Sygn. akt KIO 1951/21

WYROK
z dnia 26 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Magdalena Grabarczyk
Protokolant:Klaudia Kwadrans
Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 2 i 25 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 czerwca 2021 r. przez wykonawcę TAMEX Obiekty Sportowe S.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Cieszyn w Cieszynie

przy udziale wykonawcy BSG Sp. z o.o. w Zgierzu, wykonawcy I. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S. w Dąbrowie Górniczej, wykonawcy Solid-Stet Sp. z o.o. Sp. k. w Szczecinie zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża TAMEX Obiekty Sportowe S.A. w Warszawie i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez TAMEX Obiekty Sportowe S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od TAMEX Obiekty Sportowe S.A. w Warszawie na rzecz Gminy Cieszyn w Cieszynie kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:……

Sygn. akt KIO 1951/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Cieszyn w Cieszynie– prowadzi w trybie podstawowym na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 11129), dalej jako: „ustawa" lub „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie modernizacji stadionu miejskiego przy al. Łyska w Cieszynie. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP 00093898/01 24 czerwca 2021 r. Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne.
29 czerwca 2021 r. wykonawca TAMEX Obiekty Sportowe S.A. wniósł odwołanie wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej jako: „SWZ". Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1-3 Pzp oraz art. 17 ust 1 Pzp w związku z art. 99 ust. 1 i 4 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia, dalej jako: „OPZ", bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty co doprowadziło do uprzywilejowania wykonawców posiadających licencję na nawierzchnię sportową TETRAPUR ENZ III M oraz do wyeliminowania niektórych wykonawców (w tym odwołującego), posiadających licencję na inną nawierzchnię sportową, która spełnia uzasadnione potrzeby zamawiającego. Wskutek powyższego zamawiający określił wymagania OPZ w sposób, który narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie odzwierciedla minimalnych poziomów, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości;
2. art. 16 pkt 1-3 Pzp oraz art. 17 ust 1 Pzp w związku z 99 ust. 6 Pzp przez pozorne dopuszczenie możliwości zaoferowania produktów równoważnych do nawierzchni sportowej TETRAPUR ENZ III M, gdyż żądanie wykazania spełnienia wymagań OPZ, charakterystycznych tylko dla nawierzchni TETRAPUR ENZ III M nie umożliwia faktycznie zaoferowania żadnej innej, równoważnej nawierzchni sportowej, co świadczy o tym, że zamawiający faktycznie zaniechał wskazania kryteriów równoważności w SWZ. Wskutek powyższego zamawiający określił wymagania równoważności w sposób, który narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie odzwierciedla minimalnych poziomów, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu, aby:

1. zmienił treść ogłoszenia o zamówieniu i SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania;
2. dokonaną zmianę ogłoszenia o zamówieniu i SWZ przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SWZ, oraz zamieścił zmianę ogłoszenia o zamówieniu i SWZ na stronie internetowej, na której ogłoszenie o zamówieniu lub SWZ są udostępniane;
3. przesunął termin składania odwołania o niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie opracowanie oferty.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że w Załączniku 7a do SWZ „Dokumentacja projektowa", w katalogu „Projekt architektonicznobudowlany", w dokumencie „PAB Opis Techniczny", w ust. 7.6 BIEŻNIA LEKKOATLETYCZNA KONKURENCJE SPORTOWE lit. a) (str. 61) zamawiający ustalił, że nawierzchnia powinna spełniać parametry mieszczące się w opisanych przedziałach zgodnie z wymaganiami IAAF. Zamawiający wskazał m.in. parametr wydłużenie względne przy zerwaniu [%l o wartości 80-130 oraz parametr tarcie (poślizg), skala TRRL o wartości 58 – 65.
Odwołujący zarzucił, że warunki dotyczące tych parametrów oraz wymagania ust. 3.6.1. SWZ), aby nawierzchnia posiadała:

a) aktualny certyfikat IAAF (Product Certificate),
b) aktualny Atest Higieniczny PZH lub dokument równoważnej instytucji z państwa członkowskiego Unii Europejskiej/EFTA,

c)kompletny raport z badań wykonanych przez niezależne akredytowane przez IAAF laboratorium, wydany w celu uzyskania certyfikatu produktowego IAAF, potwierdzający wymagane przez Zamawiającego parametry techniczne nawierzchni wyszczególnione w dokumentacji projektowej, d) kompletny raport z badania na zgodność z normą PN-EN 14877:2014-02, potwierdzające pozostałe niewyszczególnione powyżej parametry,

d)autoryzacja producenta oferowanej nawierzchni sportowej wydana wykonawcy i dotycząca przedmiotowego zadania, wraz z potwierdzeniem gwarancji, f) karta techniczna oferowanego systemu, potwierdzająca technologię jej wykonania, potwierdzona przez producenta,

e)g) aktualny dokument potwierdzający wdrożenie przez producenta nawierzchni systemu zarządzania kontrolą jakości, zgodnie z EN ISO 9001,

f)h) kompletny raport z badań, potwierdzający trudno zapalność nawierzchni wg normy PN - EN 13501,

g)kompletny raport z badań potwierdzający bezpieczeństwo ekologiczne oraz zawartość pierwiastków chemicznych, spełniającą wymagania stosownych norm, wydany przez niezależne laboratorium posiadające akredytację (uprawnienia do prowadzenia takich badań),

h)certyfikat IAAF Class 1 lub Class 2 dla co najmniej jednego obiekt wykonanego z oferowanego systemu nawierzchniowego

powodują, że może być zaoferowany tylko jeden produkt na rynku: TETRAPUR ENZ III M firmy BSG sp. z o.o. z siedzibą w Zgierzu.

Odwołujący wywiódł, że w ramach żądanego systemu FULL PUR oferuje nawierzchnię światowej jakości: CONIPUR marki CONICA AG o parametrach wydłużenia względnego przy zerwaniu [%] - 62 i tarcie (poślizg) [skala TRRL] - 53. Wskazał, że w odniesieniu do parametrów technicznych nawierzchni sportowej „lepszy" nie oznacza każdorazowo parametru „wyższego" lub „niższego". Te optymalne zakresy dobierane są indywidualnie do danego parametru technicznego, a najlepsze nawierzchnie charakteryzują się łącznym spełnieniem parametrów określonych przez wskazanie optymalnego zakresu. Kluczowym jest również to, iż parametry trzeba oceniać łącznie, bo oddziaływają na siebie nawzajem. Grubsza nawierzchnia jest automatycznie cięższa i przez to może być na przykład zbyt „twarda" lub zbyt „miękka", skutkiem czego również jej parametry takie jak: „odkształcenie pionowe", „wytrzymałość na rozciąganie" czy „wydłużenie w chwili zerwania" będą nie do zaakceptowania, gdyż nie będą stwarzały optymalnych warunków dla osiągania rekordów. To doświadczenie producenta, jego badania, stan zdrowia zawodników ćwiczących na danej nawierzchni (ilość kontuzji, których doświadczają zawodnicy), determinują, że użycie określonej technologii w danej nawierzchni FULL PUR prowadza do uzyskania łącznego zbioru parametrów technicznych, które przekładają się na wyższą jakość nawierzchni.

Odwołujący podkreślił, że o wyższej jakości nawierzchni sportowej CONIPUR M nad nawierzchnią TETRAPUR ENZ I M świadczy fakt, że na nawierzchniach sportowych marki CONICA AG, w tym również nawierzchni sportowej CONIPUR M, odbyło się bardzo wiele mityngów międzynarodowych, zgłoszonych do kalendarza rozgrywek World Athletics lub European Athletics: lekkoatletyczne mistrzostwa Europy lub mistrzostwa świata lub zawody w ramach igrzysk olimpijskich. Natomiast na nawierzchniach sportowych firmy BSG sp. z o.o., w szczególności na nawierzchni sportowej TETRAPUR ENZ III M, nie odbył się żaden mityng międzynarodowy, zgłoszony do kalendarza rozgrywek World Athletics lub European Athletics. Fakt ten nie wynika z krótkiego operowania BSG sp. z o.o. na rynku - jak podaje producent ten na swojej stronie, jest to firma z 25 letnim doświadczeniem w produkcji poliuretanów. O najwyższej jakości CONIPUR M świadczy również fakt, że to na tej nawierzchnie FULL PUR najczęściej są bite rekordy i to w różnych dziedzinach lekkoatletyki. Również fakt, że najlepsi polscy lekkoatleci napisali manifest zawodniczy do Polskiego Związku Lekkiej Atletyki (dalej: „PZLA"), w którym wnoszą, aby w ramach systemu FULL PUR na stadionach o randze krajowej i międzynarodowej oraz obiektach treningowych, PZLA wyrażała zgodę właśnie na nawierzchnie CONIPUR M, świadczy, że to nawierzchnia CONIPUR M jest liderem w swym segmencie.Odwołujący żądał zmiany Załącznika 7a do SWZ ust. 7.6 BIEŻNIA lit. a) przez wskazanie parametru wydłużenia względnego przy zerwaniu [%]o wartości 62 -130 i parametru tarcie (poślizg) [skala TRRL] o wartości 53 - 65

Kolejno odwołujący podniósł, że w pkt 2 ust. 3.6. SWZ „Przedmiotowe środki dowodowe" zamawiający wskazał, że: „W przypadku, gdy Wykonawca zaoferuje urządzenia, wyroby lub rozwiązania równoważne, zobowiązany jest do ich wskazania w ofercie oraz załączyć do oferty dowody potwierdzające równoważność a tym samym, że spełniają one wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia. Dokumentami tymi mogą być w szczególności karty techniczne, karty katalogowe lub inne dokumenty". Zarzucił, że cytowany ustęp stanowi całą regulację w zakresie równoważności, którą zawarł zamawiający w SWZ i żądał dodania do cytowanego postanowienia SWZ kolejnego zdania w brzmieniu: „W odniesieniu do parametrów nawierzchni sportowej, Zamawiający dopuszcza zaoferowanie produktu równoważnego do opisanego w SWZ, przez co rozumie nawierzchnię zbudowaną w systemie FULL PUR, na której były przeprowadzane następujące mityngi międzynarodowe zgłoszone do kalendarza rozgrywek World Athletics lub European Athletics: lekkoatletyczne mistrzostwa Europy lub mistrzostwa świata lub zawody w ramach igrzysk olimpijskich, co wykonawca zobowiązany jest udowodnić, w drodze złożenia wraz z ofertą stosownych potwierdzeń."

Odwołujący wskazał, że zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 31 sierpnia 2021. Podniósł, iż tak ustalony termin składania ofert jest zbyt krótki. Wyznaczony termin nie uwzględnia, że po zmodyfikowaniu kwestionowanych ustępów OPZ oraz kryterium równoważności, treść ogłoszenia o zamówieniu i SWZ tak znacznie się zmienią, że konieczne będzie ponowne, kompleksowe przeanalizowanie własnych zasobów w celu weryfikacji spełnienia nowego OPZ oraz dodane kryterium równoważności. Odwołujący wniósł o dokonanie modyfikacji postanowień ogłoszenia o zamówieniu i treści SWZ przez wydłużenie terminu składania ofert o co najmniej 15 dni, liczonego od czasu uwzględnienia odwołania w całości lub od czasu ogłoszenia orzeczenia KIO, jako czasu niezbędnego do rzetelnego przygotowania i złożenia oferty.

Wykonawca BSG Sp. z o.o. w Zgierzu, wykonawca I. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S. w Dąbrowie Górniczej oraz wykonawca Solid-Stet Sp. z o. o. Sp. k. w Szczecinie zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Wszyscy wykonawcy zachowali termin ustawowy oraz obowiązek przekazania stronom kopii przystąpienia. Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i rozpoznała je na rozprawie. Odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska, zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W związku z koniecznością

odroczenia rozprawy Izba wyznaczając termin odroczonej rozprawy zobowiązała strony i uczestników do zajęcia stanowisk na piśmie i przekazania pism odpowiednio stronom lub uczestnikom. Zamawiający i wykonawcy przystępujący po jego stronie wykonali zarządzenie. Odwołujący, któremu został wyznaczony najdłuższy termin, umożliwiający odniesienie się do stanowisk przeciwników w sporze, nie wykonał zarządzenia.

Izba ustaliła, co następuje:

Treść wymagań zamawiającego zawartych w OPZ została powołana przez odwołującego zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy, zatem ich ponowne przytaczanie w uzasadnieniu jest zbędne. Okoliczności faktyczne istotne dla rozpoznania zarzutów wymagają jednak uzupełnienia.
W pkt 3 OPZ zamawiający wskazał przeznaczenie obiektu budowlanego. Ustalił, że planuje wykonanie bieżni kategorii VA wraz z niezbędnymi urządzeniami lekkoatletycznymi: można będzie na niej przeprowadzać Mistrzostwa Polski i mityngi ogólnopolskie w wybranych konkurencjach, zawody okręgowe, lokalne i szkolne. Wymiary boiska piłkarskiego dopuszczają rozgrywanie zawodów piłki nożnej o mistrzostwo III ligi. Obiekt służył będzie społeczności miasta Cieszyn w tym miejscowym klubom sportowym.

Zamawiający w Załączniku nr 7 do SWZ Opis przedmiotu zamówienia - część ogólna - II. Wymagania w zakresie równoważności ustalił, że tam, gdzie w dokumentacji przetargowej został wskazany znak towarowy (marka), producent, dostawca, patent, źródło lub szczególny proces, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczone przez konkretnego wykonawcę lub nastąpiło wskazanie norm, europejskich specyfikacji technicznych, wspólnych specyfikacji technicznych lub innych odniesień, o których mowa w art. 99 ust. 4 lub art. 101 ust. 1 pkt 2 lub ust. 3 Pzp, zamawiający zgodnie z art. 99 ust. 5 ustawy dopuszcza złożenie oferty równoważnej lub zgodnie z art. 101 ust. 4 ustawy zaoferowanie rozwiązań równoważnych w stosunku do wskazanych w dokumentacji pod warunkiem, że zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w dokumentacji oraz będących zgodne pod względem cech wymienionych przez zamawiającego w tym postanowieniu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp.

Art. 555 Pzp stanowi, że Izba nie może rozpoznać zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu. W związku z tym Izba nie uwzględniła podnoszonej przez odwołującego kwestii ograniczenia konkurencji przez połączenie kwestionowanych parametrów OPZ z warunkiem udziału w postępowaniu. Odwołujący w czasie rozprawy zarzucił, że te wymagania mogą być spełnione wyłącznie przez I. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S. w Dąbrowie Górniczej. Przypomnieć należy, że zarzut w postępowaniu odwoławczym tworzy zespół okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, które odwołujący wskazuje we wniesionym odwołaniu. Zarzuty wskazane w badanym odwołaniu nie odnosiły się do warunku udziału w postępowaniu, zatem w czasie rozprawy odwołujący wykreował nowy zarzut przekraczający granice sporu wyznaczone w odwołaniu. Z tych samych względów Izba nie uwzględniła podniesionych w trakcie rozprawy nowych zarzutów dotyczących braku możliwości złożenia oferty wskazującej nawierzchnię MONDO, przygotowania postępowania, w tym zmian projektu, zakresu uzgodnień z PZLA oraz niezgodności OPZ z projektem uzgodnionym z PZLA. Dostrzec też trzeba ponadto, że odwołanie zostało wniesione wobec konkretnych postanowień SWZ, a zgodnie z art. 513 pkt 1 Pzp kognicją Izby jest objęta wyłącznie ocena ich treści pod kątem zgodności z przepisami ustawy. Odwołujący w istocie domagał się oceny czynności zamawiającego w zakresie kompetencji PZLA, co jest niedopuszczalne.

Izba rozpoznała zatem odwołanie w granicach wyznaczonych jego zarzutami i zważyła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1-3 Pzp oraz art. 17 ust 1 Pzp w związku z art. 99 ust. 1 i 4 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Zamawiający formułując wymagania OPZ nie naruszył art. 99 ust. 1 Pzp. Przepis ten stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający jednoznacznie, zrozumiale i dokładnie ustalił swoje wymagania w zakresie zamawianej nawierzchni mając na uwadze przeznaczenie stadionu opisane przez siebie w pkt 3 OPZ jako obiektu ogólnodostępnego dla mieszkańców Gminy Cieszyn oraz przeprowadzania zawodów o randze krajowej.

Dokonany opis nie narusza również art. 99 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się, w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. Z powołanego przepisu wynika, że opisane przez zamawiającego cechy przedmiotu zamówienia powinny być związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego celów. W pkt 3 OPZ zamawiający opisał przeznaczenie zamawianego stadionu dla społeczności miasta Cieszyn oraz miejscowych klubów sportowych. Zamawiany stadion nie jest zatem obiektem przeznaczonym do przeprowadzania zawodów wysokiej rangi, sprzyjającym osiąganiu rekordów. Zamawiający wskazał bowiem, że na stadionie mogą być rozgrywane Mistrzostwa Polski i mityngi ogólnopolskie i to jedynie w wybranych konkurencjach, zawody okręgowe, lokalne i szkolne. Wymiary boiska piłkarskiego dopuszczają rozgrywanie zawodów piłki nożnej o mistrzostwo III ligi. Już to postanowienie SWZ czyni zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy całkowicie chybionym. Wywody zawarte w odwołaniu zmierzają do nakłonienia zamawiającego i Izby do dopuszczenia nawierzchni przeznaczonej dla profesjonalistów, na której trenować mogą biegacze najlepsi w kraju, oraz na której mogą być bite rekordy i przeprowadzane zawody o randze międzynarodowej, co nie jest objęte zamiarem zamawiającego. Zamawiający zamierza bowiem zaspokoić interes lokalnej społeczności przez stworzenie warunków do aktywności fizycznej i w przeważającym zakresie – amatorskiego uprawiania sportu. Zamawiający, chce bowiem wybudować stadion najniższej kategorii, nie spełniający warunków do przeprowadzania zawodów o randze międzynarodowej.

Zgodnie z art. 99 ust. 4 przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego

procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Przypomnieć należy, że podstawowym celem zamówień publicznych jest zaspokajanie uzasadnionych potrzeb zamawiającego, a w znaczącej części postępowań również pośrednio zaspokajanie potrzeb szerszej zbiorowości. Zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w art. 16 Pzp mają sprzyjać temu, aby te potrzeby były zaspokojone w jak najwyższym stopniu, czemu sprzyja uczciwe konkurowanie wykonawców o zamówienie. Wskazany cel zamówień publicznych nie jest więc spełniony wtedy, gdy zamawiający dopuszcza złożenie oferty z każdym produktem rodzajowo podobnym do opisanego przez siebie w SWZ, aby umożliwić udział w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym w danym obszarze rynku. Jeśli nieuchronne ograniczenie konkurencji wynikające z precyzyjnego opisu swoich wymagań przez zamawiającego będzie uzasadnione zasady udzielania zamówień publicznych nie doznają uszczerbku. Każde wymagań zamawiającego w większym lub mniejszym stopniu ogranicza konkurencję, jednak tak długo, jak wymagania te są podyktowane obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a ich celem nie jest jedynie zawężenie kręgu wykonawców mogących je wykonać, zamawiający jest uprawniony do ich sformułowania. Pogląd ten ukształtowany został w orzecznictwie Izby na gruncie art. 29 ust. 1 i 2 dawnego Pzp, jest dobrze ugruntowany w orzecznictwie i zachowuje aktualność pod rządami art. 99 Pzp (*vide* przykładowo wyroki w sprawach KIO 802/20, KIO 1592/20, KIO 1873/20, KIO 2041/20, KIO 71/21, KIO 350/21).

W okolicznościach sprawy zamawiający dopasował zamówienie do swoich obiektywnych potrzeb oraz przy wsparciu wykonawców przystępujących po swojej stronie uzasadnił i wykazał, że wyższy poziom kwestionowanych parametrów gwarantuje mu większą użyteczność i trwałość. Zasada przejrzystości nie doznała zatem w żaden sposób uszczerbku. Przedmiot zamówienia powinien odpowiada potrzebom zamawiającego. W konsekwencji sporne parametry nie stanowią w badanym postępowaniu o ograniczeniu konkurencji, uprzywilejowaniu danego wykonawcy, lecz mają na celu uzyskanie przez zamawiającego nawierzchni odpowiadającej jej przeznaczeniu opisanym w OPZ. Odwołujący nie przedstawił dowodu na twierdzenie przeciwne. Ponadto, jak wynika z ustaleń dokonanych w czasie rozprawy na rynku istnieją dwie nawierzchnie spełniające wymagania zamawiającego TETRAPUR III/M oraz produkowana przez INTERCHEMOL S.A. Dowody w tym zakresie przedstawił przystępujący, zostały one potwierdzone również zeznaniami świadka. Ponieważ zarzut odwołania sprowadzał się do twierdzenia, że istnieje wyłącznie jeden produkt spełniający wymagania zamawiającego zarzut tym bardziej należy uznać za chybiony.

Na gruncie zasad logiki i doświadczenia życiowego nie budzi wątpliwości, że cechy produktów przeznaczonych do amatorskiego uprawiania sportu są inne od produktów przeznaczonych do profesjonalnego uprawiania sportu. Okoliczność tę potwierdzają dowody licznie przedstawione przez odwołującego. Nie wynika z nich – jak chciałby odwołujący – naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy oraz ograniczenie konkurencji, lecz przeciwnie – potwierdzenie stanowiska zamawiającego. Gdyby bowiem nawierzchnia produkcji BSG lub INTERCHEMOL miała taką samą wartość dla możliwości osiągania rekordowych wyników podczas zawodów międzynarodowych, zawodnicy i trenerzy nie domagaliby się możliwości korzystania z obiektów z nawierzchnią CONIPUR.

W ocenie Izby zamawiający i przystępujący po jego stronie wywiedli i udowodnili, że parametry wydłużenia względnego przy zerwaniu [%] o wartości 80-130 i parametru tarcie (poślizg) [skala TRRL]o wartości 58 - 65 są uzasadnione przeznaczeniem obiektu. Oba parametry mają znaczenie dla trwałość nawierzchni oraz bezpieczeństwa użytkowania. Właściwości mechaniczne tj. wytrzymałość na rozciąganie i wydłużenie w chwili zerwania, odpowiadają za trwałość nawierzchni syntetycznych i ich odporność na uszkodzenia. Wyższa wartość oporu poślizgu zapewnia lepszą przyczepność obuwia do nawierzchni i minimalizuje ryzyko poślizgnięcia, a w konsekwencji urazu. Zatem intensywność użytkowania oraz uniwersalność nawierzchni zdeterminowały aspekt doboru parametrów.

Zastosowanie wyższych parametrów wytrzymałościowych zwiększy żywotność nawierzchni oraz zabezpieczy samą nawierzchnię w przypadku użytkowania jej przez osoby w obuwiu specjalistycznym, w tym z użyciem kolców dłuższych niż dopuszczalna długość. Natomiast zastosowanie wyższych parametrów tarcia zmniejszy możliwość poślizgu w przypadku korzystania z bieżni przez osoby nie posiadające obuwia specjalistycznego.

Również całkowicie chybiony jest zarzut zaniechania przez zamawiającego dokonania opisu rozwiązania równoważnego. Wbrew twierdzeniom odwołującego zamawiający dokonał tego opisu w Załączniku nr 7 do SWZ Opis przedmiotu zamówienia - część ogólna - II. Wymagania w zakresie równoważności. Ta konstatacja jest wystarczająca do oddalenia odwołania, ponieważ odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1-3 Pzp oraz art. 17 ust 1 Pzp w związku z 99 ust. 6 Pzp wynikające z braku stosownej regulacji. Ponadto Izba dostrzegła, że odwołujący w zakresie tego zarzutu nie żąda zmiany OPZ przez wskazanie cech jakościowych, które znajdą potwierdzenie w dokumentach technicznych, lecz wskazuje na zastosowanie nawierzchni. Odwołujący za rozwiązanie równoważne uznaje więc nawierzchnię zbudowaną w systemie FULL PUR, na której były przeprowadzane następujące mityngi międzynarodowe zgłoszone do kalendarza rozgrywek World Athletics lub European Athletics: lekkoatletyczne mistrzostwa Europy lub mistrzostwa świata lub zawody w ramach igrzysk olimpijskich, podczas gdy – jak było to już wskazane wcześniej – zamawiający buduje stadion ogólnodostępny przeznaczony dla swoich mieszkańców oraz przeprowadzania zawodów krajowych w wybranych dyscyplinach.

W konsekwencji Izba uznała, że celem odwołania nie jest usunięcie niezgodności SWZ z przepisami ustawy. Odwołujący zmierza do wykreowania nowych potrzeb zamawiającego – posiadania ogólnodostępnego lokalnego stadionu z nawierzchnią przeznaczoną do odbywania zawodów wysokiej rangi międzynarodowej takich jak: lekkoatletyczne mistrzostwa Europy lub mistrzostwa świata lub zawody w ramach igrzysk olimpijskich, po to, aby następnie zaspokoić te potrzeby posiadanym przez siebie produktem. Takie działanie nie odpowiada prawu.

W konsekwencji oddalenia zarzutów odwołania brak jest podstaw do nakazania zmiany terminu składania ofert, czego domagał się odwołujący.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 574 Pzp uwzględniając wynikającą z art. 575 Pzp zasadę ponoszenia kosztów stosownie do odpowiedzialności za wynik postępowania. W rozpoznawanej sprawie stroną odpowiedzialną w całości za wynik postępowania był odwołujący. Uwzględniono koszt wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł stosownie do § 7 ust. 2 pkt 1 oraz § 7 ust. 6 rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca:.....