

WYROK

z dnia 14 grudnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2021 roku przez wykonawcę BSG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zgierzu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Sławno

przy udziale:

A. I. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą S. I. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT ul. Podlesie 17 41-303 Dąbrowa Górnicza zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3466/21 po stronie odwołującego,

B. TAMEX Obiekty Sportowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3466/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) w części dotyczącej parametru nawierzchni „wytrzymałość na rozciąganie”,

2. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu zmianę opisu przedmiotu zamówienia określonego w specyfikacji warunków zamówienia poprzez:

2.1. zmianę parametrów nawierzchni w zakresie: „wydłużenia w chwili zerwania”

na wartości w przedziale: 43 - 46 %,

2.2. zmianę określenia parametru „wydłużenie w chwili zerwania” na „wydłużenie podczas zerwania”,

2.3. zmianę parametrów nawierzchni w zakresie „współczynnik tarcia TRRL” na wartości w przedziale: 50 - 60,

2.4. usunięcie wymaganych parametrów nawierzchni w zakresie: wytrzymałości na rozdzieranie (N); współczynnik tarcia kinetycznego dla nawierzchni suchej i mokrej; twardość Shore'a typ A; odporność na zmienne cykle hydrometryczne: zmiana masy po badaniu (%), zmiana wytrzymałości na rozciąganie (%), zmian wydłużenia przy zerwaniu (%); ścieralność aparatem Stuttgart (mm); zmiany wymiarów po działaniu podwyższonej temperatury 60⁰ C jako nieaktualnych i nieobowiązujących,

2.5. usunięcie wymogu posiadania dla oferowanej nawierzchni Certyfikatu IAAF Clas 1

dla obiektów wykonanych w Europie z oferowanego systemu nawierzchniowego.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Miasto Sławno i :

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez BSG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zgierzu tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od zamawiającego - Miasta Sławno na rzecz odwołującego BSG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zgierzu kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w

terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3466/21

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Sławno prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn: „Remont i przebudowa stadionu miejskiego w Sławnie - obiekt certyfikowany”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym bez negocjacji o wartości zamówienia nie przekraczającej progów unijnych o jakich stanowi art. 3 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) - dalej „Pzp” lub „ustawa”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP 00282249/01 w dnia 24 listopada 2021 r.

W dniu 29 listopada do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę BSG Spółka z o.o. z siedzibą w Zgierzu zwanego dalej „Odwołującym”, wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- sporządzeniu SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję poprzez taki dobór parametrów granicznych, który uniemożliwia złożenie oferty z nawierzchnią lekkoatletyczną produkcji Odwołującego, jednocześnie naruszając zasadę udzielania zamówienia publicznego zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia,
- sporządzeniu SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (we wskazanych w odwołaniu parametrach) w sposób, który umożliwia zaoferowanie wyłącznie nawierzchni jednego producenta tj. CONICA AG - produkt CONIPUR SW bez uzasadnienia obiektywnymi względami techniczno-użytkowymi,
- sporządzeniu SWZ z uwzględnieniem:
 - wymaganych parametrów nawierzchni niezgodnych z aktualnymi Normami i wymaganiami World Athletics (dawn. IAAF), wraz z wymogiem przeprowadzenia badań nawierzchni w tym zakresie i potwierdzenia ich stosownym raportem,
 - wymogu posiadania odnośnie oferowanej nawierzchni Certyfikatu IAAF Class 1 dla obiektów wykonanych w Europie z oferowanego systemu nawierzchniowego,

o czym Odwołujący dowiedział się z udostępnionej przez Zamawiającego w dniu 24.11.2021r. dokumentacji postępowania.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego, Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy Prawa zamówień publicznych:

W zakresie parametrów granicznych opisu przedmiotu zamówienia:

1) naruszenie art. 16 pkt 1 i 3 Pzp tj. obowiązku przygotowania Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz proporcjonalny w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia (kwestionowane parametry i wymagania przedstawione w uzasadnieniu odwołania),

2) naruszenie art. 17 ust 1 oraz 2 Pzp poprzez zastosowanie w postępowaniu parametrów granicznych nie zapewniających najlepszej jakości, uzasadnionej charakterem zamówienia i nie prowadzących do uzyskania najlepszych efektów zamówienia

w stosunku do poniesionych nakładów,

3) naruszenie art. 99 ust 2 Pzp poprzez sporządzenie SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający i ograniczający uczciwą konkurencję, poprzez taki dobór parametrów, które uniemożliwiają złożenie Odwołującemu oferty (bądź zaoferowanie systemu nawierzchni którego jest producentem), która nie podlegałaby odrzuceniu,

4) naruszenie art. 99 ust 4 Pzp - poprzez opisanie parametrów granicznych w odniesieniu do nawierzchni typu Full Pur w sposób zbieżny w skutkach z użyciem w opisie zamówienia nazwy własnej systemu nawierzchni CONIPUR SW firmy CONICA AG,

5) naruszenie art. 99 ust 2, 4 Pzp oraz 101 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez sformułowanie wymogów dotyczących części parametrów nawierzchni potwierdzonych raportem

z badań (wyspecyfikowane w uzasadnieniu odwołania) w sposób niezgodny z aktualnymi normami i wymaganiami WA (dawn. IAAF) i ograniczającym konkurencyjność,

6) naruszenie art. 99 ust 2 oraz 4 Pzp poprzez sformułowanie wymogu posiadania odnośnie oferowanej nawierzchni Certyfikatu IAAF Class 1 dla obiektów wykonanych w Europie z oferowanego systemu nawierzchniowego zgodnego z żadaną grubością nawierzchni bieżni,

co przy uwzględnieniu treści SWZ powoduje brak możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie w celu uzyskania zamówienia, oferując nawierzchnię systemu Tetrapur IIS produkcji Odwołującego.

Sposób sformułowania kwestionowanych parametrów ograniczył, a praktycznie wykluczył, możliwość konkurowania przez wykonawców oferowanymi produktami, poprzez całkowitą dyskryminację nawierzchni systemu Tetrapur IIS produkcji BSG choć nawierzchnia ta jest co najmniej równoważna, a w wielu parametrach lepsza niż

faworyzowany system CONICA.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty na podstawie art. 554 ust. 1 i 3 Pzp Odwołujący wniósł o :

- merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego Odwołania,
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,

a także o:

- zmianę opisu przedmiotu zamówienia w SWZ w sposób umożliwiający zaoferowanie nawierzchni systemu Tetrapur IIS produkcji BSG (zakres żądań odwołania zgodny z uzasadnieniem odwołania),
- zmianę opisu przedmiotu zamówienia w SWZ w zakresie parametrów technicznych nawierzchni nieaktualnych i nieobowiązujących poprzez ich usunięcie,
- usunięcie wymogu posiadania dla oferowanej nawierzchni Certyfikatu IAAF Class 1 dla obiektów wykonanych w Europie z oferowanego systemu nawierzchniowego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany zarówno udzieleniem mu

przedmiotowego zamówienia jak również możliwością zaoferowania przez innych

wykonawców zamówienia systemu nawierzchni której jest producentem.

W sytuacji, gdy treść SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia odnosząca się do nawierzchni została sformułowana w sposób sprzeczny z ustawą Pzp, w szczególności, gdy Zamawiający wadliwie sformułował wymagania, Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia, analogicznie jak niemożliwe jest oferowanie w postępowaniu systemu produkcji BSG przez innych wykonawców.

Kwestionowane w odwołaniu postanowienia SWZ, pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach. Powyższe dowodzi istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Ponadto Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę bowiem gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, tj. prawidłowo sformułował treść SWZ, w szczególności w zakresie parametrów granicznych i pozostałych kwestionowanych odwołaniem wymagań możliwe byłoby złożenie oferty przy zastosowaniu systemu nawierzchni produkcji BGS i realne konkutowanie. Poprzez wskazane powyżej czynności, Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia a także ew. możliwości uzyskania przychodów z zaoferowania w postępowaniu przez innych wykonawców nawierzchni jego produkcji. Zamawiający doprowadził bowiem do sytuacji, w której Odwołujący nie jest w stanie złożyć oferty ani nie może być zaoferowany w postępowaniu jego system nawierzchni, która ma szanse konkurować z systemem CONICA pomimo pełnej równoważności parametrów tak jakościowych jak i technicznych.

Podkreślenia wymaga także, że zgodnie z art. 505 ust 1 Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Wskazać wreszcie należy, że zgodnie z art. 7 pkt 30 Pzp status wykonawcy przysługuje w szczególności osobie prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót

budowlanych

lub dostawę produktów objętych przedmiotem zamówienia.

W konsekwencji nie budzi wątpliwości, że interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym Postępowaniu doznał więc uszczerbku, tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z Zamawiającym. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wskazuje nadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Przedmiotem zamówienia jest „Remont i przebudowa stadionu miejskiego w Sławnie - obiekt certyfikowany”. Przedmiot zamówienia obejmuje m.in.:

- 1) remont boiska piłkarskiego o wymiarach 105,0 x 68,0 m polegający na wymianie

murawy na murawę z trawy naturalnej,

2) przebudowę bieżni okrężnej 400 metrowej o promieniu konstrukcyjnym łuku 36,5m i promieniu pomiarowym 36,8m wokół głównej płyty stadionu. Bieżnia 4 torowa na bieżni okrężnej oraz 6 torów bieżni prostej o dł. 110m.

3) Oznakowanie bieżni (malowanie stadionu) wykonać wg zasad ustalonych przez Komisję Obiektów i Urzędzeń PZLA, tj. należy oprzeć się na schemacie „Oznakowanie standardowej bieżni 400 m” z grudnia 2020 r. oraz na zasadach oznakowania zawartych w pliku „Malowanie stadionu” z listopada 2020 r., dostępnym na stronie . następnie Obiekty/Informacje dla Inwestorów/Malowanie stadionu.

4) wykonanie areny lekkoatletycznej posiadającej:

a) dwusieczkową skocznnię do skoku w dal i trójskoku z rozbiegiem dwukierunkowym,

b) rzutnię do rzutu oszczepem z polem rzutu na murawę,

c) skocznnię do skoku wzwyż i dwukierunkową skocznnię do skoku o tyczce,

d) rzutnię do pchnięcia kulą,

e) rów z wodą do biegu z przeszkodami,

5) wykonanie kanalizacji deszczowej i odwodnienia bieżni,

6) wykonanie instalacji zraszania boiska i zasilania w wodę,

7) wykonanie instalacji elektrycznej oświetlenia boiska i bieżni,

8) remont trybun i montaż siedzeń PCV,

9) dostawę i montaż zadaszenia ławek rezerwowych,

10) dostawę i montaż tablicy wyników,

11) dostawę i montaż kontenera kasowego,

12) dostawę i montaż ogrodzenia panelowego,

13) utwardzenie nawierzchni dojeżdż, dojazdów,

14) wykonanie zielni wokół wykonanych obiektów,

15) zagospodarowanie terenu,

16) sporządzenie dokumentacji powykonawczej - powykonawczego operatu kolaudacyjnego - 2 egz. w formie papierowej oraz zarchiwizowane na płytach CD lub DVD w pliku pdf,

17) opracowanie i przekazanie ogólnej i szczegółowej instrukcji użytkowania nawierzchni z trawy naturalnej oraz nawierzchni o nawierzchni poliuretanowej posiadającą certyfikat WA (World Athletics) - po 3 egz. w formie papierowej oraz zarchiwizowane na płytach CD lub DVD w pliku pdf

18) uzyskanie świadectwa PZLA na kat. VB oraz wykonanie badania odbiorczego wykonanej nawierzchni, tzw. badania obiektowe wymienione w normie PN-EN-14877:2014 przez specjalistyczne laboratorium.

Przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany w dokumentacji projektowej, która stanowi załącznik nr 6a do SWZ.

Podsumowując:

- zakres rzeczowy zamówienia obejmuje kompleksowe roboty budowlane obejmujące remont i przebudowę stadionu miejskiego, w tym w zakresie bieżni lekkoatletycznej,

- wykonawca ma uzyskać dla obiektu świadectwo PZLA na kat. VB,
- wykonana nawierzchnia poliuretanowa ma posiadać certyfikat WA (World Athletics),
- badania odbiorcze wykonanej nawierzchni mają być badaniami obiektowymi wymienionymi w normie PN-EN-14877:2014.

Wymagania dotyczące nawierzchni.

Zgodnie z Projektem Budowlano-wykonawczym stanowiącym element opisu zamówienia: zaprojektowano wykonanie na bieżni i rozbiegach nawierzchni poliuretanowej typu

„sandwich”

- nawierzchnię sportową poliuretanowo-gumową o grubości min. 13 mm*, antypoślizgową bezspoinową, nieprzepuszczalną dla wody, przystosowaną do użytkowania w butach z kolcami.

Zamawiający określił m.in. następujące wymagania dotyczące parametrów nawierzchni: Przyjęte przez Projektanta parametry techniczne, które musi spełniać oferowana nawierzchnia :

1. Grubość: min 13 mm*
2. Wytrzymałość na rozciąganie: 0,56 - 0,70 Mpa
3. Wydłużenie przy rozciąganiu: 43 - 58 %
4. Współczynnik tarcia: 50 - 53 (TRRL)
5. Odkształcenie pionowe 23 oC: 1,7 - 2,1
6. Pochłanianie wstrząsów w temp. 23 oC: 36 - 38
7. Wytrzymałość na rozdzielanie (N):110 —119,5
8. Współczynnik tarcia kinetycznego:
 - nawierzchnia sucha (min. - max.) 0,35 - 0,37
 - nawierzchnia mokra (min. - max.) 0,30 - 0,35
9. Twardość Shore'a typ A: 45 - 55
10. Odporność na zmienne cykle hydrometryczne:
 - zmiana masy po badaniu (%): spadek masy o max 0,6
 - zmiana wytrzymałości na rozciąganie (%): wzrost o min. 8,8
 - zmiana wydłużenia przy zerwaniu (%): wzrost o min. 16,5
11. Ścieralność aparatem Stuttgart (mm): max 0,4
12. Zmiana wymiarów po działaniu podwyższonej temperatury 60 °C: max 0,04 %

Zarzut opisania przedmiotu zamówienia w zakresie parametrów granicznych z naruszeniem Pzp.

Aktualny opis zamówienia w zakresie parametrów granicznych został dokonany z ewidentnym naruszeniem zasad opisu przedmiotu zamówienia o których mowa w art. 16 pkt 1 i 3 Pzp. Opis przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie art. 99 ust 2 Pzp poprzez sporządzenie SWZ w sposób utrudniający i ograniczający uczciwą konkurencję, poprzez taki dobór parametrów, które w ogóle uniemożliwiają złożenie oferty z systemem BSG produkt Tetrapur.

Jednocześnie aktualne parametry graniczne umożliwiają w odniesieniu do nawierzchni zaoferowanie wyłącznie produktu Conipur producenta Conica AG -

Jak podkreśla Prezes UZP w opinii prawnej „Opis przedmiotu zamówienia” dokonywany przez Zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia wpływa w sposób bezpośredni na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a także jego wynik oraz stanowi o istotnych postanowieniach późniejszej umowy. Art. 29 ust. 1 ustawy Pzp (aktualnie 99 ust.1) nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zapis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych w art. 16 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 99 ust. 4 Pzp (poprzednio art. 29 ust 2 Pzp) 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. Wskazany przepis służy realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji (a w konsekwencji - m. in. zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonej w art. 16 Pzp. Naruszenie zasady wynikającej z art. 99 ust. 4 Pzp może mieć charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt). Ponadto należy wskazać, że naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byłiby w stanie wykonać dane zamówienie. Dodać też należy, że w przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 99 ust. 4 Pzp wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.

Ponadto wskazać należy, że zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

- 1) najlepszą jakość dostaw, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz
- 2) uzyskania najlepszych efektów zamówienia w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. Innymi słowy,

najlepsza jakość zamówienia w ramach posiadanego budżetu definiowana jest zarówno przez posiadany budżet jak i przez społeczną, środowiskową i gospodarczą użyteczność danego zamówienia.

W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu, aktualny opis przedmiotu zamówienia, w kwestionowanym zakresie narusza w sposób oczywisty wskazane powyżej zasady udzielania zamówień publicznych. Wymagania kwestionowane odwołaniem faktycznie eliminują konkurencyjność postępowania bez merytorycznego uzasadnienia w dodatku realnie skazując Zamawiającego na konkretny produkt jednego producenta.

Modyfikacja SWZ w sposób odpowiadający żądaniu odwołania pozwoli na przywrócenie zgodności postępowania z wymaganiami uczciwej konkurencji, a jednocześnie nie spowoduje, że tak ukształtowany opis zamówienia nie pokryje faktycznych wymagań użytkowników. Zatem zdaniem Odwołującego możliwe jest pogodzenie poszanowania zasady konkurencyjności postępowania z zaspokojeniem uzasadnionych obiektywnie potrzeb Zamawiającego.

Aktualny opis przedmiotu zamówienia i zbieg wymaganych parametrów - pozwala na zaoferowanie w zakresie nawierzchni wyłącznie nawierzchni Conipur SW.

Odnosząc się do poszczególnych parametrów granicznych nawierzchni:

1. Wytrzymałość na rozciąganie: od 0.56 do 0.70 MPa

Zgodnie z zestawieniem wartości parametrów - wymagań Zamawiającego w relacji do wymagań WA oraz PZLA w relacji do Conica i Tetrapur:

Parametr	wymagania Zamawiającego opisane w dokumentacji postępowania	Wymagania według World Athletics i PZLA	Wymagania według normy PN-EN 14877:2014	Parametry system CONICA SW	Parametry systemu TETRAPUR IIIS
Wytrzymałość na rozciąganie [MPa]	0,56-0,70	> 0,40	> 0,40	0,68	0,99

Wytrzymałość na rozciąganie (MPa) jest to parametr opisujący trwałość nawierzchni poliuretanowej i jej podatność na uszkodzenia. Wyższe wartości tych parametrów wskazują na większą wytrzymałość i trwałość nawierzchni.

Z tego powodu wymagania World Athletics dotyczących parametrów nawierzchni syntetycznych, a także wymagania normy PN-EN 14877: 2014 „Nawierzchnie syntetyczne

niekrytych terenów sportowych. Specyfikacja” określają jedynie minimalne wartości dla tych parametrów na poziomie:

WA:

- wytrzymałość na rozciąganie: 0,4/0,5 MPa (odp. dla nawierzchni porowatych /nieporowatych) - wydłużenie w chwili zerwania: 40% Norma:
- wydłużenie w chwili zerwania: 40%,

Norma:

- wytrzymałość na rozciąganie: 0,4 MPa
- wydłużenie w chwili zerwania: 40%.

Aktualny parametr graniczny uniemożliwia zaoferowanie nawierzchni Tetrapur pomimo, że posiada ona parametr wytrzymałości na rozciąganie na zdecydowanie wyższym poziomie niż preferowany Conipur.

Wymaganie preferuje całkowicie odwrotnie niż powinno, tj. mniejszą trwałość.

Odwolujący wnosi w zakresie parametru „Wytrzymałość na rozciąganie” o zmianę wymagania na: od 0.56 do 0.99 MPa.

2. Wydłużenie przy rozciąganiu (winno być: Wydłużenie podczas zerwania): od 43 do 58%

Zgodnie z zestawieniem wartości parametrów - wymagań Zamawiającego w relacji do wymagań WA oraz PZLA w relacji do Conica i Tetrapur:

Parametr	wymagania Zamawiającego opisane w dokumentacji postępowania	Wymagania według World Athletics i PZLA	Wymagania według normy PN-EN 14877:2014	Parametry system CONICA SW	Parametry systemu TETRAPUR IIIS
Wydłużenie podczas zerwania [%]	42-58	> 40	> 40	43	64

Argumentacja w powyższym kryterium jest analogiczna jak w przypadku parametru wytrzymałość na rozciąganie.

Aktualny wymóg preferuje całkowicie odwrotnie niż powinien, tj. mniejszą trwałość nawierzchni i uniemożliwia zaoferowanie nawierzchni Tetrapur, która charakteryzuje się parametrem zdecydowanie lepszym niż Conipur.

Odwołujący wnosi w zakresie parametru „Wydlużenie w chwili zerwania” o zmianę wymagania na: 43-64% oraz prawidłowe jego nazwanie: Wydlużenie podczas zerwania.

4. Współczynnik tarcia TRRL: od 50-53

Zgodnie ze zestawieniem wartości parametrów - wymagań Zamawiającego w relacji do wymagań WA oraz PZLA w relacji do Conica i Tetrapur:

Parametr	wymagania Zamawiającego opisane w dokumentacji postępowania	Wymagania według World Athletics i PZLA	Wymagania według normy PN-EN 14877:2014	Parametry system CONICA SW	Parametry systemu TETRAPUR IIIS
Współczynnik tarcia TRRL	50-53	> 47	Zgodnie z normą tarcia wymaga się dla nawierzchni suchej w zakresie 80-110 i mokrej 55-110	52	60

Tarcie TRRL (współczynnik tarcia TRRL - jest wyrażeniem błędnym). Norma PN-EN 14877:2014 określa wymagania dla tarcia dla nawierzchni mokrej 55-110, dla nawierzchni suchej na 80 - 110, natomiast World Athletics na > 47 dla nawierzchni mokrej.

Wyższa wartość tarcia zapewnia lepszą przyczepność obuwia do nawierzchni i minimalizuje ryzyko poślizgnięcia, a w konsekwencji zwiększa bezpieczeństwa użytkowników nawierzchni. Norma PN-EN 14877: 2014 określa górną graniczną wartość dla tarcia na 110, ponieważ przy jego zbyt wysokich wartościach, szczególnie w przypadku dynamicznych sportów, w których dochodzi do częstych i nagłych zmian kierunku ruchu ryzyko odniesienia kontuzji jest zwiększone. Z SWZ wynika, że wymagana nawierzchnia jest bardziej śliska co dowodzi, że wymaganie w jego aktualnym brzmieniu jest nieprawidłowe. Odwołujący wnosi w zakresie parametru „Współczynnik tarcia TRRL” o zmianę wymagania na: 50-60.

4. Zarzut wadliwego sformułowania parametrów technicznych oferowanej nawierzchni.

Zarówno obowiązujące Normy jak również wymagania WA oraz wytyczne PZLA nie przewidują badania nawierzchni takiej jak objęta przedmiotem zamówienia z uwzględnieniem parametrów jak poniżej:

parametr	wymagania Zamawiającego opisane w dokumentacji postępowania	wymagania według World Athletics i PZLA	Wymagania według normy PN EN 14877:2014	parametry systemu CONICA SW	parametry systemu TETRAPUR III S, tj. systemu, którym dysponuje Odwołujący
wytrzymałość na rozdzieranie [N]		110-119,5	Nieobowiązujące, brak wymagań	Nieobowiązujące, brak wymagań	Brak danych
					Nieobowiązujące, brak

współczynnik tarcia kinetycznego - nawierzchnia sucha (min. - max.): - nawierzchnia mokra (min. - max.):	0,35-0,37 0,30-0,35	Nieobowiązujące, brak wymagań	Nieobowiązujące, brak wymagań	Brak danych	Nieobowiązujące, brak
twardość Shore'a typ A	45-55	Nieobowiązujące, brak wymagań	Nieobowiązujące, brak wymagań	Brak danych	Nieobowiązujące, brak
odporność na zmienne cykle hydrometryczne - zmiana masy po badaniu [%]: - zmiana wytrzymałości na rozciąganie [%]: - zmiana wydłużenia przy zerwaniu [%]:	- spadek masy o max. 0,6 wzrost o min. 8,8 wzrost o min. 16,5	Nieobowiązujące, brak wymagań	Nieobowiązujące, brak wymagań	Brak danych	Nieobowiązujące, brak
ścieralność aparatem Stuttgart [mm]	max. 0,4	Nieobowiązujące, brak wymagań	Nieobowiązujące, brak wymagań UWAGA!!! Zgodnie z normą ścieralność bada się metodą Tabera i wyraża w gramach	Brak danych	Nieobowiązujące, brak
zmiana wymiarów po działaniu podwyższonej temperatury 60°C [%]	max. 0,04	Nieobowiązujące, brak wymagań	Nieobowiązujące, brak wymagań	Brak danych	Nieobowiązujące, brak

Sformułowanie powyższych wymagań poza tym, że odnosi się do parametrów nieostanowionych aktualnie w odniesieniu do badań nawierzchni lekkoatletycznych, ogranicza konkurencyjność postępowania, zmuszając wykonawców do wykonywania badań, które są zbędne i składania raportu z badań.

Zgodnie z SWZ - Projekt wykonawczy:

W celu potwierdzenia spełniania założonych wymagań odnośnie nawierzchni należy posiadać dla niej następujące dokumenty:

(...)

2. Aktualny kompletny raport z badania na zgodność z regulacjami IAAF, wydany w celu uzyskania certyfikatu produktowego IAAF, potwierdzający określone parametry, oraz raport z badań niezależnego laboratorium potwierdzający pozostałe parametry.

(...)

4. Aktualny kompletny raport z badania na zgodność z PN-EN 14877:2014 potwierdzający pozostałe niewyszczególnione powyżej cechy

Zgodnie z powyższymi wymaganiami Zamawiający oczekuje potwierdzenia parametrów (ich rodzajów) zgodnie z wymaganiami certyfikatu produktowego World Athletics (dawn. IAAF)

oraz w zakresie pozostałych parametrów nieobjętych certyfikatem World Athletics (dawn.

IAAF) raportu z badań na zgodność z normą PN-EN 14877:2014.

Parametry jakie obejmuje w odniesieniu do nawierzchni bieżni lekkoatletycznych certyfikat produktowy World Athletics (dawn. IAAF) to :

1. Grubość [mm]
2. Wytrzymałość na rozciąganie [mpa]
3. Wydłużenie podczas zerwania [%]
4. Tarcie (nawierzchnia mokra)
5. Odkształcenie pionowe w temp. 23°C
6. Amortyzacja, pochłanianie wstrząsów w temp. 23°C [%]

Parametry jakie obejmuje w odniesieniu do nawierzchni bieżni lekkoatletycznych

z badania na zgodność z PN-EN 14877:2014 dotyczy takich parametrów jak:

1. Grubość
2. Wytrzymałość na rozciąganie [MPa]
3. Wydłużenie podczas zerwania [%]
4. Opór poślizgu, PTV
 - Nawierzchnia sucha
 - Nawierzchnia mokra
5. Przepuszczalność wody [mm/h]
6. Odporność na zużycie (ścieranie Tabera) [g]
7. Odporność na kolce
 - Spadek wytrzymałości na rozciąganie [%]
 - Spadek wydłużenia względnego przy zerwaniu [%]
8. Odporność przy przyspieszonym starzeniu
 - Wytrzymałość na rozciąganie [MPa]
 - Wydłużenie podczas zerwania [%]
 - Amortyzacja [%]
 - Odporność na kolce
 - Wytrzymałość na rozciąganie po działaniu kolców [MPa]
 - Spadek wytrzymałości na rozciąganie po działaniu kolców [%]
 - Wydłużenie względne podczas zerwania po działaniu kolców [%]
 - Spadek wydłużenia względnego podczas zerwania po działaniu kolców [%]
9. Odporność po sztucznym starzeniu
 - Odporność na zużycie (ścieranie Tabera) [g]
 - Zmiana barwy, stopień skali szarej
10. Amortyzacja [%]
11. Odształcenie pionowe [mm]

Wymagane przez Zamawiającego parametry wskazane na wstępie są spoza wymagań zarówno World Athletics (dawn. IAAF) jak i powołanej Normy. Według wiedzy Odwołującego były stosowane w celu opisu nawierzchni przed wejściem w życie powołanej normy. Aktualnie tego rodzaju badania nie są w ogóle wykonywane bowiem wymagania dotyczące parametrów nawierzchni są już całkowicie odmienne.

Odwołujący wnosi o usunięcie powołanych powyżej parametrów jako niezgodnych z powołanymi wymaganiami IAAF oraz Normy i nieaktualnych a także ograniczających konkurencję.

5. Zarzut dotyczący posiadania dla oferowanej nawierzchni Certyfikatu IAAF Class 1 dla obiektów wykonanych w Europie

Zgodnie z SWZ - projekt budowlano-wykonawczy:

W celu potwierdzenia spełniania założonych wymagań odnośnie nawierzchni należy posiadać dla niej następujące dokumenty:

3. Certyfikat IAAF Class 1 dla obiektów wykonanych w Europie z oferowanego systemu nawierzchniowego zgodnego z żadaną grubością nawierzchni bieżni.

IAAF to (ang. International Association of Athletics Federations) czyli Międzynarodowe

Stowarzyszenie Federacji Lekkoatletycznych, aktualnie WORLD ATHLETICS. Certyfikat

IAAF First Class odnosi się do konkretnego wykonanego już obiektu i jakości montażu/wykonania nawierzchni na tym właśnie konkretnym obiekcie.

W celu wydania Certyfikatu IAAF First Class obiekt lekkoatletyczny musi spełniać liczne wytyczne IAAF w tym posiadać nawierzchnię spełniającą wymagania IAAF - posiadającą

certyfikat IAAF Product Certificate.

Określenie First Class może wprowadzać wrażenie jakoby certyfikat miał potwierdzać wyższą jakość (lepsze parametry) nawierzchni sportowej a tak nie jest ponieważ Certyfikat IAAF First Class odnosi się do konkretnego obiektu sportowego oraz sposobu i jakości montażu na tym właśnie obiekcie.

Sam fakt, że przy użyciu zaoferowanego w aktualnym postępowaniu systemu nawierzchni, w Europie jakiś inny wykonawca robót uzyskał Certyfikat IAAF Class 1 oznacza wyłącznie potwierdzenie, że na tym konkretnym obiekcie wykonane roboty związane z położeniem nawierzchni zostały zweryfikowane pod kątem jakości wykonawstwa przez

IAAF.

Nie dowodzi to per se że skoro jest w Europie obiekt z oferowanym systemem nawierzchni, który uzyskał Certyfikat IAAF Class 1, to automatycznie każdy inny obiekt sportowy na którym inny wykonawca robót wykona taki system, także uzyska ten certyfikat. Inaczej mówiąc mamy do czynienia z certyfikatem potwierdzającym jakość wykonawstwa w zakresie nawierzchni potwierdzonym odpowiednimi badaniami powykonawczymi na konkretnym obiekcie sportowym.

Znamienne przy tym, że aktualny opis zamówienia w ogóle nie przewiduje dla obiektu będącego przedmiotem prac wymogu uzyskania po realizacji robót Certyfikatu IAAF Class 1.

Zestawiając wymagania dotyczące wymaganego w SWZ Certyfikatu World Athletic Product z Certyfikatem Certyfikat IAAF Class 1:

W celu uzyskania Certyfikatu World Athletic Product należy:

- a. Wykonać w laboratorium próbkę o wymiarach 100 cm na 100 cm.
- b. Wykonać badania próbki w laboratorium akredytowanym.
- c. Jeżeli wyniki badań są zgodne z wymaganiami narzuconymi przez World Athletic, zostaje wydany certyfikat WA product na daną nawierzchnię.

Badane parametry przez World Athletic to:

- Grubość łączna oraz całkowita
- Redukcja siły oraz odkształcenie pionowe
- Oznaczenie współczynnika tarcia
- Wytrzymałość na rozciąganie oraz wydłużenie względne

W celu uzyskania Certyfikatu IAAF Class 1 należy:

- a. Po ułożeniu nawierzchni posiadającej certyfikat World Athletic Product na konkretnym obiekcie, należy zlecić wykonanie badań przez laboratorium akredytowane przez WA, w zakresie parametrów określonych w wymaganiach World Athletics.

- b. Należy zlecić wykonanie pomiarów geodezyjnych bieżni konkretnego wykonanego obiektu.
- c. Jeżeli wyniki badań prowadzone przez laboratorium akredytowane na obiekcie potwierdzają zgodność z wymaganiami World Athletic jak również pomiary geodezyjne są zgodne z projektem obiekt otrzymuje Certyfikat IAAF Class 1.

Powyższe potwierdza zatem że wymóg sformułowany przez Zamawiającego w SWZ odnoszący się do Certyfikat IAAF Class 1 dla obiektów wykonanych w Europie z oferowanego systemu nawierzchniowego zgodnego z żądaną grubością nawierzchni bieżni uznać należy za niezgodny z Pzp, jako dodatkowo niezwiązany z przedmiotem tego zamówienia.

Wprost potwierdza to opis wymagania:

W celu potwierdzenia spełniania założonych wymagań odnośnie nawierzchni należy posiadać dla niej następujące dokumenty:

- 3. Certyfikat IAAF Class 1 dla obiektów wykonanych w Europie z oferowanego systemu nawierzchniowego zgodnego z żądaną grubością nawierzchni bieżni.

O ile Zamawiający faktycznie jest zainteresowany uzyskaniem takiego certyfikatu dla nawierzchni obiektu objętego przedmiotem zamówienia, winien wymagać od

wykonawców aby w ramach realizacji przedmiotu zamówienia i wynagrodzenia umownego zobowiązali

się do przeprowadzenia koniecznej certyfikacji i ukończyli realizację tego obiektu takim właśnie certyfikatem.

Aktualny wymóg stanowi ograniczenie dostępu do udziału w postępowaniu i narusza zasady uczciwej konkurencji i równości wykonawców a także ma charakter dyskryminujący w dodatku jest niepowiązany z przedmiotem zamówienia.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wnosi o usunięcie powyższego wymogu.

W dniu 1 grudnia 2021 r. do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Odwołującego wykonawca I. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą S. I. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT w Dąbrowie Górniczej oraz w dniu 2 grudnia 2021 r. oraz wykonawca TAMEX Obiekty Sportowe S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 13 grudnia 2021 r. Zamawiający złożył drogą elektroniczną Odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Do Odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający załączył pliki zatytułowane: „Zmiana Treści SWZ” z dnia 13 grudnia 2021 r., plik zatytułowany: „Zmiana dokumentacji projektowej” z 7 grudnia 2021 r., Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia z 12 grudnia 2021 r., plik zatytułowany: „Załącznik nr 1 do SWZ Formularz oferty zmieniony” oraz plik zatytułowany: „Zaświadczenie o powołaniu burmistrza”.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożonej do akt sprawy, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez

Zamawiającego, oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących

odrzućeniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp. Izba uznała, iż Odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu

Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego oraz Zamawiającego i dopuściła wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestników Postępowania.

Izba ustaliła i zaważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzoną w sprawie dokumentację, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie, czy poprzez ukształtowanie zapisów specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”), Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający kształtując treść parametrów technicznych dotyczących wymaganej nawierzchni a także stawiając wymogi w zakresie parametrów ponadnormatywnych oraz wymóg posiadania Certyfikatu IAAF Class 1 dla obiektu wykonanego w Europie z oferowanego systemu nawierzchniowego zgodnego z żadaną grubością nawierzchni bieżni, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 99 ust 2 Pzp poprzez sporządzenie SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający i ograniczający uczciwą konkurencję, poprzez taki dobór parametrów, które uniemożliwiają złożenie Odwołującemu oferty (bądź zaoferowanie systemu nawierzchni którego jest producentem), która nie podlegałaby odrzuceniu, oraz naruszenia art. 99 ust 4 Pzp - poprzez opisanie parametrów granicznych w odniesieniu do nawierzchni typu Full Pur w sposób zbieżny w skutkach z użyciem w opisie zamówienia nazwy własnej systemu nawierzchni CONIPUR SW firmy CONICA AG, Izba uznała zarzuty za zasadne.

Zgodnie z art. 99 ust. 2 Pzp 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. Natomiast, zgodnie z art. 99 ust. 4 Pzp 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.

Przedmiotem postępowania odwoławczego są zapisy SWZ dotyczące opisu przedmiotu zamówienia. Podkreślenia wymaga, że sporządzenie przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia jest obligatoryjną i jedną z najistotniejszych czynności poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Opis przedmiotu zamówienia stanowi bowiem podstawę do podejmowania kolejnych czynności przygotowawczych

w postępowaniu. Sposób sformułowania opisu przedmiotu zamówienia jak też i konkretnie

zawarte w nim wymogi wpływają na jakość złożonych ofert ale i krąg podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia. Dlatego opis przedmiotu zamówienia powinien odpowiadać uzasadnionym i rzeczywistym potrzebom Zamawiającego związanym z realizacją przypisanych mu zadań. Jednakże, Zamawiający sporządzając opis przedmiotu zamówienia, nie może pomijać zasad udzielania zamówień publicznych, wyrażonych w art. 16 pkt 1 i 3 Pzp, zgodnie z którymi Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób proporcjonalny.

Powyższe koresponduje z motywem 74 preambuły dyrektywy klasycznej, gdzie wskazano, że „specyfikacje techniczne [opis przedmiotu zamówienia] powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez

wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę”. Zasadniczo każdy opis przedmiotu zamówienia oddziałuje na konkurencję.

Dyrektywa klasyczna w motywie 74 preambuły dostrzega tę okoliczność, wskazując, że niedopuszczalne jest zawężenie, które ma charakter „sztuczny”, tzn. faworyzuje (lub dyskryminuje) określonego wykonawcę lub produkt.

Niedopuszczalne jest zatem w świetle art. 99 ust. 4 Pzp zaburzenie konkurencji pomiędzy wykonawcami, mające swoją genezę w przygotowanym opisie przedmiotu zamówienia, polegające albo na preferencji w opisie konkretnego wykonawcy lub produktu, albo na niemającym uzasadnienia wyeliminowaniu wykonawcy lub produktu. Poprzez niedopuszczalne preferowanie należy rozumieć wszystkie zabiegi, przy użyciu dowolnych sposobów opisu przedmiotu zamówienia, które w sposób nieuzasadniony preferują lub wprost wskazują na konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt. Skutkiem takiego zapisu jest niemożność złożenia oferty zgodnej z tak sformułowanym opisem przedmiotu zamówienia przez wykonawcę innego niż preferowany lub zaproponowania innego niż preferowany produkt. Zapisami eliminującymi określone produkty (i określonych wykonawców) będą zaś takie, które w sposób inny niż odpowiadający zobiektywizowanym i rzeczywistym potrzebom zakupowym zamawiającego związanym z realizacją przypisanych mu zadań, prowadzą do niemożności złożenia oferty przez określone grupy wykonawców (i zaproponowania określonych grup produktów). W przypadku wątpliwości co do prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia weryfikowaniu poddane zostanie, na ile określony zapis w opisie przedmiotu zamówienia, który preferuje lub eliminuje wykonawcę, jest zamawiającemu niezbędny dla zrealizowania rzeczywistych potrzeb zakupowych związanych z realizacją przypisanych mu zadań. W przypadku gdy konkretny opis przedmiotu zamówienia faworyzuje lub eliminuje wykonawcę lub produkt, zapis należy rozpatrywać w kontekście zawężenia konkurencji

w sposób sztuczny, a zatem nieuprawniony (por. Prawo Zamówień Publicznych Komentarz pod. red. H. Nowaka, M. Winiarza, s. 340).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanego postępowania, w ocenie Izby Zamawiający określając parametry techniczne i wymogi kwestionowane przez Odwołującego, opisał przedmiot zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

Zgodnie z Uchwałą nr 41/2020 Zarządu PZLA z dnia 15 grudnia 2020 r. w sprawie nawierzchni syntetycznych stosowanych na obiektach lekkoatletycznych, stanowiącą załącznik nr 9 do SWZ, wszystkie nawierzchnie instalowane na stadionach ubiegających się o dopuszczenie do rozgrywania oficjalnych zawodów, tj: (...) nawierzchnie poliuretanowe typu Sandwich - w przypadku ubiegania się o kategorię (...) VB (...) muszą spełniać wymagania WA dotyczące ich jakości, potwierdzone certyfikatem WA (Product Certificate) oraz spełniać wymagania PZLA. Badanie parametrów nawierzchni zainstalowanej na bieżni i rozbiegach musi być przeprowadzone metodami zawartymi w podręczniku WA „Track and Field Facilities Manual” ze wskazanym zakresem badań, tj. dla kategorii V, obejmującym jako wymagane badania: grubości, tarcia, odkształcenia pionowego, redukcji siły, nierówności

i odprowadzenia wody, oraz w zależności od decyzji inwestora, badania: wytrzymałości na rozciąganie, niedoskonałości i koloru.

Zgodnie z wymaganiami podręcznika „Track and Field Facilities Manual” dla kwestionowanych przez Odwołującego parametrów: „wydłużenie przy rozciąganiu” i „współczynnik tarcia TRRL” (zarzut wytrzymałości na rozciąganie został wycofany) wynoszą one odpowiednio: min. 40%

i min. 47, przy czym, im wyższa wartość parametru, tym nawierzchnia posiada lepsze właściwości w zakresie trwałości, wytrzymałości czy zapewnienia użytkownikom bezpieczeństwa. Zamawiający określił powyższe parametry wartościami, dla parametru wydłużenie przy rozciąganiu: wartość 43-58, a dla tarcia TRRL: 50-53.

Jednym z elementów przedmiotu zamówienia wskazanym w opisie przedmiotu zamówienia jest uzyskanie świadectwa PZLA na kat. VB oraz wykonanie badania odbiorczego wykonanej nawierzchni, tzw. badania obiektowe wymienione w normie PN EN-14877:2014 przez specjalistyczne laboratorium.

Zgodnie ze wskazaniami w normie PN EN-14877:2014 dla parametrów: „wydłużenie podczas zerwania” wymagana wartość wynosi min. 0,4 Mpa, a dla parametru: „opór poślizg, PTV” wymagana wartość wynosi: 80-110 na sucho i 55-110 na mokro.

Zestawiający powyższe dane, wskazać należy, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia, dla obu parametrów nawierzchni, tj. „wydłużenie przy rozciąganiu” i „współczynnik tarcia TRRL” ograniczył ich dopuszczalne wartości w stosunku do obowiązujących, uniemożliwiając tym samym złożenie ofert wykonawcom, których produkty spełniają wymagane przepisami i normami parametry, jednak nie wpisują się w zakres ograniczony przez Zamawiającego. Podkreślenia wymaga, iż Odwołujący w treści odwołania oraz na rozprawie wykazał, że w ramach występujących na rynku nawierzchni typu sandwich, jedyną, która spełnia ustanowione przez Zamawiającego parametry jest nawierzchnia CONIPUR SW systemu CONICA.

Odnosząc się natomiast do odpowiedzi na odwołanie, w której Zamawiający wskazał, że określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym nabywcą określonych towarów czy usług, należy zgodzić się z Zamawiającym, jednakże z tym zastrzeżeniem, że określone wymagania po pierwsze nie mogą zostać ustanowione z naruszeniem obowiązujących

przepisów, a po drugie muszą być wynikiem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. W zakresie zgodności

z obowiązującymi przepisami, Izba wskazuje, że sposób określenia przedmiotu zamówienia, który poprzez podanie parametrów technicznych ogranicza krąg wykonawców wyłącznie do jednego producenta, stanowi naruszenie prawa zamówień publicznych, bowiem w sposób nieuzasadniony preferuje lub wprost wskazuje na konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt. Skutkiem takiego ograniczenia jest wyłączenie niemożności złożenia oferty przez wykonawcę innego niż preferowany lub zaproponowania innego niż preferowany produkt.

Odnosząc się natomiast do potrzeb Zamawiającego, wystąpienie których stanowi obiektywne uzasadnienie dla ograniczeń ustanowionych przez Zamawiającego, to wskazać należy, iż pomimo rozbudowanej treści odpowiedzi na odwołanie, i kilkukrotnego odniesienia do określenia „uzasadnione potrzeby”, Zamawiający nigdzie nie wskazał żadnych koniecznych, racjonalnych i obiektywnie uzasadnionych potrzeb, których wypełnienie uzasadniałoby wprowadzone ograniczenia parametrów technicznych. Nie przedstawił w tym zakresie żadnej argumentacji, potwierdzającej zasadność wprowadzonych ograniczeń, nie podał nawet przykładowo, na czym te uzasadnione potrzeby miałyby polegać. Nie przedstawił argumentacji, która pozwalałaby usprawiedliwić wprowadzone ograniczenia obiektywnymi względami technicznymi, przekładającymi się odpowiednią jakością, trwałością czy funkcjonalnością nawierzchni. Nie wykazał również, że poprzez określony w SWZ opis przedmiotu zamówienia uzyska produkt finalny, który z uwagi na posiadane warunki, potrzeby czy możliwości Zamawiającego, zapewni w sposób optymalny realizację potrzeb społecznych.

Wobec powyższego, stanowisko Zamawiającego, które ogranicza się do przywołania orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów, bez merytorycznego uzasadnienia własnych obiektywnych i uzasadnionych potrzeb, dla realizacji których zostały wprowadzone

ograniczenia w zakresie kwestionowanych parametrów technicznych, nie zasługuje na

uwzględnienie. Nie można uznać za dopuszczalne, niczym nieuzasadnione, obiektywnie niezasadne, a wręcz samowolne ograniczenie parametrów technicznych, w stosunku

do katalogu parametrów i ich wartości dopuszczonych właściwymi przepisami i normami,

a których spełnienie gwarantuje uzyskanie produktu należytej jakości. Tym bardziej, że Odwołujący wykazał, że parametry dopuszczone normami i przepisami podlegają zasadzie, że czym wyższa wartość parametru, tym lepsza jakość i bezpieczeństwo nawierzchni.

Zatem nieuzasadnione, nie poparte żadnymi racjonalnymi względami technicznymi czy

funkcjonalnymi ograniczenie parametrów technicznych, poprzez niedopuszczenie produktów spełniających wyższe parametry - co przekłada się na ich jakość, trwałość i bezpieczeństwo

użytkowania jest niezasadne i nieuprawnione, ogranicza konkurencję i winno zostać zmienione.

Za zasadne Izba uznała również żądanie w zakresie zmiany określenia parametru „wydłużenie przy rozciąganiu” na „wydłużenie podczas zerwania”, które odpowiada terminologii wskazanej w normie PN EN-14877:2014 oraz jako parametr podlegający badaniu na potrzeby wystawienia certyfikatu produktowego World Athletics.

Wobec powyższego zarzuty należało uznać za zasadne.

W związku z wycofaniem przez Odwołującego zarzutu w zakresie „wytrzymałości na rozciąganie”, który został przez Zamawiającego zmieniony w dniu 13 grudnia 2021 r. w taki sposób, że jako minimum została ustanowiona wartość $>0,86$ MPa, co spowodowało, że produkt Odwołującego spełnia powyższy parametr ($0,99 > 0,86$), Izba nie odniosła się podniesionej w odwołaniu argumentacji

W odniesieniu do zarzutu naruszenie art. 99 ust 2, 4 Pzp oraz 101 ust 1 pkt 2 Pzp

poprzez sformułowanie wymogów dotyczących części parametrów nawierzchni potwierdzonych raportem z badań (wyspecyfikowane w uzasadnieniu odwołania) w sposób niezgodny z aktualnymi normami i wymaganiami WA (dawn. IAAF) i ograniczającym konkurencyjność, oraz zarzutu naruszenie art. 99 ust 2 oraz 4 Pzp poprzez sformułowanie wymogu posiadania odnośnie oferowanej nawierzchni Certyfikatu IAAF Class 1 dla obiektów wykonanych w Europie z oferowanego systemu nawierzchniowego zgodnego z żadaną grubością nawierzchni bieżni, Izba uznała zarzuty za zasadne.

Oba powyższe zarzuty odnoszą się do stawianych przez Zamawiającego wymagań w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, których żądanie jest całkowicie niezasadne. Stawiane wymagania nie wynikają bowiem ani z obowiązujących przepisów czy norm ani nie są uzasadnione obiektywnymi i realnymi potrzebami zamawiającego.

W treści Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, w pkt 2.2 Nawierzchnia poliuretanowa Zamawiający wskazał konieczne do spełnienia parametry, m.in. wytrzymałości na rozdzielanie (N); współczynnik tarcia kinetycznego dla nawierzchni suchej i mokrej; twardość Shore'a typ A; odporność na zmienne cykle hydrometryczne: zmiana masy po badaniu (%), zmiana wytrzymałości na rozciąganie (%), zmian wydłużenia przy zerwaniu (%); ścieralność aparatem Stuttgart (mm); zmiany wymiarów po działaniu podwyższonej temperatury 60^0 C, podając ich wartości graniczne.

Opierając się na wymaganiach zawartych w treści dokumentacji postępowania, zgodnie z którymi, Zamawiający oczekuje potwierdzenia wymaganych parametrów technicznych zgodnie z wytycznymi certyfikatu produktowego World Athletics (dawn. IAAF)

oraz w zakresie pozostałych, niewyszczególnionych cech, potwierdzonych aktualnym, kompletnym raportem

z badań za zgodność z normą PN-EN 14877:2014 w okolicznościach, w których powyższe parametry nie należą do zakresu badań określonych przez World Athletics jak i normą PN-EN 14877:2014, co skutkuje brakiem możliwości uzyskania wyników badań w ww. parametrach wymóg uznać należy za niezasadny. Okolicznością, potwierdzającą brak uzasadnienia dla żądania spełnienia powyższych parametrów jest również to, że Zamawiający w dniu

13 grudnia 2021 r. dokonał zmiany treści SWZ, i w zakresie ww. parametrów usunął wymóg dotyczący określonych wartości, zastępując go zwrotem „brak wymagań”.

Wobec powyższego, skoro Zamawiający usunął wymóg dotyczący osiągnięcia określonej wartości przez konkretny parametr, to oznacza, iż nie wymaga potwierdzenia spełnienia parametru, co należy rozumieć jako parametr zbędny, nieistotny, niewymagany.

Zestawiając powyższe z wyjaśnieniami złożonymi przez Odwołującego na rozprawie, w zakresie braku aktualności i nieadekwatności powyższych wymagań do przedmiotu

zamówienia, w ocenie liczby wymóg spełnienia ww. parametrów technicznych jest niezasadny, bowiem nie daje możliwości weryfikacji parametrów technicznych, których tak naprawdę Zamawiający nie określił.

W ocenie liczby, wymóg w zakresie ww. parametrów technicznych, które niczego nie potwierdzają, są nieaktualne a ich żądanie pozbawione jest podstawy prawnej może w sposób bardzo realny prowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji.

Ponadto, warto podkreślić, że w odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się również i do tego zarzutu Odwołującego.

Wobec powyższego, zarzut należy uznać za zasadny.

Analogiczną argumentację należy zastosować, w stosunku do wymogu dołączenia do oferty Certyfikatu IAAF Class 1 dla obiektu wykonanego w Europie z oferowanego systemu nawierzchniowego zgodnego z żadaną grubością nawierzchni bieżni.

Zgodnie z treścią Uchwały nr 41/2020 PZLA pkt. III s. 4 stanowiącą załącznik nr 9 do SWZ, wymóg odnoszący się do wymaganego przez Zamawiającego Certyfikatu dotyczy tylko obiektów kategorii I,II,III. Przedmiot zamówienia należy do kategorii VB, i mogą być rozgrywane na nim zawody okręgowe, lokalne i szkolne. Zatem jak wskazał na rozprawie Przystępujący do Odwołującego, żądany Certyfikat odnosi się do stadionów rangi międzynarodowej, a dla stadionu klasy VB wymagany jest certyfikat WA Produkt.

Ponadto, niezasadność żądania Certyfikatu IAAF Class 1 dla obiektu wykonanego w Europie z oferowanego systemu nawierzchniowego zgodnego z żadaną grubością nawierzchni bieżni, składanego do oferty podniósł Odwołujący, wyjaśniając, iż jest to

Certyfikat wystawiony po realizacji zamówienia, w trybie powykonawczym i odnosi się do wykonania nawierzchni na konkretnym obiekcie. Certyfikat wystawiony dla innego obiektu nie będzie stanowił potwierdzenia, że zaoferowana w ofercie nawierzchnia syntetyczna spełnia wymagania Zamawiającego określone w dokumentacji projektowej i STWiORB dla danego postępowania, lecz będzie potwierdzał zgodność z warunkami, na podstawie których została wykonana nawierzchnia dla obiektu certyfikowanego, a nie tego, który jest przedmiotem analizowanego postępowania.

Podkreślenia wymaga, co wykazał Odwołujący podczas rozprawy, że w Europie znajduje się tylko jeden obiekt posiadający Certyfikatu IAAF Class 1, wykonany w technologii, która jako jedyna na rynku spełnia wymagania określone przez Zamawiającego, tj. CONIPUR SW.

Powyższe, w ocenie liczby jednoznacznie potwierdza, że wymóg ustanowiony przez Zamawiającego nie znajduje racjonalnego uzasadnienia, odnosi się do obiektów o wyższej randze niż przedmiot zamówienia, ponadto jego wprowadzenie ogranicza uczciwą konkurencję. O niezasadności wymogu żądania Certyfikatu IAAF Class 1 dla innego obiektu w Europie, świadczy również okoliczność, że Zamawiający nie wymaga przeprowadzenia certyfikacji IAAF Class po zakończeniu realizacji zamówienia.

Wobec powyższego, zarzut należy uznać za zasadny.

Zważywszy na wykazane powyżej naruszenia prawa zamówień publicznych, za zasadny należy uznać również zarzut dotyczący naruszenie art. 16 pkt 1 i 3 Pzp tj. obowiązku przygotowania Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji

oraz równe traktowanie wykonawców oraz proporcjonalny w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia (kwestionowane parametry i wymagania przedstawione w uzasadnieniu odwołania), oraz naruszenie art. 17 ust 1 oraz 2 Pzp poprzez zastosowanie w postępowaniu parametrów granicznych nie zapewniających najlepszej jakości, uzasadnionej charakterem zamówienia i nie prowadzących do uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów.

Lzba wskazuje, że taki sposób ukształtowania zapisów specyfikacji warunków zamówienia, jak uczynił to Zamawiający, został również negatywnie oceniony w Wytycznych Ministerstwa Sportu dla wnioskodawców ubiegających się o dofinansowanie z Funduszu Rozwoju Kultury Fizycznej na „Budowę i Przebudowę Zewnętrznych Obiektów Lekkoatletycznych”. Jako błąd w dokumentacji Ministerstwo wskazało arbitralne i niczym nieuzasadnione definiowanie oczekiwanych parametrów nawierzchni lekkoatletycznych,

które prowadzi do wniosku że taki opis przedmiotu zamówienia zakłóca uczciwą konkurencję. Ministerstwo wskazało również na brak znajomości tematu poprzez dobór parametrów nieistotnych przy jednoczesnym pominięciu kluczowych, czy proponowanie w projektach rozwiązań nie mających żadnego oparcia w przepisach World Athletics lub odwołujące się do przepisów nieaktualnych.

Za błędy w dokumentacji dotyczącej wymaganej nawierzchni zostało uznane:

- wskazywanie punktowych oczekiwań wartości parametrów (zamiast przedziałów, bez uzasadnienia takiego drastycznego zawężenia oczekiwań dla danego parametru),
- powoływanie się na nieobowiązujące już normy,
 - wykazywanie znaczącej liczby drugorzędnych parametrów, nie mających bliższego związku z funkcjonalnością produktu (zwłaszcza parametry nieujęte w podręcznikach World Athletics, normie, dotyczące innych sportów, etc.),
- wskazywanie parametrów nie mieszczących się w wymaganiach World Athletics,
- wskazywanie parametrów, których spełnienie było możliwe tylko przez jeden produkt,
 - żądanie od producentów nawierzchni posiadania certyfikatów funkcjonalnych na potrzeby nawierzchni w innych sportach (np. certyfikaty FIFA).

Jednocześnie Ministerstwo podkreśliło, że minimalnym wymogiem w przedmiotowej kwestii jest posiadanie dla nawierzchni:

- certyfikatu World Athletics dla nawierzchni (tzw. Product Certificate), oraz
- badań za zgodność z normą PN-EN 14877:2014-02.

Ministerstwo podkreśliło, że określając oczekiwane parametry techniczne, należy pamiętać, aby zostały one określone najlepiej w taki sposób, aby spełniały je co najmniej dwie nawierzchnie różnych producentów, przy założeniu, że World Athletics decydując o wymogach, wskazała dopuszczalne zakresy poszczególnych parametrów, nie określając dodatkowych preferowanych zakresów tych parametrów.

Ministerstwo negatywnie oceniło przypadki zasadniczego zawężenia oczekiwanych przez inwestora parametrów nawierzchni (niekiedy przybierających postać punktowej wartości). Stąd też, w przypadku istotnego zawężenia przez inwestora oczekiwanych parametrów nawierzchni (w stosunku do zakresu parametrów określonych w wytycznych World Athletics) Ministerstwo wymaga stosownego uzasadnienia dla tak ukształtowanych obostrzeń.

W wytycznych stwierdzono również, że każda nawierzchnia, która spełnia wymogi (potwierdzone uzyskaniem tzw. Product Certificate poprzez badanie w jednym z akredytowanych przez World Athletics laboratoriów) uznawana jest przez World Athletics za właściwą do użytkowania przez lekkoatletów.

Odwołujący wykazał podczas rozprawy, że oferowany przez niego produkt o nazwie:

Nawierzchnia syntetyczna - TETRAPUR ENZ Rodzaj IIS posiada tzw. Product Certificate oraz badania wykonane przez akredytowanych przez World Athletics laboratorium, czym

potwierdził, że oferowany przez niego produkt jest zgodny z przepisami, bezpieczny i właściwy do użytkowania przez lekkoatletów.

Tym bardziej, ograniczenia parametrów technicznych wprowadzone przez Zamawiającego, w stosunku do wymaganych przez World Athletics a także stawianie wymagań w zakresie nieaktualnych i nieobowiązujących już parametrów czy nieuzasadnione żądanie posiadania odnośnie oferowanej nawierzchni Certyfikatu IAAF Class 1 dla obiektów wykonanych w Europie z oferowanego systemu nawierzchniowego są niezasadne, prowadzą do ograniczenia uczciwej konkurencji i wymagają zmiany.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów

w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: