

Wrocław, dnia 23.10.2015 r

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący :

Saltex Europa Sp. z o.o.
ul. Sudeckiej 106,
53-129 Wrocław
emial:gz@saltex.fi
fax: 71 789 40 49

Zamawiający:

Gmina Lublin

PL. Króla Władysława Łokietka 1
20-109 Lublin

adres do korespondencji:

Plac Litewski 1
20-080 Lublin
fax. 81 466 30 01
email: zamówienia@lublin.eu

Zamówienie publiczne: Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa i rozbudowa stadionu lekkoatletycznego wraz z zapleczem przy al. Józefa Piłsudskiego 22 w Lublinie”.

Nr Ogłoszenia: 360424-2015-PL

ODWOŁANIE

Saltex Europa Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Sudeckiej 106 (zwany dalej „Saltex” lub „Odwołujący”), działający w imieniu własnym, na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt. 1) Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. Nr 19, poz. 177 ze zm.) zwanej dalej „Ustawą Pzp” wnosi Odwołanie na czynności Zamawiającego polegającej na wadliwym sporządzeniu treści siwz w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „Przebudowę i rozbudowę stadionu lekkoatletycznego wraz z zapleczem przy al. Józefa Piłsudskiego 22 w Lublinie”.

PREZES IZBY ODWOŁAWCZEJ
Dyrektor Zarządca

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 i ust. 3 - poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 29 ust. 2 i 3 ustawy prawo zamówień publicznych w związku z brzmieniem art. 3 i art. 15 ust. 1 pkt. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), oraz innych przepisów wymienionych w treści niniejszego odwołania, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy jednoczesnym braku dopuszczenia (poprzez brak opisanie, sprecyzowania, a tym samym pozornie) produktów równoważności,

W związku z powyższym Odwołujący żąda:

- 1) nakazania Zamawiającemu opisanie parametrów równoważności w zakresie nawierzchni kauczukowej,
- 2) zmiany opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający złożenie oferty podmiotom oferującym inny produkt aniżeli MONDO,
- 3) opisanie nawierzchni syntetycznej w sposób zgodny z ustawą PZP, tj. zgodny z art. 30 ustawy oraz w sposób nienaruszający zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców
- 4) zmianę parametrów opisanych dla nawierzchni kauczukowej w projekcie lub dopuszczenie rozwiązań równoważnych, poprzez dopuszczenie do przetargu wszystkich nawierzchni kauczukowych, które uzyskały certyfikat IAAF Class 1 dla obiektu wykonanego z oferowanego systemu nawierzchniowego, spełniających wymogi IAAF oraz normy PN EN 14877, tj. takich które spełniają poniższe minimalne parametry techniczne :

Określenie parametru, jednostka	Wartość wymagana
Grubość całkowita, podstawowa (mm)	minimum 13
Grubość warstwy nawierzchni teksturowanej	minimum 5 mm
Przepuszczalność dla wody	nie
Konstrukcja: prefabrykowana wykładzina kauczukowa z rolki, nieprzepuszczalna dla wody, montowana przez klejenie do podłoża na całej powierzchni za pomocą kleju poliuretanowego	Konstrukcja: prefabrykowana wykładzina kauczukowa z rolki, nieprzepuszczalna dla wody, montowana przez klejenie do podłoża na całej powierzchni za pomocą kleju poliuretanowego
Wytrzymałość na rozciąganie (MPa)	min.0,5 Mpa
Wydłużenie przy rozciąganiu (zerwaniu) (%)	min.40
Pochłanianie wstrząsów (%)	35-50
Odkształcenie pionowe (mm)	0,6-2,5
Tarcie TRRL (Friction)	55-110

Wskazanie interesu:

W odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty - zgodnie z art. 29 ust. 2 p.z.p. wystarczające jest uprawdopodobnienie tego faktu. Tym samym krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Tak więc Saltex będący podmiotem posiadającym produkt, konkurencyjny do opisanego w siwz, którego nie jest w stanie zaoferować, jak również nie jest w stanie złożyć oferty równoważnej, bowiem brak opisu parametrów równoważności powoduje, że ciężar dowodzenia zostaje przerzucony nie na etap przygotowania oferty, a na decyzję zamawiającego po złożeniu ofert, kiedy to dopiero zamierza ujawnić swoje intencje co do wymogów równoważności, posiada interes w kwestionowaniu postanowień SIWZ.

W związku z tym, że na etapie kwestionowania postanowień siwz wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia, to dla uznania interesu Odwołującego wystarczająca jest deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu wraz z treścią siwz zostało opublikowane w dniu 14.10.2015r w związku z czym odwołanie zostało wniesione w terminie przepisanym.

Odwołujący, zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 5 ustawy Pzp przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego Odwołania przed upływem terminu na jego wniesienie, na potwierdzenie czego przedkłada potwierdzenie przekazania pisma.

UZASADNIENIE

1. Zamawiający w treści siwz, w tym „Projekt wykonawczym Tom I, Rozdział 1 Projekt Zagospodarowania terenu” (str. 6) Zamawiający opisał parametry nawierzchni wymaganej w niniejszym postępowaniu wskazując, że:

Wykładzina powinna mieć parametry zawierające się w przedziałach opisanych w tabeli poniżej zgodne z badaniami IAAF:

Określenie parametru, jednostka	Wartość wymagana	Parametry nawierzchni MONDO
Grubość całkowita, podstawowa (mm)	13-14 mm	13-14 mm
Grubość warstwy nawierzchni teksturowanej	Min. 6 mm	7 mm
Przepuszczalność dla wody	NIE	NIE
Konstrukcja: prefabrykowana wykładzina kauczukowa z rolki, nieprzepuszczalna dla wody, montowana przez klejenie do podłoża na całej powierzchni za pomocą kleju poliuretanowego	---	---
Wytrzymałość na rozciąganie		

PREZES ZARZĄD
Dyrektor Zarządu
Grzegorz Byt

(MPa)	Max.1,0	0,95
Wydłużenie przy rozciąganiu (zerwaniu) (%)	Od 150-155	150
Pochłanianie wstrząsów (%)	Od 30-39	37-39
Odkształcenie pionowe (mm)	Max. 1,8	1,8
Tarcie TRRL (Friction)	Min.58	59

Jednocześnie w dalszej części dokumentu wskazał, katalog dokumentów niezbędnych do załączenia do oferty celem weryfikacji zaferowanej nawierzchni.

Zestawienie powyżej wskazanych, wymaganych parametrów powoduje, że jedynym produktem spełniającym łącznie wszystkie wymogi Zamawiającego jest nawierzchnia MONDO, na którą wyłączną licencją na terenie Polski posiada firma TAMEX. W kolumnie trzeciej powyższej tabeli wskazano parametry nawierzchni Mondo, która jako jedyna spełnia określone przez Zamawiającego parametry. Wskazać należy, że na rynku istnieją rozwiązania równoważne, posiadające certyfikat IAFF Class 1, spełniające wszystkie wymogi normy PN-EN 14877, jednakże posiadające inne parametry jednostkowe, co w obliczu postanowień siwz uniemożliwia ich zaferowanie.

2. W treści siwz w pkt. 3.4, 3.5 oraz 3.6 zamawiający stwierdził, że dopuszcza rozwiązania równoważne wskazując jednocześnie, na opis rozwiązań równoważnych jaki rzekomo zawierają postanowienia pkt. 10.5.3, 10.5.4 oraz 10.5.6. siwz. Odczytując treść siwz w pkt. 10.5.3, 10.5.4 oraz 10.5.6 brak jest jednak określenia jakichkolwiek parametrów równoważności pozwalających na złożenie oferty z nawierzchnią o innych parametrach niż wskazane w tabeli.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający ma obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W niniejszym postępowaniu opis przedmiotu zamówienia został przygotowany z naruszeniem przepisów prawa. Zamawiający przy opisywaniu przedmiotu zamówienia zobowiązany jest opisać go za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem polskich norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy (art. 30 ust. 1 Pzp). Nałożenie na Zamawiającego obowiązku dokładnego i szczegółowego opisanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem obowiązujących norm ma charakter bezwzględny. Odstępstwo od tego wymogu jest możliwe jedynie w okolicznościach wskazanych w art. 30 ust. 6 ustawy Pzp. 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 14877 „Nawierzchnie syntetyczne odkrytych terenów sportowych- Specyfikacja”. Zamawiający opisując w projekcie przedmiot zamówienia podał parametry dla nawierzchni firmy Mondo. Zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy PZP przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, 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”. W niniejszym postępowaniu Zamawiający ma możliwość dokonania opisu przedmiotu zamówienia poprzez odniesienie się do wymagań stawianych w tym zakresie przez obowiązującą normę PN-EN 14877 oraz ustanowienie wymogu by nawierzchnia posiadała certyfikat IAAF (tym bardziej że posługuje się takimi wymogami, ale dodatkowo zawęży wymogi poprzez podanie konkretnych parametrów) . Takie określenie wymagań z jednej strony pozwoli Zamawiającemu na uzyskaniu produktu najwyższej jakości pozwalającego na przeprowadzanie na obiekcie zawodów na najwyższym światowym poziomie, z drugiej strony nie będzie zamykało konkurencji na rynku danego zamówienia. W tym postępowaniu poprzez dokonanie opisu nawierzchni poprzez określenie wymaganych minimalnych parametrów technicznych oferowanej nawierzchni nie tyle utrudnia, co wręcz uniemożliwia jakąkolwiek konkurencję.

Faktem powszechnie znanym jest to, że każdy z producentów (również firma Mondo) jest związany umowami na wyłączność z konkretnymi wykonawcami (firma Mondo z firmą TAMEX Obiekty Sportowe S.A.) i oczywistym jest, że dla innych wykonawców dostępność tych produktów jest w tej sytuacji wyłączona. Zgodnie z przepisami PZP oraz prawem wspólnotowym przed tego rodzaju praktykami ma chronić wykonawców możliwość zaoferowania produktu równoważnego, co w niniejszym postępowaniu zostało wyłączone.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem użyty w treści przepisu art. 29 ust. 2 p.z.p. zwrot "mogłoby 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.

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 nie tak jak w tym wypadku „do dokonania wyboru” jeszcze przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający narusza przepis art. 29 ust. 3 p.z.p. także w ten sposób, że wyłącznie pozornie dopuszcza możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych do opisanych w dokumentacji postępowania. Zamawiający bowiem w żaden sposób nie określa parametrów równoważności, zgodnie z postanowieniami siwz oferując rozwiązanie równoważne; „Wykonawca jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego towary (materiały i urządzenia), **spełnią określone przez Zamawiającego wymagania (kryteria równoważności)** – JAKIE??? (przyp. autora) i gwarantują wykonanie robót zgodnie z pozwoleniem na budowę.” Opis rozwiązań równoważnych zawiera zdaniem zamawiającego pkt. 10.5.3. (dla urządzeń i materiałów) i 10.5.4 (dla rozwiązań równoważnych), który brzmi w następujący sposób:

„Wykaz towarów (materiałów i urządzeń) równoważnych, określający ich nazwy (symbole, typy) oraz zawierających porównanie pomiędzy parametrami technicznymi i użytkowymi (jakościowymi i funkcjonalnymi) towarów (materiałów i urządzeń) opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i towarów (materiałów i urządzeń) oferowanych przez Wykonawcę – w przypadku zaoferowania zastosowania towarów (materiałów i urządzeń) równoważnych. „

PREZES Zarząd
Dyrektor Zarządu

Powyższy „OPIS ROZWIĄZAŃ RÓWNOWAŻNYCH” w rzeczywistości nie jest opisem rozwiązań tylko informacją o sposobie przedstawienia, tabelarycznego oferowanych rozwiązań. Oznacza to jedynie tyle, że zamawiający w dowolny sposób po złożeniu ofert przyjmie kryteria równoważności w odniesieniu do wymaganych parametrów technicznych, w sposób subiektywny dokonując oceny czy jego zdaniem zaproponowany parametr jest równoważny czy też nie. Tak więc określi kryteria równoważności dowolnie, po złożeniu ofert, a w przypadku zakwestionowania niekorzystnego stanowiska dla danego wykonawcy stwierdzi, że brak zakwestionowania siwz po jej ukazaniu daje mu absolutną swobodę w podjęciu decyzji na tym etapie.

Postanowienia siwz, które bez wątplenia wskazują na jedną nawierzchnię MONDO, przy braku określenia jakie parametry będą brane pod uwagę przy ocenie równoważności zaoferowanego produktu, lub jakie minimalne parametry musi spełnić zaoferowane rozwiązanie aby zostało uznane za rozwiązanie równoważne prowadzi do braku możliwości zaproponowania rozwiązania równoważnego. Tym samym pozornie dopuszczenia konkurencji w tym postępowaniu.

Postanowienia siwz nie identyfikują bowiem żadnego alternatywnego rozwiązania w stosunku do tego, które zostało wskazane jako referencyjne.

Wykonawcy powinni mieć możliwość ustalenia na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia jakie parametry posiada rozwiązanie referencyjne oraz które z nich są dla zamawiającego na tyle istotne, że przesądzą o równoważności innego dostępnego na rynku rozwiązania. Należy również podkreślić, że z reguły produkt równoważny nie musi posiadać wszystkich cech rozwiązania referencyjnego, stąd istotne jest precyzyjne opisanie wszystkich parametrów równoważności. W przeciwnym razie tak jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu decyzja zamawiającego w przedmiocie zgodności oferty zawierającej rozwiązania równoważne ze specyfikacją, obarczona jest nieuzasadnioną uznaniowością. Zatem tylko rozwiązanie „referencyjne” – MONDO nie jest obciążone ryzykiem odrzucenia oferty z uwagi na jej niezgodność ze specyfikacją.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, od produktu równoważnego nie należy oczekiwać posiadania identycznych cech, co produkt referencyjny. Wyrób równoważny cechuje pewien stopień podobieństwa do wyrobu oczekiwanego przez zamawiającego, który to wyznaczany jest przez sformułowanie parametrów równoważności, przy czym nie musi się on charakteryzować wszystkimi cechami wyrobu referencyjnego, zwłaszcza takimi, które pominięte zostały przy określaniu parametrów równoważności.

„Należy przy tym zauważyć, że nie jest wystarczające ograniczenie się przez zamawiającego li tylko do zamieszczenia w opisie przedmiotu zamówienia ww. sformułowania bez jednoczesnego wskazania parametrów, w oparciu o które ustalana będzie równoważność rozwiązań proponowanych przez wykonawców.” (KIO z dnia 2.10.2014 r. sygn. akt. KIO 2.10.2014 r.)

W orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej, z dnia 12 sierpnia 2009 r. (KIO/UZP984/09) czytamy, iż dopuszczenie w SIWZ rozwiązania równoważnego nie może oznaczać, że inne zaproponowane w ramach tej równoważności urządzenie ma spełniać wszystkie parametry konkretnego urządzenia, określonego producenta, przyjętego przez projektanta. Wykazanie równoważności nie polega na zaoferowaniu produktu jest lepszego, czy nie gorszego niż ten, którego wymaga zamawiający, ale że umożliwia uzyskanie efektu założonego przez zamawiającego za pomocą innych rozwiązań technicznych.

PREZES LABZA
Dyrektor Zarządca
2014.08.28

Sporządzona w opisany powyżej, zdaniem Odwołującego wadliwy sposób SIWZ, powoduje naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych, oraz przepisów prawa materialnego, wobec powyższego wnosimy jak na wstępie.

Z poważaniem,

PREZES ZARZĄD
Dyrektor Zarządzający

Grzegorz Zych

Witold Grzegorz Zych

SALTEX EUROPA Sp. z o.o.
ul. Sudecka 106a, 53-129 Wrocław
tel.: +48 71 725 81 87, fax: +48 71 789 40 49
KRS 0000328991, REGON 020941572
NIP 899-267-13-38 (2)

W załączeniu:

- KRS,
- Potwierdzenie opłaty wpisu od odwołania