



Warszawa, dnia 28 września 2021 r.

**Prezes**  
**Krajowej Izby Odwoławczej**  
ul. Postępu 17a, 02 - 676 Warszawa

**Odwołujący:**

**TAMEX OBIEKTY SPORTOWE S.A.**

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

KRS: 0000287548

**reprezentowana przez:**

r.pr. Dariusza Ziemińskiego z Kancelarii Radcy Prawnego Dariusz Ziemiński & Partnerzy

Plac Konesera 6 / B4, 03-736 Warszawa

tel. 664118801, e-mail: [dziembinski@kzp.net.pl](mailto:dziembinski@kzp.net.pl)

**Zamawiający:**

**Gmina Miasta Dębica**

ul. Ratuszowa 2, 39-200 Dębica

woj. podkarpackie

tel. 014 68 38 100

e-mail: [umdebica@um.debica.pl](mailto:umdebica@um.debica.pl) ; [przetargi@umdebica.pl](mailto:przetargi@umdebica.pl)

**O D W O Ł A N I E**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.:

*„Przebudowa, rozbudowa i remont stadionu lekkoatletycznego wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną przy ul. Paderewskiego w Dębicy”*

numer referencyjny: IZP.271.21.2021.MK

- 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 ww. zamówienia publicznego, wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Gminy Miasta Dębica (dalej: „**Zamawiający**”), podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.

Przebudowa, rozbudowa i remont stadionu lekkoatletycznego wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną przy ul. Paderewskiego w Dębicy - Nr referencyjny nadany sprawie przez Zamawiającego: IZP.271.21.2021.MK (dalej: „**Postępowanie**”).

Niniejsze odwołanie jest wnoszone wobec treści dokumentów zamówienia (Specyfikacja Warunków Zamówienia).

II. Przedmiotem zamówienia są:

**Roboty budowlane przebudowy stadionu obejmujące między innymi:**

- przebudowę ośmiotorowej bieżni okrężnej o długości 400 m o nawierzchni poliuretanowej wraz z budową niezbędnej kanalizacji deszczowej (odwodnienia liniowego),
- przebudowę ośmiotorowej bieżni prostej o długości ok. 133 m o nawierzchni poliuretanowej (przedłużenie odcinka bieżni okrągłej),
- przebudowę zeskoku do skoczni do skoku w dal i trójskoku,
- przebudowę istniejącej i budowę nowej infrastruktury technicznej w zakresie przebudowy i budowy nowego oświetlenia stadionu lekkoatletycznego (instalacja doziemna, maszty oświetleniowe) oraz przebudowę istniejącej i budowę nowej instalacji kanalizacji deszczowej.

**Roboty budowlane rozbudowy stadionu obejmujące między innymi:**

- budowę skoczni do skoku wzwyż o nawierzchni poliuretanowej,
- rozbiórkę istniejącej i budowę nowej rzutni do rzutu oszczepem,
- rozbiórkę istniejącej i budowę nowej rzutni do rzutu dyskiem i młotem,
- rozbiórkę dwóch istniejących i budowę nowej skoczni do skoku o tyczce,
- zakup oraz montaż obiektów małej architektury (kosze na śmieci),
- budowę przyłącza wodociągowego,
- budowę przyłącza kanalizacji deszczowej,

**Roboty budowlane remontu obejmujące między innymi:**

- remont nawierzchni utwardzonych- dojeżdż, dojazdów,
- remont, rozbiórkę ogrodzenia stadionu,
- remont wejścia na stadion

Pełny Opis Przedmiotu Zamówienia znajduje się w części II SWZ- OPZ, oraz w załącznikach do SWZ.

III. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych – Ogłoszenie nr 2021/BZP 00190494/01 z dnia 2021-09-23.

Specyfikacja Warunków Zamówienia jest dostępna na platformie zakupowej, pod adresem: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/512299>

- 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.
- V. O okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął wiadomość w dniu 23 września 2021 r., w którym Wykonawca zapoznał się z treścią specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „**SWZ**”). Niniejsze odwołanie jest wnoszone 28 września 2021 r., w związku z czym uznać należy, że Odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 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, 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 ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie 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 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 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 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 złożenia oferty, a następnie jej wyboru jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpływa na wynik postępowania.

- X. Odwołujący oświadcza, iż w dniu 28 września 2021 r. przekazał Zamawiającemu niniejsze odwołanie, drogą elektroniczną, 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. Zamawiający w części II SWZ, stanowiącej OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (OPZ), wymaga wykonania nawierzchni poliuretanowej bieżni stadionu lekkoatletycznego o parametrach spełniających niżej wymienione wymagania:

WŁAŚCIWOŚCI	WYMAGANA WARTOŚĆ
Wytrzymałość na rozciąganie, N/mm <sup>2</sup> (MPa)	min 0,7
Tarcie	min 55
Wydłużenie względne przy zerwaniu, %	min 100
Amortyzacja wstrząsów, redukcja siły, na podłożu betonowym (23°C), %	min 39
Odkształcenie pionowe, na podłożu betonowym (23°C), mm	1,7- 1,9
Grubość, mm	min 14,0

Po dokonaniu analizy ww. wymagań Odwołujący podnosi, że łącznie wyartykułowane w tabeli przez Zamawiającego wymagania dotyczące parametrów technicznych (właściwości) spełnia tylko jeden produkt na rynku: TETRAPUR ENZ III M firmy BSG sp. z o.o. z siedzibą w Zgierzu.

2. 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 zaoferować 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 kontrydiktoryjności 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 CKN 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.

3. 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.**

4. W ramach żądanego 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]	min. 14,0	14
2.	Wytrzymałość na rozciągania [MPa]	min. 0,7	0,72
3.	<b>Wydłużenie względne przy zerwaniu [%]</b>	<b>min. 100</b>	<b>62</b>
4.	Odkształcenie pionowe, na podłożu betonowym (23 st. C) [mm]	1,7 – 1,9	1,8
5.	<b>Amortyzacja wstrząsów, redukcja siły, na podłożu betonowym (23 st. C) [%]</b>	<b>min . 39</b>	<b>37</b>
6.	<b>Tarcie</b>	<b>min. 55</b>	<b>53</b>

5. Powyższe porównanie wskazuje, że Odwołujący domaga się zmiany parametrów technicznych w zakresie trzech właściwości: wydłużenie względne przy zerwaniu [%], amortyzacja wstrząsów, redukcja siły, na podłożu betonowym (23 st. C) [%] oraz tarcie. 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.

6. 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, zgłoszony 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 (załącznik nr 5 do odwołania), świadczy, że to nawierzchnia CONIPUR M jest liderem w swoim segmencie. Pomimo tego, Zamawiający w niniejszym postępowaniu z niewytlumaczalnych powodów nie dopuścił możliwości zaoferowania opisanej wyżej nawierzchni sportowej marki CONICA AG.

7. 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 granulaty 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 udzielania licencji 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.

8. 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 związku lekkoatletyki. Tym samym, produkt ten powinien być zostać dopuszczony w niniejszym Postępowaniu. Utrzymanie zawężenia parametrów w zakresach: wydłużenie względne przy zerwaniu [%], amortyzacja wstrząsów, redukcja siły, na podłożu betonowym (23 st. C) [%] oraz tarcie, stanowi więc nielegalne faworyzowanie konkretnego produktu, producenta i wykonawców posiadających jego licencję.



Stanowi również rażąco 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.

9. 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 wykonawcom 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 lekkoatletycznym w Dębicy.

W tym miejscu Odwołujący składa w załączeniu zestawienie stadionów, hal i urządzeń lekkoatletycznych (Załącznik nr 6 do odwołania), pochodzące ze strony internetowej PZLA, w którym wyszczególniono obiekty na terenie kraju, ze wskazaniem rodzaju ułożonej nawierzchni. Jak wynika z załączonego zestawienia, TETRAPUR III M została ułożona na 15-stu obiektach, podczas gdy nawierzchnię CONIPUR M ułożono na ponad 30-stu obiektach, co świadczy o jej wysokiej jakości.

10. Z uwagi na wskazane okoliczności, Odwołujący żąda zastąpienia wymagań i parametrów określonych w części II SWZ (OPZ) następującym brzmieniem:

„Zamawiający wymaga wykonania nawierzchni poliuretanowej bieżni stadionu lekkoatletycznego o parametrach spełniających niżej wymienione wymagania:

WŁAŚCIWOŚCI	WYMAGANA WARTOŚĆ
Wytrzymałość na rozciąganie, N/mm <sup>2</sup> (MPa)	min. 0,7
Tarcie	min. 53
Wydłużenie względne przy zerwaniu, %	min. 62
Amortyzacja wstrząsów, redukcja siły, na podłożu betonowym (23 st. C), %	min. 37
Odształcenie pionowe, na podłożu betonowym (23 st. C), mm	1,7 – 1,9
Grubość, mm	min. 14

**(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**

**11.** W pkt 4 OPZ Zamawiający wskazał szereg postanowień dotyczących równoważności materiałów i urządzeń, cyt.:

*„a) W sytuacji gdy zamawiający opisał przedmiot zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów, pochodzenia lub norm (polskich oraz europejskich), to należy rozumieć, iż dopuszcza się zastosowanie rozwiązań równoważnych.*

*b) Zamawiający dopuszcza zastosowanie równoważnych materiałów budowlanych, które są wymienione w niniejszej SWZ, a w szczególności OPZ i załącznikach (min. projekt budowlany), pod warunkiem, że materiały równoważne będą posiadały co najmniej takie same parametry techniczne jak materiały wymienione w w/w dokumentach.*

*c) Na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, iż oferowane dostawy (urządzenia i materiały budowlane), usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego.*

*d) Wszelkie produkty pochodzące od konkretnych producentów, określają minimalne parametry jakościowe i cechy użytkowe jakim muszą odpowiadać produkty, aby spełniać wymagania stawiane przez zamawiającego i stanowią wyłącznie wzorzec jakościowy przedmiotu zamówienia.*

*e) Przez zapis dotyczący minimalnych wymagań parametrów jakościowych, zamawiający rozumie wymagania towarów zawarte w ogólnie dostępnych źródłach, katalogach, stronach internetowych producentów. Operowanie przykładowymi nazwami producenta, ma jedynie na*

celu doprecyzowanie poziomu oczekiwań zamawiającego w stosunku do określonego rozwiązania. Tak więc posługiwanie się nazwami producentów czy produktów ma wyłącznie charakter przykładowy. Zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia wskazując oznaczenie konkretnego producenta (dostawcy) lub konkretny produkt, dopuszcza jednocześnie produkty równoważne o parametrach jakościowych i cechach użytkowych, co najmniej na poziomie parametrów wskazanego produktu, uznając tym samym każdy produkt o wskazanych parametrach lub lepszych. W takiej sytuacji zamawiający wymaga złożenia stosownych dokumentów, uwiarygodniających te materiały lub urządzenia.

f) W przypadku gdy wykonawca nie złoży w ofercie dokumentów o zastosowaniu innych materiałów i urządzeń, to rozumie się przez to, że do kalkulacji ceny oferty ujęto materiały i urządzenia zaproponowane w dokumentacji projektowej. Pod pojęciem parametry rozumie się funkcjonalność, przeznaczenie, kolorystykę, strukturę, materiały, kształt, wielkość, bezpieczeństwo i wytrzymałość.

g) W różnych miejscach Specyfikacji podane są odnośniki do norm krajowych/europejskich. Normy (polskie oraz europejskie) winny być traktowane jako integralna część Specyfikacji i czytane w połączeniu z dokumentami, w których są wymienione. Wykonawca jest zobowiązany do przestrzegania innych norm krajowych, które obowiązują w związku z wykonaniem prac objętych Kontraktem i stosowania ich postanowień na równi z wszystkimi innymi wymaganiami, zawartymi w Specyfikacji. Zakłada się, iż Wykonawca dogłębnie zaznajomił się z treścią i wymaganiami tych norm.

W przypadku opisanego przedmiotu zamówienia poprzez zastosowanie różnych norm, kolejność stosowania odpowiednich norm winna być zgodna z art. 101 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.). Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym za pomocą norm. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

h) Zgodnie z art. 101 ust. 5 i 6 Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne w zakresie opisywanym przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

i) W przypadku zaoferowania norm równoważnych lub techniki wykonania robót budowlanych, Wykonawca musi wraz z drukiem „Formularz Ofertowy” przedstawić za pomocą przedmiotowych środków dowodowych, że oferowane normy lub technika wykonania robót budowlanych jest równoważna do rozwiązań wskazanych w dokumentacji postępowania czyli taka, która charakteryzuje się głównymi parametrami/opisami na poziomie co najmniej odpowiadającym określonej normie/technice wykonania robót.”

12. Jak wynika z powyższych postanowień OPZ, cytowane regulacje są niezgodne 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 pisząc w szczególności, że „(...)materiały równoważne będą posiadały co najmniej takie same parametry techniczne jak materiały wymienione w w/w dokumentach.”),** gdyż tak sformułowana równoważność faktycznie potwierdza zawężenie konkurencji do wskazanego w SWZ produktu;
- b) **zobowiązany jest wyodrębnić istotne dla niego właściwości / parametry produktu i wskazać, jakie inne właściwości i zakresy zostaną uznane jako równoważne,** gdyż nie wszystkie właściwości / 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 dość 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.

13. 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 i stwierdzeniu, że materiały równoważne muszą posiadać co najmniej takie same parametry techniczne jak materiały wymienione w dokumentacji Zamawiającego,** 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 aspektem 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, kwestionowane postanowienia pkt 4 OPZ nie stanowią jasnej instrukcji dla wszystkich

Wykonawców, którzy chcą skorzystać z możliwości oferowania innych nawierzchni sportowych niż TETRAPUR ENZ III M.

14. Odwołujący powołuje się na wyrok KIO 1615/12 Krajowa Izba Odwoławcza, który choć zapadł na gruncie przepisów poprzedniej ustawy 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 wypełnienia 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 dopuszczalnej 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”.

15. 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 powyżej, i co pozostaje adekwatne również w odniesieniu do zarzutu dotyczącego się artykułowania zasad równoważności.

16. Z uwagi na wskazane okoliczności, Odwołujący żąda dodania do cytowanego pkt 4 OPZ kolejnego podpunktu (litery) 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

17. Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 12 października 2021. Odwołujący podnosi, iż tak ustalony termin składania ofert jest zbyt krótki. Wyznaczony termin nie uwzględnia, że po zmodyfikowaniu kwestionowanych postanowień OPZ, treść SWZ ulegnie takiej zmianie, która spowoduje konieczność ponownego, kompleksowego przeanalizowania własnych zasobów w celu weryfikacji spełnienia nowego OPZ oraz dodanych kryteriów równoważności.

18. Z uwagi na fakt, że kwestionowane postanowienia 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 SWZ. Sam Zamawiający przygotowywał się do przeprowadzenia Postępowania zapewne przez wiele miesięcy, zatem powinien zrozumieć, 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.

19. 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.

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,
- 5) manifest zawodniczy do Polskiego Związku Lekkiej Atletyki,
- 6) zestawienie stadionów, hal i urządzeń lekkoatletycznych (wydruk ze strony internetowej PZLA).