

WYROK

z dnia 12 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2022 r. przez wykonawcę I. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą GRETASPORT I. S. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Strzyżów

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Gminie Strzyżów zmianę specyfikacji warunków zamówienia poprzez zmianę opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający zaoferowanie nawierzchni posiadającej wartość TRRL tego parametru o wartości 63,
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Strzyżów i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez I. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą GRETASPORT I. S. tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Gminy Strzyżów na rzecz I. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą GRETASPORT I. S. kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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 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:

Zamawiający - Gmina Strzyżów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „przebudowę boiska głównego oraz budowę infrastruktury lekkoatletycznej w ramach zadania pn: Przebudowa i rozbudowa stadionu sportowego w Strzyżowie” na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 11 marca 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 00083183. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - I. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą GRETASPORT I. S. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. obowiązku prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz proporcjonalny w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia,
2. art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zastosowanie w postępowaniu parametrów granicznych niezapewniających najlepszej jakości, uzasadnionej charakterem zamówienia i nieprowadzących do uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów,
3. art. 99 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez sporządzenie specyfikacji warunków zamówienia 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. art. 99 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez opisanie parametrów granicznych w odniesieniu do nawierzchni poprzez zastosowanie parametrów technicznych konkretnej nawierzchni oraz poprzez użycie w opisie przedmiotu zamówienia nazwy własnej

systemu nawierzchni CONIPUR SW firmy CONICA AG

- co przy uwzględnieniu treści specyfikacji warunków zamówienia powoduje brak możliwości ubiegania się przez Odwołującego o przedmiotowe zamówienie w celu uzyskania zamówienia.

Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania oraz o nakazanie zmiany opisu przedmiotu zamówienia w specyfikacji warunków zamówienia w sposób umożliwiający zaferowanie nawierzchni posiadającej wartość TRRL tego parametru o wartości 63.

Odwołujący wskazał, że 11 marca 2022 r. Zamawiający opublikował specyfikację warunków zamówienia, w tym projekt wykonawczy w którym znajdowały się parametry techniczne i wymagania dla nawierzchni lekkoatletycznej. W toku postępowania jeden z wykonawców zadał następujące pytanie: „W opisie przedmiotu zamówienia budowy bieżni o nawierzchni poliuretanowej zamieszczonej w Projekcie Zagospodarowania Terenu Projekt Wykonawczy określono parametry techniczne oraz dokumenty, jakie powinna spełniać nawierzchnia. Według naszej wiedzy i wieloletniemu doświadczeniu chcielibyśmy zaznaczyć, że parametry oraz niektóre z wymaganych dokumentów nie są już aktualne. Czy Zamawiający dokona zmiany parametrów technicznych nawierzchni, mieszczących się w przedziałach opisanych poniżej, poświadczonych stosownymi dokumentami: Parametry nawierzchni: 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°C: 1,7 - 2,1, 6. Pochłanianie wstrząsów w temp. 23 °C: 36 - 38...” Na tak zadane pytanie Zamawiający

22 marca 2022 r. odpowiedział „TAK”, dokonując tym samym zmiany wymagań w zakresie parametrów technicznych nawierzchni w taki sposób, że w chwili obecnej jedynie nawierzchnia CONIPUR SW spełnia wymagania.

23 marca 2022 r. Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie w ramach parametrów parametru TRRL (współczynnik tarcia) w ten sposób, że dopuszczona zostanie nawierzchnia z parametrem 63, wskazując jednocześnie, że tylko w ten sposób Zamawiający nie naruszy zasady uczciwej konkurencji i zasady proporcjonalności poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący rozwiązania konkretnego producenta. Zamawiający nie zgodził się na wnioskowaną modyfikację odpowiadając, że ma prawo kształtować opis przedmiotu zamówienia zgodnie z potrzebami oraz z zamierzeniami z uwzględnieniem dostępnych norm, wytycznych i standardów.

Obowiązkiem Zamawiającego jest przygotowanie postępowania w zachowaniu zasad wynikających z przepisów prawa i zasady te były zachowane do dnia, w którym zadano pytanie wskazując w jego treści parametry konkretnej nawierzchni.

Po dokonanej modyfikacji parametr TRRL nie spełnia normy PN-EN 14877:2014, która określa wymagania dla tarcia dla nawierzchni mokrej 55-110 i dla nawierzchni suchej na 80-110. Parametr ten określa również World Athletics wskazując, że wartość ta winna być > 47 dla nawierzchni mokrej nie określając jednocześnie górnej granicy tego parametru.

Wyższa wartość tarcia zapewnia lepszą przyczepność obuwia do nawierzchni i minimalizuje ryzyko poślizgnięcia, a w konsekwencji zwiększa bezpieczeństwo użytkowników nawierzchni, dlatego też twierdzenia Zamawiającego o lepszości parametrów zdefiniowanych odpowiedzią z 22 marca 2022 r. przeczą zasadom logiki. Norma PN-EN 14877:2014 określa górną graniczną wartość dla tarcia na 110, ponieważ przy jego zbyt wysokich wartościach, szczególnie w przypadku dynamicznych sportów, ryzyko odniesienia kontuzji jest zwiększone. Jednakże górna wartość definiowana przez normę to 110, a nie 53 jak ograniczył to Zamawiający. Skoro World Athletics nie określa górnej granicy, a norma określa go ją na 110, to brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia dla ustalenia wartości na poziomie 50 - 53 i nie dopuszczenia wartości 63, o co wnioskuje Odwołujący. Dodatkowo obecnie wskazany przez Zamawiającego parametr jest sprzeczny z normą, bowiem norma wskazuje dolną granicę jako 55, a Zamawiający wymaga parametru na poziomie 50-53. Z obecnej treści specyfikacji warunków zamówienia wynika zatem, że preferowana jest nawierzchnia bardziej śliska i Zamawiający nie dopuszcza mniej śliskiej, co dowodzi, że wymaganie w jego aktualnym brzmieniu jest nieprawidłowe.

Pomimo że Odwołujący zamierza zainstalować system, który posiada parametr na lepszym poziomie niż preferowany Conipur SW przy jednoczesnym spełnieniu wszystkich pozostałych parametrów technicznych i wszelkich wymagań, nie jest w stanie złożyć oferty.

Na rynku nawierzchni syntetycznych typu SW istnieje co najmniej jeszcze 6 nawierzchni typu „sandwich” (Tetrapur I/II, Eltan S/E, Stobitan SW, Rektoran M, Beynon BSS-300, Porplastic SW) i żadna poza CONIPIUR SW nie spełnia wymagań (nawierzchnie nie spełniają łącznie wszystkich parametrów zdefiniowanych w zmienionej specyfikacji). To ograniczenie konkurencji oraz ustalenie wymagań w sposób całkowicie nieuzasadniony. Dokumentacja techniczna zawierająca pierwotne wymagania co do nawierzchni syntetycznej była przedmiotem konsultacji z PZLA, tym samym pierwotne wymagania nie budziły wątpliwości PZLA co do parametrów nawierzchni.

Kwestia ograniczania możliwości udziału w postępowaniu w taki sposób, że jedynie nawierzchnia CONIPUR SW jest nawierzchnią rzekomo najlepszą, była przedmiotem wielu rozpraw przed Krajową Izbą Odwoławczą. Przedmiotem tych rozpraw była również próba udowodnienia, że wartość TRRL na większym poziomie nie jest wartością lepszą - sprawa KIO 3667/21, gdzie Izba stwierdziła, że wyższa wartość oporu poślizgu pozytywnie wpływa na bezpieczeństwo użytkownika.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Odwołujący wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, że ograniczenia konkurencji są w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego naturalne i nieodzowne. Dopiero nieuzasadnione preferowanie pewnych podmiotów i ułatwianie im uzyskania zamówienia oznacza naruszenie zasady uczciwej

konkurencji. Każde uszczegółowienie przedmiotu zamówienia, postawienie dodatkowych warunków udziału w postępowaniu czy rozbudowanie kryteriów oceny ofert prowadzi do ograniczenia konkurencji, bowiem - poza przypadkami najprostszymi dostaw czy usług

odbywających się bez stawiania jakichkolwiek warunków udziału w postępowaniu oraz bez innych kryteriów oceny ofert niż cena - postanowienia specyfikacji zawsze będą faworyzować niektórych wykonawców i dyskryminować innych. Nie istnieje taki opis

przedmiotu zamówienia, który na równi odpowiadałby wszystkim wykonawcom obecnym na rynku. W każdym z takich przypadków będą wykonawcy, którzy w związku z właściwościami podmiotowymi czy profilem ich oferty nie będą mogli w ogóle konkurować o uzyskanie zamówienia lub ich szanse na uzyskanie zamówienia będą relatywnie mniejsze. Sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez Odwołującego nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad zamówień publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum. Okoliczność, że nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania zamawiającego i mogą go zaoferować oraz że wymagania techniczne są trudne do spełnienia przez niektórych wykonawców, nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Opis przedmiotu zamówienia nie został sformułowany przez Zamawiającego w sposób

sprzeczny z ustawą Prawo zamówień publicznych, na rynku jest wiele podmiotów spełniających wymagania Zamawiającego. Zamawiający dysponuje pismami z firm potwierdzającymi gotowość udziału w postępowaniu i spełnianie wymagań Zamawiającego, które zostały określone w specyfikacji warunków zamówienia oraz dokumentacji projektowej. Zadaniem zamawiającego jest zapewnienie, aby postępowanie prowadziło do osiągnięcia możliwie najlepszej jakości zamówień, uzasadnionych ich charakterem, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na ich realizację. Osiągnięcie celów, jakie postawił sobie zamawiający, nie musi automatycznie wiązać się z koniecznością stosowania kryteriów jakościowych, choć z pewnością ich stosowanie jest wskazane zawsze, gdy jest to możliwe i gdy analiza możliwości finansowych zamawiającego wskaże, że jest osiągalne dla zamawiającego, pod względem środków, jakimi dysponuje, udzielenie zamówienia o wyższej jakości niż pierwotnie to w opisie przedmiotu zamówienia określiła. Obecna sytuacja na rynku i wzrost cen w sferze budowlanej spowodował konieczność weryfikacji posiadanych środków i skorelowanie ich z koniecznymi do wykonania pracami budowlanymi.

Opis przedmiotu zamówienia został sformułowany w sposób zgodny z ustawą Prawo zamówień publicznych. Na rynku jest wiele podmiotów spełniających warunki udziału w postępowaniu, co potwierdzają otrzymane pisma.

18 marca 2022 r. do Zamawiającego wpłynęło zapytanie dotyczące parametrów nawierzchni. Zamawiający w trakcie udzielania odpowiedzi powziął informację, że dokumentacja projektowa nie zawiera wszystkich wymaganych parametrów, brakowało parametru „współczynnik tarcia TRRL”, który jest bardzo istotny z punktu widzenia bezpieczeństwa użytkownika. Zbyt niska wartość współczynnika tarcia TRRL powoduje, że nawierzchnia jest śliska i może przyczynić się do upadków, natomiast zbyt wysoka wartość tego współczynnika powoduje, że nawierzchnia jest „tępa” i przyczynia się do nadmiernego obciążenia stawów. Mając na uwadze powyższe, jak najbardziej konieczne jest określenie parametru w przedziale od minimum do maksimum.

Przyjęty przez Zamawiającego w odpowiedzi na zapytanie wskaźnik tarcia (odporność na poślizg) 50-53 jednostek PTV spełnia minimalne wymagania World Athletics, które precyzują, że współczynnik tarcia dynamicznego nie może być mniejszy niż 0,5 w mokrych warunkach. Odpowiada to odczytowi 47 jednostek na urządzeniu badawczym TRRL (Przenośny Tester Odporności na Poślizg Brytyjskiego Laboratorium Badań Transportowych i Drogowych TRRL). Przyjęty zakres jest więc większy od wymaganego >47 jednostek PTV dla nawierzchni mokrej. Przyjęto wskaźnik tylko w warunkach mokrych mając na uwadze, że wszystkie syntetyczne nawierzchnie lekkoatletyczne dają wyższe wartości współczynnika tarcia na suchej niż na mokrej nawierzchni, dlatego przy projektowaniu konieczne jest jedynie określenie minimum na mokrej nawierzchni.

Odwołujący twierdzi, iż dopuszczenie parametru TRRL na poziomie 63 będzie miało pozytywny wpływ i zapewni lepszą przyczepność minimalizując ryzyko poślizgnięcia. To tylko przypuszczenia Odwołującego nie mające żadnego pokrycia w rzeczywistości. Odwołujący próbuje narzucić swoje wymogi nie bacząc na wymogi Zamawiającego, który chce wybudować stadion lekkoatletyczny zgodny z wymaganymi parametrami, potrzebami oraz zasadami ustawy Prawo zamówień publicznych.

To tylko domysły Odwołującego, że parametr, który podaje, jest lepszy. Tego typu argument może być potwierdzony jedynie po wykonaniu stadionu i w trakcie jego eksploatacji. Obiekt nie jest i nie będzie użytkowany jako stadion do odbywania profesjonalnych zawodów sportowych, stąd tym bardziej tylko jeden z parametrów dotyczących tarcia nie ma znaczenia dla funkcjonowania stadionu. Każda z wykładzin sportowych ma określonych kilka parametrów, które stanowią całość określającą jej właściwości. Dlatego też uwypuklenie jednego z parametrów bez odniesienia się do pozostałych nie może stanowić rzetelnej oceny i porównania poszczególnych wykładzin. Sam parametr tarcia określony liczbą w powiązaniu z innym parametrem, jak np. rozciągliwość lub zdolność amortyzowania wstrząsów,

w każdym przypadku da inny wynik końcowy. Zawyżanie jednego z parametrów bez odniesienia się do pozostałych w ocenie Zamawiającego służy wyeliminowaniu konkurencji i w efekcie dopuszczenie tylko tej wykładziny, którą akurat dysponuje Odwołujący.

Przywołana norma (55-110 - parametr tarcia) a parametr zastosowany w dokumentacji projektowej, to dwa różne parametry wykonywane dwiema odmiennymi metodami badania. Zawarte w dokumentacji parametry zostały określone według normy IAAF określającej dolną granicę parametru jako 47, bez określania górnej granicy. Rozbieżność wynika z dwóch różnych norm określających parametr tarcia według odmiennych metod badania.

Przyjęty przez Zamawiającego wskaźnik tarcia (odporność na poślizg) 50-53 jednostek PTV spełnia minimalne wymagania World Athletics, które precyzują, że współczynnik tarcia dynamicznego nie może być mniejszy niż 0,5 w mokrych warunkach. Odpowiada to odczytowi 47 jednostek na urządzeniu badawczym TRRL. Przyjęty zakres jest więc większy od wymaganego >47 jednostek PTV dla nawierzchni mokrej. Przyjęto wskaźnik tylko w warunkach mokrych mając na uwadze, że wszystkie syntetyczne nawierzchnie lekkoatletyczne dają wyższe wartości współczynnika tarcia na nawierzchni suchej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez podanie nazwy własnej systemu nawierzchni. Tymczasem to Odwołujący w pytaniach zadanych Zamawiającemu posługiwał się nazwą własną pisząc: „Zamawiający realnie dopuścił w niniejszym postępowaniu wyłącznie jedną nawierzchnię sportową - nawierzchnię CONIPUR SW producenta CONICA”.

Jednocześnie Zamawiający specyfikacji warunków zamówienia, w rozdziale IV pkt 6 ust. 1 Opis przedmiotu zamówienia zawarł następującą informację: „Jeżeli w opisie przedmiotu zamówienia znajdują się jakiegokolwiek znaki towarowe, patenty czy pochodzenie, źródła lub szczególne procesy, które charakteryzują produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego Wykonawcę, Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne („lub równoważne” - art. 99 ust 5 ustawy p.z.p.). Dotyczą one wszystkich elementów/składników opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu, które są wymagane od Wykonawcy”.

Otrzymane przez Zamawiającego pisma będące odpowiedzią na opublikowane odwołanie świadczą o tym, że opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez Zamawiającego w żaden sposób nie ograniczał konkurencji. Przedmiot zamówienia został opisany w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, co nie jest jednoznaczne z koniecznością zapewnienia możliwości realizacji zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Opis przedmiotu zamówienia uwzględnia w sposób optymalny potrzeby i oczekiwania Zamawiającego w odniesieniu do przedmiotowego zadania.

III Stanowisko Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz 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 (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania, tj. treść specyfikacji warunków zamówienia oraz jej modyfikacji (udzielonych wyjaśnień jej treści) nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez Zamawiającego, złożonych pism oraz stanowisk Stron przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wzięła pod uwagę dokumenty przedstawione przez Strony jako dowody uznając, że ze względu na ich charakter mają one status stanowiska Stron, które je złożyły.

W odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 16 pkt 1 i 3, art. 17 ust. 1 i 2 oraz art. 99 ust. 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przywołane przepisy stanowią:

Art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: 1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie 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.

2. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Art. 99 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: 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.

Art. 99 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych: 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.

Zarzuty zawarte w odwołaniu sprowadzają się w istocie do kwestii wskazania w specyfikacji warunków zamówienia - a właściwie w wyjaśnieniach treści tej specyfikacji z 22 marca 2022 r. w ramach zestawu parametrów, którymi ma charakteryzować się oferowana nawierzchnia, parametru „Współczynnik tarcia: 50 - 53 (TRRL)”. Odwołujący uznał ten wymóg za nieuzasadniony merytorycznie i wniósł o jego zmianę w sposób umożliwiający zaoferowanie nawierzchni posiadającej wartość TRRL 63.

Zamawiający w swoim stanowisku, powołując się na orzecznictwo, stwierdził m.in., że ograniczenia konkurencji są w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego naturalne i nieodzowne i dopiero nieuzasadnione preferowanie pewnych podmiotów

i ułatwianie im uzyskania zamówienia oznacza naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Dotyczy to jednak również zamawianych przedmiotów. Zatem sam fakt, że na rynku istnieje pewna liczba podmiotów, ale oferujących (lub mogących zaoferować w ramach posiadanego asortymentu) wyłącznie ten sam przedmiot, nie oznacza jeszcze, że konkurencja w postępowaniu została zachowana. Jak też fakt, że w postępowaniu mogłaby wziąć udział pewna liczba podmiotów, podczas gdy w sposób nieuprawniony ograniczono udział innym podmiotom, które również istnieją na rynku i mogłyby oraz chciałyby wziąć udział w ubieganiu się o zamówienie.

Tym samym fakt, że na rynku istnieje kilku wykonawców, którzy mogliby potencjalnie zaoferować nawierzchnię firmy CONICA AG, odpowiadającą opisanym parametrom, nie oznacza jeszcze zachowania konkurencyjności w rozumieniu art. 16 i in. ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wskazał w swoim stanowisku, że w pierwszej wersji opisu przedmiotu

zamówienia brakowało parametru „współczynnik tarcia TRRL”, który jest bardzo istotny

z punktu widzenia bezpieczeństwa użytkownika, gdyż zbyt niska wartość współczynnika

tarcia TRRL powoduje, że nawierzchnia jest śliska, zbyt wysoka przyczynia się do nadmiernego obciążenia stawów. Parametry według normy IAAF określają tylko dolną granicę parametru jako 47, a nie określają górnej. Zdaniem Zamawiającego konieczne jest więc określenie parametru w przedziale od minimum do maksimum.

Powyższe nie jest kwestionowane ani przez Odwołującego, ani przez Izbę, tzn. Zamawiający miał prawo wprowadzić zarówno parametr „współczynnik tarcia TRRL”, jak i określić ten parametr w przedziale od minimum do maksimum.

Przy tym niesporne jest, że wymagania ogólne - World Athletics, PZLA i Polskiej Normy są inne niż wskazany przedział 50-53.

Izba zgadza się też z ogólnymi założeniami wskazanymi przez Zamawiającego, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego - jak zresztą i w każdej innej dziedzinie gospodarki - naturalne i nieodczowne jest wprowadzanie pewnych wymogów, zwłaszcza jakościowych, dotyczących zarówno zamawianych produktów, jak i wykonawców, którzy zamówienie mają wykonywać. Dlatego też dany zamawiający, mając taką potrzebę, może np. dokonać zawężenia parametrów w stosunku do powszechnie stosowanych czy dopuszczonych, np. przepisami lub normami. Nie było to też negowane przez Odwołującego. Zasadniczą kwestią jest tu jednak, że wymagania takie muszą być uzasadnione i prowadzić do osiągnięcia konkretnego celu. Owo uzasadnienie oraz cel, któremu wymogi mają służyć, powinny być przez zamawiającego wykazane, co najmniej w przypadku powstania sporu (np. w ramach odwołania wykonawcy, kontroli).

Natomiast w tym przypadku Zamawiający w żaden sposób nie tylko nie udowodnił, ale nawet, poza wskazaniem ogólników, jakkolwiek konkretnie nie uzasadnił, choćby jednym zdaniem, dlaczego zastosowanie wymogu o tym właśnie brzmieniu (granice dla TRRL akurat 50-53), jest optymalne jakościowo i jakim jego konkretnym potrzebom odpowiada, i która to jakość i potrzeby nie mogłyby być spełnione przy zastosowaniu innych granic, np. 57, 67 czy 77 (sporna tu była jedynie górna granica parametru).

W związku z powyższym Izba uznała, że przedmiotowe wymaganie w obowiązującym brzmieniu nie referuje wprost do jakości nawierzchni, jest nadmierne i nakazała zmianę specyfikacji warunków zamówienia poprzez zmianę opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający zaferowanie nawierzchni posiadającej wartość TRRL tego parametru o wartości 63.

Przy czym Izba podkreśla, że formułując sentencję wyroku kierowała się wyłącznie parametrem wskazanym w żądaniu Odwołującego i nie wykraczając poza zakres odwołania, zgodnie z zasadą orzekania wyrażoną w art. 555 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym Izba nie badała, czy również akurat parametr 63 jest parametrem obiektywnie

konkurencyjnym.

Co do zarzutu naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wskazał, w którym konkretnym miejscu opisu przedmiotu zamówienia czy innej części specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający zastosował nazwę własną systemu nawierzchni CONIPUR SW firmy CONICA AG jako nawierzchni wymaganej - której to okoliczności przywołania owej nazwy Zamawiający zaprzeczył. Jednak niedozwolone jest nie tylko samo formułowanie wymogów co do dostarczenia konkretnie nazwanego produktu, ale także takie formułowanie wymogów opisowych (w tym zestawu parametrów technicznych), które de facto wskazują na ten właśnie produkt, pomimo braku użycia jego nazwy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 1, § 5, § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości nie przekraczającej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 10.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę i wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3.600 złotych.

Z kolei § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia stanowi, że w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający; a Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2.

Izba uwzględniła zatem uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 10.000 złotych oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600 złotych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący:.....