

Sygn. akt KIO/UZP 276/08

KIO/UZP 287/08

WYROK

z dnia 14 kwietnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Stanisław Sadowy

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2008 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 kwietnia 2008 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. TAMEX Obiekty Sportowe S.A., ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa

B. UNIPOL Sp. z o.o., ul. Duńska 73, 71-795 Szczecin

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

Miasto Stołeczne Warszawa (Dzielnica Wola)

A1. Solidarności 90, 01-003 Warszawa

protestów z dnia 5 i 6 marca 2008 r.

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

orzeka:

- 1. uwzględnia oba odwołania i nakazuje Zamawiającemu zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,**

2. kosztami postępowania obciąża Miasto Stołeczne Warszawa (Dzielnica Wola) Al. Solidarności 90, 01-003 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 uiszczonego przez Odwoływających, w tym:
 - A. koszty w wysokości **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **TAMEX Obiekty Sportowe S.A., ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa,**
 - B. koszty w wysokości **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **UNIPOL Sp. z o.o., ul. Duńska 73, 71-795 Szczecin,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Miasto Stołeczne Warszawa (Dzielnica Wola) Al. Solidarności 90, 01-003 Warszawa** na rzecz odwoływających stanowiącej uzasadnione koszty stron poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa procesowego, w tym:
 - A. koszty w wysokości **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) na rzecz **TAMEX Obiekty Sportowe S.A., ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa,**
 - B. koszty w wysokości **5 632 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy sześćset trzydzieści dwa złote zero groszy) na rzecz **UNIPOL Sp. z o.o., ul. Duńska 73, 71-795 Szczecin,**
- 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 **35 936 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwoływających w tym:
 - A. kwoty **17 968 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **TAMEX Obiekty Sportowe S.A., ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa,**

B. kwoty **17 968 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **UNIPOL Sp. z o.o., ul. Duńska 73, 71-795 Szczecin.**

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

Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Wola prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *modernizację boisk szkolnych przy Szkole Podstawowej nr 166 przy ul. Żytniej 40 w Warszawie*. Wartość zamówienia oszacowano na 2.444.60,70 zł, tj. 630.525,57 euro. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 3 marca 2008 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 42965-2008. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego 3 marca 2008 r. (bez specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, która została zamieszczona 10 marca 2008 r.).

Odwołanie sygn. akt 276/08

Protest został złożony 6 marca 2008 r. (data wpływu do Zamawiającego) przez HEMET Sp. z o.o. ul. Fabryczna 23a, 65-001 Zielona Góra. 6 marca 2008 r. Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku złożonego protestu. 10 marca 2008 r. do postępowania po stronie protestującego przyłączyła się TAMEX Obiekty Sportowe S.A.

W złożonym proteście HEMET Sp. z o.o. zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. zasady równego traktowania wykonawców i ograniczenie uczciwej konkurencji przez zastosowanie w opisie syntetycznych nawierzchni sportowych parametrów o ściśle oznaczonych wartościach oraz niewystępujących w Polskich Normach przenoszących normy europejskie, a także sprzecznych z opisem projektu i uniemożliwiających zaoferowanie nawierzchni zaprojektowanych,

2. art. 30 ust. 1 – 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez stosowanie w opisie syntetycznych nawierzchni sportowych określeń niewystępujących w Polskich Normach przenoszących normy europejskie, a także przez odwołanie się do krajowej, nieaktualnej normy niemieckiej DIN V 18035/6,
3. art. 31 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odstąpienie od obowiązku opisu przedmiotu zamówienia za pomocą projektu i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót w zakresie parametrów w nich wymaganych,
4. art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez żądanie bliżej nieokreślonych i zbędnych dokumentów na potwierdzenie, że nawierzchnia spełnia wymagania Zamawiającego,
5. art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – przez żądanie dokumentów zbędnych na potwierdzenie spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Zdaniem HEMET Sp. z o.o. norma DIN V 18035/6 jest wewnętrzną normą niemiecką i nie obowiązuje w całej Unii Europejskiej.

Lista parametrów i ich wartości przedstawiona w punkcie II.1.3 ppkt 7 ogłoszenia tj. *„Nawierzchnia sportowa z trawy syntetycznej musi posiadać właściwości i parametry techniczne nie gorsze niż: składnik włókna polietylen monofilament, odporny na promieniowanie UV wysokość całkowita 52 mm, ciężar włókien 14500 DTEX, ilość pęczków 6000 ($\pm 10\%$) kolor trawy zielony, rodzaj wypełnienia piasek kwarcowy, granulit wytrzymałość na rozciąganie 15 N/mm² ($\pm 5\%$) wytrzymałość na rozdzieranie 80 N ($\pm 5\%$), mrozoodporność – przyrost masy 0,5 %, linie białe”* jest niezgodna z listą parametrów i ich wartości wynikających z projektu i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, przez co naruszono art. 31 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, prawa autorskie projektantów – art. 16 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych i przepisy o uprawnieniach budowlanych architektów – art. 12 ust. 1 i 7 ustawy Prawo budowlane i uniemożliwiono zaoferowanie syntetycznych nawierzchni, które

zaprojektowano. Poza tym nie podano, dla jakiej powierzchni ma być liczona ilość pęczków.

W punkcie III.2. ppkt 12 ogłoszenia oraz w informacji o wymaganych oświadczeniach i dokumentach napisano *„Zamawiający wymaga dołączenia do oferty zaświadczeń podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczone produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym i są dopuszczone do obrotu i powszechnego stosowania w budownictwie zgodnie z ustawą z dnia 16.04.2004 r. o wyrobach budowlanych (Dz. U. z 2004r. Nr 92 poz. 881)”* – pomimo że sportowe nawierzchnie nie są objęte obowiązkiem tego rodzaju badań z uwagi na brak rozporządzenia w sprawie mandatów właściwego ministra. Żądanie to wykracza poza zakres art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ to dokument zbędny i nie wymagany z mocy ustawy.

W informacji o oświadczeniach i dokumentach jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu napisano (myląc warunki udziału w postępowaniu ze spełnianiem technicznych warunków ofertowych), że wykonawca złoży *„oświadczenie o stosowaniu tylko materiałów posiadających deklaracje zgodności z obowiązującymi normami, atesty i certyfikaty”*, podczas gdy art. 4 pkt 3 ustawy o normalizacji stanowi, że w normalizacji krajowej stosuje się zasadę dobrowolności w procesie opracowywania i stosowania norm. Normy obowiązują więc tylko, gdy są zastosowane w projekcie, a wówczas Zamawiający jest zobowiązany stosować przepis art. 30 ustawy Prawo zamówień publicznych. Natomiast gdy w projekcie nie odwołano się do norm, to przedmiotowe oświadczenie jest bezwartościowe. Ponadto właściwe organy nie ustanowiły listy mandatów w sprawie certyfikowania i atestacji syntetycznych nawierzchni sportowych, tak więc żądanie to jest sprzeczne z ustawą i powinno być anulowane.

Opis sztucznej trawy sprzeczny z projektem w zakresie: rodzaj włókna, wysokość całkowita, DTEX, gęstość pęczków, mrozoodporność spowodował wykluczenie wykonawców oferujących nawierzchnie zgodne z projektem, co narusza art. 31 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (opisem zamawianych robót budowlanych jest projekt i specyfikacja techniczna

wykonania i odbioru robót), art. 16 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (nienaruszalność treści i formy utworu i jego rzetelnego wykorzystania, nadzór nad sposobem korzystania z utworu), art. 647 kodeksu cywilnego (wykonanie obiektu budowlanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej), art. 12 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo budowlane (zgodność wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym i warunkami pozwolenia na budowę), art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych (z przyczyn podanych powyżej).

Dodatkowo zamawiający wymaga sporządzenia kosztorysu ofertowego zgodnie z przedmiarem, w którym, w poz. 2.20 przedmiaru „Roboty budowlane w zakresie budowy boisk sportowych” napisano, iż przedmiotem wycenianej pozycji jest „*dostawa i montaż powierzchni ze sztucznej trawy wys. całkowitej co najmniej 62 mm...*” – dopuszczenie trawy do 52 mm skutkuje możliwością złożenia oferty sprzecznej z przedmiarem, a więc podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i preferuje wykonawców, którzy złożą gorszą i tańszą trawę niezgodną z projektem. Potwierdza to naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższymi zarzutami HEMET Sp. z o.o. wniosła o:

1. dostosowanie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie:
 - a) opisu syntetycznych nawierzchni sportowych za pomocą projektu i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót,
 - b) kompletności informacji składających się na specyfikację istotnych warunków zamówienia w rozumieniu art. 36 w zw. z art. 31 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
 - c) listy dokumentów, które należy dołączyć do oferty celem potwierdzenia spełniania warunków technicznych przez oferowane syntetyczne nawierzchnie sportowe i warunków udziału w postępowaniu przez wykreślenie dokumentów zbędnych i dokładne określenie dokumentów niezbędnych,

- d) zmianę sposobu spełniania warunków technicznych przez określenie warunków granicznych na podstawie projektu i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót,
 - e) zmianę sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez dostosowanie wymagań w zakresie dysponowania osobami zdolnymi wykonać zamówienie,
2. unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z żądaniem dokumentów bliżej nieokreślonych lub zbędnych i niemożności zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po ogłoszeniu postępowania w związku z zakazem wynikającym z art. 38 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (zmiana listy dokumentów wpływa na zmianę sposobu oceny ofert i spełniania warunków udziału w postępowaniu), a także z powodu naruszenia art. 42 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez niezamieszczenie specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót w terminie publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający nie rozstrzygnął powyższego protestu, co, zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznaje się za jego oddalenie, wobec czego 25 marca 2008 r. (wpływ do UZP 25 marca 2008 r.) TAMEX Obiekty Sportowe S.A. wniosła odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując w swoim odwołaniu zarzuty, argumentację i żądania przedstawione w proteście przez HEMET Sp. z o.o.

Odwołanie sygn. akt 287/08

W złożonym proteście UNIPOL Sp. z o.o. zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli ograniczanie konkurencji w postępowaniu,
2. art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli niejednoznaczny i niejasny opis przedmiotu zamówienia,
3. wymaganie dokumentów nie wymaganych obowiązującym prawem.

Zdaniem UNIPOL Sp. z o.o. Zamawiający manipuluje parametrami dla sztucznej trawy na boisko do piłki nożnej w celu ograniczenia konkurencji (świadczą o tym wymagane parametry Dtex 14500, ilość pęczków $6000 \pm 10\%$, mrozoodporność – przyrost masy max 0,5%). Wskazane parametry nie są typowe dla traw piłkarskich typu monofilowego, szczególnie wymaganie 0,5% przyrostu masy wskazuje na możliwość oferowania traw tylko jednego producenta. ITB wymaga tylko nie większego niż 1,5% przyrostu, by stwierdzić przydatność zastosowania sztucznej trawy w tym zakresie, aż trzykrotnie większa wartość świadczy jednoznacznie o manipulowaniu tym parametrem.

Ponadto opis przedmiotu zamówienia w zakresie nawierzchni z trawy sztucznej uniemożliwia złożenie oferty zawierającej produkt opisany przez Zamawiającego:

1. parametry: wytrzymałość na rozciąganie 15 N/mm^2 , wytrzymałość na rozdzieranie $80 \text{ N} (\pm 5\%)$, mrozoodporność – przyrost masy 0,5% wskazują, że sztuczna trawa musi posiadać rekomendację techniczną ITB, ponieważ tylko ITB określa taki zestaw parametrów przy wydawaniu aprobat lub rekomendacji technicznych, z kolei żadna sztuczna trawa posiadająca taki dokument nie spełnia wszystkich tych parametrów łącznie,
2. nie można dopasować wskazanej przez Zamawiającego w pliku „Opis Żytnia” trawy Domo Excellence 60 z parametrami podanymi na str. 4–5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia – włókno trawy Domo jest typu mieszanego, a Zamawiający wymaga włókna monofilowego, wysokość włókna trawy to 60 mm, a Zamawiający wymaga max. 52 mm),
3. Zamawiający żąda, aby „trawa syntetyczna posiadała właściwości i parametry techniczne nie gorsze niż...” – jest to pojęcie względne i nieprecyzyjne, bowiem nie można stwierdzić, czy np. wysokość całkowita 62 mm będzie gorsza, czy lepsza niż 52 mm, to samo dotyczy Dtex i mrozoodporności,
4. Zamawiający wymaga w punkcie 6.7. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aby wykonawca udokumentował posiadanie m.in. urządzenia do malowania linii na boiskach np. SMG Plano Matic – poza

faktem, że linie z powodzeniem można wykonać inną techniką, bez specjalistycznych urządzeń, to SMG Plano Macic jest urządzeniem do rozkładania warstwy gumowej, a nie do malowania linii.

Dodatkowo, wymagane przez Zamawiającego parametry mechaniczne określone są tylko przez ITB przy wydawaniu aprobat / rekomendacji technicznych. W związku z tym, że dokumenty te nie są w obecnym stanie prawnym wymagane (od maja 2004 r.), Zamawiający również nie ma prawa ich wymagać, a tym samym nie ma prawa wymagać parametrów określanych tylko i wyłącznie w tych dokumentach.

W związku z powyższym UNIPOL Sp. z o.o. żąda:

1. określenia wymagań technicznych odnoszących się do sztucznej trawy zgodnego z ustawą Prawo zamówień publicznych oraz nieograniczającego konkurencji poprzez jednoznaczne określenie wymaganych parametrów: materiał i rodzaj włókna, ciężar i wysokość włókna, gęstość pęczków trawy z podaniem zakresu tolerancji dla parametrów wyrażanych liczbowo,
2. skreślenia z listy parametrów określanych tylko i wyłącznie przez ITB przy okazji wydawania rekomendacji lub aprobat technicznych oraz skreślenia wymagania posiadania aprobat i rekomendacji dla produktów nawierzchniowych,
3. skreślenie konieczności posiadania specjalistycznego urządzenia do malowania linii separacyjnych na boiskach poliuretanowych,
4. lub unieważnienia postępowania.

Zamawiający nie rozstrzygnął powyższego protestu, co, zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych uznaje się za jego oddalenie, wobec czego 25 marca 2008 r. (wpływ do UZP 28 marca 2008 r.) UNIPOL Sp. z o.o. wniosła odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując swoje zarzuty i żądania.

25 marca 2008 r. Zamawiający dokonał modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w której:

1. wyjaśnił, iż wymienione w projekcie budowlanym materiały są tylko rodzajem wskazówek określających podstawowe parametry materiału, a wykonawca ma prawo przyjąć inny materiał od proponowanego w projekcie, jeśli będzie posiadał on atesty PZH, rekomendacje lub inne dokumenty potwierdzające ich parametry techniczne wydane przez upoważnione instytucje,
2. zmienił wymagane parametry: składnik włókna polietylen monofil, wysokość całkowita min. 52 mm, ciężar włókna 14000 DTEX, ilość pęczków $6000 \pm 10\%$,
3. zmienił zapis poz. 2.20 przedmiaru „Dostawa i montaż nawierzchni ze sztucznej trawy o wys. całkowitej minimum 52 mm...”.

Podczas rozprawy Odwołujący przedstawili następujące dokumenty:

1. pismo Instytutu Techniki Budowlanej z 3 kwietnia 2008 r. dotyczące udzielonych aprobat i rekomendacji technicznych (21 rekomendacji dla 12 producentów), porównanie wymienionych parametrów granicznych oraz listę sztucznych traw posiadających aprobaty i rekomendacje ITB oraz opinię na temat zastosowanych przez Zamawiającego parametrów,
2. pisma pięciu producentów traw dotyczące tego, iż producenci ci nie badają swoich traw pod kątem mrozoodporności – pomijając niespełnienie przez trzy z tych pism warunku formalnego dokonania tłumaczenia przez tłumacza przysięgłego – treści tych pism przeczy treść ww. pisma ITB, z którego wynika, iż czterej z tych producentów posiadają rekomendacje ITB, w których określono również mrozoodporność,
3. pismo projektanta do Zamawiającego z 29 lutego 2008 r. – jest ono pismem pomiędzy tymi stronami i nie zostało udostępnione wykonawcom w ramach specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
4. pismo z Ministerstwa Transportu i Budownictwa z 2 lutego 2008 r. dotyczące braku mandatów do udzielania aprobat technicznych nawierzchni typu „sztuczna trawa”.

Skład orzekający Izby uznał przedstawione w tych pismach informacje za wiarygodne (z uwzględnieniem uwagi do pism wymienionych w punkcie 2.).

Skład orzekający Izby zważył co następuje: oba odwołania zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający, modyfikując w części A. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Informacje podstawowe” pkt 3. „Przedmiot zamówienia” wymagania zawarte przez projektanta w projekcie budowlanym, który, zgodnie z art. 30 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest również opisem przedmiotu zamówienia, spowodował, iż wymagania dotyczące parametrów sztucznej trawy stały się niejednoznaczne i nieczytelne.

Zgodnie z art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a opisu tego nie można dokonywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zamawiający stwierdził, iż dokonane zmiany miały na celu dopuszczenie większej ilości dostępnych na rynku traw, niż trawa podana przez projektanta. Jednak Zamawiający dokonał tego w sposób, który spowodował, iż w różnych miejscach, w których opisano przedmiot zamówienia, znajdują się sprzeczne ze sobą zapisy, jak np.:

1. ilość pęczków na m² 6.929 (podana w projekcie) i nie gorsza niż 6.000 ± 10%, czyli 5400 – 6.600 (podana w wersji zmienionej przez Zamawiającego),
2. wytrzymałość na rozdieranie ≥80 N ±5%, czyli większa niż 84 N (wskazana w projekcie) i nie gorsza niż 80 N ±5%, czyli nie gorsza niż 76 – 84 N,
3. rodzaj włókna: fibrylowane i monofilowe (podane w projekcie) i nie gorsze niż monofilament (monofilowe) lub, jak podano w modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia: polietylen monofil.

Poza tym zastosowany przez Zamawiającego zapis powoduje, iż podane parametry stają się trudne do zinterpretowania, tzn. które parametry są nie gorsze niż np. 76 – 84 N lub 5400 – 6.600 pęczków na m². Zgodnie

z zasadami fizyki i logiki wytrzymałość 90 N jest lepsza niż 80 N, natomiast nie mieści się w przedziale 76-84 N, analogicznie 6900 pęczków/m² można by uznać za nie gorsze niż 6000 pęczków, lecz nie mieści się w przedziale 5.400 – 6.600 pęczków, zatem nie wiadomo, czy jest „nie gorsze niż 6000 ± 5% pęczków/m²).

Poza tym rozbieżności te powodują, iż niedookreślony jest przedmiot późniejszej umowy i którymi parametrami wykonawcy mają się kierować w przypadku różnicy między nimi. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego, nie jest to wadą umowy, którą można usunąć później, ze względu na wynikającą ze specyfiki udzielania zamówień publicznych zasadę niezmienności przedmiotu zamówienia po upływie terminu składania ofert i wyrażony w art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych generalny zakaz zmiany umowy.

Zamawiający nie poinformował również wykonawców, iż wprowadzone przez niego zmiany są zaakceptowane przez projektanta. Jakkolwiek stwierdzenie to wynika wyłącznie z oświadczenia Zamawiającego – z wymienionego powyżej pisma projektanta, które Zamawiający otrzymał 29 lutego 2008 r. wynika wprost, iż „zastosowane materiały posiadają wysokie parametry użytkowe, co jest podstawowym założeniem projektanta. Dlatego ich parametry są traktowane jako minimalne.” Zamawiający tymczasem, dla obniżenia ceny (wg jego oświadczenia złożonego podczas rozprawy), dopuścił produkty o niższych parametrach minimalnych.

Zamawiający nie stwierdził również, które z podanych parametrów mają pierwszeństwo, w przypadku ich rozbieżności.

Skład orzekający Izby uznał więc za uzasadnione wątpliwości wykonawców dotyczące wymagań i oczekiwań Zamawiającego.

Poza tym, zdaniem składu orzekającego Izby, lista opisanych parametrów powinna być ustalona tak, aby na podstawie żądanych od wykonawców dokumentów, możliwe było ich zweryfikowanie przez Zamawiającego.

(Powyższe wady opisu przedmiotu zamówienia zostały częściowo skorygowane przez Zamawiającego w modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 25 marca 2008 r.).

Jednocześnie skład orzekający Izby, na podstawie oświadczenia Zamawiającego o warunkach umowy z projektantem oraz powołanych przez Zamawiającego zapisów projektu budowlanego, uznaje, iż Zamawiający, przy uwzględnieniu warunków wymaganych prawem, miał prawo dokonać powyższych zmian (co nie zmienia poruszonej powyżej kwestii, iż powinny być to zmiany czytelne dla wykonawców).

W odniesieniu do określonego przez Zamawiającego w punkcie A.6. ppkt 6.12. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagania dołączenia do oferty zaświadczeń podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczone produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym i są dopuszczone do obrotu i powszechnego stosowania w budownictwie zgodnie z ustawą z dnia 16.04.2004 r. o wyrobach budowlanych (Dz. U. z 2004 r. Nr 92, poz. 881) skład orzekający Izby stwierdza, iż logiczne jest, iż wymaganie Zamawiającego należy czytać w powiązaniu z przepisami prawa oraz istniejącą sytuacją – zatem dotyczy tylko produktów, które takie „zaświadczenie” mogą posiadać. Przy czym, zgodnie z § 3 ust. 2 i 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* (Dz. U. Nr 87, poz. 605) dopuszcza się także dokumenty wystawione przez podmioty zagraniczne lub inne dokumenty.

Przy czym skład orzekający Izby stwierdził, iż, co do zasady, możliwe jest żądanie przez Zamawiającego aprobat, rekomendacji lub innych dokumentów potwierdzających jakość lub właściwości produktu nawet, jeśli nie są one obowiązkowe – zwłaszcza w sytuacji, gdy, jak w przedmiotowym postępowaniu, powszechne jest uzyskiwanie takich rekomendacji itp. dokumentów przez producentów, a przedmiot zamówienia ma być zastosowany w szkole podstawowej, czyli miejscu przeznaczonym i użytkowanym przez dzieci.

Jednak skład orzekający Izby zwrócił uwagę na to, iż, m.in. ze względu na dużą liczbę wymaganych materiałów budowlanych, wymaganie to jest niejednoznaczne i może powodować problemy przy ocenie, czy złożone oferty

są kompletne – zdaniem składu orzekającego Izby Zamawiający powinien sprecyzować, dla których konkretnie produktów wymaga dołączenia powyższego „zaświadczenia” do oferty.

Powyższe stwierdzenie dotyczy również wymaganego oświadczenia o stosowaniu tylko materiałów posiadających deklaracje zgodności z obowiązującymi normami, atesty i certyfikaty – jakkolwiek, wbrew twierdzeniu TAMEX w projekcie budowlanym i specyfikacji wykonania i odbioru robót budowlanych są przywoływane przedmiotowe normy.

W związku z powyższym skład orzekający Izby nakazuje Zamawiającemu zmianę kwestionowanych zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia tak, aby były one czytelne dla wykonawców składających ofertę i nie budziły wątpliwości podczas badania treści ofert i ich zgodności z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w trakcie realizacji umowy.

Skład orzekający Izby stwierdził, iż zawarcie przez Zamawiającego w punkcie pkt A.3.VI.7. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogu dotyczącego parametrów użytkowo – technicznych nawierzchni z odniesieniem się do normy DIN V 18035/6, która odnosi się do badania na zawartość pierwiastków śladowych takich jak rtęć, ołów, cynk, chrom, kadm i itp., nie narusza przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ stanowi realizację obowiązku uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia „wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty” oraz zastosowania „wymagań funkcjonalnych”, o czym mowa odpowiednio w art. 29 ust. 1 i art. 30 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Norma ta jest znana i stosowana nie tylko w Niemczech, a określenie wymagań dotyczących dopuszczalnej zawartości pierwiastków śladowych w stosowanych nawierzchniach jest uzasadnione specyfiką zamówienia, tzn. zastosowaniem nawierzchni na terenie szkoły podstawowej, a więc użytkowanym przez dzieci. Dodatkowo, z analizy zapisu wynika, iż norma ta została przywołana jako punkt odniesienia dla wymaganych parametrów i ich sprecyzowania, a nie w sposób określony

w art. 30 ust. 1 – 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Poza tym, wbrew twierdzeniu TAMEX zawartemu w odwołaniu, norma ta została przywołana w projekcie np. w arkuszu danych technicznych dla nawierzchni poliuretanowej typu CONIPUR SP.

W odniesieniu do wymogu dysponowania osobami zdolnymi wykonać zamówienie w zakresie zieleni i robót ogrodnich skład orzekający Izby stwierdził, iż żądanie, aby osoba, która ma wykonywać prace w ww. zakresie posiadała odpowiednie przygotowanie zawodowe w tej branży nie jest nieuzasadnione oraz jest zgodne z przepisem art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który nakazuje wykazanie się niezbędną wiedzą i doświadczeniem oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Jakkolwiek przedmiotowy drzewostan, zgodnie z twierdzeniem Zamawiającego, nie jest drzewostanem zabytkowym, to jednak, wg Zamawiającego na tyle starym i cennym, że wymaga szczególnej troski. Zatem chęć Zamawiającego zachowania go w nienaruszonym stanie pomimo prac budowlanych, jest uzasadniona. Poza tym, wbrew twierdzeniom TAMEX, legitymowanie się niezbędną wiedzą i doświadczeniem oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia nie jest powiązane wyłącznie z obowiązkiem uzyskania wymaganych prawem uprawnień, licencji czy koncesji do wykonywania określonej działalności lub czynności (do czego odnosi się punkt 1 ustępu 1 art. 22 ustawy Prawo zamówień publicznych), lecz właśnie z pewną nabytą wiedzą lub umiejętnościami. Użyte przez Zamawiającego w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia określenie „zaświadczenie”, zdaniem składu orzekającego Izby, odnosi się głównie do świadectw szkolnych lub innych instytucji szkoleniowych o ukończeniu odpowiednich kursów (co zostało potwierdzone oświadczeniem Zamawiającego złożonym podczas rozprawy). W związku z powyższym stwierdzenie TAMEX, iż „żadna instytucja nie wydaje takich zaświadczeń” jest błędne. Wymaganie to, nie stanowi też, zdaniem składu orzekającego Izby, naruszenia zasady uczciwej konkurencji ani wymagania zbędnego.

W odniesieniu do żądania wykreślenia ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagania dotyczącego dysponowania specjalistycznym urządzeniem do malowania linii na boiskach, skład orzekający Izby uznał, iż powyższe wymaganie Zamawiającego nie jest nieuzasadnione, skoro jedną z czynności składających się na przedmiot zamówienia jest malowanie linii na nawierzchniach sportowych, natomiast nie zostało stwierdzone, iż metoda malowania wyklucza użycie urządzenia do malowania.

Podniesiony podczas rozprawy przez UNIPOL zarzut dotyczący żądania dokumentów niewymienionych w § 1 ust. 2 pkt 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* nie został podniesiony w proteście ani odwołaniu zatem, zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie podlegał on rozpatrzeniu. Jednocześnie Izba stwierdziła, iż uchybienie temu przepisowi nie było na tyle istotne, aby należało unieważnić postępowanie z urzędu, w szczególności nie powoduje naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przejrzystości postępowania i nie jest szczególnie uciążliwe dla wykonawców.

W odniesieniu do zaniechania zamieszczenia pełnej wersji specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej Zamawiającego (brak pełnej wersji specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót), co naruszyło przepis art. 42 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – skład orzekający Izby uznaje, iż dyspozycja tego artykułu została naruszona, jednak ze względu na zamieszczenie wszystkich wymaganych dokumentów 10 marca 2008 r. i zmianę terminu składania ofert, co daje wykonawcom wystarczająco dużo czasu na zapoznanie się z pełną treścią specyfikacji i sporządzenie ofert, nie jest to wada postępowania, w związku z którą należałoby postępowanie unieważnić.

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, 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 Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....