

**Sygn. akt: KIO/UZP 514 /08**

**WYROK**  
**z dnia 9 czerwca 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz**

**Członkowie: Luiza Łamejko**  
**Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Jadwiga Ząbek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 czerwca 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **POLCOURT S.A. ul. Generała Zajęczka 11, lok. C7, 01-510 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez **Akademię Wychowania Fizycznego i Sportu im. Jędrzeja Śniadeckiego ul. Kazimierza Górskiego 1, 80-336 Gdańsk** protestu z dnia **14 maja 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 powtórzenie czynności opisu przedmiotu zamówienia**

**2. kosztami postępowania obciąża Akademię Wychowania Fizycznego i Sportu im. Jędrzeja Śniadeckiego ul. Kazimierza Górskiego 1, 80-336 Gdańsk**

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 Zajęczka 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 **Akademię Wychowania Fizycznego i Sportu im. Jędrzeja Śniadeckiego ul. Kazimierza Górskiego 1, 80-336 Gdańsk** na rzecz **POLCOURT S.A. ul. Generała Zajęczka 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 Zajęczka 11, lok.C7, 01-510 Warszawa.**

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

W postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Akademię Wychowania Fizycznego i Sportu im. Jędrzeja Śniadeckiego na "Modernizację stadionu lekkoatletycznego – etap I", opublikowanym w dniu 07.05.2008r. w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 94836, w którym specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) została zamieszczona na stronie internetowej w dniu 07.05.2008r. , Odwołujący pismem z dnia 14.05.2008r., doręczonym Zamawiającemu faksem w dniu 14.05.2008r., zaś w formie pisemnej 19.05.2008r., złożył protest na treść SIWZ, tj. na określenie charakterystyki nawierzchni syntetycznej w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie **art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1-3** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) - zwanej dalej ustawą Pzp.

Odwołujący zażądał modyfikacji SIWZ poprzez:

1. rezygnację z wymogu, aby nawierzchnia wykonywana była z wykorzystaniem granulatu EPDM pochodzącego z produkcji pierwotnej, a także z wymogu, aby nawierzchnia posiadała w pełnym przekroju jednolitą barwę,
2. dopuszczenie wszystkich nawierzchni poliuretanowych wykonywanych w technologii wylewnej (tzw. pełen poliuretan)

oraz unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, jeżeli spełnienie powyższych żądań jest prawnie niedopuszczalne.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał, że Zamawiający zażądał, aby nawierzchnia była wykonywana z wykorzystaniem granulatu EPDM pochodzącego z produkcji pierwotnej, a także posiadała jednolitą barwę, co narusza zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności 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.

Odwołujący podniósł, że wymogi te nie mają żadnego znaczenia z punktu widzenia celów Zamawiającego, rezygnacja z tych wymogów nie wpływa na pogorszenie jakości czy funkcjonalności nawierzchni, a wskazują na technologię wykonania konkretnej nawierzchni, tj. CONIPUR firmy CONICA.

Podniósł także, że dopuszczenie nawierzchni równoważnych, przy takim opisie przedmiotu zamówienia, jest pozorne, ponieważ wykonawca, chcąc zaoferować inną nawierzchnię, musiałby zaoferować jej wykonanie sprzecznie z kartą techniczną producenta, co z kolei jest niedopuszczalne z punktu widzenia pkt. 3 wymagań Zamawiającego dotyczących nawierzchni tiret 11 SIWZ. W ocenie Odwołującego rozwiązaniem równoważnym jest dopuszczenie zastosowania wypełnienia przy użyciu granulatu SBR i EPDM, które to rozwiązanie jest oferowane przez wszystkich uznanych producentów nawierzchni z pełnego poliuretanu.

Odwołujący podkreślił także, że wskazane wymogi nie są w jakimkolwiek stopniu uzasadnione, a to oznacza, że opis przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący na potwierdzenie swojego stanowiska przywołał wyrok KIO o sygnaturze akt KIO/UZP/270/08 w którym stwierdzono: „wskazanie konkretnego produktu jednego

producenta zostało utrzymane, mimo dopisania parametrów równoważności, a to przez (...) oczekiwanie jednorodnego wypełnienia” i w którym stwierdzono konieczność dopuszczenia jako równoważnego wypełnienia granulatem SBR i EPDM.

Jako uzasadnienie swojego interesu prawnego Odwołujący wskazał fakt, że postanowienia SIWZ zostały sformułowane w taki sposób, że nie jest możliwe złożenie przez niego oferty, a tym samym uzyskanie zamówienia.

W terminie ustawowym, pismem z dnia 21.05.2008r., które doręczono Odwołującemu faksem w tym samym dniu, Zamawiający protest rozstrzygnął poprzez jego formalne uwzględnienie.

Zamawiający postanowił wprowadzić do treści ogłoszenia i SIWZ zmiany, tj. pkt 4 Ogłoszenia str. 2 i pkt 3 SIWZ str. 2 w pozycji „Wymagania Zamawiającego dotyczące nawierzchni” zmienić zapis:

„wykonywana bezpośrednio na placu budowy, z wykorzystaniem granulatu EPDM pochodzącego w produkcji pierwotnej, połączonego lepiszczem poliuretanowym”  
na zapis:

„wykonywana bezpośrednio na placu budowy, z wykorzystaniem wypełniacza EPDM połączonego lepiszczem poliuretanowym”,

W Załączniku 1 do SIWZ „opis przedmiotu zamówienia – „Specyfikacja techniczna” „B-07 Nawierzchnia syntetyczna poliuretanowa” w pozycji 2 „Charakterystyka nawierzchni” zmienić zapis”

„wykonywana bezpośrednio na placu budowy z granulatu EPDM pochodzącego z produkcji pierwotnej, połączonego lepiszczem poliuretanowym”  
na zapis:

„wykonywana bezpośrednio na placu budowy, z wykorzystaniem wypełniacza EPDM połączonego lepiszczem poliuretanowym”.

Zamawiający postanowił także usunąć zapis „posiadająca w pełnym przekroju jednolitą barwę”.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający stwierdził, że wobec powyższych zmian dalszy zarzut dotyczący utrudnienia uczciwej konkurencji będzie nieuzasadniony, a protestującemu i innym wykonawcom zmiany dają możliwość ubiegania się o uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Zamawiający wskazał, że wymagania Zamawiającego dotyczące nawierzchni wykonanej w technologii pełnego poliuretanu z wykorzystaniem wypełniacza EPDM spełnia kilku producentów między innymi BEYNON, CONICA, FIELDTURF TARKETT, HERCULAN, POLYTAN.

W dniu 26.05.2008r. pismem z tego samego dnia, z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 184 ust. 2 ustawy Pzp, Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych poprzez jego nadanie w placówce pocztowej operatora publicznego, podtrzymując żądania zawarte uprzednio w proteście z wyłączeniem żądania dotyczącego, aby nawierzchnia posiadała w pełnym przekroju jednolitą barwę.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający jedynie pozornie uwzględnił protest i pozornie dopuścił nawierzchnie poliuretanowe wykonywane w technologii wylewnej, tzw. pełen poliuretan. Podał, że zdecydowana większość nawierzchni z pełnego poliuretanu wymaga zastosowania granulatu SBR jako wypełniacza oraz granulatu EPDM jako ostatniej zasyпки nawierzchni. Tak też są wykonywane nawierzchnie firm wskazanych przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu.

Odwołujący powtórzył argumentację zawartą uprzednio w proteście.

Na podstawie opisanego stanu faktycznego, zebranego materiału dowodowego, tj. dokumentacji postępowania, w tym dokumentacji złożonej na rozprawie, a także na podstawie stanowisk i oświadczeń stron, złożonych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutu opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oznaczałoby, że swoim działaniem Zamawiający mógłby pozbawić Odwołującego możliwości złożenia oferty, a tym samym uzyskania zamówienia.

Kwestią sporną pomiędzy stronami jest, czy poprzez opis przedmiotu zamówienia, dopuszczający jedynie tych wykonawców, którzy oferują nawierzchnię poliuretanową, wykonaną w technologii wylewanej z wykorzystaniem granulatu EPDM, Zamawiający nie ograniczył konkurencji i pozbawił Odwołującego możliwości złożenia oferty, a tym samym uzyskania zamówienia.

Fundamentalną zasadą udzielania zamówień publicznych jest zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Szczególne znaczenie tej zasady potwierdza przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który zakazuje nie tylko opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, ale także w sposób, który mógłby tę konkurencję utrudniać.

Skład orzekający Izby z jednej strony uznaje prawo Zamawiającego do takiego opisu przedmiotu zamówienia, który zapewni nabycie oczekiwanej dostawy, usługi czy roboty

budowlanej, odpowiadających jego potrzebom tak co do ilości, jak i jakości, z drugiej strony uznaje, że w interesie samego Zamawiającego jest, aby opis pozwalał na zaoferowanie dostaw, usług lub robót budowlanych przez jak największą liczbę wykonawców, co stwarza lepsze warunki optymalizacji zakupu i jego realizacji.

To właśnie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma wyłonić wykonawcę oferującego najlepszy produkt, a Zamawiającemu wolno wykonawcę wybierać z wykorzystaniem instrumentów przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych w postaci wymogów minimalnych oraz kryteriów oceny oferty, które pozwolą mu sklasyfikować oferowane produkty i zakupić produkt najlepszy.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający utrzymał dla nawierzchni wymóg wykorzystania granulatu EPDM, o czym, jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego w toku rozprawy, przesądziły dotychczasowe doświadczenia kadry trenerskiej Zamawiającego, która negatywnie ocenia nawierzchnię z wykorzystaniem granulatu SBR pod kątem jej sprężystości, odporności na starzenie się i wydzielanego zapachu.

Zamawiający, poza własnym przekonaniem, nie przywołał jednak argumentów, które świadczyłyby o tym, że problemy z dotychczasową nawierzchnią, wykorzystującą granulaty SBR związane były ewidentnie z rodzajem zastosowanego granulatu, a nie na przykład z błędami popełnionym przez ówczesnego wykonawcę nawierzchni, czy też z innymi jeszcze błędami. Nie przekonały zatem składu orzekającego Izby podstawy zakwestionowania przez Zamawiającego walorów nawierzchni z wykorzystaniem granulatu SBR. Wydaje się, że głównie przez pryzmat tych subiektywnych doświadczeń Zamawiający próbuje uzasadniać swoje obecne oczekiwania odnośnie przedmiotu zamówienia.

W ocenie składu orzekającego Izby opinii kadry trenerskiej, czyli innymi słowy opinii samego Zamawiającego nie można przyznać roli rozstrzygającej co do właściwości różnych rodzajów nawierzchni, choć będą one cenne z punktu widzenia parametrów, które należy brać pod uwagę przy rankingu oferowanych produktów.

Zamawiający, za kluczowe dla jego potrzeb, wskazał trzy parametry nawierzchni: sprężystość, odporność na starzenie się i zapach. Dla składu orzekającego nie jest zrozumiałym pominięcie innych, wydawałoby się podstawowych, cech nawierzchni, jak choćby wytrzymałość na zerwanie czy odporność na ścieranie.

Z przedstawionych przez Zamawiającego na rozprawie zestawień porównawczych właściwości obu rodzajów granulatów wynika tyle tylko, że np. wytrzymałość na zerwanie, odporność na ścieranie jest w przypadku SBR lepsza niż w przypadku EPDM, zaś odporność na czynniki atmosferyczne, sprężystość jest lepsza w przypadku EPDM (zestawienie Woburg), choć już w innym zestawieniu sprężystość obu materiałów oceniona jest tak samo (zestawienie Artemis).

W ocenie składu orzekającego Izby ocena samego granulatu nie może automatycznie przekładać się na ocenę całej nawierzchni. Świadczy o tym fakt, że choć odporność na starzenie się w przypadku granulatu EPDM jest oceniona wg Instytutu Inżynierii Materiałów Polimerowych i Barwników z Torunia na doskonałą, zaś granulatu z opon na znacznie niższą, to nie można stwierdzić, że nawierzchnia z SBR jest pod tym względem gorsza od nawierzchni z EPDM, a to dlatego, że bezwzględną cechą nawierzchni żądanej przez Zamawiającego, a nie kwestionowaną przez Odwołującego jest, aby warstwa zewnętrzna była wykonana z granulatu EPDM.

Jak wskazano w opinii wcześniej przywołanego Instytutu, odporność na starzenie się granulatu gumowego ma istotny wpływ na trwałość obiektu w przypadku stosowania granulatu w jego warstwie zewnętrznej, co jak wyżej wskazano, nie odnosi się do przedmiotowego postępowania.

Ocena granulatu EPDM i granulatu z opon z punktu widzenia wydzielania zapachów nie jest w tejże opinii rozstrzygająca, ponieważ stwierdzono w niej tylko, że zapach w przypadku EPDM zależy od doboru składników bezzapachowych, zaś w przypadku opon od odpadów gumowych.

Trzecia z istotnych dla Zamawiającego cech sprężystość jest różnie oceniana przez różne podmioty, co wskazano już wyżej.

Skład orzekający wziął także pod uwagę fakt, że projektant dokumentacji tego postępowania uznał konieczność (użył zwrotu należałoby dopuścić) dopuszczenia zarówno granulatu SBR, jak i EPDM. Skład orzekający podziela w tym miejscu stanowisko KIO wyrażone w wyroku o sygnaturze akt KIO/UZP 270/08, tj. że wybór co do rodzaju granulatu zastrzeżony był dla wykonawców, a nie dla Zamawiającego.

Sam Zamawiający, poprzez żądanie, aby oferowana nawierzchnia posiadała certyfikat IAAF, potwierdza rolę tej organizacji, a tym samym jej ustaleń.

Skład orzekający Izby uznał więc za zasadne przyjęcie założenia, że wszystkie nawierzchnie posiadające certyfikat IAAF winny być uznawane jako te, które spełniają co najmniej wymagania minimalne dla nawierzchni sportowych.

Przyjęcie przez Zamawiającego, iż z punktu widzenia kluczowych dla niego cech, nawierzchnia z wykorzystaniem granulatu EPDM jest lepsza niż nawierzchnia z wykorzystaniem granulatu SDR nie znalazło potwierdzenia w materiałach, które sam Zamawiający przedstawił. Zamawiający nie wykazał zatem ani „wyższości” cech jednej nawierzchni nad drugą, ani nie wykazał, że wyartykułowane przez niego obawy co do nawierzchni SBR są obiektywnie uzasadnione.

Wobec uprawdopodobnienia zarzutu opisanego przedmiotem zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 oraz 29 ust. 2 ustawy Pzp i działając

na podstawie art. 191 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nakazał powtórzyć czynność opisu przedmiotu zamówienia.

Modyfikacja SIWZ polegać winna na dopuszczeniu nawierzchni z wykorzystaniem granulatu SBR.

Jednocześnie skład orzekający Izby uznał, że zarzut naruszenia art. 29 ust 1 i 3 ustawy Pzp nie został wykazany.

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

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 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), uznał za uzasadnione koszty Odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*