Sygn. akt: KIO 759/23

WYROK

z 31 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2023 r. przez I.S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I.S.,

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasto Ostrów Wielkopolski,

przy udziale wykonawcy BSG Sp. z o.o. z siedzibą w Zgierzu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający zaoferowanie nawierzchni posiadającej następujące parametry:

1) wytrzymałość na rozciąganie – 0,74,

2) wydłużenie w chwili zerwania – 66,

3) współczynnik tarcia TRRL – 61,

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Ostrów Wielkopolski 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 Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą

uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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: .....

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Gmina Miasto Ostrów Wielkopolski – prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Wykonanie pełnobranżowej dokumentacji projektowej wraz z wykonaniem robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Kompleksowa modernizacja stadionu lekkoatletycznego przy ul. Kusocińskiego". Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 13 marca 2023 r. pod nr 2023/BZP 00133042.

W dniu 20 marca 2023 r. I.S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I.S. wniosła odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 17 ust. 1-2 ustawy Pzp, przez zastosowanie w postępowaniu parametrów granicznych niezapewniających najlepszej jakości uzasadnionej charakterem zamówienia i nieprowadzących do uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów,

2) art. 99 ust. 2 ustawy Pzp, przez zamieszczenie w opisie przedmiotów zamówienia parametrów dotyczących nawierzchni, dobranych w sposób, który uniemożliwia złożenie Odwołującemu oferty,

3) art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, przez opisanie parametrów granicznych w odniesieniu do nawierzchni, które w

zbiegu parametrów prowadzą do opisu w sposób zbieżny w skutkach z użyciem w opisie zamówienia nazwy własnej systemu nawierzchni CONIPUR M firmy CONICA AG.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający zaoferowanie nawierzchni posiadającej następujące parametry:

- wytrzymałość na rozciąganie – 0,74,
- wydłużenie w chwili zerwania – 66,
- współczynnik tarcia TRRL – 61.

Odwołujący wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje:

- wykonanie pełnobranżowej dokumentacji projektowej technicznej oraz wykonawczej stadionu lekkoatletycznego wraz z infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu,

- roboty budowlane polegające na wykonaniu: bieżni lekkoatletycznej okrężnej 400 m z 5 torami na okrężnej i na prostej o łącznej długości odcinka prostego 130 m, dodatkowo bieżni prostej o długości 110 m, skoczni do skoku w dal i trójskoku, skoczni w wzwyż, treningowej rzutni do pchnięcia kulą, treningowej rzutni do rzutu młotem/dyskiem, rzutni do rzutu oszczepem, bieżni do rozgrzewki (w budynku) 2 tory o długości 100 m oraz 3 tory o długości 60 m, budynku zaplecza, trybuny dla kibiców z sektorem dla gości, boiska piłkarskiego z nawierzchni naturalnej; w ramach zadania wykonana zostanie infrastruktura wodociągowa, kanalizacyjna, cieplna i elektryczna.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia opisano w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (załącznik nr 8 do SWZ), gdzie wskazano wprost, że obiekt sportowy ma uzyskać świadectwo PZLA kat. VA. W dokumencie tym w zakresie nawierzchni bieżni sportowej postawiono m.in. następujące wymagania:

1) Po przebudowie obiekt będzie spełniał kat VA Polskiego Związku Lekkiej Atletyki, dzięki czemu będzie możliwość organizacji zawodów mistrzostw Polski w biegach długich i mityngów ogólnopolskich.

2) Wszystkie urządzenia lekkoatletyczne (bieżnie, rzutnie, skocznie, nawierzchnie) należy wykonać zgodnie z aktualnymi wytycznymi WA i PZLA. Przewiduje się dostosowanie istniejącej areny lekkoatletycznej do kategorii VA zgodnie z wymaganiami stawianymi przez Światową Lekkoatletykę (WA) oraz Polski Związek Lekkiej Atletyki (PZLA).

3) Projektuje się urządzenia lekkoatletyczne o nawierzchni typu FullPur – pełny poliuretan. Minimalna grubość to 14 mm, a w miejscach odbić, wskazanych na rysunkach nawierzchnia zostanie pogrubiona do 20 mm.

4) Nawierzchnia sportowa typu pełny poliuretan „Full Pur" bezspoinowa, poliuretanowogumowa, grubość min 14 mm, nieprzepuszczalna dla wody do użytkowania w butach z kolcami, wykonywana bezpośrednio na placu budowy na podbudowie betonowej. Składająca się z 3 warstw z czego górna warstwa użytkowa o grubości min 4 mm. W każdej warstwie nawierzchnia posiada jednolitą barwę w połączeniu z granulatem EPDM. Służy do pokrywania nawierzchni bieżni lekkoatletycznych, sektorów i rozbiegów konkurencji technicznych zawodów lekkoatletycznych na obiektach na których odbywają się zawody najwyższej światowej rangi GS. Nawierzchnia ma spełniać wymogi WA/IAAF. Poszczególne warstwy muszą posiadać barwę pochodzącą od koloru zastosowanego granulatu EPDM

i kompatybilnego z nim kolorem systemu PUR. Grubości warstw i komponenty muszą być potwierdzone w kompletnym raporcie wydanym przez akredytowane przez WA/IAAF laboratorium w celu uzyskania certyfikatu produktowego tzw: „Product Certificate".

Odwołujący wskazał, że posiada w swojej ofercie nawierzchnię sportową TETRAPUR III M producenta BSG Sp. z o.o., która spełnia wszystkie ww. wymagania, tj. jest nawierzchnią certyfikowaną, najwyższej jakości, posiada wszelkie wymagane dokumenty i certyfikaty, jest zainstalowana na szeregu różnych obiektów o najwyższej jakości, a w konsekwencji jej użycie pozwala na uzyskanie przez Zamawiającego kategorii obiektu sportowego VA według PZLA.

Odwołujący podniósł, że w dalszej części PFU, na str. 28 Zamawiający zawarł wymaganie, że nawierzchnia powinna mieć parametry mieszczące się w przedziałach określonych poniżej:

1. Grubość nawierzchni:	min. 14 [mm]
2. Wytrzymałość na rozciąganie:	0.7-0.73 [MPa]
3. Wydłużenie chwili zerwania:	62-65 [%]
4. Redukcja siły w temp. 23^{O} C:	37-40 [%]

5. Odkształcenie pionowe w temp. 23^{O} C: 1.7-2.0 [mm]

6. Współczynnik tarcia TRRL: 50-59 [TRRL]

Odwołujący podniósł, że ustalenie parametrów granicznych nawierzchni w ten sposób powoduje, że w niniejszym

postępowaniu może zostać zaoferowany tylko jeden produkt (nawierzchnia CONIPUR M producenta Conica AG), gdyż tylko ta nawierzchnia posiada

parametry mieszczące się w powyższych granicach. Poprzez ustanowienie konkretnych zakresów parametrów nawierzchnia, którą dysponuje Odwołujący jest wykluczona, mimo że jest nawierzchnią wysokiej jakości i przy jej użyciu możliwe jest spełnienie celu niniejszego postępowania, jakim jest budowa obiektu sportowego kat. VA. Relacja parametrów wymaganych przez Zamawiającego w odniesieniu do parametrów nawierzchni Odwołującego (Tetrapur III M) oraz jedynej nawierzchni, jaką w tym postępowaniu można zaoferować (Conipur M) przedstawia się następująco:

parametr		wymagania Zamawiającego		wymagania World Athletics	nawierzchnia CONIPUR M	nawierzchnia TETRAPUR III M
					producent: CONICA	producent: BSG
grubość nawierzchni (mm)		min. 14		min. 13	14	14,1
wytrzymałość rozciąganie (MPa)	na	0,70-0,73		≥0,4	0,72	0,74
wydłużenie w zerwania (%)	chwili	62-65		≥40	62	66
redukcja siły w temp. 23ºC (%)	37-40	35-50	37	37		
odkształcenie pionowe w temp. 23ºC (mm)	1,7-2,0	0,6-2,5	1,8	1,8		
współczynnik tarcia TRRL	50-59	≥47	53	61		

Odwołujący wskazał, że oferowana przez niego nawierzchnia została wykluczona w zakresie następujących parametrów: wytrzymałość na rozciąganie, wydłużenie w chwili zerwania, współczynnik tarcia TRRL.

W ocenie Odwołującego taki sposób ukształtowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób oczywisty narusza zasady udzielania zamówień publicznych, ukształtowanie trzech powyższych parametrów granicznych eliminuje bowiem nawierzchnię Odwołującego, mimo że nie ma do tego żadnych podstaw. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu wprowadził zaś parametry techniczne ograniczające konkurencyjność postępowania, które nie wynikają z wymagań Polskiego Związku Lekkiej Atletyki czy World Athletics ani jakichkolwiek innych dokumentów czy regulacji branżowych, a są jedynie kopią parametrów technicznych nawierzchni CONIPUR M. Zamawiający opisał parametry nawierzchni w sposób wskazujący na jeden, konkretny produkt, a ponadto dopuszcza parametry gorsze, a uniemożliwia zaoferowanie produktów z parametrami lepszymi.

Zdaniem Odwołującego, aktualny opis zamówienia w zakresie parametrów granicznych został dokonany z naruszeniem art. 99 ust. 2 ustawy 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 III M. Jednocześnie aktualne parametry graniczne umożliwiają w odniesieniu do nawierzchni zaoferowanie wyłącznie produktu Conipur M producenta Conica AG. W parametrach tych nie mieści się także żaden inny produkt występujący na rynku.

Ponadto Odwołujący podniósł, że naruszenie art. 99 ust. 4 ustawy 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 – z taką sytuacją mamy do czynienia w tej sprawie). Pomimo opisania przedmiotu zamówienia ze wskazaniem na konkretne produkty Zamawiający nie zrealizował obowiązku dopuszczenia rozwiązań równoważnych.

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

W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu, aktualny opis przedmiotu zamówienia, w kwestionowanym zakresie narusza w sposób oczywisty wskazane powyżej zasady udzielania zamówień publicznych, a 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. Odwołujący wskazał przy tym, że certyfikaty z kategorią obiektu przyznaje Polski Związek Lekkiej Atletyki stosując aktualne przepisy WA oraz wydanych przez siebie uchwał, a Odwołujący nigdy nie miał problemu z uzyskaniem kat. VA na obiektach z nawierzchnią Tetrapur III M.

Odwołujący wskazał na orzeczenia Izby nakazujące dopuścić nawierzchnię o parametrach oferowanych przez Odwołującego. Powołał się również na wytyczne dla wnioskodawców ubiegających się o dofinansowanie z Funduszu Rozwoju Kultury Fizycznej, wydane w lutym 2022 roku przez Ministerstwo Sportu i Turystyki, w których wskazano:

- jednym z podstawowych zastrzeżeń Ministerstwa do dokumentacji projektowych jest „arbitralne i często niczym

nieuzasadnione (merytorycznie) definiowanie oczekiwanych parametrów nawierzchni lekkoatletycznych, co w istotnej części przypadków stanowi przesłankę do uznania, że taki opis przedmiotu zamówienia zakłóca uczciwą konkurencję, bądź zdradza jednoznacznie brak znajomości tematu bądź próbę manipulacji mającej na celu promocję konkretnego rozwiązania (np. poprzez dobór parametrów nieistotnych przy jednoczesnym pominięciu kluczowych itd.)" (str. 5),

- jednym z błędów dotyczących specyfikacji nawierzchni jest „wskazywanie parametrów, których spełnienie było możliwe tylko przez 1 produkt" (str. 15 wytycznych), a także że „jeżeli ograniczamy przedziały określone w wytycznych WA (IAAF) to musimy nadal posługiwać się przedziałami. Dodatkowo powinny być ustalone najlepiej w taki sposób, aby spełniały je co najmniej 2 nawierzchnie różnych producentów, przy czym fakt spełniania tych wymogów przez 2 nawierzchnie nie przesądza jeszcze o prawidłowości specyfikacji w świetle rygorów przepisów o zamówieniach publicznych" (str. 16).

Odwołujący podkreślił, że niniejsze zamówienie również jest finansowe ze środków rządowych (Polski Ład), a zatem bezsprzecznie powyższe wytyczne także mają zastosowanie do tej sprawy. Wskazał, że w wytycznych stwierdzono również, że każda nawierzchnia, która spełnia wymogi (potwierdzone uzyskaniem tzw. Product Certificate

poprzez badanie w jednym z akredytowanych przez World Athletics laboratoriów) uznawana jest przez World Athletics za właściwą do użytkowania przez lekkoatletów. Produkt TETRAPUR III M posiada tzw. Product Certificate oraz badania wykonane przez akredytowanych przez World Athletics laboratorium – co oznacza, że oferowany przez Odwołującego produkt jest zgodny z przepisami, bezpieczny i właściwy do użytkowania przez lekkoatletów. W ocenie Odwołującego nie ma więc żadnego powodu, aby eliminować z postępowania oferowany przez niego produktu produkt.

W odniesieniu do wytrzymałości na rozciąganie Odwołujący wskazał, że jest to parametr opisujący trwałość nawierzchni poliuretanowej i jej podatność na uszkodzenia. Wyższe wartości tych parametrów wskazują na większą wytrzymałość i trwałość nawierzchni. Oznacza to, że nawierzchnia Odwołującego posiadająca wyższą wartość (0,74) niż oczekiwana przez Zamawiającego (0,70-0,73) jest nawierzchnią lepszą – a mimo to nie została przez Zamawiającego dopuszczona. Odwołujący podniósł, że wymagania World Athletics (WA) określają jedynie minimalne wartości dla tego parametru na poziomie ≥0,4. Również norma PN-EN 14877:2014 „Nawierzchnie syntetyczne niekrytych terenów sportowych. Specyfikacja" określa minimalną wartość tego parametru na poziomie 0,4 MPa. Oznacza to, że nawierzchnia Odwołującego mieści się we wszystkich obowiązujących w tym zakresie regulacjach. Zamawiający natomiast postawił wymagania parametrów granicznych w taki sposób, że wartość lepsza jest niedopuszczalna. Aktualny parametr graniczny SWZ uniemożliwia zaoferowanie nawierzchni Tetrapur III M pomimo, że posiada ona parametr wytrzymałości na rozciąganie na wyższym poziomie niż preferowany Conipur M. Wymaganie preferuje mniejszą trwałość, a zatem całkowicie odwrotnie niż nakazuje to logika i dbałość o najwyższą jakość wymaganego produktu.

Również w odniesieniu do wydłużenia w chwili zerwania Odwołujący podniósł, że aktualnie wymagany parametr graniczny dopuszcza mniejszą trwałość nawierzchni, a uniemożliwia zaoferowanie produktu o parametrze zdecydowanie lepszym. Także w tym przypadku wyższa wartość tego parametru wskazuje na większą wytrzymałość i trwałość nawierzchni. Oznacza to, że nawierzchnia Odwołującego posiadająca wyższą wartość (66%) niż oczekiwana przez Zamawiającego (62-65) jest nawierzchnią lepszą – a mimo to nie została przez Zamawiającego dopuszczona. Odwołujący wskazał, że wymagania World Athletics (WA) określają jedynie minimalne wartości dla tego parametru na poziomie 40%. Również norma PN-EN 14877:2014 „Nawierzchnie syntetyczne niekrytych terenów sportowych. Specyfikacja" określa minimalną wartość tego parametru na poziomie 40%. Oznacza to, że nawierzchnia Odwołującego mieści się we wszystkich obowiązujących w tym zakresie regulacjach. Również w tym zakresie wymaganie Zamawiającego preferuje mniejszą trwałość.

W zakresie współczynnika tarcia TRRL Odwołujący wskazał, że jest to parametr, który definiuje zarówno obowiązująca Norma PN-EN 14877:2014, jak i wymagania World Athletics. Norma określa wymagania dla tarcia dla nawierzchni mokrej w przedziale 55-110, a dla nawierzchni suchej w przedziale 80 – 110. Wymagania World Athletics wskazują zaś, że parametr musi wynosić ≥ 47 dla nawierzchni mokrej. Nawierzchnia Odwołującego posiada parametr TRRL 61, a zatem spełnia wszelkie powyższe wymagania określone w normach i wytycznych. Odwołujący podniósł, że 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. W przypadku wartości, jaką ma nawierzchnia Odwołującego nie mamy jednak do czynienia z tak wysoką wartością, która powodowałaby ryzyko kontuzji. Zamawiający określając swoje wymagania na poziomie wartości 50-59 wymaga nawierzchni bardziej śliskiej, a wyklucza nawierzchnię Odwołującego z parametrem wyższym i lepszym (61), bo zapewniającą lepszą przyczepność.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego skutecznie przystąpił wykonawca BSG Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Odwołującego. Izba oddaliła opozycję Zamawiającego przeciwko przystąpieniu

tego wykonawcy do postępowania odwoławczego, stwierdzając, że interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść danej strony należy rozumieć szeroko, a w przypadku odwołania dotyczącego postanowień SWZ niezasadne jest ocenianie tego interesu pod kątem przewidywań co do możliwości złożenia oferty przez wykonawcę, który zgłasza przystąpienie.

Izba ustaliła, że następujący stan faktyczny:

Zgodnie z punktem 3.1 SWZ przedmiot zamówienia obejmuje:

1) wykonanie pełnobranżowej dokumentacji projektowej technicznej oraz wykonawczej stadionu lekkoatletycznego wraz z infrastruktura techniczną i zagospodarowaniem terenu,

2) roboty budowlane polegające na wykonaniu: bieżni lekkoatletycznej okrężnej 400 m z 5 torami na okrężnej i na prostej o łącznej długości odcinka prostego 130 m, dodatkowo bieżni prostej o długości 110 m, skoczni do skoku w dal i trójskoku, skoczni wzwyż, treningowej rzutni do pchnięcia kulą, treningowej rzutni do rzutu młotem/dyskiem, rzutni do rzutu oszczepem, bieżni do rozgrzewki (w budynku) 2 tory o długości 100 m oraz 3 tory o długości 60 m, budynku zaplecza, trybuny dla kibiców z sektorem dla gości, boiska piłkarskiego z nawierzchni naturalnej; w ramach zadania wykonana zostanie infrastruktura wodociągowa, kanalizacyjna, cieplna i elektryczna.

Zgodnie z punktem 3 PFU: Po przebudowie obiekt będzie spełniał kat VA Polskiego Związku Lekkiej Atletyki, dzięki czemu będzie możliwość organizacji zawodów mistrzostw Polski w biegach długich i mityngów ogólnopolskich.

W punkcie XV PFU Zamawiający podał m.in.:

Projektuje się urządzenia lekkoatletyczne o nawierzchni typu FullPur - pełny poliuretan. Minimalna grubość to 14 mm, a w miejscach odbić, wskazanych na rysunkach nawierzchnia zostanie pogrubiona do 20 mm. (...)

Nawierzchnia powinna mieć parametry mieszczące się w przedziałach określonych poniżej:

1. Grubość nawierzchni min 14 [mm]

2.Wytrzymałość na rozciąganie: 0.70-0.73[MPa]

3. Wydłużenie w chwili zerwania: 62-65 [%]

4. Redukcja siły w temp 23oC: 37-40 [%]

5. Odkształcenie pionowe w temp. 23oC: 1.7-2.0 [mm]

6. Współczynnik tarcia TRRL 50-59 [TRRL]

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

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

Stosownie do art. 99 ust. 2 ustawy Pzp: Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić

się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

Art. 99 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że 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.

W ocenie Izby Zamawiający, opisując parametry nawierzchni dotyczące wytrzymałości na rozciąganie, wydłużenia w chwili zerwania oraz współczynnika tarcia TRRL, naruszył przywołane wyżej przepisy ustawy.

Na wstępie podkreślenia wymaga, że zamawiający, jako podmiot dokonujący zakupów, jest uprawniony do określenia swoich oczekiwań dotyczących przedmiotu zamówienia, jego cech i funkcjonalności. Swoboda zamawiającego w określaniu cech produktów, które chce zakupić, jest jednak ograniczona koniecznością zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji. Z jednej strony oczywistym jest, że określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym nabywcą określonych towarów czy usług, a konieczności zachowania uczciwej konkurencji nie można utożsamiać z nakazem umożliwienia złożenia oferty przez jak najszerszy krąg wykonawców, w oderwaniu od potrzeb Zamawiającego. Z drugiej jednak strony 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.

W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie nie ma wątpliwości, że zaskarżone postanowienia SWZ powodują, że w postępowaniu może być zaoferowana wyłącznie nawierzchnia Conipur M producenta Conica AG, co potwierdzają złożone przez Odwołującego i Przystępującego zestawienia parametrów technicznych nawierzchni, a czemu Zamawiający nie zaprzeczył. W tej sytuacji o zachowaniu konkurencji nie może świadczyć podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, że po wniesieniu odwołania wpłynęły do niego pisma od czterech wykonawców, którzy deklarują, że spełniają wszystkie

wymagania dotyczące nawierzchni (Gardenia Sport Sp. z o.o., TAMEX Obiekty Sportowe S.A., EVERSport Sp. z o.o. Intelhall Sp. z o. o.). Zauważenia wymaga, że każdy z tych wykonawców współpracuje z producentem Conica AG i może zaoferować właśnie produkowaną przez niego nawierzchnię, co potwierdza złożone przez Odwołującego pismo przedstawiciela Conica AG. Jak słusznie wskazał Odwołujący, fakt, że na rynku istnieje kilku różnych wykonawców, którzy oferują nawierzchnię Conipur M, nie oznacza, że zasada konkurencyjności została zachowana. Ponieważ jest to jedyna nawierzchnia spełniająca wszystkie parametry opisane przez Zamawiającego, należy stwierdzić, że konkurencja w postępowaniu została bardzo istotnie ograniczona.

Wobec powyższego należało ocenić, czy to takie ograniczenie konkurencji znajduje usprawiedliwienie w obiektywnie uzasadnionych potrzebach Zamawiającego. Zdaniem Izby Zamawiający nie przedstawił przekonującego uzasadnienia wprowadzenia do SWZ zaskarżonych wymagań. Ani stanowisko Zamawiającego zaprezentowane na rozprawie, ani przedstawione przez niego dowody nie potwierdzają, że wymagania te mają oparcie w jego uzasadnionych potrzebach, a nie że są podyktowane dążeniem do ograniczenia konkurencji.

Z kolei dowody przedstawione przez Odwołującego i Przystępującego potwierdzają, że oferowane przez nich nawierzchnie pozwalają na uzyskanie obiektu klasy VA, co jest zgodne z potrzebami Zamawiającego określonymi w PFU. Przedstawiono bowiem szereg dowodów (certyfikat World Athletics dla Tetrapur III M, świadectwa PZLA, referencje, zestawienie obiektów posiadających certyfikat Class1, opinia techniczna laboratorium akredytowanego przy World Athletics, podręcznik „Track and Field Facilities Manual") potwierdzających, że obiekty z nawierzchnią Tetrapur spełniają wymagania World Athletics oraz nie tylko uzyskują certyfikat kategorii VA (tj. taki, jaki jest wymagany w tym postępowaniu), ale i kategorie wyższe – w tym certyfikat Class 1. Wobec powyższego za nieprawdziwe Izba uznała stanowisko Zamawiającego, jakoby wyłącznie nawierzchnie Conipur lub Mondo wypełniały normy nałożone przez instytucje certyfikujące i Polski Związek Lekkiej Atletyki. Stanowisko to nie zostało poparte dowodami, Odwołujący i Przystępujący przedstawili natomiast dowody potwierdzające okoliczność przeciwną.

Co więcej, określenie trzech parametrów będących przedmiotem odwołania w sposób, w jaki zrobił to Zamawiający, wyklucza możliwość zaoferowania nawierzchni o parametrach lepszych, tj. lepszej wytrzymałości na rozciąganie, lepszym parametrze wydłużenia w chwili zerwania, a także wyższym współczynniku tarcia. Zamawiający w żaden sposób nie zakwestionował twierdzeń, że wyższe wartości wytrzymałości na rozciąganie i wydłużenia przy zerwaniu odzwierciedlają trwałość wyrobu i są korzystniejsze oraz że wyższe tarcie oznacza parametr lepszy z punktu widzenia bezpieczeństwa użytkowników. Zamawiający twierdził jedynie, że to połączenie parametrów decyduje o jakości produktu, nie

podjął jednak nawet próby wykazania, aby trzy zaskarżone parametry, będące obiektywnie lepszymi, w połączeniu z innymi właściwościami nawierzchni powodowały spadek jej walorów funkcjonalnych. Trudno więc zrozumieć, w jaki sposób nawierzchnia przykładowo bardziej odporna na rozciąganie, może uniemożliwiać – jak twierdził Zamawiający – osiągnięcie celów zamówienia.

W tej sytuacji nie sposób uznać za wystarczające przedstawionych przez Zamawiającego dowodów w postaci stanowisk zawodników Klubu Sportowego Stal LA oraz władz tego Klubu. Dowody te w żadnej mierze nie wykazują, że nawierzchnia, w której trzy zaskarżone parametry mają wyższe wartości, ma gorsze walory z punktu widzenia czy to możliwości organizowania imprez sportowych, czy wyników osiąganych przez zawodników. Nie wskazano w nich żadnych argumentów, które mogłyby być uznane za usprawiedliwiające dopuszczenie tylko jednej nawierzchni konkretnego producenta. Z kolei z pisma Zbigniewa Polakowskiego – Przewodniczącego Komisji Obiektów i Urządzeń PZLA wynika jedynie, że ilość i usytuowanie zaprojektowanych urządzeń lekkoatletycznych oraz rodzaj nawierzchni syntetycznej bieżni i rozbiegów jest zgodna z minimalnymi wymaganiami World Athletics i PZLA dla wnioskowanej kategorii stadionu tj. VA. Nieuprawnione jest wnioskowanie z tego pisma, że tylko nawierzchnia o opisanych parametrach jest zgodna z tymi wymaganiami. Zauważenia wymaga przy tym, że również Odwołujący przedstawił pisma ww. osoby, zawierające pozytywną opinię o nawierzchniach Tetrapur i potwierdzające uzyskiwanie przez obiekty, w których taką nawierzchnię wykonano, świadectw PZLA.

Uzasadnieniem dla takiego opisania przedmiotu zamówienia nie są powoływane przez Zamawiającego uchwały PZLA (nr 21/2021 z 4 czerwca 2021 r. i nr 72/2022 z 29 grudnia 2022 r.). Żadna z tych uchwał nie wskazuje na ściśle określone parametry nawierzchni, a jak wyżej wskazano – również inne nawierzchnie spełniają opisane w tych uchwałach wymagania dla obiektów klasy Va i uzyskują stosowne świadectwa w tym zakresie. Jeśli zatem różne nawierzchnie spełniają wymagania przewidziane dla obiektów klasy Va, to trudno uznać za usprawiedliwione zawężanie kilku parametrów w sposób, który powoduje, że tylko jedna z tych nawierzchni może być zaoferowana.

Pozostała argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego w sposób ogólny odwołuje się do takich kwestii, jak ranga i tradycje Klubu Sportowego Stal LA i osiągnięcia trenujących tam zawodników, umożliwienie organizowania zawodów sportowych oraz osiągania jak najlepszych wyników przez zawodników. Trudno uznać tę argumentację za przekonującą, biorąc pod uwagę, że Zamawiający nie tylko nie wykazał, ale nawet nie wyjaśnił, w jaki sposób nawierzchnia zgodna z wymaganiami WA i PZLA oraz umożliwiająca uzyskanie stosownych certyfikatów i zaklasyfikowanie obiektu zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego (co zostało wykazane dowodami przedstawionymi przez Odwołującego

i Przystępującego) miałaby stać na przeszkodzie realizacji zawodów sportowych, dla których ma być przeznaczona oraz osiąganiu oczekiwanych wyników sportowych.

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o przesłuchanie w charakterze świadka Tomasza Majewskiego – Wiceprezesa PZLA, uznając ten dowód za zbędny dla rozpoznania sprawy. Wskazać należy, że to Zamawiający odpowiada za prawidłowy opis przedmiotu zamówienia i wykazanie swoich uzasadnionych potrzeb, natomiast w zakresie, w jakim potrzeby te są powiązane z wytycznymi PZLA, zostały powołane stosowne uchwały tego Związku, z których wynika stan faktyczny w zakresie wymagań dotyczących obiektów sportowych.

Na koniec zauważenia wymaga, że Izba wielokrotnie rozstrzygała już analogiczne sprawy, jednoznacznie stwierdzając, że określenie parametrów nawierzchni w taki sposób, jak to zrobił Zamawiający, stanowi naruszenie przepisów ustawy (przykładowo wyroki w sprawach: KIO 8/21, KIO 3466/21, KIO 3667/21, 157/22). W rozpoznawanej sprawie nie wystąpiły żadne dodatkowe okoliczności, które pozwalałyby na odmienną ocenę opisanych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu parametrów.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy w stopniu mogącym mieć istotny wpływ na wynik postępowania, zatem odwołanie – stosownie do art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Zamawiającego.

Przewodniczący: .....