

Warszawa, dnia 29 czerwca 2021 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**Krajowa Izba Odwoławcza**

ul. Postępu 17a, 02 - 676 Warszawa

Odwołujący:**TAMEX OBIEKTY SPORTOWE S.A.**

ul. Rydygiera 8/3a, 01-793 Warszawa

KRS: 0000287548

Pełnomocnik:

r.pr. Dariusz Ziemiński, Kancelaria Radcy Prawnego Dariusz Ziemiński & Partnerzy

Plac Konesera 6 / B4, 03-736 Warszawa

tel. 664118801, e-mail: dziembinski@kzp.net.pl**Zamawiający:****Gmina Cieszyn**

Rynek 1, 43-400 Cieszyn

REGON: 072182338

e-mail: przetargi@um.cieszyn.pl**O D W O Ł A N I E**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.:

„Wykonanie modernizacji stadionu miejskiego przy al. Łyska w Cieszynie”,

numer referencyjny: 2021/BZP 00093898/01

- I. Na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.; dalej: „**ustawa Pzp**”), w imieniu wykonawcy TAMEX OBIEKTY SPORTOWE S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „**Odwołujący**”), ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Gminy Cieszyn (dalej: „**Zamawiający**”), podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie podstawowym, na podstawie: art. 275 pkt 1 ustawy Pzp, pn.: „Wykonanie modernizacji

stadionu miejskiego przy al. Łyska w Cieszynie”, numer referencyjny: : 2021/BZP 00093898/01 (dalej: „**Postępowanie**”) oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp.

- II. Przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja stadionu miejskiego w Cieszynie przy Al. J. Łyska w Cieszynie” Obszar całej planowanej inwestycji obejmuje działki ewidencyjne o numerach 20/1, 22/1, 23/1, 27, Obr. 54 oraz działkę o numerze ewidencyjnym 14/1, Obr. 55. Natomiast zakres projektu zamiennego obejmuje działkę nr 20/1, Obr. 54 oraz działkę o nr 14/1, Obr. 55.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 7 do SWZ – opis przedmiotu zamówienia (część ogólna) oraz załącznik nr 7a do SWZ - dokumentacja projektowa na którą składają się: projekt budowlany i przedmiary robót.

Zamawiający wymaga by wykonawca udzielił na wykonane roboty budowlane minimum 60 miesięcy gwarancji, zaś na dostarczone wyposażenie zgodnie z gwarancją producenta lecz nie mniej niż 24 miesiące.

- III. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych – ogłoszenie nr 2021/BZP 00093898/01 z dnia 24 czerwca 2021. Ogłoszenie jest dostępne na stronie: <https://bip.um.cieszyn.pl/attachments/download/63434>.
- IV. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w Postępowaniu o wartości zamówienia nie przekraczającej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp (tj. niższej niż progi unijne, określone w przepisach Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/EU z dnia 26 lutego 2014r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE; Dz.Urz. UE L 94 z 28.03.2014 str. 14, z późn. zm.).
- V. O okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął wiadomość w dniu 24 czerwca 2021 r., w którym Wykonawca zapoznał się z publikacją ogłoszenia i odnośną specyfikacją warunków zamówienia (dalej: „**SWZ**”). Niniejsze odwołanie jest wnoszone 29 czerwca 2021 r., w związku z czym uznać należy, że Odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 515 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

VI. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone na następujące czynności Zamawiającego, podjęte oraz zaniechane w toku Postępowania, a polegające na:

1. sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób nielegalnie ograniczający uczciwą konkurencję,
2. zaniechaniu sformułowania kryteriów równoważności (pozorne wprowadzenie równoważności),
3. zaniechanie zapewnienia najlepszej jakości w zakresie przedmiotu zamówienia,

VII. Przez opisane wyżej czynności i zaniechania Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów prawa wskazanych bezpośrednio poniżej oraz w uzasadnieniu odwołania:

1. **naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp**, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty co doprowadziło do uprzywilejowania wykonawców posiadających licencję na nawierzchnię sportową TETRAPUR ENZ III M oraz do wyeliminowania niektórych wykonawców (w tym Odwołującego), posiadających licencję na inną nawierzchnię sportową, która spełnia uzasadnione potrzeby Zamawiającego; w skutek powyższego Zamawiający określił wymagania OPZ w sposób, który narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie odzwierciedla minimalnych poziomów, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości,
2. **naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust 1 ustawy Pzp w związku z 99 ust. 6 ustawy Pzp**, poprzez pozorne dopuszczenie możliwości zaoferowania produktów równoważnych do nawierzchni sportowej TETRAPUR ENZ III M, gdyż żądanie wykazania spełnienia wymagań OPZ, charakterystycznych tylko dla nawierzchni TETRAPUR ENZ III M nie umożliwia faktycznie zaoferowania żadnej innej, równoważnej nawierzchni sportowej, co świadczy o tym, że Zamawiający faktycznie zaniechał wskazania kryteriów równoważności w SWZ; w skutek powyższego Zamawiający określił wymagania równoważności w sposób, który narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie odzwierciedla minimalnych poziomów, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości.

VIII. Wskazując na powyższe, na podstawie art. 516 ust. 1 pkt. 9 ustawy Pzp Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu, aby:

1. zmienił treść Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
2. dokonaną zmianę Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SWZ, oraz zamieścił zmianę Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ na stronie internetowej, na której Ogłoszenie o zamówieniu lub SWZ jest udostępniana,
3. przesunął termin składania odwołania o niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie opracowanie oferty.

IX. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. Jednak w sytuacji, gdy treść ogłoszenia o zamówieniu i postanowienia SWZ zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą Pzp, w szczególności, gdy Zamawiający wadliwie sformułował OPZ oraz zaniechał wprowadzenia kryteriów równoważności, Odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty w Postępowaniu. Kwestionowane w odwołaniu postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach. Powyższe niebicie dowodzi istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to prawidłowo sformułowałby treść ogłoszenia o zamówieniu i postanowienia SWZ, w szczególności w zakresie OPZ oraz kryteriów równoważności, faktycznie umożliwiając Odwołującemu złożenie oferty spełniającej wszystkie wymagania SWZ. Tym samym, Odwołujący mógłby złożyć ofertę, a oferta ta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Poprzez wskazane powyżej czynności Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia. Zamawiający doprowadził bowiem do sytuacji, w której Odwołujący nie jest w stanie złożyć prawidłowej oferty, spełniającej wszystkie wymagania SWZ. W rezultacie Odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego

zamówienia i osiągnąć zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje nadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 nowej ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie Odwołującemu złożenie oferty, i jej wyboru jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpływa na wynik postępowania.

- X. Odwołujący oświadcza, iż w dniu 29.06.2021 r. przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania, spełniając tym samym wymóg określony w przepisie art. 516 ust. 2 pkt. 2 nowej ustawy Pzp. Zgodnie z art. 514 ust. 2 nowej ustawy Pzp niniejsze odwołanie, jako wniesione w formie elektronicznej, zostało przekazane Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

UZASADNIENIE

A. NARUSZENIE ART. 16 PKT 1-3 USTAWY PZP ORAZ ART. 17 UST 1 USTAWY PZP W ZWIĄZKU Z ART. 99 UST. 1 I 4 USTAWY PZP, POPRZEC WADLIWE OPISANIE PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA W ZAKRESIE NAWIERZCHNI SPORTOWEJ

1. W Załączniku 7a do SWZ 'Dokumentacja projektowa', w katalogu 'Projekt architektoniczno budowlany', w dokumencie 'PAB Opis Techniczny', w ust. 7.6 BIEŻNIA LEKKOATLETYCZNA, KONKURENCJE SPORTOWE, w lit. a), Zamawiający postawił następujący warunek (strona 61 dokumentu):

Nawierzchnia powinna spełniać parametry mieszczących się w przedziałach opisanych poniżej w tabeli, zgodnie z wymaganiami IAAF:

Lp.	PARAMETR TECHNICZNY	WYMOGI ZAMAWIAJĄCEGO
1	grubość nawierzchni [mm]	13,5 -15
2	wytrzymałość na rozciąganie [MPa]	0,50 - 0,90
3	wydłużenie względne przy zerwaniu [%]	80 - 130
4	odkształcenie pionowe w temp 23°C [mm]	1,7- 2,0
5	tłumienie energii w temp 23°C [%]	37 – 39
6	tarcie (poślizg), skala TRRL	58 - 65

2. Łącznie wyartykułowane przez Zamawiającego warunki dotyczące cytowanych parametrów technicznych oraz odnośnych certyfikatów (a) aktualny certyfikat IAAF (Product Certificate), b) aktualny Atest Higieniczny PZH lub dokument równoważnej instytucji z państwa członkowskiego Unii Europejskiej/EFTA, c) kompletny raport z badań wykonanych przez niezależne akredytowane przez IAAF laboratorium, wydany w celu uzyskania certyfikatu produktowego IAAF, potwierdzający wymagane przez Zamawiającego parametry techniczne nawierzchni wyszczególnione w dokumentacji projektowej, d) kompletny raport z badania na zgodność z normą PN-EN 14877:2014-02, potwierdzające pozostałe niewyszczególnione powyżej parametry, e) autoryzacja producenta oferowanej nawierzchni sportowej wydana wykonawcy i dotycząca przedmiotowego zadania, wraz z potwierdzeniem gwarancji, f) karta techniczna oferowanego systemu, potwierdzająca technologię jej wykonania, potwierdzona przez producenta, g) aktualny dokument potwierdzający wdrożenie przez producenta nawierzchni systemu zarządzania kontrolą jakości, zgodnie z EN ISO 9001, h) kompletny raport z badań, potwierdzający trudno zapalność nawierzchni wg normy PN - EN 13501, i) kompletny raport z badań potwierdzający bezpieczeństwo ekologiczne oraz zawartość pierwiastków chemicznych, spełniającą wymagania stosownych norm, wydany przez niezależne laboratorium posiadające akredytację (uprawnienia do prowadzenia takich badań), j) certyfikat IAAF Class 1 lub Class 2 dla co najmniej jednego obiektu wykonanego z oferowanego systemu nawierzchniowego – wymóg z ust. 3.6.1. SWZ) **spełnia tylko jeden produkt na rynku: TETRAPUR ENZ III M firmy BSG sp. z o.o. z siedzibą w Zgierz.**

3. Odwołujący jest świadomy, że w myśl ogólnej zasady przepisu art. 6 Kodeksu cywilnego, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Jednakże okoliczność, iż tylko nawierzchnia sportowa TETRAPUR ENZ III M spełnia

wszystkie parametry techniczne (łącznie) wskazane w SWZ, a tym samym nie można zaferować żadnej innej nawierzchni, stanowi tak zwany fakt negatywny, który może być dowodzony za pomocą dowodów przeciwnych, których istnienie wyłącza twierdzoną okoliczność negatywną. Tym samym, jeżeli Zamawiający zaprzecza faktowi negatywnemu (iż tylko nawierzchnia sportowa TETRAPUR ENZ III M spełnia łącznie wszystkie parametry techniczne), to **w myśl zasady kontradiktoryjności postępowania odwoławczego, Zamawiający może dowodzić nieprawdziwości tego twierdzenia za pomocą dowodów z faktów pozytywnych przeciwnych, których istnienie wyłącza twierdzoną (dowodzona) okoliczność negatywną** (patrz: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16.04. 2003r., II KKN 1409/00; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13.10. 2004 r., III CK 41/04). Jeżeli więc Zamawiający nie przedstawi dowodu przeciwnego, uznać należy, że twierdzenie Odwołującego o zawężeniu konkurencji w zakresie nawierzchni sportowych wyłącznie do produktu TETRAPUR ENZ III M polega na prawdzie.

4. Skoro zawężenie konkurencji zostało przez Odwołującego udowodnione (brak dowodów przeciwnych), należy jeszcze zweryfikować, **czy dopuszczenie oferowania wyłącznie nawierzchni sportowej TETRAPUR ENZ III M stanowi legalne zawężenie konkurencji, wynikające z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, czy też stanowi nielegalne zawężenie konkurencji, potwierdzające nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasady uzyskiwania najlepszych efektów w ramach dysponowanych środków finansowych.**

5. W ramach żadanego systemu FULL PUR, Odwołujący oferuje światowej jakości: CONIPUR M marki CONICA AG:

L.p.	Parametr techniczny	Wymogi Zamawiającego	Parametry CONIPUR M
1.	Grubość nawierzchni [mm]	13,5 - 15	14
2.	Wytrzymałość na rozciągania {MPa}	0,50 – 0,90	0,72
3.	Wydłużenie względne przy zerwaniu [%]	80 - 130	62
4.	Odkształcenie pionowe w temp. 23 st.C [mm]	1,7 – 2,0	1,8
5.	Tłumienie energii w temp. 23 st.C [%]	37 - 39	37
6.	Tarcie (poślizg) [skala TRRL]	58 - 65	53

6. Powyższe porównanie wskazuje, że Odwołujący domaga się obniżenia parametrów technicznych w dwóch zakresach: wydłużenie względne przy zerwaniu [%] oraz tarcie (poślizg) [skala TRRL]. Odwołujący pragnie podkreślić, że **w odniesieniu do parametrów technicznych nawierzchni sportowej „lepszy” nie oznacza każdorazowo parametru „wyższego” lub „niższego”**. Te optymalne zakresy dobierane są indywidualnie do danego parametru technicznego, a najlepsze nawierzchnie charakteryzują się łącznym spełnieniem parametrów określonych poprzez wskazanie optymalnego zakresu. Kluczowym jest również to, iż **parametry trzeba oceniać łącznie**, bo oddziałują na siebie nawzajem. Grubsza nawierzchnia jest automatycznie cięższa i przez to może być na przykład zbyt „twarda” lub zbyt „mięka”, skutkiem czego również jej parametry takie jak: „odkształcenie pionowe”, „wytrzymałość na rozciąganie” czy „wydłużenie w chwili zerwania” będą nie do zaakceptowania, gdyż nie będą stwarzały **optymalnych warunków dla osiągnięcia rekordów**. Zatem, to doświadczenie producenta, jego badania, stan zdrowia zawodników ćwiczących na danej nawierzchni (ilość kontuzji, których doświadczają zawodnicy), determinują, że użycie określonej technologii w danej nawierzchni FULL PUR prowadzi do uzyskania łącznego zbioru parametrów technicznych, które przekładają się na wyższą jakość nawierzchni niż żądane przez Zamawiającego parametry.

7. O wyższej jakości nawierzchni sportowej CONIPUR M nad nawierzchnią TETRAPUR ENZ III M świadczy fakt, że **na nawierzchniach sportowych marki CONICA AG, w tym również nawierzchni sportowej CONIPUR M, odbyło się bardzo wiele mityngów międzynarodowych, zgłoszonych do kalendarza rozgrywek World Athletics lub European Athletics: lekkoatletyczne mistrzostwa Europy lub mistrzostwa świata lub zawody w ramach igrzysk olimpijskich. Zaś na nawierzchniach sportowych firmy BSG sp. z o.o., w szczególności na nawierzchni sportowej TETRAPUR ENZ III M, nie odbył się żaden mityng międzynarodowy, zgłoszonych do kalendarza rozgrywek World Athletics lub European Athletics**. Fakt ten nie wynika z krótkiego operowania BSG sp. z o.o. na rynku – jak podaje producent ten na swojej stronie, jest to firma z 25 letnim doświadczeniem w produkcji poliuretanów. O najwyższej jakości CONIPUR M świadczy również fakt, że to na tej nawierzchni FULL PUR najczęściej są **bite rekordy i to w różnych dziedzinach lekkoatletyki** (bez faworyzowania jednej dyscypliny ponad drugą). Również fakt, że najlepsi **polscy lekkoatleci napisali manifest zawodniczy do Polskiego Związku Lekkiej Atletyki** (dalej: „PZLA”), w którym **wnoszą, aby w ramach systemu FULL PUR na stadionach o randze krajowej i międzynarodowej oraz obiektach treningowych,**

PZLA wyrażała zgodę właśnie na nawierzchnie CONIPUR M, świadczy, że to nawierzchnia CONIPUR M jest liderem w swym segmencie.

8. Odwołujący podkreśla także, że otrzymane parametry nawierzchni zależą od jakości, ilości i rodzaju zastosowanych do jej wykonania produktów. Nawierzchnie wykonuje się na miejscu inwestycji z dostarczonych od producenta materiałów, takich jak: lepiszcze poliuretanowe czy granulat gumowy (EPDM). Następnie, w bardzo precyzyjny sposób składniki miesza się lub rozprowadza bezpośrednio (ręcznie lub maszynowo) na przygotowaną podbudowę, w sposób określony w instrukcji producenta. Jeżeli wykonawca nie posiada doświadczenia przy wykonywaniu tak specjalistycznych, trudnych technicznie prac lub komponenty stosowanego materiału są nieodpowiednie, to wykonany obiekt nie przejdzie pozytywnie badań nawierzchni, a Zamawiający zostanie z tzw. budowlanym „bublem”. Szwajcarski producent CONICA AG bardzo **rygorystycznie podchodzi do udziela licencję na wykonanie nawierzchni CONIPUR** (udziela je firmom specjalizującym się w kładzeniu nawierzchni na całym świecie). Należy przejść **restrykcyjne wymagania jakościowe oraz stale utrzymywać jakość wykonywanych nawierzchni** na wyznaczonym przez producenta poziomie. Choć są to obiektywne kryteria, który każdy przedsiębiorca zdeterminowany by świadczyć najwyższej jakości usługi, jest w stanie spełnić, to jednak znane są przypadki w Polsce, w których przedsiębiorca z uwagi na powtarzające się błędy w wykonaniu nawierzchni CONIPUR stracił tę licencję (np. Pani Ilona Stańczyk prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT Ilona Stańczyk).

9. Doprowadzając Postępowanie do zgodności z ustawą Pzp, Zamawiający znacząco zwiększy konkurencję w postępowaniu, gdyż w samej Polsce istnieje dziewięć (9) firm, które posiadają licencję CONICA AG do wykonywania nawierzchni CONIPUR:

- Moris Polska Sp. z o.o. – ul. Baletowa 4, 02-867 Warszawa
- Gardenia Sport Sp. z o.o. – ul. Kłobucka 13, 02-699 Warszawa
- Top Sport Jan Pietraszko – ul. Górską 88, 43-318 Bielsko-Biała
- Eversport Sp. z o.o. – ul. Kiersnowskiego 18/45, 03-161 Warszawa
- Interhall Sp. z o.o. – ul. Milowicka 1F, 40-312 Katowice
- Nova Sport Sp. z o.o. – ul. Ciołka 12, 01-402 Warszawa
- AK Sport Budowa Obiektów Sportowych, ul. Lipowa 7, 05-079 Okuniew
- PARK MUSIC Paulina Majkowska, Beldan 9/63, 02-695 Warszawa

- Tamex Obiekty Sportowe SA – ul. Rydygiera 8/3a, 01-793 Warszawa

10. Jeżeli więc dla Zamawiającego jakość była kryterium zawężenia parametrów w sposób, który dopuszcza możliwość złożenia oferty wyłącznie na produkcie TETRAPUR ENZ III M, to powyższe dowodzi, że to jakość produktu CONIPUR M jest daleko wyżej ceniona przez polskich i zagranicznych zawodników, trenerów oraz związki lekkoatletyki. Tym samym, produkt ten powinien być zostać dopuszczony w Postępowaniu. Utrzymanie zawężenia parametrów w zakresach: wydłużenie względne przy zerwaniu [%] oraz tarcie (poślizg) [skala TRRL], stanowi więc nielegalne faworyzowanie tego producenta i wykonawców posiadających jego licencję. Stanowi również rażące naruszenie przepisu art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, który nakazuje uwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzanie oferty. Skoro zatem istnieją wykonawcy, którzy chcą zaoferować Zamawiającemu najwyższy jakościowo system FULL PUR, to utrzymywanie zawężenia konkurencji do nawierzchni TETRAPUR ENZ III M stanowi naruszenie zasad z art. 16 ust. 1-3 ustawy Pzp.

11. Odwołujący zaznacza również, że prawidłowe sformułowanie OPZ determinuje możliwość wykazania przez Zamawiającego przestrzegania nie tylko zasad z art. 16 ust. 1-3 ustawy Pzp, lecz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie może twierdzić, że zadbał o uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, skoro dopuścił w zakresie nawierzchni sportowej rozwiązanie oferowane tylko przez jednego producenta, zaś na rynku występują nawierzchnie sportowe innych wykonawców, które swą jakością są nawet znacznie wyższe niż jakość wyrobu TETRAPUR ENZ III M. Skoro wykonawcy oferujący nawierzchnie wyższej jakości chcą złożyć ofertę i są przekonani, że zmieszczą się w budżecie Zamawiającego, to zamykanie drogi takim wykonawcą stanowi wprost pogwałcenie normy z art. 17 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, gdyż nie zapewnił najlepszej jakości w zakresie przedmiotu zamówienia. Przedmiotowy przepis ustawy Pzp brzmi: *„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) uzyskania najlepszych efektów zamówienia w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów”*. Innymi słowy, **najlepsza jakość zamówienia w ramach posiadanego budżetu definiowana jest zarówno przez posiadany budżet jak i przez społeczną, środowiskową i gospodarczą użyteczność danego zamówienia.**

W przedmiotowym przetargu oraz sporze dotyczącym rodzaju i parametrów nawierzchni, najlepsza jakość nawierzchni w ramach posiadanego budżetu, weryfikowana winna być z uwzględnieniem opinii społeczność, ze szczególnym uwzględnieniem środowisk zawodniczych i trenerskich przy stadionie miejskim w Cieszynie.

12. Z uwagi na wskazane okoliczności, Odwołujący żąda zastąpienia cytowanego fragmentu Załącznika 7a do SWZ 'Dokumentacja projektowa', w katalogu 'Projekt architektoniczno budowlany', w dokumencie 'PAB Opis Techniczny', w ust. 7.6 BIEŻNIA LEKKOATLETYCZNA, KONKURENCJE SPORTOWE, w lit. a), następującym brzmieniem:

„Nawierzchnia powinna spełniać parametry mieszczących się w przedziałach opisanych poniżej w tabeli, zgodnie z wymaganiami IAAF:

L.p.	Parametr techniczny	Wymogi Zamawiającego
1.	Grubość nawierzchni [mm]	13,5 - 15
2.	Wytrzymałość na rozciągania [MPa]	0,50 – 0,90
3.	Wydłużenie względne przy zerwaniu [%]	62 - 130
4.	Odkształcenie pionowe w temp. 23 st.C [mm]	1,7 – 2,0
5.	Tłumienie energii w temp. 23 st.C [%]	37 - 39
6.	Tarcie (poślizg) [skala TRRL]	53 - 65

” (żądanie nr 1).

B. NARUSZENIE ART. 16 PKT 1-3 USTAWY PZP ORAZ ART. 17 UST 1 USTAWY PZP W ZWIĄZKU Z 99 UST. 6 USTAWY PZP, POPRZEC POZORNE DOPUSZCZENIE MOŻLIWOŚCI ZAOFEROWANIA PRODUKTÓW RÓWNOWAŻNYCH DO NAWIERZCHNI SPORTOWEJ TETRAPUR ENZ III M

13. W ust. 3.6. 'Przedmiotowe środki dowodowe' w pkt. 2 SWZ, Zamawiający wskazał: „W przypadku gdy Wykonawca zaoferuje urządzenia, wyroby lub rozwiązania równoważne zobowiązany jest do ich wskazania w ofercie oraz załączyć do oferty **dowody potwierdzające równoważność a tym samym, że spełniają one wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia**. Dokumentami tymi mogą być w szczególności **karty techniczne, karty katalogowe lub inne dokumenty**”. Cytowany ustęp stanowi całą regulację w zakresie równoważności, którą zawarł Zamawiający w SWZ.

14. Jak wynika z cytowanego ustępu, regulacja Zamawiającego jest niezwykle lapidarna i ogólnikowa. Przede wszystkim jednak, jest niezgodna z przepisem ustawy Pzp oraz jego wykładnią dokonywaną przez Krajową Izbę Odwoławczą. Izba zwraca bowiem uwagę, że **Zamawiający**

- a) **nie jest uprawniony do żądania w ramach równoważności spełnienia wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia (co dokładnie uczynił Zamawiający),** gdyż tak sformułowana równoważność faktycznie potwierdza zawężenie konkurencji do wskazanego w SWZ produktu.
- b) **nie jest uprawniony do poprzestania na technicznym dodaniu ustępu „lub równoważny” do danego opisu, lecz zobowiązany jest wyodrębnić istotnych elementów / parametrów produktu i wskazać, jakie inne zakresy zostaną uznane w tych wyszczególnionych zakresach jako równoważne,** gdyż nie wszystkie elementy / parametry produktu są istotne, więc należy skupić się w ramach równoważności na tych, które przekładają się na potrzeby Zamawiającego;
- c) **nie jest uprawniony do oczekiwania, że formułując lakonicznie równoważność, bez wyodrębnienia parametrów równoważności w istotnych dla zamówieniach zakresach, a następnie otrzymując ofertę z produktem, który nie odpowiada niewyartykułowanym potrzebom Zamawiającego, Zamawiający w dalszym ciągu będzie uprawniony do uznania, że dany produkt jest niezgodny z SWZ,** gdyż każda niejasność SWZ jest interpretowana na korzyść wykonawców, w tym w szczególności w zakresie niewyartykułowanych parametrów równoważności.

15. Z powyższego wynika, że dopuszczenie rozwiązań równoważnych **nie może być sprowadzone do fikcji, tj. nie może mieć charakteru pozornego.** Treść SWZ dotycząca się równoważności musi charakteryzować się stopniem szczegółowości zgodnym ze standardem, jaki narzuca Zamawiającemu doktryna i orzecznictwo. Zamawiający **nie jest więc uprawniony do poprzestania na formalnym dopuszczeniu równoważności,** lecz zobowiązany jest odnieść się do zakresów, które Jego zdaniem są na tyle istotne, że produkt równoważny musi się mieścić w wyznaczonych zakresach. Przy czym, Odwołujący zakłada, że formułując parametry nawierzchni sportowej Zamawiający kierował się kryterium jakościowym. Oznacza to, że Zamawiający powinien był dopuścić inne rozwiązania, które gwarantują tę samą lub wyższą jakość. Obecnie bowiem, jedynie wzmiankowanie przez Zamawiającego o dopuszczeniu równoważności, która jednak nie odnosi się do żadnego parametru projektu budowlanego w zakresie nawierzchni sportowej, stanowi pozorne dopuszczenie innych rozwiązań niż

TETRAPUR ENZ III M. Tym samym, kwestionowany ustęp SWZ nie stanowi jasnej instrukcji dla wszystkich Wykonawców, którzy chcą skorzystać z możliwości oferowania innych nawierzchni sportowych niż TETRAPUR ENZ III M.

16. Odwołujący powołuje się na wyrok KIO 1615/12 Krajowa Izba Odwoławcza, który choć zapadł pod poprzednią ustawą Prawo zamówień publicznych z 2004r., to jednak pozostaje aktualny również w zakresie wykładni art. 99 ust. 6 ustawy Pzp. Dlatego też, Odwołujący cytuje obszerny zakres tego orzeczenia, przyjmując uzasadnienie Izby za własne, i za Izbą podkreśla, że art. 99 ust. 6 ustawy Pzp (wcześnie art. 29 ust. 3) „wskazuje, że przy używaniu przez zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia, ze względu na jego specyfikę, określonych znaków towarowych, patentów, pochodzenia, kiedy przedmiotu nie można opisać przy użyciu dostatecznie dokładnych określeń, zamawiający powinien wprowadzić w SIWZ sformułowanie (wyraz): „lub równoważny”. **Literalnie**, przy formalnym i legalnym badaniu postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dla wypełnienie wymogów wskazanej normy prawnej wystarczające jest użycie przy opisie przedmiotu zamówienia przywołanego w tym przepisie sformułowania „lub równoważny”. **W stanowisku doktryny i orzecznictwie przyjęło się wskazywać, że w tym zakresie Zamawiający powinien wskazać pewne wyznaczniki dopuszczonej równoważności oferowanych w postępowaniu rozwiązań.** Izba również podziela ten pogląd, wskazując jednocześnie, że z punktu widzenia późniejszego etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - etapu badania i oceny ofert - **taki uszczegółowiony w stosunku do literalnego brzmienia wytycznej zawartej w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, opis równoważności jest wskazany w celu uniknięcia ewentualnych wątpliwości co do oceny równoważności oferowanego rozwiązania.** Wątpliwości te mogą się bowiem pojawiać w tym zakresie w trakcie badania i oceny ofert co do tego, jakich elementów w opisie przedmiotu zamówienia dotyczyła równoważność i w jakim zakresie powinna ona być weryfikowana (co do wszystkich elementów opisu przedmiotu zamówienia, czy też w stosunku do niektórych, czy też weryfikacja ta powinna dotyczyć zgodności z konkretnym minimalnym, czy maksymalnym parametrem, czy też w określonych zakresach).

Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyroku KIO/UZP 254/08, w którym Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do wykładni pojęcia „równoważności” uznała, że „Dla oceny w postępowaniach, w których przewidziano składanie ofert równoważnych nie wystarczy językowa wykładnia pojęcia „równoważność”, ale **zawarte w SIWZ określenia uściślające wymogi** Zamawiającego, odnoszące się do dopuszczalnego przez niego zakresu równoważności ofert (...). **Zamawiający w SIWZ powinien doprecyzować zakres dopuszczalnej równoważności**

ofert. W przeciwnym razie nie będzie w stanie ocenić ofert pod kątem własnych potrzeb oraz porównać złożonych ofert. Określenie chociażby minimalnych wymagań w zakresie parametrów oferowanych wyrobów pozwala uznać ów wybór za równoważny bądź nie, a w konsekwencji dopuścić ofertę do oceny, bądź ją odrzucić jako niezgodną z treścią SIWZ".

17. Odwołujący zaznacza również, że prawidłowe sformułowanie zasad równoważności determinuje możliwość wykazania przez Zamawiającego przestrzegania zasad z art. 16 ust. 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, o czym Odwołujący pisał w ust. 10 i ust. 11 powyżej, i co pozostaje adekwatne również w odniesieniu do zarzutu tyżącego się artykułowania zasad równoważności.

18. Z uwagi na wskazane okoliczności, Odwołujący żąda dodania do cytowanego ust. 3.6. 'Przedmiotowe środki dowodowe' pkt. 2 SWZ, kolejnego zdania o następującym brzmieniu:
„W odniesieniu do parametrów nawierzchni sportowej, Zamawiający dopuszcza zaoferowanie produktu równoważnego do opisanego w SWZ, przez co rozumie nawierzchnię zbudowaną w systemie FULL PUR, na której były przeprowadzane następujące mityngi międzynarodowe zgłoszone do kalendarza rozgrywek World Athletics lub European Athletics: lekkoatletyczne mistrzostwa Europy lub mistrzostwa świata lub zawody w ramach igrzysk olimpijskich, co wykonawca zobowiązany jest udowodnić, w drodze złożenia wraz z ofertą stosownych potwierdzeń.”

(żądanie nr 2).

C. TERMIN SKŁADANIA OFERT

19. Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 31 sierpnia 2021. Odwołujący podnosi, iż tak ustalony termin składania ofert jest zbyt krótki. Wyznaczony termin nie uwzględnia, że po zmodyfikowaniu kwestionowanych ustępów OPZ oraz kryterium równoważności, treść Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ tak znacznie się zmienia, że konieczne będzie ponowne, kompleksowe przeanalizowanie własnych zasobów w celu weryfikacji spełnienia nowego OPZ oraz dodane kryterium równoważności.

20. Z uwagi na fakt, że kwestionowany ustęp OPZ i zaniechanie sformułowania kryterium równoważności są niezgodne z przepisami ustawy Pzp, Odwołujący zmuszony jest do

wstrzymania się z przygotowaniem oferty do czasu modyfikacji odnośnych ustępów Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ. Sam Zamawiający przygotowywał się do przeprowadzenia Postępowania przez wiele miesięcy, zatem powinien był rozumieć, że również wykonawcy – w celu rzetelnego przygotowania oferty – obowiązani są do dokonania szczegółowej analizy wymagań SWZ. Tylko wówczas bowiem wykonawcy będą w stanie należycie określić optymalne rozwiązania (również w zakresie doboru nawierzchni sportowej), które powinny być użyte przy realizacji zamówienia oraz ewentualnie ustalić warunki handlowe kontrahentami itp.

21. W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o dokonanie modyfikacji postanowień Ogłoszenia o zamówieniu i treści SWZ poprzez wydłużenie terminu składania ofert o co najmniej 15 dni, liczonego od czasu uwzględnienia odwołania w całości lub od czasu ogłoszenia orzeczenia KIO, jako czasu niezbędnego do rzetelnego przygotowania i złożenia oferty (**żądanie nr 3**).

Mając na uwadze powyższe, wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości i zasądzenie kosztów według norm przepisanych.

Z poważaniem,

r.pr. Dariusz Ziemiński

Załączniki:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości,
- 2) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
- 3) odpis z Krajowego Rejestru Sądowego,
- 4) Pełnomocnictwo wraz z dowodem opłaty.