

Bochnia 2013-07-25  
MSD/4812/R/855/2013



Prezes  
Krajowej Izby Odwoławczej  
przy  
Prezesie Urzędu  
Zamówień Publicznych  
ul. Postępu 17a  
02-676 Warszawa

**Zamawiający:**  
Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych  
i Autostrad Oddział w Poznaniu  
ul. Siemiradzkiego 5a  
60 - 763 Poznań

**Odwołujący:**  
Stalprodukt S.A., ul. Wygoda 69, 32 - 700 Bochnia  
tel. +48 14 615 10 00  
fax. +48 14 615 11 18  
market@stalprodukt.com.pl  
Józef Ryszka - Dyrektor Marketingu, Członek Zarządu

## Odwołanie

Działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku, Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) Stalprodukt S.A. wnosi odwołanie od treści SIWZ wobec rażącego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które przejawia się w szczególności w niezgodnym z prawem opisem sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a to poprzez postawienie wymogu, iż oferent składający inny rodzaj bariery (zdaniem Zamawiającego równoważny) zobowiązany będzie przedstawić własny projekt bariery przez siebie oferowany, podczas gdy jedyny producent bariery linowych spełniający pierwotne wymagania Zamawiającego takowego projektu nie musi przedstawiać, co powoduje naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz nieokreślenie szczegółowych wymagań projektowych za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego zgodnie z art. 31 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji

STALPRODUKT S.A.  
ul. Wygoda 69  
32-700 Bochnia  
tel. +48 14/615 10 00  
fax +48 14/615 11 18

NIP 868-000-07-75, REGON 850008147  
KRS 0000055209  
SĄD REJONOWY DLA KRAKOWA-ŚRÓDMIEŚCIA W KRAKOWIE,  
XII WYDZIAŁ GOSPODARCZY KRAJOWEGO REJESTRU SĄDOWEGO  
Wysokość kapitału zakładowego: 13.450.000 PLN  
Bank Pekao S.A.: 58 1240 4748 1111 0000 4868 3456

technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, skoro Zamawiający ogłoszeniem z dnia 22 lipca 2013 roku, które ukazało się na stronie internetowej w dniu 23 lipca 2013 roku, zmienił przedmiot zamówienia na zaprojektuj i wybuduj oraz nie określił odpowiedniego wydłużonego terminu na przygotowanie projektu, a tym samym nie wydłużył terminów przetargowych i realizacyjnych.

Wobec powyższego Stalprodukt S.A. wnosi o uwzględnienie odwołania, a tym samym:

- nakazanie unieważnienia ogłoszenia,
- nakazanie unieważnienia czynności ogłoszenia w zakresie jakim narusza ono przepisy Ustawy o zamówieniach publicznych,
- nakazanie prawidłowego sformułowania treści SIWZ z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz przepisów ustawy poprzez określenie takich warunków udziału, aby nie faworyzowały one jedynego producenta barier linowych spełniających pierwotne wymagania SIWZ, zwłaszcza w zakresie podziału uczestników na zobowiązanych do sporządzenia projektu, i tego jedynego który ze sporządzenia projektu jest zwolniony z uwagi na zgodność z opisem przedmiotu zamówienia barier linowych o poziomie powstrzymywania L.
- zasądzenie kosztów postępowania od strony przeciwnej.

### Uzasadnienie

Postępowanie Zamawiającego narusza art. 29 ust. 2 i 3 oraz art. 31 ust 2 Ustawy prawo zamówień publicznych.

Jak wskazano w poprzednim odwołaniu Ustawa w art. 29 ust. 2 zawiera wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakazane jest więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Stąd bardzo istotną czynnością Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla Zamawiającego kluczowe znaczenie. Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Zielonej Górze w wyroku z dnia 15 października 2007 r., V Gaz 90/07, "Uprawnieniem Zamawiającego jest bowiem prowadzenie postępowania w celu uzyskania takiego przedmiotu, jaki jest mu dogodny ze względu na posiadane warunki oraz potrzeby i który spełni jego oczekiwania funkcjonalne (...)". Jednocześnie jednak Zamawiający

swobodę precyzowania swoich wymagań ma ograniczoną, w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 11 sierpnia 2006 r., IX Ga 137/06, rozpatrując granice swobody opisu przedmiotu zamówienia, podkreślił: "Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interes Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując SIWZ, Zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy". Wydaje się też, że rozpatrując możliwość ograniczenia uczciwej konkurencji przez dokonanie tendencyjnego opisu przedmiotu zamówienia, nie sposób abstrahować od warunków rynku właściwego dla danych dostaw, usług czy robót budowlanych. Dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego z producentów, z wymienieniem jego certyfikatów, nazw własnych produktów, tak że wszystkie produkty może dostarczyć tylko jeden wykonawca, jest działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję. Warto też podkreślić, że dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami Zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji.

Ustawa, co do zasady, zakazuje też dokonywania opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Dopuszcza jednak posłużenie się wskazaniem znaku towarowego, patentu lub pochodzenia w sytuacjach wyjątkowych - uzasadnionych specyfiką przedmiotu zamówienia, a jednocześnie, gdy Zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, nakładając jednak obowiązek umieszczenia wyrazów "lub równoważny". Wskazanie więc znaku towarowego, patentu lub pochodzenia jest wyjątkiem od reguły i nie powinno być interpretowane rozszerzająco. W każdym przypadku, gdy obiektywnie możliwe jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewymagający wskazania znaku towarowego, Zamawiający powinien się do tego zastosować.

Dokonanie przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia z pominięciem cech obiektywnych przedmiotu świadczenia i w zamian posłużenie się zestawem cech właściwych wyłącznie dla konkretnego wyrobu (produktu, usługi, technologii itd.) co do zasady zawsze będzie utrudniało uczciwą konkurencję. Obecna treść SIWZ w dalszym ciągu wyklucza możliwość zaoferowania produktu innego niż podany w zamieszczonym na stronach internetowych przez Zamawiającego projekcie barier linowych, gdyż Zamawiający powinien

był w treści SIWZ sprecyzować chociażby minimalne parametry, które mają spełnić produkty by mogły być uznane za równoważne.

Parametry te powinny być tak opisane, aby wykonawcy przystępujący do postępowania mieli pełną wiedzę co do tego, w jaki sposób Zamawiający dokona oceny ich ofert i co jednoznacznie przesądzi kwestię równoważności, jak i to czego oczekuje Zamawiający w zakresie właściwości i istotnych cech oferowanego urządzenia. Nadto podkreślić należy, iż samo wskazanie wymaganych typów barier właściwych wyłącznie dla jednego producenta, przy braku podania informacji technicznych, w sytuacji gdy przedmiotem zamówienia jest montaż barier energochłonnych, nie jest wystarczające do przygotowania oferty równoważnej. Treść SIWZ, w tym właśnie zakresie jest bardzo ogólna i wymaga doprecyzowania.

Tymczasem uwzględniając odwołanie Zamawiający dokonał podziału potencjalnych oferentów na tych, którzy zobowiązani są do realizacji przedmiotu zamówienia w trybie zaprojektuj i wybuduj, oraz tego jednego, który od samego początku jako bezkonkurencyjny podmiot spełnia wymagania określone pierwotnie w SIWZ i z tej racji uprawniony jest do złożenia jedynie oferty na wykonanie robót budowlanych. Przy czym Zamawiający:

- nie określił, żadnych wymagań szczególnych, jakim odpowiadać winien projekt, posługując się przy tym wytycznymi określonymi w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego,
- nie wskazał w jaki sposób dokona porównania dwóch różnych przedmiotów zamówienia tj. wybuduj (jedynego) oraz drugiego, zaprojektuj i wybuduj, dla produktów innych niż bariery linowe.

Stworzenie przez Zamawiającego takowego podziału powoduje, że koniecznym jest określenie takich kryteriów wyboru, aby uwzględniały, w przypadku oferentów zobowiązanych do przedłożenia projektu, koszty przygotowania takowego projektu, tak aby ostatecznie oferty te mogły być porównywalne. Zdaniem jednak Odwołującego takich kryteriów wyboru nie sposób sobie nawet wyobrazić. Oferty takie bowiem są nieporównywalne. Tym samy powoduje to uprzywilejowanie oferenta, który jako jedyny spełnia pierwotne wymagania SIWZ, z pokrzywdzeniem tych którzy spełniają jedynie wymagania określone przez Zamawiającego jako równoważne. Konsekwencją tego jest

naruszenie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji przy określeniu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Jednocześnie wyznaczenie obecnie tak krótkiego terminu do złożenia oferty po dokonanej zmianie, stanowi istotne naruszenie przepisów umożliwiając złożenie oferty jedynie podmiotowi, który nie jest zobowiązany do rozpoczęcia prac projektowych. Przy czym Odwołujący zauważa, że sformułowanie w SIWZ jest na tyle ogólne, iż nie wiadomym jest czy oferta ma być już z projektem przedłożona Zamawiającemu, czy projekt ma być dołączony po zawarciu umowy. W tym drugim przypadku koniecznym staje się zatem również wydłużenie terminu wykonania, skoro Zamawiający przewiduje konieczność sporządzenia projektu, który ma być zgodny z Prawem budowlanym. Wątpliwości rodzi także zgodność tego projektu z pozwoleniem na budowę i koniecznością ewentualnego pozyskania zamiennego pozwolenia na budowie na skutek projektu przedłożonego przez oferenta.

Nie bez znaczenia dla powyższych wątpliwości jest okoliczność, iż sposób kotwienia oraz usytuowania barier liniowych i barier stalowych jest zgoła odmienny. Zastosowanie zatem barier stalowych, w miejsce linowych skutkować może koniecznością zmian w projekcie budowlanym, stanowiącym podstawę uzyskania pozwolenia na budowę. To zaś wymaga uzgodnień z autorem projektu, kierownikiem budowy, które na tym etapie postępowania nie są możliwe do zrealizowania.

Stalprodukt S.A. stwierdza jednocześnie, że niezrozumiałym jest stwierdzenie Zamawiającego w zmienionych warunkach SIWZ z 22 lipca 2013, zgodnie z którym "Zamawiający może posługiwać się jedynie istniejącym projektem barier linowych". Stalprodukt S.A. informuje, że Zamawiający na etapie rozstrzygnięcia przetargu na Budowę drogi DK36 i S5 odc. Kaczkowo - Korzeńsko, a także na etapie jego realizacji przez firmę Alpine Bau, dysponował Projektem budowlanym oraz Projektem wykonania barier, który jest zgodny z obowiązującymi przepisami w zakresie stosowania barier.

W 2010 roku Ministerstwo Infrastruktury, mając na uwadze ujednolicenie przepisów w zakresie stosowania barier, wydało stosowne rozporządzenia zmieniające dotychczasowe przepisy, m.in. zmieniające rozporządzenie w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz.U. 2010.65.407) i analogiczne w odniesieniu do warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz.U. 2010.65.408), przepisów techniczno-budowlanych dotyczących autostrad płatnych (Dz.U. 2010.65.409) oraz szczegółowych warunków

technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach (Dz.U. 2010.65.411). Należy zwrócić uwagę, że we wszystkich tych Rozporządzeniach znalazły się zapisy mówiące, że: Do realizacji inwestycji drogowych, dla których przez dzień wejścia w życie niniejszego rozporządzenia zostało rozstrzygnięte postępowanie o udzielenie zamówienia na projekt, wykonawstwo lub projekt i wykonawstwo, stosuje się przepisy dotychczasowe z zastrzeżeniem ust. 2, który mówi o możliwości stosowania nowych przepisów za zgodą Inwestora. Zdaniem Stalprodukt S.A. wprowadzenie przez Zamawiającego projektu zamiennego na barier linowe może spowodować konieczność zmiany projektu budowlanego, a tym samym konieczność uzyskania certyfikacji dla nowego projektu budowlanego, zamiennego pozwolenia na budowę oraz przebudowy już wykonanych robót, czego Zamawiający nie uwzględnia formułując zmodyfikowane warunki zawarte w SIWZ.

Jednocześnie sam Zamawiający w Zarządzeniu Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 23 kwietnia 2010 stwierdza, że Wytycznych nie stosuje się do realizacji inwestycji drogowych, dla których przed dniem wejścia w życie niniejszego Zarządzenia zostało rozstrzygnięte postępowanie o udzielenie **zamówienia na opracowanie projektu budowlanego**, wykonawstwo lub opracowanie projektu budowlanego i wykonawstwo. Ponadto w piśmie z dnia 18 maja 2010 GDDKiA, po konsultacjach z Głównym Urzędem Nadzoru Budowlanego, wyraziła opinię, że w fazie wykonawstwa należy stosować bariery określone w projekcie budowlanym, które zostały dopuszczone do stosowania w budownictwie zgodnie z Ustawą z 16 kwietnia 2010 o wyrobach budowlanych niezależnie od dokumentu odniesienia. W praktyce oznacza to, że można stosować takie same bariery jak w projekcie budowlanym, pod warunkiem posiadania znaku CE, dla którego dokumentem odniesienia zamiast Aprobaty Technicznej, na podstawie której wprowadzano do tej pory bariery do obrotu jest obecnie norma PN:EN1317. Mając na uwadze powyższe przepisy Zamawiający nie może więc stwierdzać, że projekt barier linowych, którym dysponuje jest jedynym, którym w chwili obecnej może się posługiwać, gdyż dysponuje również Projektem budowlanym z etapu przetargu na budowę drogi 36 i S5 odc. Kaczkowo - Korzeńsko.

Stalprodukt S.A. wskazuje zatem, iż dopiero po wyjaśnieniu tych wątpliwości oraz prawidłowym określeniu przedmiotu zamówienia z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji Zamawiający będzie gotowy do przeprowadzenia przetargu. Obecne próby jego przeprowadzenia w zakresie dotychczasowym w istotny sposób zmierzają jedynie do tego, aby prace były kontynuowane przez dotychczasowych Wykonawców, a to stanowi nie tylko

naruszenie przepisów Ustawy o zamówieniach publicznych, ale narusza normy prawa karnego oraz przepisy prawa europejskiego.

Mając na uwadze powyższe wnosimy jak na wstępie.

**Stalprodukt S.A. / Stalprodukt S.A.**  
Prezes Zarządu      Członek Zarządu  
Dyrektor Generalny      Dyrektor Marketingu  
.....  
(podpis Odwołującego)  
mgr inż. Piotr Janeczek      mgr inż. Józef Ryszka

Wykaz załączników:

- 1) odpis z KRS
- 2) dowód opłaty
- 3) dowód nadania kopii odwołania Zamawiającemu

## Szczegóły operacji

w systemie bankowości internetowej PekaoBIZNES<sup>24</sup>

### Dane właściciela rachunku

Nazwa właściciela	STALPRODUKT SA	Adres właściciela	UL. WYGODA 69, 32-700 BOCHNIA
Rachunek właściciela	58 1240 4748 1111 0000 4868 3456		

### Dane kontrahenta/zleceniodawcy

Nazwa	Krajowa Izba Odwoławcza	Adres	--- Warszawa
Rachunek	60 1010 1010 0081 3622 3100 0000		

### Szczegóły operacji

Data waluty	25.07.2013
Data księgowania	25.07.2013 15:54:14
Kwota	-10 000,00 PLN
Tytuł operacji	dot. wniosku o dokonanie kontroli p ostep. - MSD/4812/r/855/2013
Typ operacji	Obciążenie
Kod operacji	7750
Opis kodu operacji	PRZELEW INTERNET M/B
Referencje banku	1700725607303975

Data wystawienia 25.07.2013 15:54

Strona 1/1

W rozliczeniach transgranicznych należy używać numeru rachunku IBAN oraz kodu BIC.

Numer IBAN tego rachunku: PL68 1240 4748 1111 0000 4868 3456. Kod BIC Banku Pekao SA: PKOPPL33.

Bank Polska Kasa Opieki Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 53/57 wpisany do rejestru KRS: 000004643 do Rejestru Przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego; NIP: 523-00-06 841; wysokość kapitału zakładowego: kapitału wpłaconego: 262 476 034 złotych, według stanu na dzień 28 grudnia 2012 r.

Dokument sporządzony elektronicznie na podstawie Art. 7 ust. 1 i 2 Ustawy Prawo bankowe, Art. 60 kc, Art. 20 ust. 2 i 5 Ustawy o rachunkowości. Nie wymaga stempla i podpisu.