

Warszawa, dnia 15 listopada 2022 roku

Do:

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

Zamawiający:

**Gmina Miasto Zakopane – Urząd Miasta
Zakopane**

ul. Kościuszki 13, 34-500 Zakopane

e-mail: przetargi@zakopane.eu

Odwołujący:

TAMEX OBIEKTY SPORTOWE S.A.

ul. Idzikowskiego 16, 00-710 Warszawa

NIP: 525-22-18-385

reprezentowany przez pełnomocnika:

Mateusza Brzezińskiego

Jarzyński Brzeziński Partners

Brzeziński i Wspólnicy Sp.j.

ul. Jugosłowiańska 15b/40, 03-984

Warszawa

e-mail: m.brzezinski@jbp-law.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nazwą „Budowa i modernizacja stadionu sportowego przy ul. Orkana w Zakopanem” - ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2022/BZP 00435557/01 z dnia 10.11.2022 r. („**Postępowanie**”).

ODWOŁANIE

Działając na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 oraz art. 505 ust. 1, w związku z art. 515 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm., dalej zwana „PZP”) w imieniu Odwołującego, w oparciu o udzielone mi pełnomocnictwo z dnia

15.11.2022 r. (załącznik nr 1 do Odwołania), zaskarżam czynności podjęte przez Zamawiającego polegające na:

zaskarżam czynności podjęte przez Zamawiającego polegające na:

- 1) **sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 99 ust. 1 PZP, tj. w sposób niejednoznaczny i niepełny;**
- 2) **sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 99 ust. 4 PZP, tj. w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;**
- 3) **sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 99 ust. 6 PZP, tj. w sposób dopuszczający, pozornie, możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych.**

Opisanym powyżej czynnościom Zamawiającego zarzucam naruszenie:

- 1) **art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP** poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niepełny, **podczas gdy** obowiązkiem Zamawiającego jest doprowadzenie do sporządzenia takiego opisu przedmiotu zamówienia, który nie będzie wewnętrznie sprzeczny i będzie pozwalał wykonawcy na prawidłowe sporządzenie oferty oraz będzie przedstawiał rzetelnie wymagania dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia;
- 2) **art. 99 ust. 4 PZP w zw. z art. 16 PZP** poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, **podczas gdy** obowiązkiem Zamawiającego jest sporządzenie takiego opisu przedmiotu zamówienia, który będzie stanowił wyraz prawdziwych i uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, jednocześnie zgodnych z przepisami;
- 3) **art. 99 ust. 6 PZP w zw. z art. 16 PZP** poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, że Zamawiający dopuszcza wyłącznie iluzoryczną równowagę, **podczas gdy** obowiązkiem Zamawiającego jest doprowadzenie do takiego opisu przedmiotu zamówienia, gdzie rzeczywiście możliwym będzie zaoferowanie rozwiązań równoważnych.

W związku z powyżej wskazanymi zarzutami **wnoszę o:**

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ w sposób zgodny z treścią odwołania,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

WYMAGANIA FORMALNE ODWOŁANIA

W związku z faktem, że wartość przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem jest niższa niż progi unijne, zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 2 PZP, odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej.

W dniu 10.11.2022 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Niniejsze odwołanie zostało zatem wniesione w terminie wynikającym z art. 515 ust. 2 pkt 2 PZP.

Jednocześnie Odwołujący informuje, że wpis od odwołania w kwocie 10.000 złotych został uiszczony przed dniem wniesienia odwołania, a dowód uiszczenia wpisu jest załączony do odwołania (**załącznik nr 3 do niniejszego odwołania**).

INTERES ODWOŁUJĄCEGO WE WNIESIENIU ODWOŁANIA

Odwołujący jest jednym z wiodących wykonawców zamówień publicznych związanych z robotami budowlanymi związanymi z obiektami sportowymi – w konsekwencji posiada co najmniej potencjalną możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, co więcej – jest realnie zainteresowany jego uzyskaniem. Należy jednak zwrócić uwagę, iż sformułowane przez Zamawiającego postanowienia SWZ, do których referuje niniejsze odwołanie, jako postanowienia wadliwe, uniemożliwiają mu złożenie konkurencyjnej oferty.

Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji. Szkada pozostaje w tej sytuacji w adekwatnym związku przyczynowo-skutkowym z uchybieniami, których – przy redagowaniu dokumentacji Postępowania – dopuścił się Zamawiający.

UZASADNIENIE

1. STAN FAKTYCZNY

1.1 Zamawiający wszczął Postępowanie, którego przedmiotem jest „Budowa i modernizacja stadionu sportowego przy ul. Orkana w Zakopanem”. Stosowne ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00435557/01 z dnia 10.11.2022 r.

1.2 Postępowanie jest prowadzone w trybie podstawowym z możliwością przeprowadzenia negocjacji treści ofert.

Dowód: ogłoszenie o zamówieniu z 10.11.2022 r.

SWZ udostępniona wykonawcom (w dokumentacji Postępowania)

2. ROZWINIĘCIE ZARZUTÓW

Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP

Uwagi ogólne

2.1.1 Zgodnie z treścią art. 99 ust. 1 PZP, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

2.1.2 Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Opis przedmiotu zamówienia determinuje bowiem nie tylko zakres warunków udziału w postępowaniu czy inne elementy związane z realizacją zamówienia, ale również determinuje pierwotny krąg potencjalnie zainteresowanych wykonawców danym zamówieniem.

- 2.1.3 Zgodnie z przepisem art. 99 ust. 1 PZP przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Należy podkreślić, że zawarte w cytowanym przepisie sformułowanie „jednoznaczny” należy rozumieć jako takie, które nie pozwala na ich dowolną interpretację. Opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element SWZ, która jest przygotowana przez Zamawiającego. Wobec tego nie może być on ogólny, szacunkowy czy też niedookreślony albo niespójny i przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, *„obowiązkiem zamawiającego jest jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia i podanie wszystkich okoliczności, które pozwolą wykonawcy na przygotowanie oferty”* (wyrok KIO z dnia 27 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3531/20).
- 2.1.4 Powyższe oznacza, że Zamawiający, w celu wyeliminowania niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia, ma obowiązek jednoznacznie i wyczerpująco opisać przedmiot zamówienia na tyle, jak tylko jest to możliwe. Zamawiający nie może przenosić na wykonawców ryzyka związanego z prawidłową wyceną przedmiotu zamówienia w ofercie, w szczególności biorąc pod uwagę, że nie można prawidłowo wycenić ryzyka, którego nie można prawidłowo i w pełni zidentyfikować.
- 2.1.5 Czynność ta zatem, z jednej strony, stanowi obowiązek Zamawiającego, a z drugiej strony stanowi jego uprawnienie, bowiem powinna odzwierciedlać rzeczywiste potrzeby Zamawiającego w danym postępowaniu. To Zamawiający ma prawo, wyznaczając cel, jaki zamierza zrealizować, tak określić przedmiot zamówienia, aby opisać go adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm i precyzję w formułowaniu swoich potrzeb.
- 2.1.6 Istota wskazanego wyżej przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu

zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Zatem, naruszenie przepisu art. 99 ust. 1 PZP następuje co do zasady w sytuacjach, w których zamawiający dokona opisu przedmiotu zamówienia (w szerokim znaczeniu – a więc również np. warunków realizacji umowy) w sposób niekompletny, niedokładny, niezrozumiały czy wewnętrznie sprzeczny.

- 2.1.7 Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, *„przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z powyższego przepisu wynika zatem, iż zamawiający opisując przedmiot zamówienia winien dołożyć staranności, by opis zamówienia był kompletny, jasny, zrozumiały dla potencjalnych wykonawców”* (wyrok KIO z dnia 27 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1283/20).
- 2.1.8 W innym wyroku KIO wskazała, że *„obciążenie ryzykiem wykonawców wynikającym z wszelkich niedokładności, błędów, braków lub innych wad dokumentacji technicznej, także takich, jakie nie są możliwe do wykrycia przez profesjonalnego wykonawcę robót budowlanych przed złożeniem oferty, wskazuje na ograniczenie konkurencji do podmiotów dysponujących nie tylko niezbędnymi siłami do wykonania robót budowlanych, ale także personelem (pracownią architektoniczną), który wykonuje usługi projektowe i jest w stanie przed złożeniem oferty wykryć wszelkie ww. ewentualne wady dokumentacji budowlanej i wszelkie ryzyka z tym związane uwzględnić w cenie oferty. Może się to przekładać na pozyskanie ograniczonej liczby ofert i podwyższeniem cen, jak również z*

otrzymaniem nieporównywalnych ofert” (wyrok KIO z dnia 8 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2017/19).

- 2.1.9 Dlatego też, opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element specyfikacji warunków zamówienia, która jest przygotowana przez Zamawiającego. Wobec tego nie może być on ogólny, szacunkowy czy też niedookreślony albo niespójny i przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia. Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi zarówno uprawnienie jak i obowiązek Zamawiającego, który powinien dokonać ww. opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący.
- 2.1.10 Dostrzeżenia wymaga, że zasady wyrażone w art. 16 PZP wymagają, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymogami Zamawiającego i konkurencyjnej oferty, były dostępne wykonawcom na równych prawach. Postanowienia SWZ powinny być tak skonstruowane, aby granice przedmiotu zamówienia zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawca nie był obciążony nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. Przedmiot zamówienia oznaczony, tak w SWZ, jak i we wzorze umowy, powinien zostać dokładnie opisany. Powinien uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym także na umożliwienie oszacowania ceny oferty, w stosunku do oznaczonego przedmiotu zamówienia.
- 2.1.11 Mając na uwadze również ryczałtowy sposób rozliczania realizacji przedmiotu zamówienia, podkreślić należy, że Zamawiający nie może wywodzić swojego uprawnienia do zaniechania zawarcia w opisie przedmiotu zamówienia wszystkich informacji niezbędnych do sporządzenia oferty z okoliczności ustalenia ryczałtowego wynagrodzenia za realizację usługi. Obowiązki w zakresie opisu przedmiotu zamówienia nie ulegają zmniejszeniu z racji zastosowanego wynagrodzenia ryczałtowego. Wręcz przeciwnie, jeżeli bowiem wynagrodzenie ryczałtowe ma obejmować cały zakres zamówienia i nie może ono podlegać zmianie (z wyjątkiem

nadzwyczajnych sytuacji), to tym bardziej wykonawca powinien posiadać niezbędny zestaw informacji pozwalający mu na oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i w konsekwencji oferowaną cenę. Nie można zaakceptować sytuacji, w której zamawiający będzie wymagał zaoferowania przez wykonawców niepodlegającej zmianie (poza nadzwyczajnymi sytuacjami) kwoty wynagrodzenia za realizację przedmiotu, który może podlegać nieograniczonym zmianom.

- 2.1.12 Biorąc powyższe pod uwagę, wskazać należy, że Zamawiający nie sprostął temu wymogowi, a przygotowany przez niego opis przedmiotu zamówienia jest niezgodny z wymogami przewidzianymi w przepisie art. 99 ust. 1 PZP, tj. został sporządzony w sposób niepełny, niejednoznaczny, niezgodny z przepisami powszechnie obowiązującymi oraz z normami właściwymi dla przedmiotu zamówienia.

Wymagana nawierzchnia bieżni i rozbieżni

- 2.1.13 Zgodnie z treścią postanowienia rozdziału II ust. 1 pkt 1 załącznika nr 10 do SWZ, „rodzaj nawierzchni: z pełnego poliuretanu (full PUR) z dodatkami wzmacniającymi do użytkowania przez zawodników o obuwiu z kolcami, gr. 13 lub 20 mm”.
- 2.1.14 Zgodnie natomiast z Przedmiarem robót („budowlany), pozycja 211 d.3.4, bieżnia miała być wykonana „z poliuretanu Conipur SE o grubości 1,3 cm”.
- 2.1.15 Zwrócić należy uwagę, że nie ma takiej nawierzchni jak Conipur SE. Jest nawierzchnia Conipur SW. Niemniej jednak, jest to nawierzchnia typu „sandwich”, a nie typu full PUR. Oznacza to, że informacje przekazywane w przedmiarze robót powodują konieczność zaoferowania rozwiązania niezgodnego z wymogami opisu przedmiotu zamówienia wskazanego w załączniku nr 10 do SWZ. Dodatkowo,

przewidziana została jedna „grubość” nawierzchni, podczas gdy w załączniku nr 10 do SWZ przewidziane zostały dwie „grubości”.

- 2.1.16 Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści załączników do SWZ poprzez ujednoczenie wymagań stawianych oferowanej nawierzchni.

Brak odpowiedzialności za przekazaną dokumentację techniczną stanowiącą opis przedmiotu zamówienia

- 2.1.17 Zgodnie z treścią postanowienia § 20 ust. 15 wzoru umowy, „Wykonawca musi liczyć się z sytuacją, że pomimo wykonania dokumentacji przy dołożeniu jak największej staranności, skutki finansowe ewentualnych pomyłek, niedokładności, rozbieżności, braków lub innych wad w dokumentacji projektowej możliwych do identyfikacji przez Wykonawcę, ciążą na Wykonawcy zamówienia”.
- 2.1.18 Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z najistotniejszych czynności zamawiającego, która determinuje cały przebieg postępowania o udzielenie zamówienia i może wywrzeć wpływ na jego wynik. Określenie przedmiotu zamówienia jest zarazem obowiązkiem i uprawnieniem zamawiającego.
- 2.1.19 Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, „rolą Zamawiającego jest takie przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, aby było możliwe złożenie przez wykonawców porównywalnych ofert. W tym zakresie istotne znaczenie ma opis przedmiotu zamówienia. W przypadku zamówienia na roboty budowlane w formule "buduj" szczególne znaczenie ma w tym zakresie dokumentacja projektowa przekazywana przez zamawiającego wykonawcy. Zgodnie, bowiem z art. 31 ust. 1 p.z.p. zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Skoro to nie wykonawca jest autorem tej dokumentacji, to należy

zgodzić się, ze stanowiskiem, że spoczywa na nim obowiązek przeanalizowania dokumentacji i zgłoszenia błędów oraz zapoznania się z teren budowy i zgłoszenie ewentualnych nieprawidłowości, jednakże chodzi w takim przypadku o takie kwestie, które powinien wykryć profesjonalny wykonawca robót budowlanych przy dochowaniu należytej staranności. Nie oznacza to obowiązku sprawdzenia dokumentacji w celu wykrycia wszelkich błędów lub też badania terenu budowy w sposób wykraczający poza obowiązek wykonawcy robót. W związku z tym wykonawca robót budowlanych nie powinien być obciążany odpowiedzialnością za wszelkie ryzyka związane z ewentualnymi błędami, brakami dokumentacji technicznej lub terenu, lecz jedynie za takie, jakie które jako profesjonalista jest w stanie wykryć przy zachowaniu należytej staranności.” (wyrok KIO z dnia 8 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2017/19).

2.1.20 Obciążenie ryzykiem wykonawców wynikającym z wszelkich niedokładności, błędów, braków lub innych wad dokumentacji technicznej, także takich, jakie nie są możliwe do wykrycia przez profesjonalnego wykonawcę robót budowlanych przed złożeniem oferty, wskazuje na ograniczenie konkurencji do podmiotów dysponujących nie tylko niezbędnymi siłami do wykonania robót budowlanych, ale także personelem (pracownią architektoniczną), który wykonuje usługi projektowe i jest w stanie przed złożeniem oferty wykryć wszelkie ww. ewentualne wady dokumentacji budowlanej i wszelkie ryzyka z tym związane uwzględnić w cenie oferty. Może się to przekładać na pozyskanie ograniczonej liczby ofert i podwyższeniem cen, jak również z otrzymaniem nieporównywalnych ofert.

2.1.21 Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1) usunięcie postanowienia § 20 ust. 15 wzoru umowy

LUB

- 2) zmianę postanowienia § 20 ust. 15 wzoru umowy w ten sposób, że to Zamawiający będzie odpowiedzialny za wszelkie nieprawidłowości, błędy, itp. ujawnione w przekazanej dokumentacji projektowej.

Zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 PZP w zw. z art. 16 PZP

Zagadnienia ogólne

- 2.1.22 Zgodnie z treścią art. 99 ust. 4 PZP, 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.
- 2.1.23 W niniejszym Postępowaniu, Zamawiający nie sporządził opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z przepisem art. 99 ust. 4 PZP.
- 2.1.24 Przypomnieć należy, że podstawowym celem zamówień publicznych jest zaspokajanie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, a w tym konkretnym Postępowaniu również pośrednio zaspokajanie potrzeb szerszej zbiorowości. Zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w przepisie art. 16 PZP mają sprzyjać temu, aby te potrzeby były zaspokojone w jak najwyższym stopniu, czemu sprzyja uczciwe konkurowanie wykonawców o zamówienie. Wskazany cel zamówień publicznych nie jest więc spełniony wtedy, gdy Zamawiający przedstawia opis przedmiotu zamówienia w sposób, który jest całkowicie zbędny czy też w sposób nieuzasadniony.

Tylko jedno rozwiązanie spełnia wymogi określone przez Zamawiającego

- 2.1.25 W szczególności, Zamawiający narusza przepis art. 99 ust. 4 PZP w sytuacji, gdy, de facto, opisuje przedmiot zamówienia w sposób właściwy jednemu wykonawcy (oferowanemu przez niego rozwiązaniu), a właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Pozostali wykonawcy, którzy mogliby zaoferować przedmiot zamówienia nie są w stanie spełnić tak postawionych wymogów, określonych indywidualnie dla oferowanego przez ten podmiot rozwiązania.
- 2.1.26 Zamawiający nie narusza jednak przepisu art. 99 ust. 4 PZP w sposób bezpośredni, lecz pośredni – poprzez zamieszczenie pojedynczych wymagań, które w oderwaniu od reszty zapisów opisu przedmiotu zamówienia może spełnić kilka urzędzeń na rynku, lecz zebrane łącznie powodują ograniczenie konkurencji do jednego produktu na rynku.
- 2.1.27 Nie ma przy tym żadnego merytorycznego uzasadnienia dla takiego ograniczenia uczciwej konkurencji – taki sposób opisu przedmiotu zamówienia, gdzie jest tylko jedno możliwe do zaoferowania rozwiązanie (w zakresie nawierzchni boiska piłkarskiego i treningowego oraz nawierzchni bieżni i rozbieżni) nie wynika w żaden sposób z uzasadnionych czy obiektywnych potrzeb Zamawiającego.
- 2.1.28 Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w opisie przedmiotu zamówienia w ten sposób, aby dopuścić rozwiązania dostępne na rynku, a nie tylko jedno pożądane rozwiązanie. Odwołujący nie wskazuje przy tym precyzyjnie parametrów, jakie powinien zastosować Zamawiający – zostawiając w tym zakresie możliwość doprecyzowania tych parametrów przez samego Zamawiającego, aby dopuścił on rzeczywistą konkurencję.

Dokumenty wymagane przed zawarciem umowy

- 2.1.29 Zamawiający w treści rozdziału XXII ust. 5 pkt 2 SWZ wskazał, że obowiązkiem przed zawarciem umowy jest przedłożenie stosownych dokumentów, które zostały wprost wskazane w załączniku do 10 do SWZ.
- 2.1.30 Wskazać jednak należy, że wymóg taki jest nie tylko ponadmiarowy (nieadekwatny do przedmiotu zamówienia), ale przenosi również moment badania oferowanych rozwiązań na etap po wyborze oferty najkorzystniejszej – gdzie już Zamawiający nie ma możliwości dokonania czynności odrzucenia oferty, gdyby okazało się, że nie spełnia ona wymogów określonych przez Zamawiającego.
- 2.1.31 Niemniej jednak, kluczowy jest zakres i sama liczba wymaganych dokumentów. Jest to bowiem niezwykle pod tym względem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie Zamawiający nie wymaga złożenia jakichkolwiek przedmiotowych środków dowodowych (zgodnie z treścią rozdziału IX SWZ), natomiast wymaga złożenia, dla samej nawierzchni bieżni i rozbieżni, przed zawarciem umowy, 14 dokumentów.
- 2.1.32 Podkreślić przy tym należy, że niektóre z tych dokumentów wskazują wprost na to, że Zamawiający chce ograniczyć postępowanie do złożenia oferty przez jednego wykonawcę.
- 2.1.33 Jednym z takich wymogów jest wymóg przedłożenia aktualnego certyfikatu ISO w zakresie zarządzania energią ISO 50001:2018. Standardem jest, że od wykonawców obiektów sportowych nie wymaga się takiego dokumentu. Niemniej jednak, ostatnio jeden z potencjalnych wykonawców uzyskał taki dokument. Oznacza to, że żaden inny potencjalny wykonawca nie może złożyć oferty – poza tym jednym podmiotem, gdyż nie będzie w stanie złożyć żądanego certyfikatu ISO.

- 2.1.34 Kolejnym przykładem jest wymóg przedłożenia próbki oferowanej nawierzchni. Nie ma żadnej procedury badania tej próbki czy sposobu oceny. Nie wiadomo również, czemu miałyby służyć złożenie próbki przed podpisaniem umowy, a po wyborze oferty najkorzystniejszej.
- 2.1.35 Dodatkowo, nie ma informacji, kogo mają dotyczyć te dokumenty. Skoro wykonawcą w niniejszym postępowaniu może być dowolny podmiot zainteresowany złożeniem oferty (np. w postaci koordynacji prac podwykonawców), to wymóg żądania od niego dysponowania odpowiednimi certyfikatami ISO jest zupełnie zbędny. Z drugiej zaś strony, wymóg złożenia takich dokumentów od producentów nawierzchni byłby zbyt daleko idący, gdyż nie muszą być oni wykonawcami w niniejszym postępowaniu, w związku z tym nie można byłoby wobec nich stawiać określonego wymogu.
- 2.1.36 Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania usunięcia postanowień rozdziału I ust. 2 oraz rozdziału II ust. 2 załącznika nr 10 do SWZ, a w konsekwencji również dostosowanie SWZ do usunięcia tych wymogów.

Zarzut naruszenia przepisu art. 99 ust. 6 PZP w zw. z art. 16 PZP

- 2.1.37 Kwestie związane z rozwiązaniami równoważnymi zostały przez Zamawiającego opisane w rozdziale III ust. 3-7 SWZ.
- 2.1.38 Co prawda, czysto teoretycznie, Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne. Jednakże, jest to równoważność pozorna.
- 2.1.39 Wskazać bowiem należy, że równoważność pozorna charakteryzuje się właśnie takim opisem, jaki sporządził Zamawiający we wskazanych postanowieniach SWZ.

- 2.1.40 Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, „Zamawiający dopuszczając równoważność produktów, winien sprecyzować zakres minimalnych parametrów, w oparciu o które dokona oceny spełnienia wymagań określonych w SIWZ. Wymogi co do parametrów, w oparciu o które dokona oceny spełnienia wymagań określonych w SIWZ. Wymogi co do równoważności produktów winny być podane w sposób przejrzysty i jasny, tak, aby z jednej strony zamawiający mógł w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności zaoferowanych produktów, z drugiej zaś strony, aby wykonawcy przystępujący do udziału w postępowaniu przetargowym mieli jasność co do oczekiwań zamawiającego w zakresie właściwości istotnych cech charakteryzujących przedmiot zamówienia” (wyrok KIO z dnia 31 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1414/20).
- 2.1.41 W innym wyroku KIO podkreśliła, że „precyzyjne określenie granic równoważności (dopuszczalnych wartości odstępstw od parametrów produktu wzorcowego) ma istotny wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawcę, który zobowiązany jest wykazać, że oferowane rozwiązanie mieszczą się we wskazanych widełkach równoważności, a nie udowadniać równoważności w ogólnym, niesprecyzowanym zakresie. Przyjęcie takiej koncepcji nie zabezpieczałoby niczyjego interesu - zamawiający mógłby bowiem zachować się arbitralnie, wypaczając istotę postępowania o udzielenie zamówienia, którą jest wybór najkorzystniejszej oferty realizującej jego potrzeby, a wykonawca mógłby próbować sam ustalić sobie co w jego ocenie jest, a co nie jest równoważne i przez pryzmat jakich parametrów chciałby to wykazywać. Brak jednoznacznego uszczegółowienia co zamawiający rozumie przez "typ towaru o nie gorszych normach, parametrach i standardach techniczno-jakościowych i funkcjonalnych", przy wymaganiu od wykonawcy "wykazania w złożonej ofercie, że oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego", powoduje, że złożenie oferty równoważnej nie ma w postępowaniu charakteru rzeczywistego, lecz pozorny. W istocie bowiem ani zamawiający, ani wykonawca, nie wiedzą co kryje się pod

tym pojemnym i nader ogólnym sformułowaniem, i brak jest jakichkolwiek obiektywnych kryteriów pozwalających na weryfikację, czy oferowany produkt w istocie jest, czy nie jest równoważny” (wyrok KIO z dnia 8 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2125/19).

2.1.42 Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści rozdziału III ust. 3-7 SWZ poprzez dokładne określenie kryteriów równoważności dla każdego elementu, który spełnia wymóg określenia równoważności.

3. PODSUMOWANIE

3.1 W świetle powyżej przedstawionej argumentacji, odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości. Naruszenia przepisów PZP dokonane przez Zamawiającego są istotne oraz wpływają na możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego, a przez to powodują naruszenie interesu Odwołującego i narażają go na poniesienie szkody w związku z tymi czynnościami Zamawiającego.

3.2 W związku z powyższym wnoszę jak w *petitum*.

W imieniu Odwołującego

Mateusz Brzeziński LL.M. DBA

Załączniki:

1. Załącznik nr 1 – Pełnomocnictwo
2. Załącznik nr 2 – KRS Odwołującego
3. Załącznik nr 3 – Wpis od odwołania
4. Załącznik nr 4 – Potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu