

POSTANOWIENIE
z dnia 16 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 16 listopada 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego w dniu 28 października 2020 r. przez wykonawcę

I. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą S. I. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT z siedzibą w Dąbrowie Górniczej

w postępowaniu prowadzonym przez

Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich z siedzibą w Łodzi

przy udziale wykonawców:

- A. **Sport-Track Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławcze po stronie odwołującego,
- B. **BSG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zgierzu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławcze po stronie odwołującego,
- C. **Tamex Obiekty Sportowe Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławcze po stronie zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **I. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą S. I. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **I. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą S. I. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich prowadzi postępowanie na „przebudowę i remont obiektu sportowego przy ul. Rudzkiej 37 w Łodzi” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 8 października 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 594810. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odwołaniu Odwołujący wskazał, że odwołanie wnoszone jest wobec czynności Zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu, polegającej na udzieleniu 23 października 2020 r. odpowiedzi na pytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w wyniku której Zamawiający całkowicie wyeliminował możliwość złożenia ofert równoważnych, sprowadzając niniejsze postępowanie do możliwości zaoferowania tylko jednej nawierzchni producenta CONICA. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez uniemożliwienie składania ofert równoważnych względem wymagań opisanych w przedmiocie zamówienia, co zawęży krąg potencjalnych producentów nawierzchni poliuretanowej do jednego rodzaju nawierzchni,
2. art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający zachowanie zasady uczciwej konkurencji poprzez wskazanie parametrów charakteryzujących konkretne rozwiązanie konkretnego producenta i konkretny produkt w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania,
3. art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wyeliminowanie składania ofert równoważnych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez dopuszczenie rozwiązań równoważnych, które nie będą musiały być rozwiązaniami identycznymi jak opisany w dokumentacji produkt CONICA AG oraz o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego na skutek odpowiedzi na pytanie z 23 października 2020 r. Zamawiający całkowicie wyłączył możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych

powodując, że w niniejszym postępowaniu ofertę złożyć mogą tylko wykonawcy, którzy są dystrybutorami nawierzchni syntetycznej CONICA AG. Odwołujący, działając na rynku związanym z budową obiektów sportowych od kilkunastu lat posiada wiedzę, że istnieje szereg nawierzchni spełniających wymagania IAAF i PZLA i zostało zainstalowanych na obiektach posiadających certyfikaty IAAF Class 1, jednakże z uwagi na udzieloną odpowiedź nie można ich zaferować. Równoważność została bowiem zdefiniowana jako identyczność produktów z produktem CONICA.

23 października 2020 r., na pytanie jednego z wykonawców w brzmieniu: „Czy oferując rozwiązania równoważne Wykonawca musi wykazać system nawierzchni syntetycznej tożsamy z opisanym w dokumentacji projektowej w zakresie technologii wykonania i o określonych parametrach mieszczących się w danych przedziałach?” Zamawiający odpowiedział: „Zamawiający potwierdza, iż oferowany przedmiot zamówienia w tym system nawierzchni syntetycznej ma być zgodny z parametrami przedstawionymi w siwz i OPZ z uwzględnieniem zmian dokonanych w dn. 15 i 22.10.2020 r.” Tak udzielona odpowiedź całkowicie wyłączyła możliwość zaferowania rozwiązań równoważnych, a także spowodowała możliwość złożenia oferty tylko przez tych wykonawców, którzy zaferują nawierzchnię syntetyczną CONICA, pomimo że na rynku znajduje się wielu producentów nawierzchni syntetycznych instalowanych na stadionach, na których odbywają się zawody lekkoatletyczne rangi mistrzowskiej. Udzielając odpowiedzi na pytanie, które narzuca obowiązek zaferowania nawierzchni identycznej z parametrami wskazanymi w opisie przedmiotu zamówienia, Zamawiający zmienia postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie punktu 3.9.5 o dopuszczeniu równoważności. Regulując kwestię równoważności Zamawiający powołał się pkt 35 wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z 12 lipca 2018 r. w sprawie C-14/17 w brzmieniu: „W świetle powyższych rozważań na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć w ten sposób, iż art. 34 ust. 8 dyrektywy 2004/17 należy interpretować w ten sposób, że jeżeli specyfikacje techniczne, które znajdują się w dokumentacji zamówienia, odnoszą się do znaku towarowego, danego pochodzenia lub danej produkcji, podmiot zamawiający powinien wymagać, aby oferent przedstawił już w jego ofercie dowód równoważności oferowanych przez niego produktów w stosunku do tych określonych w rzeczonych specyfikacjach technicznych.”

Na skutek odpowiedzi udzielonej na pytanie 1. postanowienia punktu 3.9.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia są postanowieniami pozornymi, mającymi na celu jedynie zamarkować zgodność postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia z przepisami prawa. Skoro nie dopuszcza się rozwiązań równoważnych, tylko system nawierzchni ma być zgodny z parametrami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia, to nie może być mowy o możliwości dowodzenia równoważności, bowiem nikt nie jest w stanie złożyć oferty równoważnej.

Tak więc sposób oceny ofert w tym aspekcie przy złożeniu oferty równoważnej będzie sprowadzał się wyłącznie do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie do merytorycznego rozważania, czy produkt jest, czy nie jest równoważny. Wiadomym bowiem jest, że produkt równoważny nie może być produktem identycznym co do wszystkich wymaganych zakresów. Dodatkowo brak informacji, w jaki sposób równoważność miałyby być oceniana, przesądza o prawdziwości stwierdzenia o pozorności jej dopuszczenia. Jediną informacją co do weryfikacji zakresów jest udzielona odpowiedź, z której wynika, że równoważność ma oznaczać identyczność rozwiązań i parametrów. Tak więc każde odstępstwo będzie skutkowało odrzuceniem oferty.

Wynika to z tego, że opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretnego producenta nawierzchni, tj. firmę Conica AG. Tylko produkt tej firmy spełnia łącznie wszystkie zakresy/wartości opisane w opisie przedmiotu zamówienia. Na rynku istnieją inne nawierzchnie spełniające wymagania World Athletics i PZLA, m.in. system TETRAPUR. Pomimo tego, że system ten posiada w zakresie wymaganych parametrów wartości i zakresy lepsze, jest system spełniającym wymóg certyfikatu First Class 1, nie może zostać zaofertowany. Zestawienie parametrów:

Parametr	Wymagania zamawiającego	Parametry produktu CONICA AG (system CONIPUR M)	Wymagania World Athletics i PZLA	Parametry systemu TETRAPUR ENZ IIIM	Porównanie
Grubość nawierzchni (mm)	13-14	14	>13	14,3	Wartość lepsza
Grubość warstwy użytkowej (mm)	min. 4	min. 4	brak	4	Parametr spełniony
Wytrzymałość na rozciąganie (MPa)	0,59-0,75	0,72	>0,5	0,83	Wartość lepsza
Wydłużenie w chwili zerwania (%)	43-68	62	>40	128	Wartość lepsza
Redukcja siły w temp. 23°C (%)	35-37,	37	35-50	39	Wartość lepsza
Odkształcenie pionowe w temp. 23°C (mm)	1,7-1,9	1,8	0,6-2,5	1,7	Parametr spełniony
Współczynnik tarcia	47-55	53	>47	61	Wartość lepsza

Łącznie wszystkie parametry spełnia tylko nawierzchnia CONICA AG. Zamawiający powinien dopuścić rozwiązania równoważne, które spełniają parametry World Athletics i PZLA lub mają parametry lepsze, a które poprzez odpowiedź z 23 października 2020 r. zostały wyeliminowane.

Odwołujący wniósł o dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie dopuszczenia rozwiązań równoważnych, określenia parametrów równoważności,

a przede wszystkim wskazania obszarów porównywania i badania w zakresie rozwiązań równoważnych. Nie może bowiem być tak, że równoważność sprowadzona została do identyczności. Zamawiający nie miał prawa wskazać, że tylko nawierzchnia z identycznymi jak w opisie przedmiotu zamówienia wartościami jest dopuszczona do niniejszego postępowania. Jego obowiązkiem wynikającym z przepisów prawa jest, w sytuacji, gdy opisał przedmiot zamówienia poprzez wskazanie na konkretne rozwiązanie, dopuścić równoważność i ją zdefiniować.

Definicja równoważności w zamówieniach publicznych nie została określona w sposób jednoznaczny. W świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Zabronione jest opisywanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, który naruszałby zasady uczciwej konkurencji. Ponadto opis powinien być wystarczająco dokładny i precyzyjny, tak, by był zrozumiały dla potencjalnych wykonawców. Zamawiający wyeliminował równoważność, co więcej, nie ustalił ram dopuszczalnej równoważności, bowiem takim odniesieniem nie może być stwierdzenie, że rozwiązanie równoważne ma być rozwiązaniem takim, jak wskazuje to opis przedmiotu zamówienia. Element zamówienia zaoferowany na zasadzie równoważności nigdy nie jest tożsamy z pierwowzorem, tym samym stanowisko w odpowiedzi z 23 października 2020 r. jest stanowiskiem naruszającym przepisy prawa.

Odwołujący wniósł o unieważnienie decyzji Zamawiającego zawartej w udzielonej odpowiedzi i nakazanie dopuszczenia rozwiązań równoważnych, które nie muszą być identyczne jak zawarte w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym zobowiązanie Zamawiającego do wskazania obszarów, w jakich równoważność będzie badana.

Pismem z 5 listopada 2020 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławcze po stronie zamawiającego – Tamex Obiekty Sportowe Spółka akcyjna wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jako wniesionego po terminie.

Pismem z 13 listopada 2020 r. Zamawiający poparł wniosek przystępującego Tamex Obiekty Sportowe Spółka akcyjna i wniósł o odrzucenie odwołania. Zamawiający wskazał, że 8 października 2020 r. umieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz

z załącznikami na stronie internetowej. Następnie, pismem z 15 października 2020 r., dokonał zmiany treści tomu III specyfikacji istotnych warunków zamówienia – opisu przedmiotu zamówienia. Przedmiotowa zmiana obejmowała zmianę parametrów technicznych nawierzchni i obejmowała usunięcie sprzeczności, jaka istniała w tym zakresie. Wówczas zostały wskazane parametry techniczne nawierzchni, które Odwołujący uznał w odwołaniu za naruszające przepis art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym termin do wniesienia odwołania na zmodyfikowane postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące parametrów technicznych nawierzchni upływał 20 października 2020 r.

23 października 2020 r. Zamawiający udzielił wyjaśnień i na pytanie: „Czy oferując rozwiązania równoważne Wykonawca musi wykazać system nawierzchni syntetycznej tożsamy z opisanym w dokumentacji projektowej w zakresie technologii wykonania i o określonych parametrach mieszczących się w danych przedziałach?” udzielił odpowiedzi: „Zamawiający potwierdza, iż oferowany przedmiot zamówienia, w tym system nawierzchni syntetycznej, ma być zgodny z parametrami przedstawionymi w SIWZ i OPZ z uwzględnieniem zmian dokonanych w dn. 15 i 22.10.2020 r.”

Treść odpowiedzi z 23 października 2020 r. wskazuje, iż w tym zakresie Zamawiający nie dokonał zmiany zapisów opisu przedmiotu zamówienia i wprost oświadczył, iż podtrzymuje zmiany dokonane w wyniku udzielonych wyjaśnień z 15 i 22 października 2020 r. Zakres udzielonych wyjaśnień z 23 października 2020 r. nie wprowadzał jakichkolwiek zmian w odniesieniu do parametrów technicznych nawierzchni w stosunku do podanych i wymaganych w wyjaśnieniach z 15 października 2020 r. Również wyjaśnienia z 22 października 2020 r. nie zmieniały wymagań technicznych nawierzchni podanych w wyjaśnieniach z 15 października 2020 r.

Wobec powyższego kwestionowane przez Odwołującego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące parametrów technicznych nawierzchni zostały zmienione wyjaśnieniami z 15 października 2020 r. i bieg terminu na wniesienie odwołania należy liczyć od 15 października 2020 r., a nie, jak mylnie przyjmuje Odwołujący, od 23 października 2020 r. W związku z tym termin do wniesienia odwołania upływał 20 października 2020 r., a nie 28 października 2020 r.

Pismem z 13 listopada 2020 r. Odwołujący wniósł o oddalenie wniosku o odrzucenie odwołania. Odwołujący wskazał, że stanowiska dotyczące odrzucenia odwołania są nieuprawnione, bowiem odwołanie zostało wniesione na skutek treści wyjaśnień i modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie rozumienia równoważności, która od 23 października 2020 r. jest utożsamiona z konkretnymi parametrami technicznymi wskazanymi w opisie przedmiotu zamówienia. Tak więc odwołanie nie dotyczy

kwestionowania *sensu stricto* opisu przedmiotu zamówienia i określonych w nim parametrów wskazujących na konkretnego producenta nawierzchni tylko „opisu przedmiotu zamówienia w kontekście postanowień dotyczących równoważności tego opisu przedmiotu zamówienia”. Pismem z 23 października 2020 r. została bowiem całkowicie wyeliminowana możliwość złożenia oferty równoważnej. Jeden z wykonawców zwrócił się z wnioskiem o doprecyzowanie rozumienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „Czy oferując rozwiązania równoważne Wykonawca musi wykazać system nawierzchni syntetycznej tożsamy z opisanym w dokumentacji projektowej w zakresie technologii wykonania i o określonych parametrach mieszczących się w danych przedziałach?”, Zamawiający odpowiedział: „Zamawiający potwierdza, iż oferowany przedmiot zamówienia w tym system nawierzchni syntetycznej ma być zgodny z parametrami przedstawionymi w siwz i OPZ z uwzględnieniem zmian dokonanych w dn. 15 i 22.10.2020 r.” Tak, więc jeśli do 23 października 2020 r., co nie ulega wątpliwości i jest *de facto* potwierdzone w piśmie procesowym poprzez przytoczenie szeregu pytań o zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdzie wiele podmiotów wskazuje, że opis przedmiotu zamówienia jest sporządzony z naruszeniem, istniała możliwość zaoferowania produktów równoważnych, o ile w ofercie przedstawi się dokumenty równoważności, o tyle po 23 października 2020 r. wszelkie próby złożenia ofert z rozwiązaniami równoważnymi z powołaniem się właśnie na tę udzieloną odpowiedź skutkowałyby uznaniem przez Zamawiającego, że oferta jest niezgodna z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bo równoważność sprowadzona została do identyczności wymaganych parametrów. Tak więc odwołanie nie ma na celu przywrócenia terminu zakwestionowania parametrów ujętych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale jest wniesione z zachowaniem terminu na treść opisu przedmiotu zamówienia w związku z decyzją Zamawiającego o zmianie rozumienia równoważnego przedmiotu zamówienia. Bowiem na skutek udzielonej odpowiedzi całkowicie wyeliminowano możliwość złożenia ofert konkurencyjnych. Nie można również zgodzić się ze stanowiskiem, że w dacie 23 października 2020 r. nie doszło do modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, udzielona odpowiedź w istotny sposób zmieniła rozumienie równoważności opisu przedmiotu zamówienia, eliminując możliwość złożenia produktów równoważnych, a tym samym dopiero od tego dnia powodując wadę opisu przedmiotu zamówienia. Jak wskazano w piśmie z 23 października 2020 r. w treści poprzedzającej udzielone odpowiedzi „treść wyjaśnień jest dla wykonawców wiążąca i zobowiązani są uwzględnić je przy sporządzaniu i wycenie oferty” – tym samym brak zakwestionowania dokonanej zmiany mógłby na późniejszym etapie skutkować zarzutem nienależytego dbania o interes własny wykonawcy, który miał zamiar złożyć ofertę z zastosowaniem rozwiązania równoważnego. Mając na uwadze powyższe, brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 października 2020 r., co potwierdza prezentata.

Zgodnie z dyspozycją art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że:

- 1) w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy;
- 2) odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony;
- 3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;
- 4) odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się;
- 5) odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu;
- 6) w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2;
- 7) odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5.

Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie zachodzi przesłanka odrzucenia odwołania wskazana w art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Terminy na wniesienie odwołania zostały określone w art. 182 ustawy Prawo zamówień publicznych. Spośród wskazanych tam terminów, w niniejszej sprawie zastosowanie ma art. 182 ust. 2 pkt 2, zgodnie z którym odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Powyższy przepis ma zastosowanie także do modyfikacji specyfikacji oraz wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wartość niniejszego zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została opublikowana 8 października 2020 r., 15 października 2020 r. została opublikowana jej modyfikacja, a 23 października 2020 r. przedmiotowe wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z treści złożonych pism wynika, że 5-dniowy termin na wniesienie odwołania nie jest sporny. Sporne pozostaje, od którego momentu (której czynności Zamawiającego) należy liczyć bieg terminu na wniesienie odwołania.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego i przystępującego Tamex Obiekty Sportowe Spółka akcyjna, że, niezależnie od twierdzeń Odwołującego, podstawą wniesionego odwołania, nie jest i nie powinna być czynność Zamawiającego z 23 października 2020 r., lecz z 15 października 2020 r.

Jak wskazał Odwołujący, 23 października 2020 r. Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

„Pytanie 1: Czy oferując rozwiązania równoważne Wykonawca musi wykazać system nawierzchni syntetycznej tożsamy z opisanym w dokumentacji projektowej w zakresie technologii wykonania i o określonych parametrach mieszczących się w danych przedziałach?

Odpowiedź: Zamawiający potwierdza, iż oferowany przedmiot zamówienia, w tym system nawierzchni syntetycznej, ma być zgodny z parametrami przedstawionymi w SIWZ i OPZ z uwzględnieniem zmian dokonanych w dn. 15 i 22.10.2020 r.

Pytanie 2: Prosimy o potwierdzenie, iż Wykonawcy oferujący rozwiązania równoważne, muszą dołączyć w dniu złożenia ofert (wraz z ofertą), stosowne dokumenty pozwalające na weryfikację zaoferowanych rozwiązań równoważnych.

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje postanowienia punktu 3.9.5 SIWZ.”

Zgodnie z punktem 3.9.4 i 3.9.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „3.9.4 W ofercie można przyjąć metody, materiały, urządzenia, systemy, technologie itp. innych marek i producentów, jednak o parametrach technicznych, jakościowych i właściwościach użytkowych oraz funkcjonalnych odpowiadających metodom, materiałom, urządzeniom, systemom, technologiom itp. opisanym w SIWZ. Dodatkowo Zamawiający podkreśla, iż równoważne metody, materiały, urządzenia, systemy, technologie itp. nie mogą stanowić zamienników w stosunku do metod, materiałów, urządzeń, systemów, technologii itp. opisanych w opisie przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych, patentów, pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu.

3.9.5 Wykonawca który oferuje metody, materiały, urządzenia, systemy, technologie itp. równoważne do przedstawionych w opisie przedmiotu zamówienia, zobowiązany jest tą równoważność wykazać. Stosownie do punktu 35 Wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 2018-07-12, C-14/17, w tym celu wymaga się złożenia wraz z ofertą stosownych dokumentów i oświadczeń potwierdzających np. karty katalogowe / specyfikacje techniczne / opisy itp. <<(…) jeżeli specyfikacje techniczne, które znajdują się w dokumentacji zamówienia, odnoszą się do znaku towarowego, danego pochodzenia lub danej produkcji, podmiot zamawiający powinien wymagać, aby oferent przedstawił już w jego ofercie dowód równoważności oferowanych przez niego produktów w stosunku do tych określonych w rzeczonych specyfikacjach technicznych.>>”

Zatem wyjaśnienia Zamawiającego z 23 października 2020 r. sprowadzają się do tego, że oferowany przedmiot ma być zgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w tym opisem przedmiotu zamówienia, co nie jest niczym odkrywczym ani nowym w toczącym się postępowaniu, gdyż zostało to wskazane wprost w ustawie Prawo zamówień publicznych – art. 82 ust. 3 („treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”) i art. 89 ust. 1 pkt 2 („zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”). Same zaś wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostały określone, jak wskazał Zamawiający i co nie jest sporne, nie później niż 15 października 2020 r. (publikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia 8 października 2020 r. i jej modyfikacja z 15 października 2020 r.).

Jak wynika z treści odwołania, Odwołujący wprost kwestionuje wskazane przez Zamawiającego parametry nawierzchni (wskazane powyżej w tabeli), w sposób nieuprawniony utożsamiając równoważność, o której mowa w art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w punkcie 3.9.4 i 3.9.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z możliwością zmiany parametrów wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i uważając, że wyjaśnienia z 23 października 2020 r. pozbawiły go tej możliwości.

Tymczasem art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że „przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu

towarzyszą wyrazy <<lub równoważny>>”. Zamawiający jednak nie opisał przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, lecz poprzez ogólne parametry fizyczne takie jak: grubość, wytrzymałość, wydłużenie w chwili zerwania, redukcja siły, odkształcenie, współczynnik tarcia, które nie wchodzą w zakres pojęć: znak towarowy, patent, pochodzenie, źródło, szczególny proces (wytwórczy).

Jeśli zaś Odwołujący uważa, że parametry te zostały dobrane tendencyjnie w stosunku do produktów firmy CONICA AG, to nadal jest to cecha parametrów (ich wartość liczbowe dobrane przez Zamawiającego), która to informacja została przekazana wykonawcom w ramach specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej zmiany, a nie wyjaśnień z 23 października 2020 r. Również bowiem bez tych wyjaśnień wykonawca nie mógłby zaoferować – jako zgodnego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – rozwiązania, które byłoby sprzeczne z ww. parametrami. Równoważność bowiem również podlega ocenie pod kątem zgodności ze specyfikacją i, jak już wskazano, nie polega ona na zmianie obowiązkowych parametrów granicznych, co – jak wynika z odwołania – chciałby uczynić Odwołujący w ofercie.

Podobnie, warunki równoważności zależne od Zamawiającego zostały określone w punkcie 3.9.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w którym jednak wskazano, że parametry techniczne, jakościowe i właściwości funkcjonalne mają odpowiadać opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem również w tym zakresie – zakresie dopuszczalnej równoważności – odpowiedź z 23 października 2020 r nie wprowadziła zmian.

Tym samym Odwołujący powinien był oprotestować parametry wskazane przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub jej modyfikacji, a nie jego stwierdzenie w odpowiedzi z 23 października 2020 r., że wykonawcy muszą się stosować do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (do tego bowiem można sprowadzić odpowiedź Zamawiającego na oba pytania). Jeśli bowiem Zamawiający rzeczywiście wyeliminował możliwość złożenia ofert na produkty inne niż nawierzchnie producenta CONICA AG (czego Izba nie badała), to zrobił to nie odpowiedzią z 23 października 2020 r., lecz treścią samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia z jej modyfikacją z 15 października 2020 r., ustanawiając dane parametry.

Potwierdzenie słuszności powyższego stanowiska można znaleźć już w samej treści odwołania – począwszy od treści postawionych zarzutów „sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający zachowanie zasady uczciwej konkurencji poprzez wskazanie parametrów charakteryzujących konkretne rozwiązanie konkretnego producenta

i konkretny produkt i wyeliminowanie składania ofert równoważnych” (w znaczeniu: o innych parametrach, a nie znakach towarowych itd.) i żądania „dokonania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez dopuszczenie rozwiązań równoważnych, które nie będą musiały być rozwiązaniami identycznymi jak opisany w dokumentacji produkt CONICA AG” (co oznacza w praktyce zmianę wskazanych parametrów, gdyż samo unieważnienie odpowiedzi z 23 października 2020 r. niczego by w sytuacji wykonawców nie zmieniło).

Co zaś do stwierdzeń Odwołującego typu, że Zamawiający nie miał prawa wskazać, że tylko nawierzchnia z identycznymi jak w opisie przedmiotu zamówienia wartościami jest dopuszczona do niniejszego postępowania lub że Zamawiający nie ustalił ram dopuszczalnej równoważności, bowiem takim odniesieniem nie może być stwierdzenie, że rozwiązanie równoważne ma być rozwiązaniem takim, jak wskazuje to opis przedmiotu zamówienia, to należy jeszcze raz zauważyć, że Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał nie na identyczność czy równoważność nawierzchni, lecz na wartości graniczne parametrów, w których mają się mieścić parametry wszystkich oferowanych produktów (nie ma tu mowy o produktach referencyjnych i równoważnych).

Jeśli Odwołujący uważa, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia (opis przedmiotu zamówienia) powinna zostać napisana w inny sposób, powinien był wnieść odwołanie na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Obecnie może złożyć do Zamawiającego prośbę o zmianę tej treści – jednak jest to wyłączną decyzją Zamawiającego, czy treść tę zmieni.

Izba jednak zauważa, że upływ terminu na wnoszenie środków ochrony prawnej przysługujących wykonawcom zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych jest jedynie kwestią formalną i nie jest równoznaczny z materialną poprawnością specyfikacji istotnych warunków zamówienia, której to poprawności Izba nie badała.

Tym samym termin na wniesienie odwołania powinien być liczony od 15 października 2020 r., zatem upłynął 20 października 2020 r., odwołanie zaś zostało wniesione 28 października 2020 r., czyli po terminie wskazanym w art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i orzekła jak w sentencji odrzucając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając wpis w wysokości 10.000 złotych.

Przewodniczący: