

ygn. akt: KIO/UZP 1273 /08

WYROK
z dnia 20 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Stanisław Sadowy

Członkowie: Grzegorz Mazurek
Luiza Łamejko

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 listopada 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **POLCOURT S.A. ul. Generała Zajączka 11, lok.C7, 01-510 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego „**Aqua Żyrardów**” Sp. z o.o. ul. **Stefana Jodłowskiego 25/27, 96-300 Żyrardów** protestu z dnia **22 października 2008 r.**

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

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża „**POLCOURT S.A. ul. Generała Zajączka 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 uiszczonego przez **POLCOURT S.A. ul. Generała Zajączka 11, lok.C7, 01-510 Warszawa**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: siedem XXX) XXX na rzecz XXX 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**.

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

Aqua Żyrardów Sp. z o. o. w Żyrardowie, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Budowę boiska do piłki nożnej o nawierzchni z trawy syntetycznej wraz z trybunami i infrastrukturą towarzyszącą na terenie kompleksu sportowo-rekreacyjnego przy ul. Jodłowskiego 25/27”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 października 2008 r. nr ogłoszenia 267023-2008. Również w tej dacie umieszczona została na stronie internetowej [www. aqua.zyrardow.pl](http://www.aqua.zyrardow.pl). specyfikacja istotnych warunków zamówienia.

W dniu 22. 10. 2008 r. do Zamawiającego wpłynął protest Wykonawcy – Polcourt S. A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Protestującym” lub „Odwołującym”, dotyczący treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej "SIWZ". Protest skierowany

został przeciwko czynnościom Zamawiającego dotyczącym sporządzenia SIWZ i polegającym na opisanu przedmiotu zamówienia, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez określenie cech wskazujących na jednego producenta, a także w sposób nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Wobec czego, zdaniem Protestującego opis przedmiotu zamówienia w sposób nieuzasadniony uniemożliwia mu ubieganie się o uzyskanie zamówienia.

Powyższe czynności Zamawiającego zdaniem Protestującego, naruszyły:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 29 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez takie opisanie przedmiotu zamówienia, które utrudnia uczciwą konkurencję oraz opis cech przedmiotu zamówienia wskazujący na jednego producenta, co utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do uzyskania zamówienia przez rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie i naraża interes skarżącego uniemożliwiając mu ubieganie się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Wobec naruszenia powyższych przepisów Protestujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie protestu;
- 2) skreślenie wymagania spełnienia konkretnych parametrów technicznych dla nawierzchni poliuretanowych;
- 3) skreślenie opisu nawierzchni typu ELTAN N;
- 4) skreślenie wymagania spełnienia konkretnych parametrów technicznych dla nawierzchni typu sztuczna trawa;
- 5) skreślenie z listy parametrów nawierzchni typu sztuczna trawa braku wypełnienia;
- 6) skreślenie wymogu atestu niepalności;
- 7) dopuszczenie do przetargu wszystkich nawierzchni poliuretanowych posiadających aprobatę, lub atest, lub rekomendację ITB, oraz atest PZH;
- 8) dopuszczenie do przetargu wszystkich nawierzchni typu trawa syntetyczna;
- 9) w przypadku udokumentowania wady prawnej w niniejszym postępowaniu unieważnienia postępowania na mocy art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 42 ust. 1 ustawy Pzp.

Uzasadniając powyższe Protestujący przedstawił następujące argumenty:

I. Protestujący zaznaczył, iż posiada interes prawny w podejmowaniu środków ochrony prawnej, ponieważ jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, na skutek takiego sformułowania postanowień SIWZ, które uniemożliwiają mu złożenie oferty spełniającej wymagania Zamawiającego. Zdaniem Protestującego, Zamawiający opisując kryteria oceny ofert w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp uniemożliwił mu ubieganie

się o przedmiotowe zamówienie na zasadach uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

II. Protestujący stoi na stanowisku, iż treść art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp jednoznacznie wskazuje, iż przy sporządzaniu SIWZ nie można opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który wskazywałby na konkretny produkt czy wykonawcę. Nieprawidłowe jest również żądanie indywidualnie oznaczonego produktu i niedopuszczenie produktów o porównywalnych parametrach. Natomiast Zamawiający opisał w SIWZ nawierzchnię w następujący sposób:

- Parametry nawierzchni trawy syntetycznej:

- Charakterystyka produktu:

- Trawa syntetyczna czwartej generacji bez wypełnienia,
- Wysokość całkowita nawierzchni: min. 40 mm,
- Gęstość (ilość splotów/m²): min. 17 600,
- Gęstość (ilość włókien/m²): min. 564 000,
- Ciężar całkowity: min. 3 400 gr/m²,
- Rodzaj włókna: poliamidowe, 100% włókien monofilowych, włókna proste i skręcone o grubości min. 140 mikronów,
- Dtex: min. 14 000,
- Wypełnienie: brak,
- Kolor nawierzchni: zielony (dwa odcienie),
- Linie: wklejone w nawierzchnię –białe.

Jednocześnie Zamawiający określił, że będzie wymagać aprobaty ITR, atestu PZH, oraz atestu niepalności.

- Parametry poliuretanu:

- Charakterystyka produktu:

Wyszczególnienie poszczególnych warstw nawierzchni ELTAN N:

- Warstwa pośrednia elastyczna, grubość ok. 11 mm,
- Warstwa zewnętrzna użytkowa, grubość ok. 2 mm

Takie opisanie przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, zdaniem Protestującego godzi w fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych -zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także narusza zakaz takiego opisywania przedmiotu zamówienia, który wskazuje na konkretny produkt, oferowany przez konkretnego wykonawcę. Protestujący podkreślił, iż Zamawiający ma obowiązek dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do zamówienia. Dlatego bardzo istotną czynnością Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie

tych jego cech, które mają dla Zamawiającego kluczowe znaczenie, jednakże katalog tych cech powinien być obiektywnie uzasadniony. Ponadto Protestujący podkreślił, że już samo zaistnienie możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji, a nie jej wystąpienie, pozwala stwierdzić nieprawidłowość w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym niezgodność z prawem. Mając więc na uwadze treść art. 7 ust. 1 i pozostałych przepisów ustawy Pzp odnoszących się do zasady uczciwej konkurencji, działania Zamawiającego podejmowane w toku przygotowania oraz przeprowadzenia postępowania powinny być ukierunkowane zasadniczo na zachowanie zasady równego dostępu do zamówienia. Rozpatrując natomiast możliwość ograniczenia uczciwej konkurencji przez dokonanie tendencyjnego opisu przedmiotu zamówienia należy mieć na względzie warunki rynku właściwego dla danego zamówienia.

III. Zdaniem Protestującego art. 29 ustawy Pzp nakłada wyraźny obowiązek na Zamawiającego by przedmiot zamówienia nie opisywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Natomiast treść art. 7 ust. 1 ustawy Pzp należy pojmować jako pewnego rodzaju klauzulę generalną, z której wynika konieczność przestrzegania zasady konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ochrona tych dwóch zasad leży w interesie nie tylko samych ubiegających się o zamówienia wykonawców, lecz również w interesie publicznym, a ich realizacja stanowi też swoistą gwarancję przejrzystości i kontroli wydatków publicznych. Realizacja tych zasad przejawia się w czynnościach, jakie Zamawiający podejmuje w postępowaniu. Do najbardziej istotnych Protestujący zaliczył czynność opisu przedmiotu zamówienia i ustalania kryteriów oceny ofert, czyli ogólnie mówiąc konstruowania treści SIWZ.

Odnosząc się do art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, Protestujący stwierdził, iż do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia i sprzeczności z prawem, wystarczające jest samo zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w SIWZ, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Protestujący wskazał na stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z którym Zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę. Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez Zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt (por. informacje i opinie prawne www.uzp.gov.pl – opis przedmiotu zamówienia). Celem takiej regulacji jest zwiększenie efektywności wydatkowania środków publicznych oraz zapobieżenie dwóm niekorzystnym zjawiskom: zмовie Zamawiającego z producentem i preferowaniu dystrybutorów konkretnego producenta.

IV. Powołując się na orzecznictwo Zespołu Arbitrów Protestujący wskazał, iż wymaganie konkretnej nawierzchni o podanym parametrze technicznym nie jest w jakimkolwiek stopniu uzasadnione czynnikami obiektywnymi. Nawierzchni sportowej nie wolno opisywać za pomocą parametrów mechanicznych, które spełnia tylko jedna nawierzchnia. Jest to istotne ograniczenie konkurencyjności postępowania. Zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa, Zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia powinien unikać wszelkich parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób lub konkretnego wykonawcę. Należy jednak podkreślić, że naruszeniem przepisów Pzp jest także opisywanie przedmiotu zamówienia, w sposób nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Jeżeli Zamawiający stawia wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione jego potrzebami, to takie działania Zamawiającego stanowią naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

W ocenie Protestującego, który jak podkreślił posiada rozległą wiedzę i doświadczenie w zakresie dotyczącym wykonywania inwestycji porównywalnych z inwestycją będącą przedmiotem niniejszego postępowania, wprowadzenie przez Zamawiającego opisanego powyżej wymagania nie jest w jakimkolwiek stopniu uzasadnione. Zamawiający powinien umożliwić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do zamówienia. Dlatego bardzo istotną czynnością Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla Zamawiającego kluczowe znaczenie, jednakże ich katalog powinien być uzasadniony. Wobec powyższych argumentów, Protestujący stwierdził, iż wniesienie protestu jest uzasadnione oraz konieczne i wnosi o jego uwzględnienie w całości. Dodatkowo Protestujący zauważył, iż udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot został określony w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, stanowi naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy 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.). Natomiast udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem innych przepisów ustawy Pzp, stanowi naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 4 ww. ustawy.

Rozstrzygnięciem protestu z dnia 31. 10. 2008 r. Zamawiający na podstawie art. 183 ust. 4 ustawy Pzp, uwzględnił protest dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1-3 ustawy Pzp w części odnoszącej się do opisu przedmiotu zamówienia dla nawierzchni typu sztuczna trawa, natomiast protest dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1-3 ustawy Pzp w części odnoszącej się do zarzutów opisu przedmiotu zamówienia dla nawierzchni poliuretanowych – oddalił.

Uzasadniając decyzję o oddaleniu protestu, Zamawiający stwierdził, iż zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia dla parametrów nawierzchni poliuretanowych

należy uznać za niezasadne, bowiem budowa nawierzchni z poliuretanu nie jest przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przesądza o tym zapis rozdziału III pkt. 3.1 SIWZ "Nazwa zamówienia nadana przez Zamawiającego: Budowa boiska do piłki nożnej o nawierzchni z trawy syntetycznej wraz z trybunami i infrastrukturą towarzyszącą na terenie kompleksu sportowo-rekreacyjnego przy ul. Jodłowskiego 25/27. Miejsce realizacji: Żyrardów; ul Stefana Jodłowskiego 25/27". A także pkt. 3.4 SIWZ: „3.4 Przedmiot zamówienia obejmuje budowę boiska do piłki nożnej (105x68m) o nawierzchni z trawy syntetycznej bez wypełnienia, wykonanie oświetlenia boiska, trybun, ogrodzenia oraz wyposażenia terenu. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (dokumentacja projektowa oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót), stanowią załącznik Nr 1. Do niniejszej SIWZ. Uwaga: Zamawiający Informuje, że w zakres niniejszego przedmiotu zamówienia publicznego, nie wchodzi:

-skocznia do skoku wzwyż

-skocznia doskoku w dal

-boisko wielofunkcyjne (istniejąca nawierzchnia asfaltowa)".

Wobec powyższego, w opinii Zamawiającego, nie znajdują uzasadnienia zarzuty wniesione przez Protestującego. Jednocześnie Zamawiający zaznaczył, iż uwzględniając protest w części opisu przedmiotu zamówienia typu trawa syntetyczna kierował się zasadą równego traktowania wykonawców. Zmiany w tym opisie postanowił wprowadzić w celu umożliwienia złożenia ofert wielu wykonawcom oferującym nawierzchnie syntetyczne tzw. IV generacji.

Zamawiający podkreślił, iż Protestujący konstruując zarzuty dotyczące wskazania na jeden produkt nie podał w proteście nazwy produktu o jaki jest spór. Nie wskazał także parametrów granicznych, które spełniłyby jego oczekiwania i umożliwiły złożenie przez niego oferty. Zamawiający podkreślił, iż określenie przedmiotu zamówienia jest zawsze decyzją własną Zamawiającego, SIWZ ma natomiast chronić interes prawny wykonawcy, polegający na tym, że jeżeli jego oferta będzie najkorzystniejsza, zostanie wybrana w przetargu. W związku z tym postanowienia SIWZ muszą być precyzyjne i jednoznaczne, gdyż to Zamawiający będzie dokonywał oceny czy zawarte wymagania zostały spełnione. Badanie to nie może budzić żadnych wątpliwości interpretacyjnych w odniesieniu do oceny ich spełnienia bądź nie przez ofertę wykonawcy. Dlatego też w opinii Zamawiającego, odwołanie się Protestującego do ogólnych stwierdzeń nie stanowi podstawy do uznania czy uzyskał on satysfakcję czy też nie. Również w odniesieniu do naruszenia interesu prawnego Protestującego w ubieganiu się o udzielenie zamówienia powinien on wykazać to naruszenie, a nie odnosić się do ogólnych stwierdzeń, które miałyby chronić interes także innych, potencjalnych wykonawców. Zamawiający podkreślił, iż na skutek braku zdefiniowania konkretnych oczekiwań Protestującego, nie miał szansy odniesienia się do nich. Takie działanie

Protestującego, w opinii Zamawiającego, jest działaniem skierowanym głównie na celowe przedłużenie prowadzonego postępowania, gdyż każde rozstrzygnięcie będzie mógł uznać za niespełniające jego oczekiwania, skoro poza ogólnymi twierdzeniami nie zawarł ich w proteście.

Zamawiający uwzględniając protest w części dokonał modyfikacji treści SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, który stanowi ppkt. 3.3.1 załącznika Nr 1 do SIWZ, poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „3.3.1. Jako nawierzchnię płyty boiska do piłki nożnej należy zastosować trawę syntetyczną IV generacji bez wypełnienia o minimalnych parametrach:

- 1) wysokość całkowita nawierzchni: min 37mm –max 42mm;
- 2) gęstość (ilość splotów/m²): min 17500;
- 3) gęstość (ilość włókien/m²) 560000 przy rozstawie ściegów min5/16"max3/8";
- 4) rodzaj włókna: polietylenowe -poliamidowe lub poliamidowe. 100% włókien monofilowych, włókna proste i skręcone lub skręcone;
- 5) Dtex: min 11 800;
- 6) kolor nawierzchni: zielony”.

Zamawiający postawił wymóg aby oferowana trawa syntetyczna była produktem niepalnym lub trudnopalnym, zrezygnował jednak z wymogu dołączenia do oferty atestu niepalności. Jednocześnie podkreślił, iż dokonana przez niego modyfikacja ma charakter rozszerzający i bez żadnej wątpliwości daje możliwość złożenia ofert także innym producentom (większej liczbie zainteresowanych wykonawców). Zamawiający stwierdził, że nie może spełnić oczekiwań Protestującego dotyczących skreślenia wymagania spełnienia konkretnych parametrów oraz dopuszczenia do przetargu wszystkich nawierzchni typu trawa syntetyczna. Zrealizowanie tych wniosków doprowadziłoby jego zdaniem do sytuacji, w której nie byłby w stanie porównać ofert i stwierdzić czy zainteresowani wykonawcy spełnili jego wymagania w równym stopniu. Wykreślenie konkretnych parametrów bez wskazania jakie minimalne oczekiwania pozwolą na złożenie oferty przez Protestującego, nie jest więc w jego opinii możliwe. Zamawiający podkreślił, iż ma żądać produktu o cechach odpowiadających jego potrzebom, a tym samym o najwyższych dostępnych standardach jakościowych w oparciu o opinie użytkowników produktów. Zdaniem Zamawiającego dalszy rozwój wszelkich technologii, w tym dotyczących produkcji sztucznej nawierzchni daje mu prawo wymagania od wykonawców dostarczenia produktu o pożądanym przez niego parametrach wyprodukowanego w nowoczesnej technologii, w tym sztucznej trawy bez wypełnienia.

Ponadto Zamawiający podkreślił, iż osiągnięcie celu określonego w art. 35 ust. 3 ustawy o finansach publicznych obliguje dysponenta środków publicznych do ich wydatkowania nie tylko w sposób celowy i oszczędny ale także do uzyskania jak najlepszych efektów z danych nakładów. Cel ten zostanie osiągnięty poprzez realizację środków

finansowych niekoniecznie poprzez zakup najtańszego produktu. Osiągnięcie opisanego powyżej celu ma nastąpić poprzez konkretyzację opisu przedmiotu zamówienia, jednoznaczne i precyzyjne określenie oczekiwań, a nie ich skreślenie.

Od rozstrzygnięcia protestu, Odwołujący pismem z dnia 31. 10. 2008 r. wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (data wpływu 06. 11. 2008 r.) odwołanie, jednocześnie przekazując jego kopię Zamawiającemu.

W Odwołaniu podtrzymał w całości zarzuty i wnioski zawarte w proteście a także argumenty na ich poparcie, oraz wniósł o uwzględnienie odwołania, a także o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ poprzez skreślenie z listy parametrów nawierzchni typu sztuczna trawa -braku wypełnienia, skreślenie wymagania spełnienia konkretnych parametrów technicznych dla nawierzchni typu sztuczna trawa;
- 2) z ostrożności - jeżeli spełnienie któregośkolwiek żądania jest niedopuszczalne z punktu widzenia przepisów ustawy Pzp - unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący dodatkowo podniósł, iż w istocie wniesiony przez niego protest nie został uwzględniony przez Zamawiającego. Dokonanie modyfikacji SIWZ poprzez obniżenie niektórych wymaganych parametrów trawy syntetycznej, w rzeczywistości utrzymuje dotychczasowy stan rzeczy, tj. utrudnia uczciwą konkurencję. Ponadto zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie uwzględnił jego żądania dotyczącego dopuszczenia do przetargu wszystkich traw syntetycznych, a przede wszystkim traw z wypełnieniem. Ponieważ w ogóle nie odniósł się do powyższej kwestii. W opinii Odwołującego, niedopuszczenie do przetargu innych nawierzchni typu sztuczna trawa ogranicza w znaczny sposób konkurencyjność postępowania, stawiając w uprzywilejowanej pozycji firmę, która posiadają taką nawierzchnię. Wymaganie konkretnej nawierzchni o podanych parametrach technicznych i żądanie dodatkowych dokumentów nie jest w jakimkolwiek stopniu uzasadnione czynnikami obiektywnymi. Aktualne zapisy SIWZ uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty, ponieważ może on zaoferować "sztuczna trawę", która pomimo doskonałej jakości nie spełnia wskazanych przez Zamawiającego parametrów. Odwołujący powołał się na orzecznictwo, w świetle którego Zamawiający musi skutecznie wykazać, że wyłącznie produkt o parametrach przez niego opisanych w SIWZ umożliwi mu realizację celu założonego w ramach postępowania o udzielenia zamówienia publicznego (wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25.01.2006 r., sygn. akt II Ca 693/5 -podano za G. Wicik, P. Wiśniewski, Komentarz do Prawa zamówień publicznych, 2007, str. 216). Natomiast Zamawiający kwestię tę zupełnie pominął, opisując przedmiot zamówienia niezgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, tj. w sposób ograniczający konkurencję.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym przede wszystkim Specyfikację istotnych warunków zamówienia, jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył:

Mając na względzie fakt cofnięcia przez Odwołującego na rozprawie zarzutu dotyczącego opisu parametrów nawierzchni z poliuretanu, gdyż przedmiot zamówienia nie obejmuje budowy boiska z tej nawierzchni, skład orzekający Izby pozostawił ten zarzut bez rozpatrzenia.

Istotę sporu stanowi opis przedmiotu zamówienia na „Budowę boiska do piłki nożnej o nawierzchni z trawy syntetycznej (...), w kontekście jego zgodności z przepisem art. 29 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym nie można opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Rozpatrując zarzuty odwołania naruszenia przez Zamawiającego:

„1. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji, oraz

2. art. 29 ust. 1 – 3 Pzp poprzez takie opisanie przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz opisem cech przedmiotu zamówienia wskazującym na jednego producenta, co tym samym utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do uzyskania zamówienia przez rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie, co naraża interes skarżącego”

Skład orzekający Izby ustalił:

Zgodnie z rozdziałem III SIWZ pkt 3.4, „Przedmiot zamówienia obejmuje budowę boiska do piłki nożnej (105x68m) o nawierzchni z trawy syntetycznej bez wypełnienia, wykonanie oświetlenia boiska, trybun, ogrodzenia oraz wyposażenia terenu. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (dokumentacja projektowa oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót), stanowi Załącznik Nr 1 do niniejszej SIWZ”.

W rozdziale B ST pkt 1.3.1 „Nawierzchnia” Zamawiający określił, iż: „Jako nawierzchnię płyty boiska przyjęto trawę syntetyczną IV generacji bez wypełnienia”.

W pkt 1.3.2. zawarł parametry żądanej trawy:

- skład włókna: poliamidowe, 100% włókien monofilowych, włókna proste i skręcone o grubości min. 140 mikronów,
- wysokość całkowita nawierzchni: min. 40 mm,
- gęstość (ilość splotów/m²): min. 17 600,
- gęstość (ilość włókien/m²): min. 564 000,
- ciężar całkowity: min. 3 400 gr/m²,
- rodzaj włókna: poliamidowe, 100% włókien monofilowych, włókna proste i skręcone o grubości min. 140 mikronów,

- Dtex: min. 14 000,
- wypełnienie: brak,
- kolor nawierzchni: zielony (dwa odcienie),
- linie: wklejone w nawierzchnię - białe.

Jednocześnie, Zamawiający określił, że będzie wymagać aprobaty ITR, atestu PZH oraz atestu niepalności.

W wyniku uwzględnienia protestu Odwołującego, Zamawiający pismem z dnia 31.10.2008 r. zmodyfikował treść SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (zał. Nr 1 do SIWZ, pkt 3.3., pakt 3.3.1. parametrów technicznych trawy syntetycznej. Pozostawił wymóg zastosowania trawy syntetycznej IV generacji bez wypełnienia:

„3.3.1. Jako nawierzchnię płyty boiska do piłki nożnej należy zastosować trawę syntetyczną IV generacji bez wypełnienia o minimalnych parametrach:

1. wysokość całkowita nawierzchni: min. 37mm – max 42mm;
2. gęstość (ilość splotów/m²): min 17500;
3. gęstość (ilość włókien/m²) 560000 przy rozstawie ściegów min5/16"max3/8";
4. rodzaj włókna: polietylenowe -poliamidowe lub poliamidowe. 100% włókien monofilowych, włókna proste i skręcone lub skręczone;
5. Dtex: min 11 800;
6. kolor nawierzchni: zielony”.

Zamawiający określił ponadto, iż „oczekuje, że oferowana trawa syntetyczna będzie produktem niepalnym lub trudnopalnym, nie wymaga jednak załączenia do oferty atestu niepalności” (pkt 1 ppkt 1.3.4 SST). Podtrzymał wymóg załączenia do oferty aprobaty ITB oraz atestu PZH.

W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający wskazał, iż dokonana modyfikacja treści SIWZ daje możliwość złożenia ofert większej liczbie zainteresowanych wykonawców.

Odnosząc się do podtrzymanych na rozprawie zarzutów odwołania, skład orzekający Izby nie podzielił zarzutów Odwołującego.

Izba zważyła co następuje:

Opis przedmiotu zamówienia musi być zgodny z przepisami Pzp (art. 29 do 31).

Zgodnie z art. 29 ust. 1 i ust. 2 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.

Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zakaz utrudniania uczciwej konkurencji zostanie naruszony m.in. gdy zamawiający użyje oznaczeń czy parametrów konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt, działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne (tak: Komentarz Prawo zamówień publicznych Wydanie trzecie pod red. Tomasza Czajkowskiego, s. 148). Zasadę uczciwej konkurencji narusza także zbyt rygorystyczne określenie wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia, jeżeli nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

W ocenie Izby, postanowienia SIWZ, w których Zamawiający określił, że nawierzchnia płyty boiska do piłki nożnej ma być wykonana z trawy syntetycznej IV generacji - bez wypełnienia i określił parametry techniczne żądanej trawy nie naruszają przepisów Pzp regulujących sposoby opisu przedmiotu zamówienia, a Zamawiający nie dopuścił się naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Zespołów Arbitrów i KIO, to zamawiający decyduje o tym jaki przedmiot zamawia. Zamawiający ma prawo żądać produktu o cechach odpowiadających jego potrzebom, w tym także o najwyższych dostępnych standardach jakościowych. Obowiązany jest przy tym uwzględnić obowiązujące przepisy prawa.

Zarzut określenia przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę konkurencyjności nie potwierdził się. Odwołujący nie wykazał swojego twierdzenia, że istnieje tylko jeden producent trawy syntetycznej wymaganej przez Zamawiającego, co ogranicza krąg wykonawców zdolnych wykonać zamówienie. Samo wskazanie przez Odwołującego, że na rynku polskim boiska sportowe o nawierzchni z trawy syntetycznej realizują Tamex Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Hemet Sp. z o.o. z Zielonej Góry nie dowodzi braku innych wykonawców, którymi mogą być również inne podmioty niż krajowe.

Jednocześnie Izba uznała, że Zamawiający miał prawo podjąć decyzję o zastosowaniu nawierzchni syntetycznej produkowanej w nowoczesnej technologii (sztuczna trawa IV generacji), bez wypełnienia, która jest łatwa i tania w eksploatacji oraz ekologiczna (brak konieczności wypełniania granulatami gumowym nawierzchni boiska zlokalizowanego na terenie osiedla mieszkaniowego).

Za nieuzasadniony należy uznać zarzut podania w SIWZ parametrów technicznych dla nawierzchni typu sztuczna trawa. Odwołujący nie wskazał z jakiego powodu – w jego ocenie – podanie parametrów technicznych trawy, takich jak: wysokość całkowita, gęstość, ciężar włókna (Detex) jest niedopuszczalne. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że

brak określenia w SIWZ parametrów technicznych żądanej trawy skutkowałoby niemożnością prawidłowego sporządzenia oferty, a także porównania złożonych ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Świetle dokonanych ustaleń zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w SIWZ (oraz w treści ogłoszenia o zamówieniu) w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, Izba uznała za niezasadny.

Skład orzekający Izby nie stwierdził wady postępowania o zamówienie, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Mając powyższe na uwadze, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

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 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 **Płocku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....