

Tłuszcz, dnia 20 maja 2024 roku

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Gmina Miejska Legionowo

Urząd Miasta Legionowo
ul. marsz. Józefa Piłsudskiego 41
05-120 Legionowo
tel. (22) 7663491, (22) 7664064, e-mail: zamowienia@um.legionowo.pl

Odwołujący:

Complexe Sportif Grażyna Kowalska

NIP: 1250112373, REGON: 142175732
ul. Kościuszki 4/3
05-240 Tłuszcz
tel. 503 951 867, e-mail: complexesportif@onet.eu

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. „*Remont nawierzchni syntetycznej boiska na Orliku przy ulicy Parkowej*”

WARUNKI FORMALNE ODWOŁANIA

1. Przedmiotowe odwołanie dotyczy treści dokumentów zamówienia, które Zamawiający opublikował w dniu 13 maja 2024 roku. 5-dniowy termin na złożenie odwołania (z uwzględnieniem art. 509 ust. 2 ustawy Pzp) upływa zatem **w dniu 20 maja 2024 roku.**
2. Odwołujący wskazuje, że wpis od odwołania w kwocie stosownej do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. **Potwierdzenie przelewu w załączeniu.**
3. Odwołujący, zgodnie z treścią art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, przekazał odwołanie do Zamawiającego **w dniu 20 maja 2024 roku.**
4. W załączeniu odpis CEIDG potwierdzający uprawnienie do reprezentowania Odwołującego.
5. Nr sprawy: **Rz.271.14.2024.**
6. Ogłoszenie: **nr 2024/BZP 00320556/01 z dnia 2024-05-13.**
7. Link do dokumentów postępowania: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/926205>.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 514 ust. 1, art. 515 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”, niniejszym wnoszę odwołanie w zakresie czynności

Zamawiających polegających na sporządzeniu dokumentów zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia:

- w sposób ograniczający uczciwą konkurencję poprzez taki dobór parametrów, który uniemożliwia złożenie oferty z nawierzchnią oferowaną przez Odwołującego, jednocześnie naruszając zasadę udzielania zamówienia publicznego zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia,
- w sposób, który umożliwia zaoferowanie wyłącznie nawierzchni jednego producenta tj. CONICA AG – produkt CONIPUR 2S bez uzasadnienia obiektywnymi względami techniczno-użytkowymi.

W konsekwencji powyższego, zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 17 ust. 1-2 ustawy Pzp - poprzez zastosowanie w postępowaniu parametrów niezapewniających najlepszej jakości uzasadnionej charakterem zamówienia i nieprowadzących do uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów,
2. art. 99 ust. 2 ustawy Pzp poprzez sporządzenie SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (w zakresie parametrów dotyczących nawierzchni) w sposób utrudniający i ograniczający uczciwą konkurencję, poprzez taki ich dobór, które uniemożliwiają złożenie Odwołującemu oferty,
3. art. 99 ust. 4 ustawy Pzp – poprzez opisanie parametrów w odniesieniu do nawierzchni, które w zbiegu parametrów prowadzą do opisu w sposób zbieżny w skutkach z użyciem w opisie zamówienia nazwy własnej systemu nawierzchni CONIPUR 2S firmy CONICA AG, co przy uwzględnieniu treści SWZ powoduje brak możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie Odwołującemu, który oferuje nawierzchnię systemu Tetrapur ENZ IVS produkcji BSG sp. z o.o.

Odwołujący wskazuje również, 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 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o:

1. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany opisu przedmiotu zamówienia poprzez:
 - a) wykreślenie wymagań co do elastycznej nośnej warstwy podkładowej, która jest charakterystyczna dla systemu CONIPUR,
 - b) umożliwienie zaoferowania nawierzchni posiadającej następujące parametry:
 - wytrzymałość na rozciąganie (MPa) – 1,2
 - wydłużenie względne przy zerwaniu (%) - 82
 - redukcja siły w temp. 23°C (%) - 35
 - odkształcenie pionowe w temp. 23°C (mm) – 0,9

- przepuszczalność dla wody w temp. 23 °C (mm/h) - 3233
- tarcie/poślizg:
 - nawierzchnia sucha - 106
- odporność na ścieranie:
 - nie poddane starzeniu (g) – 0,9
 - po przyspieszonym starzeniu (g) – 1,73

c) wykreślenie parametru wydłużenie względne przy rozciąganiu – 55-58 %

d) w zakresie wymaganej zawartości związków chemicznych - wykreślenie nieaktualnej normy DIN 18035-6:2014 i zastąpienie jej aktualną normą DIN 18035-6:2021-08, zgodnie z którą:

- a) DOC po 24 godzinach < 50 mg/l
- b) ołów (Pb) < 0.025 mg/l
- c) kadm (Cd) < 0.005 mg/l
- d) chrom (Cr) < 0.050 mg/l
- e) rtęć (Hg) < 0.001 mg/l
- f) cynk (Zn) < 0.5 mg/l
- g) cyna (Sn) < 0.04 mg/l

2. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Okoliczności wskazujące na istnienie interesu Odwołującego we wnoszeniu odwołania:

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 uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Po analizie treści dokumentacji zamówienia Odwołujący stwierdził jednak, że nie może ubiegać się o niniejsze zamówienie, bowiem Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, że nawierzchnia TETRAPUR ENZ IVS, którą posiada Odwołujący nie może być zaoferowana z uwagi na postawione parametry graniczne. Ponadto postawione przez Zamawiającego parametry sugerują, że Wykonawcy mogą oferować tylko jeden produkt - nawierzchnię CONIPUR 2S. W konsekwencji w sytuacji, gdy treść SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia odnoszącego się do nawierzchni została sformułowana w sposób sprzeczny z ustawą Pzp, Odwołujący utracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

UZASADNIENIE

W dniu 13 maja 2024 roku Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie publikując ogłoszenie oraz dokumentację zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych polegających na remoncie nawierzchni syntetycznej boiska na Orliku przy ulicy Parkowej. Zakres rzeczowy robót budowlanych obejmuje:

- 1) demontaż istniejącego wyposażenia boiska: bramki do piłki, słupy z tablicami do koszykówki, siatkówki,
- 2) profilowanie, uzupełnienie i odpowiednie zagęszczenie podbudowy,
- 3) wykonanie nowej nawierzchni syntetycznej z profilowaniem oraz punktowymi naprawami oraz wzmocnieniem podbudowy,

- 4) wymianę furtek i bramy na teren boiska,
- 5) zakup, dostawę i montaż nowego wyposażenia w tym: bramek, tablic do koszykówki, ławek, furtek oraz bramy technicznej.

Jak widzimy, w ramach przedmiotu zamówienia należy wykonać nową nawierzchnię syntetyczną. Dokładne warunki projektowanej nawierzchni syntetycznej opisano w załączniku nr 11 do SWZ – dokumentacja techniczna, gdzie zarówno w projekcie zagospodarowania terenu (str. 3-5), jak i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (STWiOR, str. 7-9) wskazano, że wymaga się wykonania nowej, bezspoinowej nawierzchni syntetycznej gumowo-poliuretanowej, przepuszczalnej dla wody, wykonywanej in situ tj. bezpośrednio na budowie, składającej się z dwuwarstwowej wierzchniej powłoki użytkowej o łącznej grubości 16 mm, układanej na uprzednio wykonanej elastycznej nośnej warstwie podkładowej o grubości 35 mm.

Dalej wskazano, że:

Elastyczna nośna warstwa podkładowa pod systemowe nawierzchnie sportowe poliuretanowo- gumowe wymaga przepuszczalnej podbudowy z kruszywa (co jest zgodne ze stanem rzeczywistym), jest alternatywą podbudowy asfaltobetonowej lub betonowej. Dużą zaletą tego rozwiązania jest przepuszczalność dla wody. Elastyczna warstwa podkładowa z granulatu gumowego SBR o granulacji 1-5 mm oraz kruszywa kwarcowego o średnicy 2-5 mm suszonego ogniowo, połączonych jednoskładnikowym lepiszczem poliuretanowym (PUR) układana jest mechanicznie na przygotowanej podbudowie, przy pomocy rozkładarki mas poliuretanowych. Granulat gumowy oraz kruszywo mieszane jest przed rozłożeniem z lepiszczem PUR w mikserze.

Przybliżone zużycie poszczególnych składników na 1 m² (zależne od oczekiwanej elastyczności podkładu oraz grubości warstwy) przy grubości około 35 mm:

- granulatu gumowy 1 - 5 mm wraz ze ściere gumowym – 11,5 kg
- kruszywo kwarcowe 2 - 5 mm – 29,0 kg
- lepiszcze PUR, jednoskładnikowe – 2,3 kg

Na elastycznej warstwie podkładowej układana jest w pierwszej kolejności spodnia baza w formie maty gumowej z granulatu SBR oraz lepiszcza PUR. Następną, wierzchnią warstwę użytkową nawierzchni sportowej stanowi system poliuretanowy wypełniony granulem pierwotnym EPDM aplikowanym w kolorach zgodnie z rysunkiem lub ustaleniami z Inwestorem. Obie warstwy wierzchniej powłoki użytkowej mają tą samą grubość tj. 8 mm każda.

W odniesieniu do powyższego wskazać należy, że elastyczna nośna warstwa podkładowa to rozwiązanie charakterystyczne dla systemu nawierzchni CONIPUR producenta CONICA. Powyższe wymagania w zakresie elektrycznej nośnej warstwy podkładowej to przepisanie karty technicznej produktu CONIPUR ET. Określenie takich wymagań to jawne dopuszczenie tylko jednego producenta i jednego produktu, mimo że oficjalnie nie podaje się jego nazwy.

Zamawiający winien dopuścić inne alternatywne podbudowy elastyczne np. TETRAPUR WS - podbudowa poliuretanowa, elastyczna, bezspoinowa, przepuszczalna dla wody, instalowana maszynowo „in situ” (bezpośrednio na placu budowy). grubość ≈ 35mm (lepiszcze poliuretanowe + granulatu SBR 1-4 mm + kruszywo mineralne 2-5 mm, bowiem w innym przypadku dopuszcza się ograniczenia konkurencyjności postępowania do jednego produktu. Jeśli zaś celem Zamawiającego jest wybranie tylko jednego produktu i producenta to nie może robić tego w ramach procedury otwartej i konkurencyjnej, jaką jest postępowanie w trybie podstawowym. W obecnym kształcie swz narusza

zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający konkurencyjność postępowania i sprowadza się do tego, że może być oferowany konkretny produkt.

Przechodząc dalej, należy wskazać, że w dokumentach postawiono m.in. następujące wymagania co do parametrów nawierzchni:

Nawierzchnia musi posiadać parametry mieszczące się w przedziale opisane poniżej:

- Poślizg (EN 13036-4)
 - sucha: 80-90
 - mokra 55-65
- Wytrzymałość na rozciąganie (EN 12230): 0,60 – 0,70 MPa
- Wydłużenie względne przy zerwaniu: 56-58%
- Wydłużenie względne przy rozciąganiu: 55-58%
- Odkształcenie pionowe w temp. 23°C: 1,2–1,4 mm
- Tłumienie energii w temp. 23°C (EN 14808): 39–42%
- Pionowe odbicie piłki w temp. 23°C (EN 12235): 95-105%
- Przepuszczalność dla wody (EN 12616) w temp. 23 °C: 12.600 – 12.800 mm/h
- Odporność na ścieranie (EN ISO 5470-1):
 - nie poddane starzeniu - 1,38 g
 - po przyspieszonym starzeniu 1,36 g

Nawierzchnia musi być przyjazna dla otoczenia i ludzi korzystających z niej, więc wymaga się by zawartość związków chemicznych mieściła się w granicach opisanych poniżej (DIN V 18035-6:2014):

Parametr – wartości w mg/l

- DOC po 24 godzinach ~ 11.0
- ołów (Pb) < 0.001
- kadm (Cd) < 0.0003
- chrom (Cr) < 0.0055
- rtęć (Hg) < 0.001
- cynk (Zn) < 0.09
- cyna (Sn) < 0,001
- bez zapachu – nie wonna

Odwołujący podnosi, że ustalenie parametrów granicznych nawierzchni w sposób wskazany wyżej powoduje, że w niniejszym postępowaniu może zostać zaoferowany tylko jeden produkt (nawierzchnia CONIPUR 2S producenta Conica AG), bowiem tylko ta nawierzchnia posiada parametry mieszczące się w powyższych granicach. Tym samym, poprzez ustanowienie konkretnych zakresów parametrów nawierzchnia, którą dysponuje Odwołujący jest wykluczona, mimo że jest nawierzchnią wysokiej jakości i przy jej użyciu możliwe jest spełnienie celu niniejszego postępowania.

Relacja parametrów wymaganych przez Zamawiającego w odniesieniu do parametrów nawierzchni Odwołującego (Tetrapur ENZ IVS) oraz jedynej nawierzchni, jaką w tym postępowaniu można zaoferować (Conipur 2S) przedstawia się następująco:

parametr	wymagania Zamawiającego	wymagania norm	wymagania FIBA	nawierzchnia CONIPUR 2S	nawierzchnia TETRAPUR ENZ IVS
----------	-------------------------	----------------	----------------	-------------------------	-------------------------------

				producent: CONICA	producent: BSG	PN EN 14877:2014
wytrzymałość na rozciąganie (MPa)	0,60 – 0,70	≥ 0,40	nie określono	0,6	1,2	
wydłużenie względne przy zerwaniu (%)	56-58	≥ 40	nie określono	57	82	
wydłużenie względne przy rozciąganiu (%)	55-58	nie ma takiego parametru	nie ma takiego parametru	brak	brak	
redukcja siły w temp. 23°C (%)	39–42	35-44	35-44	39	35	
odkształcenie pionowe w temp. 23°C (mm)	1,2–1,4	≤ 6	≤ 6	1,3	0,9	
pionowe odbicie piłki w temp. 23°C (%)	95-105	≥ 85	≥ 85	100	103	
przepuszczalność dla wody w temp. 23 °C (mm/h)	12.600 – 12.800	≥ 150 mm/h	nie określono	12.800	3233	
tarcie/poślizg:	80-90	80-110	80-110	89	106	
- nawierzchnia sucha (min-max)						
- nawierzchnia mokra (min-max)	55-65	55-110	55-110	55	57	
odporność na ścieranie:	1,38	≤ 4	≤4g	1,38	0,9	
- nie poddane starzeniu (g)						
- po przyspieszonym starzeniu (g)	1,36	≤ 4	≤ 4	1,36	1,73	

Odnosząc się do spornych parametrów, w pierwszej kolejności Odwołujący podnosi, że parametr określony przez Zamawiającego jako „wydłużenie względne przy rozciąganiu: 55-58%” nie istnieje w żadnych regulacjach, czy to wymaganiach norm czy innych branżowych badaniach. Takiego parametru, o takiej nazwie i wartości po prostu nie ma, a zatem nie jest zrozumiałe dla Odwołującego o jaki parametr w istocie chodziło Zamawiającemu. Istnieje parametr o nazwie „wytrzymałość na rozciąganie”, ale jest on badany w Mpa a nie w %, a ponadto został przez Zamawiającego określony w innej pozycji. Istnieje również parametr „wydłużenie względne przy zerwaniu” i jest on określany w %, ale parametr ten również został przez Zamawiającego określony w odrębnej pozycji. Nie jest zatem jasne czym miałyby być parametr „wydłużenie względne przy rozciąganiu: 55-58%”, bowiem taki parametr nie istnieje i nie potwierdzą go żadne badania. Odwołujący wnosi zatem o wykreślenie tego parametru z opisu przedmiotu zamówienia.

Dalej, co do pozostałych parametrów, z zestawienia jednoznacznie wynika, że nawierzchnia oferowana przez Odwołującego została wykluczona z postępowania w zakresie następujących parametrów:

- wytrzymałość na rozciąganie (MPa)
- wydłużenie względne przy zerwaniu (%)
- redukcja siły w temp. 23°C (%)
- odkształcenie pionowe w temp. 23°C (mm)
- przepuszczalność dla wody w temp. 23 °C (mm/h)
- tarcie/poślizg:
 - nawierzchnia sucha
- odporność na ścieranie:
 - nie poddane starzeniu (g)
 - po przyspieszonym starzeniu (g)

W ocenie Odwołującego taki sposób ukształtowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób oczywisty narusza zasady udzielania zamówień publicznych, bowiem ukształtowanie powyższych parametrów granicznych eliminuje nawierzchnię Odwołującego, mimo że nie ma do tego żadnych podstaw. Zgodnie z obowiązującymi przepisami Zamawiający ma obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie Wykonawców. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu wprowadził zaś konkretne parametry techniczne ograniczające konkurencyjność postępowania, **które nie wynikają z żadnych norm, ani jakichkolwiek innych dokumentów czy regulacji branżowych - a są jedynie kopią parametrów technicznych nawierzchni CONIPUR 2S.**

Aktualny opis zamówienia w zakresie parametrów granicznych został zatem dokonany z ewidentnym naruszeniem zasad opisu przedmiotu zamówienia, np. art. 99 ust. 2 ustawy Pzp. Jak już wskazano w tabeli powyżej parametry wskazane przez Zamawiającego spełnia tylko produkt Conipur 2S. Produkt, który posiada Odwołujący nie mieści się zaś w postawionych parametrach. W parametrach tych nie mieści się także żaden inny produkt występujący na rynku.

Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy 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. Naruszenie zasady wynikającej z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp może mieć charakter bezpośredni (jeśli Zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt – z taką sytuacją mamy do czynienia w tej sprawie).

Odwołujący wskazuje również, że pomimo opisanie przedmiotu zamówienia ze wskazaniem na konkretne produkty Zamawiający nie zrealizował obowiązku dopuszczenia rozwiązań równoważnych.

Zamawiający może skutecznie zakwestionować zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy Pzp jeśli wykaże, że opis przedmiotu zamówienia ma źródło w jego uzasadnionych potrzebach, przy czym, w przypadku zamówienia, którego poszczególne części składowe opisane zostały za pomocą wielu parametrów,

nawet brak spełniania jednego z parametrów pojedynczego produktu niesie skutek niemożności złożenia oferty w ogóle (oferta taka, co do zasady, będzie podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp), zatem niezbędne jest wykazanie spełniania przez oferowany przedmiot zamówienia wszystkich kwestionowanych parametrów (KIO 1949/11, KIO 1954/11).

Nie ulega zatem wątpliwości, że zasadniczym obowiązkiem Zamawiającego jest sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia respektującego zasady udzielenia zamówień publicznych przy uwzględnieniu, wyłącznie rzeczywiście uzasadnionych obiektywnymi względami, potrzeb. W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu, aktualny opis przedmiotu zamówienia, w kwestionowanym zakresie narusza w sposób oczywisty wskazane powyżej zasady udzielania zamówień publicznych. Wymagania kwestionowane odwołaniem faktycznie eliminują konkurencyjność postępowania (bez merytorycznego uzasadnienia) - w dodatku realnie skazując Zamawiającego na konkretny produkt jednego producenta.

Modyfikacja SWZ w sposób odpowiadający żądaniu odwołania pozwoli na przywrócenie zgodności postępowania z wymaganiami uczciwej konkurencji, a jednocześnie nie spowoduje, że tak ukształtowany opis zamówienia nie pokryje faktycznych wymagań użytkowników, bowiem również nawierzchnia Odwołującego pozwoli Zamawiającemu na uzyskanie obiektu najwyższej jakości. Nawierzchnia oferowana przez Odwołującego posiada wszelkie wymagane dopuszczenia i certyfikaty potwierdzające zgodność z obowiązującymi normami.

Należy również podkreślić, że w analogicznych sytuacjach (tj. niedopuszczenia różnego typu nawierzchni TETRAPUR producenta BSG i opisanie parametrów tylko pod nawierzchnie Conipur, producenta Conica) wypowiedziała się już wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza, m.in. w wyrokach:

- KIO 3466/21 – wyrok z dnia 14 grudnia 2021 roku:

„Izba wskazuje, że sposób określania przedmiotu zamówienia, który poprzez podanie parametrów technicznych ogranicza krąg Wykonawców wyłącznie do jednego producenta, stanowi naruszenie prawa zamówień publicznych, bowiem w sposób nieuzasadniony preferuje lub wprost wskazuje na konkretnego Wykonawcę lub konkretny produkt”.

- KIO 8/21 – wyrok z dnia 28 stycznia 2021 roku:

„Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji, nie dopuszczając bez uzasadnionych powodów nawierzchnie innych producentów niż producent nawierzchni ułożonej na Stadionie im. Z. Krzyżkowiaka w Bydgoszczy. W ocenie Izby takie działanie nie zasługuje na aprobatę, gdyż z jednej strony Zamawiający pozbawia się możliwości wyboru spośród konkurencyjnych systemów, a z drugiej ograniczenie konkurencji prowadzi do zmniejszenia się rynku Wykonawców oferujących wykonanie systemów różnych producentów. Taka sytuacja doprowadzić może do stopniowego wypierania jednych produktów przez drugie bez względu na ich walory jakościowe, a w konsekwencji powstania monopolu, który może zaprzestać rozwoju jakościowego z uwagi na niezagrożoną pozycję rynkową”.

Kwestia ta była badana przez kilkanaście różnych składów Krajowej Izby Odwoławczej i linia orzecznicza wydaje się być w tej sprawie jednolita – nie można opisywać parametrów nawierzchni w taki sposób, aby postawione wymagania spełniał tylko jeden, z góry określony produkt. Kwestia ta była również

przedmiotem badań Ministerstwa Sportu i Turystyki, który mając świadomość nieprawidłowych działań, jakie miały miejsce na rynku, sformułował w lutym 2022 roku określone wytyczne znajdujące się w dokumencie „wytyczne dla wnioskodawców ubiegających się o dofinansowanie z Funduszu Rozwoju Kultury Fizycznej”, wskazując, że:

- jednym z podstawowych zastrzeżeń Ministerstwa do dokumentacji projektowych jest *„arbitralne i często niczym nieuzasadnione (merytorycznie) definiowanie oczekiwanych parametrów nawierzchni lekkoatletycznych, co w istotnej części przypadków stanowi przesłankę do uznania, że taki opis przedmiotu zamówienia zakłada uczciwą konkurencję, bądź zdradza jednoznacznie brak znajomości tematu bądź próbę manipulacji mającej na celu promocję konkretnego rozwiązania (np. poprzez dobór parametrów nieistotnych przy jednoczesnym pominięciu kluczowych itd.)”* (str. 5 wytycznych),
- jednym z błędów dotyczących specyfikacji nawierzchni jest *„wskazywanie parametrów, których spełnienie było możliwe tylko przez 1 produkt”* (str. 15 wytycznych), a także że *„jeżeli ograniczamy przedziały określone w wytycznych WA (IAAF) to musimy nadal posługiwać się przedziałami. Dodatkowo powinny być ustalone najlepiej w taki sposób, aby spełniały je co najmniej 2 nawierzchnie różnych producentów, przy czym fakt spełniania tych wymogów przez 2 nawierzchnie nie przesądza jeszcze o prawidłowości specyfikacji w świetle rygorów przepisów o zamówieniach publicznych”* (str. 16 wytycznych).

Poza wskazanym wyżej ograniczeniem konkurencyjności postępowania poprzez dopuszczenie tylko jednego produktu wskazujemy, że Zamawiający opisał parametry nawierzchni w sposób niezgodny z normami, oraz tak, że dopuszcza parametry gorsze, a uniemożliwia zaoferowanie produktów z parametrami lepszymi. Odnosząc się kolejno do spornych parametrów wskazujemy, że:

1) wytrzymałość na rozciąganie (MPa)

Wytrzymałość na rozciąganie jest to parametr opisujący trwałość nawierzchni i jej podatność na uszkodzenia. Wyższe wartości tych parametrów wskazują na większą wytrzymałość i trwałość nawierzchni. Oznacza to, że nawierzchnia Odwołującego posiadająca wyższą wartość (1,2) niż oczekiwana przez Zamawiającego (0,60-0,70) jest nawierzchnią lepszą – a mimo to nie została przez Zamawiającego dopuszczona.

Wymagania branżowe (w tym norma EN 12230) określają jedynie minimalne wartości dla tego parametru na poziomie $\geq 0,40$. Oznacza to, że bezspornie nawierzchnia Odwołującego mieści się we wszystkich obowiązujących w tym zakresie regulacjach.

Ponadto, kwestie tego samego parametru w innym systemie nawierzchni, ale tych samych producentów rozpatrywała już Krajowa Izba Odwoławcza wskazując, że *„w odniesieniu do wydłużenia przy zerwaniu oraz wytrzymałości na rozciąganie wyższe parametry przemawiają na korzyść nawierzchni, podczas gdy w ramach kryterium J – Jakość Zamawiający punktuje niższe parametry”* (wyrok z dnia 7 stycznia 2022 roku – KIO 3667/21).

Widzimy zatem, że aktualny parametr graniczny SWZ uniemożliwia zaoferowanie nawierzchni Tetrapur, pomimo, że posiada ona parametr wytrzymałości na rozciąganie na wyższym poziomie niż preferowany

Conipur. Wymaganie preferuje mniejszą trwałość, a zatem całkowicie odwrotnie niż nakazuje to logika i dbałość o najwyższą jakość wymaganego produktu.

2) wydłużenie względne przy zerwaniu (%)

Analogicznie jak powyżej – aktualnie postawiony przez Zamawiającego parametr graniczny dopuszcza mniejszą trwałość nawierzchni, a uniemożliwia zaoferowanie produktu o parametrze zdecydowanie lepszym. Również w tym przypadku bowiem wyższa wartość tego parametru wskazuje na większą wytrzymałość i trwałość nawierzchni. Oznacza to, że nawierzchnia Odwołującego posiadająca wyższą wartość (82) niż oczekiwana przez Zamawiającego (56-58) jest nawierzchnią lepszą – a mimo to nie została przez Zamawiającego dopuszczona.

Wymagania określają jedynie minimalne wartości dla tego parametru na poziomie 40%. Oznacza to, że bezspornie nawierzchnia Odwołującego mieści się we wszystkich obowiązujących w tym zakresie regulacjach.

Ponadto, kwestie tego samego parametru w nawierzchni Odwołującego rozpatrywała już Krajowa Izba Odwoławcza wskazując, że:

- wyrok z dnia 14 grudnia 2021 roku – KIO 3466/21:

„Odwołujący wykazał, że parametry dopuszczone normami i przepisami podlegają zasadzie, że czym wyższa wartość parametru, tym lepsza jakość i bezpieczeństwo nawierzchni. Zatem nieuzasadnione, nie poparte żadnymi racjonalnymi względami technicznymi czy funkcjonalnymi ograniczenie parametrów technicznych, poprzez niedopuszczenie produktów spełniających wyższe parametry – co przekłada się na ich jakość, trwałość i bezpieczeństwo użytkowania jest niezasadne i nieuprawnione, ogranicza konkurencję i winno zostać zmienione”.

- wyrok z dnia 7 stycznia 2022 roku – KIO 3667/21:

„w odniesieniu do wydłużenia przy zerwaniu oraz wytrzymałości na rozciąganie wyższe parametry przemawiają na korzyść nawierzchni, podczas gdy w ramach kryterium J – Jakość Zamawiający punktuje niższe parametry”.

Również w tym zakresie wymaganie Zamawiającego preferuje zatem mniejszą trwałość, a zatem całkowicie odwrotnie niż nakazuje to logika.

3) redukcja siły w temp. 23°C (%)

Tłumienie energii to parametr określony przez normę EN 14808, a także przez FIBA (Międzynarodowa Federacja Koszykówki). Oba te źródła stawiają ten wymóg na poziomie 35-44%, a zatem niezrozumiałe jest dlaczego i na jakiej podstawie Zamawiający ograniczył ten parametr w postępowaniu do wartości 39–42. W ten sposób nawierzchnia Odwołującego posiadająca parametr 35, a zatem zgodny ze wszystkimi wymaganiami norm i branżowymi nie może zostać zaoferowana w tym postępowaniu – bez żadnego racjonalnego uzasadnienia.

4) odkształcenie pionowe w temp. 23°C (mm)

Parametr ten określa norma EN 14809, jak również wymagania FIBA wskazując, że ma wynosić $\leq 6\text{mm}$. Nawierzchnia Odwołującego posiada parametr 0,9, a mimo to nie może zostać zaoferowana w postępowaniu, bowiem Zamawiający określił parametry graniczne jako 1,2–1,4. Nie jest zrozumiałe dlaczego akurat takie wartości dopuszcza Zamawiający, skoro norma stanowi o $\leq 6\text{mm}$, a w przypadku tego parametru im niższe wartości tym lepsze.

5) przepuszczalność dla wody w temp. 23 °C (mm/h)

W zakresie tego parametru norma EN 12616 wymaga $\geq 150\text{mm/h}$. Mimo tego Zamawiający postawił wymóg na poziomie 12.600 – 12.800, co jest wręcz absurdalne w realiach niniejszej sprawy, bowiem norma ($\geq 150\text{mm/h}$) została podwyższona 80-cio krotnie.

Przed wszystkim przepuszczalności wody nie bada się w określonej temp. 23°C tak jak to opisał Zamawiający. Realnie, Zamawiający oczekuje przepuszczalności ponad 12 000 litrów wody w ciągu godziny. W Polsce deszcz ulewny to opad 75mm/h, maksymalne odnotowane opady zostały odnotowane w Sułuszowej 180 mm/h w dniu 18 maja 1996 roku. Natomiast najwyższa suma średnich rocznych opadów Polsce to max. 1913 mm/rok.

Ponadto, po co Zamawiającemu przepuszczalność ponad 12 000 litrów wody przez 16 mm nawierzchni, jeśli pod nią ma podbudowę, która takiej przepuszczalności nie ma i nie będzie miała.

Jakie uzasadnienie Zamawiający znajduje zatem dla określenia tego parametru na aż tak skrajnie wysokim poziomie? Odpowiedź jest jasna – jest to parametr przepisany z badań nawierzchni CONIPUR 2S. Jest to parametr wskazany wyłącznie po to, aby wyeliminować konkurencję.

6) poślizg – nawierzchnia sucha

Poślizg/ to parametr poprawnie nazywany Oporem poślizgu (test wahadła PTV) , który definiuje norma EN 13036-4. Norma określa wymagania oporu poślizgu dla nawierzchni mokrej w przedziale 55-110, a dla nawierzchni suchej w przedziale 80 – 110. Nawierzchnia Odwołującego posiada w zakresie nawierzchni mokrej parametr 57, w nawierzchni suchej 106, a zatem spełnia wszelkie powyższe wymagania określone w normach i wytycznych.

Ponadto, dowiedzione jest, że wyższa wartość oporu poślizgu szczególnie na nawierzchni zawilgoconej/mokrej zapewnia lepszą przyczepność obuwia do nawierzchni i minimalizuje ryzyko poślizgnięcia, a w konsekwencji zwiększa bezpieczeństwa użytkowników nawierzchni. W konsekwencji, Zamawiający określając swoje wymagania w zakresie tarcia na nawierzchni suchej na poziomie wartości 80-90 wymaga nawierzchni bardziej śliskiej, a wyklucza nawierzchnię Odwołującego z parametrem wyższym i lepszym (106), bowiem zapewniającą lepszą przyczepność.

Wskazać należy ponadto, że w sprawie parametru oporu poślizgu (tarcia) w nawierzchni Odwołującego wypowiadała się już wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza wskazując m.in. że:

- wyrok z dnia 14 grudnia 2021 roku – KIO 3466/21:

„Odwołujący wykazał, że parametry dopuszczone normami i przepisami podlegają zasadzie, że czym wyższa wartość parametru, tym lepsza jakość i bezpieczeństwo nawierzchni. Zatem nieuzasadnione, nie

poparte żadnymi racjonalnymi względami technicznymi czy funkcjonalnymi ograniczenie parametrów technicznych, poprzez niedopuszczenie produktów spełniających wyższe parametry – co przekłada się na ich jakość, trwałość i bezpieczeństwo użytkowania jest niezasadne i nieuprawnione, ogranicza konkurencję i winno zostać zmienione”.

- wyrok z dnia 7 stycznia 2022 roku – KIO 3667/21:

„w odniesieniu do współczynnika tarcia – wyższa wartość oporu poślizgu pozytywnie wpływa na bezpieczeństwo użytkowania, podczas gdy w SWZ Zamawiający punktuje wartości niższe, uniemożliwiając uzyskanie punktów przez nawierzchnie z parametrem wyższym”.

- wyrok z dnia 27 lipca 2022 roku - KIO 1912/22:

„Następnie zauważenia wymaga, że Zamawiający nie wykazał, dlaczego zakreszenie granic parametrów w SWZ miałyby wynikać z jego uzasadnionych potrzeb, być korzystne, pozytywnie wpływać na jakość przedmiotu zamówienia, tj. zapewniać wyższą jakość, większą użyteczność czy trwałość. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający powołał się na orzeczenie Izby, gdzie zostało m.in. stwierdzone, że zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby, żądając produktu o cechach o najwyższych dostępnych standardach jakościowych, jednak nie podjął się uzasadnienia, dlaczego produkt producenta Conica AG posiada najwyższe standardy jakościowe. Było to to tym bardziej wskazane, że w odwołaniu Odwołujący wskazał, że w przypadku parametrów takich jak wytrzymałość na rozciąganie oraz wydłużenia przy rozciąganiu wyższe wartości wskazują na większą wytrzymałość i trwałość nawierzchni, zaś w przypadku współczynnika tarcia TRRL wyższa wartość tarcia zapewnia lepszą przyczepność obuwia do nawierzchni i minimalizuje ryzyko poślizgnięcia, w konsekwencji zwiększa bezpieczeństwo użytkowników nawierzchni. Zamawiający nie wykazał, że określenie przez niego wąskich przedziałów jest uzasadnione uzyskaniem wyrobu o najlepszym poziomie jakości, zwiększa bezpieczeństwo zawodników. Twierdzenia Zamawiającego są ogólnikowe, nie tylko nie odnoszą się do zakwestionowanych w odwołaniu parametrów, nie zawierają przekonujących argumentów przemawiających za zasadnością określenia parametrów na poziomie jaki przyjął w opisie. Stwierdzenie, że „określenie takich, a nie innych parametrów nawierzchni jest podyktowane troską o uzyskanie trwałej nawierzchni zapewniającej wieloletnią i bezawaryjną eksploatację”, bez wykazania, dlaczego wyższe wartości spornych parametrów nie pozwalają na uzyskanie takiej nawierzchni, nie może być uznane za wiarygodne”.

Bezsprzecznie zatem również w tym zakresie Zamawiający postawił wymóg w sposób nieprawidłowy.

7) odporność na ścieranie: nie poddane starzeniu i po przyspieszonym starzeniu (g)

W zakresie tego parametru wymagania zostały określone normą EN ISO 5470-1. Zgodnie z nią odporność na ścieranie zarówno nie poddane starzeniu i po przyspieszonym starzeniu powinno wynosić ≤4g. Nawierzchnia Odwołującego spełnia te wymagania, a mimo tego nie może zostać zaoferowana, bowiem Zamawiający samodzielnie wyciął z normy wartości punktowe, których oczekuje (1,38 i 1,36) – są to wartości charakterystyczne dla nawierzchni CONIPUR 2S.

Z powyższego wynika jednoznacznie, że Zamawiający ogranicza normy PN EN 14877:2014 i inne wprowadzając zmiany w parametrach bez żadnego racjonalnego uzasadnienia. Zamawiający nie posiada żadnych analiz ani badań, którymi może poprzeć swoje hipotezy. Opiera się jedynie na własnych subiektywnych przypuszczeniach, które opowiadają parametrom jednego systemu nawierzchni –

CONIPUR 2S. W ten sposób Zamawiający wykluczył z postępowania nawierzchnię oferowaną przez Odwołującego, która jest nawierzchnią o bardzo dobrych parametrach wytrzymałościowych i dynamicznych, co potwierdzają wyniki badań akredytowanych instytucji oraz FIBA (Międzynarodowa Federacja Koszykówki), która poprzez nadanie certyfikatu poleca oferowany przez Odwołującego produkt. W tym miejscu należy zaś wskazać, żeby aby otrzymać dopuszczenie FIBA należy spełnić wyśrubowane wymagania, w tym posiadać bardzo wysokie ubezpieczenie towarów, dostarczyć próbki nawierzchni, zdjęcia i lokalizację wykonanych obiektów oraz badania wydane przez akredytowane laboratoria następujących parametrów z wynikami wpisującymi się w wymagania podanych norm będących elementami zharmonizowanej normy PN EN 14877, jak poniżej:

- EN 14808: Nawierzchnie obiektów sportowych. Oznaczanie amortyzacji
- EN 14809: Nawierzchnie obiektów sportowych. Wyznaczanie odkształceń pionowych
- EN 12235: Nawierzchnie obiektów sportowych. Wyznaczanie zachowania się piłki pionowej
- EN 13036: Charakterystyka nawierzchni dróg i lotnisk. Metody testowe. Metoda pomiaru odporności na poślizg/poślizg nawierzchni: Próba wahadłowa
- EN 5470: Tkaniny powlekane gumą lub tworzywem sztucznym. Oznaczanie odporności na ścieranie. Szlifierka Tabera.

Certyfikat wydany przez tę organizację potwierdza zatem najwyższą jakość, której Zamawiający – z niezrozumiałych powodów – nie dopuścił w tym postępowaniu.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wnosi o modyfikację spornych parametrów poprzez dopuszczenie następujących wartości:

- wytrzymałość na rozciąganie (MPa) – 1,2
- wydłużenie względne przy zerwaniu (%) - 82
- redukcja siły w temp. 23°C (%) - 35
- odkształcenie pionowe w temp. 23°C (mm) – 0,9
- przepuszczalność dla wody w temp. 23 °C (mm/h) - 3233
- tarcie/poślizg:
 - nawierzchnia sucha - 106
- odporność na ścieranie:
 - nie poddane starzeniu (g) – 0,9
 - po przyspieszonym starzeniu (g) – 1,73

Taka modyfikacja spowoduje poszerzenie konkurencyjności w postępowaniu a jednocześnie nadal pozwoli na osiągnięcie celu zamówienia jakim jest uzyskanie obiektu wysokiej jakości.

Następnie, Odwołujący chciałby się odnieść również do postawionych parametrów w zakresie związków chemicznych. Zamawiający wskazał bowiem, że parametry muszą mieścić się w granicach normy DIN V 18035-6:2014, ale nie przywołał przedziałów określonych w powyższej normie, a konkretne wartości, które są charakterystyczne dla produktu CONIPUR 2S:

Nawierzchnia musi być przyjazna dla otoczenia i ludzi korzystających z niej, więc wymaga się by zawartość związków chemicznych mieściła się w granicach opisanych poniżej (DIN V 18035-6:2014):

Parametr – wartości w mg/l

- DOC po 24 godzinach ~ 11.0
- ołów (Pb) < 0.001
- kadm (Cd) < 0.0003
- chrom (Cr) < 0.0055
- rtęć (Hg) < 0.001
- cynk (Zn) < 0.09
- cyna (Sn) < 0,001
- bez zapachu – nie wonna

W tym zakresie należy zwrócić również uwagę, że norma, na którą powołał się Zamawiający (tj. DIN V 18035-6:2014) jest już wygasła i została zastąpiona nową - DIN 18035-6:2021-08. Zamawiający wymaga aby nawierzchnia była przyjazna dla otoczenia i użytkowników, ale powołuje się na nieaktualną normę DIN 18035-6:2014 – przy czym jednocześnie publikuje tylko niepełny zakres tej normy, tj. tylko wybrane przez siebie parametry o wartościach spójnych z wynikami badań systemu CONIPR 2S.

System nawierzchni, który zaprojektował Zamawiający to system w skład którego wchodzi granulat SBR, produkowany z recyklingowych opon. Granulat ten jest bardzo odporny na zmienne warunki pogodowe, ale jest materiałem niestabilnym w zakresie chemicznym - dwa różne produkty nie będą nigdy miały tych samych parametrów, ponieważ składają się z różnych materiałów z recyklingu. W konsekwencji postawienie wymagań na takim poziomie jak wskazują wyniki badań systemu CONIPUR 2S powoduje, że żaden inny system nie może zostać zaoferowany – mimo że też jest bezpieczny dla użytkowników i otoczenia i spełnia wszystkie wymagania normy.

Norma określa wartości maksymalne, a nie punktowe właśnie dlatego, że nie możliwe jest osiągnięcie dokładnie tych samych wyników przez inne produkty. Norma wskazuje, że do określonej wartości produkt jest bezpieczny – a zatem wszystkie nawierzchnie spełniające wymagania normy są bezpieczne i przyjazne dla otoczenia, nie ma znaczenia konkretnie osiągnięta wartość, byleby mieściła się w wymaganiach maksymalnych.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wnosi po pierwsze o zastąpienie nieaktualnej i wygasłej normy DIN 18035-6:2014, normą która obecnie obowiązuje, tj. DIN 18035-6:2021-08, a ponadto ustalenie wymaganych parametrów w sposób zgodny z tą normą, tj.:

- a) DOC po 24 godzinach < 50 mg/l
- b) ołów (Pb) < 0.025 mg/l
- c) kadm (Cd) < 0.005 mg/l
- d) chrom (Cr) < 0.050 mg/l
- e) rtęć (Hg) < 0.001 mg/l
- f) cynk (Zn) < 0.5 mg/l
- g) cyna (Sn) < 0.04 mg/l

Z uwagi na powyższe, wnoszę jak we wstępie.

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
2. odpis z CEIDG potwierdzający uprawnienie do reprezentowania Odwołującego,
3. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.