

**Zamawiający:** Gmina Myślenice ul. Rynek 8/9, 32-400 Myślenice

**Protestujący** POLCOURT S.A., ul. Gen. Zajęczka 11 lok. C7, 01-510 Warszawa.  
**Fax (0-22)314 66 59**

**Dotyczy:** postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.:  
**„Rewitalizacja Miasta – budowa boisk sportowych przy Szkole Podstawowej nr 2 w Myślenicach”**  
(Znak sprawy: GPI 3.341/08/09)

### ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

Zamawiający, po rozpoznaniu protestu wniesionego w dniu 26.06.2009 roku przez Protestującego - POLCOURT S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. Zajęczka 11 lok. C7, 01-510 Warszawa, a dotyczącego postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia sporządzonej na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą **„Rewitalizacja Miasta – budowa boisk sportowych przy Szkole Podstawowej nr 2 w Myślenicach”** informuje, że na podstawie artykułu 183 ust. 1 pkt 2 i ust.4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 roku Nr 233 poz. 1655 z późn. zm. – dalej jako ustawa pzp) postanawia:

- 1) **uwzględnić protest w części** dotyczącej usunięcia z zapisów SIWZ przygotowanej na potrzeby niniejszego postępowania wymóg uzyskania w przyszłości certyfikatu FIFA 2 STAR dla realizowanego w ramach zamówienia obiektu boiska sportowego z nawierzchnią ze sztucznej trawy
- 2) **oddalić protest w części** dotyczącej żądania zmiany zapisów SIWZ w ten sposób, że w SIWZ zostanie wskazane, że oferowana nawierzchnia „sztuczna trawa” będzie uznana za spełniającą wymagania Zamawiającego jeżeli wykonawca przedstawi wyniki tych badań dla tej nawierzchni na zgodność z wymaganiami FIFA 2 STARS wydane przez niezależne laboratorium badające nawierzchnie sportowe lub certyfikat FIFA 2 STARS dla obiektu wykonanego przy zastosowaniu oferowanej nawierzchni.

Mając na uwadze powyższe rozstrzygnięcie Zamawiający dokonuje zmiany zapisów SIWZ w ten sposób , że:

- 1) **Skreśla się** ostatni akapit pkt 3.3 SIWZ w brzmieniu;  
*„Uwaga: W trakcie realizacji zamówienia Wykonawca zobowiązany będzie do złożenia w imieniu i na koszt Zamawiającego wniosku do FIFA o uzyskanie dla wykonanego obiektu Certyfikatu FIFA 2 STAR. Wniosek stanowić będzie załącznik do Protokołu odbioru ostatecznego robót.”*
- 2) W załączniku nr 9 do SIWZ – Projekt umowy w sprawie zamówienia publicznego dokonuje się następujących zmian:
  - **skreśla się zapis** pkt 7) w § 14 ust 1 w brzmieniu „ w przypadku odmowy udzielenie Certyfikatu FIFA 2 Star dla wykonanego obiektu (przedmiotu umowy), z powodu wad dających się przypisać Wykonawcy – w wysokości równowartości 30% kwoty brutto wskazanej w § 6 ust 1 niniejszej umowy, w terminie 14 dni od daty uzyskania przez

Zamawiającego informacji o odmowie udzielenia tego certyfikatu.” Oraz zmienia się numerację kolejnych punktów § 14 ust 1

- **skreśla się** pkt b) w §16 ust 5, a § 16 ust 5 nadaje się następujące brzmienie:

**„ Dokumentem potwierdzającym przejęcie przez Zamawiającego wykonanego przedmiotu umowy jest protokół ostatecznego odbioru robót, podpisany przez strony umowy, którego integralną częścią będą dokumenty wymienione w art. 57 Prawa Budowlanego:**

**(i) oryginał dziennika budowy;**

**(ii) oświadczenie kierownika budowy:**

**(iii) protokoły badań i sprawdzeń jakości robót i materiałów w tym świadectwa zezwalające na stosowanie materiałów w budownictwie”**

### **Uzasadnienie.**

W dniu 23.06.2009 r. Zamawiający, wszczął postępowanie w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą „Rewitalizacja Miasta – budowa boisk sportowych przy Szkole Podatkowej nr 2 w Myślenicach” (nr ogłoszenia 97769 – 2009). Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako SIWZ) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 24.06.2009 roku. .

W dniu 26.06.2009 r. Protestujący za pośrednictwem fax'u wniósł do Zamawiającego protest wobec postanowień SIWZ, zarzucając Zamawiającemu naruszenie postanowień ustawy pzp, w szczególności:

1. art. 7 ust. 1 ustawy pzp – poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady przestrzegania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 29 ust 1-3 ustawy pzp – poprzez takie opisanie przedmiotu zamówienia, które utrudnia uczciwą konkurencję, w tym określenie cech wskazujących na jednego producenta, a także opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, bezprawny, a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia
3. art. 25 ust 1 i 2 ustawy pzp oraz przepisów Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz. 605 z późn. zm) poprzez żądanie dokumentów zbędnych do przeprowadzenia postępowania, niezgodnych z rozporządzeniem oraz niedopuszczalnych na podstawie wskazanych przepisów.

Protestujący zażądał dokonania przez Zamawiającego modyfikacji SIWZ poprzez taką zmianę SIWZ, która będzie miała na celu:

- jasne wskazanie, że oferowana nawierzchnia „sztuczna trawa” będzie uznana za spełniającą wymagania Zamawiającego, jeżeli wykonawca przedstawi wyniki badań dla tej nawierzchni na zgodność z wymaganiami właściwymi certyfikatu FIFA 2 STARS wydane przez niezależne laboratorium badające nawierzchnie sportowe lub certyfikat FIFA 2 STARS dla obiektu wykonanego przy zastosowaniu oferowanej nawierzchni, oraz
- zrezygnowania przez Zamawiającego z wymogu wystąpienia do FIFA z wnioskiem o uzyskanie certyfikatu FIFA 2 STARS dla obiektu realizowanego w ramach przedmiotowego zamówienia.

Złożony protest został wniesiony w przewidywanym przepisami czasie wobec czego podlegał rozpoznaniu przez Zamawiającego.

Po zapoznaniu się z treścią protestu Zamawiający informuje, że podzielił stanowisko Protestującego w odniesieniu do drugiego ze sformułowanych zarzutów, i zgodnie z

żądaniem protestu dokonał zmian zapisów SIWZ w sposób opisany na wstępie, czym uczynił zadość żądaniu protestu w tej części.

W odniesieniu do zarzutu opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez wskazanie cech produktu wskazujących na jednego producenta żądanej nawierzchni, który to zarzut nie został uwzględniony Zamawiający wskazuje co następuje:

1. Mając na uwadze stanowisko doktryny z zakresu prawa zamówień publicznych, a w szczególności orzecznictwo; Zespołów Arbitrów UZP, Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych należy podkreślić, że Zamawiający ma prawo, przestrzegając zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, do opisanie przedmiotu zamówienia stosownie do swoich uzasadnionych potrzeb. Zakres zadań jakie zamawiany przedmiot ma spełniać w zasadniczy sposób rzutu na warunki jakich spełnienia zarówno od wykonawców jak i oferowanych przez nich dóbr może i powinien oczekiwać Zamawiający. Zamawiający określając wymogi techniczne dla przedmiotu zamówienia kieruje się świadomością konieczności wydatkowania środków publicznych zgodnie z zasadami efektywności kosztowej.

„1. Dochowanie zasady uczciwej konkurencji nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego produktów, które nie odpowiadają jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności, czy też wymaganych parametrów technicznych. 2. Skoro wymagane parametry mogą spełnić produkty kilku wykonawców, fakt, iż opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty odwołującemu, nie powoduje naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych (...).(wyrok KIO z dnia 12.11.2008 roku sygn. akt KIO/UZP 1155/08).

„Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami prawa ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia o określonych minimalnych standardach jakościowych i technicznych. Okoliczność o charakterze notoryjnym, że nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania Zamawiającego opisane w siwz i mogą go zaoferować oraz, że wymagania techniczne są trudne do spełnienia przez niektórych wykonawców, nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji (...)” (Wyrok KIO z dnia 9 października 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 1024-08).

Mając na uwadze powyższe nie można postawić Zamawiającemu zarzutu utrudniania uczciwej konkurencji poprzez dążenie do uzyskania boisk o najlepszych parametrach w sytuacji, kiedy Zamawiający kieruje się potrzebą realizowanej inwestycji odznaczającej się wysokimi standardami jakości wykonania, celowością i ekonomią wydatkowania środków oraz określonymi warunkami wykorzystania w przyszłości obiektu sportowego. Wymaganie od Wykonawców dostarczenia nawierzchni o najlepszych parametrach w nowoczesnej technologii nie może być przyczynkiem do formułowania zarzutów wskazanych przez Protestującego. Uznanie ich zasadności musiało by doprowadzić do sytuacji, w której to Wykonawca dyktuje warunki jakim ma odpowiadać przedmiot zamówienia, a określone i uzasadnione potrzeby Zamawiający stanowią kwestie drugorzędną.

Obecnie Zamawiający eksploatuje z pełnym powodzeniem boisko do piłki nożnej o nawierzchni posiadającej parametry techniczne zbliżone do wymaganych w SIWZ a celem niniejszego postępowania jest realizacja kolejnego obiektu o podobnej wartości eksploatacyjnej. Stąd zarzut o „nadmiernie rygorystycznym, nieuzasadnionym potrzebami opisanie przedmiotu zamówienia” jest bezpodstawny.

Również za bezpodstawny należy uznać zarzut o „określeniu cech nawierzchni wskazujący na jednego producenta i konkretny produkt”, bowiem Zamawiający może wskazać co najmniej dwóch producentów i co najmniej dwa produkty, które spełniają postawione przez niego wymagania.

Podkreślenia wymaga, iż Zamawiający opisując wymagania dotyczące elementu przedmiotu zamówienia, a mianowicie parametrów technicznych jakie powinna spełniać sztuczna nawierzchnia boiska sportowego do piłki nożnej wyraźnie wskazał, iż są to parametry minimalne, tak więc możliwym jest zaoferowanie sztucznej nawierzchni sportowej o innych tj. wyższych parametrach. Nadto Zamawiający w żaden sposób nie naruszył dyspozycji ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, bowiem przedmiot ten został opisany za pomocą obiektywnych parametrów technicznych za pomocą jasnych i zrozumiałych określeń, bez wskazywania marki produktu lub nazwy jego producenta.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu określił wymagania dla żądanej nawierzchni na podstawie swoich dotychczasowych doświadczeń jednocześnie dopuszczając możliwość zaoferowania produktów pochodzących od różnych producentów bowiem zgodnie z postanowieniami opisu technicznego „Parametry techniczne nawierzchni zostały określone na tyle precyzyjnie, aby gwarantować uzyskanie właściwych parametrów obiektu i jednocześnie dopuszczają do zastosowania produkty **różnych producentów** zgodnie z warunkami wynikającymi z art. 29 ustawy Prawo Zamówień Publicznych”.

W jednym z wyroków Zespół Arbitrów stwierdził, iż Zamawiający musi mieć prawo do nabycia dokładnie takiego przedmiotu zamówienia jaki jest mu potrzebny. Określanie przedmiotu zamówienia jest zawsze decyzją Zamawiającego. Zamawiający samodzielnie dokonuje oceny swoich potrzeb i stosownie do tych potrzeb opisuje przedmiot zamówienia. Określenie przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny nie musi oznaczać konieczności zdolności realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty ubiegające się o zamówienie. ( Wyrok ZA z dnia 2 października 2007 roku sygn. akt. UZP/ZO/0-1177,1186/07).

W odniesieniu do zarzuty nadmierności wymagań i żądania dokumentów sprzecznych z zakresem ustalonym przepisami wykonawczymi do ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający podkreśla, iż niniejsze zamówienia nie jest skierowane do producentów traw jako Dostawców, ale do Wykonawców specjalizujących się w budowie obiektów sportowych i dotyczy wykonania między innymi ale nie tylko boiska sportowego do gry w piłkę nożną z nawierzchnią syntetyczną odkrytą. Przedmiotem zamówienia nie jest dostawa sztucznej nawierzchni boiska sportowego ale budowa kompleksu różnych boisk sportowych i obiektów sportowych. Samo spełnienie wymogów technicznych oferowanej nawierzchni nie jest jeszcze wystarczającym bowiem Zamawiający oczekuje, iż cały wykonany w ramach zamówienia kompleks obiektów sportowych, a nie tylko jego część składowa będą spełniać wymagane standardy jakości.

Powyższe powoduje, iż jest możliwym, że nie wszyscy wykonawcy dysponują materiałem o wymaganych w SIWZ parametrach i nie mogą go zaoferować Zamawiającemu, co nie oznacza jednak, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji. Fakt istnienia ograniczonej liczba wykonawców mogących uczestniczyć w postępowaniu, z uwagi na określony przedmiot zamówienia, nie stanowi automatycznie o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji. Na poświadczenie powyższego warto wskazać na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, w którym jasno zostało wskazane iż „Z urzędu znany jest fakt konkurowania na rynku polskim

podmiotów skupionych wokół określonych podmiotów oferujących nawierzchnie boisk, stadionów i innych obiektów sportowych, dla których realizacji niezbędne jest wykonanie sztucznej nawierzchni ze sztucznej trawy. Ten niejako utrwalony podział rynku nie powinien mieć jednak wpływu na żądanie, by Zamawiający nie mieli możliwości określenia przedmiotu zamówienia wg swoich uzasadnionych potrzeb. Jest prawem Zamawiającego oczekiwać realizacji zamówienia w warunkach podwyższonych w stosunku do minimalnych standardów.” (wyrok KIO z dnia 2008.11.06 sygn. akt. KIO/UZP 1186/08)

2. Wyrażenie przez Zamawiającego zgody na żądanie Protestującego aby w toku niniejszego postępowania możliwe było posługiwanie się wynikami innych badań nawierzchni na zgodność z wymogami FIFA, niż sam certyfikat wydawany przez tą organizację, spowodowałaby, że potencjalny Wykonawca mógłby się posługiwać dokumentem niższej rangi, co w żaden sposób nie jest tożsame z Certyfikatem FIFA 2 STAR. Podkreślić należy, iż badanie laboratoryjne opisane przez Protestującego stanowi jedynie wstępną czynność kwalifikującą nawierzchnię do dalszych, zasadniczych testów wykonywanych na boisku. Dopiero pozytywne wyniki drugiego – zasadniczego i kluczowego etapu testów skutkują przyznaniem certyfikatu. Zrównywanie więc badań laboratoryjnych z certyfikatem FIFA 2 Star, jak to wnioskuje protestujący, jest daleko idącym uproszczeniem kwestii związanych z poświadczaniem jakości wykonanych obiektów w tym jakości murawy zainstalowanej w takich obiektach, i jako taki nie zasługuje na uwzględnienie.

Z całą pewnością nie można stawiać znaku równości pomiędzy badaniami przeprowadzonymi na wykonanym boisku, w kilkunastu jego punktach (certyfikatem FIFA 2 Star), a badaniem próbki nawierzchni takiego boiska w laboratorium - czego domaga się Protestujący.

Jest faktem, że FIFA jest międzynarodowym podmiotem uprawnionym do wydawania zaświadczeń, które potwierdzają wykonanie obiektów sportowych zgodnie z wymaganiami jakościowymi, użytkowymi i technicznymi. W pełni uzasadnione jest zatem wymaganie Zamawiającego w zakresie przedstawienia przez wykonawcę obiektów sportowych tych dokumentów. Nie jest to w żadnym przypadku sprzeczne z treścią Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Dokumenty te mają potwierdzić, że oferowane nawierzchnie mogą być zastosowane na obiektach sportowych wobec których postawiono określone wymagania jakościowe, a więc także i to, że również same nawierzchnie spełniają określone wymagania jakościowe.

Mając na uwadze wyżej wymienione argumenty uznano, że zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia są sformułowane prawidłowo, w sposób nie naruszający postanowień prawa zamówień publicznych.

W tym stanie rzeczy postanowiono złożony protest oddalić w całości.

**Pouczenie:** od niniejszego rozstrzygnięcia przysługuje odwołanie do Prezesa UZP. Odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu, lub upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie przekazując Zamawiającemu kopię składanego odwołania.