

Sygn. akt KIO 786/22

Sygn. akt: KIO 786/22

WYROK

z dnia 2 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2022r. przez odwołującego BSG Sp. z o.o. 95-100 Zgierz, ul. A. Struga 20 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Miasta Sopotu 81-704 Sopot, ul. Tadeusza Kościuszki 25/27 przy udziale przystępującego: I. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą S. I. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT 41-303 Dąbrowa Górnicza ul. Polesie 17 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego BSG Sp. z o.o. 95-100 Zgierz, ul. A.

Struga 20 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego BSG Sp. z o.o. 95-100 Zgierz, ul. A. Struga 20 tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 t.j. z 2021 r. poz. 1129 wraz 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:

Uzasadnienie

Odwołanie złożono w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie robót budowlanych polegających na remoncie areny głównej Stadionu Lekkoatletycznego położonego przy ul. Wybickiego 48 w Sopocie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 2022-03-17 nr 2022/BZP 00089107/01 (Wartość zamówienia poniżej progów unijnych).

Odwołujący składając odwołanie powołał się na art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1, art. 514 ust. 1, art. 515 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), dalej „ustawa Pzp” lub ”Pzp”.

Jako czynności, które skłoniły do złożenia odwołania, odwołujący podał:

1. sporządzenie SWZ (specyfikacja warunków zamówienia) w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, przez taki dobór parametrów granicznych, które uniemożliwiają złożenie oferty z nawierzchnią lekkoatletyczną produkcji odwołującego, jednocześnie naruszając zasadę udzielania zamówienia publicznego zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia,

2. sporządzenie SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który umożliwia zaoferowanie w zakresie nawierzchni typu Full Pur wyłącznie nawierzchni jednego

producenta tj. CONICA AG - produkt CONIPUR, bez uzasadnienia obiektywnymi względami techniczno-użytkowymi.

W obydwu powyższych przypadkach odwołujący zaskarżył prawidłowość opisu przedmiotu zamówienia, co do doboru parametrów granicznych nawierzchni lekkoatletycznej typu Full

Pur, a co uniemożliwia jemu złożenie oferty, jako producentowi nawierzchni lekkoatletycznej.

Wskazanim powyżej czynnościom zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

W zakresie parametrów granicznych dotyczących 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 przedstawione szczegółowo w uzasadnieniu odwołania)

2. naruszenie art. 17 ust 1 oraz 2 Pzp przez 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, która nie podlegałaby odrzuceniu,

4. naruszenie art. 99 ust 4 Pzp -przez 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 M firmy CONICA AG,

co przy uwzględnieniu treści SWZ powoduje brak możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie w celu uzyskania zamówienia, oferując nawierzchnię systemu TETRAPUR ENZ IIIM produkcji odwołującego.

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

1. merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego odwołania,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,

a także o:

3. zmianę opisu przedmiotu zamówienia w SWZ w sposób umożliwiający zaoferowanie nawierzchni systemu TETRAPUR ENZ IIIM produkcji BSG (zakres żądań odwołania zgodny z uzasadnieniem odwołania).

Izba stwierdza brak podstaw do odrzucenia odwołania

Izba stwierdza brak prawa odwołującego do wniesienia odwołania

Co do terminu na wniesienie odwołania.

Zamawiający opublikował kwestionowaną odwołaniem dokumentację postępowania w dniu 17.03.2022r. wobec czego termin określony w art. 515 ust 2 pkt 2 Pzp został przez odwołującego zachowany.

Odwołujący w złożonym odwołaniu, następująco uzasadnił prawo do zaskarżenia czynności zamawiającego, przez niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący w związku z wniesionym odwołaniem stwierdza, 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 Tetrapur, której jest producentem. W sytuacji, gdy treść SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia odnoszącego się do nawierzchni została sformułowana w sposób sprzeczny z ustawą Pzp, odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia, jak również 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 możliwe byłoby złożenie oferty przy zastosowaniu systemu nawierzchni produkcji BGS i realne konkurowanie.

Poprzez wskazane powyżej czynności zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia a także ewentualnie 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, która ma szansę 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. 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, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

Tak więc odwołujący w złożonym odwołaniu podniósł zagadnienie, co do spełnienia przez odwołanie warunków formalnych, które nie powodują odrzucenia jego odwołania, a zwłaszcza co do dotrzymania terminu ustawowego na jego wniesienie.

Z kolei zamawiający wnosząc w dniu 04.04.2022r. odpowiedź na odwołanie, powołując się na art.521 Pzp wniósł o odrzucenie odwołania w całości. Niemniej jednak zamawiający nie uzasadnił wniosku o odrzucenie odwołania, przez wskazanie okoliczności przemawiających za zasadnością tego wniosku, przywołując chociażby jedną z okoliczności ustawowych wymienionych w art.528 Pzp.

Izba nie uwzględniła wniosku o odrzucenie odwołania, nie stwierdzając żadnej z okoliczności wymienionych w art.528 Pzp i na podstawie art.530 Pzp skierowała sprawę na rozprawę.

Po drugie kolejną czynnością Izby jest rozważenie prawa odwołującego do skutecznego wniesienia odwołania, przy uwzględnieniu i ocenie spełnienia wymienionych przesłanek

ustawowych w art. 505 ust.1 ustawy Pzp.

Zamawiający już we wniesionej odpowiedzi na odwołanie w dniu 04.04.2022r. podniósł zasadniczą kwestię co do przedmiotu zamówienia, a mianowicie wskazał, że przedmiotem zamówienia nie jest dostawa (sprzedaż), tylko przedmiotem niniejszego zamówienia są roboty budowlane. Powyższe ma znaczenie przy ocenie przez Izbę prawa do wniesienia odwołania, ponieważ odwołanie złożył producent nawierzchni poliuretanowej, przeznaczonej na bieżnie na stadiony lekkoatletyczne, a nie wykonawca robót budowlanych, obejmujących swym zakresem między innymi układanie takiej nawierzchni.

W tym miejscu przywołuje się podniesioną argumentację zamawiającego (pismo z dnia 04.04.2022r.).

1. Wniesionym odwołaniem Odwołujący zakwestionował opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu przez rzekome uchybienia Zamawiającego polegające, w ocenie Odwołującego, na:

- sporządzeniu SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, poprzez taki dobór parametrów granicznych, które uniemożliwiają 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 w sposób, który umożliwia zaoferowanie w zakresie nawierzchni typu Full Pur wyłącznie nawierzchni jednego producenta tj. CONICA AG - produkt CONIPUR, bez uzasadnienia obiektywnymi względami techniczno-użytkowymi.

2. Zamawiający wskazuje, że podniesione przez Odwołującego zarzuty są jednak niezasadne, a w konsekwencji Odwołanie winno podlegać oddaleniu. W tym zakresie Zamawiający w szczególności podnosi, co następuje.

I. Odniesienie do zarzutu sporządzeniu SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, poprzez taki dobór parametrów granicznych, które uniemożliwiają złożenie oferty z nawierzchnią lekkoatletyczną produkcji Odwołującego, jednocześnie naruszając zasadę udzielania zamówienia publicznego zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych polegających na remoncie areny głównej Stadionu Lekkoatletycznego położonego przy ul. Wybickiego 48 w Sopocie. Roboty będą wykonywane na podstawie dokumentacji projektowej Zamawiającego autorstwa „INDOM” M. T., uzgodnionej z Polskim Związkiem Lekkiej Atletyki (zwany dalej PZLA) oraz wg wymagań Zamawiającego zamieszczonych w SWZ, decyzji konserwatora zabytków z pozwoleniem na prowadzenie robót, w zakresie i zgodnie z wymaganiami technicznobudowlanymi określonymi w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych.

Dla Etapu I przedmiotowego zadania inwestycyjnego, przez Gminę Miasta Sopotu został złożony Wniosek o dofinansowanie w ramach Programu „Sportowa Polska - Program rozwoju lokalnej infrastruktury sportowej - Edycja 2021”, dofinansowany ze środków Funduszu Rozwoju Kultury Fizycznej, których dysponentem jest Minister Sportu i Kultury Fizycznej.

Natomiast, dla Etapu II przedmiotowego zadania inwestycyjnego przez Gminę Miasta Sopotu planuje się złożenie Wniosku o dofinansowanie w ramach Programu „Sportowa Polska - Program rozwoju lokalnej infrastruktury sportowej - Edycja 2022”, dofinansowany ze środków Funduszu Rozwoju Kultury Fizycznej, których dysponentem jest Minister Sportu i Kultury Fizycznej.

Zgodnie z art. 103 ust. 1 uPzp - Zamówienia na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Te dokumenty zostały w postępowaniu udostępnione Wykonawcom jako załączniki do SWZ. Odwołujący, na ich podstawie, wyciągnął błędne wnioski co do kategorii jaką ma uzyskać obiekt po przebudowie. W treści odwołania BSG wskazuje, iż takiej informacji dokumentacja wprost nie zawiera a świadczy o tym wyłącznie nazwa pliku.

W celu usunięcia wątpliwości Zamawiający w dniu 30.03.2022 r. opublikował zmianę SWZ, która obejmuje swoim zakresem również uzupełnienie SWZ o dodatkowe załączniki, w tym:

- 5.2 8411-uchwała-zarządu-pzla-dot-nawierzchni;
- 5.3 pismo producenta_conica;
- 5.4 KOiU_PZLA_ustalenia z procesu uzgadniania dokumentacji;
- 5.5 manifest_trenerzy i zawodnicy;
- 5.6 stanowisko Zarządu SKLA;
- 5.7 KOiU_PZLA_stanowisko,

które ponad wszelką wątpliwość wskazują na rzeczywiste (uzasadnione) potrzeby zamawiającego co do parametrów zawartych w opz i celu jaki Zamawiający zamierza osiągnąć poprzez realizację zadania inwestycyjnego.

Zamówienie kierowane jest nie do producenta nawierzchni, której Zamawiający oczekuje a do Wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane związane z jej położeniem (nie jest to dostawa a robota budowlana). Zamawiający udostępnił Wykonawcom pismo producenta Conica AG (datowane w roku 2020 - krąg potencjalnych wykonawców mógł ulec zmianie), w którym ten wskazuje firmy w Polsce gwarantujące wykonanie nawierzchni zgodnie z technologią oraz obowiązującym w Polsce prawem.

W tym miejscu Izba stwierdza, że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 04.04.2022r.) wnosząc o oddalenie odwołania ze względów merytorycznych to znaczy jego bezzasadności zwrócił uwagę na podmiot, który składa odwołanie to jest producent materiału poliuretanowego (dostawca), a nie wykonawca robót budowlanych. Co prawda zamawiający

nie złożył wniosku o oddalenie odwołania z powodu nie spełnienia przesłanek określonych w art.505 ustawy Pzp, ale Izba niejako z urzędu jest zobligowana do rozważenia przedmiotowej kwestii. Rozważając przedmiotową kwestię prawa odwołującego do wniesienia odwołania, Izba, uwzględniła opis przedmiotu zamówienia (Sekcja IV - Przedmiot Zamówienia 4.2.2.) Krótki opis przedmiotu zamówienia), gdzie znajduje się zapis 1. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych. Powyżej Izba przytoczyła w

pełnym zakresie uzasadnienie odwołującego na okoliczność spełnienia przez niego przesłanek warunkujących prawo do wniesienia odwołania. Z uzasadnienia odwołania, na okoliczność prawa do wniesienia odwołania, wynika po pierwsze prawo to przypisuje sobie odwołujący jako potencjalny wykonawca przedmiotu zamówienia czyli robót budowlanych, a po drugie jako producent nawierzchni poliuretanowej. Natomiast z treści uzasadnienia odwołania wynika, że do ochrony swoich praw przywołuje wyłącznie okoliczności wskazujące na fakt bycia producentem nawierzchni poliuretanowej, a nie jako wykonawca robót budowlanych, to jest układający nawierzchnię przez niego produkowaną. W ocenie Izby, odwołujący zdawał sobie sprawę z wątpliwości jaką może wzbudzić fakt złożenia odwołania przez producenta nawierzchni, a nie wykonawcę robót budowlanych. Dla wzmocnienia uzasadnienia swojego prawa odwołujący przywołał art. 7 pkt 30) Pzp, gdzie pod pojęciem wykonawcy mieści się nie tylko wykonawca robót budowlanych lub obiektu budowlanego, ale również dostawca produktów czyli odwołujący, jak też wykonawca świadczący usługi (art.7 pkt 30) Pzp „Ileokroć w niniejszej ustawie jest mowa o: wykonawcy - należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego”). Żadnych z tych wymaganych cech definicji wykonawcy, w kontekście przedmiotu zamówienia (roboty budowlane), odwołujący nie spełnia, ponieważ nie jest ani wykonawcą, który „oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych” ani nie „ubiega się o udzielenie zamówienia”. W zaistniałej sytuacji bardziej predysponowanym do wniesienia odwołania byłby przystępujący po stronie odwołującego. Odwołujący powołując się na prawo do wniesienia odwołania, pomija istotny dla oceny tego prawa zwrot „uzyskania zamówienia” (art.505 ust.1 Pzp „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu lub innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy). W ocenie Izby zwrot „interes w uzyskaniu zamówienia” należy interpretować jako interes bezpośredni w uzyskaniu zamówienia (w niniejszej sprawie

wykonawca robót budowlanych), a nie interes pośredni w uzyskaniu zamówienia (w niniejszej sprawie dostawca nawierzchni poliuretanowej dla wykonawcy robót budowlanych), ponieważ o interesie w niniejszym przypadku decyduje przedmiot zamówienia (roboty budowlane, a nie dostawa produktów). Tak skonstruowana definicja co do prawa wniesienia odwołania (środek ochrony prawnej) ma na celu zdefiniowanie kręgu podmiotów mających prawo do wstrzymywania procedur przetargowych, chociażby ze względu na ochronę zamawiających przed nadużywaniem prawa do środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie. Zamykając powyższe rozważania na temat braku interesu w uzyskaniu zamówienia przez odwołującego Izba przywołuje definicję zamówienia, którą jest umowa odpłatna zawierana między zamawiającym a wykonawcą w tym wypadku robót budowlanych, a nie wykonawcą dostaw jakim może być odwołujący (art. 7 Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o: 32) zamówieniu - należy przez to rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie, przez zamawiającego od wykonawcy wybranego robót budowlanych, dostaw lub usług). Kończąc jako „odwołujący” w niniejszej sprawie może być zainteresowany wykonawca robót budowlanych, a nie dostawca produktu nawierzchni jakim jest odwołujący. Tym samym Izba stwierdza brak interesu odwołującego do wniesienia odwołania.

Izba pominąwszy okoliczność, że po stronie odwołującego jest brak interesu w uzyskaniu zamówienia, a co przekłada się na brak prawa do wniesienia odwołania, zgodnie z treścią art.505 ust.1 ustawy Pzp, odniesie się jednak poniżej do zarzutów odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu przy opisie przedmiotu zamówienia naruszenie: art. 16 pkt 1) i pkt 3) oraz art. 17 ust.1 i ust 2 w związku z art. 99 ust. 2 i ust.4 ustawy Pzp, formułując zarzuty następująco:

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 przedstawione szczegółowo w uzasadnieniu odwołania)
2. naruszenie art. 17 ust 1 oraz 2 Pzp przez 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, która nie podlegałaby odrzuceniu,
4. naruszenie art. 99 ust 4 Pzp - przez 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 M firmy CONICA AG, co przy uwzględnieniu treści SWZ powoduje brak możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie w celu uzyskania zamówienia, oferując nawierzchnię systemu TETRAPUR ENZ IIIM produkcji odwołującego.

Odwołujący składając odwołanie i wnosząc o jego uwzględnienie przedstawił szczegółową argumentację formalną i prawną w szczególności dotyczącą jak poniżej.

Przywołał regulacje w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i tak

I. Przedmiot zamówienia.

I.1 SWZ. OPZ - Załącznik nr 7 Przedmiot zamówienia obejmuje zgodnie z SWZ wykonanie robót budowlanych polegających na remoncie areny głównej Stadionu Lekkoatletycznego położonego przy ul. Wybickiego 48 w Sopocie. Przedmiot zamówienia składa się w szczególności z: Etap I - Modernizacja bieżni długości 400 m na

Stadionie Lekkoatletycznym przy ul. Wybickiego 48 w Sopocie: 1)Przygotowanie podbudowy

do montażu nawierzchni. a)rozbiórka istniejącej nawierzchni poliuretanowej, b)sfrezowanie podbudowy asfaltowej, c)naprawa spękań istniejącej podbudowy, d)wykonanie nowej warstwy podbudowy asfaltobetonowej, 2)trwale wyznaczenie punktów konstrukcyjnych bieżni

M1 oraz M2. 3) Wykonanie nowej nawierzchni poliuretanowej bieżni głównej 400 m o powierzchni 6234 m². Malowanie linii. 4) Wykonanie nowej nawierzchni poliuretanowej na rozbiegach skoczni o powierzchni 316 m². Malowanie linii. Zgodnie z SWZ roboty będą wykonywane na podstawie dokumentacji projektowej Zamawiającego autorstwa „INDOM” M. T., uzgodnionej z Polskim Związkiem Lekkiej Atletyki (zwany dalej PZLA) oraz wg wymagań Zamawiającego zamieszczonych w SWZ, decyzji konserwatora zabytków z pozwoleniem na prowadzenie robót, w zakresie i zgodnie z wymaganiami techniczno-budowlanymi określonymi w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, w terminach zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym, o którym mowa w § 9 ust. 6 pkt 7 wzoru Umowy. I.2 Dokumentacja projektowa Zgodnie z Załącznikiem nr 7 do SWZ - OPZ - szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w tym wymagania i parametry dotyczące nawierzchni bieżni zawarte są w udostępnionej dokumentacji projektowej. Plik: „DP Sopot Stadion -dokumentacja uzupełniająca.pdf” - dokument datowany na 03.2021 Plik: „DP Sopot Stadion -KATEGORIA IVA -korekta 2.pdf” - dokument datowany na 10.2021

Jak stwierdził i przyznał odwołujący: Zgodnie z dokumentacją obiekt po przebudowie ma uzyskać kategorię IVA PZLA - sama dokumentacja wprost informacji takiej nie zawiera - świadczy o tym tylko i wyłącznie tytuł pliku jak powyżej.

W tym miejscu Izba stwierdza, że powyższe zostało wyjaśnione na etapie postępowania odwoławczego i w wyniku tego wyjaśnienia ustalono, że zamawiający jest zainteresowany uzyskaniem kategorii III stadionu, co ustalono bezspornie między stronami i nie budzi zastrzeżeń odwołującego.

Przyznał również odwołujący: Zgodnie z Uchwałą Nr 44/2020 Polskiego Związku Lekkiej Atletyki z dnia 15.12.2020 r. (obowiązuje od dnia 01.01.2021 r. w przypadku obiektów kategoryzowanych w kat IVA mogą się na nich odbywać zawody rangi: mistrzostwa Polski o ograniczonym programie, U16, mityngi międzynarodowe i ogólnopolskie.

Dokumentacja projektowa zawiera w szczególności opis wymagań dla nawierzchni.

Poniżej odwołujący opisał w odwołaniu zarzut w zakresie parametrów granicznych:

II. Zarzut opisanego 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 typu Full Pur zaoferowanie wyłącznie produktu Conipur producenta Conica AG.

Jak Izba ustaliła są to zasadnicze twierdzenia, zarzuty odwołującego do opisu przedmiotu zamówienia w zakresie nawierzchni stadionowej (bieżnia i rozbiegi)

Przy powyższym stwierdzeniu odwołujący powołał się na opinię Prezesa UZP zgodnie z którą „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 Pzp2019) nakłada na zamawiającego obowiązek opisanego 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. Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z najistotniejszych czynności zamawiającego poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która determinuje cały przebieg postępowania o udzielenie zamówienia i wywiera wpływ na jego wynik. Dlatego też Zamawiający winien dokonywać tej czynności z poszanowaniem wyrażonej w art. 16 pkt 1 oraz 3 Pzp zasady nakładającej obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz proporcjonalnie. Ustawodawca stanął jednoznacznie na stanowisku, iż Zamawiający nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłby w wyżej wskazaną zasadę. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bowiem na mniejszą liczbę złożonych w postępowaniu ofert oraz może powodować oferowanie przez wykonawców produktów nieporównywalnych"

Faktycznie, w ocenie Izby przywołana opinia Prezesa UZP może stanowić kompendium interpretacji na temat stosowania art. 99 ust.2 i ust.4 w związku z art. 16 pkt1) i pkt 3) oraz art. 17 ustawy Pzp, ponieważ nie tylko stanowi o równości wykonawców i uczciwej konkurencji, ale wskazuje również na odstępstwa od równości wykonawców w przypadkach obiektywnie uzasadnionych, co z kolei nie stanowi naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

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. Z przepisu tego wynika bowiem zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić

uczciwej konkurencji (m. in. wyrok KIO z 27.03.2015 r., sygn. akt: KIO 496/15, wyrok SA w Warszawie z 24.01.2012 r., sygn. akt: VI ACa 965/11).

Powyższe stanowisko zostało rozwinięte w wyroku KIO z 07.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 28/07; KIO/UZP 100/07: "Przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Należy przy tym zauważyć, że przez utrudnienie uczciwej konkurencji należy rozumieć opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (z wyjątkiem sytuacji zastrzeżonych w ustawie), lub poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę), lub konkretny produkt. W szerokim rozumieniu tego przepisu ograniczenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić w wyniku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego."

Zamawiający może skutecznie zakwestionować zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 Pzp jeśli wykaże, że opis przedmiotu zamówienia ma źródło w jego uzasadnionych potrzebach, przy czym, w przypadku zamówienia, którego poszczególne części składowe opisane zostały za pomocą wielu parametrów, nawet brak spełniania jednego z parametrów pojedynczego produktu niesie skutek niemożności złożenia oferty w ogóle (oferta taka, co do zasady, będzie podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp), zatem niezbędne jest wykazanie spełniania przez oferowany przedmiot zamówienia wszystkich kwestionowanych parametrów (wyrok KIO z 28.09.2011 r.; sygn. akt: KIO 1949/11, KIO 1954/11). Biorąc pod uwagę zapis art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji (zob. Wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., II Ca 693/5).

W ocenie Izby do niniejszej sprawy należy przypisać stwierdzenie, w przywołanych powyżej orzeczeniach, odnoszące się zarówno do dawnego art.29 ust.2Pzp i aktualnego art.99 ust.4 Pzp, że zamawiający może skutecznie zakwestionować zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 Pzp jeśli wykaże, że opis przedmiotu zamówienia ma źródło w jego uzasadnionych potrzebach

Powyższe zasady odnajdują swoje podstawy w europejskim porządku prawnym, w szczególności Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, z późn. zm.) Aktualnie obowiązująca tzw. Dyrektywa klasyczna akcentuje w sposób szczególny obowiązki podmiotu zamawiającego w aspekcie zagwarantowania konkurencyjności - vide motyw 74 Preambuły Dyrektywy 2014/24, wskazujący:

(74) Specyfikacje techniczne sporządzane przez publicznych nabywców muszą umożliwiać otwarcie zamówień publicznych na konkurencję oraz realizację celów w zakresie zrównoważonego rozwoju. W tym celu należy umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych, norm i specyfikacji technicznych na rynku, w tym ofert opracowanych na podstawie kryteriów wykonania związanych z cyklem życia procesu

produkcji robót budowlanych, dostaw i usług oraz ich zgodności z zasadą zrównoważonego rozwoju.

W związku z powyższym specyfikacje techniczne 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. Opracowanie specyfikacji technicznych pod względem wymagań wydajnościowych i funkcjonalnych zasadniczo umożliwia optymalne osiągnięcie tego celu. Wymagania funkcjonalne i odnoszące się do wydajności są również odpowiednim środkiem sprzyjającym innowacji w zamówieniach publicznych i powinny być stosowane jak najszerszej.

Zgodnie z art. 42 ust 2 Dyrektywy odnoszącym się do wymagań w zakresie specyfikacji technicznych (opisy przedmiotu zamówienia w nomenklaturze dyrektywnej) - specyfikacje techniczne zapewniają równy dostęp wykonawców do postępowania o udzielenie zamówienia i nie tworzą nieuzasadnionych przeszkód dla otwarcia zamówienia publicznego na konkurencję.

W ocenie Izby, z powyższych prezentacji Dyrektyw do przedmiotowej sprawy należy wyciągnąć stwierdzenia, które jest adekwatne do sytuacji zaistniałej po stronie zamawiającego w rozpoznawanej sprawie:

W związku z powyższym specyfikacje techniczne 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

oraz

równy dostęp wykonawców do postępowania o udzielenie zamówienia i nie tworzą nieuzasadnionych przeszkód dla otwarcia zamówienia publicznego na konkurencję,

z naciskiem na słowa:
sztucznego zawężania konkurencji

i

nie tworzą nieuzasadnionych przeszkód.

Izba dokonując rozpoznania sprawy, kierowała się powyższymi wytycznymi w związku z zarzutem ograniczenia dostępu do postępowania dla odwołującego, przez produkowaną przez niego wykładzinę poliuretanową TETRAPUR.

Zgodnie z orzecznictwem KIO zamawiający nie może w sposób dowolny kształtować wymagań SWZ, ponieważ "ograniczają go w tym zakresie przepisy ustawy zakazujące ograniczenia konkurencji, w sposób wykraczający poza uzasadnione potrzeby zamawiającego" Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2011 roku, sygn. akt: KIO 2816/11; Wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2012 roku, sygn. akt: KIO 91/12; Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2014 roku, KIO 2559/14.

W tym względzie, z orzecznictwa KIO wynika, że, co prawda, zamawiający ma prawo tak opisać przedmiot zamówienia, aby zapewnić jak najlepszą realizację swoich potrzeb, niemniej nie jest to prawo nieograniczone - tak przykładowo wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2020 roku, sygn. akt: KIO 1694/20 w którym podkreśla się, że swoboda zamawiającego nie może w sposób nieuzasadniony zawężać kręgu wykonawców, którzy mogą wykonać przedmiot zamówienia. Zatem, oceniając opis przedmiotu zamówienia pod kątem zgodności z art. 99 ust. 4 Pzp, należy zawsze ustalić, czemu służą jego poszczególne elementy - czy są one uzasadnione istotą i celem zamówienia, czy też, nie służąc żadnym obiektywnie uzasadnionym potrzebom, zawężają krąg wykonawców mogących zamówienie wykonać.

W odniesieniu do kwestii zawężania kręgu wykonawców poprzez nieadekwatny opis przedmiotu zamówienia, KIO stoi na stanowisku, że "niedopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, które ogranicza możliwość złożenia ofert, a które nie jest konieczne dla zaspokojenia racjonalnych i obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia w sposób eliminujący funkcjonujące na rynku rozwiązania, musi więc być w stanie przedstawić racjonalne i przekonujące wyjaśnienie takiego działania." - tak wyrok KIO z dnia 14 lipca 2020 roku, sygn. akt: KIO 1066/20; wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2020 roku, sygn. akt: KIO 802/20.

Biorąc pod uwagę orzecznictwo KIO, zgodnie z którym, "zasada uczciwej konkurencji oznacza konieczność zapewnienia w postępowaniu warunków nieskrępowanego, niezakłóconego konkurowania." (Wyrok KIO z dnia 17 listopada 2015 r. sygn. akt: KIO 2412/15) nie sposób zakwestionować twierdzenia, że sposób opisu zamówienia dokonany przez Zamawiającego w SWZ utrudnia uczciwą konkurencję.

Iżba podkreśla, tak przykładowo wyrok z dnia 8 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 71/21, iż ocena czy dane wymaganie znajduje uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego powinna być dokonana z uwzględnieniem rzeczywistego wpływu na efektywność pracy urządzenia oraz jego eksploatację, czy też wydajność. Jak wskazuje orzeczenie:

Z całą moc podkreślić jednak należy, iż w przypadku sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób eliminujący funkcjonujące na rynku rozwiązania, po stronie zamawiającego będzie istniał obowiązek przedstawienia rzeczowych i przekonujących argumentów uzasadniających takie działanie.

Także aktualny Komentarz do ustawy Pzp Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie art. 99 ust 4 Pzp podkreśla, że: Dyrektywa klasyczna w motywie 74 preambuły dostrzega tę okoliczność, stwierdzając, 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. TSUE pośrednio zwrócił na to uwagę, zalecając ostrożność przy dokonywaniu drobiazgowego opisu przedmiotu zamówienia, stwierdzając, że im bardziej jest

on szczegółowy, tym większe jest ryzyko, że wyroby danego producenta będą faworyzowane. Jedną z miar poprawności dokonania opisu przedmiotu jest zapewnienie zgodności stopnia szczegółowości z zasadą proporcjonalności, co wymaga w szczególności zbadania, czy ten stopień szczegółowości jest niezbędny do osiągnięcia zamierzonych celów.

Podsumowując, nie ulega wątpliwości, że zasadniczym obowiązkiem Zamawiającego jest sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia respektującego zasady udzielenia zamówień publicznych przy uwzględnieniu, wyłącznie rzeczywiście uzasadnionych obiektywnymi względami, potrzeb.

Izba z całą atencją i uwagą przyjmuje argumentację odwołującego, rozpoznając przedmiotową sprawą mając na uwadze wyłącznie rzeczywiście uzasadnione obiektywnymi względami, potrzeby zamawiającego.

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 udzielenia zamówień publicznych. Wymagania kwestionowane odwołaniem faktycznie eliminują konkurencyjność postępowania bez merytorycznego uzasadnienia w dodatku realnie skazując Zamawiającego na ofertę produktów jednego producenta zaburzając konkurencyjność.

Odwołujący wskazuje również, że KIO orzekła w analogicznych sprawach dotyczących systemu nawierzchni Tetrapur, przykładowo:

orzeczenie powołane w publikacji „Orzecznictwo - zamówienia publiczne”. Nr 3, 2021 rok UZP (dostęp https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0021/51357/Orzecznictwo-zamowienia-publiczne.-Nr3.pdf) 27. Wyrok z 28 stycznia 2021 r., Sygn. akt KIO 8/21

„Przepis art. 29 ust. 2 ustawy ustanawia zakaz opisywania przedmiotu zamówienia, w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W ocenie Izby przedmiot opisany przez zamawiającego tę konkurencję utrudnia. Odwołujący i przystępujący XXX oferują wykonanie nawierzchni bieżni lekkoatletycznej jako rodzaju nawierzchni poliuretanowej z pełnego poliuretanu wykonanego z EPDM - Full Pur. Spełniają wymagania zamawiającego, co do certyfikatów i atestów, w tym posiadają obiekt scertyfikowany Certyfikatem Obiektu Lekkoatletycznego Klasy 1 na oferowanej nawierzchni jako obiekt kategorii IV, a więc taki jak zamawiany w tym postępowaniu. PZLA również nie widzi trudności w stosowaniu oferowanego systemu Tetrapur III/M. Z tych względów Izba oceniła, że odwołujący uprawdopodobnił ograniczenie konkurencji przez zamawiającego. Tym samym to na zamawiającego ciążył obowiązek wykazania, że albo do ograniczenia nie doszło, bo mimo niedopuszczenia systemu odwołującego parametry opisane w siwz spełnia więcej systemów niż tylko jednego producenta. (...) W ocenie Izby ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że zamawiający zamierzał odwoływać się do parametrów wynikających z wytycznych World Athletics jak i normy PN-EN 14877-2014, oraz normy dotyczącej mrozoodporności. Jednakże o ile odwołał się do samych parametrów, to jednak zaostrzył znacząco zakresy tych parametrów, co niewątpliwie w ocenie Izby (choćby z przykładu odwołującego i przystępującego) zawężyło dostęp do zamówienia. Izba zwraca uwagę na fakt, że to, iż istnieje wielu wykonawców obiektów w systemie danego producenta nie oznacza jeszcze, że do ograniczenia konkurencji nie doszło, gdyż skoro tylko jeden

producent ma wielu licencjonowanych wykonawców, to również inny producent może posiadać wielu swoich, którzy również mogliby się ubiegać o przedmiotowe zamówienia. Izba dostrzega tu, że w tym konkretnym postępowaniu konkurencyjność odnosi się tak do samych oferowanych systemów nawierzchni, jak i konkurowania jakością wykonawstwa.

Izba nie kwestionuje, że zamawiający może dopasować zamówienie do swoich obiektywnych potrzeb, ale w ocenie Izby zamawiający powinien umieć wykazać, że to zawężenie gwarantuje mu wyższą jakość, większą użyteczność czy trwałość. Zasada przejrzystości postępowania wymaga bowiem tego, aby wydając środki publiczne zamawiający być w stanie wykazać ich celowość i efektywność. Przedmiot zamówienia powinien odpowiadać potrzebom zamawiającego, jego możliwościom finansowym, brać pod uwagę bieżący stan wiedzy. Natomiast w niniejszym postępowaniu zamawiający poza wskazaniem celów, jakie przyswiewcały mu przy określeniu parametrów nawet nie pokusił się o wykazanie, jakie parametry ma stadion w Bydgoszczy, do którego standardu referuje. (...)

Przepis art. 29 ust. 3 ustawy odnosi się nie tylko do patentów, znaków towarowych czy oznaczenia pochodzenia lub źródła, ale także do szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny". Nadto nie jest to jedynym przepis nakazujący zamawiającemu dopuszczać równoważność. Bowiem z ust. 4 art. 30 ustawy ustawodawca wskazał, że opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i ust. 3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważne". W badanej sprawie zamawiający odniósł się do m. in. do norm, a także specyfikacji technicznych organizacji międzynarodowych dodatkowo zawężając ich wymagania. W ocenie Izby takie działanie wpisuje się w treść art. 30 ust. 4 ustawy. Niewątpliwie zamawiający odwołał się do parametrów występujących tak w podręczniku World Athletics jak i w normie, a także w zakresie mrozoodporności wymagając określonych parametrów będzie oceniał ich zastosowanie na podstawie wyników badań prowadzonych na podstawie istniejących norm. W ocenie Izby odwołanie się do tych parametrów miało wskazywać na ich prawidłowy i nieograniczający dobór, jednakże wskazanie wąskich przedziałów wartości w ramach dobranych parametrów ma wpływ na konkurencyjność tego postępowania. Tym samym dopuszczenie rozwiązań równoważnych odnoszących się do tych samych parametrów, ale w szerszym przedziale wartości pozwoli na zwiększenie konkurencyjności postępowania. Natomiast zamawiający nie wykazał, że dobór tych wąskich przedziałów jest uzasadniony odpowiednim poziomem jakości, gwarantuje lepsze osiągi czy zwiększa bezpieczeństwo zawodników - w tej sferze przedstawiona została tylko argumentacja własna przystępującego. Z tych względów Izba uznała, że konieczne jest nakazanie zamawiającemu dopuszczania takich rozwiązań równoważnych, które umożliwią zaoferowanie systemu nawierzchni w szerszym zakresie niż opisana w siwz, w tym o parametry mieszczące się w żądaniach odwołania."

W ocenie Izby dla istoty przedmiotowej sprawy ma znaczenie następujący fragment KIO

8/21:

„Izba nie kwestionuje, że zamawiający może dopasować zamówienie do swoich obiektywnych potrzeb, ale w ocenie Izby zamawiający powinien umieć wykazać, że to zawężenie gwarantuje mu wyższą jakość, większą użyteczność czy trwałość. Zasada przejrzystości postępowania wymaga bowiem tego, aby wydając środki publiczne zamawiający być w stanie wykazać ich celowość i efektywność”.

Właśnie w rozpoznawanej sprawie wystąpiły obiektywne okoliczności, które

uprawniały, a wręcz obligowały zamawiającego, dla osiągnięcia III kategorii stadionu, po przeprowadzeniu remontu, do zastosowania wytycznych z Uchwały nr 21 PZLA z

dnia 04.06.2021r., które nie przywołują jakichkolwiek parametrów technicznych, tylko powołują się na wydarzenia sportowe takie jak igrzyska olimpijskie, mistrzostwa świata, czy Europy.

Z kolei cytowany obszernie w odwołaniu fragment wyroku o Sygn. akt: KIO 3466/21 z dnia 14 grudnia 2021 roku w szczególności zwrócił uwagę Izby w następujących jego fragmentach: 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.

Również w cytowanym przez odwołującego wyroku stwierdza się, że „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.

Izba badając przedmiotową sprawę stwierdza, że zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia w zakresie nawierzchni stadionowej stosował się do wytycznych uchwał PZLA jak i wytycznych Ministerstwa Sportu i Turystyki.

Dalej w odwołaniu dokonano szeregu zestawień parametrów technicznych powołując się na dotychczasowe orzecznictwo, według którego wyższe parametry niż opisane w opz, mają rzekomo świadczyć o lepszym produkcie niż wymagany.

Izba nie przywołuje zestawień parametrów technicznych (z dalszej części odwołania) jak i w zakresie znaczenia wyższych parametrów, nie przedstawia stanowiska, ponieważ Izba rozstrzygnięcie opiera na innych podstawach niż w przywołanych przez odwołującego orzeczeniach, a to z uwagi na treść obowiązującej uchwały Nr 21 PZLA z dnia 04.06.2021r., na dzień orzekania w niniejszej sprawie, jak i korespondencji z PZLA. W szczególności ma znaczenie dla oddalenia odwołania pismo PZLA z dnia 1 lutego 2022r. L.dz. KOiU/17/2022, z którego wynika, że nawierzchnia producenta BSG Sp. z o.o. o nazwie TETRAPUR ENZ III M nie była stosowana na stadionach określonych w uchwale Nr 21 PZLA z 04.06.2021r. Z kolei Izba uwzględnia również opinie sportowców i trenerów (manifesty), należących do kadry narodowej, jak i mistrzów świata, czy Europy, którzy również wnioskują o nawierzchnie jakie stosowane są na stadionach na których odbywają się igrzyska olimpijskie, czy mistrzostwa świata, czy Europy, biorąc pod uwagę również tradycje sportowe Stadionu zamawiającego. Również wytyczne Ministerstwa Sportu i Turystyki, na które powołuje się odwołujący, wskazują na konieczność uwzględnienia opinii środowiskowych w tym osób, dla których inwestycje są prowadzone.

W tej sytuacji Izba nie odnosi się do parametrów technicznych odwołania to jest parametrów wymaganych w SWZ, z parametrami nawierzchni Conica oraz Tetrapur jak i jak i wymagań WA oraz PZLA w relacji do Conica i Tetrapur takich jak: 1. grubość nawierzchni 2. grubość warstwy użytkowej 3. wytrzymałość na rozciąganie. 4. wydłużenie w chwili zerwania 5. redukcja siły w temp. 23°C 6. odkształcenie pionowe w temp. 23°C 7. współczynnik tarcia TRRL 8. odporność na ścieranie 9. tarcie/poślizg: - nawierzchnia sucha (min. - max.): - nawierzchnia mokra (min. - max.). 10. odporność nawierzchni na działanie butów z kolcami: - wytrzymałość na rozciąganie - wydłużenie w chwili zerwania 11. odporność po sztucznym starzeniu: - wytrzymałość na rozciąganie - wydłużenie w chwili zerwania - redukcja siły w temp 23 °C 12. zmiana barwy po sztucznym starzeniu 13. mrozoodporność/zmiana masy po badaniu 14. mrozoodporność/zmiana wyglądu zewnętrznego. Jak również Izba nie bierze ich pod uwagę przy rozstrzygnięciu sprawy

Izba rozpatrując zarzuty złożonego odwołania nie znalazła podstaw do jego uwzględnienia, mając na uwadze złożone wyjaśnienia i dowody w sprawie przez zamawiającego.

Jak już wyżej Izba wskazała, zamawiający w piśmie z dnia 04.04.2022r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba rozstrzygając zarzuty odwołania, pomimo stwierdzenia powyżej braku prawa odwołującego do wniesienia odwołania, rozpoznała argumentację stron w tym przystępującego, uwzględniając złożone odwołanie z dnia 21.03.2022r., odpowiedź na odwołanie z dnia 04.04.2022r. jak również złożone stanowiska wyrażone w pismach w toku postępowania odwoławczego i tak: pismo odwołującego z dnia 06.04.2022r., odpowiedź zamawiającego z dnia 15.04.2022r. na pismo procesowe odwołującego, pismo procesowe odwołującego z dnia 15.04.2022r., pismo procesowe przystępującego po stronie

odwołującego z dnia 15.04.2022r., pismo procesowe odwołującego z dnia 25.04.2022r., wraz ze złożonymi do tych pism dowodami, stwierdza bezzasadność podniesionych zarzutów odwołania.

Izba stwierdza bezzasadność zarzutów odwołania co do naruszenia art. 16 pkt 1) oraz pkt 3) Pzp, art.17 ust.1 oraz ust.2 Pzp. i naruszenia art.99 ust.2 Pzp oraz art.99 ust.4 Pzp, w związku z opisem przedmiotu zamówienia i nie uwzględnia żądań odwołania co do zmiany parametrów technicznych opisanego przedmiotu zamówienia, stwierdzając prawidłowość opisu przedmiotu zamówienia.

Tym samym Izba

nie stwierdza nieprawidłowości w sporządzeniu SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, przez taki dobór parametrów granicznych, które uniemożliwiają złożenie oferty z nawierzchnią lekkoatletyczną produkcji odwołującego i jednocześnie stwierdza, że zamawiający nie naruszył zasady udzielania zamówienia publicznego zapewniającej najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia.

Izba nie stwierdza sporządzenia SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który umożliwia zaoferowanie tylko nawierzchni typu Full Pur wyłącznie nawierzchni jednego producenta tj. CONICA AG - produkt CONIPUR, bez uzasadnienia obiektywnymi względami techniczno-użytkowymi.

Izba odnosząc się do zarzutu sporządzeniu SWZ, w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, przez taki dobór parametrów granicznych, które uniemożliwiają złożenie oferty z nawierzchnią lekkoatletyczną produkcji odwołującego, jednocześnie naruszając zasadę udzielania zamówienia publicznego zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, stwierdza jak poniżej.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych polegających na remoncie Areny Głównej Stadionu Lekkoatletycznego położonego przy ul. Wybickiego 48 w Sopocie. Roboty będą wykonywane na podstawie dokumentacji projektowej Zamawiającego autorstwa „INDOM” M. T., uzgodnionej z Polskim Związkiem Lekkiej Atletyki (zwany dalej PZLA) oraz wg wymagań Zamawiającego zamieszczonych w SWZ, decyzji konserwatora zabytków z pozwoleniem na prowadzenie robót, w zakresie i zgodnie z wymaganiami techniczno-budowlanymi określonymi w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych.

Dla Etapu I przedmiotowego zadania inwestycyjnego, przez zamawiającego został złożony Wniosek o dofinansowanie w ramach Programu „Sportowa Polska - Program rozwoju lokalnej infrastruktury sportowej - Edycja 2021”, dofinansowany ze środków Funduszu Rozwoju Kultury Fizycznej, których dysponentem jest Minister Sportu i Kultury Fizycznej.

Natomiast, dla Etapu II przedmiotowego zadania inwestycyjnego przez zamawiającego planuje się złożenie Wniosku o dofinansowanie w ramach Programu „Sportowa Polska - Program rozwoju lokalnej infrastruktury sportowej - Edycja 2022”, dofinansowany ze środków Funduszu Rozwoju Kultury Fizycznej, których dysponentem jest Minister Sportu i Kultury Fizycznej.

Zgodnie z art. 103 ust. 1 uPzp - Zamówienia na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Te dokumenty zostały w postępowaniu udostępnione wykonawcom jako załączniki do SWZ. Odwołujący, na ich podstawie, wyciągnął błędne wnioski co do kategorii jaką ma uzyskać obiekt po przebudowie. W treści odwołania BSG wskazuje, iż takiej informacji dokumentacja wprost nie zawiera a świadczy o tym wyłącznie nazwa pliku.

W celu usunięcia wątpliwości zamawiający w dniu 30.03.2022 r. opublikował zmianę SWZ, która obejmuje swoim zakresem również uzupełnienie SWZ o dodatkowe załączniki, w tym:

5.2 8411-uchwała-zarzadu-pzla-dot-nawierzchni;

5.3 pismo producenta_conica;

5.4 KOiU_PZLA_ustalenia z procesu uzgadniania dokumentacji;

5.5 manifest_trenerzy i zawodnicy;

5.6 stanowisko Zarządu SKLA;

5.7 KOiU_PZLA_stanowisko,

które ponad wszelką wątpliwość wskazują na rzeczywiste (uzasadnione) potrzeby zamawiającego co do parametrów zawartych w opz i celu jaki zamawiający zamierza osiągnąć przez realizację zadania inwestycyjnego.

Zamawiający słusznie zauważył, że zamówienie kierowane jest nie do producenta nawierzchni, której zamawiający oczekuje a do wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane związane z jej położeniem (nie jest to dostawa a robota budowlana). Powyższe okoliczności stanowiły podstawę do stwierdzenia przez Izbę braku prawa do wniesienia odwołania z racji, że odwołujący nie może powoływać się na ewentualny brak uzyskania zamówienia, ponieważ jest co najwyżej potencjalnym dostawcą nawierzchni, a nie wykonawcą robót budowlanych. Tylko wykonawca robót budowlanych w niniejszym postępowaniu, może ubiegać się o udzielenie zamówienia od zamawiającego, a nie dostawca nawierzchni to jest odwołujący, który w toku postępowania odwoławczego, nie wykazał, że będzie wykonywał roboty budowlane, na co wskazuje również udział przystępującego po jego stronie. Zamawiający udostępnił wykonawcom pismo producenta CONICA AG datowane na dzień 26.10.2020r, czyli przed wszczęciem postępowania, w którym wskazuje dziewięć podmiotów w Polsce gwarantujących wykonanie nawierzchni zgodnie z technologią oraz obowiązującym w Polsce prawem (pismo w aktach sprawy). Z treści pisma wynika, że na chwilę wystawienia informacji (26.10.2020r.) wskazane firmy gwarantują wykonanie nawierzchni zgodnie z technologią CONICA, w przypadku jej zastosowania przy realizacji robót budowlanych. Tak więc powyższe pismo stanowi informację dla potencjalnych wykonawców robót budowlanych o uprawnionych do stosowania technologii CONICA.

Celem wniesionego odwołania jest umożliwienie odwołującemu uwzględnienie produkowanej przez niego nawierzchni stadionowej jako spełniającej wymagania zamawiającego zgodnie z obowiązującym opisem zamówienia. Właściwie przez zmianę parametrów technicznych opisu nawierzchni, których nie spełnia produkowana przez odwołującego nawierzchnia.

Słusznie zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, że nawierzchnia lekkoatletyczna produkcji odwołującego, nie spełnia norm wymaganych przez Polski Związek Lekkiej Atletyki (PZLA) dla obiektów kategorii III. Wymagania PZLA mają również zastosowanie do obiektów w niższych kategoriach, a mających szczególnie istotne znaczenie dla szkolenia kadry narodowej i jej zaplecza.

Stanowisko PZLA w tej kwestii jest jednoznaczne, zostało ono wyrażone w uchwale nr 21/2021 Zarządu Polskiego Związku Lekkiej Atletyki z dnia 4 czerwca 2021 r. Uchwała ta wprowadza dla Stadionów kategorii I - III obowiązek posiadania nawierzchni syntetycznej bieżni i rozbiegów wykonanych z systemów takich jakie stosowane są na obiektach, na których przeprowadzane są największe światowe imprezy lekkoatletyczne (mistrzostwa Europy, mistrzostwa świata, igrzyska olimpijskie, większość mityngów międzynarodowych World Athletics i European Athletics).

Z wiedzy zamawiającego oraz ogólnie dostępnych informacji wynika, że wyłącznie nawierzchnie producenta Conica AG - Conipur lub Mondo - wypełniają normy nałożone przez instytucję certyfikującą - PZLA i takie zostały dopuszczone w opisie przedmiotu zamówienia na wykładzinę stadionową. W przypadku III kategorii obiektów lekkoatletycznych Polski Związek Lekkiej Atletyki postawił wymóg by na tej kategorii stadionach położona została nawierzchnia z grupy prefabrykowanych nawierzchni kauczukowych lub nawierzchni poliuretanowych z pełnego poliuretanu. Kategorię III uzyskują stadiony, których właściciele (gospodarze), z uwagi na pozostałą infrastrukturę nie występują do IAAF z wnioskiem o nadanie II kategorii, stadiony z bieżnią 8-torową na prostej i na okrężnej, wraz z wymaganą liczbą skoczni i rzutni oraz wymaganą minimalną długością rozbiegów i obiektem rozgrzewkowym z co najmniej 4 torami o długości 100 m oraz skoczniami i rzutniami umożliwiającymi przeprowadzenie rozgrzewki do prawie wszystkich konkurencji, bieżnia i rozbiegi wykonane z prefabrykowanych nawierzchni kauczukowych lub nawierzchni poliuretanowych z pełnego poliuretanu (Full PUR), stadiony z 8-torową bieżnią na prostej i 8-torową bieżnią na okrężnej, wraz z wymaganą liczbą skoczni i rzutni oraz wymaganą minimalną długością rozbiegów i obiektem rozgrzewkowym z co najmniej 2 torami o długości

60 m oraz skoczniami i rzutniami umożliwiającymi przeprowadzenie rozgrzewki do części konkurencji, bieźnia i rozbiegi wykonane z nawierzchni poliuretanowych typu sandwich i nawierzchni poliuretanowych typu natryskowego.

Z dokumentacji przedstawionej przez zamawiającego wynika, że Stadion Lekkoatletyczny położony przy ul. Wybickiego 48 w Sopocie pretenduje do uzyskania kategorii III.

Nawierzchnia CONIPUR na sopockim stadionie spełnia swoją rolę od roku 2004 (18 lat) i wymaga remontu.

Natomiast nawierzchnia, którą oferuje odwołujący nie leży na żadnym ze stadionów, na których odbywają się najważniejsze imprezy sportowe rangi światowej, międzynarodowej, europejskiej czy nawet imprezy lekkoatletyczne rangi mistrzostw kraju, zgodnie z wymogiem przywołanej powyżej uchwały nr 21/2021 Zarządu Polskiego Związku Lekkiej Atletyki z dnia 4 czerwca 2021 r.

Tak więc zamawiający, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie sporządził opis przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, wypełniając wymagania PZLA. Bowiem PZLA podlega uzgodnieniu dokumentacji technicznej, stanowiącej warunek przyznania kategorii III, do której uzyskania pretenduje zamawiający przez realizację przedmiotowego zamówienia na wykonanie robót budowlanych. Treść opisu przedmiotu zamówienia decyduje o zainteresowaniu zamówieniem publicznym przez wykonawców działających na rynku, a w konsekwencji na ilość złożonych ofert w postępowaniu, zgodnie z jego warunkami (pismo CONICA z dnia 26.10.2020r.).

W przedmiotowej sytuacji zamawiający ma interes do opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby uzyskać produkt spełniający jego obiektywne i uzasadnione potrzeby, w tym przypadku zamierzony efekt zaliczenia remontowanego obiektu stadionowego do III kategorii, zgodnie z wytycznymi instytucji przyznającej kategorię jaką jest Polski Związek Lekkiej Atletyki.

W tej sytuacji opis przedmiotu zamówienia prowadzi do kategoryzacji wykonawców robót budowlanych, bowiem zawęży ona grupę potencjalnych wykonawców do tych, którzy są w stanie zaoferować produkt zgodny z oczekiwaniami zamawiającego, dyktowanymi wymogami przywołanej uchwały PZLA. W takim przypadku ocena zachowania uczciwej konkurencji musi być dokonywana z uwzględnieniem wymagań obowiązujących zamawiającego, którego celem remontu stadionu lekkoatletycznego jest uzyskanie stadionu III kategorii.

Natomiast odwołujący w swojej argumentacji pominął zagadnienie wymagań wynikających z uchwały nr 21/2021 Zarządu Polskiego Związku Lekkiej Atletyki z dnia 4 czerwca 2021 r. nie wskazując na niezgodność opisu parametrów nawierzchni stadionowej w dokumentacji zamawiającego z tą Uchwałą. Również odwołujący nie wykazał niezgodności parametrów technicznych nawierzchni opisanej w opz zamawiającego z jego produktem, w związku z zastosowaniem jego produktu na stadionach, na których odbywają się imprezy opisane w uchwale PZLA. Odwołujący nie wykazał zastosowania produkowanej przez niego nawierzchni na stadionach, na których odbywają się „największe światowe imprezy lekkoatletyczne (mistrzostwa Europy, mistrzostwa świata, igrzyska olimpijskie, większość mityngów międzynarodowych World Athletics i European Athletics)”. Jedynie w takich sytuacjach mógłby odwołujący udowodnić nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, w sytuacji związania zamawiającego wymaganiami co do opisu przedmiotu zamówienia z wyżej wymienioną uchwałą PZLP, która jest wiążąca co do opisu nawierzchni stadionowej.

W tym stanie rzeczy Izba podziela stanowisko zamawiającego co do:

Zawężenie nie może na celu preferowania określonego wykonawcy, ale uzyskanie produktu jak najbardziej odpowiadającego potrzebom zamawiającego. Jednocześnie, zamawiający nie jest zobowiązany do takiego formułowania wymagań, aby umożliwić wszystkim wykonawcom funkcjonującym na rynku złożenie oferty. Okoliczność, że wykonawca nie ma zasobów, które pozwoliłyby mu na wzięcie udziału w postępowaniu z powodu nie spełniania określonych parametrów nie przesądza o tym, że zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji. Jak już wspomniano powyżej, przedmiotowe zamówienie nie jest kierowane do producenta nawierzchni, której Zamawiający oczekuje a do Wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane związane z jej położeniem.

Zamawiający pragnie zdecydowanie podkreślić, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany z uwzględnieniem realnych i uzasadnionych potrzeb Zamawiającego i nie miał na celu ograniczenia konkurencyjności a jedynie wyeliminowanie sytuacji kiedy Zamawiający zmuszony jest nabywać świadczenia, które nie odpowiadają jego uzasadnionym potrzebom.

Szeroko pojęta definicja zachowania konkurencyjności nie może przesłonić realizacji przez Zamawiającego priorytetowych celów i potrzeb, nie chodzi o realizację zamówienia w jakiegokolwiek sposób, a jedynie realizację zamówienia w sposób zapewniający osiągnięcie i zaspokojenie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego.

Zamawiający nie ograniczył zasad konkurencyjności, a okoliczności, że Wykonawca lub Wykonawcy nie posiadają w swojej ofercie przedmiotu zamówienia, który pozwoliłby im na ubieganie się o udzielenie zamówienia z powodu nie spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia nie przesądza o tym, że Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

Dokonując zmiany SWZ w dniu 30.03.2022 r. i 31.03.2022 r. Zamawiający dokonał korekty warunków udziału w postępowaniu w celu umożliwienia jak najszerszej grupie Wykonawców uzyskanie zamówienia.

Zamawiający, już po wniesieniu odwołania przez BSG sp. z o.o., otrzymał od czterech firm działających na rynku wykonawców stanowiska i zapewnienie o spełnieniu warunków zamówienia i deklarację złożenia oferty.

Także, w ocenie Zamawiającego, nawet jeśli określone w SWZ wymagania co do przedmiotu zamówienia są rygorystyczne, to nie mają one na celu godzić w zasadę uczciwej konkurencji ani ją ograniczać lecz są podyktowane racjonalnymi, obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego. Wynika to wprost ze zgromadzonych dokumentów, w szczególności z korespondencji prowadzonej z Polskim Związkiem Lekkiej Atletyki, uchwał i stanowisk PZLA, manifestów trenerów i zawodników Sopotkiego Klubu Lekkiej Atletyki, a nade wszystko historii SKLA sięgającej 1946 roku i nazwisk sportowców, wychowanków sopotkiego klubu, takich jak m.in.: J. S., E. D. - K., K. K., A. C., A. K., A. N., A. R., P. D., K. T., Ł. Ch., J. S. - medaliści Igrzysk Olimpijskich, Mistrzostw Świata i Europy oraz wydarzeń sportowych jakie mają miejsce na arenie stadionu, w szczególności Grand Prix Sopotu im. Janusza Sidły i Elitarne biegi Bursztynowej Mili, a także wydarzeń, do których organizacji Klub pretenduje. Powtórzę - nawierzchnia, którą oferuje Odwołujący nie leży na żadnym ze stadionów, na których odbywają się najważniejsze imprezy sportowe rangi światowej, międzynarodowej, europejskiej czy nawet imprezy lekkoatletyczne rangi mistrzostw kraju. Zamawiający jest w posiadaniu pisma PZLA, mówiącego jednoznacznie, iż nawierzchnia oferowana przez producenta BSG sp. z o.o. ze Zgierza nie była stosowana na stadionach mistrzostw olimpijskich, mistrzostw świata, mistrzostw kontynentów, ani nawet na stadionach, na których odbywają się najważniejsze mityngi lekkoatletyczne w Polsce, Europie i na świecie.

Argumentacja zaprezentowana przez Zamawiającego wykazuje, że formułując kwestionowane przez Odwołującego postanowienia OPZ, kierował się swoimi uzasadnionymi potrzebami, oraz że bazował na swoim dotychczasowym doświadczeniu i wymaganiach instytucji nadającej obiektom lekkoatletycznym kategorii. Tylko takie opisanie przedmiotu zamówienia pozwala zaspokoić potrzeby Zamawiającego".

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ w ocenie Izby, odwołujący nie został potraktowany dyskryminacyjnie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 2 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), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000,00 złotych.

Przewodniczący: