

Działając na podstawie art. 183 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 z późn. zm.), informuję, że protest wniesiony w dniu 11.06.2008 r. w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na **budowę kompleksu sportowego „Moje boisko - ORLIK 2012” - zespołu boisk przy Gimnazjum nr 1 w Koronowie przez Polcourt Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie przy ul. Gen. Zajączka 11 lok. C7 został oddalony w całości.**

Uzasadnienie

Na wstępie należy zaznaczyć, że protest, dotyczący postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest bezzasadny a podniesione w nim argumenty nie znajdują oparcia w stanie faktycznym i prawnym. Dlatego też decyzja zamawiającego o oddaleniu protestu i nieuwzględnieniu wyrażonych w nim żądań jest w pełni uzasadniona.

Protestujący Wykonawca zarzuca Zamawiającemu następujące nieprawidłowości, wysuwając żądania ich usunięcia:

1. Określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,

- żąda w tym zakresie skreślenia wymagania spełniania konkretnych parametrów technicznych dla nawierzchni poliuretanowych i „sztuczna trawa” posiadających certyfikat lub badania laboratoryjne na FIFA 1 Star lub 2 Stars, potwierdzające zgodność nawierzchni z wymogami FIFA. Opisany system nawierzchni (.....) spełnia tylko jedna trawa, jednego producenta.

2. Takie opisanie przedmiotu zamówienia, które utrudnia uczciwą konkurencję, w tym określenie cech wskazujących na jednego producenta, a także opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niezrozumiały, a także w sposób nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Tym samym opis przedmiotu zamówienia w sposób nieuzasadniony uniemożliwia Protestującemu ubieganie się o uzyskanie zamówienia,

- żąda w tym zakresie określenia przedmiotu zamówienia zgodnie z ustaleniami branży sportowej, Ministra Sportu i IAKS oraz dopuszczenie do przetargu wszystkich nawierzchni typu sztuczna trawa posiadających certyfikat lub badania laboratoryjne na FIFA 1 Star lub 2 Stars, potwierdzające zgodność nawierzchni z wymogami FIFA oraz dopuszczenie zastosowania maty elastycznej, rodzaju wypełnienia (piasku kwarcowego oraz granulatu gumowego), zgodnie z technologią i zaleceniem producenta oferowanej nawierzchni typu sztuczna trawa.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów opisanych w proteście przedstawiamy poniżej wyjaśnienia uzasadniające formę rozstrzygnięcia protestu.

Zamawiający nie podziela zasadności zarzutu, dotyczącego rzekomego określenia warunków udziału warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz żądania Protestującego w tym zakresie, tj. skreślenia wymagania spełniania konkretnych parametrów technicznych dla nawierzchni poliuretanowych i „sztuczna trawa”.

Z przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wynikają dwie przesłanki : zasada równości i uczciwej konkurencji. Zamawiający nie naruszył żadnej z tych zasad, traktując każdego z Wykonawców jednakowo, bez żadnych przywilejów i ulg. Kryteria i wymogi stawiane Wykonawcom są takie same wobec wszystkich uczestników postępowania.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający opisał przedmiot zamówienia dokładnie tak, jaki jest mu potrzebny w ramach dostępnych środków finansowych, przy zachowaniu zasad określonych w art.7 ust.1 ustawy, tj.: w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie Wykonawców.

Zamawiający wyraźnie podkreśla, że żadne przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych i akty wykonawcze do tej ustawy nie zabraniają stawiania warunków oferentom, których spełnienie jest w ocenie Zamawiającego niezbędne dla prawidłowej realizacji zamówienia.

Zamawiający ma prawo – przestrzegając zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców do opisanie przedmiotu zamówienia stosownie do swoich uzasadnionych potrzeb i to właśnie Zamawiający decyduje o tych potrzebach, gdyż to on zamówienie finansuje, a po jego wykonaniu – eksploatuje. Zamawiający kieruje się potrzebą realizowanej inwestycji, celowością i ekonomią wydatkowania środków publicznych, wykorzystaniem w przyszłości obiektu sportowego – poprzez wymaganie od Wykonawców dostarczenia nawierzchni o najlepszych parametrach w nowoczesnej technologii.

Nawierzchnie oferowane przez różnych producentów nie zawsze są porównywalne pod względem parametrów jakości oraz ceny, nawet pomimo spełniania przez wszystkie te nawierzchnie np. wymogów FIFA. Dlatego Zamawiający, w trosce o prawidłowe wydatkowanie środków publicznych (do czego obliguje go ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych – Dz.U. Nr 14 z 2005 r., poz.114, ze zm.) tak określił parametry nawierzchni syntetycznych, aby wskaźnik cena/jakość/koszty eksploatacji był jak najkorzystniejszy dla Zamawiającego. Przy założeniu, że przedmiot zamówienia ma być eksploatowany przez minimum 20 lat (odgórnie określone przez Ministerstwo Sportu i Turystyki warunki udziału Zamawiającego w programie MOJE BOISKO – ORLIK 2012”) Zamawiający ma prawo wymagać, aby oferowane nawierzchnie syntetyczne były najlepszej jakości oraz w 100% odpowiadały wymaganiom i oczekiwaniom Zamawiającego oraz spełniały jednocześnie standardy określone przez Ministerstwo Sportu i Turystyki. Jakikolwiek zaniedbania Zamawiającego w zakresie określenia minimalnych wymagań dla finansowanego przez niego przedmiotu zamówienia, które skutkować mogą w fazie eksploatacji usterkami lub uniemożliwią korzystanie z przedmiotu zamówienia (boisk), uznane mogą być za naruszenie przez niego dyscypliny finansów publicznych (odpowiedzialność kierownika Zamawiającego), w myśl cyt. wyżej ustawy, a także skutkować zwrotem dofinansowania udzielonego przez instytucję współfinansującą – Ministerstwo Sportu i Turystyki. Wzorcowa SST 2/D.05. NAWIERZCHNIE SYNTETYCZNE BOISK, opublikowanej na stronie internetowej www.orlik2012.pl, w pkt. 2.2. zawarty jest zapis, cyt.: **„Rozwiązanie nawierzchni syntetycznej pozostawia się do wyboru przez Inwestora oraz Projektanta przystosowującego projekt do warunków miejscowych. Przy wyborze rozwiązań należy przestrzegać prawa budowlanego, praw pokrewnych i szczególnych oraz kierować się wiedzą techniczną”.**

Również zarzut opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w tym określenie cech wskazujących na jednego producenta, a także opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niezrozumiały, a także w sposób nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Tym samym opis przedmiotu zamówienia w sposób nieuzasadniony uniemożliwia Protestującemu ubieganie się o uzyskanie zamówienia, Protestujący żąda w tym zakresie określenia przedmiotu zamówienia zgodnie z ustaleniami branży sportowej, Ministra Sportu i IAKS.

Zarzut Protestującego, że nie jest możliwe złożenie przez niego oferty spełniającej wymagania Zamawiającego jest, zdaniem Zamawiającego, nieuzasadniony, tendencyjny i nieprawdziwy. W dodatku sam fakt, że nie każdy Wykonawca może złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu nie oznacza, że Zamawiający utrudnia uczciwą konkurencję. Zamówienie nie jest skierowane do producentów traw jako Dostawców, ale do Wykonawców specjalizujących się w budowie obiektów sportowych i dotyczy wykonania (budowy) boisk z nawierzchniami syntetycznymi odkrytymi. Zamawiający oczekuje, że do postępowania przystąpią tylko Wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu wynikające ze specyfiki zamówienia, a określone w ogłoszeniu i SIWZ w oparciu o przepisy ustawy (art.22) i indywidualną analizę Zamawiającego, a nie wszyscy Wykonawcy, którzy wyrażą taki zamiar. Stąd na przykład warunek Zamawiającego, aby Wykonawca udokumentował swoje doświadczenie w zakresie budowy boisk o nawierzchni syntetycznej, który niewątpliwie ogranicza krąg Wykonawców, a który przecież nie utrudnia uczciwej konkurencji, ani nie łamie zasady równego traktowania Wykonawców (jest dopuszczalny przez ustawę i powszechnie stosowany), jak również żądanie spełniania przez nawierzchnie określonych, pożądanych przez Zamawiającego, wymagań, na potwierdzenie których żąda przedłożenia określonych dokumentów. Zamawiający ma więc tym bardziej prawo, aby w SIWZ żądać spełniania przez oferowane nawierzchnie konkretnych, minimalnych wymagań (parametrów) technicznych i użytkowych, pod rygorem odrzucenia oferty.

Nawierzchnie syntetyczne – poliuretanowa i „sztuczne trawa” stanowią jedynie jeden z elementów zamówienia, a Wykonawca nie musi być jednocześnie producentem nawierzchni w standardzie określonym przez Zamawiającego, może ją nabyć od producenta z grupy producentów, których nawierzchnie spełniają wymagania Zamawiającego. Żądanie Zamawiającego spełniania przez nawierzchnie określonych wymagań (parametrów granicznych) nie powoduje nierównego traktowania Wykonawców, gdyż co prawda ogranicza krąg producentów, których produkty Wykonawcy ci mogą zaoferować, lecz nie Wykonawców, którzy mogą wziąć udział w postępowaniu. Poza tym warunek ten został postawiony wszystkim Wykonawcom, nie można więc posądzać Zamawiającego o nierówne traktowanie Wykonawców bądź utrudnianie uczciwej konkurencji. Nie można też uznać, że sam fakt żądania przez Zamawiającego spełniania przez oferowane nawierzchnie konkretnych wymagań stanowi okoliczność powodującą niemożność założenia przez Protestującego lub innego Wykonawcę oferty w sytuacji, kiedy są oni wykonawcami robót budowanych i nabywają nawierzchnie o określonych parametrach w celu jej odsprzedaży Zamawiającemu. Zamawiający uważa, iż ma tu raczej miejsce sytuacja, że Protestujący chce zaoferować wybrane przez siebie nawierzchnie, gdyż np. w budowie tych konkretnych nawierzchni się specjalizuje lub posiada zawarte umowy z producentami tych nawierzchni, co godzi w samą istotę zasady, iż określenie przedmiotu zamówienia jest zawsze decyzją własną Zamawiającego, ponieważ to Zamawiający decyduje o tym, co ma być przedmiotem określonego zamówienia. Powołuje się przy tym na naruszenie przez Zamawiającego zasady równego traktowania Wykonawców i ograniczanie przez niego uczciwej konkurencji Wykonawców, co nie znajduje potwierdzenia w dotychczasowej praktyce udzielania zamówień publicznych przy budowie obiektów sportowych w ramach programu MOJE BOISKO – ORLIK 2012”. Z analizy przeprowadzonych dotychczas przez innych Zamawiających postępowań o udzielenie zamówień publicznych w drodze przetargu nieograniczonego na wykonanie kompleksu boisk sportowych w ramach projektu MOJE BOISKO – ORLIK 2012 wynika, że postępowaniom tym towarzyszy duże zainteresowanie ze strony Wykonawców. Pomimo żądania przez Zamawiających spełniania przez oferowane nawierzchnie określonych parametrów w każdym postępowaniu oferty składa od kilku do kilkunastu Wykonawców, których nawierzchnie spełniają określone przez Zamawiających wymagania. Zamawiający nie zna przypadku, aby postępowanie zakończyło się jego unieważnieniem z powodu nie złożenia co najmniej jednej oferty niepodlegającej odrzuceniu (art.93 ust.1 pkt 1 ustawy). W takiej sytuacji nie można uznać za zasadne twierdzenia Protestującego, że Zamawiający swoim działaniem bezpodstawnie ogranicza uczciwą konkurencję i narusza zasadę równego traktowania Wykonawców oraz uznać jego żądań skreślenia wymagań spełniania konkretnych parametrów technicznych dla nawierzchni

poliuretanowych i „sztuczna trawa”.

Jednocześnie Zamawiający zauważa, że nie może też przychylić się do żądania Protestującego w kwestii, cyt.: „określenia przedmiotu zamówienia zgodnie z ustaleniami branży sportowej, Ministra Sportu i IAKS” gdyż w taki właśnie sposób Zamawiający przygotował niniejsze postępowanie. Przy tym niezrozumiałe, nie znajdujące potwierdzenia ani w przepisach ustawy, ani w ustaleniach zespołów, o których mowa wyżej, jest twierdzenie Protestującego zawarte w jego piśmie że, cyt.: „(...) Zamawiający mógł żądać przedstawienia przez Wykonawców tylko tych dokumentów (dokumenty potwierdzające, że oferowane nawierzchnie spełniają określone wymagania – dop. Zamawiającego). Nie mógł żądać rodzaju wypełnienia oraz konkretnych parametrów dla nawierzchni z trawy syntetycznej oraz poliuretanowej”. Takie stanowisko Protestującego jest w wyraźnej sprzeczności z zapisem punktu 2.2. części 2/D.05. Szczegółowej Specyfikacji Technicznej opracowanej na zlecenie Ministerstwa Sportu i Turystyki i udostępnionej Zamawiającym jako dokumentacja wzorcowa że, cyt. **„Rozwiązanie nawierzchni syntetycznej pozostawia się do wyboru przez Inwestora oraz Projektanta”**.

Należy w tym miejscu dodać, że przykładowe materiały przetargowe oraz przykładowa dokumentacja techniczna – udostępnione przez Ministerstwo Sportu i Turystyki – mają na celu przyspieszenie procedury udzielania przez Zamawiających zamówień, sugerują jedynie minimalne wymagania odnośnie budowanych obiektów, pod kątem trwałości projektu (20 lat). Należy przez to rozumieć, że MSiT oczekuje, że w dokumentacji przetargowej znajdą się co najmniej sugerowane przez Ministerstwo wymagania odnośnie nawierzchni syntetycznych, które dotyczą raczej trwałości tych nawierzchni oraz ich dopuszczenia do rozgrywek na szczeblu międzynarodowym, a nie np. kolorystyki, estetyki, funkcjonalności, możliwości serwisu i konserwacji. Bo to przecież Zamawiający ma prawo określić, jakiego koloru nawierzchni oczekuje, jaką wysokość (grubość) ma mieć zamawiana „sztuczna trawa”, z jakiego tworzywa będzie wykonana, itp., - wszystko to pod kątem ich późniejszego użytkowania i serwisowania, a nawet wrażeń estetycznych. To w przeciwieństwie do Zamawiającego finansuje zamówienie i ma prawo oczekiwać (przy zachowaniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców w trakcie udzielania zamówienia), że np. boiska będą wyglądać dokładnie tak, jak to sobie zamierzył, a nie tak, jak chce tego dany Wykonawca, który dysponuje nawierzchniami o parametrach nie odpowiadających koncepcji Zamawiającego i wbudowanie których usiłuje niejako wymusić na Zamawiającym.

W swoim proteście Wykonawca nie udowodnił, że Zamawiający określił przedmiot zamówienia (w zakresie „sztucznej trawy” i nawierzchni poliuretanowej) w sposób wskazujący na konkretnie oznaczony produkt pochodzący od jednego producenta. Protestujący zakwestionował w całości podane cechy sztucznych nawierzchni boisk nie wskazując, które opisane parametry i dlaczego utrudniają uczciwą konkurencję, a przede wszystkim uniemożliwiają mu złożenie oferty. Protestujący powinien jednoznacznie wykazać naruszenie jego interesu prawnego w ubieganiu się o uzyskanie zamówienia, a nie występować w interesie potencjalnych anonimowych Wykonawców.

Zgodnie z art.6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeksu cywilny (Dz.U. Nr 16, poz.93, ze zm.), w związku z art.14 ustawy to na Protestującym ciąży obowiązek udowodnienia faktów, z których wywodzi skutki prawne.

W uzasadnieniu protestu Wykonawca w ogóle nie odniósł się do zarzutu opisanego przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały, wobec czego Zamawiający również nie uzasadnia oddalenia zarzutów w tym zakresie. Ogranicza się jedynie do stwierdzenia, że w jego ocenie przedmiot zamówienia został opisany w sposób jednoznaczny i zrozumiały, m.in. poprzez określenie konkretnych, minimalnych parametrów technicznych dla nawierzchni poliuretanowej i „sztucznej trawy”. O tym, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób czytelny i jednoznaczny świadczyć może brak protestów i zapytań w tym zakresie ze strony innych Wykonawców (w analogicznych postępowaniach prowadzonych przez innych Zamawiających

wpływa kilka – kilkanaście zapytań odnośnie zapisów SIWZ). Również niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cieszy się zainteresowaniem Wykonawców.

Ponadto Zamawiający pragnie też zauważyć, że opis przedmiotu zamówienia jest zgodny z wytycznymi do programu „MOJE BOISKO – ORLIK 2012” opracowanymi przez Ministerstwo Sportu i Turystyki, na które w swoim proteście powołuje się Protestujący (powołana wyżej, opracowana na zlecenie Ministerstwa Sportu i Turystyki, SST 2/D.05.).

Zamawiający zauważa, że Protestujący brał udział, jako Wykonawca, w innych postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych na wykonanie boisk sportowych w ramach programu MOJE BOISKO – ORLIK 2012, w których, podobnie jak w niniejszym postępowaniu, określone były konkretne parametry techniczne nawierzchni syntetycznych, często zbieżne z określonymi w niniejszym postępowaniu.

W związku z powyższym **wszystkie zarzuty protestu uznać należy za bezpodstawne i nieuzasadnione**, a w konsekwencji protest należało **w całości oddalić** nie uwzględniając żadnego z żądań w nim wyrażonych.

Od niniejszego rozstrzygnięcia, zgodnie z art. 184 powołanej ustawy Prawo zamówień publicznych, przysługuje Państwu prawo złożenia odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie przekazując jego kopię Zamawiającemu.