

WYROK

z dnia 10 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 marca 2022 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **21 lutego 2022 r.** przez wykonawcę **I. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S., ul. Podlesie 17, 41-303 Dąbrowa Górnicza** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa - Stołeczne Centrum Sportu Aktywna Warszawa Jednostka Budżetowa, ul. Rozbrat 26, 00-429 Warszawa**

orzeka:

1. **Umarza postępowanie w zakresie zarzutu dotyczącego:**
 - a) **naruszenia art. 112 ust. 1 Pzp w związku z art. 16 Pzp - poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej opisanego w pkt 9.1 ppkt 4.2 Specyfikacji Warunków Zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję z uwagi na sformułowanie warunku, który spełnić może wyłącznie jeden Wykonawca na rynku, z uwagi na zaistnienie przesłanek wynikających z art. 568 pkt 2 Pzp.**
2. **W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**
3. **kosztami postępowania obciąża I. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S., ul. Podlesie 17, 41-303 Dąbrowa Górnicza i:**

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **I. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S., ul. Podlesie 17, 41-303 Dąbrowa Górnicza** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*opracowanie dokumentacji projektowej oraz wykonanie robót budowlanych dla zadania inwestycyjnego pn. „Rewitalizacja terenu przy ul. Wawelskiej – etap I” – kod C/OM/VIII/P1/39A*”, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 09.02.2022 r. pod nr 2022/S 28- 70295 przez: Miasto Stołeczne Warszawa - Stołeczne Centrum Sportu Aktywna Warszawa Jednostka Budżetowa, ul. Rozbrat 26, 00-429 Warszawa zwany dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 - zwanej dalej: „*NPzp*”). Postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej: „*SWZ*”) zostały opublikowane w tym samym dniu na stronie: <https://aktywnawarszawa.ezamawiajacy.pl> (platforma Marketplanet).

W dniu 21.02.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) I. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S., ul. Podlesie 17, 41-303 Dąbrowa Górnicza zwana dalej: „Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S.” albo „Odwołującym” wniosła odwołanie na postanowienia SWZ oraz treść ogłoszenia o zamówieniu. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp - poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej opisanego w pkt 9.1 ppkt 4.2 w sposób naruszający uczciwą konkurencję z uwagi na sformułowanie warunku, który spełnić może wyłącznie jeden Wykonawca na rynku,
- art. 106 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp - poprzez: wadliwie (nieprecyzyjnie, sprzeczne z opisem przedmiotu zamówienia, z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców) wskazanie zakresu przedmiotowych środków dowodowych w zakresie pkt 15.4 ppkt 4 SWZ. W związku z powyższym Odwołujący wnosil o:
 1. uwzględnienie odwołania w całości,
 2. nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ poprzez:
 - a) zmianę warunku wskazanego w pkt 9.1 ppkt 4 SWZ w ten sposób, że Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawcy wykażą, że wykonali w okresie ostatnich ośmiu lat

przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:

4.2) 1 robotę budowlaną, polegającą na budowie lub przebudowie obiektu sportowego w skład którego wchodziło wykonanie areny lekkoatletycznej z nawierzchnią kauczukową prefabrykowaną, dla której uzyskano certyfikat 1 Class IAAF,

b) wykreślenie dokumentu wskazanego w pkt 15.4 ppkt 4 SWZ (oraz analogicznego postanowienia znajdującego się załączniku nr 1 do SWZ, tj. w programie funkcjonalno-użytkowym - str. 44), w których Zamawiający wymaga certyfikatu dla obiektów „wykonanych w Polsce lub w kraju europejskich, o zbliżonych do Polski warunkach klimatycznych z oferowanego systemu nawierzchniowego” - jako zapisów nieistotnych z punktu widzenia przedmiotu zamówienia, nie będących dokumentem na podstawie którego możliwe jest potwierdzenie okoliczności na jaką zostały wskazane, niepotrzebnych w związku z innymi dokumentami wymienionymi w katalogu żądanych do oferty dokumentów,

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

Zamawiający w dniu 09.02.2022 r. wszczął przedmiotowe postępowanie. Jego przedmiotem jest opracowanie dokumentacji projektowej oraz wykonanie robót budowlanych dla zadania inwestycyjnego pn. „Rewitalizacja terenu przy ul. Wawelskiej - etap I” - kod C/OM/VIII/P1/39A, zgodnie z programem funkcjonalno-użytkowym stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ oraz projektowanymi postanowieniami umowy stanowiącymi załącznik nr 2 do SWZ. W punkcie 9.1. SWZ Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

4) zdolności technicznej lub zawodowej - Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawcy wykażą, że wykonali w okresie ostatnich sześciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:

4.1) 1 robotę budowlaną, której wartość wynosiła co najmniej 10 000 000,00 PLN (dziesięć milionów) netto w skład której wchodziło wykonanie areny lekkoatletycznej z bieżnią okrężną o długości min 400 m, która po wykonaniu robót uzyskała świadectwo Polskiego Związku Lekkiej Atletyki (PZLA),

oraz

4.2) 1 robotę budowlaną, polegającą na budowie lub przebudowie obiektu sportowego w skład której wchodziło wykonanie areny lekkoatletycznej z nawierzchnią kauczukową prefabrykowaną, dla której uzyskano certyfikat 1 Class IAAF.

Uwaga!

Zamawiający nie dopuszcza aby Wykonawca wykazał spełnienie warunku poprzez wykonanie wyżej wymienionych robót w ramach jednego zadania (konieczne jest wykazanie

się co najmniej dwiema robotami budowlanymi odrębnymi dla spełnienia każdego z elementów z wyżej wymienionego warunku).

Dokumentem istotnym przy ocenie spełniania powyższego warunku z ppkt 4.2 jest dokument znajdujący się na stronie World Athletics pod nazwą „List of Certified Facilities as at 1 September 2020”.

Dokument ten stanowi między innymi o tym, jakie obiekty na całym świecie posiadają certyfikat 1 Class. Zgodnie z tym zestawieniem są to następujące obiekty na terenie Polski:

141	POLAND	BYDGOSZCZ	STADION MIEJSKI IM. ZDZIŚLAWA KRZYSZKOWIAKA	CONIPUR M	Conica AG, SUI
142	POLAND	CHORZÓW	SILESIA STADIUM	SPORTFLEX SUPER X720	Mondo S.p.A., ITA
143	POLAND	KALISZ	STADION MIEJSKI KALISZ	TETRAPUR ENZ Abart II IM	BSG Sp. z o.o., POL
144	POLAND	MALBÓRK	STADION GOSIR MALBÓRK	HERCULAN SR OLYMPIC	Herculan Sports Surfaces, NED
145	POLAND	OLSZTYN	STADIUM UWM	TETRAPUR ENZ Abart II IM	BSG Sp. z o.o.
146	POLAND	RYBNIK	STADION MIEJSKI	KING ARTHUR 4-T3	King Arthur Industries Co.LM., TPE
147	POLAND	STAŁOWA WOLA	MOSIR W STAŁOWEJ WOLI	TETRAPUR ENZ Abart II IM	BSG Sp. z o.o., POL
148	POLAND	WARSZAWA	AWF WARSZAWA	SPORTFLEX SUPER X 720	Mondo S.p.A., ITA

Źródło:

<https://www.worldathletics.org/download/download?filename=25e67c1d-9161-4ee0-aac4-78431fcdba58.pdf&urlslug=certificates%20-%20certified%20athletics%20facilities>

Warunek opisany w pkt. 4.2 stanowi o tym, iż Wykonawca musi wykazać się robotą budowlaną w skład której wchodziło wykonanie areny lekkoatletycznej z nawierzchnią kauczukową prefabrykowaną, dla której uzyskano certyfikat 1 Class IAAF. Jednocześnie musi to być obiekt wykonany w ostatnich sześciu latach, a więc maksymalnie w 2016 roku. Z powyższego zestawienia wszystkich obiektów posiadających certyfikat Class 1 na terenie Polski tylko poz. 142 (Chorzów) to obiekt z nawierzchnią kauczukową prefabrykowaną z ostatnich sześciu lat - czyli obiekt zgodny z postawionym w pkt. 4.2. warunkiem.

Inne obiekty z nawierzchnią kauczukową prefabrykowaną z tego zestawienia to:

1. poz. 146 (Rybnik) - obiekt z 2014 roku,
2. poz. 148 (AWF Warszawa) - obiekt z 2015 roku.

Obiekty te nie spełniają zatem warunku postawionego przez Zamawiającego z uwagi na datę ich wykonania. Z powyższego wynika tym samym, że wyłącznie Wykonawca obiektu w Chorzowie może spełnić warunki niniejszego postępowania. Odwołując się do dokumentu „zestawienie stadionów, hal i urządzeń lekkoatletycznych” publikowanego przez Polski Związek Lekkiej Atletyki (pokazującego jakie obiekty na terenie Polski zostały wybudowane, kiedy, przez kogo i z jaką nawierzchnią) stwierdzić należy, że Wykonawcą obiektu z Chorzowa jest Wykonawca - TAMEX Obiekty Sportowe S.A.:

Śląskie	Chorzów	Chorzów - Stadion Śląski	I	1/I	2029	aktualne	Mondo SSX 720	Pref	2017	Tamex
---------	---------	--------------------------	---	-----	------	----------	---------------	------	------	-------

Źródło:

<https://www.pzla.pl/aktualnosc/12124-zestawienie-stadionow-hal-i-urzedzen-lekkoatletycznych-w-polsce-wersja-robocza>

Z powyższego wynika więc bezsprzecznie, że w niniejszym postępowaniu ofertę może złożyć wyłącznie jeden Wykonawca - TAMEX Obiekty Sportowe S.A., bowiem warunek postawiony w pkt. 4.2. został sformułowany w taki sposób, aby tylko ten Wykonawca został dopuszczony do udziału w postępowaniu.

Podnieść należy, że gdyby Zamawiający chciał premiować Wykonawców posiadających zrealizowany obiekt z certyfikatem Class 1 (tj. z najbardziej prestiżowym certyfikatem na rynku bieżni lekkoatletycznych na świecie) na nawierzchni kauczukowej prefabrykowanej to winien dopuścić Wykonów wszystkich takich obiektów, bowiem z przedstawionych wyżej 8 obiektów z certyfikatem Class 1 tylko 3 są obiektami z nawierzchnią kauczukową prefabrykowaną. Poza wskazanym w poz. 142 (Chorzów) jest to także drugi obiekt wykonany przez Wykonawcę TAMEX z poz. 148 (AWF Warszawa):

Mazowieckie	Warszawa	Warszawa - AWF	IIIA	1/IV	2027	aktualne	Mondo SSX 720	Pref	2015	Tamex
-------------	----------	----------------	------	------	------	----------	---------------	------	------	-------

- a także obiekt z poz. 146 (Rybnik) wykonany przez inny podmiot - Wykonawcę Saltex:

Śląskie	Rybnik	Rybnik - MOSiR	IVA*	1/V	2026	aktualne	King Arthur 4-13	Pref	2014	Saltex
---------	--------	----------------	------	-----	------	----------	------------------	------	------	--------

Z powyższego wynika tym samym, że poprzez ograniczenie czasowe Zamawiający wykluczył drugiego z Wykonawców posiadającego stosowne doświadczenie (wykonującego obiekt z Rybnika), bowiem obiekt ten został wykonany w 2014 roku, a zatem 8 lat przed upływem terminu składania ofert (podczas gdy warunek wymaga 6 lat). Prawidłowym działaniem Zamawiającego byłoby zatem dopuszczenie wszystkich polskich obiektów z nawierzchnią kauczukową prefabrykowaną z certyfikatem Class 1 - bowiem jak wynika z przedstawionych dokumentów takich obiektów jest generalnie tylko 3. Wystarczyłoby tym samym dopuścić obiekty z okresu ostatnich 8 lat aby dopuścić do udziału w postępowaniu drugiego Wykonawcę posiadającego stosowne doświadczenie, bowiem w realiach niniejszej sprawy niezrozumiałym jest stawianie granicy 6 letniej, która z niczego nie wynika. W ten sposób nie doszłoby też do ograniczenia konkurencji w postaci sformułowania warunków tylko pod jednego Wykonawcę. Sformułowanie przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w taki sposób powoduje naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Żaden bowiem Wykonawca, który posiada odpowiednie doświadczenie, zasoby i zdolności do wykonania zamówienia nie może złożyć konkurencyjnej oferty w tym postępowaniu. Powyższe powoduje, że w istotny sposób faworyzowany jest Tamex, który zdając sobie sprawę z powyższego może zaoferować wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę całkowicie nierynkową. Zgodnie z Pzp realizując zasadę uczciwej konkurencji Zamawiający jest zobowiązany do przeprowadzenia postępowania w taki sposób, aby zapewnić udział więcej niż jednego Wykonawcy w postępowaniu. W innym przypadku postępowanie nie powinno być przeprowadzane w trybie przetargu nieograniczonego. Z uwagi na powyższe, wnoszę o zmianę warunku wskazanego w pkt 9.1. w ten sposób, że Zamawiający uzna

warunek za spełniony, jeżeli Wykonawcy wykażą, że wykonali w okresie ostatnich ośmiu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:

4.2. 1 robotę budowlaną, polegającą na budowie lub przebudowie obiektu sportowego w skład którego wchodziło wykonanie areny lekkoatletycznej z nawierzchnią kauczukową prefabrykowaną, dla której uzyskano certyfikat 1 Class IAAF. W konsekwencji powyższego wnosił również o zmianę pkt. 10.6 ppkt. 3 poprzez dopuszczenie wykazu robót budowlanych oraz referencji z robót wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 8 lat w zakresie warunku nr 4.2.

W dalszej kolejności wskazał, że w SWZ Zamawiający wymaga następujących przedmiotowych środków dowodowych:

15.4 Dokumenty dotyczące oferowanej nawierzchni areny lekkoatletycznej - przedmiotowe środki dowodowe (zgodnie z wytycznymi PZLA):

- 1) Autoryzację producenta nawierzchni wystawioną dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta na tą nawierzchnię,
- 2) Kartę techniczną oferowanej nawierzchni potwierdzoną przez jej producenta, określającą technologię wykonania oferowanej nawierzchni,
- 3) Certyfikat produktu World Athletics (IAAF) „Product Certificate” dla oferowanej nawierzchni,
- 4) Certyfikat World Athletics (IAAF) Class 1 dla dwóch obiektów wykonanych w Polsce lub kraju europejskim, o zbliżonych do Polski warunkach klimatycznych z oferowanego systemu nawierzchniowego,
- 5) Próbkę oferowanej nawierzchni o wymiarach 10x10 cm z oznaczeniem producenta i rodzaju oferowanego produktu,
- 6) Kompletny raport z badań wykonanych przez niezależne akredytowane przez World Athletics (IAAF) laboratorium badające nawierzchnie sportowe, potwierdzające określone parametry nawierzchni, wydany w celu uzyskania certyfikatu produktowego World Athletics (IAAF),
- 7) Kompletny raport z badań odporności na zamrażanie (mrozoodporność), wykonany przez akredytowane laboratorium, potwierdzający określone wymagania,
- 8) Kompletny raport z badań z WWA (wielopierścieniowe węglowodory aromatyczne) potwierdzający spełnienie wymagań zgodnie z obowiązującymi europejskimi regulacjami (REACH),
- 9) Kompletny raport z badania na zgodność z normą PN-EN 14877:2014,
- 10) Kompletny raport z badania na zgodność z ochroną środowiska naturalnego wykonane przez niezależne laboratorium posiadające akredytację, potwierdzające zgodność z normą DIN 18035-6,

- 11) Aktualny atest higieniczny lub dokument równoważny,
- 12) Badanie niezależnej jednostki upoważniającej do badań na podstawie akredytacji potwierdzające uzyskanie klasyfikacji ogniowej na poziomie min Cfl S1.

Z powyższego wynika, że Zamawiający wymaga certyfikatu dla obiektów „wykonanych w Polsce lub w kraju europejskich, o zbliżonych do Polski warunkach klimatycznych z oferowanego systemu nawierzchniowego”. Analogiczny zapis znajduje się w załączniku nr 1 do SWZ, tj. programie funkcjonalno-użytkowym (str. 44): „*Stawia się warunek aby oferowana nawierzchnia do zastosowania na przedmiotowym obiekcie była zainstalowana na minimum dwóch obiektach wykonanych w Polsce lub kraju europejskim, o zbliżonych do Polski warunkach klimatycznych, posiadających certyfikat World Athletics (IAAF) Class 1 oraz spełniała wszystkie wymagania PZLA dla obiektów ubiegających się o świadectwo PZLA dla konkretnej kategorii, w szczególności Uchwał PZLA nr 21/2021 i nr 41/2020.*”. Jest to zapis pozbawiony jakiegokolwiek postawy prawnej i faktycznej. Warunki klimatyczne zależą bowiem od położenia geograficznego względem równoleżników. Polska leży w strefie umiarkowanej cieplej - klimat przejściowy. W związku z czym identyczne warunki klimatyczne - ta sama strefa klimatyczna jest np. w stanie Nowy York, Dakota Północna i Południowa, Montana, Nebraska, Korea Północna oraz fragment Japonii i Chin które bez wątpienia nie leżą w Europie. Tym samym ograniczenie wymagań do Polski i Europy nie ma żadnego uzasadnienia. Poza tym, wskazał, że po zainstalowaniu nawierzchnia przechodzi tzw. badania powykonawcze celem ewentualnego uzyskania świadectwa PZLA lub certyfikatu WA. Badanie to nie odnosi się do warunków klimatycznych. W toku badania odbywa się badanie zgodne z zakresem i metodyką określoną przez WA dla uzyskania klasy obiektu w zakresie grubości, tarcia, odkształcenia pionowego, redukcji siły amortyzacji, własności wytrzymałościowych. Badane wartości muszą mieścić się w granicach określonych w podręczniku a to nie ma nic wspólnego z warunkami klimatycznymi. To badanie na zgodność z parametrami odbywa się bez względu na to gdzie położony jest obiekt, a zakres i metodyka badań WA są bez znaczenia dla klimatu. Wskazał także, że w ppkt 7 Zamawiający wymaga badania na mrozoodporność. W związku z tym - jaka jest zasadność żądania certyfikatu dla stref klimatycznych skoro odporność na warunki atmosferyczne potwierdza się innym dokumentem tj. kompletnym raportem z badań odporności na zamrażanie? Z tego względu wnosimy o wykreślenie z ppkt. 4 wymagania „*wykonanych w Polsce lub w kraju europejskich, o zbliżonych do Polski warunkach klimatycznych*”, bowiem w naszej ocenie zmierza on do wyeliminowania konkurencji i premiowania udziału w postępowaniu wyłącznie przez jednego Wykonawcę.

Zamawiający w dniu 22.02.2022 r. (została przesłana do Wykonawców (uczestników wizji lokalnej) e-mailem oraz została zamieszczona na stronie internetowej prowadzonego

postępowania <https://aktywnawarszawa.ezamawiajacy.pl> /platforma Marketplanet/) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 10.03.2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Odwołujący wniósł pismo procesowe, w którym wnosił o uwzględnienie odwołania w całości.

I. Zarzut dot. warunków udziału w postępowaniu

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający w dniu 28.02.2022 r. dokonał modyfikacji warunku z pkt 9.1 ppkt 4.2 SWZ, w ten sposób że z treści warunku usunął wymaganie, aby Wykonawca posiadał doświadczenie w robocie budowlanej „dla której uzyskano certyfikat 1 Class IAAF”. Zamawiający jednakże nie zmodyfikował warunku w zakresie, w którym Odwołujący poniósł zarzut, tj. w zakresie określenia w pkt 9.1. ppkt 4 wymagania, aby doświadczenie zostało zdobyte w okresie ostatnich sześciu lat przed upływem terminu składania ofert. Tym samym zarzut podnoszony przez Odwołującego w tym zakresie jest w całości aktualny i zasadny, bowiem Zamawiający nie dokonał modyfikacji kwestionowanej części warunku - Odwołujący bowiem żądał określenia warunku na poziomie ośmiu lat.

Pierwotny warunek w zakresie ppkt 4.2 brzmiał:

4) zdolności technicznej lub zawodowej - Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawcy wykażą, że wykonali w okresie ostatnich sześciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:

4.1) 1 robotę budowlaną, której wartość wynosiła co najmniej 10 000 000,00 PLN (dziesięć milionów) netto w skład której wchodziło wykonanie areny lekkoatletycznej z bieżnią okrężną o długości min 400 m, która po wykonaniu robót uzyskała świadectwo Polskiego Związku Lekkiej Atletyki (PZLA),

oraz

4.2) 1 robotę budowlaną, polegającą na budowie lub przebudowie obiektu sportowego w skład której wchodziło wykonanie areny lekkoatletycznej z nawierzchnią kauczukową prefabrykowaną, dla której uzyskano certyfikat 1 Class IAAF.

Aktualnie Zamawiający dokonał modyfikacji w ten sposób, że:

Pkt. 9.1.1.4) ppkt. 4.2) otrzymuje brzmienie:

4.2) 1 robotę budowlaną, polegającą na budowie lub przebudowie obiektu sportowego w skład której wchodziło wykonanie areny lekkoatletycznej z nawierzchnią kauczukową prefabrykowaną.

Zamawiający tym samym nadal nie zmienił terminu wymaganego doświadczenia tj. sześciu lat, na wnioskowane osiem lat.

Tym samym, przedmiotowa modyfikacja SWZ nie zmieniła nic w pozycji Odwołującego, bowiem nadal warunki udziału w postępowaniu opisane są z naruszeniem konkurencji w postępowaniu, w sposób który powoduje, że Wykonawca nie może złożyć oferty w postępowaniu. Wskazał, że nie zmienił stan faktyczny i nadal - nawet po zmianie treści warunku 4.2 - tylko podmiot TAMEX posiada stosowne doświadczenie w zakresie ustalonych warunków udziału w postępowaniu.

Po dokonanej zmianie warunek z punktu 4.2. spełnią poniższe objekty:

Województwo	Miejscowość	Użytkownik	Kategoria PZLA	Świadcstwo PZLA		Nawierzchnia	Typ	Rok budowy	Wykonawca
				ważne do	status				
stadiony 400m									
Kujawsko-pomorskie	Brodnica	Brodnica -OSiR	VA	2030	aktualne	Mondo SSX 720	Pref	2018	Tamex
Łódzkie	Sieradz	Sieradz - MOSiR	IVA	2029	aktualne	Mondo SSX 720	Pref	2017	Tamex
Lubelskie	Lublin	Lublin - Start	IIIA	2029	aktualne	Mondo SSX 720	Pref	2017	Tamex
Lubuskie	Międzyrzecz	Międzyrzecz Miejski	IVA	2030	aktualne	Mondo SSX 720	Pref	2018	Tamex
Mazowieckie	Piaseczno	Piaseczno GOSiR	IVA*	2028	aktualne	Mondo Sportflex Super X	Pref	2016	Gardenia
Mazowieckie	Mława	MOSiR Mława	VA	2033	aktualne	Mondo SSX 720	Pref	2021	Tamex
Podlaskie	Białystok	Białystok - stadion BOSiR	IVA*	2028	aktualne	Mondo Sportflex Super X	Pref	2016	Tamex
Podlaskie	Czartajew	ZST Czartajew	VA	2030	aktualne	Mondo SSX 720	Pref	2018	Eversport
Śląskie	Chorzów	Chorzów - Stadion Śląski	I	2029	aktualne	Mondo SSX 720	Pref	2017	Tamex
Zachodniopomorskie	Kołobrzeg	Kołobrzeg przy I LO	VA	2030	aktualne	Mondo SSX 720	Pref	2018	Tamex
Zachodniopomorskie	Wałcz	COS Wałcz	VA	2029	aktualne	Mondo SSX 720	Pref	2017	Tamex
Zachodniopomorskie	Szczecinek	Szczecinek przy ZS 6	IVA	2030	aktualne	Mondo SSX 720	Pref	2018	Tamex

stadiony 400/300/333m									
Bielsko-Biała	Bielsko-Biała	VIA	2028	aktualne	Mondo Sportflex Super X 720	pref	2016	Hemet	

Z powyższego zestawienia wydawałoby się, że poza Wykonawcą TAMEX są dodatkowo trzy podmioty - Wykonawcy Gardenia, Eversport oraz Hemet, które wykonały referencyjny obiekt (z pkt. 4.2.).

Jednakże żaden z tych podmiotów nie spełnia warunku opisanego w pkt. 4.1.

Warunek dotyczy łącznego spełnienia następujących wymagań:

1. Wartości netto co najmniej 10.000.000,00 PLN ,
2. Wykonania areny lekkoatletycznej z bieżnią okrężną o długości min. 400 m
3. Wykonania tego obiektu w okresie ostatnich 6 lat,
4. Uzyskania przez ten obiekt świadectwa PLZA

Taki obiekt, który spełnia łącznie wszystkie elementy postawionego warunku zgodnie z Zestawieniem

stadionów na które powoływaliśmy się w treści odwołania jest

TAMEX Obiekty Sportowe obiektem w Karpaczu - wartość 26.324.634,04 zł.

oraz

Odwołujący z obiektem realizowanym na rzecz MOSiR Tychy - wartość 15.284.981,80 zł.,

oraz Stadion Miejski w Olkuszu - wartość 14.392.141,28 zł.

Podmioty, które po zmianie warunku 4.2. mogą być brane pod uwagę tj. Gardenia, Eversport oraz Hemet nie spełniają warunku 4.1.

A tym samym nawet po dokonanej modyfikacji nadal krąg podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie jest ograniczony.

Poniżej przedstawiamy stadiony jakie ewentualnie można brać pod uwagę dla ww. podmiotów tj. Gardenia, Eversport oraz Hemet, obiekty te są zrealizowane w okresie ostatnich 6-ciu lat, posiadają bieżnię 400 m uzyskały świadectwa PZLA ale żaden z nich nie spełnia wymagania co do wartości 10 m;n. netto .

Wśród tych obiektów należy wskazać:

Hemet:

Świętokrzyskie | Staszów | Staszów | VB | 2023 | aktualne | BSG Tetrapur ENZ II | SP | 2016 | Hemet |

Eversport:

Mazowieckie	Ostrów Mazowiecka	KS Ostrovia	VB	2027	aktualne	BSG Tetrapur ENZ III S	SW	2020	Eversport
Mazowieckie	Białobrzegi	Białobrzegi - miejski	bez	2024	aktualne	Stockmeier Alsatán SW	SW	2017	Eversport
Śląskie	Ruda Śląska	Ruda Śląska - MOSiR	IVA*	2027	w wer	BSG Tetrapur ENZ III M	FullPUR	2017	Eversport
Wielkopolskie	Środa Wlkp.	Środa Wlkp. - stadion	VA	2027	aktualne	BSG Tetrapur ENZ III M	FullPUR	2017	Eversport

Gardenia:

Kujawsko-pomorskie	Mogilno	Mogilno Sport	VB	2024	aktualne	Conica Conipur SW	SW	2017	Gardenia
Łódzkie	Kleszczów	Kleszczów	VA	2029	aktualne	Conica Conipur M	FullPUR	2019	Gardenia
Mazowieckie	Mińsk Mazowiecki	Mińsk Mazowiecki	VB	2023	aktualne	Conica Conipur SW	SW	2016	Gardenia
Podkarpackie	Jarosław	MOSiR Jarosław	VA	2030	aktualne	Conica Conipur M	FullPUR	2020	Gardenia
Podkarpackie	Kolbuszowa	Gmina Kolbuszowa	VA	2029	aktualne	BSG Tetrapur ENZ III M	FullPUR	2019	Gardenia
Podkarpackie	Nowa Dęba	Nowa Dęba - MOSiR	VB	2024	aktualne	Conica Conipur SW	SW	2017	Gardenia
Pomorskie	Kartuzy	Kartuzy -miejski	VB	2025	aktualne	Conica Conipur SW	SW	2018	Gardenia
Pomorskie	Reda	Reda Miejski	VA	2028	aktualne	Conica Conipur M	FullPUR	2018	Gardenia
Śląskie	Pszczyna	MOSiR	VA	2030	aktualne	Conica Conipur M	FullPUR	2020	Gardenia
Wielkopolskie	Gostyń	Gostyń OSiR	VA	2028	aktualne	Conica Conipur M	FullPUR	2018	Gardenia
Wielkopolskie	Oborniki	Oborniki - stadion OCS	VB	2024	aktualne	BSG Tetrapur ENZ III S	SW	2017	Gardenia

Żadna z powyższych realizacji nie spełnia warunku wartości min. 10 mln netto (co widać w poniższej tabeli) - co w konsekwencji powoduje, że nadal oba warunki udziału w postępowaniu spełnić może tylko jeden Wykonawca - tj. TAMEX Obiekty Sportowe S.A.

wartość
inwestycji
brutto

Staszów	VB	2023	aktualne	BSG Tetrapur ENZ II	SP	2016	Hemet	1 381 700,00 zł
KS Ostrowia	VB	2027	aktualne	BSG Tetrapur ENZ III S	SW	2020	Eversport	3 761 786,00 zł
Białobrzegi - miejski	bez kat.	2024	aktualne	Stockmeier Alsatana SW	SW	2017	Eversport	1 526 998,68 zł
Ruda Śląska - MOSiR	IVA*	2027	w wer	BSG Tetrapur ENZ III M	FullPUR	2017	Eversport	4 445 123,65 zł
Środa Wlkp. - stadion przy ZSR	VA	2027	aktualne	BSG Tetrapur ENZ III M	FullPUR	2017	Eversport	3 092 261,43 zł
Mogilno Sport	VB	2024	aktualne	Conica Conipur SW	SW	2017	Gardenia	2 359 399,20 zł
Kleszczów	VA	2029	aktualne	Conica Conipur M	FullPUR	2019	Gardenia	6 414 123,65 zł
Mińsk Mazowiecki	VB	2023	aktualne	Conica Conipur SW	SW	2016	Gardenia	4 280 547,33 zł.
MOSiR Jarosław	VA	2030	aktualne	Conica Conipur M	FullPUR	2020	Gardenia	9 246 530,13 zł
Gmina Kolbuszowa	VA	2029	aktualne	BSG Tetrapur ENZ III M	FullPUR	2019	Gardenia	4 976 262,77 zł
Nowa Dęba - MOSiR	VB	2024	aktualne	Conica Conipur SW	SW	2017	Gardenia	1 533 822,96 zł
Kartuzy -miejski	VB	2025	aktualne	Conica Conipur SW	SW	2018	Gardenia	6.300.000,00 zł.
Reda Miejski	VA	2028	aktualne	Conica Conipur M	FullPUR	2018	Gardenia	2 758 984,02 zł
MOSiR Pszczyna	VA	2030	aktualne	Conica Conipur M	FullPUR	2020	Gardenia	6 987 567,86 zł
Gostyń OSiR	VA	2028	aktualne	Conica Conipur M	FullPUR	2018	Gardenia	3 758 823,31 zł. 3
Oborniki - stadion OCS	VB	2024	aktualne	BSG Tetrapur ENZ III S	SW	2017	Gardenia	149 633,40 zł

Mamy więc w dalszym ciągu do czynienia ze znacznym ograniczeniem konkurencji w postępowaniu, a dokonana modyfikacja SWZ stanowi jedynie pozorne dopuszczenie do udziału w postępowaniu większej liczby podmiotów.

Odwołujący w złożonym odwołaniu domagał się zmiany warunku z pkt 4.2, co do ilości lat. Podkreślić należy, że ustanowienie granicy sześciu lat jest niczym nieuzasadnione, nie znajduje swojego oparcia w żadnych dokumentach, wytycznych czy przepisach.

Jeśli posiłkować się dokumentami i wytycznymi PZLA to stwierdzić należy, że uchwała PLZA nr 43/2020 wprowadzająca dokument „Procedura i zasady opiniowania i uzgadniania projektów oraz wydawania świadectw PZLA dla obiektów lekkoatletycznych” (str. 5) określa termin ważności świadectw wydawanych przez PZLA.

Uchwała ta stanowi, że termin ważności świadectwa dla nawierzchni kauczukowych (czyli takiej jak w warunku 4.2. niniejszego postępowania) wynosi 12 lat:

Termin ważności Świadectw jest uzależniony od rodzaju zastosowanej na obiekcie nawierzchni:

- 12 lat - prefabrykowane kauczukowe
- 10 lat - poliuretanowe, z pełnego poliuretanu z wypełnieniem EPDM
- 7 lat - sandwich i poliuretanowe z pełnego poliuretanu z wypełnieniem innym niż EPDM
- 5 lat - natryskowe
- 5 lat - remontowane z zastosowaniem metody „retopingu”

Z powyższego wynika tym samym, że w okresie 12 lat od wykonania danego obiektu z określoną nawierzchnią co do zasady obiekt ten jest zdolny do eksploatacji, nie posiada

zniszczeń nawierzchni, pęknięć, szczelin i tym podobne. Oznacza to, że przez okres 12 lat od wykonania obiektu niejako doświadczenie Wykonawcy pozostaje w mocy, bowiem przez taki okres czasu wybudowany obiekt posiada pełną sprawność i nienaganne warunki do eksploatacji.

Wskazać należy także, że Zamawiający nie ustanowił warunku w ograniczeniu czasowym 5-letnim, a skorzystał z prawa wydłużenia tego terminu do okresu 6-lat.

Nie ma jednakże żadnego powodu do ustanowienia granicy właśnie na okresie 6 lat, a nie 8 lat, jak wnosi o to Odwołujący. Ma to znaczenie również dlatego, że § 9 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 roku w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy stanowi, że Zamawiający może dopuścić wykaz robót z okresu dłuższego niż 5 lat „w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji”. W niniejszej sprawie jednak nawet wydłużenie terminu do 6 lat nie pozwala na zachowanie odpowiedniego poziomu konkurencji, bowiem nadal jest tak, że Wykonawca, który spełnia warunki z pkt 4.1 oraz 4.2 jest tylko jeden - i jest nim Wykonawca TAMEX Obiekty Sportowe S.A. Jeśli więc realnie Zamawiający chciałby realizować zasadę konkurencyjności postępowania to winien określić ramy czasowego warunku z pkt 4.2 co najmniej w zakresie 8 lat. Z uwagi na powyższe, Odwołujący podtrzymuje wniosek o zmianę warunku określonego w punkcie 9.1 ppkt 4.2 poprzez dopuszczenie doświadczenia z ostatnich 8 lat przed terminem składania ofert.

II. Zarzut dot. wymagania certyfikatu dla obiektów wykonanych w Polsce lub w kraju europejskim, o zbliżonych do Polski warunkach klimatycznych

Dokonana przez Zamawiającego modyfikacja SWZ z 28.02.2022 r. nie odnosi się w żaden sposób do drugiego z zarzutów odwołania, a co za tym idzie również ta kwesta pozostaje aktualna do rozważenia w niniejszej sprawie.

Odnosząc się do powyższego, wskazać należy, że kwestia wymagań co do nawierzchni syntetycznych uregulowana jest w dokumencie „Nawierzchnie syntetyczne - wymagania PZLA. Podstawowe wymagania Polskiego Związku Lekkiej Atletyki, dotyczące nawierzchni syntetycznych stosowanych na obiektach lekkoatletycznych” wprowadzonym uchwałą nr 41/2022 z dnia 15 grudnia 2020 roku przez Zarząd Polskiego Związku Lekkiej Atletyki.

W dokumencie tym (str. 2) wprost wskazano, że:

Przy doborze rodzaju nawierzchni, należy mieć na uwadze, że zakres parametrów dla nawierzchni syntetycznych ustalony przez WA dotyczy nawierzchni instalowanych na całym świecie, w różnych warunkach klimatycznych, od warunków tropikalnych do warunków ostrych zim. PZLA zaleca stosowanie nawierzchni sprawdzonych w warunkach klimatycznych zbliżonych do panujących w Polsce, zainstalowanych na stosunkowo dużej liczbie obiektów certyfikowanych przez WA i PZLA, co potwierdza ich dobre właściwości

również dla zdrowia i bezpieczeństwa oraz przydatność do organizacji zawodów najwyższej rangi. Zaleca się również, aby każda nawierzchnia posiadała wyniki badań potwierdzających jej odporność na mróz, klasyfikację odporności ogniowej, zawartości metali ciężkich (wg. normy DIN).

Z powyższego wynika, że PZLA zaleca stosowanie nawierzchni sprawdzonych w warunkach klimatycznych zbliżonych do panujących w Polsce - a tym samym nie musi to być nawierzchnia sprawdzona w Polsce czy w kraju europejskim, a w każdym miejscu na świecie - byleby warunki klimatyczne w tym miejscu były „zbliżone” do panujących w Polsce.

Dalej na str. 4 tej samej uchwały wskazano, że:

III. WYMAGANE DOKUMENTY (dotyczy wszystkich kategorii I - VII)

Do oferty wykonawcy należy dołączyć niżej wymienione dokumenty:

- certyfikat IAAF dla oferowanej nawierzchni (Product Certificate),
- certyfikat Class 1 dla min jednego/dwóch obiektów w zbliżonej strefie klimatycznej (dot. tylko kat. I-III)
- kartę techniczną oferowanej nawierzchni potwierdzoną przez jej producenta, określającą technologię wykonania oferowanej nawierzchni,
- aktualny atest PZH dla oferowanej nawierzchni lub dokument równoważny z terenu UE,
- autoryzację producenta nawierzchni, wystawioną dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta na tę nawierzchnię,
- kompletny raport z badania niezależnego laboratorium posiadającego akredytację WA potwierdzający wymagane wartości parametrów nawierzchni, wydany celem uzyskania certyfikatu (Product Certificate),
- próbkę oferowanej nawierzchni o wymiarach min. 10x10 cm z oznaczeniem producenta i rodzaju oferowanego produktu,
- raport na zgodność z aktualną normą PN-EN 14877-2014 w zakresie spełnienia pozostałych parametrów nie wyszczególnionych w raporcie WA,
- Inwestor dbając o zdrowie użytkowników, może również wymagać przedstawienia kompletnego raportu z badania na zgodność z ochroną środowiska naturalnego, wykonanego przez niezależne autoryzowane laboratorium potwierdzające nieprzekroczenie przez nawierzchnię dopuszczalnej zawartości metali ciężkich zgodnie z normą DIN 18035-6
- Inwestor ze względu na bezpieczeństwo i trwałość, może także wymagać wyników badań na odporność ogniową i mrozoodporność

Oznacza to, że wymaganymi przez PZLA dokumentami nie jest certyfikat dla obiektu z Polski lub kraju europejskiego, o zbliżonej strefie klimatycznej, a wyłącznie „obektów w zbliżonej strefie klimatycznej”. Z tego względu całkowicie nieuzasadnione jest wymaganie Zamawiającego, aby Wykonawca przedłożył certyfikat Class 1 dla dwóch obiektów

wykonanych w Polsce lub kraju europejskim, o zbliżonych do Polski warunkach klimatycznych z oferowanego systemu nawierzchniowego.

Patrząc na określoną przez Zamawiającego kategorię stadionu - czyli VA (zgodnie z programem funkcjonalno-użytkowym stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ - str. 14) wydaje się, że nawet samo żądanie przedłożenia certyfikatu dla obiektu w zbliżonej strefie klimatycznej jest nadmierne, bowiem jest to wymaganie dla stadionów kat. I-III, a nie VA.

Jest to szczególnie istotne biorąc pod uwagę, że Zamawiający w pkt. 15.4 powołuje się, iż przedmiotowe środki dowodowe są zgodne z wytycznymi PZLA - a jak wynika z powyższego wytyczne PZLA są sformułowane zupełnie inaczej:

15.4 Dokumenty dotyczące oferowanej nawierzchni areny lekkoatletycznej - przedmiotowe środki dowodowe (zgodnie z wytycznymi PZLA):

- 1) Autoryzację producenta nawierzchni wystawioną dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta na tą nawierzchnię,
- 2) Kartę techniczną oferowanej nawierzchni potwierdzoną przez jej producenta, określającą technologię wykonania oferowanej nawierzchni,
- 3) Certyfikat produktu World Athletics (IAAF) „Product Certificate” dla oferowanej nawierzchni,
- 4) Certyfikat World Athletics (IAAF) Class 1 dla dwóch obiektów wykonanych w Polsce lub kraju europejskim, o zbliżonych do Polski warunkach klimatycznych z oferowanego systemu nawierzchniowego,

Jeśli ten dokument ma mieć zastosowanie dla oceny zachowania nawierzchni ze względu na warunki atmosferyczne, to jest to tym bardziej zapis pozbawiony jakiegokolwiek podstawy faktycznej czy prawnej - szczególnie, że zgodnie z powyższym zapisem uchwały 41/2020 Zamawiający w punkcie 15.4 ppkt 7 Zamawiający wymaga również raportu z badania odporności na mróz:

- 7) Kompletny raport z badań odporności na zamrażanie (mrozoodporność), wykonany przez akredytowane laboratorium, potwierdzający określone wymagania,

Tym samym odporność na warunki atmosferyczne potwierdza się innym dokumentem tj. kompletnym raportem z badań odporności na zamrażanie.

W dalszej kolejności podnieść należy, że warunki klimatyczne zależą od położenia geograficznego względem równoleżników, nie zaś od tego na jakim kontynencie leży dany kraj (czy w Europie, czy poza nią).

Jak już wskazywano w odwołaniu, Polska leży w strefie umiarkowanej ciepłej - klimat przejściowy. W związku z czym identyczne warunki klimatyczne - ta sama strefa klimatyczna jest np. w stanie Nowy York, Dakota Północna i Południowa, Montana, Nebraska, Korea Północna oraz części Japonii i Chin, które bez wątplenia nie leżą w Europie. Tym samym ograniczenie wymagań do Polski i Europy nie ma żadnego uzasadnienia.

Pokazuje to także poniższa mapa, na której wprost widać, że taka sama strefa klimatyczna jak w Polsce występuje właśnie zarówno w Stanach Zjednoczonych, jak i Chinach, Japonii itd. (niebieski kolor). Jednocześnie w krajach europejskich istnieją różne strefy klimatyczne, a co za tym idzie odwoływanie się do Europy jest zupełnie bezzasadne, skoro to nie od kontynentu, a od położenia względem równoleżników zależą warunki klimatyczne. W praktyce nie istnieje takie pojęcie jak europejska strefa klimatyczna. Część Europy leży w umiarkowanych szerokościach geograficznych na półkuli północnej - jednak część kontynentu sięga nawet poza koło podbiegunowe północne.

/W tym miejscu pisma przedstawił stosowną mapę obrazującą argumentację powyżej./

Następnie, pokazano zestawienie miast, w których istnieją zbliżone warunki atmosferyczne - z czego widzimy, że co do zasady ten sam klimat co w Polsce (w Warszawie) będzie w Kanadzie, Stanach Zjednoczonych, Rosji, Japonii czy Kazachstanie, które zdecydowanie nie leżą w Europie. Z uwagi na powyższe, nie ma znaczenia czy określone miasto leży w Europie czy na innym kontynencie - byleby warunki klimatyczne były zbliżone do tych w Polsce. Jednocześnie wskazał, że chociażby nawierzchnia kauczukowa MONDO położona jest na szeregu różnych obiektów na świecie - w tym chociażby na ostatnich Letnich Igrzyskach Olimpijskich, które odbyły się w Tokio i na których padło szereg rekordów.

Tym samym wymóg ten w praktyce nie ma żadnego znaczenia dla jakości wymaganej nawierzchni bowiem na świecie w tym momencie odbywają się zawody w szeregu różnych krajów i nie jest to Polska czy Europa, gdzie z powodzeniem bije się szereg rekordów. Przez wzgląd na to, podtrzymujemy w całości przedmiotowy zarzut odwołania, zaś w zakresie wniosków o modyfikację dokumentacji postępowania wskazujemy, że alternatywnie - w przypadku nieuznania przez Wysoką Izbą zasadności wykreślenia tego zapisu z treści SWZ zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, wnosimy o modyfikację tego zapisu w ten sposób, że Zamawiający wymagać będzie „certyfikat World Athletics (IAAF) Class 1 dla dwóch obiektów wykonanych w Polsce lub kraju, o zbliżonych do Polski warunkach klimatycznych”, tj. poprzez wykreślenie warunku „kraju europejskiego”, co doprowadzi do zgodności powyższego zapisu z cytowaną wyżej uchwałą PZLA nr 41/2020.

Dopuszczalność modyfikacji żądań odwołania na etapie postępowania odwoławczego jest powszechna w orzecznictwie - *„Izba orzeka w zakresie podniesionych zarzutów, jednak zasada ta nie dotyczy żądań odwołującego, które można w trakcie postępowania odwoławczego modyfikować”* (KIO 2396/15).

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, w tym w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ”, Programu Funkcjonalno-Użytkowego zwanego dalej: „PFU” (załącznik nr 1 do SWZ), czy też zmiany postanowień SWZ z 28.02.2022 r.

Nadto, zaliczono do materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Odwołującego na okoliczność nadmiarowości zakwestionowanych fragmentów z pkt 15. 4 ppkt 4 SWZ oraz PFU (str. 44):

- 1) Uchwałę nr 41/2020 z dnia 15 grudnia 2020 r. Zarząd Polskiego Związku Lekkiej Atletyki („Nawierzchnie syntetyczne - wymagania PZLA. Podstawowe wymagania Polskiego Związku Lekkiej Atletyki, dotyczące nawierzchni syntetycznych stosowanych na obiektach lekkoatletycznych”);
- 2) Uchwałę nr 43/2020 z dnia 15 grudnia 2020 r. Zarząd Polskiego Związku Lekkiej Atletyki („Procedura i zasady opiniowania i uzgadniania projektów oraz wydawania świadectw PZLA dla obiektów lekkoatletycznych”);
- 3) Uchwałę nr 44/2020 z dnia 15 grudnia 2020 r. Zarząd Polskiego Związku Lekkiej Atletyki („Kategorie Stadionów Lekkoatletycznych”).

Ponadto, zaliczono do materiału dowodowego złożone również na rozprawie przez Zamawiającego na okoliczność zasadności zakwestionowanych fragmentów z pkt 15. 4 ppkt 4 SWZ oraz PFU (str. 44):

- 1) Korespondencję z Polskim Związkiem Lekkiej Atletyki (zapytanie z 24.02.2022 r. i odpowiedź z 24.02.2022 r.);
- 2) Załącznik do PFU – zakres inwestycji i etapowanie.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania i na posiedzeniu zarzutów (tj. zarzutu skierowanego na rozprawę), stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp - poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej opisanego w pkt 9.1 ppkt 4.2 SWZ w sposób naruszający uczciwą konkurencję z uwagi na sformułowanie warunku, który spełnić może wyłącznie jeden Wykonawca na rynku,
- 2) art. 106 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp - poprzez: wadliwie (nieprecyzyjnie, sprzeczne z opisem przedmiotu zamówienia, z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców) wskazanie zakresu przedmiotowych środków dowodowych w zakresie pkt 15.4 ppkt 4 SWZ.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz pisma procesowego Odwołującego. Skład orzekający Izby stwierdził, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych postanowień SWZ (pkt 9.1 ppkt 4.2, czy też pkt 15. 4 ppkt 4) oraz PFU (str. 44), które zostały szczegółowo przywołane w treści odwołania oraz pisma procesowego Odwołującego. Dodatkowo, Izba przywołuje fragment PFU str. 14 /tabela/: „ (...)”

Funkcja obiektów terenowych	Arena lekkoatletyczna kategorii 5A spełniająca wymagania jak dla strefy rozgrzewkowej dla stadionu II kategorii Bieżnia okólna czterotorowa 400m standardowa o promieniu łuku mierzonym zgodnie z wytycznymi WA wynoszącym 36,5m Bieżnia prosta czterotorowa Rozbieg do skoku wwyż Podwójny rozbieg do skoku o tyczce Podwójny rozbieg do skoku w dal i trójskoku Rzutnia do pchnięcia kulą Rzutnia do rzutu dyskiem i młotem Rzutnia do rzutu oszczepem Ścieżka biegowa - element infrastruktury przechodzący przez wszystkie strefy funkcjonalne i komunikacyjne znajdujące się poza ogrodzeniami wewnętrznymi wydzielającymi obszary zamknięte tych stref Aleje spacerowe
-----------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

(...)”.

Do pozostałych kwestiach Izba odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

W zakresie pierwszego zarzutu, umorzono przez Izbę w trybie art. 568 pkt 2 Pzp.

Wymaga podkreślenia, że dla możliwości rozpoznania przez Izbę wniesionego odwołania konieczne jest, aby dotyczyło ono czynności bądź zaniechania Zamawiającego. Oznacza to, że na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia,

stanowiący podstawę dla Wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania, zawierającego uzasadnienie faktyczne i prawne odnoszące się do zaskarżanych czynności bądź zaniechań. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność sporządzenia przez Zamawiającego postanowień SIWZ określonej treści, tzn. w tym wypadku postanowień z pkt 9.1 ppkt 4.2 SWZ.

Jednocześnie, zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 NPzp, Izba wydając orzeczenie jest zobowiązana wziąć pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia rozprawy. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia – co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie. Podkreślenia wymaga – co jest istotne dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu – że przepisy NPzp nie zobowiązują Zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, na skutek wniesienia odwołania. Zaś, zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 NPzp, Izba wydając orzeczenie zobowiązana jest uwzględnić stan rzeczy ustalony w toku postępowania, zatem zobowiązana jest również uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesionym odwołaniu - do czasu zamknięcia rozprawy. Izba wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 NPzp, podobnie jak interpretacja art. 316 § 1 kpc, w myśl którego podstawą wydania przez sąd wyroku jest stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy – nakazuje uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy - o którym mowa jest w przepisie art. 552 ust. 1 NPzp - należy analogicznie - jak w art. 316 § 1 kpc - interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN z 25.06.2015r., sygn. akt: V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z 13.09.2018 r., sygn. akt: I Aga 159/18).

Mając powyższe na uwadze, niewątpliwie zadaniem Izby jest rozstrzygnięcie na datę zamknięcia rozprawy - zgodnie z art. 552 ust. 1 NPzp.

W tym jednakże wypadku brak jest substratu zaskarżenia, tzn. postanowień pkt 9.1 ppkt. 4.2 SWZ, które stały u podstaw sformułowania postawionych zarzutów. Zamawiający bowiem zmienił w dniu 28.02.2022 r. treść tego wymogu usunął bowiem wymaganie, aby Wykonawca posiadał doświadczenie w robocie budowlanej „*dla której uzyskano certyfikat 1 Class IAAF*”, co w sposób istotny rzutują na ocenę niniejszego zarzutu. Jednakże, istotne jest co wymaga ponownego podkreślenia, że nie ma już postanowień pkt 9.1 ppkt 4.2 SWZ do których odniósł się Odwołujący w swoim odwołaniu. Na skutek dokonanej zmiany, nadano postanowieniom pkt 9.1 ppkt 4.2 SWZ odmienną treść. W ocenie Izby, stanowisko niniejsze potwierdził de facto sam Odwołujący, który w swoim piśmie procesowym, przedstawił argumentację, która de facto stanowiła nowe odwołanie, gdyż była nie tyle co

polemiką w kontekście sformułowanego pierwotnie w odwołaniu zarzutu, ale wykazywaniem dalszej aktualności zarzutu po zmianie, ale nie w kontekście pkt 9.2 ppkt 4.2, ale ppkt 4.1 SWZ. W ocenie Izby, w takiej sytuacji należało złożyć nowy środek ochrony prawnej na nowe postanowienia SWZ, a nie podtrzymywać pierwotny zarzut który odnosił się do zupełnie innej treści, ale i ppkt 4.2, a nie ppkt 4.1.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W zakresie drugiego zarzutu, Izba uznała, że podlega on oddaleniu.

Zamawiający w toku rozprawy przedstawił uzasadnienie konieczności utrzymania postanowień z pkt 15.4 SWZ i z PFU str. 22. Wskazał, że mają one swoją genezę w uchwale nr 41/2020 z dnia 15 grudnia 2020 r. Zarząd Polskiego Związku Lekkiej Atletyki („*Nawierzchnie syntetyczne - wymagania PZLA. Podstawowe wymagania Polskiego Związku Lekkiej Atletyki, dotyczące nawierzchni syntetycznych stosowanych na obiektach lekkoatletycznych*”). Przywołał tożsamy fragment, tj. drugi akapit od góry na str. 4: „*W przypadku stadionów pretendujących do I i II kategorii WA oraz kategorii III PZLA, wymaga się, aby inwestor zażądał od wykonawcy przedłożenia certyfikatów IAAF Class 1 dla obiektów (w tym co najmniej jednego/dwóch w Polsce lub w kraju europejskim, o zbliżonych do Polski warunkach klimatycznych), na których została zainstalowana oferowana nawierzchnia. Ma to na celu potwierdzenie zgodności parametrów nawierzchni po jej zainstalowaniu na wykazanym w certyfikacie stadionie*”. Wyjaśnił, że mimo iż odnosi się ten fragment do I i II kategorii oraz do kategorii III, to ma on zastosowanie również w przedmiotowych warunkach (choć arena lekkoatletyczna będzie obiektem o kategorii 5A), w tym zakresie wskazywał na str. 14 PFU tabelę dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia, gdzie jest mowa o funkcjonalnościach obiektów terenowych, w ich ramach arena lekkoatletyczna, strefa rozgrzewki musi spełniać wymogi tak jak dla II kategorii. Wyjaśnił, iż bieżnia, która powstanie w ramach pierwszego etapu, po zakończeniu całej inwestycji, będzie miała charakter bieżni rozgrzewkowej dla całego obiektu, tj. obiektu stadionu głównego. Inaczej mówiąc bieżnia realizowana w ramach pierwszego etapu, tj. etap Ia i Ib, następnie po zrealizowaniu obiektu głównego, tj. stadionu Skry, stanie się bieżnią rozgrzewkową, która musi mieć parametry techniczne takie same jak obiekt główny (złożył na ta okoliczność Załącznik do PFU – zakres inwestycji i etapowanie). Dodatkowo wskazał, iż jego stanowisko znajduje odzwierciedlenie w złożonej na rozprawie uchwale nr 41/2020 z dnia 15 grudnia 2020 r. Zarząd Polskiego Związku Lekkiej Atletyki na str. 4 ostatni akapit przed pkt III: „*Parametry nawierzchni bieżni powinny odpowiadać parametrom nawierzchni zainstalowanej na stadionie głównym. Musi być ona wykonana na takiej samej podbudowie, z tego samego rodzaju nawierzchni i o tych samych parametrach dynamicznych*”. Odwołujący ze swej strony podnosił, że dany obiekt będzie miał certyfikat odpowiedni do

danej kategorii, a to, że będzie pretendował do kategorii II, oznacza tylko i wyłącznie, że musi jedynie spełnić funkcjonalne elementy wskazane w tym wypadku dla strefy do rozgrzewki w uchwale 44/2020 z dnia 15 grudnia 2020 r. Zarząd Polskiego Związku Lekkiej Atletyki dotyczącej kategorii stadionów lekkoatletycznych - na str. 2. Stwierdził również, co do kwestii nawierzchni, że z uchwały nr 41/2020 z dnia 15 grudnia 2020 r. Zarząd Polskiego Związku Lekkiej Atletyki wynika, że są tam wymienione rodzaje nawierzchni. W konsekwencji powyższego, uznał, że na stadionie, który ma być docelowo strefą do rozgrzewki, musi być nawierzchnia taka sama jak na stadionie głównym, przy czym ponieważ budowa stadionu głównego będzie miała miejsce w bliżej nieokreślonej przyszłości, to nawierzchnia na nim musi być dostosowana do nawierzchni na obecnie budowanym stadionie, który ma być strefą do rozgrzewki w przyszłości, co do rodzaju.

Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego uznając, że bieżnia, która w przyszłości ma zostać strefą rozgrzewkową dla stadionu głównego musi spełniać nie tylko i wyłącznie funkcjonalne elementy takie jak dla stadionu II kategorii, ale parametry techniczne (do tego nie tylko co do rodzaju nawierzchni). W tym zakresie, Izba wskazuje na uchwałę 44/2020 z dnia 15 grudnia 2020 r. Zarząd Polskiego Związku Lekkiej Atletyki str. 2, gdzie przy rodzaju nawierzchni, w ramach kategorii II dla strefy dla rozgrzewki znajduje się nie tylko stwierdzenie dotyczące rodzaju nawierzchni /syntetyczna, czyli jak podnosił Odwołujący za uchwałą 41/2020 „kauczukowa lub Full PuR”/, ale także – tożsama z areną główną. Przy czym jest tam także, tj. przy tym ostatnim stwierdzeniu odesłanie do przypisu, zgodnie z którym (str. 7): ”Parametry nawierzchni obiektu do rozgrzewki, tj. bieżni, rozbiegów w skokach i w rzucie oszczepem powinny odpowiadać parametrom nawierzchni zainstalowanej na stadionie głównym. Musi być ona wykonana na takiej samej podbudowie, z tego samego rodzaju nawierzchni i o tych samych parametrach dynamicznych.”. Analogiczny fragment znajduje się w uchwale 41/2020 z dnia 15 grudnia 2020 r. Zarząd Polskiego Związku Lekkiej Atletyki ostatni akapit na str. 4 przed pkt III: ”Parametry nawierzchni bieżni powinny odpowiadać parametrom nawierzchni zainstalowanej na stadionie głównym. Musi być ona wykonana na takiej samej podbudowie, z tego samego rodzaju nawierzchni i o tych samych parametrach dynamicznych”. Dodatkowo, stanowisko przedstawione przez Zamawiającego na rozprawie, ma swoje oparcie w korespondencji i odpowiedzi z Polskiego Związku Lekkiej Atletyki (zapytanie z 24.02.2022 r., odpowiedź z 24.02.2022 r.). Zamawiający wprost bowiem zapytuje o sporne postanowienia, których wykreślenia lub modyfikacji oczekuje Odwołujący: „(...) 1) Czy SCSAW może zrezygnować, bez zagrożenia dla procesu przyszłego uzyskania świadectwa PZLA dla obiektu - stadionu głównego kat II PZLA, z żądania wskazanego powyżej dokumentu (dokumentów) na etapie składania ofert przez wykonawców?

2) W przypadku negatywnej odpowiedzi na powyższe pytanie, czy wystarczające byłoby, bez zagrożenia dla procesu przyszłego uzyskania świadectwa PZLA dla obiektu - stadionu głównego kat II PZLA, aby wskazany wymóg został ograniczony do żądania Certyfikatu World Athletics (IAAF) Class 1 dla dwóch obiektów wykonanych z zastosowaniem oferowanego systemu nawierzchniowego, bez określania miejsca wykonania tych obiektów?

3) W przypadku negatywnej odpowiedzi na powyższe pytanie, czy SCSAW może, bez zagrożenia dla procesu przyszłego uzyskania świadectwa PZLA dla obiektu - stadionu głównego kat II PZLA, rozszerzyć możliwość przedstawienia certyfikatu World Athletics (IAAF) Class 1 dla obiektów wykonanych nie tylko w Polsce lub kraju europejskim, ale także innym kraju spoza Europy, o zbliżonych do Polski warunkach klimatycznych?”. Odpowiedź: „W odpowiedzi na zawarte w w/w piśmie pytania 1, 2 i 3 informujemy, że w celu uzyskania Świadectwa PZLA dla przedmiotowego obiektu potwierdzającego jego pełną funkcjonalność niezbędne jest dołączenie do oferty dokumentów wskazanych w wytycznych „Nawierzchnie Syntetyczne — wymagania PZLA” tj. m.in. dokumentu, o którym mowa w pytaniu”. Jak wynika z przytoczonej odpowiedzi PZLA, odnosi się ona wprost do spornego dokumentu, o którym jest mowa w pytaniu, w kontekście procesu przyszłego uzyskania świadectwa PZLA dla obiektu - stadionu głównego kat II PZLA, a nie jedynie do wymaganych dokumentów ze str. 4 (pkt III) uchwały 41/2020 z dnia 15 grudnia 2020 r. Zarząd Polskiego Związku Lekkiej Atletyki. Należy także zauważyć, że Zamawiający nakreślił także cały kontekst zadawanych pytań, co wyklucza niezrozumienie: „(...) W ramach ww. inwestycji, jej przyszły wykonawca zobowiązany będzie m.in. do uzgodnienia dokumentacji projektowej z odpowiednimi związkami sportowymi, tj. m.in. Polskim Związkiem Lekkiej Atletyki (PZLA) oraz uzyskania w imieniu SCSAW świadectwa PZLA dla stadionu lekkoatletycznego, którego budowa wchodzi w zakres przedmiotu zamówienia, i który ma stanowić zaplecze rozgrzewkowe dla stadionu głównego kat II PZLA (następny etap inwestycji).

W związku z tym SCSAW, zgodnie z wytycznymi PZLA zawartymi w wytycznych „Nawierzchnie syntetyczne PZLA” zażądał od wykonawców którzy będą ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, aby wraz z ofertą złożyli m.in.: „Certyfikat (IAAF) Class 1 dla dwóch obiektów wykonanych w Polsce lub kraju europejskim, o zbliżonych do Polski warunkach klimatycznych z oferowanego systemu nawierzchniowego”.

Zasadność żądania przez SCSAW wskazanego powyżej dokumentu zakwestionował jeden z wykonawców, składając odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wskazując, że ograniczenie wskazanych wymagań do Polski i Europy jest niezasadne ponieważ istnieją kraje leżące na innych kontynentach, w których występują podobne warunki klimatyczne jak w Polsce (ta sama strefa klimatyczna). Poza tym odwołujący się wykonawca wskazał, że nawierzchnia po zainstalowaniu przechodzi badania powykonawcze celem uzyskania świadectwa PZLA lub

certyfikatu World Athletics, sprawdzające parametry obiektu, bez względu na to gdzie położony jest obiekt, niezależnie od klimatu. Jednocześnie wykonawca, podniósł, że SCSAW wymaga badania na mrozoodporność, w związku z tym niezasadne jest żądanie certyfikatu dla stref klimatycznych skoro odporność na warunki atmosferyczne potwierdza się innym dokumentem, tj. kompletnym raportem z badań odporności na zamrażanie. (...)”.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia wskazanego powyżej obciążając kosztami Odwołującego.

Przewodniczący:

.....