

Sygn. akt KIO/UZP 1518/09

POSTANOWIENIE
z dnia 10 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Dagmara Gałczewska - Romek

Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 10 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Dariusza Kaszubę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „KASZUB” ul. Rzemieślnicza 3, 83 – 307 Kiełpino** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasta Gdańska – Dyрекcję Rozbudowy Miasta Gdańska ul. Piekarnicza 16, 80 – 126 Gdańsk** protestu z dnia 17 września 2009 r.,

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

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Dariusza Kaszubę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „KASZUB” ul. Rzemieślnicza 3, 83 – 307 Kiełpino i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr. (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy)** z kwoty wpisu uiszczonego przez **Dariusza Kaszubę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „KASZUB” ul. Rzemieślnicza 3, 83 – 307 Kiełpino,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **5 538 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy)** z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Dariusza Kaszuby prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „KASZUB” ul. Rzemieślnicza 3, 83 – 307 Kiełpino.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na budowę boiska szkolnego przy Szkole Podstawowej nr 16 w Gdańsku przy ul. Ubocze 3, w ramach programu budowy i modernizacji boisk szkolnych, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (BZP Nr 1 poz. 154479 z 14.09.2009 r.) w dniu 21 września 2009 r. został wniesiony protest (datowany 17.09.2009 r.), a następnie odwołanie przez Dariusza Kaszubę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „KASZUB” z siedzibą w Kiełpinie.

Złożenie protestu nastąpiło na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), zamieszczonej na stronie internetowej zamawiającego w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu, to jest 14 września 2009 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu – Gminie Miasta Gdańska – Dyrekcji Rozbudowy Miasta Gdańska naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655; z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420; poz. 227 poz. 1505, z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742), zwaną dalej ustawą Pzp, to jest:

- 1) art. 25 ust. 1 ustawy, przez ustalone warunki nieadekwatne do przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 26 ust. 1 ustawy, przez żądanie dokumentów, które nie są niezbędne,
- 3) 29 ust. 2 ustawy, przez opis przedmiotu zamówienia utrudniający uczciwą konkurencję,
- 4) art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy przez wadliwy opis warunków udziału w postępowaniu jak również wadliwie ustalony sposób oceny spełnienia tych warunków,

4) art. 7 ust. 1 ustawy, przez nie przestrzeganie prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący powołał się na naruszenie swego interesu prawnego, gdyż ustalone w SIWZ warunki, uniemożliwiają złożenie oferty i ubieganie się o uzyskanie zamówienia oraz wniosł o dokonanie modyfikacji sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jak również o modyfikację opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający przeprowadzenie konkurencyjnego postępowania, tj.:

- w zakresie nawierzchni ze sztucznej trawy:

- 1) rezygnację z opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, uniemożliwiającego obiektywną ocenę;
- 2) określenie parametrów nawierzchni ze sztucznej trawy, adekwatnych do celu założonego w postępowaniu;
- 3) lub dopuszczenie zaoferowania nawierzchni ułożonych na obiektach, które uzyskały najwyższy certyfikat FIFA 2 STAR,

- w zakresie nawierzchni poliuretanowej:

- 1) modyfikację warunku oraz opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu;
- 2) określenie parametrów nawierzchni adekwatnych do celu założonego w postępowaniu;
- 3) lub dopuszczenie zaoferowania nawierzchni ułożonych na obiektach, które uzyskały najwyższy certyfikat IAAF.

W uzasadnieniu zarzutów protestu odwołujący przyznał, że zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspakajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców. Podkreślił zobowiązanie zamawiającego do wykazania, iż wyłącznie produkt o parametrach określonych w SIWZ umożliwia realizację wydatku na ten cel, bez względu na okoliczność ilu wykonawców jest zdolnych spełnić oczekiwania postawione w SIWZ. Odwołujący podał, iż przedmiotowe postępowanie dotyczy wykonania boisk i terenów sportowych o nawierzchni ze sztucznej trawy i nawierzchni poliuretanowych. Obiekt ma służyć młodzieży szkolnej, jednocześnie opis parametrów nawierzchni wyklucza wiele nawierzchni stosowanych na obiektach nie tylko szkolnych, ale stadionach klasy światowej. Wymagania zamawiającego, postawione w SIWZ, doprowadzą do odrzucenia ofert wykonawców, którzy zaoferują nawierzchnie renomowanych producentów, stosowane od wielu lat, posiadające parametry upoważniające do prowadzenia oficjalnych rozgrywek poziomu Champions League, z założenia przyjęte jako niewłaściwe dla amatorskiego projektu przy szkole podstawowej. Doświadczenie producentów nawierzchni ze sztucznej trawy, wynikające z eksploatacji stadionów piłkarskich, potwierdza znakomite walory stosowanych rozwiązań, które zamierza zaoferować. Odwołujący stwierdził, iż wymagania

zamawiającego są na tyle nadmierne, iż żadne z rozwiązań wbudowanych na obiektach np. w Europie, nie może zostać zastosowane na boisku szkolnym, stanowiącym przedmiot zamówienia. Zamawiający podał bowiem bardzo niskie parametry np. gęstości, przy jednoczesnym wymogu „łukowatego profilu włókna (litera: C,U,V,S).” W przekonaniu odwołującego, łukowy profil włókna nie jest rozwiązaniem lepszym, czy też nowatorskim w stosunku do innych rozwiązań np. włókna w kształcie diamentu. Podobnie twierdzenie dotyczące nadrzędności wtopionego rdzenia nad włóknem o nieliniowym przekroju poziomym lub wyższość włókna o grubości 200 μ nie znajduje potwierdzenia i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jako nieuczciwe zachwalanie produktu. Fachowe publikacje potwierdzają, że wymagany przez zamawiającego rodzaj włókna jest mniej trwały od włókien jednej grubości.

W zakresie opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału i dokumentów dotyczących nawierzchni zamawiający wymaga aprobaty lub rekomendacji, lub też innego dokumentu wydanego przez instytucję uprawnioną do badania i certyfikowania wyrobów, potwierdzającą, że nawierzchnia posiada żądane parametry. Odwołujący poinformował, że aprobaty techniczne ITB nie są obecnie wymagane. Rekomendacje są natomiast dokumentami dobrowolnymi (art. 9 ustawy o wyrobach budowlanych z dnia 16 kwietnia 2004 r. Dz. U. Nr 92, poz. 881). Nie istnieją inne dokumenty wydawane przez instytucję uprawnioną do badania i certyfikowania wyrobów, potwierdzające własności kształtu, wtopienia rdzenia czy grubości włókna. Badania nawierzchni ze sztucznej trawy przez instytucje uprawnione ze strony FIFA, także nie obejmują powyższych własności, podobnie norma PN EN 15330. Na podstawie próbki, bez przeprowadzenia specjalistycznego badania, nie jest możliwe weryfikowanie parametrów, a badań jak wspomniano nie wykonuje się. Zamawiający wymaga, aby podane w ofercie parametry były potwierdzone wynikami badań. Na tym właśnie polega zarzut odwołującego w zakresie nieprawidłowego sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający przedstawił warunek przedłożenia aktualnego certyfikatu FIFA 2 STAR, i w ocenie odwołującego jest to wystarczające dla potwierdzenia klasy nawierzchni. Jeżeli zamawiający zamierza się posługiwać parametrami, winien je odnieść do cech mierzalnych.

Odwołujący podnosił, iż w odniesieniu do nawierzchni poliuretanowej, zamawiający przepisał, jako wymagane, parametry z rekomendacji technicznej RT ITB - 1038/2006 nawierzchni CONIPUR SP. Odwołujący wniósł o doprecyzowanie opisu, tj. podanie:

- wydłużenie względne minimum 48% zamiast podanego (53+-5 %);
- odporność na uderzenia minimum 500 mm zamiast podanego (550+-50mm).

Każda nawierzchnia posiada indywidualny liczbowy wynik badań, stąd w opinii odwołującego postulowana modyfikacja wyeliminuje rozbieżności interpretacyjne. Zamawiający przedstawił warunek przedłożenia aktualnego certyfikatu IAAF, w ocenie odwołującego jest to

wystarczające dla potwierdzenia klasy nawierzchni poliuretanowych. Jeżeli zamawiający zamierza się posługiwać parametrami, winien je odnieść do cech mierzalnych. Odwołujący, na poparcie przedstawionej argumentacji protestu, powołał się na treść wyroku KIO/UZP 02/09 z 20 stycznia 2009 r. i obowiązek wykazania ze strony zamawiającego, że wyłącznie produkt o cechach założonych umożliwia mu realizację zamierzonego celu.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 22 września 2009 r. do postępowania wywołanego protestem przystąpili:

- w dniu 24 września 2009 r. wykonawca MASTERS Sp. z o. o., który powołał się na swój interes prawny w utrzymaniu kwestionowanych wymagań SIWZ, uznając je za prawidłowe;

- w dniu 24 września 2009 r. UNIPOL Sp. z o. o., który żądał oddalenia protestu.

- w dniu 24 września 2009 r. Interplastic Roger Żółtowski, wnoszący o oddalenie protestu jako bezzasadnego.

Pismem z dnia 1 października 2009 r. zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie w całości, wskazane w nim naruszenia przepisów uznał za bezpodstawne i nie dające zamawiającemu podstaw do dokonania żądanych czynności. W uzasadnieniu swego stanowiska podał, że wymagania techniczne zostały podane w oparciu o dokumentację projektową, określającą jakość i standard nawierzchni. Zamawiający zaznaczył, iż nie wskazywał konkretnego produktu, czy producenta, a według jego wiedzy istnieje kilku wykonawców zdolnych wykonać przedmiotowe zamówienie, które jest kierowane do wykonawców boisk, a nie do producentów sztucznej trawy i nawierzchni syntetycznej. Zamawiający przywołał również orzecznictwo potwierdzające, iż obiektywne opisanie przedmiotu zamówienia, jest zawsze samodzielną decyzją zamawiającego i nie oznacza zdolności każdego wykonawcy występującego na rynku do domagania się umożliwienia realizacji przedmiotu zamówienia. Podniósł również, iż żądania odwołującego nie zostały w żaden sposób skonkretyzowane.

W odwołaniu wniesionym w dniu 6 października 2009 r., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskami o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu odwołujący ponowił argumentację przedstawioną w proteście. Odnosząc się do rozstrzygnięcia zamawiającego, uznał je za niezasadne. Wskazał, iż ustawodawca rozróżnił warunki udziału w postępowaniu od sposobu oceny ich spełnienia, na co wskazuje treść art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Z powyższego wynika obowiązek

obligatoryjnego zamieszczenia w SIWZ opisu warunków udziału w postępowaniu, jak i sposobu dokonywania oceny ich spełnienia. Skoro bowiem o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się tylko ci wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału, to winny być one określone jednoznacznie i nie mogą wykraczać poza regulacje ustawowe. Zamawiający powinien dokładnie określić jakie oświadczenia i dokumenty zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą wykonawca ubiegający się o zamówienie oraz w jakiej formie je potwierdzić. Oznacza to, iż zamawiający jest władny wyłącznie w oparciu o analizę dokumentów oferty badać potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. A opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków winien podawać przejrzyste kryteria, którymi będzie się kierował zamawiający.

Pismem z dnia 24 listopada 2009 r., przekazany stronom przed otwarciem posiedzenia Izby, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca MASTERS Sp. z o. o. wnosząc o odrzucenie odwołania jako niedopuszczalnego w oparciu o przesłanki określone w art. 184 ust. 1a ustawy Pzp, lub też jego oddalenie jako merytorycznie pozbawionego uzasadnionych podstaw.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż odwołanie zostało wniesione w postępowaniu na roboty budowlane o wartości 727 032,06 euro, tj. poniżej progów ustalonych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 241, poz. 1762), wydanego na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Z tych względów odwołanie jest jedynie dopuszczalne na rozstrzygnięcie protestu dotyczącego:

- 1) wyboru negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty.

Izba zważyła.

Należy wyraźnie oddzielić:

- warunki udziału w postępowaniu i sposób oceny ich spełnienia, które ustalane są w oparciu o art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczące cech podmiotowych wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, gdzie ocena spełnienia warunków sprowadza się do zweryfikowania zdolności wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia, w oparciu o posiadany przez niego potencjał techniczny, osobowy, doświadczenie w realizacji danego rodzaju zamówień i odpowiednią sytuację finansową, wykazane przedłożonymi w dokumentach oferty

dokumentami i oświadczeniami – nazywanymi wprost warunkami udziału w postępowaniu, stosownie do art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp,

- w odróżnieniu od warunków jakie musi spełniać oferowany przedmiot zamówienia, opisanych w SIWZ, wraz z podaniem w oparciu o jakie dokumenty zamawiający będzie oceniał czy oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają postawionym wymaganiom (np. parametrom technicznym), o czym stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Izba na podstawie treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia ustaliła, iż w sekcji III.2 ogłoszenia zamawiający podał warunki udziału w postępowaniu, wymienił również oświadczenia i dokumenty, jakie wykonawcy winni przedłożyć dla udokumentowania ich spełnienia. Specyfikacja Istotnych warunków zamówienia podaje w punkcie 6 opis warunków udziału w postępowaniu oraz sposób oceny ich spełnienia w oparciu o dokumenty wymienione w punkcie 7 SIWZ, zawierające wykaz dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Osobno w punkcie 8 SIWZ, zamawiający zawarł wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań jakościowych i parametrów określonych w tabeli załącznika nr 13, które należy dołączyć do oferty, zgodnie z przepisami § 3 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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 ze zm.), gdzie w podpunkcie 2 wymienione jest zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzające, że dostarczone produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym.

Właśnie ów wykaz zawiera kwestionowane przez odwołującego dokumenty, dotyczące właściwości nawierzchni z trawy sztucznej oraz nawierzchni poliuretanowej, między innymi: aprobatę lub rekomendację ITB lub inny dokument wydany przez instytucję uprawnioną do badania i certyfikowania wyrobów potwierdzające, że nawierzchnia posiada wymagane parametry.

Izba stwierdza, iż zarzuty protestu, podtrzymane w odwołaniu, odnoszą się do dokumentów poświadczających, iż oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego oraz odnoszą się do określenia wymagań technicznych przedmiotu zamówienia: budowy, kształtu włókna sztucznej trawy, właściwości nawierzchni poliuretanowych w zakresie odporności na rozciąganie i na uderzenia.

Zatem od rozstrzygnięcia protestu, opartego na tego rodzaju zarzutach, odwołanie nie przysługuje. Bezzasadnie odwołujący wywodził, iż złożył protest na warunki udziału w postępowaniu i sposób oceny ich spełnienia, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i w § 1 powołanego wyżej rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, którego oddalenie uprawniałoby do złożenia odwołania na podstawie art. 184 ust. 1a pkt 2 jako

dotyczących opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, odnoszących się do osoby wykonawcy, a nie do przedmiotu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza zobligowana była z urzędu odrzucić odwołanie z przyczyn formalnych, określonych w art. 187 ust. 4 pkt 8 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie, o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

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 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420; poz. 227 poz. 1505, z 2009 r. Ne 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....