

Sygn. akt: KIO/UZP 662/08

WYROK
z dnia 14 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Mazurek

Członkowie: Andrzej Niwicki
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **POLCOURT S.A., 01-510 Warszawa, ul. Gen. Zajączka 11, lok. C7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Zduńska Wola, 98-220 Zduńska Wola, ul. Stefana Żłotnickiego 12** protestu z dnia 13 czerwca 2008 r.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i unieważnia postępowanie,

2. kosztami postępowania obciążyć Miasto Zduńska Wola, 98-220 Zduńska Wola, ul. Stefana Żłotnickiego 12 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: Cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **POLCOURT S.A., 01-510 Warszawa, ul. Gen. Zajączka 11, lok. C7,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote) przez **Miasto Zduńska Wola, 98-220 Zduńska Wola, ul. Stefana Żłotnickiego 12** na rzecz **POLCOURT S.A., 01-510**

Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 11, lok. C7 stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz zastępstwa prawnego,

- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15936 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy)
z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **POLCOURT S.A., 01-510 Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 11, lok. C7.**

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

Zamawiający - Miasto Zduńska Wola prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Przebudowę bieżni lekkoatletycznej na bieżnię o nawierzchni syntetycznej na Stadionie Miejskim w Zduńskiej Woli”. W dniu 6.06.2008r. na stronie internetowej w Biuletynie Zamówień Publicznych ukazało się ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu. W tym samym dniu Zamawiający zamieścił SIWZ na stronie internetowej.

W dniu 13.06.2008r. protest dotyczący SIWZ złożył Polcourt S.A. – zwany dalej również protestującym lub odwołującym.

Protestujący zarzucił Zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający konkurencję, określenie cech wskazujących na jednego producenta, w sposób nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego i bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Protestujący ponadto zarzucił, że Zamawiający zażądał dokumentów zbędnych do przeprowadzenia postępowania oraz niedopuszczalnych na podstawie obowiązujących przepisów.

Protestujący zażądał modyfikacji SIWZ w taki sposób, aby wyeliminować z opisu przedmiotu zamówienia wszystkie zapisy wskazujące na jednego producenta. Ponadto wskazał, że Zamawiający powinien zrezygnować z opisywania przedmiotu zamówienia w sposób nieuzasadniony jego potrzebami i ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Ponadto protestujący zażądał rezygnacji z żądania dostarczenia wszystkich dokumentów potwierdzających parametry nawierzchni poliuretanowej – Aprobaty lub

Rekomendacji Technicznej ITB, badań potwierdzających bezpieczeństwo ekologiczne wg normy DIN 18035-6:2003 wydane przez laboratorium posiadające akredytację DIN/IAAF oraz normę PN EN 14877. Wskazano, że nadrzędną instytucją certyfikującą nawierzchnie lekkoatletyczne jest IAAF – jeśli nawierzchnia spełnia wymogi IAAF, wtedy gwarantuje to najwyższą jakość produktu.

Ponadto protestujący zażądał dopuszczenia do przetargu nawierzchni syntetycznych o różnych grubościach.

Protestujący wskazał na naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1-3 i art. 25 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Ponadto wskazał na naruszenie § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane – zwanego dalej rozporządzeniem z dnia 19.05.2006r. w sprawie dokumentów w postępowaniu.

W argumentacji podniósł, że określenie grubości jako 14,5 mm jest nieuzasadnione, eliminuje wiele doskonałych produktów i bezpodstawnie stawia w uprzywilejowanej sytuacji firmę posiadającą opisaną nawierzchnię, a wystarczającym byłoby określenie grubości 13 mm. Ponadto wskazano, że Zamawiający, pomimo powołania się na normę PN EN 14 877 odmiennie określił wartości wielu parametrów niż w normie. Protestujący żądał, aby Zamawiający określił minimalne wartości parametrów na poziomie określonym w normie PN EN 14 877. Podkreślano, że wprowadzone wartości parametrów są nieuzasadnione. Wskazano, że przedmiot zamówienia powinien być opisywany w celu zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a rozpatrując możliwość ograniczenia uczciwej konkurencji przez dokonanie tendencyjnego opisu przedmiotu zamówienia należy mieć na względzie warunki rynku właściwego dla danego zamówienia. Wskazano dalej, że do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia i jego sprzeczności z prawem wystarcza jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w SIWZ, a niekoniecznie realnego uniemożliwienia takiej konkurencji.

Odnosnie bezpodstawnego żądania dokumentów wskazano, że wyroby do wykonywania nawierzchni sportowych zewnętrznych nie są objęte mandatami udzielonymi przez Komisję Europejską na opracowanie europejskich norm zharmonizowanych lub wytycznych do Europejskich Aprobatach Technicznych – tym samym aprobaty techniczne dla tego typu wyrobów nie są wymagane, a wymaganie aprobaty Instytutu Techniki Budowlanej jest sprzeczne z istniejącym stanem prawnym, jest ona dobrowolnym dokumentem. Wskazano również, że niedopuszczalne i zbędne jest żądanie badań potwierdzających bezpieczeństwo ekologiczne wg normy DIN 18035-6:2003 wydane przez laboratorium posiadające akredytację DIN/IAAF, gdyż Zamawiający żąda certyfikatu IAAF oraz badań

wykonanych pod kątem tego certyfikatu. Certyfikat IAAF i badania obejmują także bezpieczeństwo ekologiczne nawierzchni i dają pewność, że oferowana nawierzchnia jest produktem najwyższej jakości. Zbędne jest więc żądanie badań na zgodność z normą PN EN 14877. Protestujący wskazał, że wystarczające powinno być spełnienie przez nawierzchnię wymogów zawartych w Aprobacie lub Rekomendacji Technicznej ITB lub certyfikacie IAAF lub normie DIN lub normie PN EN 14877.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu w terminie określonym w art. 183 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 27.06.2008r. Polcourt S.A. wniósł odwołanie. Wskazano na naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1-3 i art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zażądano dokonania modyfikacji SIWZ poprzez zmianę opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wyeliminować zapisy utrudniające uczciwą konkurencję w tym określające cechy wskazujące na jednego producenta. Ponadto wskazano, że Zamawiający powinien wykreślić z opisu przedmiotu zamówienia zapisy nieuzasadnione jego potrzebami. Ponadto zażądano modyfikacji SIWZ przez rezygnację z żądania Aprobaty lub Rekomendacji Technicznej ITB oraz badań potwierdzających bezpieczeństwo ekologiczne według normy DIN 18035-6:2003 wydane przez laboratorium posiadające akredytację DIN/IAAF. Zażądano również modyfikacji SIWZ w taki sposób, żeby zrezygnować z żądania badań na zgodność z normą PN EN 14877 potwierdzających parametry techniczne podane w zamieszczonej w SIWZ tabeli, wykonane i potwierdzone przez laboratorium, posiadające akredytację na wykonanie ww. badań. Argumentację powtórzono tak jak w proteście.

Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania, pism złożonych na posiedzeniu i rozprawie oraz przeprowadzeniu rozprawy Izba postanowiła uwzględnić odwołanie.

Dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania podstawowe znaczenie miała kwestia zasadności żądania przez Zamawiającego następujących dokumentów :

- Aprobaty lub Rekomendacji Instytutu Techniki Budowlanej,
- aktualnych badań za zgodność z normą PN EN 14877 – potwierdzających parametry techniczne podane w tabeli załączonej do SIWZ, wykonanych i potwierdzonych przez laboratorium, posiadające akredytację na wykonywanie ww. badań,

- badań potwierdzających bezpieczeństwo ekologiczne wg normy DIN 18035-6:2003, wydane przez laboratorium posiadające akredytację DIN/IAAF.

Odnosnie żądania Aprobata lub Rekomendacji Instytutu Techniki Budowlanej należy wskazać, że Odwołujący udowodnił, że Aprobata Techniczne dla zewnętrznych nawierzchni sportowych nie są wymagane – co wynika z pisma ITB z dnia 27.12.2006r., a ponadto, że wymagania minimalne badane przez ITB dla nawierzchni poliuretanowych są rozbieżne od wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ. Należy zatem wskazać, że zasadność żądania tych dokumentów przez Zamawiającego budzi wątpliwości. Należy bowiem w tym miejscu podkreślić, że Zamawiający nie powinien żądać przedstawiania dokumentów wynikających z § 3 rozporządzenia z dnia 19.05.2006r. w sprawie dokumentów w postępowaniu tylko dla „funkcji opisowej”, gdyż jak jednoznacznie wynika z brzmienia tego przepisu – dokumenty w nim wymienione powinny być składane celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego.

Odnosnie żądania aktualnych badań za zgodność z normą PN EN 14877 – potwierdzających parametry techniczne podane w tabeli załączonej do SIWZ – należy wskazać, że Zamawiający w tym konkretnym przypadku nie uzasadnił tych wymagań. W szczególności nie potrafił wykazać co było podstawą takiego określenia wymagań w tabeli zawartej w SIWZ. Krajowa Izba Odwoławcza nie kwestionuje prawa Zamawiającego do określania wyższych wymogów niż wartości minimalne określone w normach. W przedmiotowej sytuacji jednak Zamawiający powinien wskazać na zasadność wymagań, które w istocie były znacznie wyższe niż wymagania zawarte w Normie PN EN 14877 – czego nie uczynił. Zamawiający nie podał żadnych danych rynkowych, świadczących o możliwości złożenia oferty przez różnych wykonawców. W postępowaniu złożono tylko dwie oferty – w tym jedną ofertę Odwołującego, co również powoduje wątpliwości co do możliwości złożenia oferty przez większą ilość wykonawców, a podstawową zasadą zamówień publicznych jest zasada równego traktowania wykonawców – na każdym etapie postępowania.

Odnosnie żądania badań potwierdzających bezpieczeństwo ekologiczne wg normy DIN 18035-6:2003, wydane przez laboratorium posiadające akredytację DIN/IAAF – należało stwierdzić, że Zamawiający żądał badań wg normy DIN, będącej normą niemiecką, a jednocześnie nie wskazał, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, pomimo takiego obowiązku wynikającego z art. 30 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Sama zasadność opisywania przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących normy europejskie nie budzi wątpliwości, gdyż wynika to

bezpośrednio z brzmienia art. 30 ust. 1 ustawy. Należy również wskazać, że wątpliwość co do opisywania przedmiotu zamówienia za pomocą norm bez oznaczenia EN – jak to miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu powinna zostać przez Zamawiającego wyjaśniona.

Z uwagi na cofnięcie na rozprawie KIO nie rozpatrywała zasadności zarzutu dotyczącego wymaganej grubości nawierzchni.

Z uwagi na powyższe należało stwierdzić, że z powodu niemożności modyfikacji SIWZ na obecnym etapie postępowania powinno ono zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, gdyż w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886).

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 - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Sieradzu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*