

WYROK

z dnia 27 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2022 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2022 roku przez wykonawcę BSG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zgierzu, ul. A. Struga 20, 95-100 Zgierz w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Dębno, ul. Piłsudskiego 5, 74-400 Dębno

przy udziale wykonawcy I. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S., ul. Podlesie 17, 41-303 Dąbrowa Górnicza zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

1.1. dokonanie zmiany specyfikacji warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia przez zmianę parametrów:

- wytrzymałość na rozciąganie i określenie go w przedziale: 0,65 - 0,99 MPa,
- wydłużenie przy rozciąganiu i określenie go w przedziale: 42 - 64%,
- współczynnik tarcia TRRL i określenie go w przedziale: 50 - 60;

1.2. usunięcie wymogu złożenia wraz z ofertą Certyfikatu WA Class 1 dla obiektu.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Dębno, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr

(słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Dębno na rzecz BSG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zgierzu kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok

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

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1912/22

## Uzasadnienie

Gmina Dębno (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm. - dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Przebudowa stadionu lekkoatletycznego wraz z niezbędną

infrastrukturą w Gminie Dębno - 400 m - certyfikowany” - w zakresie CZĘŚĆ I - Wykonanie Areny lekkoatletycznej.”, numer referencyjny: RI/02.01/1/2022. Postępowanie zostało podzielone na części. Wartość zamówienia została określona na kwotę poniżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień

Publicznych nr 2022/BZP 00257946/01 z dnia 15 lipca 2022. W tym samym dniu na platformie prowadzonego postępowania została udostępniona przez Zamawiającego Specyfikacja Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”).

Wykonawca BSG Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec treści SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do części I zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) 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,
- 2) art. 17 ust 1 oraz 2 Pzp poprzez zastosowanie w postępowaniu parametrów granicznych niezapewniających najlepszej jakości, uzasadnionej charakterem zamówienia i nie prowadzących do uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów,
- 3) art. 99 ust 2 Pzp poprzez sporządzenie SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający i ograniczający uczciwą konkurencję, poprzez taki dobór parametrów, które uniemożliwiają złożenie Odwołującemu oferty (bądź zaoferowanie systemu nawierzchni którego jest producentem), która nie podlegałaby odrzuceniu,
- 4) art. 99 ust 4 Pzp poprzez opisanie parametrów granicznych w odniesieniu do nawierzchni bieżni w sposób zbieżny w skutkach z użyciem w opisie zamówienia nazwy własnej systemu nawierzchni CONIPUR SW firmy CONICA AG,
- 5) art. 99 ust 2 i 4 Pzp, art. 106 ust 1-3 Pzp poprzez sformułowanie wymogu posiadania Certyfikatu WA Class 1 dla oferowanego systemu nawierzchni i złożenia go w charakterze przedmiotowego środka dowodowego wraz z ofertą pomimo, że nie jest związany z przedmiotem zamówienia a wymóg stanowi ograniczenia konkurencji w postępowaniu i narusza zasadę proporcjonalności, co przy uwzględnieniu treści SWZ powoduje brak możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie w celu uzyskania zamówienia, oferując nawierzchnię systemu Tetrapur ENZ III S produkcji Odwołującego,

zaznaczając jednocześnie, że sposób sformułowania kwestionowanych parametrów ograniczył, a praktycznie wykluczył, możliwość konkurencji przez wykonawców oferowanymi produktami, poprzez całkowitą dyskryminację nawierzchni systemu Tetrapur ENZ III S produkcji BSG, choć nawierzchnia ta jest co najmniej równoważna, a w wielu parametrach lepsza, niż faworyzowany system produkcji CONICA AG.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania,
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania,
- 3) zmianę opisu przedmiotu zamówienia w SWZ w sposób umożliwiający zaoferowanie nawierzchni systemu Tetrapur IIS produkcji BSG (zakres żądań odwołania zgodny z uzasadnieniem odwołania),
- 4) usunięcie wymogu dotyczącego Certyfikatu WA Class 1 oraz w konsekwencji wymogu jego złożenia jako przedmiotowego środka dowodowego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał m.in., że zakres rzeczowy zamówienia obejmuje wykonanie areny lekkoatletycznej w tym nawierzchni poliuretanowej. Wykonawca ma uzyskać dla obiektu świadectwo PZLA na kat. VB. Wykonana nawierzchnia poliuretanowa ma posiadać aktualny certyfikat WA (Product Certificate), zgodnie z aktualnym wykazem zamieszczonym na stronie WA, a Zamawiający nie wymaga dla wykonanego obiektu uzyskania przez wykonawcę Certyfikatu WA 1 Class. Celem zamierzenia jest przebudowa istniejącego kompleksu sportowego w celu uzyskania stadionu lekkoatletycznego kategorii V (B) wg klasyfikacji PZLA i IWA. Celem przebudowy jest stworzenie licencjonowanego kompleksu sportowego głównie ze stadionem lekkoatletycznym oraz piłkarskim. Na arenie lekkoatletycznej będzie można przeprowadzać zawody okręgowe, lokalne, szkolne. W zakresie zasadniczej części zamówienia (Cześć 1) objętej odwołaniem przedmiot zamówienia obejmuje m.in. Wykonanie Areny lekkoatletycznej.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego niezgodnego z Pzp określenia parametrów granicznych przedmiotu zamówienia Odwołujący wskazał m.in., że aktualne parametry graniczne umożliwiają w odniesieniu do nawierzchni zaoferowanie wyłącznie produktu Conipur producenta Conica AG. Odwołujący przedstawił zestawienie parametrów technicznych systemu Conipur oraz Tetrapur w relacji do wymagań SWZ wymagań World Athletics i PZLA wskazując, że określenie przez Zamawiającego górnej granicy trzech parametrów nawierzchni, tj.: wytrzymałość na rozciąganie, wydłużenie przy rozciąganiu i współczynnik tarcia TRRL narusza wskazane w odwołaniu przepisy Pzp. Aktualny opis przedmiotu zamówienia, w kwestionowanym zakresie, narusza zasady udzielania zamówień publicznych. Wymagania kwestionowane odwołaniem faktycznie eliminują konkurencyjność postępowania bez merytorycznego uzasadnienia w dodatku realnie skazując Zamawiającego na konkretny produkt jednego producenta. Modyfikacja SWZ w sposób odpowiadający żądaniu odwołania pozwoli na przywrócenie zgodności postępowania z wymaganiami uczciwej konkurencji, a jednocześnie nie spowoduje, że tak ukształtowany opis zamówienia nie pokryje faktycznych wymagań użytkowników. Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przywołał wyroki Izby w sprawach KIO 8/21 i KIO 3466/21.

Odwołujący podkreślił, że opis przedmiotu zamówienia i zbieg wymaganych parametrów - pozwala na zaoferowanie w zakresie nawierzchni wyłącznie nawierzchni Conipur SW i przedstawił na tę okoliczność zestawienie wartości parametrów według wymagań Zamawiającego, wymagań WA oraz PZLA w relacji do Conica i Tetrapur. W odniesieniu do parametru wytrzymałość na rozciąganie (MPa) Odwołujący wskazał, że według wymagań WA oraz PZLA wartość ta wynosi:  $> 0,4$ , według wymagań Zamawiającego wynosi  $0,65-0,68$ , parametr systemu CONICA - CONIPUR SW to:  $0,68$ , a Odwołującego to:  $0,99$ . Wytrzymałość na rozciąganie (MPa) jest to parametr opisujący trwałość nawierzchni poliuretanowej i jej podatność na uszkodzenia. Wyższe wartości tych parametrów wskazują na większą wytrzymałość i trwałość nawierzchni. Z tego powodu wymagania World Athletics (WA) dotyczących parametrów nawierzchni syntetycznych, a także wymagania normy PN-EN 14877: 2014 „Nawierzchnie syntetyczne niekrytych terenów sportowych. Specyfikacja” („Norma”) określają jedynie minimalne wartości dla tych parametrów na poziomie: WA: wytrzymałość na rozciąganie:  $0,4/0,5$  MPa (odp. dla nawierzchni porowatych/nieporowatych); wydłużenie w chwili zerwania: 40%, Norma: -wytrzymałość na rozciąganie:  $0,4$  MPa, - wydłużenie w chwili zerwania: 40%. Aktualny parametr graniczny SWZ uniemożliwia zaoferowanie nawierzchni Tetrapur pomimo, że posiada ona parametr wytrzymałości na rozciąganie na zdecydowanie wyższym poziomie niż preferowany Conipur. Wymaganie preferuje całkowicie odwrotnie niż powinno mniejszą trwałość. Odwołujący wniósł w zakresie parametru „Wytrzymałość na rozciąganie” o zmianę wymagania na: od  $0,65$  do  $0,99$  MPa

W zakresie parametru wydłużenie przy rozciąganiu, Odwołujący podał, że według wymagań WA oraz PZLA wartość ta wynosi:  $> 40$ , według wymagań Zamawiającego wynosi  $42-45$ , parametr systemu CONICA - CONIPUR SW to:  $43$ , a Odwołującego to:  $64$ . Argumentacja w powyższym kryterium jest analogiczna jak w przypadku parametru wytrzymałość na rozciąganie. Aktualny wymóg preferuje całkowicie odwrotnie niż powinien mniejszą trwałość nawierzchni i uniemożliwia zaoferowanie nawierzchni Tetrapur, która charakteryzuje się parametrem zdecydowanie lepszym niż Conipur. Odwołujący wniósł w

zakresie parametru „Wydłużenie w chwili zerwania” o zmianę wymagania na: 42-64%

Odnosnie do parametru współczynnik tarcia TRRL Odwołujący podał, że według

wymagań WA oraz PZLA wartość ta wynosi: > 40, według wymagań Zamawiającego wynosi 50-52, parametr systemu CONICA - CONIPUR SW to: 52, a Odwołującego to: 60, wskazując, że obowiązująca Norma PN-EN 14877:2014 określa wymagania dla tarcia dla

nawierzchni mokrej 55-110, dla nawierzchni suchej na 80 - 110, natomiast World Athletics na

> 47 dla nawierzchni mokrej. Wyższa wartość tarcia zapewnia lepszą przyczepność obuwia do nawierzchni i minimalizuje ryzyko poślizgnięcia, a w konsekwencji zwiększa bezpieczeństwa użytkowników nawierzchni. Norma PN-EN 14877: 2014 określa górną graniczną wartość dla tarcia na 110, ponieważ przy jego zbyt wysokich wartościach, szczególnie w przypadku dynamicznych sportów, w których dochodzi do częstych i nagłych zmian kierunku ruchu ryzyko odniesienia kontuzji jest zwiększone. Z SWZ wynika, że wymagana nawierzchnia jest bardziej śliska, co dowodzi, że wymaganie w jego aktualnym brzmieniu jest nieprawidłowe. Odwołujący wniósł w zakresie parametru „Współczynnik tarcia TRRL” o zmianę wymagania na: 50-60.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego wymogu posiadania dla oferowanej

nawierzchni Certyfikatu IAAF Class oraz złożenia certyfikatu WA Class dla obiektu wraz z ofertą Odwołujący podał, że zgodnie z SWZ - Dokumentacja projektowa - PROJEKT BUDOWLANY - Aneks nr 1, Zamawiający wymaga na etapie złożenia oferty m.in. certyfikatu WA Class 1 dla obiektu. SWZ nie wskazuje wprost na obowiązek składania przez wykonawców wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych, jednak traktując Projekt budowlany jako integralny element SWZ, uznać należy, że Zamawiający wymaga złożenia jako przedmiotowego środka dowodowego m.in. Certyfikatu WA Class 1 dla obiektu. Certyfikat Międzynarodowego Stowarzyszenia Federacji Lekkoatletycznych World Athletics First Class odnosi się do konkretnego wykonanego już obiektu i jakości montażu/wykonania nawierzchni na tym właśnie konkretnym obiekcie. W celu wydania Certyfikatu WA First Class obiekt lekkoatletyczny musi spełniać liczne wytyczne WA, w tym posiadać nawierzchnię spełniającą wymagania WA- posiadającą certyfikat WA Product Certificate. Określenie First Class może sprawiać wrażenie jakoby certyfikat miał potwierdzać wyższą jakość (lepsze parametry) nawierzchni sportowej, a tak nie jest, ponieważ Certyfikat WA First Class odnosi się do konkretnego obiektu sportowego oraz sposobu i jakości montażu na tym właśnie wykonanym już obiekcie. Sam fakt, że przy użyciu zaofertowanego w postępowaniu systemu nawierzchni na Świecie (SWZ nie wskazuje ograniczeń terytorialnych) jakiś inny wykonawca robót uzyskał Certyfikat Class 1 oznacza wyłącznie potwierdzenie, że na tym konkretnym obiekcie wykonane roboty związane z położeniem nawierzchni zostały zweryfikowane pod kątem jakości wykonawstwa przez WA. Nie dowodzi to, że skoro jest na Świecie obiekt z oferowanym systemem nawierzchni, który uzyskał Certyfikat WA Class 1, to automatycznie każdy inny obiekt sportowy na którym inny wykonawca robót wykona taki system, także uzyska ten certyfikat. Chodzi o certyfikat potwierdzający jakość wykonawstwa w zakresie nawierzchni potwierdzonym odpowiednimi badaniami powykonawczymi na konkretnym obiekcie sportowym. Znamienne jest, że aktualny opis zamówienia nie przewiduje dla obiektu będącego przedmiotem prac wymogu uzyskania po realizacji robót Certyfikatu WA Class 1. Zestawiając wymagania dotyczące wymaganego w SWZ Certyfikatu World Athletic Product z Certyfikatem Certyfikat WA Class 1 należy wskazać, że w celu uzyskania Certyfikatu World Athletic Product należy: wykonać w laboratorium próbkę o wymiarach 100cm na 100cm; wykonać badania próbki w laboratorium akredytowanym. Jeżeli wyniki badań są zgodne z wymaganiami narzuconymi przez World Athletic, zostaje wydany certyfikat WA product na daną nawierzchnię. Badane parametry przez World Athletic to: grubość łączna oraz całkowita, redukcja siły oraz odkształcenie pionowe, oznaczenie współczynnika tarcia, wytrzymałość na rozciąganie oraz wydłużenie względne. W celu uzyskania Certyfikatu WA Class 1 natomiast: po ułożeniu nawierzchni posiadającej certyfikat World Athletic Product na konkretnym obiekcie, należy zlecić wykonanie badań przez laboratorium akredytowane przez WA, w zakresie parametrów określonych w wymaganiach World Athletics oraz zlecić wykonanie pomiarów geodezyjnych bieżni konkretnego wykonanego obiektu. Jeżeli wyniki badań prowadzone przez laboratorium akredytowane na obiekcie potwierdzają zgodność z wymaganiami World Athletic jak również pomiary geodezyjne są zgodne z projektem obiekt otrzymuje Certyfikat WA Class 1. Z tych względów wymóg sformułowany przez Zamawiającego w SWZ odnoszący się do konieczności złożenia wraz z ofertą Certyfikatu WA Class 1 jest niezgodny z Pzp i dodatkowo niezwiązany z przedmiotem tego zamówienia. Wprost potwierdza to opis wymagania: Dokumenty te powinny potwierdzać zgodność oferty z wymogami Zamawiającego dotyczących parametrów nawierzchni przewidywanej do realizacji zamówienia. Jeżeli Zamawiający jest zainteresowany uzyskaniem takiego certyfikatu dla nawierzchni obiektu objętego przedmiotem zamówienia winien wymagać od wykonawców, aby w ramach realizacji

przedmiotu zamówienia i wynagrodzenia umownego zobowiązali się do przeprowadzenia koniecznej certyfikacji i ukończyli realizację tego obiektu takim właśnie certyfikatem. Zdaniem Odwołującego aktualny wymóg stanowi ograniczenie dostępu do udziału w postępowaniu i narusza zasady uczciwej konkurencji i równości wykonawców a także ma charakter dyskryminujący (eliminacja konkurencji i wskazanie na Conipur SW) w dodatku jest całkowicie niepowiązany z przedmiotem zamówienia. Z tych względów Odwołujący wniósł o usunięcie powyższego wymogu.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 Pzp, jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony oraz przedstawił swoje stanowisko odnośnie zarzutów odwołania.

W ocenie Zamawiającego, Odwołujący jest nieuprawniony do złożenia odwołania, ponieważ nie ma w tym interesu prawnego. Przedmiotem zamówienia w zakresie części I jest bowiem wykonanie robót budowlanych, co wynika z opisu przedmiotu zamówienia według SWZ. Odwołujący, uzasadniając spełnienie przesłanek warunkujących prawo do wniesienia odwołania wskazuje, że po pierwsze, prawo to wywodzi z możliwości ubiegania się o zamówienie, a zatem powierzania mu zadania jako wykonawcy robót budowlanych, a po drugie, jako producent nawierzchni poliuretanowej, który mógłby dostarczyć tę nawierzchnię wykonawcy robót. W uzasadnieniu interesu prawnego Odwołujący przywołał wyłącznie okoliczności dotyczące go jak producenta nawierzchni, a nie ewentualnego wykonawcy robót budowlanych. Tymczasem ze względu na to, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, brak jest możliwości uznania, że producent nawierzchni - jako swoistego materiału budowlanego - ma realny interes prawny we wniesieniu odwołania. W ocenie Zamawiającego bez wpływu na powyższe pozostaje przepis art. 7 pkt 30 ustawy Pzp, definiujący wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z którym jest nim zarówno wykonawca robót budowlanych, jak i dostawca materiałów. Jak wynika z tej definicji, ilekroć 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 albo ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. W okolicznościach dotyczących prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia Odwołujący nie może być uznany za wykonawcę będącego dostawcą produktów, ponieważ to nie dostawa w części pierwszej tego postępowania jest przedmiotem zamówienia. Odwołujący tymczasem nie wskazuje nawet, aby był podmiotem świadczącym na rynku wykonywanie robót budowlanych, które to stanowią faktyczny przedmiot zamówienia. Odwołujący nie ubiega się również o udzielenie mu przedmiotowego zamówienia. Środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp 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 przedmiotowej ustawy. Co istotne, interes w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć jako bezpośredni interes danego podmiotu w uzyskaniu zamówienia, a nie interes pośredni w jego uzyskaniu. Przy czym to przedmiot zamówienia określa rzeczywisty krąg podmiotów mających bezpośredni interes w uzyskaniu zamówienia. Co za tym idzie w przypadku, gdy przedmiotem tym są roboty budowlane, interes taki mogą mieć wyłącznie ich wykonawcy, a zatem podmioty, które świadczą na rynku wykonywanie właśnie robót budowlanych. Natomiast producenci wszelkiego rodzaju materiałów budowlanych czy produktów niezbędnych do wykonania robót budowlanych w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, będą zawsze mieli wyłącznie pośredni interes w uzyskaniu takiego zamówienia, jaki może wynikać z potencjalnego zastosowania ich materiałów lub produktów przez podmiot wykonujący roboty budowlane. W związku z powyższym ograniczenie kręgu podmiotów uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej określonych w ustawie Pzp jest celowe i zmierza do zabezpieczenia sprawności postępowań o udzielenie zamówienia poprzez wyłączenie spośród uprawnionych do korzystania z tych środków podmiotów, które nie mając rzeczywistego interesu prawnego swoimi działaniami mogłyby jedynie utrudniać udzielenie zamówienia. Środki ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą być bowiem nadużywane. Nadto, skoro zgodnie z art. 7 pkt 32 ustawy Pzp przez zamówienie należy rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług, to nie ulega wątpliwości, że podmiot będący wyłącznie producentem nawierzchni, a niewykonyjący robót związanych z jej układaniem na terenie budowy objętym inwestycją, nie może mieć bezpośredniego interesu w uzyskaniu tak definiowanego zamówienia. Zamówienie, to jest umowa, jaką Gmina Dębno jako zamawiający, zamierza zawrzeć w wyniku przeprowadzonego postępowania spowoduje bowiem nabycie od wyłonionego wykonawcy robót budowlanych, a nie jakichkolwiek materiałów budowlanych czy innych podobnych produktów. Tym samym brak jest po stronie Odwołującego interesu prawnego we wniesieniu odwołania, a w konsekwencji winno ono ulec odrzuceniu jako wniesione przez podmiot do tego nieuprawniony.

Następnie Zamawiający podał, że z posiadanej przez niego wiedzy wynika, że jest wielu wykonawców robót budowlanych, którzy mogą spełnić minimalne warunki postawione w dokumentacji postępowania. Z informacji zamieszczonych na stronie PZLA „Zestawienie stadionów, hal i urządzeń lekkoatletycznych” wynika, że wykonawców, którzy są w stanie wykonać żądany przedmiot zamówienia jest co najmniej kilku. Przedmiot zamówienia został opisany za pomocą cech technicznych, przy użyciu dokładnych i jasnych parametrów i określeń. Jak wynika z wyroku sygn. akt: KIO/UZP 1024/08 „Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby, żądając produktu o cechach odpowiadających jego potrzebom, a w tym o najwyższych dostępnych standardach jakościowych. Rozwój technologii, a w ślad za tym postęp w produkcji sztucznej nawierzchni kolejnych generacji daje Zamawiającemu prawo wymagania od wykonawców dostarczania produktów o pożądanym przez niego parametrach. W tym zakresie Zamawiający kieruje się potrzebą realizowanej inwestycji, celowością oraz efektywnością wydatkowania środków publicznych, a także wykorzystaniem w przyszłości obiektu sportowego”. Zarzuty podnoszone przez Odwołującego mają zdaniem Zamawiającego tylko na celu obniżenie jakości oferowanej nawierzchni poliuretanowej, a co za tym idzie bardzo prawdopodobną przewagę cenową w niniejszym postępowaniu. Zgodnie z Uchwałą nr 21/2021 Zarządu Polskiego Związku Lekkiej Atletyki z 4 czerwca 2021 roku dla stadionów kategorii I-III obowiązek posiadania nawierzchni syntetycznej bieżni i rozbiegów wykonanych z systemów takich, jak stosowane są na obiektach, na których przeprowadzane są największe światowe imprezy lekkoatletyczne, tj. takie na jakich przeprowadzane są mistrzostwa Europy, mistrzostwa świata, zawody lekkoatletyczne w ramach igrzysk olimpijskich, większość mityngów międzynarodowych WA i EA. Wymagania te mają również zastosowanie w stadionach niższej kategorii, na których organizowane będą mityngi międzynarodowe zgłaszane do kalendarzy międzynarodowych WA i EA. Piękna historia maratońskich biegów w Dębnie sięgająca końca lat sześćdziesiątych XX wieku i pozwala wierzyć i mieć nadzieję, że ogłoszone postępowanie to początek wspaniałej drogi do wielu znakomitych wydarzeń sportowych. A obecnie ogłoszenie postępowania jest pierwszym krokiem do stworzenia wspaniałego obiektu, który w przyszłości w ramach posiadanych środków finansowych będzie się rozwijał, a jego ranga będzie coraz wyższa. Dlatego też, Zamawiający ma prawo kształtować opis przedmiotu zamówienia oraz oczekiwać produktu lepszego, niż spełniającego minimalne wymagania np. WA lub normy. Wskazane w opisie parametry są parametrami wymaganymi i dopasowanymi właśnie do potrzeb i przyszłej wizji rozwoju tego obiektu. Jednocześnie należy zauważyć, iż opisane parametry wymagane muszą zostać spełnione. W najbliższym czasie obiekt ma mieć charakter obiektu okręgowego, ale będzie wykorzystywany nie tylko do imprez sportowych o charakterze lokalnym i szkolnym. Ma umożliwić ubieganie się organizację mityngów o charakterze ogólnopolskim w wybranych konkurencjach, w tym celu ma uzyskać świadectwo PZLA kategorii V. Wykonany obiekt musi więc spełniać wymagania określone przepisami Międzynarodowej Federacji Stowarzyszeń Lekkoatletycznych WA i Polskiego Związku Lekkiej Atletyki, jak również być wykonany według wytycznych Ministerstwa Sportu i Turystyki, o której to instytucji dofinansowanie się ubiegano. Ministerialny program przedstawia jasne wytyczne i cele programowe, którymi jest przede wszystkim poprawa stanu infrastruktury lekkoatletycznej w ujęciu ilościowym i jakościowym. Po złożeniu wniosku i pozytywnych opiniach zawarto umowę NR 2022/SubA/DIS/SP/21 o dofinansowanie ze środków funduszu rozwoju kultury fizycznej zadania inwestycyjnego w ramach PROGRAMU SPORTOWA POLSKA - PROGRAM ROZWOJU LOKALNEJ INFRASTRUKTURY SPORTOWEJ - EDYCJA 2021. Należy dodać, że do Ministerstwa w celu uzyskania pozytywnej opinii wysłano dokumentację, obejmującą zaprojektowane nawierzchnie poliuretanowe. Sytuacja finansowa nie pozwala Zamawiającemu na wybudowanie obiektu certyfikowanego wyższej kategorii niż opisany w dokumentacji z oczywistych względów. Jednakże mając na względzie chęć rozwoju i rozbudowy w przyszłości obiektu, Zamawiający chce, aby stadion spełniał wymagania certyfikowanych stadionów Lekkoatletycznych wyższych kategorii choćby ze względu na możliwości korzystania z niego w tej chwili jako stadionu treningowego dla zawodników zawodowych. Zgodnie z przedstawioną wizją rozwoju, Zamawiający pragnie budować etapami oraz przygotować w sposób staranny obiekt tak, aby w przyszłości otrzymać kategorię stadionu lekkoatletycznego wyższej kategorii. Zamawiający oczekując przedstawienia certyfikatu Class 1, ma na celu zapewnienie sobie i przyszłym użytkownikom bezpieczeństwa oraz zapewnienia, że pieniądze pozyskane na budowę stadionu lekkoatletycznego zostaną wydane w sposób właściwy, a „wbudowane produkty”, tj. nawierzchnia poliuretanowa będzie wykonana z najlepszych materiałów. W dokumentacji projektowej zostały określone przedziały, jakie ma spełniać nawierzchnia, bez wskazania produktu pochodzącego od konkretnego producenta nawierzchni, który odpowiada jego potrzebom. Określenie takich, a nie innych parametrów nawierzchni jest podyktowane troską o uzyskanie trwałej nawierzchni zapewniającej wieloletnią i bezawaryjną eksploatację. Nawierzchnia projektowanej bieżni ze względu na intensywne użytkowanie i ogólną dostępność musi wykazywać się dużą trwałością, wytrzymałością na duże obciążenia oraz odpornością. Zrealizowany obiekt ma zapewnić jego wieloletnie użytkowanie bez konieczności narażania się na usuwanie wad czy usterek. W interesie Zamawiającego, ale także interesie publicznym leży, aby zadanie zrealizować w sposób i przy użyciu materiałów pozwalających zachować jak najwyższą jakość inwestycji.

Na rynku funkcjonują podmioty zdolne wyprodukować i dostarczyć produkty spełniające wymagania minimalne postawione w dokumentacji, a wskazane parametry mają na celu uzyskanie nawierzchni spełniającej określone potrzeby Zamawiającego i utrzymanie całości inwestycji na określonym poziomie jakościowo-technologicznym. Najlepsza jakość zamówienia w ramach posiadanego budżetu definiowana jest zarówno przez posiadany budżet jak i przez społeczną, środowiskową i gospodarczą użyteczność danego zamówienia. Zamawiający ma interes w opisanu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby uzyskać produkt spełniający jego obiektywne i uzasadnione potrzeby, w tym przypadku zamierzony efekt zaliczenia obiektu do określonej kategorii, a w przyszłości jej zmiany na wyższą, zgodnie z wytycznymi PZLA. 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 jakikolwiek sposób, a jedynie realizację zamówienia w sposób zapewniający osiągnięcie i zaspokojenie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. 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 jej ograniczać, lecz są podyktowane racjonalnymi, obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego oraz kierunkami działania w przyszłości w zakresie przebudowywanego obiektu.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawca I. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego stając się uczestnikiem postępowania.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego oraz dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego w postaci: Zestawienia parametrów technicznych nawierzchni, Certyfikatu World Athletics (WA), Potwierdzenia zgodności z normą PN-EN 14877, Opinii technicznej TB dla TETRAPUR ENZ IIS, Wytycznych Ministra Sportu, listy obiektów certyfikowanych przez PZLA, referencji TETRAPUR ENZ IIS, wyciągu z podręcznika obiektów lekkoatletycznych (WA), wyciągu z listy obiektów (First Class), Uchwał PZLA nr 41/2020, 43/2020, 44/2020, przykładowego raportu powykonawczego dla TETRAPUR ENZ IIS przed certyfikacją PZLA.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 Pzp.

Przepis ten stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. W ocenie Izby wbrew stanowisku Zamawiającego Odwołujący na tym etapie postępowania może być uznany za wykonawcę, który jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej. Zgodnie z art. 7 pkt 30 ustawy Pzp,

zawierającym przez wykonawcę jest 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.

Nie jest sporne, że przedmiot zamówienia obejmuje również położenie nawierzchni. Odwołujący jest producentem nawierzchni, która w przypadku uwzględnienia odwołania mogłaby być wykorzystana przy realizacji zamówienia. Odwołujący wskazał w odwołaniu, że zamierza ubiegać się o udzielenie mu przedmiotowego zamówienia. Na tym etapie postępowania wybór formy, w jakiej to nastąpi nie jest konieczny do wykazania. W związku z tym Odwołujący jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał istnienie po jego stronie interesu w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., że jest zainteresowany zarówno udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia jak również możliwością zaofiarowania przez innych wykonawców zamówienia systemowi nawierzchni, której jest producentem. W sytuacji, gdy treść SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia odnosząca się do nawierzchni została sformułowana w sposób sprzeczny z Pzp, w szczególności, gdy Zamawiający wadliwie sformułował wymagania, Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia, analogicznie jak niemożliwe jest oferowanie w postępowaniu systemu produkcji BSG przez innych wykonawców. Kwestionowane w odwołaniu postanowienie SWZ pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę, bowiem gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, tj. prawidłowo sformułował treść SWZ, w szczególności w zakresie parametrów granicznych i pozostałych kwestionowanych odwołaniem wymagań, możliwe byłoby złożenie oferty przy zastosowaniu systemu nawierzchni produkcji BGS i realne konkurowanie. Poprzez wskazane powyżej czynności Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia a także ew. możliwości uzyskania przychodów z zaofiarowania w postępowaniu przez innych wykonawców nawierzchni jego produkcji. Zamawiający doprowadził bowiem do sytuacji, w której Odwołujący nie jest w stanie złożyć oferty ani nie może być zaofiarowany w postępowaniu jego systemem nawierzchni, która ma szansę konkurować z systemem CONICA, pomimo pełnej równoważności parametrów tak jakościowych jak i technicznych.

Zdaniem Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany ubieganiem się o udzielenie zamówienia. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania mógłby złożyć ofertę oraz liczyć na zawarcie umowy i uzyskanie korzyści z niej wynikających.

Izba ustaliła, co następuje:

Jak wynika z dokumentacji postępowania w części dotyczącej areny lekkoatletycznej przedmiotem zamówienia jest przebudowa istniejącego obiektu sportowego jako modernizacja obiektu w zakresie nawierzchni sportowej oraz zestawu urządzeń lekkoatletycznych. Stadion ma być dostosowany do wymagań obiektu kategorii VB według

klasyfikacji PZLA i WA. Ma on obejmować m.in. bieżnię okrężną 400m z liczbą 4 torów na okrężnej i 6 na prostej, 1 skocznnię do skoku wzwyż, jednokierunkową, dwuścieżkową skocznnię do skoku w dal i trójskoku, 1 rzutnię do pchnięcia kulą, 1 rzutnię do rzutu dyskiem i

młotem. Zamawiający wymaga przedłożenia wraz z ofertą certyfikatu WA Class 1 dla obiektu.

Zgodnie z pkt 6.2. Aneksu nr 1 do Dokumentacji projektowej- Projekt budowlany, syntetyczna wierzchnia sportowa dla stadionu kategorii VB powinna mieć parametry mieszczące się w określonych przez Zamawiającego przedziałach, w tym m.in. wytrzymałość na rozciąganie - w granicach 0,65-0,68 MPa, wydłużenie przy zerwaniu - w granicach 42%-45%, współczynnik tarcia TRRL - w granicach 50-52.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu, bowiem potwierdziły się postawione w nim zarzuty.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 3) proporcjonalny.

W myśl art. 99 ust. 2 i 4 Pzp zawierającego zasady dotyczące opisu przedmiotu zamówienia: 2. 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. 4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Nie jest sporne, że Zamawiający wprowadził górną granicę dla parametrów dotyczących nawierzchni, jaka ma być zastosowana przy realizacji zamówienia dotyczących wytrzymałość na rozciąganie, wydłużenie przy rozciąganiu, współczynnik tarcia TRRL określając je w przedziałach, które jako dolną granicę przewidują wartość wyższą, niż wymagane minimum określone przez World Athletics (WA) i Polskiego Związku Lekkiej Atletyki (PZLA) oraz wprowadził górną granicę. Według Odwołującego wartość tej górnej granicy ww. parametrów powoduje, że w postępowaniu może być zastosowana jedynie nawierzchnia produkowana przez CONICA AG, tj. wyłączona została możliwość zaoferowania wykonania przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu nawierzchni innych producentów, w tym systemu Tetrapur ENZ IIS produkcji Odwołującego, na co wskazują przedstawione przez niego dowody w szczególności w postaci zestawień parametrów.

Odwołujący wykazał, że system Tetrapur ENZ IIS jego produkcji posiada certyfikat produktowy WA, składając dowód w postaci certyfikatu, jak też wykazał, że spełnia wymogi normy PN-EN 14877, składając dowód w postaci potwierdzenia Instytutu Techniki Budowlanej z przeprowadzenia badań tej nawierzchni, a mimo to, wobec zakreszenia przez Zamawiającego na niskim poziomie górnej granicy ww. parametrów, nie jest możliwe zaoferowanie w tym postępowaniu nawierzchni jego produkcji.

W ocenie Izby Odwołujący uprawdopodobnił ograniczenie przez Zamawiającego konkurencji w postępowaniu. W związku z tym na Zamawiającym ciążył obowiązek wykazania, że określenie parametrów na przyjętym przez niego poziomie nie ogranicza konkurencji, bądź że jest uzasadnione jego konkretnymi, w pełni uzasadnionymi potrzebami. Tymczasem stanowisko zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie wskazuje, że Zamawiający nie sprostął temu wymogowi, mimo, iż już przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia winien mieć rozeznanie co do skutków wprowadzenia górnych granic ww. parametrów i powodów, dla których się na to godzi. Zamawiający bowiem stwierdził, że wykonany obiekt ma być wykonany według wytycznych Ministerstwa Sportu i Turystyki, stąd ubiegał się o dofinansowanie, a jak wynika z przedłożonego przez Odwołującego dowodu w postaci wyciągu z opracowania Ministerstwa Sportu: Budowa i przebudowa zewnętrznych obiektów lekkoatletycznych - Wytyczne dla wnioskodawców ubiegających się o dofinansowanie z Funduszu Kultury Fizycznej Departament Infrastruktury Sportowej (dalej: „Wytyczne”), przy projektowaniu stadionów lekkoatletycznych niezbędne jest odpowiednie doświadczenie w budownictwie sportowym, stosowanie sprawdzonych jakościowo technologii oraz uwzględnianie aktualnych norm budowlanych, jak również wymagań WA i PZLA. Prawidłowe zaprojektowanie obiektów i urzędzeń lekkoatletycznych wymaga bezwzględnej znajomości przez projektanta zarówno podręcznika World Athletics „Track and Field Facilities Manual”: 2019, jak i opracowania PZLA zat. „Założenia dla projektantów stadionów LA”. Nadto w Wytycznych zostało m.in. wskazane, że przedziały parametrów powinny być najlepiej tak ustalone, aby spełniały je co najmniej 2 nawierzchnie różnych producentów, oraz że w odniesieniu do specyfikacji nawierzchni w Ministerstwie zidentyfikowano błędy polegające m.in. na wskazywaniu parametrów, których spełnienie było możliwe tylko przez jeden produkt. Powyższe wskazuje, że Zamawiający nie tylko z uwagi na przepisy Pzp powinien mieć wiedzę, że nie może w sposób nieuzasadniony ograniczać konkurencji w postępowaniu. Z Wytycznych wynika także, że w przypadku istotnego zawężenia przez inwestora oczekiwanych parametrów nawierzchni (w stosunku do zakresu parametrów określonych w wytycznych WA), Ministerstwo wymaga stosownego uzasadnienia dla tak ukształtowanych obostrzeń.

Tymczasem Zamawiający nie wykazał, że stanowisko Odwołującego co do ograniczenia konkurencji jest błędne, tj. nie podniósł i nie wykazał, że parametry opisane w SWZ spełnia więcej systemów niż tylko produkt Conica AG. Samo stwierdzenie, że Zamawiający w dokumentacji projektowej określił przedziały, jakie ma spełniać nawierzchnia, bez wskazania produktu pochodzącego od konkretnego producenta nawierzchni, nie oznacza, że nie dopuścił jedynie ww. produktu. Jak bowiem wykazał w odwołaniu Odwołujący tak określone przedziały wprost wskazują na jeden system produkcji Conica AG. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający nie stwierdził, że w postępowaniu może być zaoferowana także inna nawierzchnia, a jedynie wskazując na adres ze strony internetowej Polskiego Związku Lekkiej Atletyki i przedstawione tam zestawienie stadionów, hal i urzędzeń lekkoatletycznych i stwierdził, że „wykonawców, którzy są w stanie wykonać żądany przedmiot zamówienia jest co najmniej kilku”. Takie stwierdzenie nie oznacza zaprzeczenia stanowisku Odwołującego. Tym bardziej, że z analizy tego zestawienia wynika,

że rzeczywiście wykonawców, którzy położyli nawierzchnię wskazanego systemu jest kilku, jednak nie sposób wyprowadzić z niego wniosku, że w analizowanym postępowaniu może być zastosowana inna nawierzchnia, niż tylko jednego producenta preferowanego systemu, opisanego za sprawą wprowadzenia niskiej górnej granicy ww. parametrów. Tak więc za potwierdzone należy uznać stanowisko Odwołującego, że w postępowaniu może wystąpić jedynie podmiot, który zastosuje przy realizacji zamówienia nawierzchnię systemu produkcji Conica AG.

Następnie zauważenia wymaga, że Zamawiający nie wykazał, dlaczego określenie granic parametrów w SWZ miałyby wynikać z jego uzasadnionych potrzeb, być korzystne, pozytywnie wpływać na jakość przedmiotu zamówienia, tj. zapewniać wyższą jakość, większą użyteczność czy trwałość. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający powołał się na orzeczenie Izby, gdzie zostało m.in. stwierdzone, że zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby, żądając produktu o cechach o najwyższych dostępnych standardach jakościowych, jednak nie podjął się uzasadnienia, dlaczego produkt producenta Conica AG posiada najwyższe standardy jakościowe. Było to tym bardziej wskazane, że w odwołaniu

Odwołujący wskazał, że w przypadku parametrów takich jak wytrzymałość na rozciąganie oraz wydłużenia przy rozciąganiu wyższe wartości wskazują na większą wytrzymałość i trwałość nawierzchni, zaś w przypadku współczynnika tarcia TRRL wyższa wartość tarcia zapewnia lepszą przyczepność obuwia do nawierzchni i minimalizuje ryzyko poślizgnięcia, w konsekwencji zwiększa bezpieczeństwo użytkowników nawierzchni.

Zamawiający nie wykazał, że określenie przez niego wąskich przedziałów jest uzasadnione uzyskaniem wyrobu o najlepszym poziomie jakości, zwiększa bezpieczeństwo zawodników. Twierdzenia Zamawiającego są ogólnikowe, nie tylko nie odnoszą się do zakwestionowanych w odwołaniu parametrów, nie zawierają przekonujących argumentów przemawiających za zasadnością określenia parametrów na poziomie jaki przyjął w opisie. Stwierdzenie, że „określenie takich, a nie innych parametrów nawierzchni jest podyktowane troską o uzyskanie trwałej nawierzchni zapewniającej wieloletnią i bezawaryjną eksploatację”, bez wykazania, dlaczego wyższe wartości spornych parametrów nie pozwalają na uzyskanie takiej nawierzchni, nie może być uznane za wiarygodne.

Ze stanowiska Zamawiającego wynika, że jego zdaniem Odwołujący zmierza do obniżenia jakości oferowanej nawierzchni poliuretanowej i uzyskania przewagi cenowej w postępowaniu, jednak Zamawiający nie przedstawia w tym zakresie konkretnych argumentów oraz dowodów. Nie jest wiadomo, dlaczego Zamawiający przedstawia taką sugestię. Argumentacja dotycząca uchwały nr 21/2021 Zarządu PZLA z 4 czerwca 2022 r. odnosi się - jak sam stwierdził - do stadionów kategorii I-III, podczas gdy objęty przedmiotem zamówienia stadion ma być kategorii VB. Jak sam przyznał w odpowiedzi na odwołanie w najbliższym czasie obiekt ma mieć charakter obiektu okręgowego. Wprawdzie podał jednocześnie, że będzie wykorzystywany nie tylko do imprez sportowych o charakterze lokalnym i szkolnym i ma umożliwić ubieganie się organizację mityngów o charakterze ogólnopolskim w wybranych konkurencjach, w tym celu ma uzyskać świadectwo PZLA kategorii V, jednak nie wykazał, dlaczego wyższe wielkości ww. parametrów by w tym przeszkadzały.

Także argument dotyczący historii maratońskich biegów w Dębnie sięgającej końca lat sześćdziesiątych XX wieku oraz „przyszłej wizji rozwoju tego obiektu”, bez wykazania, że ta wizja znalazła wyraz w dokumentacji postępowania, nie stanowi uzasadnienia dla ograniczenia konkurencji w analizowanym postępowaniu, nadto w sposób wskazujący na to, że, wbrew stawianym w odpowiedzi na odwołanie sugestiom, Zamawiający nie otrzyma nawierzchni lepszej jakości. Jak wynika bowiem wynika z przedłożonego przez Odwołującego dowodu w postaci opinii technicznej Instytutu Techniki Budowlanej z przeprowadzenia badań nawierzchni Tetrapur ENZ III S, w przypadku parametrów wydłużenia przy zerwaniu oraz oporu poślizgu, wyższe wartości przemawiają na korzyść wyrobu, nadto w przypadku parametru opór poślizgu, wyższa wartość wpływa na bezpieczeństwo użytkownika. W opinii tej znalazła się uwaga, z której wynika, że podana przez Zamawiającego specyfikacja w sposób istotny odbiega od wymagań wszystkich innych specyfikacji technicznych, uznanych i powszechnie stosowanych od wielu lat w ocenie nawierzchni sportowych adresowanych na bieżnie lekkoatletyczne, w szczególności wytycznych World Athletics i PN-EN 14877. Przedstawione w niej kryteria wydają się być zdefiniowane w sposób przypadkowy. Zaskakuje w szczególności wprowadzenie górnych ograniczeń dla wydłużenia przy zerwaniu., którego wyższa wartość, przy spełnieniu wymagania w zakresie wytrzymałości na rozciąganie, może przemawiać jedynie na korzyść wyrobu. Według autora opinii uwagę zwracają także kryteria tarcia, wskazujące wąski przedział dopuszczalnych wartości, którego dolna granica wykracza poza minimum określone w PN-EN 14877, górna zaś przyjmuje zaskakująco niską wartość, gdy wiadomym jest, że wyższa wartość oporu poślizgu pozytywnie wpływa na bezpieczeństwo użytkownika.

Odwołujący wykazał zatem, że wyższe wartości ww. parametrów nawierzchni korzystnie wpływają na jej jakość, zatem to nie zamykanie się na konkurencję, lecz jej rozszerzenie i dopuszczenie zastosowania przy realizacji zamówienia także nawierzchni o wyższych parametrach, może dla Zamawiającego pozytywnie wpłynąć na uzyskanie przedmiotu zamówienia, przy realizacji którego zostanie zastosowana nawierzchnia odpowiadająca jego potrzebom. Nadto może się to wiązać z większym zainteresowaniem wykonawców udziałem w postępowaniu, a w konsekwencji z korzystniejszym dla Zamawiającego poziomem cen, jakie zostaną zaoferowane przez wykonawców, w sytuacji, gdy zgodnie z Wytocznymi, zostanie dopuszczony także inny produkt.

Wyłączając możliwość zastosowania przy realizacji zamówienia bez uzasadnionych powodów nawierzchni innych producentów niż produkcji Conica AG Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji. Takie działanie nie zasługuje na akceptację. Tym bardziej, że nie zostało wykazane, aby ograniczenie konkurencji odnosiło się do produktów o wyższej jakości, lecz przeciwnie, skoro wyższe wartości parametrów zapewniają wyższą jakość. Zamawiający zamknął sobie możliwość otrzymania przedmiotu zamówienia, przy realizacji którego będzie wykorzystana nawierzchnia o korzystniejszych parametrach, co pozostaje w sprzeczności z art. 17 ust.1, zgodnie z którym 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.

Za zasadny należy także uznać zarzut nieuzasadnionego żądania przedłożenia wraz z ofertą certyfikatu WA Class 1 dla obiektu. Także w odniesieniu do tego wymogu Zamawiający nie przedstawił przekonującej argumentacji i nie wykazał zasadności tego wymagania w analizowanym postępowaniu.

Zgodnie z art. 7 pkt 20 Pzp przez przedmiotowe środki dowodowe należy rozumieć środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

Stosownie do art. 106 Pzp 1. Zamawiający może żądać innych niż wskazane w iprzedmiotowych środkach dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. 2. Zamawiający żąda przedmiotowych środków dowodowych proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i związanych z przedmiotem zamówienia. 3. Żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria.

Zamawiający stwierdził, że oczekując przedstawienia certyfikatu Class 1, ma na celu zapewnienie sobie i przyszłym użytkownikom bezpieczeństwa oraz zapewnienia, że pieniądze pozyskane na budowę stadionu lekkoatletycznego zostaną wydane w sposób właściwy, a „wbudowane produkty”, tj. nawierzchnia poliuretanowa będzie wykonana z najlepszych materiałów. Jak natomiast wyżej wykazano, określając górne granice spornych parametrów na przyjętym przez siebie poziomie, Zamawiający zamknął możliwość zaoferowania przez wykonawców nawierzchni o korzystniejszych cechach, m.in. w zakresie bezpieczeństwa.

Ponadto, jak wskazał Odwołujący, certyfikat ten jest wydawany dla wybudowanych już obiektów, natomiast Zamawiający w analizowanym postępowaniu nie wymagał od wykonawców przeprowadzenia takiej certyfikacji. Tym samym trudno dopatrzeć się związku wymogu przedłożenia tego certyfikatu z przedmiotem zamówienia analizowanego postępowania, tym bardziej trudno przyjąć, że żądanie tego certyfikatu jest proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z przedłożoną przez Odwołującego uchwałą nr 41/2020 PZLA, wymóg odnoszący się do wymaganego przez Zamawiającego certyfikatu dotyczy tylko obiektów kategorii I -III, a więc wyższej kategorii, niż przedmiot zamówienia, który należy do kategorii VB i na którym mogą być rozgrywane zawody okręgowe, lokalne i szkolne, co wynika ze złożonej przez Odwołującego uchwały nr 44/2020 PZLA. W związku z tym wymagany jest dla niego certyfikat WA Produkt.

Certyfikat Class 1 wystawiony dla innego obiektu nie stanowi potwierdzenia, że zaferowana w ofercie nawierzchnia syntetyczna spełnia wymagania Zamawiającego określone w dokumentacji projektowej dla analizowanego postępowania, lecz może potwierdzać zgodność z wymogami określonymi w innym postępowaniu, zgodnie z którymi została wykonana nawierzchnia dla obiektu certyfikowanego.

Również argument przedstawiony w odpowiedzi na odwołanie dotyczący wizji rozwoju jako niczym nie poparty, nie może być uznany za przemawiający za zasadnością wprowadzenia takiego wymogu, który ogranicza konkurencję w postępowaniu. Jak bowiem na rozprawie wskazał Odwołujący, w Europie znajduje się tylko jeden obiekt posiadający taki certyfikat Class 1, wykonany w technologii, która jako jedyna na rynku spełnia wymagania określone przez Zamawiającego, tj. system produkcji Conica AG.

Zawężanie kręgu wykonawców poprzez opis przedmiotu zamówienia oraz postawiony wymóg co do przedłożenia certyfikatu niezwiązanego z przedmiotem zamówienia, stanowią wymogi, co do których nie zostało wykazane, aby były konieczne dla zaspokojenia racjonalnych i obiektywnie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, nie zasługuje na aprobatę. W ocenie Izby określenie w SWZ niczym nieuzasadnionych wąskich przedziałów wartości w ramach spornych parametrów oraz wprowadzenie wymogu przedłożenia wraz z ofertą certyfikatu WA Class 1 dla obiektu ma negatywny wpływ na konkurencyjność postępowania. Dopuszczenie rozwiązań spełniających określone przez Zamawiającego minimalne parametry, jednak w szerszym przedziale wartości, tj. podwyższenie górnej ich granicy, jak też wykreślenie wymogu przedłożenia certyfikatu WA Class 1 dla obiektu, pozwoli na zwiększenie konkurencyjności postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie stwierdzono naruszenie

zarzucanych przez Odwołującego przepisów Pzp, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania. Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Izba uwzględniła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Zamawiający.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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).

Przewodniczący: .....