

POSTANOWIENIE

z dnia 24 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 24 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2019 r. przez wykonawcę **Sport-Track Sp. z o.o., ul. Władysława Łokietka 32-33 lok. 46, 66-400 Gorzów Wielkopolski** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Zielonka, ul. Lipowa 5, 05-220 Zielonka**

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Sport-Track Sp. z o.o., ul. Władysława Łokietka 32-33 lok. 46, 66-400 Gorzów Wielkopolski** kwoty **10 00 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejsze postanowienie w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez Miasto Zielonka, ul. Lipowa 5, 05-220 Zielonka (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Remont/modernizacja boiska do piłki nożnej na stadionie miejskim przy ul. Dziennikarskiej w Zielonce” wykonawca Sport-Track Sp. z o.o., ul Władysława Łokietka 32-33, lok. 46, 66-400 Gorzów Wielkopolski (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) w zakresie opisu przedmiotu zamówienia – parametrów technicznych trawy.

Odwołujący zrzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 7 ust. 1, poprzez naruszenie zasady dotyczącej przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
2. art. 38 ust. 4, poprzez nieuzasadnioną modyfikację SIWZ,
3. art. 29 ust. 2 w związku z dokonaną pismem z 13.09.2019 r. modyfikacją SIWZ w zakresie trawy Wariant 2 co do wartości dtex, wyrywanie pęczka po starzeniu oraz żądania raportu z badań Lisport.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia decyzji o dokonanej modyfikacji w piśmie z 13.09.2019 r.,
2. dokonania modyfikacji SIWZ na zgodne z obowiązującymi normami i wytycznymi w zakresie parametrów nawierzchni,

Wniósł także o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego od zamawiającego na według faktury przedłożonej na rozprawie.

Odwołujący podał, że 03.09.2019 r. zamawiający wszczął przedmiotowe postępowania, publikując ogłoszenie i SIWZ, w której w rozdziale III opisał dwa warianty trawy, co do których wskazał parametry techniczne.

Uzupełnił, że w toku postępowania zadano kilkadziesiąt pytań, z których większość odnosi się do opisu przedmiotu zamówienia i wymaganych parametrów, wskazując w większości, że wymagania SIWZ naruszają zasady uczciwej konkurencji, są znacząco wygórowane i nie wynikają z żadnych norm oraz jakichkolwiek wytycznych wydanych na potrzeby produkcji nawierzchni trawiastych spełniających wymagania użytkowe dla boisk do gry w piłkę nożną, w tym wymagań FIFA.

Odwołujący podał także, iż zamawiający 13.09.2019 r. opublikował odpowiedzi na zadane pytania – na większość pytań i wniosków o dokonanie modyfikacji co do postawionych wymagań odpowiedział negatywnie.

Stwierdził, że z analizy zadanych pytań wynika, iż pewne pytania zostały zadane tendencyjnie, najprawdopodobniej przez przyszłego wykonawcę lub firmę z nim powiązaną i na te pytania zamawiający odpowiedział pozytywnie, wprowadzając bezrefleksyjnie nowe wymagania, które nie wynikają z żadnych norm lub przepisów jakie definiują wymagania dla nawierzchni montowanej na obiektach tożsamych z obiektem jaki remontuje zamawiający.

Wskazał na pytanie nr 3 w zestawie nr 6 na stronie 9 pisma z 13.09.2019 r.

Oświadczył, że zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w taki sposób, który spowodował, że nie może złożyć oferty.

Podniósł, że odpowiadając na pytanie 5, zestaw nr 2 zamawiający zmienił parametry trawy, określając je w większości od nowa. Podkreślił, że parametry zostały ustanowione w sposób odmienny od wymagań norm, w tym w szczególności normy EN 15330-1:2013 / PN-EN 15330-1:2014-02 określającej wymogi dla nawierzchni terenów sportowych oraz wytycznych FIFA dla boisk piłkarskich.

Wskazał, że zamawiający, dokonując modyfikacji wymagań dla wariantu 2 zmienił wymóg i zażądał w pkt. 12, aby oferowana trawa posiadała siłę wrywania pęczka po starzeniu na poziomie 73 N.

Podał, że wymóg przed modyfikacją wynosił min. 59 N, w wariacie 1 wynosi 63 N [wariant I jak i wariant II dotyczą tego samego boiska).

Podkreślił, w tej samej SIWZ zamawiający pisze, że oferowana trawa ma być zgodna z normą, co wynika z treści lit. b) wymaganych dokumentów i określa tę wytrzymałość na 40 N dla Normy EN. Uzpełnił, że standardy jakości FIFA stojącej „na straży” jakości budowany boisk określają wytrzymałość nawet na 30 N.

Niewiadomym dla odwołującego jest skąd zamawiający przyjął wymagany parametr oraz jakie są podstawy dokonania takiej modyfikacji.

Wskazał, że historia budowanych w ostatnich latach boisk potwierdziła, iż wartość tego parametru na poziomie 30-40 N była wystarczająca dla zapewnienia należytej jakości i odwołujący nie spotkał się, aby na rynku pojawiały się jakiegokolwiek reklamacje związane z wypadaniem / zbyt łatwym wrywaniem pęczków zainstalowanej trawy.

W opinii odwołującego nieporozumieniem jest określenie parametru siły wrywania pęczka na poziomie 63 N (wariant I) i 73 N (wariant II) – siła taka nie ma szans wystąpić w toku normalnej eksploatacji nawierzchni. Podał, że taka siła wrywania może ewentualnie powstać przy specjalnym, mechanicznym działaniu na nawierzchnię, przy użyciu narzędzi typu kombinerki, zrywarka, etc., co w normalnym toku eksploatacji nie występuje, tym

bardziej, że dodatkowym zabezpieczeniem przed wrywaniem pęczków jest wypełnienie stabilizujące (piasek) oraz funkcjonalne (granulat).

Staął na stanowisku, że wartość wymagana przez zamawiającego nie wpływa w żaden sposób na właściwości użytkowe trawy, jak również na ewentualne ułatwienia w eksploatacji tudzież żywotność takiej nawierzchni.

Niewiadomym dla odwołującego jest w jakim celu zamawiający domaga się parametru na poziomie 63 N i 73 N, skoro dla profesjonalnych graczy w piłkę nożną wystarczająca jest nawierzchnia o parametrze 30 N (FIFA).

W ocenie odwołującego zasadnym jest nakazanie zamawiającemu określenia wartości tego parametru na poziomie 40 N zgodnie z wymaganiami normy europejskiej lub co najmniej zmiana do pierwotnie określonego parametru.

Podkreślił, że kwestia ta była rozpatrywana przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie o sygn. akt. KIO 1777/17, gdzie Izba nakazała zamawiającemu zmienić parametr siły wyrwania pęczka do min. 40 N.

Wniósł o nakazanie zmiany postawionego wymagania w zakresie pkt. 12 dla wariantu

Odwołujący podał, że zamawiający podwyższył parametr dtx z 13000 na 15500, podkreślając że w wersji I pozostała wartość 13300.

Niewiadomym dla odwołującego są podstawy tak różnej wartości dla obu wariantów.

Staął na stanowisku, że zamawiający powinien dla obu wariantów przyjąć wartość min. 13.000, ponieważ biorąc pod uwagę zestawienie wszystkich wymaganych parametrów wartość tę spełnia tylko producent nawierzchni TARKET,

Odwołujący wskazał, że dokonując modyfikacji SIWZ zamawiający do wymaganych dokumentów na etapie składania ofert dodał obowiązek przedłożenia raportu z badań testu Lisport na min. 180 000 cykli dla włókna oferowanej nawierzchni – trawy syntetycznej.

Staął na stanowisku, że wymóg zamawiającego jest bezzasadny, tym bardziej, że badanie takie w swojej istocie dotyczy odporności samego włókna na zniszczenie / łamanie, natomiast nie daje odpowiedzi, czy po 180.000 cyklach nawierzchnia utrzymuje parametry funkcjonalno-użytkowe gry jak na początku eksploatacji boiska, co zarówno w przypadku standardów FIFA jak i EN jest istotą badania nawierzchni piłkarskich oraz, że ilość cykli lisport nie jest gwarantem utrzymania parametrów funkcjonalno-użytkowych gry takich jak toczenie piłki, odbicie piłki, oraz tych odpowiedzialnych za bezpieczeństwo gracza, tj. amortyzacja, odkształcenie pionowe czy ścieralność naskórka (!).

Uzupełnił, że zgodnie z wymogami EN włókno sztucznej trawy badane jest dla 20 000 cykli, a według normy EN 15306 na poziomie 20 200, nie 180 000 jak wymaga zamawiający.

Oświadczył, że wg informacji otrzymanej drogą e-mail od jednego z laboratoriów

akredytowanych przyjmuje się, że jeden cykl lisport odpowiada 1 h użytkowania boiska czyli 180 000 cykli = 180 000 h.

Podniósł, że jeżeli zamawiający użytkowałby boisko po 10 h dziennie x 365 czyli 3650 h / rok, to będzie to znaczyło, iż dana nawierzchnia może być użytkowana bez straty jakości przez okres 49,31 lat.

Zauważył, że założenie to stoi w oczywistej sprzeczności nie tylko z oczekiwaniami gwarancyjnymi zamawiającego, ale z przyjętymi realiami rynkowymi.

Oświadczył, że nie przypomina sobie, aby w ostatnich latach jakkolwiek producent był skłonny oferować warunki gwarancyjne przez okres dłuższy niż 7 lat, a tym bardziej przez okres ponad 49 lat – bez wątplenia nie jest możliwe utrzymanie pozostałych warunków funkcjonalno- użytkowych.

Wniósł o zmianę tego parametru i żądanie przebadania nawierzchni włókna na 20 200 cykli zgodnie z wymogami żądanej przez zamawiającego normy europejskiej 15306.

Stwierdził, że w obrocie istnieje jedna firma, która wykonała takie badania, a jedynym celem takiego badania jest eliminacja konkurencji.

Podał, że treść Opisu Przedmiotu Zamówienia o brzmieniu bardzo zbliżonym do będącego przedmiotem zaskarżenia była już przedmiotem rozważań Izby, która w wyrokach z dnia 7 września 2017 roku (KIO 1777/17) oraz z dnia 28 września 2018 roku (KIO 1867/18) każdorazowo uwzględniła odwołanie, nakazując zamawiającemu zmianę.

Zdaniem odwołującego możliwość wyboru wariantu nawierzchni boiska określona w SIWZ przez zamawiającego jest iluzoryczna, w istocie żaden z dwóch wariantów nie jest możliwy do spełnienia. Podkreślił, że dla spełnienia wymagań konieczne jest bowiem spełnienie łącznie wszystkich wymagań, tj. wartości parametrów w połączeniu ze wszystkimi wymaganiami dokumentowymi jednocześnie określonych w każdym z wariantów, a nie pojedynczych wartości.

Podniósł, że w niniejszym postępowaniu wymagania zostały przygotowane z naruszeniem przepisów prawa – zamawiający bowiem zobowiązany jest posługiwać się cechami technicznymi i jakościowymi, z zachowaniem polskich norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy (art. 30 ust. 1 ustawy Pzp).

Podkreślił, że nałożenie przez prawo na zamawiającego obowiązku dokładnego i szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem obowiązujących norm ma charakter bezwzględny, a odstępstwo od tego wymogu jest możliwe jedynie w okolicznościach wskazanych w art. 30 ust. 6 ustawy Pzp.

Uzupełnił, że art. 23 Dyrektywy 2004/18/WE dotyczącej koordynacji procedur

udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w sposób jednoznaczny stanowi, że w sytuacji istnienia polskiej normy przenoszącej normę europejską, co ma miejsce w przypadku niniejszego zamówienia, zamawiający ma bezwzględny obowiązek dokonać opisu przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych z zachowaniem tej normy (zgodnie z obowiązującym prawem nawierzchnia musi spełniać normę PN-EN 15330).

Zauważył, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem użyty w treści przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zwrot "mógłby utrudniać uczciwą konkurencję" wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio; do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, poprzez zastosowanie określonych zwrotów opisujących sposób realizacji zamówienia.

Dodał, że istnieje zakaz stawiania wymogów tylko po to, aby ograniczyć dostęp do zamówienia podmiotom konkurencyjnym; wymogi zamawiającego muszą zawsze wynikać z obiektywnie uzasadnionych potrzeb zmierzających do umożliwienia mu wyboru wykonawcy, który najlepiej i najpewniej wykona zamówienie, a „do dokonania wyboru” jeszcze przed upływem terminu składnia ofert.

Uznał, że postanowienia SIWZ wskazują na jedną nawierzchnię FieldTurf-Tarkett; postanowienia SIWZ nie identyfikują żadnego alternatywnego rozwiązania w stosunku do tego, które zostało wskazane.

Podniósł nadto, że nawierzchni sportowej nie wolno opisywać za pomocą parametrów, które ograniczają konkurencję – naruszeniem przepisów ustawy Pzp jest opisywanie przedmiotu zamówienia, w sposób nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami zamawiającego, a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia; jeżeli zamawiający stawia wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione jego potrzebami, to takie działania stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Uznał, że opisane zachowanie zamawiającego stanowi istotne naruszenie wskazanych przepisów ustawy Pzp, które istotnie wpływa na wynik postępowania, ograniczając w sposób nieuzasadniony potencjalny krąg wykonawców.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Pismem z 23 września 2019 r., tj. przed wyznaczonym na 3 października 2019 r. posiedzeniem z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo zamawiającego, w którym zamawiający oświadczył, iż „uwzględnia zarzuty odwołania w całości”.

Skład orzekający Izby ustalił także, że do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Stosownie do wskazanego przepisu ustawy Pzp Izba może – w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca – umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania.

Mając powyższe na uwadze, działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp i art. 186 ust. 2 w zw. z art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła okoliczność, iż koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2) lit. b ustawy Pzp, orzekając jednocześnie o konieczności zwrotu odwołującemu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: