

Sygn. akt: KIO 1777/17

WYROK

z dnia 7 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 sierpnia 2017 r. przez wykonawcę **G. Sp. z o. o. z siedzibą w D.(2)**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Gminę Długosiodło z siedzibą w D.**,

przy udziale wykonawcy **P. O. S. Sp. z o.o. z siedzibą w P.**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - Gminie Długosiodło z siedzibą w D. - dokonania zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w następujący sposób:**
 - a) **w § 6 pkt 3 lit. a) dokonać zmiany wymiarów pola gry z 100 m x 55 m na wymiary: 90 m x 45 m oraz wykreślić stwierdzenie „z uzyskaniem certyfikatu FIFA Quality Pro/FIFA 2 STARS” z jednoczesnym dokonaniem zmian w powyższym zakresie w ogłoszeniu o zamówieniu;**
 - b) **w załączniku nr 10 do siwz – „Warianty nawierzchni boiska” - w wariantach od I do III ujednolicić jednostki parametru „Wytrzymałość na rozciąganie” a także dokonać zmiany parametrów: „Siła wyrwania pęczka włókien z podkładu” minimum 70 N - Wariant I oraz „Siła wyrwania pęczka (niepostarzone) min. 60 N - Wariant II i III na parametr min. 40 N.**
2. **W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gminę Długosiodło z siedzibą w D.** i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **G. Sp. z o. o. z siedzibą w D.(2)** tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od zamawiającego **Gminy Długosiodło z siedzibą w D.** na rzecz wykonawcy **G. Sp. z o. o. z siedzibą w D.(2)** kwotę **13 599 zł 99 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych dziewięćdziesiąt dziewięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Ostrołęce.

.....

UZASADNIENIE

Gmina Długosiodło z siedzibą w D. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t.) - zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę boiska do piłki nożnej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w miejscowości D.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 sierpnia 2017 r. pod numerem 574629-N-2017. Ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”) zostało w tej samej dacie opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego (<http://bip.dlugosiodlo.pl>).

W dniu 25 sierpnia 2017 r. wykonawca G. Sp. z o. o. z siedzibą w D.(2) (dalej: „G.” lub „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności opisu przedmiotu zamówienia, zawartego w załączniku nr 10 do siwz — Warianty nawierzchni boiska, w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp, a polegającej na:

1. opisie przedmiotu zamówienia z użyciem kryteriów, powodujących znaczne utrudnienie udziału w postępowaniu dla większości podmiotów, mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia albo wręcz uniemożliwienie tego udziału, jak również przez pozorność czynności Zamawiającego polegającej na stworzeniu wariantów nawierzchni wyłącznie dla zachowania pozorów możliwości wyboru jednego z aż trzech wariantów, podczas gdy w istocie wybór ogranicza się albo do jednego z nich, albo żaden z tych wariantów nie jest do spełnienia przez zdecydowaną większość działających na rynku wykonawców,
 - opisie przedmiotu zamówienia z użyciem nieprecyzyjnych kryteriów, co powoduje, iż nie są one możliwe do spełnienia dla wykonawcy;
 - opisie przedmiotu zamówienia z jednoczesnym posłużeniem się sztucznie i rażąco zaostrzonymi kryteriami co w sposób drastyczny ogranicza konkurencję, ale również wpływa na zwiększony koszt wytworzenia przedmiotu zamówienia, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą racjonalnego wydawania środków publicznych przez Zamawiających, którzy mają obowiązek poszukiwania rozwiązań dających maksymalnie wysoką jakość przy konieczności poniesienia możliwie niskich nakładów finansowych na realizację zamówienia publicznego, przy czym użycie rażąco zaostrzonych

wymagań dla przedmiotu zamówienia nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego i uniemożliwia ubieganie się większości wykonawców działających na rynku o udzielenie zamówienia, ograniczając w ten sposób drastycznie krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia;

2. określeniu warunków udziału w postępowaniu, wskazanych w § 6 pkt 3 lit. a) i b) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ograniczający uczciwą konkurencję.

Odwołujący podnosił, że w jego ocenie czynności dokonane przez Zamawiającego naruszają:

- a) art. 7 ust. 1 Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz bez zachowania zasad proporcjonalności i przejrzystości, na skutek wprowadzenia przez Zamawiającego obowiązku dostarczenia trawy tkanej w sytuacji gdy trawa taka jest oferowana wyłącznie przez jednego producenta, przy jednoczesnym wytworzeniu — dla pozoru — dwóch innych wariantów możliwej do dostarczenia trawy, które ze względu na posłużenie się nieprecyzyjnymi, niejasnymi, rażąco zaostrzonymi lub nieuzasadnionymi potrzebami Zamawiającego kryteriami, które dodatkowo wykluczają się wzajemnie w poszczególnych wariantach, jak również poprzez wykluczenie w każdym wariantcie możliwości wytworzenia podkładu metodą in-situ powodują sytuację, w której krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia został drastycznie ograniczony, a bardzo prawdopodobne, że wyłącznie jeden podmiot jest zdolny do wykonania przedmiotu zamówienia;
- b) art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, a także w sposób utrudniający lub uniemożliwiający wręcz przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji, w szczególności w zakresie następujących parametrów (wskazanych w załączniku nr 10 do siwz — Warianty nawierzchni boiska):
 - rodzaj użytego podkładu;
 - rodzaj włókna oraz zastosowanego rdzenia,
 - przepuszczalność wody,
 - siła wyrywania pęczka,
 - wytrzymałość na rozciąganie,
 - ciężar włókna,
 - użycie kilku rodzajów włókien;

- c) art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 d w zw., z art. 7 ust. 1 Pzp, przez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ograniczający uczciwą konkurencję, określonych w § 6 pkt. 3 lit. a) i b), przez żądanie referencji na 3 obiekty pełnowymiarowe w tym dwa obiekty certyfikowane przez FIFA, przy czym wymogi takie są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, w szczególności nie były stosowane nawet przy budowie Stadionu Narodowego, a nadto przez nakreślenie osobie, która będzie pełnić funkcję kierownika budowy dodatkowych wymogów (nieznanych przepisom prawa budowlanego) które również pozostają w sprzeczności z zasadą proporcjonalności i zasadą uczciwej konkurencji.

G. wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji specyfikacji w zakresie załącznika nr 10 do siwz — Warianty nawierzchni boiska - przez doprowadzenie jej postanowień do zgodności z Pzp, przez przyjęcie następujących wymagań dla użytej w przedmiocie zamówienia nawierzchni:
 1. Rodzaj włókna: Polietylenowe, monofilamentowe z rdzeniem wzmacniającym na całej długości włókna;
 2. Wysokość włókna ponad podkładem: min. 45mm;
 3. Waga włókna: min. 1300 g/m²;
 4. Grubość każdego włókna: min. 380 µm;
 5. Kolor: zielony w dwóch różnych odcieniach;
 6. Ilość pęczków: min. 8600/m²;
 7. Ilość włókien: min. 137 000/m²;
 8. Waga całkowita: min. 2300 g/m²;
 9. Siła wyrywania pęczka (niepostarzone) min. 40 N;
 10. Podkład: Poliuretanowy lub lateksowy;
 11. Przepuszczalność wodna trawy syntetycznej: min. 3300 mm/h;
 12. Przepuszczalność wodna systemu: min. 1400 mm/h;
 13. Ciężar włókna min. 16 000 Dtex;
 14. Pionowe odbicie piłki po 3 020 cyklach symulowanego zużycia: 0,60 - 1,00 m;
 15. Absorbpcja wstrząsów po 3 020 cyklach symulowanego zużycia: 62-65 %;
 16. Odształcenie po 3 020 cyklach symulowanego zużycia: 9-10 m.

Mata absorbująca (wymagane parametry minimalne)

- Rodzaj podkładu: Prefabrykowana pianka poliolefinowa z nadęciami drenarskimi lub e-layer zapewniający odpowiednie odwodnienie boiska
- Grubość podkładu: min. 10 mm
- Deformacja min. 7,5 mm
- Absorbacja wstrząsów min. 32%

Dokumenty dotyczące nawierzchni:

- a) autoryzacja producenta trawy syntetycznej wystawiona (w oryginale) na wykonawcę z określeniem miejsca wykonania prac (miejsce wbudowania, nazwa inwestycji),
 - b) gwarancja na oferowaną nawierzchnię i podkład wystawiona i podpisana przez producenta z określeniem przeznaczenia (nazwa inwestycji),
 - c) karty techniczne podpisane przez producenta dla oferowanych składników systemu nawierzchni syntetycznej tj.: podkładu elastycznego, trawy syntetycznej oraz wypełnienia EPDM z recyklingu,
 - d) atest PZH lub dokument równoważny dla oferowanych składników systemu nawierzchni syntetycznej tj.: podkładu elastycznego, trawy syntetycznej i wypełnienia granulatem EPDM z recyklingu i piaskiem,
 - e) kompletny raport z badań nawierzchni (trawa, podkład, granulata) potwierdzające minimalne, wymagane parametry sztucznej trawy, rodzaj surowców, z których zbudowana jest sztuczna trawa oraz spełnianie wymogów FIFA Quality Concept for Football Turf z określeniem wszystkich elementów systemu nawierzchni (trawa, mata, granulata) wykonane przez autoryzowane laboratorium (np.: L., I. S., S., E.), (W celu poszerzenia konkurencyjności postępowania dopuszcza się badania z innym wypełnieniem),
 - f) próbki oferowanego systemu nawierzchni syntetycznej z etykietą określającą nazwę producenta:
 - a) podkład elastyczny (próbka o min. Wymiarach 10 cm x 15 cm),
 - b) trawa syntetyczna (próbka o min. wymiarach 20 cm x 25 cm),
 - c) granulata gumowy EPDM (próbka w ilości 100 gram);
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji specyfikacji w zakresie § 6 pkt 3 lit.
- a) przez dostosowanie wskazanych w tym punkcie warunków, które uzasadnione są

przedmiotem zamówienia, w tym w szczególności jego rozmiarem, z poszanowaniem zasady proporcjonalności;

- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji specyfikacji w zakresie § 6 pkt 3 lit. b) tj. warunku zgodnie z którym wykonawca ma wykazać się dysponowaniem kierownikiem budowy ze stosownymi uprawnieniami oraz jednostronnym doświadczeniem, poprzez usunięcie wymogu, że w okresie ostatnich 3 lat zdobył dwukrotnie doświadczenie jako kierownik budowy w kierowaniu budową, przebudową lub remontem boiska piłkarskiego o nawierzchni z trawy syntetycznej o wartości brutto co najmniej 2.000.000,00 zł każde w tym co najmniej 1 które uzyskało certyfikaty FIFA Quality Pro.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca G. wyjaśniał, że:

Opis przedmiotu zamówienia

W załączniku nr 10 do siwz - Warianty nawierzchni boiska - wskazano wiążące dla wykonawcy wymagania, dotyczące nawierzchni boiska, oraz poinformowano, że wykonawca może wybrać jeden z 3 wariantów zaproponowanych przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego opis przedmiotu zamówienia, uszczegółowiony w ww. załączniku nr 10 został dokonany z naruszeniem przepisów Pzp.

W kontekście zarzutów odwołania G. odnosił się do możliwych do wybrania wariantów nawierzchni boiska, których analiza jego zdaniem wskazywała wprost, po pierwsze na pozorność czynności Zamawiającego, polegającej na stworzeniu tych wariantów wyłącznie dla zachowania pozorów możliwości wyboru jednego z aż trzech wariantów, a w istocie wybór ogranicza się albo do jednego z nich, albo żaden z tych wariantów nie jest do spełnienia przez konkretnego wykonawcę. Po drugie przedstawione warianty wzajemnie się wykluczają, albowiem kryteria ważne dla Zamawiającego w jednym wariantcie, okazują się nieprzydatne w innym, ewentualnie Zamawiający nie przywiązuje do nich takiej wagi, jak w innym. To z kolei powoduje, iż uzasadnione w ocenie Odwołującego jest stwierdzenie pozorności wskazania trzech wariantów, gdyż najpewniej jeden z nich jest skonstruowany tak, aby wskazane w nim kryteria spełniał jeden wykonawca. Następnie dodawał, iż kryteria te są po części nieprecyzyjne, co powoduje, iż nie są możliwe do spełnienia dla potencjalnego wykonawcy.

Jednocześnie Odwołujący twierdził, że duża część kryteriów jest sztucznie i rażąco zawyżona co w sposób drastyczny ogranicza konkurencję, ale również wpływa na koszt wytworzenia takiego produktu, o ile w ogóle jego wytworzenie jest możliwe.

Przechodząc do analizy poszczególnych wariantów zaproponowanych przez Zamawiającego Odwołujący wskazywał, że:

Wariant I

Wariant ten zakłada już na wstępie, iż na rynku istnieje jeden podmiot (producent) zdolny do dostarczenia trawy tkanej, nie zaś syntetycznej. Zdaniem Odwołującego już to kryterium powinno dyskwalifikować taki opis przedmiotu zamówienia. Można jednak wskazać na dodatkowe aspekty tego wariantu, tj. kryteria albo sztucznie zawyżone, albo w ogóle nie stosowane w badaniu nawierzchni na potrzeby FIFA ewentualnie dla ustalenia kryteriów, którymi posługuje się Polska Norma.

Po pierwsze kwestia zastosowania trzech różnych rodzajów przekrojów włókna w jednym pęczku - zdaniem Odwołującego -nie jest w ogóle stosowana w praktyce, nie wpływa też w żaden sposób na własności użytkowe trawy, jak również na ewentualne ułatwienia w eksploatacji, tudzież żywotność takiej nawierzchni. Co więcej nawet kryterium ewentualnych zwiększonych walorów estetycznych jest tutaj niemożliwe do zastosowania, albowiem zastosowanie trzech różnych przekrojów nie wpływa w żaden sposób na własności estetyczne nawierzchni.

Następnie Odwołujący podnosił, że kolejnym parametrem sztucznie zawyżonym przez Zamawiającego w tym wariantcie jest wymagana przepuszczalność dla wody na poziomie 7000 mm/h. Po pierwsze należy wskazać, iż minimalna wartość zakładana przez Zamawiającego jest niespotykana w naturze, albowiem nie ma fizycznie takiej możliwości, żeby w tak krótkim czasie nawierzchnia została obciążona tak wielką ilością wody, poza sytuacjami, które można zobrazować nie inaczej jak specjalne wylewanie na nawierzchnię wiader wody w sposób ciągły i zorganizowany. Taka ilość wody z pewnością nie może powstać z naturalnego opadu atmosferycznego. W ocenie G. w tym miejscu należy zwrócić uwagę, iż w pozostałych wariantach Zamawiający przewiduje o połowę niższe kryterium przepuszczalności wody, które i tak w stosunku do wartości wymaganych przez FIFA i Polską Normę jest zawyżone.

W opinii Odwołującego kolejnym absurdem jest w kryteriów tego wariantu jest przyjęcie kryterium siły wrywania pęczka na poziomie 70 N. Siła taka nie ma szans wystąpić w toku normalnej eksploatacji nawierzchni. Żeby znowu zobrazować możliwość wystąpienia takiego zjawiska można wskazać, iż taka siła wrywania może ewentualnie powstać przy

specjalnym, mechanicznym działaniu na nawierzchnię, przy użyciu narzędzi typu kombinerki etc., co w normalnym toku eksploatacji nie występuje. Wskazać przy tym należy, iż zarówno FIFA, jak i Polska Norma przewidują wymagania na poziomie 35 N, czyli o połowę mniejsze, aniżeli wskazane przez Zamawiającego. Dodać również należy, iż tak wysoka wartość tego kryterium nie wpływa w żaden sposób na własności użytkowe trawy, jak również na ewentualne ułatwienia w eksploatacji, tudzież żywotność takiej nawierzchni. Wskazać wreszcie przyjdzie, iż kryterium wytrzymałości na rozciąganie odnośnie zastosowanego podkładu w ogóle nie jest przewidziane wymogami ani stosowanymi przez FIFA, ani też mającymi zastosowanie w Polskiej normie. Kryterium to nie jest również przedmiotem badań i atestów stosowanych przez wykonawców oferujących nawierzchnie ze sztucznej trawy. Z technicznego punktu widzenia należy podkreślić również, iż wytrzymałość na rozciąganie jest bez znaczenia dla walorów użytkowych sztucznych nawierzchni trawiastych. Rozciąganie podkładów w takich nawierzchniach po prostu nie występuje. Kryterium opisującym fizyczne oddziaływanie na podkład jest dopuszczalny poziom deformacji podkładu, przewidziany przez FIFA i Polską normę.

W podsumowaniu opisu tego wariantu Odwołujący dodawał, że na rynku jest tylko jeden producent sztucznej trawy tkanej, a mianowicie firma A. G. Żadna inna firma nie oferuje tkanej sztucznej trawy, zatem już ten aspekt sprawy powinien dyskwalifikować opis przedmiotu zamówienia w tym wariantcie, ze względu na praktyczne wyłączenie konkurencji, czyli podstawowej zasady jaka musi być dochowana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem wykonawcy G. pozostałe opisane wyżej kryteria mają za cel najpewniej dodatkowe utrudnienie i tak wyłączonej konkurencji, ze względu na przyjęcie parametrów albo w ogóle nie spotykanych przy tego typu przedmiocie zamówienia, albo sztucznie i rażąco zawyżonych w stosunku do normalnej praktyki rynkowej.

Wariant II

Zdaniem Odwołującego wariant ten zawiera przede wszystkim kryterium, które w sposób nieprecyzyjny opisuje przedmiot zamówienia. Nie wiadomo co Zamawiający ma na myśli konstruując wymóg, zgodnie z którym wykonawca ma dostarczyć badania „gwarantujące, iż przy odpowiedniej pielęgnacji nawierzchnia będzie eksploatowana przez docelowych użytkowników przez wiele lat”. Po pierwsze nie wiadomo w ogóle na czym miałyby polegać owa „odpowiednia pielęgnacja”, ale również nie wiadomo jaki czas oznacza dla Zamawiającego „wiele lat” eksploatacji przez „docelowych” (kolejne niedookreślone pojęcie) użytkowników.

W ocenie Odwołującego kolejnym absurdalnym wymogiem tego wariantu jest konieczność zastosowania trzech rodzajów włókien, dodatkowo o innej grubości każdy z

rodzajów. Wpływa to wręcz na zmniejszenie wartości użytkowej trawy, powodując jej sztuczne osłabienie poprzez zastosowanie włókien o różnej grubości. Takie kryterium może jedynie wpływać na estetyczne walory nawierzchni, nie zaś na jej wartość użytkową. Dodatkowo należy wskazać, iż takie kryterium w prostej linii zmierza do ograniczenia konkurencji, albowiem taka technologia produkcji nawierzchni nie jest spotykana, zwiększa koszty. Dodatkowo dostępność takiej właśnie trawy jest utrudniona. Wskazać również przyjdzie, iż w pozostałych wariantach Zamawiający nie wymaga zastosowania różnego rodzaju włókien, co oznacza, iż celem umieszczenia takiego wymagania nie było zwiększenie atrakcyjności przedmiotu zamówienia, a jedynie utrudnienie spełnienia jednego z warunków przewidzianych przedmiotowym wariantem.

W opinii Odwołującego praktycznie każdy z wariantów zawiera kryterium niemożliwe do spełnienia, ewentualnie takie, którego spełnienie pociąga za sobą niewspółmierne koszty, wreszcie dostępność przedmiotu zamówienia spełniającego takie kryterium jest pozorna. Tak jest w przypadku wariantu II, który zakłada ciężar włókna na poziomie 17500 Dtex, w sytuacji, gdy dostępne na rynku wartości oscylują w przedziale od 11000 — 16000 Dtex. Ponownie przy tym należy podkreślić, iż w pozostałych wariantach, temu kryterium Zamawiający nie przykładają aż takiej wagi, ustalając je na akceptowalnym, rynkowym poziomie.

Zdaniem wykonawcy G., podobnie jak w przypadku wariantu I, kompletnie niezrozumiałe jest przyjęcie kryterium siły wrywania pęczka na poziomie 60 N. Siła taka nie ma szans wystąpić w toku normalnej eksploatacji nawierzchni. Wskazać ponownie należy, iż zarówno FIFA, jak i Polska Norma przewidują wymagania na poziomie 35 N, czyli o połowę mniejsze, aniżeli wskazane przez Zamawiającego. Dodać również należy, iż tak wysoka wartość tego kryterium nie wpływa w żaden sposób na własności użytkowe trawy, jak również na ewentualne ułatwienia w eksploatacji, tudzież żywotność takiej nawierzchni.

Podobnie jak w wariantach I zakładane jest również kryterium wytrzymałości na rozciąganie zastosowanego podkładu. Zastanawiające jest w jakim celu kryterium to różni się dosłownie minimalnie od tego wskazanego w wariantach I. Wskazuje to jednoznacznie na to, że Zamawiający nie przywiązuje kompletnie wagi do tego kryterium, a umieszcza z bliżej nieokreślonych, innych względów.

Odwołujący zwracał uwagę, że wariant ten przewiduje również kryterium absorpcji wstrząsów zastosowanego podkładu na poziomie 55%, co jest wartością sztucznie zawyżoną, ograniczającą dostępność produktu, a tym samym w sposób sztuczny ograniczającą konkurencję. Podkreślić należy, iż FIFA i Polska Norma ustala poziom wymaganej absorpcji wstrząsów na 32%, co pokazuje jak rażąco zawyżona jest wartość

wymagana przez zamawiającego. W opinii Odwołującego wartość ta jest również niezauważalna w toku użytkowania, jak również nie wpływa na walory użytkowe nawierzchni.

Wariant III

Odnosnie tego wariantu wykonawca G. wskazywał, iż zawiera on jedno podstawowe kryterium niespotykane w praktyce i nie wpływające w żaden sposób na zwiększenie użyteczności przedmiotu zamówienia. Zamawiający wymaga bowiem w tym wariantcie, aby każde włókno sztucznej trawy posiadało minimum 3 symetryczne rdzenie wzmacniające na całej długości włókna. Zdaniem Odwołującego po raz kolejny Zamawiający tworzy kryterium, którego spełnienie jest niezwykle utrudnione, powoduje konieczność zastosowania specyficznej technologii produkcji, zwiększa koszty przedmiotu zamówienia, a jednocześnie nie wpływa w ogóle na uzyskanie maksymalnie wysokiej jakości przedmiotu zamówienia. Dodatkowo Zamawiający powtarza tutaj wymóg, zgodnie z którym wykonawca ma dostarczyć badania „gwarantujące, iż przy odpowiedniej pielęgnacji nawierzchnia będzie eksploatowana przez docelowych użytkowników przez wiele lat”, opisany przy okazji wariantu II. Wariant ten przewiduje również zastosowanie podkładu z „prefabrykowanej pianki zapewniającej odpowiednie odwodnienie boiska”. Pomijając to, że Zamawiający w ogóle nie precyzuje tego jaka „pianka” ma mieć zastosowanie w przedmiotowym wariantcie, to zdaniem Odwołującego należy podkreślić, iż za odwodnienie boiska odpowiada stosowny drenaż, nie zaś zastosowanie takiego, a nie innego materiału w podkładzie. Zamawiający podaje również dla minimalnej deformacji podkładu liczbę w mega paskalach, co jest niezrozumiałe, albowiem deformacja jest mierzona w milimetrach, jak przyjęto w pozostałych wariantach.

Podsumowując Odwołujący wskazywał, iż wszystkie nieścisłości, absurdy, zastosowanie niezrozumiałych albo niestosowanych na rynku kryteriów opisujących przedmiot zamówienia prowadzi w prostej linii do wniosku, iż po pierwsze wykreowanie trzech wariantów wcale nie zwiększa możliwości udziału w postępowaniu większej liczby wykonawców. Cel taki nie jest osiągnięty ze względu na to, że każdy z tych wariantów zawiera jakieś kryterium, które jest na tyle specyficzne, że jest w praktyce niemożliwe do wypełnienia, przy czym jednocześnie — jak wskazano wyżej — jeden z wariantów bezpośrednio wskazuje na możliwość pozyskania wymaganej przez Zamawiającego trawy wyłącznie od jednego producenta. Dodatkowo opisane wyżej, a zastosowane przez zamawiającego kryteria ograniczają konkurencję, zmniejszają dostępność udziału w postępowaniu, nie powodując jednocześnie zwiększenia walorów użytkowych przedmiotu zamówienia, ewentualnie ułatwień w jego eksploatacji, a nawet jego wartości estetycznej.

W ocenie Odwołującego, wymienione w wariantcie I wymagania nawierzchni boiska odnoszące się do konieczności wykonania nawierzchni z trawy tkanej pozwalają postawić tezę, iż siwz w tym zakresie została sporządzona w sposób wskazujący na jeden, konkretny produkt i wykonawcę, który może ten warunek spełnić, tj. firmę A. G.

Zdaniem Odwołującego, mając na uwadze powyższe, wskazać jednoznacznie należy, iż Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Warunki udziału w postępowaniu.

Wykonawca G. wyjaśniał, iż boisko projektowane do budowy jest niniejsze od żądanych referencji (100 x 55) nie posiada takich wymiarów (90 x 45) jest zbyt małe aby było dopuszczone do rozgrywek przez PZPN w lidze okręgowej. Dodatkowo Zamawiający nie przewiduje certyfikacji wykonanego obiektu, a żąda jednocześnie referencji od oferenta na 3 obiekty pełnowymiarowe, w tym 2 obiekty certyfikowane przez FIFA łącznie z doświadczeniem dla kierownika budowy na obiekty certyfikowane (takich wymogów nie stawiano nawet przy wykonawstwie stadionu narodowego). Kierownik budowy posiada uprawnienia do prowadzenia budów bez ograniczeń. Odwołujący podnosił, że nie występuje specjalizacja -kierowanie robotami obiektów sportowych, np.: Kierowanie robotami w zakresie gazownictwa , energetyki, sanitarnym. Podkreślał również, że Zamawiający żąda również aby oferent wykazał się wybudowaniem trzech boisk o wartości ponad 2 mln zł. Gdy cena projektowanego obiektu dotycząca samego boiska jest znacznie niższa od 2 mln zł.

Zdaniem Odwołującego swoboda w kształtowaniu przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu nie jest nieograniczona. Wręcz przeciwnie, Zamawiający jako podmiot dysponujący środkami publicznymi ma obowiązek z jednej strony wydatkować je w sposób oszczędny i efektywny, a z drugiej strony respektować i przestrzegać zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający powinien móc udowodnić, że postawione warunki mają charakter "minimalny", co oznacza, że brak określonego warunku lub jego złagodzenie nie da mu należytej rękojmi realizacji zamówienia. W doktrynie i orzecznictwie Izby podnosi się bowiem, że formułując warunki udziału Zamawiający powinien dopuścić do udziału w realizacji zamówienia każdego wykonawcę należycie przygotowanego i obiektywnie zdolnego do jego realizacji, w tym posiadającego odnośne doświadczenie personel, zasoby techniczne, finansowe etc. Formułując warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający powinien przestrzegać reguły proporcjonalności, tj. przyjęcia takich warunków, które uzasadnione są przedmiotem zamówienia, w tym w szczególności jego rozmiarem,

złożonością i innymi istotnymi warunkami jego realizacji. Zamawiający winien móc udowodnić, że postawienie określonego warunku jest uzasadnione z uwagi na konieczność zabezpieczenia interesu Zamawiającego polegającego na właściwym wykonaniu umowy o zamówienie publiczne. Każdy nadmiarowy, nieproporcjonalny i nieuzasadniony przedmiotem zamówienia warunek jest niezgodny z przepisami ustawy.

Odwołujący twierdził, że z orzecznictwa Izby wynika, że proporcjonalność przejawiać się powinna przy tym w adekwatności do rozmiaru i wielkości przedsięwzięcia, jakim jest opisany przez Zamawiającego przedmiot zamówienia. Opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków nie powinien być więc dokonywany niejako automatycznie, w każdym przypadku być przemyślany, a następnie kreowany i oceniany indywidualnie przez pryzmat przedmiotu zamówienia (wyrok KIO z 18 czerwca 2010 r., KIO/UZP 1116/10). Podobnie stwierdził Sąd Okręgowy w Świdnicy: "Przy opracowywaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający obowiązany jest zatem zachować niezbędną równowagę między jego interesem polegającym na uzyskaniu gwarancji należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzenia w specyfikacji nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w przetargu i dopuszczać do udziału w nim tylko niewielki krąg wykonawców" (wyrok Sądu Okręgowego w Świdnicy z 20 grudnia 2005 r., II Ca 584/05, niepubl.).

Uszczegółowione warunki udziału w postępowaniu powinny być obiektywne, proporcjonalne i nieograniczające uczciwej konkurencji (orzeczenia KIO z: 4 listopada 2009 r., KIO/UZP 1471/09; 29 marca 2010 r., KIO/UZP 325/10; 24 marca 2010 r., KIO/UZP 333/10; wyr. ZA z 2 marca 2007 r., UZP/ZO/0- 188/07, Legalis; wyr. ZA z 14 czerwca 2006 r., UZP/ZO/0-1684)06, Legalis).

Wykonawca G. twierdził, że odnosząc powyższe do postępowania prowadzonego przez Gminę Długosiodło, ustalone warunki udziału w postępowaniu zasad opisanych wyżej nie spełniają.

W dniu 31 sierpnia 2017 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca – P. O. S. Sp. z o.o. z siedzibą w P.

W dniu 6 września 2017 r. w formie elektronicznej ze strony Zamawiającego wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W treści pisma Zamawiający twierdził, że nie zgadza się ze stanowiskiem prezentowanym w odwołaniu i uznaje je za pozbawione podstaw zarówno faktycznych jak i prawnych. Wskazywał, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Podczas gdy zgodnie z dyspozycją art. 190 ust. 1 ustawy strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Zatem na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania okoliczności, które mają świadczyć o zasadności jego stanowiska. Odwołujący natomiast wielokrotnie w odwołaniu powołuje się na okoliczności faktyczne, które nie są poparte żadnymi dowodami. W ocenie Zamawiającego już tylko z tego powodu odwołanie uznać należy za całkowicie bezpodstawne.

Zdaniem Zamawiającego za gołosłowne i nieprawdziwe należy uznać między innymi następujące twierdzenia Odwołującego, że kryteria wymagane dla nawierzchni boiska spełnia jeden wykonawca a także, iż kryteria stawiane wykonawcy są sztucznie i rażąco wygórowane oraz, że na rynku istnieje jeden podmiot (producent) zdolny do dostarczenia trawy tkanej. Ponadto wiele ze stawianych zarzutów należy uznać za subiektywne opinie Odwołującego, który zakłada, że niektórych kryteriów nie można spełnić, nie występują w praktyce lub ich spełnienie wiązałoby się z nadmiernymi kosztami. Również tych twierdzeń Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, a nawet w wystarczający sposób nie uzasadnia. Fakt, że Odwołujący nie jest w stanie spełnić przewidzianych w opisie przedmiotu zamówienia kryteriów nie może świadczyć, iż przyjęte kryteria ograniczają konkurencję.

Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazywał, że opis przedmiotu zamówienia spełnia kryteria wynikające z przepisów ustawy i został opisany w sposób jednoznaczny, zrozumiały i zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Istotnym jest, że opis przedmiotu zamówienia w kwestionowanym w odwołaniu zakresie, zakłada trzy różne warianty wykonania nawierzchni boiska z trawy syntetycznej, zaś każdy z wariantów zakłada różne wymagania dla tej nawierzchni, co jest okolicznością niesporną, przyznawaną również przez Odwołującego. W opinii Zamawiającego już tylko z tego powodu za nieprawidłowy uznać należy zarzuty stawiane w odwołaniu. Nie sposób bowiem uznać, że Zamawiający celowo chce zwęzić krąg podmiotów spełniających kryteria opisane w siwz, skoro zakłada trzy alternatywne warianty nawierzchni boiska.

Zamawiający podnosił, że Odwołujący zarzucał, że trzy różne warianty nawierzchni boiska zostały przedstawione dla pozorów, przy czym nie uzasadnił, na czym miałyby polegać owa pozorność czynności Zamawiającego. Odwołujący stawiał jedynie w tym zakresie

zarzut, że warianty wzajemnie się wykluczają. Natomiast zdaniem Zamawiającego oczywistym jest, że taki sposób określenia wymaga właśnie tego, aby spełnienie tylko jednego z wariantów było wystarczające do wypełnienia warunków stawianych wykonawcy.

Zamawiający wskazywał, że stanowisko Odwołującego jest niekonsekwentne, gdyż co do kryteriów określonych w wariantcie I uznał, że są one zbyt szczegółowe, a co za tym idzie ograniczają konkurencję. Natomiast co do kryteriów określonych w wariantcie II i III wskazywał na ich nieprecyzyjne określenie.

W ocenie Zamawiającego oczywistym jest również, że jest on uprawniony, a nawet zobowiązany do przedstawienia określonych kryteriów w opisie przedmiotu zamówienia, tak aby przedmiot zamówienia opowiadał jego potrzebą. Nie jest natomiast tak, jak chciałby Odwołujący, że przedmiot zamówienia powinien być opisany w taki sposób, aby kryteria mogły być spełniane przez bardzo szeroki krąg podmiotów, w tym Odwołującego. Fakt, iż przedstawiane kryteria spełnia określona grupa podmiotów, nie świadczy o naruszeniu zasad nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający podkreślał, że to właśnie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazywany przez Odwołującego stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy, gdyż w znaczący sposób ograniczyłoby krąg podmiotów mogących spełnić te kryteria.

Analogiczne stanowisko prezentował Zamawiający w zakresie zarzutów odnoszących się do sformułowania warunków udziału w postępowaniu wskazanych w § 6 pkt 3 lit. a) i b) siwz. Również w tym zakresie twierdzenia Odwołującego uznawał za subiektywną opinię, nieopartą dowodami. Jednocześnie wskazywał, że wymaga określonych referencji czy doświadczenia kierownika robót, po to aby przedmiot zamówienia publicznego został wykonany przez profesjonalnego i dysponującego odpowiednim zapleczem i doświadczeniem wykonawcę. Natomiast fakt, że wskazanych kryteriów nie spełnia Odwołujący, nie świadczy jeszcze o tym, iż ograniczają one konkurencję.

W toku rozprawy Odwołujący zmodyfikował żądania, zawarte w odwołaniu, w ten sposób, że żądał zmniejszenia, w warunkach udziału w postępowaniu, kwoty dwóch milionów złotych do kwoty nie wyższej niż wartość szacunkowa zamówienia, jak również zmiany doświadczenia, opierającego się o wymiary boiska z wymiarów: 100x55m na wymiary: 90x45m, oraz wykreślenia wymogu, odnoszącego się do doświadczenia,

związanego z uzyskaniem certyfikatów FIFA, jak również doświadczenia kierownika budowy, opierającego się o budowę, przebudowę lub remont boiska piłkarskiego.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia Stron oraz Przystępującego zawarte w pismach oraz złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Izba wskazuje, że Odwołujący jest potencjalnym wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem zamówienia publicznego, którego dotyczy postępowanie objęte niniejszym odwołaniem. Ogłoszenie o zamówieniu i specyfikacja, jak dowodził Odwołujący, zawiera postanowienia naruszające przepisy Pzp. Zatem zarzucane uchybienia mogą uniemożliwić Odwołującemu złożenie oferty konkurencyjnej w stosunku do ofert innych wykonawców. Wobec powyższego działanie Zamawiającego narusza interes Odwołującego, albowiem może doprowadzić do utraty możliwości uzyskania zamówienia publicznego i związanego z tym wynagrodzenia.

Jako pierwsze Izba rozpoznała zarzuty niezgodności opis przedmiotu zamówienia z art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp i stwierdziła, że zgłoszone zarzuty w części zasługują na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że w załączniku nr 10 do siwz – Warianty nawierzchni boiska – Zamawiający wskazał, że „dla wykonawcy wiążące są wymagania dotyczące nawierzchni boiska. Wykonawca może wybrać jedno z 3 wariantów zaproponowanych przez Zamawiającego”.

Wariat I

Wymagania dla boiska z murawą syntetyczną

Sztuczna trawa tkana o wysokości od 40 mm do 50 mm, spełniająca wymagania FIFA Quality Concept for Football Turf na poziomie FIFA QUALITY PRO, układana na podkładzie

elastycznym prefabrykowanym (Shock-pad) o grubości min. 10 mm. Linie wklejone w nawierzchnię.

1. Rodzaje włókna runa: 100 % Polietylenowe, monofilamentowe. W jednym pęczku minimum trzy rodzaje przekrojów poprzecznych włókien. Podkład tkany łącznie z włóknami w tym samym czasie na tym samym krośnie.
2. Wysokość włókna ponad podkładem 40 -50 mm
3. Sztuczna trawa w całości wykonana z PE (polietylen) i PP (polipropylen)
4. Waga całkowita – min. 2200 g/m²
5. Ilość włókien – min. 120.000/m²
6. Masa runa – min. 1500 g/m²,
7. Przepuszczalność sztucznej trawy dla wody minimum 7.000 mm/h,
8. Siła wyrwania pęczka włókien z podkładu minimum 70 N,
9. Ciężar włókna min. 12 000 Dtex,
10. Wypełnienie: EPDM szary recykling

Mata absorbująca (wymagana parametry minimalne)

- a) Rodzaj podkładu: Prefabrykowany
- b) Grubość podkładu: min. 10 mm
- c) Deformacja min. 5,5 mm
- d) Absorbacja wstrząsów min 35 %
- e) Wytrzymałość na rozciąganie min. 0,16 MPa

Wariat II

Wymagania dla boiska z murawą syntetyczną

Projektuje się nawierzchnię z trawy syntetycznej o wysokości włókna minimum 45 mm wypełnionej piaskiem kwarcowym i granulatem EPDM szary z recyklingu na prefabrykowanej macie absorbującej uderzenia. Nie dopuszcza się podkładów wykonywanych na miejscu inwestycji tzw. „in situ”. Nawierzchnia powinna posiadać badania przeprowadzone zgodnie z wymaganiami FIFA Quality Concept for Football Turf na poziomie FIFA QUALITY PRO, gwarantujące iż przy odpowiedniej pielęgnacji nawierzchnia będzie eksploatowana przez docelowych użytkowników przez wiele lat. Nawierzchnia musi posiadać minimum trzy rodzaje włókien, dwa monofilowe o różnych kształtach, zmocnione rdzeniem oraz jedno fibrylowane proste, linie białe wklejone w nawierzchnię. Wymagana gęstość nawierzchni minimum 140 000 włókien na m².

Nawierzchnia syntetyczna (wymagane parametry minimalne):

a) Rodzaje włókien:

PIERWSZE WŁÓKNO – monofilowe polietylenowe PE z rdzeniem wzmacniającym o grubości min 350 mikronów

DRUGIE WŁÓKNO - monofilowe polietylenowe PE z rdzeniem wzmacniającym o grubości min 320 mikronów

TRZECIE WŁÓKNO – fibrylowane polietylenowe PE proste o grubości min 110 mikronów

b) Wysokość włókna ponad podkładem min. 45 mm

c) Waga włókna min. 1300 g/m²

d) Kolor: zielony

e) Ilość pęczków min. 10000/m²

f) Ilość włókien: min. 140 000/m²

g) Waga całkowita: min 2600 g/m²

h) Siła wyrwania pęczka (niepostarzone) min 60 N,

i) Podkład: Poliuretanowy lub lateksowy

j) Przepuszczalność wodna trawy syntetycznej min. 3.200 mm/h,

k) Przepuszczalność wodna systemu: min 1400 mm/h

l) Ciężar włókna min. 17 500 Dtex,

m) Wypełnienie użytkowe: EPDM szary recykling

Mata absorbująca (wymagane parametry minimalne)

a) Rodzaj podkładu: Prefabrykowana pianka

b) Grubość podkładu: min. 20 mm

c) Deformacja min. 7 mm

d) Absorbcja wstrząsów min 55 %

e) Wytrzymałość na rozciąganie min. 0,15 MPa

Wariat III

Wymagania dla boiska z murawą syntetyczną

Projektuje się nawierzchnię z trawy syntetycznej o wysokości włókna minimum 45 mm wypełnionej piaskiem kwarcowym i granulatem EPDM szary z recyklingu na prefabrykowanej macie absorbującej uderzenia. Nawierzchnia powinna posiadać badania

przeprowadzone zgodnie z wymaganiami FIFA Quality Concept for Football Turf na poziomie FIFA QUALITY PRO oraz gwarantujące iż przy odpowiedniej pielęgnacji nawierzchnia będzie eksploatowana przez docelowych użytkowników przez wiele lat. Nawierzchnia musi posiadać minimum dwa kolory włókien, które dla zachowania kształtu oraz sprężystości wzmocnione są na całej długości minimum 3 rdzeniami stabilizującymi.

Nawierzchnia syntetyczna (wymagane parametry minimalne):

- a) Rodzaje włókna runa: Polietylenowe, monofilamentowe, każde włókno posiada symetryczne minimum trzy rdzenie wzmocniające na całej długości włókna
- b) Wysokość włókna ponad podkładem min. 45 mm
- c) Waga włókna min. 1300 g/m²
- d) Grubość każdego włókna: min. 380 µm
- e) Kolor: zielony w dwóch różnych odcieniach
- f) Ilość pęczków min. 8600/m²
- g) Ilość włókien: min. 137 000/m²
- h) Waga całkowita: min 2300 g/m²
- i) Siła wyrwania pęczka (niepostarzone) min 60 N,
- j) Podkład: Poliuretanowy
- k) Przepuszczalność wodna trawy syntetycznej min. 3.300 mm/h,
- l) Przepuszczalność wodna systemu: min 1400 mm/h
- m) Ciężar włókna min. 16 000 Dtex,
- n) Pionowe odbicie piłki po 3 020 cyklach symulowanego zużycia: 070 – 0,80 m
- o) Absorbacja wstrząsów po 3 020 cyklach symulowanego zużycia: 62 – 65%
- p) Odształcenie po po 3 020 cyklach symulowanego zużycia: 9-10 m

Mata absorbująca (wymagane parametry minimalne)

- a) Rodzaj podkładu: Prefabrykowana pianka poliolefinowa z nacięciami drenarskimi zapewniająca odpowiednie odwodnienie boiska
- b) Grubość podkładu: min. 10 - 13 mm
- c) Deformacja min. 6,8 MPa
- d) Absorbacja wstrząsów min 32 %
- e) Wytrzymałość na rozciąganie min. 0,15 MPa

Nie dopuszcza się zastosowania materiałów nie prefabrykowanych układanych na placu budowy metodą „In situ”.

Istotą sporu w omawianej sprawie jest odpowiedź na pytanie, czy postanowienia siwz w opisanym powyżej kształcie naruszają przepisy Pzp, powołane przez Odwołującego w treści odwołania ? Zdaniem Izby w rozpoznawanym przypadku należy udzielić odpowiedzi twierdzącej.

Przede wszystkim wskazać należy, że przepis art. 29 ust. 1 Pzp stanowi, że 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. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (ust. 2). Niewątpliwie powołany powyżej przepis stanowi realizację zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp, według której Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Nie budzi żadnych wątpliwości, że opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności Zamawiającego, dokonywanych w toku przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ to właśnie za jego pomocą Zamawiający informuje wykonawców o określonych cechach a także wymaganiach, odnoszących się do danego rodzaju dostaw, usług czy też robót budowlanych.

Izba wskazuje, że zgodnie z ustaloną linią orzeczniczą Izby, określenie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem, ale i uprawnieniem Zamawiającego, który ma prawo wziąć w tym zakresie pod uwagę swoje uzasadnione potrzeby. Jednak podkreślenia wymaga, że opis przedmiotu zamówienia powinien być sporządzony przez Zamawiającego w taki sposób, aby był on jednoznaczny i wyczerpujący. Jedynie takie skonstruowanie opisu przedmiotu zamówienia w konsekwencji zapewni wykonawcy - bez dokonywania dodatkowych interpretacji – możliwość prawidłowego ustalenia, co jest przedmiotem zamówienia, a także, czy wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia są w nim uwzględnione. Wobec tego prawidłowo opisany przedmiot zamówienia powinien bez problemu pozwolić wykonawcom na zidentyfikowanie potrzeb Zamawiającego a następnie przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią.

Podkreślenia wymaga, że z treści art. 29 ust. 1 Pzp wynika również, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając

wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 listopada 2006 r., sygn. akt III Ca 1019/06 opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia winny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo”.

Przekładając powyższe na stan faktyczny omawianej sprawy Izba stanęła na stanowisku, że Zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp, konsekwencją czego jest naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, które wprost prowadzi do uwzględnienia odwołania i do konieczności wprowadzenia określonych modyfikacji w postanowieniach specyfikacji .

Z ustaleń Izby wynika, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą Załącznika nr 10 do siwz - Warianty nawierzchni boiska – który stanowił integralną część specyfikacji.

Analiza treści powyższego załącznika doprowadziła Izbę do wniosku, że w ramach prowadzonego postępowania Zamawiający wybrał formułę, opierającą się na trzech wariantach nawierzchni boiska, z których wykonawca mógł wybrać jeden. W związku z tym zdaniem Izby za wiarygodne i spójne należy uznać wyjaśnienia Przystępującego, który twierdził, że każdy z tych wariantów jest dedykowany dla innego rodzaju trawy, produkowanej przez różnych producentów, co tłumaczy różne parametry dla tych samych współczynników, z uwagi na charakter nawierzchni. Dlatego też Izba stwierdziła, że nie można porównywać poszczególnych parametrów dla tych samych współczynników w ramach danego wariantu.

Jednak w rozpoznawanym zakresie nie sposób pominąć informacji płynących z Polskich Norm, które bez wątpienia powinny stanowić pewien punkt odniesienia dla Zamawiającego przy tworzeniu opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ zawierają pewne zalecenia, wytyczne a także wskazują na określony poziom danych współczynników.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na parametr „Siła wyrwania pęczka włókien z podkładu” - Wariant I oraz „Siła wyrwania pęczka (niepostarzone) - Wariant II i III.

Zarówno w odwołaniu jak i w toku rozprawy wykonawca G. twierdził, że ww. parametry są zawyżone przez Zamawiającego we wszystkich trzech wariantach w stosunku do Polskich norm oraz wymagań FIFA. Również Przystępujący w toku rozprawy potwierdził,

że parametr „siła wyrwania pęczka”, to wartość określona przez FIFA oraz normy na poziomie minimum 30 N.

Wobec tego Izba stanęła na stanowisku, że w tym zakresie zarzut odwołania należy uznać za zasadny. Dlatego też zgodnie z żądaniem odwołania Izba nakazała zmianę specyfikacji w tym zakresie, tj. w załączniku nr 10 do siwz – „Warianty nawierzchni boiska” dokonać zmiany parametrów: „Siła wyrwania pęczka włókien z podkładu” minimum 70 N - Wariant I oraz „Siła wyrwania pęczka (niepostarzone) min. 60 N - Wariant II i III na parametr min. 40 N.

Izba ustaliła również, że parametr „Deformacja” w Wariancie I i II został określony w milimetrach (mm). Natomiast w Wariancie III parametr ten nie został określony w milimetrach a w Mega paskalach (MPa). W związku z powyższym Izba nakazała ujednoczenie parametru „Deformacja”, z uwagi na to, że oczywistym jest, iż parametr ten we wszystkich Wariantach powinien być jednakowy.

W zakresie pozostałych zarzutów, związanych z opisem przedmiotu zamówienia Izba doszła do przekonania, że Odwołujący nie tylko nie udowodnił, ale w stopniu wystarczającym nie uprawdopodobnił, że sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia jest niezgodny z przepisem art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, a działanie Zamawiającego noszą znamiona naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

W ocenie Izby działania Odwołującego były nakierowane jedynie na to, aby opis przedmiotu zamówienia odpowiadał potrzebom Odwołującego. Zwrócenia uwagi wymaga okoliczność, że jeśli Odwołujący nie posiada w swojej ofercie produktu odpowiadającego któremukolwiek z trzech wariantów, to nie przesądza o zaistnieniu sytuacji naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp czy też art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego jakoby Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców na skutek wprowadzenia przez Zamawiającego obowiązku dostarczenia trawy tkanej, w sytuacji, gdy trawa taka jest oferowana wyłącznie przez jednego producenta.

W tym miejscu przytoczyć należy wyjaśnienia Przystępującego złożone w toku rozprawy, który zaprzeczał temu, aby na świecie istniał tylko jeden producent trawy tkanej. Dla przykładu wskazywał, że producentem trawy tkanej jest firma D., z siedzibą w Ł. jak również firma G.F. z Holandii, L. z Włoch oraz jeszcze jedna firma z siedzibą w Szwajcarii, jednak nazwy w tej firmy w toku rozprawy Przystępujący nie potrafił sobie przypomnieć. W odpowiedzi na powyższe stwierdził jedynie, że „potwierdza, że na rynku polskim istnieje jeden producent trawy – D., którego jedynym przedstawicielem jest właśnie firma A. G. Poza tym nie potwierdza stanowiska Przystępującego, który wskazuje na inne podmioty, produkujące trawę tkaną, a jedynie wskazuje, że koszt pozyskania trawy z zagranicy jest kosztem znacznie większym niż pozyskanie jej z rynku krajowego”.

Izba dała wiarę twierdzeniom Przystępującego oraz Zamawiającego, który twierdził, że Odwołujący w omawianym zakresie nie przedstawił żadnych dowodów a oparł się jedynie na własnych twierdzeniach. W szczególności, że Odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniom Przystępującego, który podał nazwy firm produkujących trawę tkana. Tym samym Izba uznała za gołosłowne twierdzenia Odwołującego jakoby istniał tylko jeden producent trawy tkanej.

W związku z powyższym Izba uwzględniła podnoszone zarzuty jedynie ograniczonym zakresie i nakazała dokonanie zmiany w załączniku nr 10 do siwz – „Warianty nawierzchni boiska” - w wariantach od I do III.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego, że opis przedmiotu zamówienia jest wadliwy, ponieważ jest niewyczerpujący i niejednoznaczny. Odwołujący w omawianym zakresie odwoływał się do wykluczenia przez Zamawiającego zastosowania materiałów prefabrykowanych układanych na placu budowy metodą „In-situ”. Jednakże Odwołujący w omawianym zakresie poza własnym przekonaniem o wyższości tej metody nad pozostałymi nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających zaprezentowane stanowisko. Wobec tego Izba nie stwierdziła w tym zakresie naruszenia przepisów Pzp.

Następnie Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 d w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej oraz posiadanego przez wykonawcę doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ograniczający uczciwą konkurencję. Po przeprowadzeniu badania Izba uznała, że zgłoszony zarzut jest w części zasadny.

Izba ustaliła, że w ogłoszeniu o zamówieniu oraz siwz zamawiający sprecyzował następujące warunki udziału w postępowaniu:

„Wykonawca powinien wykazać się, że wykonał należycie oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył, nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: co najmniej 3 roboty budowlane, polegające na budowie, przebudowie lub remoncie pełnowymiarowego boiska piłkarskiego (wymiary pola gry: 100 m x 55 m) o nawierzchni z trawy syntetycznej i wartości co najmniej 2 000 000,00 zł brutto każde w tym co najmniej 2 roboty, z uzyskaniem certyfikatu Quality Pro/FIFA 2 STARS”.

Wykonawca powinien także wykazać się spełnieniem warunku w zakresie posiadania „b) jedną osobę, która będzie pełnić funkcję kierownika budowy, posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno – budowlanej bez ograniczeń oraz w okresie ostatnich 3 lat zdobyła dwukrotnie doświadczenie jako kierownik budowy w kierowaniu budową, przebudową lub remontem boiska piłkarskiego o nawierzchni z trawy syntetycznej o wartości brutto co najmniej 2 000 000,00 zł. każde, w tym co najmniej 1 które uzyskało certyfikat FIFA Quality Pro ”.

Z ustaleń Izby wynika również, że Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 2 923 733,89 zł netto. Powyższa wartość została potwierdzona przez Zamawiającego w toku rozprawy. Natomiast wymiary pola gry zamawianego boiska będą wynosić 90 m x 45 mm. Ponadto ustalono, że boisko nie będzie wymagało uzyskania certyfikatów FIFA. Powyższa kwestia nie była sporna między Stronami.

Osią sporu w niniejszej sprawie jest rozstrzygnięcie kwestii związanej z ukształtowaniem przez Zamawiającego opisanych powyżej warunków udziału w postępowaniu w kontekście ich zgodności z przepisami Pzp.

Zgodnie z art. 22 ust. 1a Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażające je jako minimalne poziomy zdolności.

Natomiast według art. 22d ust. 1 Pzp Oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację

zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

W tym miejscu przywołać należy ugruntowane stanowisko Izby, które pomimo zmiany przepisów Pzp nadal pozostaje aktualne. Zgodnie z ustaloną linią orzeczniczą Izby warunki udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalne. Warunki udziału w postępowaniu muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia i sformułowane z poszanowaniem konkurencyjnych reguł postępowania. Wobec tego stwierdzić należy, że określenie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyrażenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb Zamawiającego z jednoczesnym umożliwieniem stosunkowo szerokiej grupie wykonawców dostępu do zamówienia. Postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ma być bowiem miernikiem, wskazującym, że wykonawca, który w swej przeszłości zawodowej wykonał określone zadania, zbliżone zakresem, charakterystyką do tego, które jest przedmiotem zamówienia wykona je w sposób prawidłowy (wyrok Izby z dnia 5 grudnia 2013 r., Sygn. akt KIO 2681/13)

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy stwierdzić należy, że Zamawiający sformułował w warunek udziału w postępowaniu w omówionym poniżej zakresie w sposób zbyt wygórowany w odniesieniu do przedmiotu zamówienia.

Powyższe twierdzenia Izby odnoszą się warunku udziału w postępowaniu w ramach, którego Zamawiający wymagał, aby wykonawca legitymował się doświadczeniem w wykonaniu co najmniej 3 robót budowlanych, polegających na budowie, przebudowie lub remoncie pełnowymiarowego boiska piłkarskiego (wymiary pola gry: 100 m x 55 m) o nawierzchni z trawy syntetycznej i wartości co najmniej 2 000 000,00 zł brutto każde w tym co najmniej 2 roboty, z uzyskaniem certyfikatu Quality Pro/FIFA 2 STARS”.

Izba stanęła na stanowisku, że skoro w ramach przedmiotu zamówienia ma być realizowane m. in. boisko piłkarskie o wymiarach: 90 m x 45 mm, a obiekt nie będzie podlegał certyfikacji to wymogiem nadmiernym jest żądanie, aby wykonawca ubiegający się o zamówienie legitymował się doświadczeniem w realizacji boiska piłkarskiego większych wymiarach pola do gry, tj. 100 m x 55 m. Za zbyt wygórowany należy uznać także wymóg, aby co najmniej 2 tego rodzaju roboty wiązały się z uzyskaniem certyfikatu Quality Pro/FIFA 2 STARS”, bowiem ponad wszelką wątpliwość ustalono, że realizowany obiekt nie będzie certyfikowany.

Argumentację Zamawiającego odwołującą się do doświadczenia wykonawcy w kontekście jakości wykonanych robót Izba uznała za chybioną stwierdzając, że zaostrenie wymagań przez Zamawiającego nie jest uzasadnionego jego potrzebami i może wpływać na ograniczenie kręgu podmiotów ubiegających się o zamówienie.

Odnosząc się zaś do zarzutu w zakresie wartości doświadczenia posiadanego przez wykonawcę Izba wskazuje, że Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę przekraczającą 2 000 000,00 zł. Wobec tego Izba doszła do przekonania, że wymóg legitymowania się doświadczeniem w wykonaniu robót opisanych powyżej na kwotę co najmniej 2 000 000,00 zł brutto nie jest wymaganiem nieuzasadnionym i nadmiernym a ściśle wpisuje się w kwotę oszacowania zamówienia, tj. 2 923 733,89 zł netto, która dla celów porównawczych powinna być jeszcze zwiększona o należny podatek. Jednak w omawianym zakresie już na pierwszy rzut oka można dostrzec, że wartość 2 000 000,00 zł brutto nie jest wartością zawyżoną a porównywalną z wartością przedmiotu zamówienia. Tym samym w omawianym zakresie Izba uznała zarzut Odwołującego za niezasadny.

Izba rozpoznała również zarzut zgłoszony przez Odwołującego w zakresie warunku udziału w postępowaniu w zakresie konieczności wykazania przez wykonawcę, że dysponuje kierownikiem budowy o określonych kwalifikacjach i doświadczeniu.

W zakresie rozumienia przytoczonych powyżej postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz, odnoszących się do wymaganych przez Zamawiającego kwalifikacji kierownika budowy, Izba stwierdziła, że w zacytowanym powyżej warunku Zamawiający wcale nie wymagał, aby kierownik budowy posiadał uprawnienia do prowadzenia prac w specjalności - kierowanie robotami obiektów sportowych. Wręcz przeciwnie. W treści warunku Zamawiający jasno sprecyzował, że osoba pełniąca funkcję kierownika budowy, ma posiadać uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno – budowlanej bez ograniczeń. W treści warunku brak jest jakiegokolwiek odwołania do konieczności posiadania przez kierownika budowy uprawnienia do prowadzenia prac w specjalności - kierowanie robotami obiektów sportowych. Wymóg kierowania budową, przebudową lub remontem boiska piłkarskiego pojawia się jedynie w aspekcie doświadczenia, posiadanego przez kierownika budowy. Wobec tego Izba stanęła na stanowisku, że Zamawiający kształtując w ten sposób warunek udziału w postępowaniu wymagał równorzędnie, aby kierownik budowy posiadał nie tylko odpowiednie kwalifikacje, tj. uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno – budowlanej bez ograniczeń a także określone doświadczenie w zakresie w kierowaniu budową, przebudową lub remontem boiska piłkarskiego.

W pozostałym zakresie stanowisko Izby jest analogiczne do tego zajętego przez Izbę w zakresie do warunku udziału w postępowaniu, odnoszącego się do konieczności posiadanego doświadczenia o wartości 2 000 000 zł brutto.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....