Wolbrom, dnia 25.01.2023r.

WTI.271.2.17.2021.ZP

###### ZAWIADOMIENIE O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA

###### O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

###### *(po dokonaniu czynności powtórzonych)*

 Zamawiający informuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „***Budowa boiska wielofunkcyjnego w ramach zadania Rewitalizacja Zespołu Szkół Pod Lasem w Wolbromiu wraz z dobudową przedszkola i przebudową istniejącego boiska sportowego***”,
zostało unieważnione:

- zgodnie z art. 255 pkt. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na to, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

- w związku z art. 457 ust. 1 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia …

- w związku z art. 16 pkt. 1 i 2, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
2) przejrzysty…

ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych /t.j. Dz. U. z 2021r., poz. 1129 z późn.zm./.

**Uzasadnienie**

 Zgodnie z art. 255 pkt 6ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych /t.j. Dz. U. z 2021r., poz. 1129 z późn.zm./ Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia między innymi, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Po dokładnym przeanalizowaniu dokumentacji zamówienia, wniesionych zapytań i udzielonych wyjaśnień jak również argumentów Wykonawcy,
tj. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT Ilona Stańczyk, podniesionych we wniesionym przez przedmiotowego Wykonawcę odwołaniu, uznać należy, że niniejsze postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego
z uwagi na naruszenie przez Zamawiającego art. 99 ust. 4, 5 i 6 ustawy z dnia
11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021r. poz. 1129
z późn.zm.), gdyż w dokumentach składających się na opis przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 7 do SWZ - Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót), przedmiot zamówienia opisano poprzez wpisanie nazwy produktu ***CONIPUR SP***
oraz innych nazw, znaków towarowych, pochodzenia, które charakteryzują produkty,
a wskazaniom takim nie towarzyszą wyrazy „lub równoważny” co narusza przepis
art. 99 ust. 5 ustawy Pzp. W przedmiotowym załączniku nie określono również dokładnych kryteriów równoważności, co z kolei narusza przepis
art. 99 ust. 6 wspomnianej ustawy.

 Mając na uwadze przytoczone wyżej przepisy, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję,
w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczone przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów (a więc w szczególności nazw własnych). Dopiero w sytuacji, gdy Zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, może posłużyć się nazwami własnymi. Jednocześnie Zamawiający musi dopuścić możliwość złożenia oferty, która będzie uwzględniała równoważne produkty poprzez wskazanie określenia
"lub równoważny" **w miejscach, w których wystąpiły nazwy własne**.
Ponadto zgodnie z dyspozycją art. 99 ust. 6 Pzp. Zamawiający musi określić kryteria stosowane w celu oceny równoważności. Kryteria równoważności należy rozumieć jako wybrane cechy określające przedmiot zamówienia. Opis tych kryteriów powinien dać wiedzę potencjalnym Wykonawcom jaki produkt inny niż ten, który określono za pomocą nazwy własnej będzie w wystarczającym stopniu spełniał oczekiwania zamawiającego.

 Jak wyjaśnił Urząd Zamówień Publicznych w komentarzu "Prawo zamówień publicznych. Komentarz", H. Nowak, M. Winiarz (red.), Warszawa 2021, s. 342-343:

„Dopuszczalność opisania przedmiotu zamówienia za pomocą określeń zakazanych

na podstawie art. 99 ust. 5 Pzp. wprowadza przepis umożliwiający w ściśle określonych sytuacjach opisanie przedmiotu zamówienia (lub tylko jego niektórych elementów) przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę. Art. 99 ust. 5 Pzp stanowi wyjątek od reguły wyrażonej
w art. 99 ust. 4 Pzp i umożliwia opisanie przedmiotu zamówienia lub jego części przy pomocy np. znaków towarowych, gdy nie jest możliwe opisanie go zgodnie
z wymaganiami, o których mowa w art. 99 ust. 1 Pzp. Brak możliwości opisania przedmiotu zamówienia na zwykłych zasadach musi mieć charakter obiektywny, co wynika z brzmienia art. 42 ust. 4 dyrektywy klasycznej, którego transpozycję stanowi

omawiany przepis. W przywołanym przepisie dyrektywy klasycznej wskazano, że odniesienie do konkretnej marki, źródła, procesu itp jest dopuszczalne, **jeżeli niemożliwe jest opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny
i zrozumiały sposób**. Dozwolone na gruncie art. 99 ust. 5 Pzp są zatem sposoby opisu przedmiotu zamówienia, co do zasady, niedopuszczalne na gruncie art. 99 ust. 4 Pzp, ale tylko w sytuacji, gdy:

1) nie jest obiektywnie możliwe opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco
precyzyjny i zrozumiały sposób, tj. w sposób inny niż za pośrednictwem znaków towarowych, patentów itp, oraz

2) użytym znakom towarowym, patentom lub pochodzeniu, źródle lub szczególnemu procesowi towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Znak towarowy (patent, pochodzenie itp) w rozumieniu art. 99 ust. 5 Pzp stanowić będzie swoisty wzorzec techniczny, jakościowy lub funkcjonalny w szczególny sposób zastępujący opis, o jakim mowa w art. 99 ust. 1 i art. 101 Pzp. Użycie znaku towarowego produktu jako wzorca nie oznacza przede wszystkim, że wzorcowy produkt jest jedynym możliwym do zaoferowania zamawiającemu. Wykonawca będzie mógł zaoferować produkt równoważny, kierując się opisem równoważności zamawiającego (art. 99 ust. 6 Pzp). TSUE wskazał na możliwość stosowania tej normy wyłącznie w drodze wyjątku i tylko z zachowaniem ścisłej wykładni. Nie będzie zatem dopuszczalne stosowanie znaków towarowych jako konstytutywnego elementu opisu przedmiotu zamówienia, jeśli jest możliwe obiektywne opisanie przedmiotu przy pomocy zasad, o których mowa w art. 99 ust. 1 oraz art. 101 Pzp.”

"**Celem art. 99 ust. 6 n.p.z.p. jest poinformowanie wykonawcy, które elementy produktu lub usługi opisane w sposób, o którym mowa w art. 99 ust. 5 Pzp., uważa za najistotniejsze. Przepis nakazuje, aby zamawiający, przywołując określenie identyfikujące konkretny produkt lub usługę wykonawcy lub producenta i stanowiące element opisu przedmiotu zamówienia, każdorazowo: stosował zwrot "lub równoważny**" **oraz dokonywał opisu kryteriów równoważności**. Kryteriami równoważności będą wybrane cechy określające przedmiot zamówienia opisany przez zamawiającego za pomocą określeń, o jakich mowa w art. 99 ust. 4 Pzp. Opis tych kryteriów równoważności, zgodny z art. 99 ust. 1 Pzp, powinien pozwolić rozpoznać potencjalnym wykonawcom produkt lub usługę inną niż referencyjna, a w wystarczającym stopniu spełniającą oczekiwania zamawiającego, a następnie zapewnić realną możliwość jej zaoferowania. Doniosłe znaczenie będzie miało właściwe ujęcie przez zamawiającego cech równoważnych. Co do zasady przedmiot zamówienia składać się może z całego zbioru cech technicznych, z których niektóre mają charakter kluczowy, inne zaś są pozbawione większego znaczenia. Orzecznictwo KIO wskazało trzy występujące na tym tle podstawowe błędy w opisie równoważności, w różnym stopniu dyskwalifikujące sformułowany opis.
Pierwszym z nich jest brak precyzji opisu kryteriów równoważności. Nieprecyzyjne kryteria operują pojęciami ogólnymi lub słabo weryfikowalnymi, np. odesłaniami do jakości produktu równoważnego, przez co nie pozwalają na identyfikację produktu równoważnego.
Drugim ujawnionym błędem jest pozorny opis rozwiązań równoważnych.
Opis równoważności zostaje sformułowany w taki sposób, że nie istnieje na rynku rozwiązanie równoważne do rozwiązania referencyjnego wskazanego w SWZ. Przejawem tego błędu będzie np. obowiązek nałożony na wykonawców, aby wszystkie bez wyjątku parametry techniczne produktu równoważnego były równe lub lepsze od parametrów produktu identyfikowalnego, np. imiennie wskazanego. Jest to niewykonalne i wymusza na wykonawcach obowiązek zaoferowania wyłącznie rozwiązania referencyjnego, czyniąc dopuszczenie równoważności pozornym. Nawet urządzenie o klasę wyższe od referencyjnego może bowiem zawierać jakiś nieistotny parametr techniczny, który będzie gorszy od parametrów rozwiązania referencyjnego, co może skutkować ryzykiem odrzucenia takiej oferty.

Trzeci ujawniony błąd związany jest z ustaleniem dla wykonawców oferujących rozwiązania równoważne obowiązku wykazania dodatkowych cech i funkcjonalności produktu lub usługi, które nie obciążają wykonawcy oferującego rozwiązania referencyjne, np. wyższe wymagania co do produktu równoważnego (produkt równoważny jest produktem "z wyższej półki" niż referencyjny).

Niezależnie od wyżej wymienionych przykładów wadliwie opisanych kryteriów równoważności nieprawidłowe może być także dookreślenie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym, ani
w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb zamawiającego, tj. w oparciu o takie właściwości przedmiotu zamówienia, które nie mają znaczenia dla spełnienia celu, któremu ma służyć przedmiot zamówienia. Wszystkie powyższe błędy w opisie kryteriów równoważności mogą być rozpatrywane pod kątem braku zachowania uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia".

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lipca 2019r.,
sygn. KIO 1137/19 „*Nie ulega wątpliwości, że kryteria równoważności powinny zostać sformułowane w formie* ***katalogu zamkniętego****. Otwarty katalog przesłanek równoważności produktów określony w SIWZ poprzez użycie sformułowań „ itp.”, „przykładowo „, powoduje, że nie wiadomo, jakimi jeszcze ewentualnymi, innymi kryteriami może posłużyć się Zamawiający przy ocenie równoważności*”.

Podobne stanowisko w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz równoważności wyrażono podczas prac nad projektem nowej ustawy, gdzie wyraźnie podkreślono, że nowa regulacja „wprowadza wymagania, zgodnie z którymi opis przedmiotu zamówienia publicznego nie powinien tworzyć nieuzasadnionych przeszkód dla otwarcia tego postępowania na konkurencję. W związku z powyższym przedmiot zamówienia publicznego powinien być opisany w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji przez wymagania, które faworyzują konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt lub usługę.

Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności 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.
Zasada ta nie ma jednak charakteru absolutnego – ustawodawca przewidział wyjątek od tej reguły w art. 99 ust. 5 PZP. Stanowi on, że „przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, **jeżeli Zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”**.” **Co istotne jeżeli Zamawiający korzysta z wyjątkowego uprawnienia do opisania przedmiotu zamówienia w ten sposób, ma obowiązek wskazać w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności**. **Ich określenie ma bardzo duże znaczenie praktyczne – zapewnia bowiem porównywalność ofert, a przez to zabezpiecza równe traktowanie wykonawców.** **Naruszenie tego nakazu może obarczyć postępowanie niemożliwą do usunięcia wadą, która może skutkować nawet koniecznością unieważnienia postępowania.**

Zamawiający w załączniku nr 4 do SWZ – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, wskazał, że *zgodnie z art. 99 ust. 5 ustawy dopuszcza złożenie oferty równoważnej lub zgodnie z art. 101 ust. 4 ustawy zaoferowanie rozwiązań „równoważnych”
w stosunku do wskazanych w dokumentacji przetargowej pod warunkiem, że zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w dokumentacji przetargowej* *oraz będą zgodne pod względem:*

*a) gabarytów i konstrukcji (wielkość, rodzaj, właściwości fizyczne, liczba elementów*

*składowych, itp.),*

*a) charakteru użytkowego (tożsamość funkcji, itp.),*

*b) charakterystyki materiałowej (rodzaj i jakość materiałów, itp.),*

*c) parametrów technicznych (wytrzymałość, trwałość, dane techniczne, dane hydrauliczne, charakterystyki liniowe, konstrukcja, itp.),*

*d) parametrów bezpieczeństwa użytkowania,*

*e) standardów emisyjnych.*

W świetle obecnie obowiązującej ustawy z dnia 11 września 2019 roku, wyżej wskazanych zapisów jak i orzecznictwa w przedmiotowej kwestii, Zamawiający stwierdza że opis rozwiązań równoważnych w niniejszym postępowaniu poprzez stwierdzenie że: „ ***Zamawiający zgodnie z art. 99 ust. 5 ustawy dopuszcza złożenie oferty równoważnej lub zgodnie z art. 101 ust. 4 ustawy zaoferowanie rozwiązań „równoważnych” w stosunku do wskazanych w dokumentacji przetargowej pod warunkiem, że zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w dokumentacji przetargowej …”,*** jest ogólnikowy, słabo weryfikowalny, sprzeczny z art. 99 ust. 5 i 6 ustawy Pzp. i tym samym nie wskazuje jakie konkretnie rozwiązania oferowane przez Wykonawcę Zamawiający uzna za równoważne względem oczekiwań wyartykułowanych w dokumentach zamówienia,
co prowadzi bo subiektywnej oceny równoważności i pojęcia parametrów nie gorszych niż założone w dokumentacji przetargowej.

 Zasygnalizowane zostało to już w zapytaniu wniesionym dnia 08.11.2021r. (wprawdzie z przytoczeniem przepisów odnoszących się do starej ustawy Pzp – jednak w tym przypadku słusznych), gdzie stwierdzono, że opis przedmiotu zamówienia posługuje się technologią i parametrami wyłącznie jednego systemu, mianowicie CONIPUR SP i nie istnieje system równoważności.
Sam odwołujący Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT Ilona Stańczyk
ul. Podlesie 17, 41-303 Dąbrowa Górnicza w treści złożonego odwołania, potwierdza stanowisko Zamawiającego względem naruszenia art. 99 ust. 4, 5 i 6 ustawy z dnia
11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych, poprzez min. stwierdzenia.:

*„…Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia ze wskazaniem na jedną nawierzchnię konkretnego producenta…*”,

„*…niemożliwe jest zaproponowanie innego systemu mieszczącego się w parametrach jako systemu równoważnego systemowi Conipur SP…”,*

*„… Zamawiający wskazując z jednej strony w SIWZ konkretne urządzenie, a z drugiej strony dopuszczając w tym zakresie możliwość rozwiązania równoważnego, winien określić przynajmniej minimalne parametry, albo oczekiwane rozwiązania technologiczne czy funkcjonalności, które mają być zapewnione przez to urządzenie” (wyrok KIO z dnia
12 sierpnia 2009 roku, KIO/UZP 984/09)*”,

*„…Jednocześnie, biorąc pod uwagę, iż Zamawiający nie opisał w dokumentach zamówienia żadnych parametrów równoważności, należy przyjąć, że każda nawierzchnia nie gorsza od opisanej, tj. pozwalająca w równym stopniu na osiągnięcie celów postępowania, jakim jest
w tym przypadku budowa boiska wielofunkcyjnego będzie nawierzchnią spełniającą wymogi Zamawiającego…”.*

Zaistniała sytuacja spowodowana jest faktem, że dokumentacja niniejszego postępowania została wykonana w 2017 roku, natomiast pozwolenie na budowę Zamawiający uzyskał w roku 2018. Obowiązujące w owym czasie przepisy starej ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych dopuszczały takie rozwiązanie pozwalając na wskazanie równoważności w sposób bardziej liberalny
i dowolny (np. w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, który w praktyce prawie zawsze stanowił załącznik do SIWZ), jednak nie jak w nowej ustawie
z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych, gdzie dokonując opisu Zamawiający musi **każdorazowo zastosować określenie "lub równoważne"** oraz wskazać kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

 Niniejsze postępowanie zostało ogłoszone dnia 03.11.2021r., natomiast ostateczny termin składania ofert upłynął w dniu 19.11.2021r.

Na marginesie sprawy należy zaznaczyć, że przedmiot niniejszego postępowania jest bardzo specyficzny i szczególnie dla Zamawiającego trudy z uwagi na dofinansowanie inwestycji oraz potrzeby posiadania bardzo fachowej i specyficznej technicznie wiedzy. Zamawiający w zakresie realizowanych różnorodnych inwestycji, bardzo sporadycznie realizuje inwestycje odpowiadające zakresem niniejszemu postępowaniu,
skąd potrzebował więcej czasu na przeprowadzenie analiz oceny zastosowanych rozwiązań projektowych i podjęcie świadomych decyzji, mając na uwadze okoliczności sprawy w postaci wniesionego odwołania.

Wobec braku możliwości usunięcia wad postępowania z uwagi na upływ terminu składania ofert i tym samym braku możliwości kontunuowania przedmiotowego postępowania z obecnym opisem przedmiotu zamówienia, biorąc pod uwagę ww. okoliczności faktyczne jakie zaistniały w postepowaniu, przetarg podlega unieważnieniu na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy, który nakazuje unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z art. 457 ust. 1 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym umowa podlega unieważnieniu, m.in. jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia…, jak również w związku
z art. 16 pkt. 1 i 2 na podstawie którego zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,

2) przejrzysty…

Powyższe stanowisko potwierdza **aktualne** **orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 czerwca 2021 r. (sygn. akt KIO 1343/21)**. Jak wskazał Izba w uzasadnieniu przedmiotowego wyroku, zgodnie z dość ugruntowanym orzecznictwem zbudowanym na gruncie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP z 2004 r. niejasność lub nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia może stanowić podstawę unieważnienia postępowania (zob. np. orzeczenia z dnia 25 września 2017 r., sygn. akt KIO 1869/17 lub z dnia
4 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1507/17). Jednocześnie KIO uznała, że orzecznictwo w tym zakresie pozostaje aktualne także w obecnym stanie prawnym. Ponadto Izba przyjęła za prawidłowe stanowisko stwierdzające, że **podstawą unieważnienia ewentualnej zawartej umowy w przedmiotowej sprawie mógłby być
art. 457 ust. 1 pkt 1 nowej ustawy PZP, gdyż zamówienie zostałoby udzielone
z naruszeniem ustawy**, tj. w rozpatrywanej sprawie z naruszeniem art. 16 pkt 1 i 2 nowej ustawy PZP. W ocenie KIO powyższe wynikałoby w analizowanej przez KIO sprawie z nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, co z kolei prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także byłoby sprzeczne z zasadą przejrzystości.

Podobne rozważania dotyczące wykładni art. 457 ust. 1 pkt 1 nowej ustawy PZP można również odnaleźć w **wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2021 r. (sygn. akt KIO 913/21)**. Izba podkreśliła, że według poglądu wypracowanego
w orzecznictwie wydanym na podstawie poprzedniego stanu prawnego prawidłowe unieważnienie postępowania z powodu obarczenia go nieusuwalną wadą na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP z 2004 r. musiało pozostawać w związku z przesłankami unieważnienia umowy określonymi art. 146 dawnego PZP. Jednocześnie KIO nakazała unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 nowej ustawy PZP i przyjęła, że **w rozpatrywanej sprawie zastosowanie znajdzie art. 457 ust. 1 pkt 1 in initio nowej ustawy PZP, gdyż zawarcie umowy stanowiłoby udzielenie zamówienia z** **naruszeniem ustawy**. Izba w tym przypadku opowiedziała się zatem za wykładnią art. 457 ust. 1 pkt 1 nowej ustawy PZP, która wiąże możliwość unieważnienia umowy z sytuacją, gdy zamawiający "*z* *naruszeniem ustawy udzielił zamówieni*a".

W zaistniałej sytuacji usunięcie wady niniejszego postępowania, możliwe jest jedynie poprzez zmianę wadliwego opisu przedmiotu zamówienia, co za tym idzie w praktyce ponownym opracowaniu projektu budowlanego oraz uzyskaniu nowego pozwolenia na budowę.

Przeprowadzone prace pozwolą dopiero na ogłoszenie nowego postępowania, zgodnego z ustawą z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych.

 Dodatkowo należy stwierdzić, że Zamawiający (między innymi po zasięgnięciu opinii biegłego) nie godzi się ze stanowiskiem Wykonawcy GRETASPORT Ilona Stańczyk wyrażonym we wniesionym odwołaniu, że oferowana przez Wykonawcę nawierzchnia jest równoważna. Mając na uwadze treść, nawet **wadliwego** Załącznika nr 4 do SWZ- Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, zwrócić należy uwagę w szczególności na fakt, że Zamawiający w opisie kryteriów równoważności wskazał, iż *„… zgodnie z art. 99 ust. 5 ustawy dopuszcza złożenie oferty równoważnej lub zgodnie z art. 101 ust. 4 ustawy zaoferowanie rozwiązań „równoważnych” w stosunku do wskazanych w dokumentacji przetargowej* ***pod warunkiem, że zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w dokumentacji przetargowej******oraz będą zgodne pod względem****:*

*a) gabarytów i konstrukcji (wielkość, rodzaj,* ***właściwości fizyczne****, liczba elementów*

*składowych, itp.),*

*a) charakteru użytkowego (tożsamość funkcji, itp.),*

*b) charakterystyki materiałowej (rodzaj i jakość materiałów, itp.),*

*c) parametrów technicznych (wytrzymałość, trwałość, dane techniczne, dane hydrauliczne, charakterystyki liniowe, konstrukcja, itp.),*

*d)* ***parametrów bezpieczeństwa użytkowania,***

*e) standardów emisyjnych. „*

W świetle powyższego, rozpatrując równoważność należy wziąć pod uwagę, czy wskazany produkt przynajmniej nie jest gorszy, co bez określonych konkretnych dokładnych parametrów technicznych (równoważności) jest odczuciem subiektywnym i nie jest przejrzyste.

W treści odwołania Wykonawca stwierdza, że oferta zawiera rozwiązania równoważne, jednak nie przedstawia żadnych obiektywnych dowodów swojej racji w postaci chociażby analiz, badań czy opinii przykładowo odnośnie **właściwości
fizycznych**, które bezpośrednio przekładają się na **parametry bezpieczeństwa użytkowania**, o czym Zamawiający, choć w wadliwym, ale jednak opisie spełniania kryteriów równoważności, również wspomniał. Z uwagi na specyficzny charakter zamówienia i cel któremu ma służyć, współdziałanie wyżej wspomnianych czynników jest bardzo istotna dla oceny czy przedmiot zamówienia będzie funkcjonalnie i pod względem bezpieczeństwa użytkowania nie gorszy od założonych w dokumentacji przetargowej. Potwierdzeniem powyższego jest posiadana opinia techniczna sporządzona przez powołanego biegłego wyspecjalizowanego w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Z treści przedmiotowej opinii wynika, że:

1) „ …**Współczynnik tarcia** wymagany jest w zakresach **0,60-0,71.**
Z załączonych dokumentów wynika, iż jego wartość dla oferowanej nawierzchni wynosi **52**, a więc nie jest nie jest możliwa jego weryfikacja i nie jest zbliżony do wymagań. Wynika to zapewne z rodzaju metody badawczej zastosowanej podczas wykonywania badań natomiast ze strony wykonawcy brak jakiegokolwiek wytłumaczenia dlaczego ten parametr ma być traktowany jako lepszy.

W przypadku tarcia ważnym wymogiem dla bieżni jest zapewnienie, że między nawierzchnią a stopą sportowca nie wystąpi niepożądany poślizg. Wymóg ten należy zachować niezależnie od tego, czy nawierzchnia jest mokra czy sucha. Prawidłową wartość tarcia uzyskuje się nadając powierzchni teksturowane lub wytłaczane wykończenie. Tarcie jest charakterystyczne nie tylko dla jednej powierzchni, ale dla dwóch stykających się powierzchni. Wszystkie syntetyczne nawierzchnie lekkoatletyczne osiągają wyższe wartości współczynnika tarcia w stanie suchym niż w stanie mokrym, dlatego też konieczne jest określenie minimalnych wartości dla warunków mokrych, tak jak jest to w badaniach na zgodność z wymaganiami WA/IAAF.

Natomiast jeżeli tarcie ma zbyt wysoki współczynnik, to oznacza że nawierzchnia jest zbyt szorstka i biega się po niej niekomfortowo. **Tarcie nawierzchni lekkoatletycznej nie może być ani zbyt wysokie ani zbyt niskie.** Parametr o odpowiedniej wielkości gwarantuje, iż zminimalizowany jest czas styku buta zawodnika z nawierzchnią, zwrot energii jest zmaksymalizowany a czas reakcji jest zoptymalizowany co znacznie poprawia komfort oraz wyniki sportowe, np. **współczynnik wyższy niż maksymalnie dopuszczony, oznacza to, że nawierzchnia jest zbyt szorstka i stawia duży opór co może doprowadzić do kontuzji stawów u zawodników natomiast zbyt niski współczynnik tarcia charakteryzuje nawierzchnie zbyt śliskie a wiec bardzo niebezpieczne dla zdrowia użytkowników.** Powyższe przekłada się na komfort użytkowania, podczas wielogodzinnych treningów sportowych. Może również doprowadzić do kontuzji stawów u zawodników i pośrednio mieć wpływ na ich osiągi sportowe. Tym samym, wyższa lub niższa wartość jest gorsza, gdyż wyśrodkowane wartości tego zakresu - wespół z innymi parametrami o optymalnych wartościach- gwarantują jakość nawierzchni… „

2)  „…**Amortyzacja – redukcja siły w temp. 23ºC** wymagany jest w zakresach
**37 - 39 %**  z załączonych dokumentów wynika, iż jego wartość dla oferowanej nawierzchni wynosi **40** i nie została podana żadna informacja dlaczego ten parametr jest lepszy. Musimy pamiętać, ze dynamiczna interakcja między użytkownikiem, a nawierzchnią ma duże znaczenie nie tylko dla osiągów, ale właśnie dla bezpieczeństwa użytkowników. **Dlatego tak ważna jest „zdolność” nawierzchni do amortyzacji/pochłaniania energii**.

Dwa z głównych elementów interakcji między użytkownikiem a nawierzchnią to, odkształcenie pod obciążeniem nawierzchni oraz zdolność materiału do pochłaniania lub oddawania energii uderzenia stopy. Badania biomechaniczne trwające od wielu lat potwierdzają złożoność oddziaływania stopa/ nawierzchnia „rodzaj” i ujawniają zakres zmienności obciążenia i czasu trwania obciążenia w różnych warunkach i dla różnych dyscyplin sportowych. Zamawiający, określając parametry nawierzchni ma na celu bezpieczeństwo użytkowników oraz sportowców i ich ochronę przed urazami podczas korzystania z obiektu, tak w celach rekreacyjnych, podczas treningu, czy jakichkolwiek zawodów… „

„ … **Wszystkie obecne systemy nawierzchni stanowią zatem kompromis między różnymi potrzebami**. Jeśli poziom odkształcenia nawierzchni pod ciężarem stopy jest zbyt wysoki, stanowi marnotrawstwo energii kinetycznej oraz ujemnie wpływa na osiągnięcia zawodnika. Ponadto wysoki poziom odkształcenia prowadzi do utraty stabilności przez stopę, szczególnie na łukach i odwrotnie, jeśli poziom odkształcenia nawierzchni pod stopy jest zbyt niski, ze względu na niską przydatność lub ze względu na nieodpowiednią grubość nawierzchni syntetycznej, wtedy parametry wytracania prędkości jakich doświadczy stopa zawodnika w momencie zderzenia z nawierzchnią będą bardzo wysokie, co może spowodować powstawanie urazów… „

„ …**Podsumowując zarówno WA/IAAF i PZLA podkreślają, że w zakresie nawierzchni lekkoatletycznych wskazane jest określanie kompatybilnych parametrów, które łącznie wpływając względem siebie, pozwalają na uzyskiwanie przez sportowców dobrych wyników jak i zapobiegają powstawaniu kontuzji zawodników (użytkowników).**Każda zmiana w zakresie technologii wykonania niesie za sobą niekorzystne konsekwencje… „

„ …**Ponadto jeżeli Wykonawca przedstawia dokumenty nawierzchni na potwierdzenie równoważności, to powinny być one złożone w sposób umożliwiający ich bezdyskusyjną weryfikację. Należy moim zdaniem , nie przyjąć rozwiązań zaproponowanych przez Wykonawcę**…”

Reasumując, unieważnia się przedmiotowe postepowanie mając na uwadze całość powyższego uzasadnienia.

*Dokument podpisany przez*

 ***BURMISTRZ***

 ***MIASTA I GMINY WOLBROM***

 ***Adam Zielnik***

**Rozdzielnik:**- Wykonawcy, którzy złożyli ofertę,

- Platforma przetargowa Zamawiającego,
- a/a.