

Dobrzyńewo Duże, dnia 1 lipca 2019 r.

**Wykonawcy (wszyscy)**

## **PYTANIA I ODPOWIEDZI**

Postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego: **Or.271.6.2019**

**Dotyczy:** postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn: „Budowa sali gimnastycznej przy Zespole Szkolno-Przedszkolnym w Fastach”.

Prowadząc postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn: „Budowa sali gimnastycznej przy Zespole Szkolno-Przedszkolnym w Fastach” - na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2018, poz. 1986 ze zm.) informuję o otrzymanych wnioskach w sprawie wyjaśnienia treści SIWZ i udzielonych na nie wyjaśnieniach. Treść pytań Wykonawców w oryginalnym brzmieniu wraz z odpowiedziami udzielonymi przez Zamawiającego znajduje się poniżej.

### **PYTANIE Z DNIA 19.06.2019R.**

#### **PYTANIE NR 1**

W zakresie podłogi sportowej wnosimy o rozszerzenie konkurencyjności w niniejszym postępowaniu i dopuszczenie zastosowania wykładzin sportowej PCV o minimalnej gr 7,5 mm oraz jednorodnej warstwie użytkowej min 1,2 mm (wymierzonej wg jedynej przyjętej metodologii określonej przez normę PN - EN 24340:2012). Jednocześnie wnosimy o odstąpienie od żądania jakichkolwiek certyfikatów międzynarodowych federacji sportowych.

#### **Uzasadnienie**

W zamieszczonej na stronie Zamawiającego dokumentacji oraz udzielonych odpowiedziach Zamawiający jednoznacznie wskazują na produkt firmy Gerflor - Taraflex Evolution gr 7,5 mm. Poprzez określenie wymogu certyfikatów międzynarodowych federacji sportowych takich jak FIVB zamawiający spowodował, iż opis spełni tylko **jeden producent nawierzchni sportowych**.

Informujemy, iż opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która może wywrzeć wpływ na jego wynik. Przede wszystkim Zamawiający winien przestrzegać fundamentalnej zasady Prawa zamówień publicznych - zasady nakładającej obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Ustawodawca jednoznacznie stanął na stanowisku, iż Zamawiający **nie może** w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłby w powyżej wskazaną zasadę. Argumentując wskazano, iż dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bowiem na mniejszą liczbę złożonych w postępowaniu ofert oraz może powodować oferowanie przez wykonawców produktów tylko i wyłącznie jednego producenta choćby do jego produktów miało dostęp kilku dystrybutorów. W efekcie prowadzi to do powstania ułomnego rynku, na którym rzeczywistą konkurencję zastępują się quasi - konkurencją pomiędzy dostawcami tego samego produktu jednego producenta.

W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust 2 ustawy Pzp wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Z przepisu tego wynika bowiem zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji ( wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20.03.2009 r. sygn.. akt. KIO/UZP 285/09, 300/09, 303/09).

Powyższe stanowisko zostało również rozwinięte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7.01.2008 r. (sygn.. akt. KIO/UZP 28./07; KIO/UZP 100/07), w którego uzasadnieniu stwierdzono: **„Przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwa konkurencję. Należy przy tym zauważyć, że przez utrudnienie uczciwej konkurencji należy rozumieć opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (z wyjątków sytuacji zastrzeżonych w ustawie), lub poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę), lub konkretny produkt. W szerokim rozumieniu tego przepisu ograniczenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić w wyniku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób na tyle**

**rygorystyczny, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest uzasadnione potrzebami zamawiającego”.**

Pomimo zapewnienia ustawodawcy, że Zamawiający może skutecznie zakwestionować zarzut naruszenia art. 29 ust 2 ustawy Pzp jeśli wykaże, że opis przedmiotu zamówienia ma źródło w jego uzasadnionych potrzebach lub przez wykazanie, że wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia spełniają produkty zapewniające konkurencję. Co do takiego stanowiska nasuwa się pytanie w jaki sposób można uargumentować konieczność posiadania certyfikatów międzynarodowych federacji sportowych. Wspomniane opinie międzynarodowych federacji sportowych obowiązują wyłącznie podczas organizowania imprez pod patronatem danej federacji. W żadnej przyszłolnej hali sportowej ani federacja FIBA, ani EHF **(w której regulaminowa powierzchnia boiska wraz z strefami bezpieczeństwa to 1000 m2 czyli dwukrotnie więcej niż w przedmiotowym obiekcie)**, ani też FIVB nie zorganizują imprez na poziomie Mistrzostw Świata czy Europy tak aby w pełni wykorzystać współpracę firmy Gerflor z konkretną federacją. Ponadto żaden regulamin Polskich Związków Sportowych nie określa wymogów co do stosowania wskazanych certyfikatów. Dodatkowo Zamawiający w odpowiedzi z dnia 10 kwietnia 2019 r. stanął na stanowisku, iż każdy producent może ubiegać się o certyfikację swoich produktów. Żądanie takie przede wszystkim nie jest w żaden sposób uzasadnione ekonomicznie, ponieważ koszt uzyskanie takiego certyfikatu a następnie koszty związane z współpracą z daną federacją w żaden sposób nie są proporcjonalne do rentowności na tego typu kontrakcie.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 kwietnia 2009r. KIO/UZP 434/09 uzasadniając swoje stanowisko wskazała, że „ **Określenie przedmiotu zamówienia powinno być poparte obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego. Ograniczenie w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia wskazuje norma art. 29 p.z.p., która zakazuje takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję poprzez użycie takich sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiają im złożenia oferty. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia.**”, Kolejnymi stanowiskami potwierdzającym powyższe jest np. wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn.. akt II CA 693/05, Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21 kwietnia 2011 r. sygn.. akt III C 1161/09, Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 stycznia 2012 r. sygn.. akt VI ACa 965/11.

Zamawiający każdorazowo opisując przedmiot zamówienia musi mieć na uwadze, że jakkolwiek jest gospodarzem postępowania o udzielenia zamówienia publicznego i jest też uprawniony do zakupu dóbr, które są niezbędne do zrealizowania powierzonych mu zadań, to jednak rola zamawiającego jest również umożliwienie jak najszerszemu kręgowi wykonawców złożenie oferty. Jednym ze stanowisk orzecznictwa potwierdzające prawo Zamawiającego do określenia wygórowanych wymogów co do opisu przedmiotu zamówienia jest wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lipca 2009 r. o sygn. akt. KIO/UZP 807/09 lecz biorąc pod uwagę stan faktyczny dotyczy zapewnienia

wysokich norm bezpieczeństwa w warunkach kopalnych co jest w żaden sposób niewspółmierne do sytuacji z nawierzchnią sportową. Dodatkowo jeśli Zamawiający oczekiwałby produktu najlepszej jakości, lecz z powołaniem się na konkretne parametry Normy EN 14904, która jako jedyna charakteryzuje podłogi sportowe pod kątem bezpieczeństwa, jakości użytkowania itp. powyższe zarzuty pozostałyby bezzasadne.

Zwracamy się również z prośbą o niebagatelizowanie powyższego problemu i zajęcie pełnego, wyczerpującego stanowiska. Częstym zjawiskiem Zamawiającego jest posiłkowanie się w udzieleniu odpowiedzi przedstawicielom producenta firmy Gerflor lub jednego z dystrybutorów, którzy powołując się orzeczenia o niewspółmiernym stanie faktycznym udzielają bardzo lakonicznych odpowiedzi a jak zapewne Państwo zauważyli proceder nagminnego łamanie przepisów obowiązującego prawa jest dość powszechny.

## **ODPOWIEDŹ**

Zamawiający pozostawia zapisy projektowe bez zmian oraz nie odstępuje od żądania certyfikatów międzynarodowych związków sportowych.

Zamawiający sporządził opis przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Ustawie Prawo Zamówień Publicznych. Opisane w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogi dotyczące parametrów jakościowych dobrane zostały w związku z użytkowymi potrzebami zamawiającego. Zamawiający



jednocześnie wskazuje, że przepisy ustawy prawo zamówień publicznych nie skutkują obligatoryjnym stosowaniem „standardów branży” a kładą na Zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób gwarantujący jak najlepszą jakość przedmiotu zamówienia.

W dokumentacji projektowej zostały opisane minimalne parametry jakie musi spełniać nawierzchnia podłogi sportowej. Wykonawca może zaoferować nawierzchnię równoważną, której parametry spełniają minimalne wymagania określone przez Zamawiającego. Z wiedzy, którą posiada Zamawiający są co najmniej 3 produkty w Polsce z grubością warstwy użytkowej min. 2 mm i certyfikatami związków sportowych. Tym samym Zamawiający nie zamierza obniżyć swoich wymagań technicznych. Jednocześnie informujemy, że prawidłowość prowadzenia procedury postępowania o zamówienie publiczne nie pozwala Zamawiającemu na wskazywanie z nazwy produktów równoważnych.

Certyfikaty międzynarodowych związków sportowych, w przypadku obiektów przyszkolnych, nie są wymagane po to aby organizować międzynarodowe rozgrywki sportowe, tylko dla zapewnienia dostawy materiałów dobrej jakości. W dzisiejszych czasach, Generalny Wykonawca, który wygra przetarg na budowę hali będzie dążył do wbudowania najtańszego możliwego rozwiązania. Rynek zasypywany jest wykładzinami bardzo kiepskiej jakości, produkowanymi w małych chińskich fabrykach. Takie wykładziny często posiadają podstawowe, wymagane dokumenty, takie jak odpowiednia klasa palności czy atest PZH jednak ich jakość pozostawia wiele do życzenia. Lakiery którymi są pokrywane tanie chińskie produkty utleniają się, i w krótkim okresie czasu podłoga staje się bardzo trudna w utrzymaniu czystości, a w dalszej kolejności dochodzi do przebarwień i przetarć wierzchniej części wykładziny. Wymaganie międzynarodowych certyfikatów zapewni dostawę wykładziny jednego z kilku producentów mających renomowane produkty, o właściwościach zapewniających wieloletnie bezproblemowe użytkowanie. Same certyfikaty zdecydowanie ułatwiają weryfikację produktu, który chce zastosować Generalny Wykonawca podzuczając Inwestorowi do akceptacji różne rozwiązania.

„(...) Zamawiający ma prawo ocenić swoje potrzeby i następnie dokonać zamówienia zgodnie z tymi obiektywizowanymi potrzebami, przy czym nie chodzi tylko o rodzaj potrzeb, ale o konkretne wymagania co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych (wyrok KIO/UZP 2780/10 z dnia 10 stycznia 2011r.)”,

ponadto, cyt.: „(...) należy stwierdzić, że Zamawiający ma prawo do takiego opisanie w SIWZ swoich potrzeb, aby zapewnić realizację celu stanowiącego opisany w SIWZ przedmiot zamówienia. Wykonawca nie jest uprawniony, aby ustalać za Zamawiającego jakie parametry przedmiotu zamówienia mają mieć istotny charakter (wyrok KIO 333/10 z dnia 24 marca 2010r. oraz KIO 1048 z dnia 22 czerwca 2010r.) (...),nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisanie czy zapewnienia ich realizacji w SIWZ (wyrok KIO 2149/13 z dnia 7 października 2013r.), (...) wskazać należy na autonomiczne prawo Zamawiającego do takiego opisanie przedmiotu zamówienia, który jego zdaniem zaspokoi jego potrzeby w zakresie opisanym w przedmiocie i to niezależnie od skutków tego opisu. (wyrok KIO156/16,KIO161/16 z dnia 16 lutego 2016r.)”.

Poniżej ważny wyrok KIO w sprawie nawierzchni sportowej:

(Wyrok KIO Sygn. akt: KIO 525/19 z dnia 09 kwietnia 2019 roku)

Uwypuklić również należy, że każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji, pośrednio lub bezpośrednio, preferując jednych wykonawców i dyskryminując innych. Natomiast konieczność zachowania zasad naczelných p.z.p. w postępowaniu nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa opisać przedmiotu zamówienia, w sposób, który nie będzie uwzględniał jego obiektywnych potrzeb. Nie ma bowiem podstaw do wykładania zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz proporcjonalności, jako konieczności akceptacji przez zamawiającego każdego świadczenia — w tym przedmiotu najtańszego, o niskiej jakości, czy o minimalnych parametrach, a nawet niezgodnego z uzasadnionymi potrzebami zamawiającego — wyłącznie dlatego, że zamówienie mógłby realizować szerszy krąg wykonawców.

Obiektywne i uzasadnione potrzeby zamawiającego służą ocenie stopnia dopuszczalności danego ograniczenia konkurencji, wynikającego z dokonanego opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający, który ma obowiązek racjonalnego wydatkowania środków publicznych, ma bowiem prawo opisać przedmiot zamówienia uwzględniając swoje wymagania, a przy tym zapewniając sobie uzyskanie oczekiwanego efektu, gwarantującego zaspokojenie określonych potrzeb, nawet jeżeli przez to nie zostaną dopuszczeni do postępowania wszyscy wykonawcy działający na danym rynku.

Izba uwzględniła również argumentację, iż sporne parametry mają istotne znaczenie dla właściwości użytkowych nawierzchni również po upływie okresu gwarancji, a także iż modernizowane boisko jest wykorzystywane nie tylko

do gry w piłkę, a również do imprez cyklicznych, wskazanych przez zamawiającego. Natomiast zamawiający wykazał, że z uwagi na znaczną ilość godzin, przez którą nawierzchnia będzie w tygodniu użytkowana, minimalne parametry zaproponowane przez odwołującego, nie tylko byłyby zupełnie nieadekwatne do potrzeb zamawiającego, ale też całkowicie załamałyby sens realizacji zamówienia publicznego. Gdyby bowiem przyjąć narrację odwołującego zamawiający w istocie nie zrealizowałby celu, który przyświecał wszczęciu postępowania na modernizację boiska, którym jest uzyskanie nawierzchni zapewniającej adekwatną jakość do sposobu i intensywności jej użytkowania, co zostało przez zamawiającego racjonalnie i rzeczowo uzasadnione oraz poparte dowodami.

**W związku z niniejszymi odpowiedziami na pytania treści SIWZ nie następuje modyfikacja treści SIWZ. Zamawiający nie zmienia termin wpływu i otwarcia ofert.**

**Zamawiający informuje, że pytania, odpowiedzi na pytania oraz modyfikacje treści, stają się integralną częścią SIWZ i będą wiążące przy składaniu ofert.**

WÓJTA GMINY

*mgr Wojciech Cymbulski*

