważnym rozwiązaniem jest możliwość zastosowania nawierzchni z wypełnieniem przy użyciu granulatu SBR z wierzchnią zasypką z EPDM, a rozwiązanie takie Zamawiający wyklucza. Rozwiązanie to jest oferowane przez wszystkich uznanych producentów nawierzchni, które instalowane są na wielu obiektach o podobnych funkcjach, jakie ma spełniać obiekt stanowiący przedmiot zamówienia. Odwołujący domaga się modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez dopuszczenie zaoferowania nawierzchni realizowanej we wskazany powyżej sposób (wypełnienie przy użyciu granulatu SBR z wierzchnią zasypką – warstwą użytkową – z EPDM), czyli wszystkich nawierzchni poliuretanowych posiadających certyfikat IAAF na pełen system poliuretanowy.

3) Zamawiający żąda dołączenia do oferty aprobat ITB. Tymczasem, od 1 maja 2004 r. rynek wyrobów budowlanych jest regulowany przez ustawę z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych i, zgodnie z jej art. 9 ust. 1, aprobaty techniczne mogą być wydawane dla wyrobów objętych mandatami udzielonymi przez Komisję Europejską na opracowanie europejskich norm zharmonizowanych lub wytycznych do Europejskich Aprobat Technicznych. Wykaz mandatów zamieszczony jest w obwieszczeniu Ministra Infrastruktury z dnia 5 lipca 2004 r. opublikowanym w Monitorze Polskim Nr 32, poz. 571 i wyroby do wykonywania nawierzchni sportowych zewnętrznych nie są objęte tymi mandatami. W związku z tym aprobaty techniczne dla tego typu wyrobów, zgodnie z obowiązującymi przepisami, nie są wymagane. Wymaganie aprobaty ITB jest sprzeczne z istniejącym stanem prawnym, gdyż aprobat ITB dla nawierzchni sportowych zewnętrznych obecnie nie wykonuje się. Żądanie takiej aprobaty nakłada na wykonawców obowiązki nie wynikające z przepisów prawa, w tym 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. Stawia to w uprzywilejowanej pozycji firmę, która posiada konkretną nawierzchnię poliuretanową. Wskazane parametry są bowiem przepisane z aprobaty ITB wydanej dla konkretnej nawierzchni. Odwołujący żądał dopuszczenia wszystkich nawierzchni wykonanych z technologii pełnego poliuretanu, posiadających certyfikat IAAF, w szczególności modyfikacji, która umożliwi zaoferowanie nawierzchni innych uznanych firm: Polytan, Eltan, Herculan, Tetrapur. Ponadto Zamawiający wskazał na parametry badane tylko przez Instytut Techniki Budowlanej, a rekomendacje ITB są dokumentem dobrowolnym. Zamawiający preferuje wykonawców oferujących nawierzchnie, które posiadają rekomendacje konkretnego podmiotu – Instytutu Techniki Budowlanej. Zamawiający powinien zatem zmodyfikować specyfikację istotnych warunków zamówienia poprzez rezygnację z parametrów badanych tylko przez ITB. W przypadku nawierzchni poliuretanowej także powoływanie się na parametry opisywane przez normę DIN nie znajduje uzasadnienia i narusza uczciwą konkurencję, ponieważ Zamawiający żąda, aby oferowana nawierzchnia była przebadana pod względem zgodności z IAAF oraz posiadała ten certyfikat. Certyfikat IAAF i badania dają Zamawiającemu pewność, że oferowana nawierzchnia jest produktem najwyższej jakości. Na takiej nawierzchni można rozgrywać zawody sportowe najwyższej rangi światowej

12 września 2008 r. Zamawiający protest oddalił. Rozstrzygnięcie zostało doręczone Odwołującemu tego samego dnia.

Zdaniem Zamawiającego zarzut rygorystycznego i nieuzasadnionego określenia grubości nawierzchni na 14mm przez Zamawiającego, rodzaju nawierzchni i sposobu jej wykonania jest niezasadny. Zapis zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (część IV ust. 5) określa, iż *„Zamawiający dopuszcza stosowanie materiałów i urządzeń równoważnych o parametrach nie niższych niż podane w dokumentacji projektowej.”* Oznacza to, że parametry określone w dokumentacji określają minimalne wymagania Zamawiającego, a wykonawcy mogą zaoferować

materiały i urządzenia równoważne, o parametrach innych niż określone w dokumentacji projektowej, pod warunkiem, że nie będą one niższe.

Zgodnie z art. 35 ust. 3 ustawy o finansach publicznych wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z tych nakładów.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia określając rodzaj zamawianej nawierzchni, jej grubość i parametry, które gwarantują uzyskanie najlepszych efektów, tzn. otrzymanie nawierzchni o wysokiej jakości, wytrzymałości i odporności na działanie czynników zewnętrznych, czyli o długim okresie użytkowania. To Zamawiający określa swoje potrzeby i ma do tego prawo.

Wobec powyższego oddalenia protestu 17 września 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 9 września 2008 r.), w którym podtrzymał zarzuty, argumenty i żądania, wnosząc dodatkowo – jeżeli spełnienie któregośkolwiek żądania jest niedopuszczalne prawnie – o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dodatkowo stwierdził, iż w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający, odnosząc się do zarzutu dotyczącego minimalnej grubości nawierzchni 14 mm, wskazuje, iż opisana grubość nawierzchni gwarantuje uzyskanie najlepszych efektów, oraz, iż to on określa swoje potrzeby i ma do tego prawo. Prawo Zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia publicznego nie jest bezwzględne i niczym nie ograniczone (art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych). O ograniczeniach tych mowa również w orzeczeniach przytaczanych przez Zamawiającego orzeczeniach tych mowa jest nie tylko o prawie Zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia publicznego, ale również o tym, że opis ten powinien być uzasadniony potrzebami Zamawiającego. Zamawiający musi wykazać, że wyłącznie produkt o parametrach przez niego opisanych umożliwi realizację celu. Natomiast Zamawiający w ogóle nie odniósł się do powyższej kwestii. Ponadto nie wskazał żadnych argumentów oraz dokumentów, które potwierdzałyby, iż tylko grubość gwarantuje uzyskanie najlepszych efektów.

Podkreśla też, iż przepis art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż przedmiotu zamówienia publicznego nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, przy czym przepis ten nie wymaga faktycznego wykazania, lecz uznaje za wystarczające uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu oraz dokumentów i oświadczeń Stron złożonych podczas rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przede wszystkim skład orzekający Izby uznał, iż Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania i, na etapie, w którym znajduje się przedmiotowe postępowanie (Zamawiający nie poinformował jeszcze wykonawców, które oferty odrzuca na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a które uznaje za zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia), nie można stwierdzić, iż warunki specyfikacji istotnych warunków zamówienia pozwalały na złożenie przez niego oferty spełniającej wymagania Zamawiającego.

Skład orzekający Izby stwierdził, iż Zamawiający opisał szczegółowy sposób wykonania nawierzchni poliuretanowej m.in. w Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót – STWiOR (str. 50 i nast.) stanowiącej część specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W specyfikacji tej określony został sposób wykonania konkretnej nawierzchni o konkretnym składzie, parametrach, wskazując m.in. jej grubość (dokładnie 14 mm) oraz używany granulit – EPDM.

Jednocześnie w części IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 4 i 5 wskazał, iż „przedmiot zamówienia należy wykonać zgodnie z opracowaną i zatwierdzoną dokumentacją techniczną. Wyżej wymieniona dokumentacja stanowi integralną część niniejszej specyfikacji, z zastrzeżeniem, że wszystkie wskazania z nazwy materiałów

i urządzeń należy rozumieć jako określenie wymaganych parametrów technicznych lub standardów jakościowych. Oznacza to, że zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający dopuszcza stosowanie materiałów i urządzeń równoważnych o parametrach nie niższych niż podane w dokumentacji projektowej. Na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia, iż proponowane materiały i urządzenia są równoważne. W przypadku składania oferty, w których wykonawca proponuje materiały i urządzenia równoważne, do oferty należy dołączyć w formie tabeli wykaz proponowanych materiałów i urządzeń równoważnych, wraz z dokumentami stwierdzającymi w sposób jednoznaczny ich równoważność. Brak wskazania w ofercie propozycji zastosowania materiałów i urządzeń równoważnych oznaczać będzie, że przedmiot zamówienia zostanie wykonany przy zastosowaniu urządzeń i materiałów przyjętych w projekcie budowlanym.”

Na powyższe postanowienie Zamawiający powoływał się oddalając protest Odwołującego oraz podczas rozprawy. Podczas rozprawy zamawiający podkreślał też, iż kwestionowane postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynikają bezpośrednio z dokumentacji projektowej.

Zapytany podczas rozprawy, czym będzie kierował się przy stwierdzeniu, że oferowany produkt jest równoważny i czy zostało to określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający wskazał na część VII pkt 1 ppkt 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Stwierdził też, iż zwróci się do projektanta lub powoła eksperta, który określi ewentualną równoważność, ponieważ komisja przetargowa nie jest w stanie tego stwierdzić.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu opisanie przedmiotu zamówienia, 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.

Skład orzekający Izby podzielił częściowo stanowisko Odwołującego stwierdzając, iż w przedmiotowym postępowaniu nastąpiło naruszenie art. 29

ust. 1, a przez to – również art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednak trudno w tym wypadku mówić o opisanu przedmiotu zamówienia w sposób „nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego”, ponieważ trudno w ogóle określić w spornym zakresie, jaki konkretnie produkt, oprócz wymienionego wprost w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, został dopuszczony jako równoważny – spełniający warunki tej specyfikacji.

Zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – natomiast w przedmiotowym przypadku, takie stwierdzenie jest, jeśli nie niemożliwe, to co najmniej wyjątkowo utrudnione.

Natomiast zgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych 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.

Oznacza to, iż zamawiający tak musi opisać przedmiot zamówienia, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jakie usługi i jaki produkt oraz na jakich warunkach mogą (muszą) zaoferować zamawiającemu, aby ten uznał ich ofertę za spełniającą wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a przy tym, jak tę ofertę skonstruować, by mogła być ona uznana za najkorzystniejszą. W niniejszym postępowaniu kwestia ta dotyczyłaby rozstrzygnięcia, jaką nawierzchnię poliuretanową (jak wykonywaną) należy zaoferować Zamawiającemu, oprócz opisanej w STWiOR, by została ona uznana za równoważną, a przy tym z odpowiednio konkurencyjną ceną.

W związku z powyższym Zamawiający powinien określić, jakie parametry, materiały, technologie itd. uzna za równoważne do opisanych przez siebie. Z zachowania Zamawiającego wynika, iż zostanie to ustalone podczas badania ofert, przy czym nawet komisja przetargowa – będąca, zgodnie z art. 20 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zespołem powoływanym właśnie do badania i oceny ofert – nie jest w stanie tego ustalić (zostanie to powierzone „ekspertom”). Jak wynika więc z powyższego, właściwe określenie

przedmiotu zamówienia w tym zakresie zostanie dokonane na etapie badania ofert, przez nieokreślone osoby i na podstawie niewiadomych kryteriów. Jest to zachowanie niedopuszczalne na gruncie systemu zamówień publicznych i przeczące jego idei – godzące w podstawową zasadę przeprowadzania postępowań, wielokrotnie podkreślaną przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości – zasadę przejrzystości, przeniesioną do ustawy Prawo zamówień publicznych w wielu przepisach, w tym wskazanym art. 29.

Przy tym, co do zasady członkowie komisji przetargowej nie muszą posiadać specjalistycznej wiedzy, aby dokonać porównania parametrów zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w ofertach. Natomiast w tym przypadku jest to niemożliwe z powodu braku określenia parametrów, które mają być podstawą tego porównania.

Naruszenie zasady opisanej w art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych powoduje jednocześnie naruszenie przepisu ust. 2 tego artykułu, ponieważ takie opisanie, a raczej – nieopisanie, przedmiotu zamówienia niewątpliwie utrudnia uczciwą konkurencję.

Warto też podkreślić, iż za sposób sporządzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym również dokumentacji projektowej, odpowiada Zamawiający. Jakkolwiek będąca częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumentacja projektowa wykonana została niewątpliwie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, budzi ona jednak wątpliwość co do zachowania zasad konkurencyjności określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych.

W związku z faktem, iż w przedmiotowym postępowaniu zostały już złożone oferty, niemożliwa jest modyfikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jej wada jest na tyle poważna, iż konieczne jest unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ, zdaniem składu orzekającego Izby, konsekwencją wyżej opisanej wady specyfikacji istotnych warunków zamówienia może być wyłącznie dokonanie wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy (niezgodnie z jej podstawowymi założeniami).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady przestrzegania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jednak przepis ten (ogólna zasada) został powtórzony w stosunku do przedmiotu zamówienia w art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu również naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 – poprzez żądanie dokumentów zbędnych do przeprowadzenia postępowania oraz niedopuszczalnych na podstawie wskazanych przepisów, tj. aprobaty ITB oraz certyfikatu IAAF First Class. W powyższym zakresie skład orzekający Izby nie podziela stanowiska Odwołującego.

Zgodnie z pełnym brzmieniem części VII pkt 1 ppkt 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w celu potwierdzenia, że tworzywo poliuretanowe oferowane do wykonania nawierzchni syntetycznej poliuretanowej odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego, wykonawcy musieli przedstawić w ofercie m.in. dokument potwierdzający, iż obiekt z zainstalowanym oferowanym systemem nawierzchni uzyskał certyfikat First Class IAAF oraz aprobatę ITB lub rekomendację ITB lub inny dokument (atest, certyfikat, wyniki badań, itp.) wydany przez instytucję uprawnioną do badania i certyfikowania wyrobów, potwierdzający, że oferowana nawierzchnia posiada żądane parametry.

Jak wynika z powyższego aprobatą ITB nie była jedynym dokumentem wymaganym przez Zamawiającego, wobec czego argumentacja Odwołującego dotycząca ograniczeń, jakie to żądanie nakłada na wykonawców, jest chybiona.

Również żądania certyfikatu IAAF First Class, a nie „zwykłego” certyfikatu IAAF nie można uznać za nieuzasadnione. Jak stwierdził Zamawiający podczas rozprawy – czemu Odwołujący nie zaprzeczył – certyfikat First Class

różni się od zwykłego certyfikatu IAAF tym, że badania nawierzchni przeprowadzane są na stadionie, a nie tylko w warunkach laboratoryjnych. Zatem certyfikat IAAF First Class w sposób bardziej pełny niż inny certyfikat IAAF potwierdza jakość nawierzchni i nie można odmówić Zamawiającemu możliwości stwierdzenia jej jakości w ten sposób. Przy tym, jak wynika z obszernej listy obiektów, których nawierzchnia taki certyfikat posiada, przedstawionej przez Przystępującego, badanie takie nie jest czynnością zlecaną wyjątkowo.

Wymaganie takie nie narusza również § 3 ww. rozporządzenia, nawet jeśli uznać, iż dokumenty te nie znajdują się wśród wymienionych w tym przepisie, ponieważ wymienione w nim są jedynie przykładowe dokumenty, o czym stanowi użyte określenie „w szczególności”.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania uwzględniając zwrot wpisu oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, w wysokości 3.600 zł, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 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. z 2007 r., 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) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....