

Sygn. akt: KIO 2142/21, KIO 2144/21

## WYROK

z dnia 4 października 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2021 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2021 roku przez wykonawców - Odwołujących:

- 1) **I. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (KIO 2142/21);**
- 2) **BSG Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zgierzu (KIO 2144/21)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Człuchów, z siedzibą w Człuchowie** przy udziale **wykonawców:**

- A. **G. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BELLSPORT G. L. z siedzibą w Bytomiu**, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2142/21 po stronie Odwołującego;
- B. **BSG Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zgierzu**, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2142/21 po stronie Odwołującego;
- C. **P. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DABRO-BAU FIRMA HANDLOWO USŁUGOWA P. D. siedzibą w Świdnicy**, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2142/21 po stronie Odwołującego;
- D. **Solid-Stet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Szczecinie**, zgłaszająca przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2142/21 po stronie Odwołującego;
- E. **I. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S z siedzibą w Dąbrowie Górniczej**, zgłaszająca przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2144/21 po stronie Odwołującego;
- F. **EVERSPORT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2142/21 i KIO 2144/21 po stronie Zamawiającego;
- G. **TAMEX Obiekty Sportowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, zgłaszająca przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2142/21 i KIO 2144/21 po stronie Zamawiającego

## orzeka:

1. Oddala oba odwołania;
  2. Kosztami postępowania obciąża Odwołujących – **I. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (KIO 2142/21) oraz BSG Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zgierzu (KIO 2144/21) i:**
    - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołujących – I. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (KIO 2142/21) oraz BSG Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zgierzu (KIO 2144/21)** tytułem wpisów od odwołań, odpowiednio po **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy);
    - 3.2. zasądza od **Odwołującego I. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej** rzecz **Zamawiającego – Gminy Miejskiej Człuchów z siedzibą w Człuchowie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika;
    - 3.3. zasądza od **Odwołującego BSG Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zgierzu** na rzecz **Zamawiającego – Gminy Miejskiej Człuchów z siedzibą w Człuchowie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.
- Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 2142/21, KIO 2144/21

## UZASADNIENIE

Sygn. akt KIO 2142/21

Zamawiający: Gmina Miejska Człuchów z siedzibą w Człuchowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pod nazwą: „Przebudowa kompleksu lekkoatletycznego na stadionie OSiR w Człuchowie”.

Dnia 19 lipca 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513, art. 514 ust. 1, art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (dalej jako „Odwołujący”). Odwołanie dotyczy modyfikacji treści SWZ, która została dokonana w dniu 13 lipca 2021 roku. Ogłoszenie o zamówieniu pierwotne: 2021/BZP 00095382/01, o zmianie: 2021/BZP 00112851/01.

Termin na złożenie odwołania został zachowany. Wpis od odwołania w kwocie stosownej został uiszczony na

rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący, zgodnie z treścią art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, przekazał kopię odwołania do Zamawiającego w dniu 19 lipca 2021 roku.

W ocenie Odwołującego dokonane zmiany treści SWZ całkowicie eliminują możliwość uzyskania punktów w kryteriach oceny ofert, takich jak „jakość” oraz „ilość obiektów” przez jakichkolwiek Wykonawców, którzy nie zaoferują tylko jednej nawierzchni producenta CONIPUR SW. Odwołujący uważa, że doszło do naruszenia:

1. zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania Wykonawców i zasady proporcjonalności poprzez opisanie kryterium oceny ofert jakim jest „jakość – parametry jakościowe i techniczne oferowanej nawierzchni” w sposób wskazujący rozwiązania konkretnego producenta, pomimo uznania przez Zamawiającego, że parametry oferowane przez nawierzchnię Odwołującego są „równoważne”, a tym samym posiadają te same właściwości co nawierzchnia CONIPUR SW, zaś nie istnieje żaden dokument czy badanie, z którego wynikałoby że premiowane przez Zamawiającego parametry techniczne są obiektywnie parametrami „lepszymi”;
2. zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania Wykonawców i zasady proporcjonalności poprzez opisanie kryterium oceny ofert jakim jest „ilość obiektów wykonanych z oferowaną nawierzchnią syntetyczną typu „Sandwich” (SW), które uzyskał świadectwo PZLA”, mimo że jest to kryterium dotyczące właściwości Wykonawcy, a nie dotyczące przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- art. 242 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez postawienie kryterium oceny ofert, tj. kryterium „jakość – parametry jakościowe i techniczne oferowanej nawierzchni” w sposób, który nie premiuje faktycznie produktu „lepszego” poprzez opisanie konkretnych parametrów technicznych, a wyłącznie produkt konkretnego producenta, który jest produktem tożsamym z nawierzchnią oferowaną przez Odwołującego, a zatem nie istnieją żadne obiektywne przyczyny dla wybrania przez Zamawiającego konkretnych parametrów nawierzchni CONIPUR SW i przyznawania za nie dodatkowych punktów w procesie oceny ofert,
- art. 241 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez postawienie kryterium oceny ofert, tj. kryterium „ilość obiektów wykonanych z oferowaną nawierzchnią syntetyczną typu „Sandwich” (SW), które uzyskał świadectwo PZLA”, które jest kryterium dotyczącym właściwości Wykonawcy, nie zaś dotyczącym właściwości przedmiotu zamówienia – a co za tym idzie jest kryterium niedopuszczalnym.

Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ poprzez zmianę kryteriów oceny ofert w następujący sposób:
  - 1) całkowite usunięcie następujących kryteriów:
    - jakość – parametry jakościowe i techniczne oferowanej nawierzchni,
    - ilość obiektów wykonanych z oferowaną nawierzchnią syntetyczną typu „Sandwich” (SW), które uzyskał świadectwo PZLA,
  3. przywrócenie kryterium „okres udzielonej gwarancji jakości” do poziomu 40% , tj. jak przed modyfikacją z dnia 13 lipca 2021 roku;
  4. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że jest jednym z Wykonawców posiadających doświadczenie, oraz dysponującym nawierzchnią spełniającą wszystkie wymagania Word Athletics („WA”) oraz PLZA konieczne dla uzyskania świadectwa stadionu klasy IV B, który chce złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, skutecznie to uniemożliwia, narażając Odwołującego na wymierną szkodę polegającą na utracie szans biznesowych w postaci pozyskania zamówienia. Gdyby na obecnym etapie Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp i nie opisał kryteriów oceny ofert poprzez wskazanie parametrów technicznych konkretnej nawierzchni, która nie jest nawierzchnią obiektywnie lepszą jakościowo, to Wykonawca mógłby realnie ubiegać się o udzielenie zamówienia bez utraty już na samym początku znacznej ilości punktów w kryteriach, które zostały sformułowane wyłącznie pod jednego Wykonawcę. Odwołujący działając na rynku związanym z budową obiektów sportowych od kilkunastu lat posiada wiedzę, że istnieje szereg nawierzchni spełniających wymagania World Athletics i PZLA, które jakościowo nie odbiegają od nawierzchni CONIPUR SW – a tylko taka nawierzchnia może otrzymać dodatkowe punkty w kryteriach „jakość” oraz tylko konkretny Wykonawca może otrzymać punkty w kryterium „ilość obiektów wykonanych”.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wskazano, że Zamawiający w dniu 25 czerwca 2021 roku wszczął postępowanie publikując ogłoszenie i specyfikację warunków zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest robota budowlana polegająca na przebudowie kompleksu lekkoatletycznego na stadionie OSiR w Człuchowie. Zgodnie z treścią specyfikacji zamówienie obejmuje „wykonanie stadionu lekkoatletycznego wraz z urządzeniami lekkoatletycznymi i boiskiem piłkarskim wewnątrz bieżni. Projektowany obiekt sportowy służyć będzie społeczności miasta Człuchowa i okolic, a w szczególności zawodnikom z miejscowych klubów sportowych oraz do organizacji zawodów lekkoatletycznych”.

W dniu 30 czerwca 2021 roku Odwołujący złożył odwołanie od czynności i zaniechań czynności podjętych przez Zamawiającego polegających na sporządzeniu Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający i ograniczający uczciwą konkurencję poprzez taki dobór parametrów, który charakteryzuje konkretne rozwiązanie konkretnego producenta i konkretny produkt, co uniemożliwiało Odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty, pomimo posiadania nawierzchni syntetycznej bieżni gwarantującej uzyskanie przez wybudowany stadion kategorii IV B, tj. spełniającej cel Zamawiającego określony jako „uzyskanie dla przedmiotowego obiektu – stadionu kategorii IV B świadectwa dla obiektu lekkoatletycznego Polskiego Związku Lekkiej Atletyki – World Athletics (WA)”.

W dniu 13 lipca 2021 roku Zamawiający zmodyfikował treść SWZ, w ten sposób, że m.in. dopuścił zastosowanie nawierzchni o parametrach równoważnych względem parametrów określonych w dokumentacji projektowej, spełniających następujące kryteria:

- grubość: min. 13mm
- wytrzymałość na rozciąganie  $\geq 0,86\text{MPa}$
- wydłużenie przy rozciąganiu  $\geq 77\%$
- współczynnik tarcia TRRL: 65
- odkształcenie pionowe  $23^{\circ}\text{C}$ : 0,6-2,5
- pochłanianie wstrząsów w temp.  $23^{\circ}\text{C}$ : 35-50%
- wytrzymałość na rozdzieranie (N) – brak wymagań
- współczynnik tarcia kinetycznego:

nawierzchnia sucha (min. – max.) – brak wymagań  
nawierzchnia mokra (min. – max.) – brak wymagań  
- twardość Shore'a typ A: brak wymagań  
- odporność na zmienne cykle hydrometryczne:  
zmiana masy po badaniu (%) – brak wymagań  
zmiana wytrzymałości na rozciąganie (%) – brak wymagań  
zmiana wydłużenia przy zerwaniu (%) – brak wymagań  
- ścieralność aparatem Stuttgart (mm) – brak wymagań  
- zmiana wymiarów po działaniu podwyższonej temperatury 60°C – brak wymagań  
- dopuszczenie wartości dla cynku (Zn) na poziomie ≤5mg/l.

Zamawiający zmodyfikował także zakres wymaganych dokumentów, zgodnie z zarzutami Odwołującego. Oznacza to, że Zamawiający uznał w całości odwołanie Odwołującego – czym de facto przyznał, że pierwotnie opisał przedmiot zamówienia w sposób ograniczający konkurencyjność postępowania i wskazując na jedną konkretną nawierzchnię, bez żadnego uzasadnienia, które wynikałyby z wymagań Polskiego Związku Lekkiej Atletyki i World Athletics, ani jakichkolwiek innych obowiązujących dokumentów,

w tym normy PN EN 14877:2014-02 właściwej dla nawierzchni sportowych.

Odwołujący zauważył jednak, że dopuszczenie nawierzchni Odwołującego zostało dokonane w sposób wyłącznie pozorny – gdyż Zamawiający jednocześnie dokonał modyfikacji SWZ poprzez zmianę kryteriów oceny ofert w taki sposób, aby punkty w obu dodanych kryteriach otrzymał wyłącznie jeden Wykonawca z jedną opisaną pierwotnie w specyfikacji nawierzchnią. Zamawiający wskazał, bowiem, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty, będzie się kierował następującymi kryteriami oceny ofert (Rozdział XVIII):

1. Cena oferty (60%)
2. Okres udzielonej gwarancji (10%)
3. Jakość – parametry jakościowe i techniczne oferowanej nawierzchni (15%)
4. Ilość obiektów wykonanych z oferowaną nawierzchnią syntetyczną typu „Sandwich” (SW), które uzyskały świadectwo PZLA (15%).

W ramach oceny parametrów jakościowych i technicznych Zamawiający dopuścił zastosowanie nawierzchni spełniającej obowiązujące wytyczne WA i PZLA oraz normy PN 14877:2004-02 zgodnie z parametrami nawierzchni opisanymi w rozdziale IV SWZ. Ocenie zostaną poddane zaproponowane przez Wykonawcę parametry jakościowe i techniczne oferowanej poliuretanowej nawierzchni sportowej typu „Sandwich” (SW), według poniższych wymagań:

- 1.- grubość: min. 13mm
- 2.- wytrzymałość na rozciąganie 0,56 – 0,70 Mpa
- 3.- wydłużenie przy rozciąganiu 43 - 58%
- 4.- współczynnik tarcia TRRL: 50 - 53
- 5.- odkształcenie pionowe 23°C: 1,7-2,1
- 6.- pochłanianie wstrząsów w temp. 23°C: 36-38%

Zaoferowanie nawierzchni, której parametry jakościowe i techniczne nie mieszczą się we wskazanych przedziałach otrzyma 0 pkt.

Kryterium będzie oceniane na podstawie załączonego do oferty kompletnego raportu

z badań IAAF wykonanego w celu uzyskania aktualnego certyfikatu produktowego, wykonanego przez niezależne laboratorium posiadające akredytację, potwierdzającego wymagania w zakresie określonych parametrów oferowanej nawierzchni poliuretanowej. Brak załączenia dokumentów do oferty lub załączenie innych niż żądane spowoduje naliczenie 0 pkt.

Odwołujący przedstawił w ujęciu tabelarycznym zależności wymaganych

w dokumentacji postępowania parametrów funkcjonalnych – w odniesieniu do wymagań WA i PZLA oraz normy PN EN 14877:2014-02. Z tego zestawienia wynika, że tylko nawierzchnia CONIPUR SW może otrzymać punkty w tym kryterium. Dzieje się tak z uwagi na to, że pierwotnie Zamawiający dopuścił wyłącznie nawierzchnię CONIPUR SW, zaś modyfikując SWZ na skutek odwołania Odwołującego dopuścił parametry określone szczegółowo przez Odwołującego, które są parametrami właściwymi dla nawierzchni TETRAPUR III S – oznacza to, że Zamawiający dopuścił jako drugą nawierzchnię Odwołującego, nie zaś generalnie wszelkie pozostałe nawierzchnie, inne niż CONIPUR SW spełniające normy oraz wymagania PZLA/WA, gdyż nie opisał parametrów posilając się normą – a właśnie wskazanymi przez Odwołującego parametrami jego nawierzchni. Z tego wynika, że w postępowaniu drogę do złożenia oferty otwartą mają tylko nawierzchnie TETRAPUR III S oraz CONIPUR SW – zaś tych dwóch nawierzchni tylko jedna otrzyma punkty w kryterium „jakość” z wagą 15%. Jest to takie postawienie kryteriów, które w praktyce premiuje nie produkt lepszy – a po prostu produkt konkretnego Wykonawcy.

Kryterium jakościowe wprowadzone przez Zamawiającego nie ma nic wspólnego

z jakkolwiek pojmowaną „jakością” skoro sam Zamawiający w treści modyfikacji SWZ wskazał, że „dopuszcza zastosowanie nawierzchni o parametrach równoważnych względem parametrów określonych w dokumentacji projektowej” – czym wskazał, że parametry opisane w SWZ (właściwe dla systemu CONIPUR SW) są parametrami równoważnymi do parametrów systemu TETRAPUR III S – tj. nie lepszymi/gorszymi, a równoważnymi. Równoważność oznacza możliwość zaoferowania przez Wykonawcę produktów o innych znakach towarowych, patentach lub pochodzeniu, natomiast o takich samych właściwościach wymaganych przez Zamawiającego.

Zamawiający sam uznał równoważność produktu Odwołującego, a następnie tak skonstruował kryterium oceny ofert, aby spełniała je tylko nawierzchnia CONIPUR SW (wiedząc, że w postępowaniu ofertę mogą złożyć wyłącznie Wykonawcy z dwoma opisanymi wyżej nawierzchniami), Zamawiający wprost wskazał, że preferuje i dąży do tego, aby postępowanie wygrał tylko jeden określony Wykonawca, który zaoferuje nawierzchnię producenta CONICA i otrzyma na samym starcie 15% więcej punktów w procesie badania ofert niż Odwołujący, który w tym zakresie (aby w ogóle móc konkurować) zmuszony będzie obniżyć cenę oferty co najmniej o opisywane 15%, co powodować może nierentowność całego przedsięwzięcia dla Odwołującego.

Dodatkowo Odwołujący zauważył, że nie istnieją żadne obiektywne badania czy opinie, które wskazywałyby na to, że parametry punktowane przez Zamawiającego są parametrami lepszymi. Wręcz przeciwnie – zarówno nawierzchnie o parametrach właściwych dla produktu CONIPUR SW, jak i dla TETRAPUR III S zgodne są ze wszelkimi w wymaganiami PZLA, WA oraz norm właściwych dla tego rodzaju nawierzchni. Nie ma w tym zakresie żadnego racjonalnego uzasadnienia dla premiowania parametrów, których „lepsza jakość” nie wynika z

żadnych dokumentów, badań czy opinii.

Zatem Zamawiający dopuścił się takiego sformułowania kryteriów oceny ofert, który produkt „oryginalny” premiuje, zaś drugi (jedyiny możliwy do zaofiarowania), tj. produkt równoważny skazuje na brak możliwości uzyskania punktacji w kryterium jakości, pomimo tego, że nie istnieje żadne uzasadnienie, dla którego parametry premiowane przez Zamawiającego miałyby zostać uznane za lepsze, gdyż zarówno nawierzchnia CONIPUR SW, jak i nawierzchnia TETRAPUR III S spełnia wszelkie wymagania jakościowe i normowe właściwe dla nawierzchni sportowych.

Kolejne kryterium dodane przez Zamawiającego modyfikacją z dnia 13 lipca 2021 roku zostało sformułowane w ten sposób, że znaczenie ma nie ilość obiektów wykonanych z nawierzchnią syntetyczną typu „Sandwich” (SW), które uzyskały świadectwo PZLA, gdyż w przy takim postawieniu warunku to Odwołujący miałby 9 obiektów, zaś firma TAMEX 1 obiekt, a ma być to ilość obiektów wykonanych z oferowaną nawierzchnią syntetyczną typu „Sandwich” (SW), które uzyskały świadectwo PZLA – i w takim zestawieniu Odwołujący nie ma żadnych obiektów, zaś firma TAMEX 1 obiekt.

Opisywana różnica jest o tyle istotna, że nawierzchnia typu „sandwich” bez względu na producenta jest kładzona tak samo. Jeśli Zamawiający realnie chciałby premiiować Wykonawcę, który ma doświadczenie przy kładzeniu nawierzchni typu „sandwich”, to liczyłby w tym kryterium ilość obiektów wykonanych właśnie taką techniką, a nie konkretnie oferowaną nawierzchnią. Jednakże sposób sformułowania kryterium jest po prostu po raz kolejny nastawiony wyłącznie na to, aby to oferta Wykonawcy oferującego produkt CONIPUR SW mogła otrzymać jakiegokolwiek punkty w tym kryterium.

Dla Odwołującego istotne jest także, że kryterium to jest niedopuszczalne z tego względu, że odnosi się do właściwości Wykonawcy, zaś formułowanie takich kryteriów jest niedopuszczalne na gruncie art. 241 ust. 3 ustawy Pzp, a „zaakceptowanie przeciwnego stanowiska prowadziłoby do wniosku, że Zamawiający posiada bezwzględną swobodę wyboru Wykonawcy ze względu na dowolnie obraną przez siebie cechę” (KIO 1688/15). Powyższy aspekt dotyczy Wykonawcy, a nie przedmiotu zamówienia, tym samym jest to kryterium podmiotowe, a nie przedmiotowe – i jako takie jest niedopuszczalne, gdyż „cechy Wykonawcy oceniane są w toku badania warunków udziału w postępowaniu i mają charakter niestopniowalny (przekroczenie wymaganego progu wystarcza do udziału w postępowaniu) lub kryteriach selekcji – stopniowalnej ocenie podmiotowej Wykonawców stosowanej w trybach dwustopniowych (W. Dzierżanowski [w:] Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 241). „Kryterium oceny ofert musi być związane z przedmiotem zamówienia. Tylko takie kryterium pozwala bowiem na wybór oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wybiera bowiem „ofertę najkorzystniejszą”, a nie „najlepszego Wykonawcę” (P. Wójcik [w:]

A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 241).

Kształtowanie poszczególnych kryteriów oceny ofert nie jest działaniem dowolnym oraz musi mieć swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach Zamawiającego, być związane z przedmiotem zamówienia, a same kryteria muszą służyć wyborowi oferty najkorzystniejszej. To na Zamawiającym spoczywa obowiązek dobrej znajomości przedmiotu zamówienia oraz przypisania poszczególnym kryteriom wag, odpowiadających ich znaczeniu ekonomicznemu dla Zamawiającego. „Jedynym dopuszczalnym kryterium, które w pewnym sensie odnosi się do sytuacji podmiotowej Wykonawcy, jest kryterium określone w art. 91 ust. 2 pkt 5 p.z.p., tj. kryterium związane z organizacją, kwalifikacjami zawodowymi

i doświadczeniem osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Zauważenia wymaga jednak, że kryterium to nie służy ocenie właściwości samego Wykonawcy (taka ocena może być dokonywana jedynie

w ramach warunków udziału w postępowaniu), ale ocenie potencjału i kwalifikacji personelu dedykowanego do wykonania zamówienia, a możliwość jego zastosowania warunkowana jest istnieniem znaczącego wpływu właściwości osób, którymi Wykonawca dysponuje na jakość wykonania zamówienia” (KIO 203/20). Z takim wyjątkiem nie mamy jednak do czynienia w sprawie – a mimo to Zamawiający sformułował kryterium, które nie odnosi się do żadnego aspektu samego przedmiotu zamówienia – a wyłącznie do cech i właściwości Wykonawcy – i to konkretnego Wykonawcy, którego Zamawiający „założył”, że chce wybrać – i w praktyce próbuje zrobić to już na etapie tworzenia specyfikacji, nie zaś jak wymaga tego reżim zamówień publicznych – w konkurencyjnym postępowaniu przetargowym.

W ocenie Odwołującego Zamawiający kierując się specyfiką zamówienia oraz potrzebą uzyskania zamówienia na jak najkorzystniejszych warunkach powinien starannie rozważyć czy ograniczyć kryteria oceny ofert tylko do parametru ceny czy uwzględnić również inne elementy, które mogą mieć wpływ na otrzymanie końcowego produktu. Dobór takich kryteriów powinien pozostawać w związku z przedmiotem zamówienia oraz być proporcjonalny i uwzględniać specyfikę zamówienia, jak również obowiązkiem Zamawiającego jest wykazanie w sposób wiarygodny, logiczny i spójny, co było podstawą takich, a nie innych wymagań określonych przez Zamawiającego skutkujących ograniczeniem czy eliminacją konkurencji na rynku. Każde takie ograniczenie czy eliminacja konkurencji musi być poddane szczegółowej analizie w okolicznościach faktycznych konkretnej sprawy, sytuacji Zamawiającego, faktycznego stopnia ograniczenia konkurencji, przyczyny wprowadzenia ograniczeń, a także ich skutków dla Wykonawców działających na rynku (KIO 627/14).

Zgodnie z obowiązującymi przepisami Zamawiający ma obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie Wykonawców. Zamawiający dokonując opisu kryteriów oceny ofert posłużył się parametrami technicznymi, które nie są wymagane żadnymi wytycznymi, normami czy przepisami prawa, które wskazują, że parametry te są obiektywnie „lepsze” i winny być premiowane. Dodatkowo Zamawiający sam uznał, że inne rozwiązania są „równoważne”, a co za tym idzie mają tożsamą jakość – a mimo wszystko postawił kryterium w ten sposób, aby wyłącznie jeden Wykonawca otrzymał punkty w zakresie kryterium „jakość”.

Dodatkowo w zakresie kryterium „ilość obiektów” Zamawiający postawił warunek odnoszący się do cech Wykonawcy, nie zaś do przedmiotu zamówienia - czym po raz kolejny wskazał, że jego intencją jest wybór konkretnego Wykonawcy w postępowaniu, nie zaś przeprowadzenie postępowania w sposób konkurencyjny zmierzający do wyboru oferty najkorzystniejszej. Wymogi Zamawiającego muszą zawsze wynikać z obiektywnie uzasadnionych potrzeb zmierzających do umożliwienia mu wyboru Wykonawcy, który najlepiej i najpewniej wykona zamówienie. Uzasadnioną potrzebą Zamawiającego jest uzyskanie celu zamówienia, a więc przebudowa stadionu kat. IV B, a nie jest tak, że taką kategorię uzyska tylko i wyłącznie stadion, na którym zostanie zainstalowana nawierzchnia o parametrach wskazanych przez Zamawiającego – czyli nawierzchnia CONIPUR SW. Zamawiający wprowadził

konkretne parametry techniczne do kryteriów oceny ofert - ograniczające konkurencyjność postępowania, które nie wynikają z wymagań PZLA i WA, ani jakichkolwiek innych dokumentów a są jedynie kopią parametrów technicznych nawierzchni CONIPUR SW, co powoduje, że aby Odwołujący w ogóle mógł konkurować z ofertą przeciwnika to musi zaoferować cenę o co najmniej 17% niższą, gdyż tyle oferta Wykonawcy oferującego nawierzchnię CONIPUR SW będzie miała na start za kryteria, które tylko ten Wykonawca może spełnić.

Z uwagi na powyższe, sporządzona w sposób wadliwy SWZ, powoduje naruszenie zasad udzielania oraz przepisów prawa materialnego. Wobec powyższego Odwołujący wnosil jak na wstępie, tj. o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji dokumentacji postępowania, poprzez usunięcie kryteriów, które premiuja jeden produkt, które nie są kryteriami związanymi z przedmiotem zamówienia.

#### **Sygn. akt KIO 2144/21**

W prowadzonym postępowaniu odwołanie złożył również wykonawca BSG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zgierzu (dalej jako „BSG” lub „Odwołujący BSG”).

Odwołanie zostało złożone w ustawowym terminie, jego kopia została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący BSG uiscił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu zmiany SWZ w sposób, który całkowicie zdaniem BSG eliminuje możliwość uzyskania punktów w kryterium oceny ofert „jakość” oraz „ilość obiektów” przez innych Wykonawców, którzy nie zaoferują nawierzchni producenta CONIPUR SW. Tym działaniem Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania, zasadę proporcjonalności przez opisanie kryterium oceny ofert „jakość” w sposób wskazujący na jednego producenta. Zamawiający naruszył również przepisy ustawy Pzp przez ustalenie kryterium odnoszącego się do właściwości wykonawcy a nie jakości produktu.

Odwołujący BSG zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 242 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 241 ust. 3 ustawy Pzp.

BSG wnosiło o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ przez usunięcie kryterium jakości – parametry jakościowe i techniczne oferowanej nawierzchni oraz ilość obiektów wykonanych z oferowaną nawierzchnią syntetyczną typu „Sandwich” (SW), które uzyskały świadectwo PZLA.

Odwołujący BSG wskazał, że jest producentem nawierzchni syntetycznej, spełnia wszystkie wymagania WA i PZLA konieczne do uzyskania świadectwa stadionu klasy IV B. Dokonanie zmiany SWZ powoduje, że Wykonawca traci szanse na uzyskanie zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący BSG wskazał, że Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ w ten sposób, że dopuścił zastosowanie nawierzchni o parametrach równoważnych, które posiada nawierzchnia Odwołującego. Jednocześnie Zamawiający zmodyfikował kryteria oceny ofert, w taki sposób, że oceniał będzie w ramach kryterium tylko parametry właściwe dla jednej nawierzchni, a nie obiektywnie parametry lepsze. W związku z tym punkty w tak ustalonych kryterium może uzyskać tylko nawierzchnia CONIPUR M. Kryterium nie premiuje produktu lepszego, ale produkt konkretnego wykonawcy.

Zdaniem BSG wadliwie określone zostało również drugie kryterium odnoszące się do ilości obiektów wykonanych z oferowaną nawierzchnią syntetyczną typu „Sandwich” (SW), które uzyskało świadectwo PZLA. To kryterium ma charakter podmiotowy i odnosi się do doświadczenia wykonawcy, jest więc niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący BSG wnosił jak na wstępie.

#### **Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań, odwołania nie zawierały braków formalnych i mogły zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 513 ustawy Pzp.

Na etapie dokonywania przez Zamawiającego w SWZ opisu przedmiotu zamówienia, ustalaniu kryteriów oceny ofert, czy też formułowania obowiązków umownych, ukształtowanie treści tych dokumentów w taki sposób, który narusza uczciwą konkurencję, uniemożliwia lub utrudnia wykonawcy złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia. Ponadto taki opis prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

W sprawie o sygn. akt KIO 214221 zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Dabro-Bau FHU P. D. z siedzibą w Opoczce,
- 2) Bud-Ziem Sp. z o.o. z siedzibą w Pszennie,
- 3) Solid-Stet Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Szczecinie,
- 4) BSG Sp. z o.o. z siedzibą w Zgierzu,
- 5) Bellsport G. L. z siedzibą w Bytomiu,

Po stronie Zamawiającego zgłoszenie przystąpienia zgłosili wykonawcy:

- 1) Tamex Obiekty Sportowe S.A. z siedzibą w Warszawie,
- 2) Eversport Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

W sprawie o sygn. akt KIO 2144/21 zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GretaSport I. S. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej,

Po stronie Zamawiającego zgłoszenie przystąpienia złożyli wykonawcy:

- 1) Tamex Obiekty Sportowe S.A. z siedzibą w Warszawie,
- 2) Eversport Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba nie uznała skuteczności zgłoszenia przystąpienia w sprawie KIO 2142/21 wykonawcy Bud-Ziem Sp. z o.o. z siedzibą w Pszennie. Z dokumentów złożonych Prezesowi KIO wynika, iż wykonawca zgłaszający przystąpienie nie złożył dowodu doręczenia kopii zgłoszenia stronie odwołującej. Stanowi to formalny brak zgłoszenia, który nie może zostać uzupełniony, a tym samym czyni to zgłoszenie nieskuteczne.

Izba potwierdziła prawidłowość i skuteczność pozostałych zgłoszeń w obu sprawach odwoławczych.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołania, w której wnosił o ich oddalenie w całości.

W zakresie postępowania dowodowego, Zamawiający wnosił o przeprowadzenie dowodów z dokumentów:

1) „Nawierzchnie syntetyczne – wymagania PZLA” - dokument zatwierdzony przez Zarząd Polskiego Związku Lekkiej Atletyki Uchwałą nr 41/2020 z dnia 15.12.2020 r., obowiązujący od dnia 01.01.2021 r. dla stwierdzenia faktu, iż parametry techniczne nawierzchni (grubość, amortyzacja, wskaźnik odkształcenia pionowego, współczynnik tarcia, wytrzymałość na rozciąganie i wydłużenie podczas zerwania itp.) musiały być określone

w uzgodnionej z PZLA dokumentacji projektowej obiektu, a każdorazowa ich zmiana wymagałaby zmiany dokumentacji projektowej oraz kolejnego uzgodnienia z PZLA,

co wiązałoby się dla Zamawiającego z ryzykiem braku uzyskania uzgodnienia,

2) opinii w sprawie nawierzchni stadionu na OSiR w Człuchowie sporządzonej przez dyrektora OSiR w Człuchowie mgr I.B.,

3) opinii Prezesa Pomorskiego Okręgowego Związku Lekkiej Atletyki w Gdańsku

mgr J.S.,

4) opinii Człuchowskiego Międzyszkolnego Klubu Lekkoatletycznego,

5) opinii wiceprezesa UKS WIKING Rychnowy G.D. dla stwierdzenia faktu zasadności wprowadzenia zakwestionowanego w odwołaniu kryterium jakościowego nawierzchni, opinii specjalistów, sportowców co do właściwości nawierzchni lekkoatletycznej pozwalającej na uzyskiwanie najlepszych wyników sportowych oraz możliwość organizowania zawodów sportowych wyższej rangi.

W odpowiedzi zaznaczono, że Zamawiający dokonał zmiany SWZ, dopuszczając zastosowanie nawierzchni o parametrach równoważnych, które posiada także nawierzchnia Odwołującego. Jednocześnie dokonano innych zmian SWZ, w sposób który nie ogranicza

w żaden sposób konkurencyjności postępowania, a zarazem umożliwi Zamawiającemu wybranie oferty najkorzystniejszej.

Na skutek dokonanych zmian poszerzono krąg potencjalnych wykonawców, którzy mogą złożyć ofertę na realizację zadania. Zamawiający nie odrzuca nawierzchni o innych parametrach niż określone w zaakceptowanym przez PZLA projekcie, ale działając

w interesie publicznym (z uwagi na ryzyko nieuzgodnienia innych parametrów niż już zaakceptowane przez PZLA, a także stanowisko Zamawiającego, poparte opiniami PZLA co do najwyższej jakości nawierzchni spełniających wskazane w projekcie parametry oraz opiniami specjalistów, sportowców, prezesów lokalnych klubów sportowych), parametry wynikające z projektu czyni dodatkowym kryterium oceny ofert, tj. kryterium jakościowym.

Zamawiający zmodyfikował kryteria oceny ofert w sposób, który umożliwi mu realizację zamówienia bez konieczności uprzedniej zmiany zaakceptowanego przez Polski Związek Lekkiej Atletyki projektu. Każda ewentualna zmiana projektu powoduje konieczność uzyskiwania nowych uzgodnień, co każdorazowo wiąże się dla Zamawiającego

z potencjalnym ryzykiem braku uzyskania uzgodnienia. Co więcej, Zamawiający uzyskał od PZLA szereg zapewnień, iż preferowane parametry nawierzchni są parametrami najwyższej jakości, zapewniającymi najwyższą użyteczność i trwałość. Argumenty te sprawiły,

iż Zamawiający postanowił określić parametry wskazać jako preferowane, a tym samym uczynić z nich kryterium jakościowe.

Nie sposób z tego powodu czynić Zamawiającemu jakichkolwiek zarzutów. Zamawiający, nie naruszył zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i zasady proporcjonalności poprzez wskazane wyżej kryterium oceny ofert. Przede wszystkim, Zamawiający nie wskazał konkretnego producenta, jakichkolwiek znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, a jedynie preferowane parametry, wskazując wartości graniczne, w których powinny mieścić się oferowane produkty

(m. in. grubość, wytrzymałość na rozciąganie, wydłużenie przy rozciąganiu, współczynnik tarcia, odkształcenie pionowe). Szczególnemu uwypukleniu podlegać powinien fakt, iż nie został wskazany jeden konkretny parametr, ale w każdej pozycji wskazano zakres parametrów, w jakich powinna mieścić się oferowana przez wykonawcę nawierzchnia.

Zamawiający opisał kryterium jakościowe za pomocą cech technicznych, przy użyciu dokładnych i jasnych parametrów. Rozwój technologii, a w ślad za tym postęp w produkcji sztucznej nawierzchni kolejnych generacji, daje Zamawiającemu prawo wymagania od wykonawców dostarczenia produktu o pożądanych przez niego parametrach w nowoczesnej technologii, czyli nawierzchni ze sztucznej trawy bez wypełnienia. W tym też zakresie Zamawiający kieruje się potrzebą realizowanej inwestycji, celowością i ekonomią wydatkowania środków publicznych i wykorzystywaniem w przyszłości obiektu sportowego. Nie można postawić zarzutu Zamawiającemu utrudniania uczciwej konkurencji przez dążenie do uzyskania boiska o parametrach najlepszych wg posiadanej przez niego wiedzy.

Zamawiający przed sformułowaniem przedmiotowego kryterium jakościowego dokonał analizy istniejących stadionów lekkoatletycznych, a także zasięgnął opinii przyszłych użytkowników, lekkoatletów i trenerów. W wyniku tych analiz uznano, iż niezbędne dla rozwoju lekkiej atletyki i zagwarantowania możliwości rozwoju oraz osiągnięcia sukcesów jest zastosowanie nawierzchni najwyższej jakości, odpowiadającej większości stadionów

w Polsce, a także stadionów, na których rozgrywane są imprezy najwyższej rangi - mistrzostwa Europy, mistrzostwa świata, Diamentowa Liga. Stanowisko Zamawiającego potwierdzają załączone do odpowiedzi na odwołanie opinie.

Zgodnie z załączonym dokumentem „Nawierzchnie syntetyczne - wymagania PZLA”, zatwierdzonym przez Zarząd Polskiego Związku Lekkiej Atletyki Uchwałą nr 41/2020 z dnia 15.12.2020 r. ostateczny wybór rodzaju nawierzchni należy m.in. do Inwestora, który powinien dokonać wyboru z uwzględnieniem wymagań przedstawionych w dokumencie „Kategorie Stadionów” i „Nawierzchnie syntetyczne - wymagania PZLA”. PZLA wskazuje,

że Inwestor winien dokonać wyboru w oparciu o konsultacje z miejscowym środowiskiem trenerów i gospodarzami innych obiektów, a także samego PZLA. Inwestorzy i projektanci dokonując opisu nawierzchni powinni, wg własnego uznania, ustalić zawężony zakres parametrów wymaganej nawierzchni i przedstawić dodatkowe wymagania gwarantujące,

np. bezpieczeństwo ekologiczne, wytrzymałości, odporności na warunki atmosferyczne

i inne.

PZLA w przywołanym dokumencie podnosi także, iż: „Wymaga się, aby urządzenia lekkoatletyczne, ich parametry oraz zapisy dotyczące obiektów i sprzętu pomocniczego nie ulegały zmianie po ich uzgodnieniu z KOiU (Komisją Obiektów i Urządzeń - dopisek własny). W szczególności należy zwrócić uwagę na technologię wykonania oraz zgodność stosowanych materiałów, a zwłaszcza parametrów technicznych (grubości, składu itp.)

z danymi podawanymi przez producentów, zawartymi w karcie technicznej produktu". Przede wszystkim zaś: „Parametry techniczne nawierzchni (grubość, amortyzacja, wskaźnik odkształcenia pionowego, współczynnik tarcia, wytrzymałość na rozciąganie i wydłużenie podczas zerwania itp.) muszą być określone w uzgodnionej dokumentacji projektowej obiektu”.

PZLA wskazuje dalej, iż w razie gdy nie zostanie spełniony przynajmniej jeden z wymogów parametrów nawierzchni, PZLA może obniżyć kategorię stadionu co najmniej o jeden stopień lub dopuszczać niektóre urządzenia niespełniające określonych wymagań do uznawania wyników w rozgrywanej na tym urządzeniu konkurencji w niższej klasie sportowej. Powyższe wpływa również na ograniczenie możliwości wykorzystania obiektu do organizacji zawodów sportowych - w przypadku, gdy parametry obiektu będą niższe od preferowanych przez Zamawiającego - w takiej sytuacji Zamawiający nie będzie najpewniej mógł organizować zawodów wyższej rangi.

Nie bez znaczenia pozostaje ekonomika wydatkowania środków publicznych i planowane wykorzystywanie stadionu lekkoatletycznego w przyszłości. Stadion z uwagi na swoje położenie, rozwijające się lokalne środowisko sportowe, wzmocnione i stale zasilane przez Zespół Szkół Sportowych im. Polskich Olimpijczyków w Człuchowie, swoją ogólną dostępność będzie intensywnie użytkowany. Z uwagi na powyższe celem Zamawiającego jest posiadanie stadionu z nawierzchnią gwarantującą wysoką trwałość, wytrzymałość na obciążenia, sprawdzoną i zachowującą przez długi czas wymagane parametry techniczne, co pozwoli na długotrwałe użytkowanie. Zamawiający uznaje za istotne wymagania najwyższej jakości materiałów, co w ocenie Zamawiającego przyczyni się do możliwości długotrwałego użytkowania bez konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów naprawy nawierzchni.

Wszystkie wskazane okoliczności miały wpływ na ustanowienie przez Zamawiającego zakwestionowanych w odwołaniu kryteriów jakościowych. W ocenie Zamawiającego, wprowadzenie tego kryterium wpłynie w sposób pozytywny na uzyskanie oferty najkorzystniejszej w ramach postępowania. Jednocześnie, Zamawiający nie uniemożliwia wzięcie udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy zaproponują nawierzchnię niespełniającą wskazanych parametrów, co jednak wiązać się będzie z niższą oceną oferty. Zamawiający podkreślił, że w ramach kryterium oceny ofert ma prawo oczekiwać produktu najwyższej jakości. W świetle powyższego, nie doszło do naruszenia art. 242 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników. Zakwestionowane kryterium odnosi się właśnie do jakości, w tym do parametrów technicznych, na co jednoznacznie zezwala wskazany przepis. Lokalna społeczność, zwłaszcza sportowa, ma prawo do posiadania najwyższej jakości nawierzchni sportowej, do czego zmierza zastosowane przez Zamawiającego kryterium jakościowe.

Wbrew zawartej w odwołaniu sugestii, wyższe parametry systemu TETRAPUR III S (tj. systemu, którym dysponuje Odwołujący) nie przekładają się na jego wyższe właściwości. Nie zawsze jest tak, iż parametr o wyższym wyniku przekłada się na lepsze właściwości. Parametry wskazane przez Zamawiającego, a wynikające z uzgodnionego przez PZLA projektu, są do siebie odpowiednio dopasowane, przy czym jeden z nich ma wpływ na drugi. Przykładowo grubsza nawierzchnia zaproponowanego systemu TETRAPUR III S wpływa jednocześnie na wszystkie pozostałe właściwości (wytrzymałość na rozciąganie, wydłużenie przy rozciąganiu, czy amortyzację wstrząsów). Nawierzchnia przy wyższej amortyzacji staje się zarazem bardziej miękka, a to przekłada się na gorsze wyniki zawodników.

Nie sposób zdaniem Zamawiającego mówić o jakimkolwiek ograniczeniu konkurencyjności, co próbuje wykazać Odwołujący. Na rynku funkcjonuje co najmniej kilka, jeżeli nie kilkanaście podmiotów, które są w stanie otrzymać dodatkowe punkty za zakwestionowane przez Odwołującego kryterium oceny ofert. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, aby celem Zamawiającego było wskazanie tylko jednego określonego Wykonawcy. Tezie Odwołującego przeczy chociażby fakt przystąpienia dwóch innych wykonawców po stronie Zamawiającego.

Ponadto, dodatkowa punktacja za preferowane parametry nawierzchni nie wyklucza zastosowania nawierzchni o innych parametrach niż wskazane w pkt 3 „Parametry jakościowe i techniczne oferowanej nawierzchni”. Zamawiający nie odrzuca więc nawierzchni o innych parametrach niż określone w projekcie. Zarzuty te pozostają więc w całości nieuzasadnione.

Odnosząc się do podniesionego przez Odwołującego zarzutu w postaci rzekomego naruszenia art. 241 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, iż zakwestionowane

w odwołaniu kryterium oceny ofert nie dotyczy właściwości wykonawcy. Kryterium to w sposób oczywisty i jednoznaczny odnosi się do przedmiotu zamówienia, a nie do właściwości wykonawcy. Kryterium <<ilość obiektów wykonanych z oferowaną nawierzchnią syntetyczną typu „sandwich” (SW), które uzyskały świadectwo PZLA>> jest typowym kryterium przedmiotowym, a nie podmiotowym.

Ocena punktowa w kryterium dokonana zostanie na podstawie ilości obiektów z oferowaną nawierzchnią poliuretanową typu „sandwich” (SW), wymienionych w dokumencie PZLA - „ZESTAWIENIE STADIONÓW, HAL I URZĄDZEŃ LEKKOATLETYCZNYCH W POLSCE WERSJA-ROBOCZA stadiony 400 m (kat I-V)”. Dokument dostępny na stronie PZLA pod linkiem: <https://www.pzla.pl/aktualnosci/12124zestawienie-stadionow-hal-i-urazden-lekkoatletycznych-w-polsce-wersja-robocza>

Nie chodzi tu jednak, co prawdopodobnie mylnie przyjął Odwołujący, o ilość obiektów z przedmiotową nawierzchnią zrealizowanych przez danego wykonawcę, ale o ilość obiektów, na których została zamontowana zaoferowana nawierzchnia - bez względu na to, jaki wykonawca realizował dane zamówienie.

Zamawiający ustanowił to kryterium w celu uzyskania większego prawdopodobieństwa otrzymania nawierzchni, która uzyska niezbędne certyfikaty

i świadectwa PZLA, mając na uwadze zestawienie stadionów przygotowane przez PZLA. Kryterium to polega na przyznaniu dodatkowej punktacji za zaoferowanie nawierzchni syntetycznej typu „sandwich” (poprzez wskazanie nazwy oferowanej nawierzchni oraz jej producenta), która została zamontowana na obiektach wymienionych w dokumencie PZLA. Nie ma przy tym najmniejszego znaczenia fakt, jaki wykonawca montował daną nawierzchnię. Chodzi o to, ile obiektów z listy PZLA - ma zamontowaną oferowaną przez danego wykonawcę nawierzchnię syntetyczną typu „sandwich” (SW).

Zgodnie z art. 241 ust. 3 ustawy Pzp, kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Wprowadzone kryterium nie dotyczy doświadczenia wykonawcy, a jedynie zaoferowanej przez niego nawierzchni.

Odnosząc się natomiast do żądania Odwołującego dotyczącego przywrócenia kryterium „okres udzielonej gwarancji jakości” do poziomu 40%, Zamawiający dodał, iż określenie tego kryterium na tak wysokim poziomie punktowym

pozostawałoby dla Zamawiającego ekonomicznie nieopłacalne.

W świetle przedstawionej argumentacji Zamawiający uważa, że czynność zmiany treści SWZ z dnia 13 lipca 2021 r. została podjęta zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp a same odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że obaj Odwołujący prawidłowo przytoczyli zapisy SWZ istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotu sprawy i nie zachodziła konieczność ich powtarzania.

Biorąc pod uwagę treść odwołań, odpowiedzi na odwołania, dodatkowych stanowisk pisemnych i ustnych, a także zgromadzonego materiału dowodowego, skład orzekający doszedł do przekonania, że odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią art. 241 ust. 1 i następne ustawy Pzp kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Z art. 242 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do:

- 1) jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- 2) aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, o których mowa w art. 94 ust. 1;
- 3) aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia;
- 4) aspektów innowacyjnych;
- 5) organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- 6) serwisu posprzedażnego, pomocy technicznej, warunków dostawy takich jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okresu realizacji.

Nie ulega wątpliwości, że przy ustalaniu kryteriów oceny ofert zamawiający musi dochować zasad wynikających z ustawy Pzp odnoszących się do równowagi

i konkurencyjności, ale w ten sposób właśnie zamawiający może zadbać również o jakość przedmiotu zamówienia. Jeżeli dla zamawiającego pewne wymagania funkcjonalne, użytkowe, a więc odnoszące się do jakości przedmiotu zamówienia, są bardziej istotne od innych, to może i powinien opisać je w ramach kryteriów oceny ofert. Odpowiednie określenie kryteriów i ich wag przy jednoczesnym obniżeniu warunków pozwala na wybór oferty zapewniającej najkorzystniejszy bilans ceny i jakości w warunkach maksymalnie konkurencyjnych.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym wszystkie Strony i Uczestnicy postępowania zgodnie podkreślali, że to do Inwestora należy ostateczny wybór nawierzchni (tak przykładowa Uchwała Zarządu PZLA nr 41/2020). Wyboru tego Inwestor ma dokonać uwzględniając konsultacje z miejscowym środowiskiem trenerów, gospodarzy innych obiektów, w oparciu o swoje możliwości finansowe i ewentualne plany starania się

o organizację mistrzostw Polski. Inwestor powinien wziąć pod uwagę opinie dotyczące różnych nawierzchni zainstalowanych na innych stadionach. Pozyskanie tej wiedzy pozwoli poznać cechy funkcjonalno-użytkowe poszczególnych rodzajów nawierzchni, ich właściwości sportowe, trwałość, możliwość uzyskania wyników sportowych oraz bezpieczeństwo zawodników. Koncepcje przyszłych obiektów muszą być także zaopiniowane i uzgodnione

z polskimi związkami sportowymi pod kątem przepisów obowiązujących w danej dziedzinie, ustalonych również przez federację międzynarodowe (tak Uchwała Zarządu PZLA nr 43/2020). Na przywołane uchwały powoływali się sami Odwołujący.

Zamawiający, czyli Gmina Miejska Człuchów, wraz z odpowiedzią na odwołanie przedstawiła dowody na to, iż konsultacje ze środowiskiem trenerów, zawodników, społeczności lokalnej zostały przeprowadzone. Potwierdzono także, że Zamawiający uzyskał pozytywną opinię PZLA w przedmiocie opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie kwestionowali również, że zmieniony opis przedmiotu zamówienia po uwzględnieniu poprzedniego odwołania dopuszcza kilka typów nawierzchni i pozwala złożyć oferty różnym wykonawcom. Nawet jeżeli złożone stanowiska nie zostały opatrzone datą, to trudno tylko z tego powodu kwestionować ich wartość dowodową. Wszystkie one bowiem odnoszą się do planowanej inwestycji i procesu uzgodnień w toku inwestycji oraz potrzeb zawodników

i trenerów z danej dziedziny, którzy następnie zostaną użytkownikami obiektu.

Należało zatem odpowiedzieć na pytanie, czy Zamawiający mógł ustalić kryterium jakościowe przez wskazanie przedziałów liczbowych dla kilku wybranych parametrów odnoszących się do nawierzchni. Na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej. Co do zasady Zamawiający może wybrać, że określone cechy danego produktu są dla niego istotniejsze z punktu zakładanego celu danej inwestycji, wobec czego będzie premiował produkty, które takie cechy spełniają w najwyższym zakresie, co oznacza, że zamówienie uzyska wykonawca oferujący produkt w najwyższym zakresie spełniający oczekiwania zamawiającego. Rację należy przyznać Zamawiającemu, że ma on prawo oczekiwać w ramach kryterium oceny ofert produktu najwyższej jakości. Zamawiający może wybrać dowolne cechy produktu, nawet jeżeli w ocenie Odwołujących są one nieistotne dla przedmiotu zamówienia. To bowiem zamawiający każdorazowo decyduje, jakim motywom opisu przedmiotu zamówienia nada prymat istotności w odniesieniu do swoich uzasadnionych potrzeb. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający argumentował,

że z jednej strony jego celem jest uzyskanie certyfikatu PZLA i możliwość organizowania zawodów określonej dla kategorii obiektów zawodów sportowych. Zastosowanie nawierzchni oferowanej przez Odwołujących osiągnięcie tych celów umożliwia i opis przedmiotu zamówienia umożliwia Odwołującym złożenie oferty. Z drugiej strony nie można

pominać i zapominać o potrzebach i bezpieczeństwie zawodników, którzy będą dany obiekt sportowy w przyszłości użytkowali. Ci zaś jednoznacznie określili w przedstawionych Izbie opiniach

i stanowiskach jakie elementy nawierzchni wpływają na uzyskiwanie lepszych wyników i ich powtarzalność, co może być także związane z powszechnym stosowaniem pewnego rodzaju rozwiązań na obiektach, gdzie odbywają się zawody czy przygotowanie do zawodów. Tych elementów Odwołującym nie udało się skutecznie zakwestionować przez złożony materiał dowodowy.

Odwołania podlegały także oddaleniu, ponieważ obaj Odwołujący żądali wykreślenia całego punktu opisu kryteriów odnoszącego się do oceny jakości produktu. Izba uważa, że tak postawione żądanie za zbyt daleko idące, a przede

wszystkim niezgodne z zasadami odnoszącymi się do ustalenia w SWZ kryteriów jakościowych. Bezsprzecznie kryteria jakościowe mogą odnosić się do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych przedmiotu zamówienia oraz uwzględniać mogą potrzeby użytkowników. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie odnosił się właśnie do tych elementów, podczas gdy Odwołujący skupili się głównie na dowodzeniu wyższości nawierzchni tetrapur nad conipur. Skład orzekający Izby pragnie dostrzec, że to nie elementy opisu przedmiotu zamówienia były podstawą wniesienia środków ochrony prawnej. W taki sposób prezentowano zaś materiał dowodowy, np. choćby opinię Instytutu Techniki Budowlanej złożoną przez BSG. Poza wnioskiem oczywistym, że w ramach prowadzonego postępowania odwoławczego taki dowód ma charakter opinii prywatnej, a więc jest dowodem jedynie na to, że osoba, która dany materiał opracowała i podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w tym dokumencie, to również ta opinia wskazuje, że „uwzględniając koncepcję zrównoważonego rozwoju wyroby budowlane winny być oceniane według kryterium użyteczności, przez określenie zbioru cech kluczowych dla danego zastosowania z jednoczesnym określeniem ich poziomu” (strona 4 opinii). Twierdzenia te odpowiadają zatem założeniom Zamawiającego. We wnioskach opinia zaznacza, że badana nawierzchnia tetrapur spełnia wymagania określone przez organizacje międzynarodowe i stosowne normy PN-EN, czego żadna ze Stron postępowania odwoławczego nie negowała ale dokument ten nie odnosi się do innych czynników. W ocenie składu orzekającego Izby opiniujący skupił się na ocenie nawierzchni jako wyrobu budowlanego, nie odnosząc się do innych elementów, które mogą być w postępowaniu o udzielenie zamówienia brane pod uwagę, jak choćby opinie użytkowników. Natomiast propozycja Odwołujących referowania do wyników powykonawczych nie wpisuje się w zasadę jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia. Przywoływanie wyników badań laboratoryjnych jest właściwsze w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ badania laboratoryjne prowadzone są w porównywalnych warunkach dla produktów o różnych właściwościach, a więc dają wyniki bardziej miarodajne dla produktu. Na wyniki badań powykonawczych wpływ ma zbyt wiele różnych czynników zewnętrznych, by ich wyniki mogły być brane jako podstawa do oceny porównywalności produktu przy składaniu ofert.

Z pewnością nie jest tak, że wszystkie parametry opisane przez Zamawiającego w kryterium jakościowym można uznać za nieistotne z punktu wymagań funkcjonalno-użytkowych dla danej nawierzchni. I choć Izba nie jest związana żądaniami odwołania,

to w tym przypadku niemożliwym wydaje się samodzielne decydowanie przez skład orzekający, które z podanych parametrów i w jakim przedziale mogą ulec zmianie, które można wykreślić jako mniej istotne. Odwołania natomiast nie zawierały żadnych żądań alternatywnych.

W kontekście przedstawionej dotychczas w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia argumentacji Izby, niezasadne wydaje się żądanie odwołania GretaSport przywrócenia kryterium „okresu udzielonej gwarancji jakości” do poziomu 40%. Wobec zastosowania zasady proporcjonalności i zakładanego celu, za prawidłowe należy uznać wprowadzenie przez Zamawiającego kryterium odnoszącego się do jakości przedmiotu. Nie zawsze jest tak, że dłuższy okres gwarancji przekłada się na jakość uzyskanego świadczenia. Stosowanie tego kryterium na wysokim poziomie nie pozwala uzyskać wysokiej korelacji między jakością a ceną, choć samo kryterium „gwarancji” nie jest niezgodne z ustawą Pzp. Przyznana przez Zamawiającego waga tego kryterium w SWZ jest w ocenie Izby wystarczająca w porównaniu do poziomu ustalonego dla kryteriów jakościowych.

W ustalonych jakościowych kryteriach oceny ofert Zamawiający wskazał elementy, które w większym znaczeniu pozwolą mu osiągnąć zakładane cele. Choć elementy te ustalono biorąc pod uwagę subiektywne potrzeby danej jednostki zamawiającej, to w opisie kryteriów Izba nie dopatrzyła się opisu nie dotyczącego obiektywnych czynników. W opisie przedmiotu zamówienia zamawiający może określić standardy minimalne (minimalne parametry, obligatoryjne funkcjonalności etc.), które przedmiot zamówienia musi zawsze posiadać, a jednocześnie możliwe i pożądane jest wskazanie standardów dodatkowych, za których spełnienie wykonawca otrzyma dodatkowe. Zamawiający i Odwołujący w odmienny sposób postrzegają poziom wartości pożądanych i determinujących uznanie, że przedmiot zamówienia posiadający określone cechy będzie lepszy lub gorszy. Kierując się doświadczeniem życiowym stwierdzić można, iż wśród produktów podobnych istniejących na rynku, można mieć do czynienia z produktami różnej jakości. Nie można jednak zapominać, że to Zamawiający przez opis kryteriów uwzględniający jego uzasadnione potrzeby decyduje o cechach najbardziej pożądanych przez zamawiany produkt. Natomiast nieadekwatności opisu do uzasadnionych potrzeb Zamawiającego i pożądanych cech produktu Odwołującym nie udało się wykazać.

Rozpoznając drugi z zarzutów odwołania, dotyczący kolejnego ustalonego przez Zamawiającego kryterium oceny, dostrzeżenia wymaga, że z przepisów ustawy Pzp wynika bezsprzecznie bezwzględny zakaz określenia kryteriów oceny ofert, które odnoszą się do właściwości wykonawcy, czyli związane są z jego sytuacją podmiotową. Innymi słowy takie kryteria odnoszą się do określonej cechy charakteryzującej wykonawcę, związane są przykładowo z nabytym doświadczeniem, prezentowaną sytuacją finansową, czyli aspektami badanymi przez zamawiających w ramach oceny warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby nie sposób uznać, że kryterium jakościowe, polegające na przyznaniu punktów za ilość obiektów wykonanych z oferowaną nawierzchnią syntetyczną typu „sandwich” (SW), które uzyskały świadectwo PZLA, odnosi się do właściwości wykonawcy. Jest to kryterium wprost odnoszące się do cech oferowanych nawierzchni i ilości obiektów wykonanych w danej technologii, które to obiekty uzyskały pozytywną rekomendację zewnętrznego podmiotu.

Zauważyć należy, że w odwołaniach Odwołujący wskazywali, że Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której opis kryterium spowoduje dyskryminację całego segmentu nawierzchni równoważnych materiałom opisanym przez Zamawiającego. Już tylko te twierdzenia oznaczają, że sporne kryterium dyskryminowało określone produkty ze względu na ich cechę (de facto za pochodzenie nawierzchni od określonego producenta), nie dotyczyło natomiast cech podmiotowych (sytuacji, potencjału) wykonawcy, który je oferuje. Tym samym już tylko z tego powodu zarzut podniesiony w obu odwołaniach nie zasługiwał na uwzględnienie.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że w ramach ustalonego kryterium badana będzie możliwość uzyskania przez daną nawierzchnię pozytywnej opinii PZLA, co doprowadzi w końcowym efekcie do uzyskania certyfikatu. Jak słusznie podkreślił Zamawiający, nie chodzi o ilość obiektów zrealizowanych przez Wykonawcę składającego ofertę, ale o ilość takich obiektów ogółem, bez względu na to jaki podmiot daną nawierzchnię wykonywał. Jednocześnie mnogość sytuacji, w której zastosowanie określonego rozwiązania w postaci położenia danego typu nawierzchni zakończyło się sukcesem, czyli uzyskaniem certyfikatu PZLA, pozwoli Zamawiającemu osiągnąć zakładany cel postępowania. Izba uważa, że tak sformułowane kryterium oceny nie ma charakteru podmiotowego i nie odnosi się do cech związanych z wykonawcą. Złożone przez Odwołującego GretaSport

zestawienia pokazują, że podmiotów, które uzyskały certyfikaty PZLA dla różnych nawierzchni jest dużo, a więc w żaden sposób nie wydają się odpowiadać prawdzie twierdzenia odwołań, że w ramach ustalonego kryterium doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z treścią przepisów odnoszących się do opisu kryteriów oceny ofert kryteria mają być związane z przedmiotem zamówienia ale w dowolnym aspekcie, niekoniecznie będąc istotną cechą przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż to Zamawiający, biorąc pod uwagę swoje uzasadnione potrzeby zdecydować może jakim cechom składającym się na opis przedmiotu zamówienia nada element istotności podlegający dodatkowej ocenie. Cecha danego produktu, w tym przypadku ilość zrealizowanych obiektów w danej technologii, nie może być uznana za kryterium podmiotowe, tylko z tego powodu, że określony krąg wykonawców nie uzyskał bądź też uzyskał proporcjonalnie mniej certyfikatów PZLA na nawierzchnię, którą operuje. Celem Zamawiającego jest wybudowanie obiektu, który taką pozytywną rekomendację związku uzyska. Wybór wykonawcy, którego produkt przeszedł pozytywnie w przeszłości proces certyfikacji przybliży Inwestora do osiągnięcia takiego celu. Uzyskanie certyfikatu w przeszłości gwarantować może właśnie powtarzalność takich sytuacji.

Reasumując, z tych powodów zdaniem Izby zarzuty odwołań nie zasługiwały na uwzględnienie. Odwołujący w żaden sposób nie wykazali, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy, samo zaś postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie było prowadzone przy uwzględnieniu zasad przejrzystości, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

O kosztach postępowań odwoławczych orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp2019, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołujących. Koszty na rzecz Zamawiającego odnoszące się do zastępstwa procesowego zasądzono do wysokości dopuszczonej przez w/w Rozporządzenie.

**Przewodniczący:.....**