

WYROK

z dnia 11 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 i 11 lutego 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 stycznia 2022 r. przez wykonawcę

BSG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zgierzu

w postępowaniu prowadzonym przez

Gminę Dobre Miasto

przy udziale:

A. wykonawcy I. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą GRETASPORT I. S. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. wykonawcy TAMEX Obiekty Sportowe Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących załącznika numer 9a do specyfikacji warunków zamówienia „Opis przedmiotu zamówienia” ustęp 2. punkt

1. podpunkt 1. oraz kryterium oceny ofert „Parametry techniczne oferowanych nawierzchni syntetycznych (P)” i nakazuje Gminie Dobre Miasto zmianę specyfikacji warunków zamówienia poprzez ich usunięcie lub zmianę zgodnie

z żądaniami odwołania,

2. oddać odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego kryterium oceny ofert „Rodzaj oferowanej nawierzchni (N)”,

3. kosztami postępowania obciążyć w 2/3 Gminę Dobre Miasto i w 1/3 BSG Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez BSG Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Gminy Dobre Miasto na rzecz BSG Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 9 067 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącą proporcjonalne koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) 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 157/22

Zamawiający - Gmina Dobre Miasto prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „rozbudowę stadionu lekkoatletycznego, piłkarskiego wraz z zagospodarowaniem przyległego terenu i infrastrukturą techniczną przy ul. Olsztyńskiej 14 w Dobrym Mieście” na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 19 listopada 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 00276739. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - BSG Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i wprowadzonego zmianą z 14 stycznia 2022 r. wymogu dotyczącego oferowanej nawierzchni: „Służy do pokrywania nawierzchni bieżni lekkoatletycznych, sektorów i rozbiegów konkurencji technicznych zawodów lekkoatletycznych na obiektach, na których odbywają się imprezy rangi mistrzostw Polski, mistrzostw Świata, Europy oraz międzynarodowe mityngi World Athletics i European Athletics”

a) art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. obowiązku przygotowania postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia,

b) art. 99 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez sporządzenie specyfikacji warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający i ograniczający uczciwą konkurencję, który uniemożliwia złożenie Odwołującemu oferty, która nie podlegałaby odrzuceniu, co przy uwzględnieniu treści specyfikacji warunków zamówienia powoduje brak możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie w celu uzyskania zamówienia, oferując nawierzchnię systemu TETRAPUR ENZ IIM produkcji Odwołującego,

2. w zakresie kryteriów oceny ofert i zaniechania dokonania zmiany specyfikacji warunków zamówienia zgodnie z żądaniem odwołania w sprawie sygn. akt KIO 3432/21 i art. 522 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych pomimo uwzględnienia odwołania w całości

a) art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. obowiązku przygotowania postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz proporcjonalny w odniesieniu do kryteriów oceny ofert „Rodzaj oferowanej nawierzchni (N)” oraz „Parametry techniczne oferowanych nawierzchni

syntetycznych (P)", jak i sposobu oceny ofert w ramach tych kryteriów,

b) art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zastosowanie w postępowaniu w celu wyboru oferty najkorzystniejszej kryteriów nie zapewniających najlepszej jakości, uzasadnionej charakterem zamówienia i nie prowadzących do uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów, a wręcz prowadząc do premiowania gorszych parametrów,

c) art. 239 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przy zastosowaniu kwestionowanego kryterium oceny prowadzącego do uznania za najkorzystniejszą oferty, która nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny,

d) art. 239 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez nieuzasadnioną dodatkową punktację dla nawierzchni syntetycznej prefabrykowanej kauczukowej („Rodzaj oferowanej nawierzchni (N)”, a także zróżnicowanie punktowanych wartości parametrów nawierzchni w zależności od oferowanego rodzaju nawierzchni (Full Pur/kauczukowa) w sytuacji, gdy parametry nawierzchni bieżni lekkoatletycznych muszą być takie same bez względu na rodzaj materiału, z jakiego są wykonane,

e) art. 241 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zastosowanie kryterium oceny ofert, które w istocie odnosi się nie do przedmiotu zamówienia, tj. jakościowych cech przedmiotowych produktów, ale do podmiotu oferującego konkretną markę jednego produktu (systemu nawierzchni CONIPUR M firmy CONICA AG) w ramach nawierzchni typu Full Pur,

f) naruszenie art. 99 ust. 4 w zw. z art. 241 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez opisanie kryterium oceny „Parametry techniczne oferowanych nawierzchni syntetycznych (P) w sposób zbieżny w skutkach z użyciem w opisie zamówienia nazwy własnej systemu nawierzchni CONIPUR M firmy CONICA AG,

g) art. 242 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez określenie kryterium oceny ofert 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 preferowania przez Zamawiającego konkretnych parametrów nawierzchni CONIPUR i przyznawania za nie dodatkowych punktów w procesie oceny ofert, analogicznie w odniesieniu do dodatkowej punktacji dla nawierzchni wykonanej z kauczuku.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i zmianę specyfikacji warunków zamówienia w sposób umożliwiający zaoferowanie nawierzchni systemu TETRAPUR ENZ IIIIM produkcji BSG poprzez:

1. usunięcie wprowadzonego zmianą z 14 stycznia 2022 r. dodatkowego ograniczenia w brzmieniu: „Służy do pokrywania nawierzchni bieżni lekkoatletycznych, sektorów i rozbiegów konkurencji technicznych zawodów lekkoatletycznych na obiektach, na których odbywają się imprezy rangi mistrzostw Polski, mistrzostw Świata, Europy oraz międzynarodowe mityngi World Athletics i European Athletics.”,
2. modyfikację zasad punktacji w zakresie kryterium „Parametry techniczne oferowanych nawierzchni syntetycznych (P)” w zakresie zgodnym z uzasadnieniem odwołania, względnie jego usunięcia, a także usunięcia zróżnicowania parametrów ocenianych pomiędzy nawierzchnią Full Pur a kauczukową i usunięcie kryterium oceny ofert „Rodzaj oferowanej nawierzchni (N)”.

Zdaniem Odwołującego sposób sformułowania kryteriów oceny ograniczył, a praktycznie wykluczył możliwość realnego konkurowania przez wykonawców oferowanymi produktami poprzez całkowitą dyskryminację nawierzchni systemu TETRAPUR ENZ IIIIM produkcji BSG, choć nawierzchnia ta jest co najmniej równoważna, a w wielu parametrach lepsza niż faworyzowany system CONICA. W odniesieniu do nawierzchni kauczukowej zastosowane kryterium „P” i oceniane parametry tej nawierzchni modyfikuje zasady oceny w relacji do nawierzchni Full Pur zaś kryterium „N” premiuje dodatkowo ten rodzaj nawierzchni w sposób całkowicie nieuzasadniony.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje roboty budowlane polegające na przebudowie stadionu lekkoatletycznego, piłkarskiego wraz z zagospodarowaniem przyległego terenu i infrastrukturą techniczną, w tym boiska piłkarskiego oraz bieżni lekkoatletycznej okrężnej o długości 400 m i bieżni prostej do biegów na 100 i 110 metrów. Kategoria obiektu VA. Zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia w zakresie lekkiej atletyki na obiekcie będzie można rozgrywać zawody lekkoatletyczne we wszystkich kategoriach wiekowych rangi Mistrzostw Polski oraz mityngów ogólnopolskich

w wybranych konkurencjach o kategorii VA z certyfikowaną przez World Athletics nawierzchnią syntetyczną, umożliwiającą rozgrywanie imprez lekkoatletycznych. Roboty obejmą wykonanie bieżni lekkoatletycznej, która spełniać ma wymogi WA/IAAF i PZLA w zakresie rozgrywania pełnego programu konkurencji. Oferowana nawierzchnia ma być zainstalowana na co najmniej dwóch stadionach w warunkach klimatycznych zbliżonych do panujących w Polsce, posiadających certyfikat World Athletics (IAAF) Class 1 - dotyczy nawierzchni Full Pur.

Opis zamówienia w zakresie parametrów granicznych został pierwotnie dokonany z ewidentnym naruszeniem zasad, o których mowa w art. 16 pkt 1 i 3 i art. 99 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wobec czego Odwołujący 24 listopada 2021 r. wniósł odwołanie, sygn. KIO 3432/21. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w tym odwołaniu, zgodnie z art. 522 ust. 1 zdanie drugie ustawy Prawo zamówień publicznych miał dokonać modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia zgodnie

z żądaniami Odwołującego zawartymi w odwołaniu.

Jednak, pomimo że Zamawiający dokonał zmiany specyfikacji warunków zamówienia w zakresie parametrów granicznych nawierzchni typu Full Pur, dopuszczając możliwość zaoferowania systemu TETRAPUR ENZ IIIIM, to jednocześnie 14 stycznia 2022 r. wprowadził do specyfikacji nowe ograniczenie (załącznik nr 9a - opis przedmiotu zamówienia), które wciąż nie pozwala Odwołującemu na udział w postępowaniu i zaoferowanie systemu, którego jest producentem:

1) Nawierzchnia syntetyczna poliuretanowa

1. Charakterystyka nawierzchni typu pełny poliuretan - system tradycyjny trójwarstwowy: „Nawierzchnia sportowa typu pełny poliuretan „Full Pur” bezspoinowa, poliuretanowo-

-gumowa (...) Służy do pokrywania nawierzchni bieżni lekkoatletycznych, sektorów i rozbiegów konkurencji technicznych zawodów lekkoatletycznych na obiektach, na których odbywają się imprezy rangi mistrzostw Polski, mistrzostw Świata, Europy oraz międzynarodowe mityngi World Athletics i European Athletics. Nawierzchnia ma spełniać wymogi World Athletics (IAAF)...

Zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia przedmiotowy obiekt ma spełniać wymagania stadionu kategorii VA. Oznacza to, zgodnie z dokumentem „Kategorie stadionów lekkoatletycznych” (dokument zatwierdzony przez Zarząd Polskiego Związku Lekkiej Atletyki uchwałą nr 44/2020 z 15 grudnia 2020 r.) Mistrzostwa Polski Seniorów przyznawane będą gospodarzom stadionów kategorii I, II i III, a pozostałe o pełnym programie konkurencji (MP juniorów - U20, młodzieżowe MP - U23 i MP juniorów młodszych - U18) - w pierwszej kolejności będą przyznawane gospodarzom stadionów kategorii: I, II i III; mistrzostwa Polski o ograniczonym programie konkurencji (młodzików - U16 oraz w wielobojach i sztafetach) oraz mistrzostwa Polski w wybranych konkurencjach - gospodarzom stadionów kategorii I, II i III oraz IVA. W wyjątkowych przypadkach mistrzostwa Polski w wybranych konkurencjach, np. w biegach długich, mogą być przyznane gospodarzom posiadającym stadiony kategorii VA.

Zgodnie z załącznikiem 9a - Opis przedmiotu zamówienia: „W zakresie lekkiej atletyki na obiekcie będzie można rozgrywać zawody lekkoatletyczne we wszystkich kategoriach wiekowych rangi Mistrzostw Polski oraz mityngów ogólnopolskich w wybranych konkurencjach o kategorii VA z certyfikowaną przez WA nawierzchnią syntetyczną, umożliwiającą rozgrywanie imprez lekkoatletycznych. Roboty obejmą wykonanie bieżni lekkoatletycznej, która spełniać ma wymogi WA/IAAF i PZLA w zakresie rozgrywania pełnego programu konkurencji i boiska piłkarskiego z nawierzchnią z trawy naturalnej (wraz z 12 miesięczną pielęgnacją).”

Zmiana z 14 stycznia 2022 r. wprowadziła do specyfikacji dodatkowy wymóg dotyczący nawierzchni typu Full Pur odnoszący się do uprzedniego sposobu użytkowania oferowanej nawierzchni na innych obiektach, tj. aby oferowana nawierzchnia służyła do pokrywania nawierzchni bieżni lekkoatletycznych, sektorów i rozbiegów konkurencji technicznych zawodów lekkoatletycznych na obiektach, na których odbywają się imprezy rangi mistrzostw Polski, mistrzostw Świata, Europy oraz międzynarodowe mityngi World Athletics i European Athletics. Nawierzchnia ma spełniać wymogi World Athletics (IAAF).”

Zdaniem Odwołującego wprowadzone nowe wymagania Zamawiającego nie znajdują uzasadnienia w przewidzianym w specyfikacji warunków zamówienia sposobie wykorzystania obiektu i kategorii, jaką będzie posiadał (VA); nie są związane z przedmiotem

aktualnego zamówienia, a dotyczą sposobu użytkowania innych obiektów i imprez, jakie były

na nich rozgrywane; ogranicza konkurencyjność postępowania - w szczególności system

TETRAPUR ENZ III M, pomimo że spełnia wszystkie parametry specyfikacji warunków zamówienia i umożliwia rozgrywanie imprez wskazanej rangi oraz pozwala na uzyskanie wymaganej kategorii VA PZLA, jedynie nie znajduje się na obiektach, na których odbywały się wskazane przez Zamawiającego imprezy. Oficjalna lista obiektów PZLA zawiera potwierdzenie, że 7 obiektów aktualnie certyfikowanych w kategorii VA wykonano z użyciem systemu BSG Tetrapur ENZ III M, jaki zamierza zaoferować w postępowaniu Odwołujący. Pomimo, że Zamawiający uwzględnił poprzednie odwołanie w całości oraz zobowiązał się do dokonania zmiany specyfikacji warunków zamówienia zgodnie z żądaniami Odwołującego zawartymi w odwołaniu, czynność ta była pozorna. Zamawiający traktuje instytucję uwzględnienia odwołania w całości jako czynność nie mającą większej doniosłości. Zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zgodnie z dokonaną zmianą specyfikacji warunków zamówienia parametry wskazane w załączniku 9a - Opis przedmiotu zamówienia - uzupełnienie zastępują parametry wskazane w pozostałych miejscach specyfikacji warunków zamówienia, dotyczących się opisu przedmiotu zamówienia (z pominięciem kryteriów oceny ofert, które pozostają bez zmian), w związku z czym, przy badaniu i ocenie zgodności oferowanych nawierzchni ze specyfikacją warunków zamówienia Zamawiający weryfikować będzie jedynie parametry bez uwzględniania innych parametrów, które nie pokrywają się z wymaganiami wskazanymi.

Zatem Zamawiający nie dokonał zmiany kryteriów oceny pozostawiając je w całości w niezmienionej postaci. W tej sytuacji Odwołujący ponawia w całości swoje zarzuty i żądania odnoszące się do kryteriów oceny ofert jako nadal aktualne.

Brzmienie kryterium oceny ofert P i zasad oceny stanowi oczywiście naruszenie zasad

udzielania zamówień publicznych, w tym zasady proporcjonalności oraz związania z przedmiotem zamówienia, a także uczciwej konkurencji. Zastosowane w ramach kryterium P podkryteria oceny nie są powiązane z jakością przedmiotu zamówienia, a wręcz przeciwnie, preferują gorsze parametry i właściwości, co całkowicie zaprzecza ich racjonalności. Podkryteria oceny ofert w ramach kryterium P były pierwotnie tożsame z parametrami granicznymi opisu przedmiotu zamówienia. Zatem wykonawca spełniający parametry graniczne automatycznie uzyskiwał maksymalną punktację w kryterium oceny ofert, podczas gdy istotą jakościowych kryteriów oceny jest preferowanie lepszych parametrów niż minimalne graniczne.

Zastosowane podkryteria i ich wartości oceniane stanowią naruszenie art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie zapewniając najlepszej jakości i nie prowadząc do uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów. Celem takiego ukształtowania zasad oceny w ramach kryterium oceny P jest wyłącznie

premiowanie w odniesieniu do nawierzchni typu Full Pur nawierzchni jednego producenta, tj. CONICA AG i konkretnego produktu CONIPUR.

Zamawiający w odniesieniu do oceny ofert w kryterium P dla materiału Full Pur punktuje następujące właściwości i ich wartości:

- a) grubość wierzchniej warstwy - min 4 mm - 5 punktów,
- b) wytrzymałość na rozciąganie - 0,70-0,75 Mpa - 5 punktów,
- c) wydłużenie względne przy zerwaniu - 62-68 % - 5 punktów,
- d) redukcja siły w 23°C - 37-38 % - 5 punktów,
- e) odkształcenie pionowe w 23°C -1,8-1,9 - 5 punktów,
- f) współczynnik tarcia TRRL - 50-55 - 5 punktów.

Tymczasem odpowiednie parametry graniczne dla nawierzchni Full Pur zgodnie z załącznikiem nr 9a po zmianie z 14 stycznia 2022 r. mają brzmienie: Nawierzchnia powinna mieć parametry mieszczące się w przedziałach określonych poniżej:

- a) Grubość nawierzchni: min. 14 mm, b) Grubość górnej warstwy użytkowej: min. 4 mm,

c) Przepuszczalność dla wody: nieprzepuszczalna, d) Wytrzymałość na rozciąganie: od 0.70 do 0.83 MPa, e) Wydłużenie w chwili zerwania: od 62 do 128 %, f) Redukcja siły w temp 23°C: od 37 do 39 %, g) Odształcenie pionowe w temp. 23°C: od 1,7 do 1,9 mm,

h) Współczynnik tarcia TRRL: od 50-61, i) Mrozoodporność: - zmiana masy po badaniu max 0,1 %, - zmiana wyglądu zewnętrznego bez zmian."

Zgodnym z ustawą Prawo zamówień publicznych wyrazem dążenia do zapewnienia należytej jakości przedmiotu zamówienia byłoby więc odwołanie się w kryteriach oceny ofert do określonych właściwości materiałów, na których Zamawiającemu zależy, w sposób, który faktycznie przekłada się na wyższą jakość, użyteczność nawierzchni, a nie wyłącznie jako narzędzia do osiągnięcia celu, dla którego pierwotnie określono parametry graniczne. Zakwestionowane kryterium jakościowe sprowadza się de facto do punktowania konkretnego produktu określonego pochodzenia (produktu CONIPUR). W ocenie Odwołującego kryterium ma charakter całkowicie pozorny i jest wyłącznie wyrazem dążenia do możliwości zaoferowania tylko systemu CONICA.

Ponadto całkowity udział wartościowy nawierzchni bieżni to około 20% całości przedmiotu zamówienia, a waga kryterium dotyczącego tej nawierzchni to 30%.

Na rynku nawierzchni syntetycznych nawierzchnia CONICA nie charakteryzuje się szczególnymi parametrami, które mogłyby ją w jakiś sposób wyróżnić. Na rynku istnieje wiele nawierzchni, które z powodzeniem spełniają wymagania World Athletics (IAAF) i PZLA, w tym system TETRAPUR ENZ IIIIM. Jednak pomimo tego, że system ten posiada w zakresie wymaganych parametrów dla wielu wartości i zakresy lepsze, jest to system spełniającym wymóg certyfikatu IAAF Class 1 - to jednak faktycznie jego zaoferowanie w postępowaniu nie jest możliwe, skoro kryterium preferuje tak wyraźnie i w nieuzasadniony sposób system CONIPUR M.

Zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia dodatkowa punktacja ma odnosić się do zaoferowania nawierzchni o wyższej jakości. Tymczasem aktualne brzmienie specyfikacji warunków zamówienia i zasady punktacji w odniesieniu do poszczególnych kwestionowanych kryteriów preferują niższą jakość i gorsze parametry techniczno-użytkowe, co jest wprost niezgodne z celem stosowanego kryterium oceny.

Odnosząc się do poszczególnych kwestionowanych odwołaniem kryteriów oceny ofert Odwołujący wskazał, że w parametrze „wytrzymałość na rozciąganie” Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wymaga wartości 0,70-0,83 MPa, wymagania WA i PZLA to > 50 MPa, parametr systemu Conica to 0,72 MPa, a parametr systemu Tetrapur to 0,83 MPa. Wytrzymałość na rozciąganie jest to parametr opisujący trwałość nawierzchni poliuretanowej i jej podatność na uszkodzenia. Wyższe wartości tych parametrów wskazują na większą wytrzymałość i trwałość nawierzchni. Z tego powodu wymagania World Athletics dotyczących parametrów nawierzchni syntetycznych, a także wymagania normy PN-EN 14877:2014 „Nawierzchnie syntetyczne niekrytych terenów sportowych. Specyfikacja” określają jedynie minimalne wartości dla tych parametrów. WA: wytrzymałość na rozciąganie: 0,4/0,5 MPa (odpowiednio dla nawierzchni porowatych/nieporowatych), wydłużenie w chwili zerwania: 40%; norma PN-EN: wytrzymałość na rozciąganie: 0,4 MPa, wydłużenie w chwili zerwania: 40%.

Zatem pomimo że system Tetrapur ENZ IIIIM posiada parametr wytrzymałości na rozciąganie na zdecydowanie wyższym poziomie niż preferowany Conipur, to kryterium oceny ofert preferuje mniejszą trwałość, co jest nieracjonalne i nie ma nic wspólnego z kryterium jakościowym, trudno bowiem uznać za takie kryterium, które premiuje gorsze parametry. Odwołujący wniósł o zmianę podkryterium „Wytrzymałość na rozciąganie” zakres 0,70-0,83 MPa - 5 punktów, względnie o usunięcie kryterium jako zbędnego wobec wartości parametrów granicznych.

Parametr „Wydłużenie względne przy zerwaniu” - Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wymaga wartości od 62 do 128 %, wymagania WA i PZLA to > 40%, parametr

systemu Conica to 62%, a parametr systemu Tetrapur to 128%. Argumentacja w tym podkryterium jest analogiczna jak w przypadku parametru wytrzymałości na rozciąganie. Aktualne kryterium preferuje mniejszą trwałość nawierzchni i nawierzchnia Tetrapur ENZ IIIIM, która charakteryzuje się parametrem lepszym niż Conipur, nie uzyskuje żadnej

dodatkowej punktacji.

Odwołujący wniósł o zmianę podkryterium na: wydłużenie względne przy zerwaniu - 62-128 % - 5 punktów, względnie o usunięcie kryterium jako zbędnego wobec wartości parametrów granicznych.

Parametr „Redukcja siły w temp 23 °C” Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wymaga wartości 37-39%, wymagania WA i PZŁA to 35-50%, parametr systemu Conica to 37%, a parametr systemu Tetrapur to 39%.

Redukcja siły jest parametrem, który opisuje, jaka część energii jest rozpraszana podczas interakcji między stopą użytkownika a nawierzchnią. Jest to parametr, który wpływa zarówno na bezpieczeństwo korzystania z nawierzchni, jak i na wyniki uzyskiwane przez użytkowników nawierzchni. Im wyższa wartość redukcji siły, tym nawierzchnia jest bardziej „miękką”, im niższa tym bardziej „twarda”. Norma PN-EN 14877:2014 (dla nawierzchni klasyfikowanych jako SA 35 do 50) oraz World Athletics (w dokumencie „Track and Runaway Synthetic Surface Testing Specification”) określają przedział wartości redukcji siły w temperaturze 10-40°C, jakie musi spełnić nawierzchnia, na 35-50%. Ustalenie zarówno górnej, jak i dolnej granicy dla redukcji siły ma zapewnić, że nawierzchnia nie będzie ani zbyt twarda, ani zbyt miękka. Wartość redukcji siły zmienia się wraz z temperaturą. Jeżeli nawierzchnia w temperaturze 23°C odznacza się redukcją siły na poziomie 35%, istnieje bardzo duże prawdopodobieństwo, że w temperaturze 10°C wartość redukcji siły spadnie poniżej 35%, a tym samym wymagania przywołanych dokumentów nie zostaną spełnione. Zatem pomimo że system Tetrapur ENZ IIIIM posiada parametr na lepszym poziomie niż preferowany Conipur, to kryterium oceny ofert preferuje niższą wartość.

Odwolujący wniósł o zmianę punktacji parametru „Redukcja siły w temp 23°C” na: redukcja siły w 23°C - 37-39 % - 5 punktów, względnie o usunięcie kryterium jako zbędnego wobec wartości parametrów granicznych.

Parametr „Odształcenie pionowe w temp. 23 °C” - Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wymaga wartości 1,7-1,9 mm, wymagania WA i PZŁA to 0,6-2,5 mm, parametr systemu Conica to 1,8 mm, a parametr systemu Tetrapur to 1,7 mm.

Zgodnie z instrukcją WA „Certification System: Track and Runaway Synthetic Surface Testing Specifications” dynamiczna interakcja między stopą a nawierzchnią jest istotna z punktu widzenia osiąganych wyników, a także bezpieczeństwa sportowców, stąd zdolność nawierzchni do odkształcenia się pod naciskiem jest istotna. Zbyt wysoka wartość odkształcenia pionowego może wpływać na bezpieczeństwo sportowców przez destabilizację stopy podczas biegu, zbyt niska natomiast może być przyczyną urazów ze względu na zbyt wysoką siłę uderzenia. Wartość odkształcenia pionowego powinna według WA i PZŁA mieścić między 0,6 mm a 2,5 mm, w całym zakresie temperatur 10°C-40°C. Odwołujący wniósł w zakresie parametru „Odształcenie pionowe w temp. 23°C” o zmianę zasad punktacji na: 1,7-1,9 mm, względnie o usunięcie kryterium jako zbędnego wobec wartości parametrów granicznych.

Parametr „Współczynnik tarcia TRRL” - Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wymaga wartości 50-61, wymagania WA i PZŁA to > 47, parametr systemu Conica to 53,

a parametr systemu Tetrapur to 61.

Norma PN-EN 14877:2014 określa wymagania dla tarcia dla nawierzchni mokrej 55-110, dla nawierzchni suchej na 80-110, natomiast World Athletics na > 47 dla nawierzchni mokrej. Wyższa wartość tarcia zapewnia lepszą przyczepność obuwia do nawierzchni i minimalizuje ryzyko poślizgnięcia, a w konsekwencji zwiększa bezpieczeństwa użytkowników nawierzchni. Norma PN-EN 14877:2014 określa górną graniczną wartość dla tarcia na 110, ponieważ przy jego zbyt wysokich wartościach, szczególnie w przypadku dynamicznych sportów, w których dochodzi do częstych i nagłych zmian kierunku ruchu, ryzyko odniesienia kontuzji jest zwiększone.

Ze specyfikacji warunków zamówienia wynika, że preferowana w świetle kryterium jakościowego jest nawierzchnia bardziej śliska. Zatem pomimo że system Tetrapur ENZ IIIIM posiada parametr na lepszym poziomie niż preferowany Conipur, to kryterium oceny ofert preferuje niższą wartość, co jest nieracjonalne i nie ma nic wspólnego z kryterium jakościowym, trudno bowiem uznać za takie kryterium które premiuje gorsze parametry. Odwołujący wniósł o zmianę zasad punktacji podkryterium „Współczynnik tarcia TRRL” na: 50-61, względnie o usunięcie kryterium jako zbędnego wobec wartości parametrów granicznych.

Wybór kryteriów oceny ofert nie może być dowolny i zależny od nieograniczonego uznania podmiotu zamawiającego. Muszą one mieć charakter obiektywny, nienaruszający zasady równego traktowania wszystkich wykonawców. W ocenie Odwołującego kryterium oceny P jest w okolicznościach sprawy całkowicie wadliwe.

Dowodem na to, że jedynym celem kryterium oceny P w odniesieniu do nawierzchni Full Pur jest eliminacja nawierzchni Tetrapur ENZ IIIIM, są wartości punktowane w kryterium P dla nawierzchni kauczukowej, które są odmienne. Zgodnie ze specyfikacją warunków

zamówienia punkty za parametry techniczne oferowanej nawierzchni zostaną przyznane według następujących zasad:

- 1) W przypadku zaoferowania nawierzchni z pełnego poliuretanu:
 - a) grubość wierzchniej warstwy - min 4 mm - 5 punktów,
 - b) wytrzymałość na rozciąganie - 0,70-0,75 MPa - 5 punktów,
 - c) wydłużenie względne przy zerwaniu - 62-68 % - 5 punktów,
 - d) redukcja siły 23°C - 37-38 % - 5 punktów,
 - e) odkształcenie pionowe w 23°C - 1,8-1,9 - 5 punktów,
 - f) współczynnik tarcia TRRL - 50-55 - 5 punktów.
- 2) W przypadku zaoferowania nawierzchni syntetycznej prefabrykowanej kauczukowej:
 - a) grubość wierzchniej warstwy - min 6 mm - 5 punktów,
 - b) wytrzymałość na rozciąganie - 0,60-1,00 Mpa - 5 punktów,
 - c) wydłużenie względne przy zerwaniu - 116-170 % - 5 punktów,
 - d) redukcja siły w 23°C - 35-38 % - 5 punktów,
 - e) odkształcenie pionowe w 23°C - 0,8-1,9 - 5 punktów,
 - f) współczynnik tarcia TRRL - 47-50 - 5 punktów.

Wartości, które są punktowane dla nawierzchni kauczukowej, są na poziomach nawierzchni Tetrapur ENZ III M, a jednak nawierzchnia ta nie uzyskuje punktów. Przy tym żadne wytyczne, regulacje i wymagania organizacji lekkoatletycznych nie różnicują wartości parametrów nawierzchni bieżni w zależności od tego, czy jest to bieżnia wykonana z materiału Full Pur, czy kauczuku. Nawierzchnie lekkoatletyczne charakteryzują się uniwersalnymi parametrami, ponieważ są dopuszczone do rozgrywania takich samych konkurencji i tylko takie same parametry nawierzchni gwarantują, że wyniki, jakie uzyskują zawodnicy, są niezależne od rodzaju materiału z którego wykonano bieżnię, porównywalne. Odwołujący wniósł o usunięcie zróżnicowania podkryterium oceny ofert P w zależności od rodzaju nawierzchni (Full Pur/kauczukowa) i ujednolicenie kryterium (P) dla nawierzchni.

W ramach zarzutu dotyczącego wadliwych kryteriów oceny ofert w kryterium „Rodzaj oferowanej nawierzchni (N)” - waga kryterium 5% odwołujący wskazał, że zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia ocena ofert w kryterium rodzaj oferowanej nawierzchni dokonana zostanie na podstawie informacji podanych przez wykonawcę w formularzu ofertowym. Za zaoferowanie nawierzchni syntetycznej poliuretanowej (Full Pur) wykonawca uzyskuje 0 punktów, zaś za zaoferowanie nawierzchni syntetycznej prefabrykowanej kauczukowej - 5 punktów.

Zdaniem odwołującego punktacja w tym kryterium ma charakter całkowicie uznaniowy i nie powiązany z żadnymi szczególnymi właściwościami ani cechami jakościowymi nawierzchni kauczukowej w stosunku do Full Pur. Najlepszym dowodem na to jest fakt, że imprezy sportowe najwyższej rangi mogą być rozgrywane zarówno na nawierzchniach Full Pur, jak i kauczukowych. Jedyne wymagania dla możliwości rozgrywania imprez sportowych w odniesieniu do bieżni mają związek nie z materiałem, z którego są wykonane, ale konkretnymi parametrami technicznymi czy certyfikatem jakości wykonania nawierzchni na obielicie. Ani wytyczne PZLA, ani WA/IAAF nie różnicują obydwu rodzajów nawierzchni

1 formułują tożsame wymagania graniczne odnoszące się do parametrów technicznych w uniwersalny sposób.

Nawierzchnie kauczukowe są jedynie droższe w zakupie, a także mniej trwałe (szybsza utrata właściwości wskutek twardnienia materiału spowodowana promieniowaniem słonecznym oraz wpływem czynników atmosferycznych).

Odwołujący wniósł o usunięcie kryterium oceny N jako niezwiązanego z żadnymi lepszymi parametrami, cechami czy właściwościami jakościowymi nawierzchni kauczukowej w relacji do nawierzchni Full Pur.

Odwołujący przedstawił swoje stanowisko również w pismach procesowych z 2 i 10 lutego

2022 r. oraz podczas rozprawy.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w części obejmującej żądanie modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia z uwagi na dokonanie przez Zamawiającego zmiany opisu przedmiotu zamówienia, a w pozostałym zakresie - o oddalenie odwołania, a także zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania według norm przepisanych.

Zamawiający wskazał, że 25 stycznia 2022 r. dokonał zmiany treści specyfikacji warunków zamówienia w zakresie załącznika nr 9a „Opis przedmiotu zamówienia - uzupełnienie”, ust.

2 pkt 1 ppkt 1 od słów: „Służy do pokrywania”, który otrzymał brzmienie: „Służy do pokrywania nawierzchni bieżni lekkoatletycznych, sektorów i rozbiegów konkurencji technicznych zawodów lekkoatletycznych na obiektach, na których odbywają się imprezy rangi mistrzostw Polski lub mistrzostw Świata lub Europy oraz międzynarodowe mityngi World Athletics i European Athletics.” oraz ust. 2 pkt 2 ppkt 5, który otrzymał brzmienie: „Dodatkowo stawia się warunek, aby oferowana nawierzchnia do zastosowania na przedmiotowym obiekcie była zainstalowana na minimum dwóch stadionach wykonanych w warunkach klimatycznych zbliżonych do panujących w Polsce, posiadających certyfikat World Athletics (IAAF) Class 1. Nawierzchnia powinna być zgodna z najnowszymi wymaganiami PZLA i należeć do grupy produktów zainstalowanych na stadionach, na których odbyły się imprezy rangi mistrzostw Polski lub mistrzostw Świata lub Europy oraz międzynarodowe mityngi World Athletics i European Athletics.”

W związku z tak dokonaną zmianą podniesiony zarzut stał się bezprzedmiotowy. Zgodnie z treścią zmienionej specyfikacji warunków zamówienia, jeśli nawierzchnia poliuretanowa służy do pokrywania nawierzchni bieżni lekkoatletycznych, sektorów i rozbiegów konkurencji technicznych zawodów lekkoatletycznych na obiektach, które służą do rozgrywania któregośkolwiek z rodzajów zawodów wskazanych w specyfikacji warunków zamówienia, to każda tego rodzaju nawierzchnia mieści się w opisie przedmiotu zamówienia. Przeciwnie twierdzenia świadczą o próbie nadinterpretacji treści specyfikacji przez Odwołującego w sposób, który ma usankcjonować jego argumentację.

Co do żądania „zmiany w zakresie kryteriów oceny ofert w specyfikacji warunków zamówienia - zgodnie z uzasadnieniem odwołania”, Zamawiający wskazał, że uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego powinno odbywać się przede wszystkim z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji. W ocenie Zamawiającego wybiórcze przedstawianie przez Odwołującego poszczególnych parametrów, które w jego ocenie mają zostać zmienione, zmierza wyłącznie do wymuszenia na Zamawiającym takich zmian, które faworyzowałyby nawierzchnię Odwołującego, co nie ma nic wspólnego z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji. O charakterystyce nawierzchni może stanowić bowiem wyłącznie całokształt parametrów technicznych, nie zaś pojedyncze parametry, jak zdaje się sugerować to Odwołujący, który kwestionuje wyłącznie te parametry, których oferowana przez niego nawierzchnia nie spełnia.

Zakres przedmiotu zamówienia wyznaczany jest przede wszystkim potrzebami Zamawiającego. Przestrzeganie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie oznacza konieczności rezygnowania przez zamawiającego ze swoich uzasadnionych potrzeb. Zamawiający nie powinien obniżać swoich wymagań co do przedmiotu zamówienia jedynie w celu zrównania szans poszczególnych wykonawców. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest przede wszystkim procedurą zakupową mającą na celu otrzymanie przez zamawiającego świadczenia, które będzie odpowiadać jego potrzebom. To wykonawcy winni dostosować się do uzasadnionych potrzeb zamawiającego, a nie zamawiający do możliwości wykonawców w zakresie oferowanego przedmiotu świadczenia.

Zamawiający, dokonując analizy potrzeb w zakresie konstrukcji rozbudowywanego stadionu lekkoatletycznego, brał przede wszystkim pod uwagę lokalne uwarunkowania i potrzeby środowiska lekkoatletycznego. Na terenie gminy działa Lekkoatletyczny Klub Sportowy Jelonki. Przebudowa stadionu miała doprowadzić przede wszystkim do stworzenia zawodnikom warunków do trenowania na obiekcie spełniającym profesjonalne wymogi. Tego rodzaju obiekt umożliwi również przeprowadzanie profesjonalnych zawodów sportowych, a wyniki na nich uzyskiwane będą uznawane przez PZLA za oficjalne. Stworzy to szansę rozwoju młodych sportowców oraz większe możliwości dostrzeżenia ich wyników sportowych i dalszego rozwoju kariery sportowej. Brak profesjonalnego dostosowanego do możliwości współzawodnictwa na najwyższym poziomie stadionu powoduje konieczność wyjazdów w celu odbywania treningów, a także uniemożliwia organizowanie zawodów, w których

zawodnicy mogliby podnosić swoje sportowe osiągnięcia. Zamawiający, planując inwestycję, kierował się również opiniami PZLA i Warmińsko-Mazurskiego Związku Lekkiej Atletyki, które to organizacje dostrzegały konieczność zbudowania obiektu certyfikowanego według standardów PZLA pod kątem możliwości organizowania oficjalnego współzawodnictwa w lekkiej atletyce. Wynikiem uzgodnień był wybór przez projektanta parametrów nawierzchni bieżni stadionu. Parametry techniczne nawierzchni, co wynika ze znajdującej się w dokumentach postępowania dokumentacji projektowej, zostały zaprojektowane po szeregu uzgodnień dokonywanych z Polskim Związkiem Lekkiej Atletyki. Określając parametry techniczne nawierzchni bieżni Zamawiający miał na uwadze bezpieczeństwo sportowców i ich ochronę przed urazami podczas treningów i zawodów, ale również stworzenie możliwości do współzawodnictwa na najlepszym poziomie, gdyż tylko to może zapewnić zawodnikom dalszy rozwój ich karier sportowych.

Kryteria oceny ofert zawierają parametry techniczne, które w ocenie Zamawiającego są najbardziej optymalne z punktu widzenia jego potrzeb. Natomiast Odwołujący, zgłaszając zarzut niewłaściwego określenia parametrów technicznych, próbuje przymusić Zamawiającego do przyjęcia produktu o niższym standardzie jakości. Z punktu widzenia legalności działania zamawiającego, wymogiem dyspozycji art. 16 ust. 1 i art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest stworzenie przez niego wykonawcom równych warunków ubiegania się o dane zamówienie i jego realizacji. W rzeczywistości nie oznacza to jednak bezwzględnej równości pomiędzy samymi wykonawcami, każdy z nich bowiem będzie charakteryzował się innymi cechami w zakresie doświadczenia, umiejętności, możliwości finansowych i personalnych, umiejętności zdobywania klientów itd. Uczciwa konkurencja pomiędzy nimi zaś powinna się sprowadzać do tego, by wybrana została najlepsza oferta, a nie do „równania w dół”.

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko również podczas rozprawy.

III Stanowisko przystępującego Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca

I. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe

GRETASPORT I. S.

Przystępujący poparł stanowisko Odwołującego, swoje stanowisko Przystępujący przedstawił w piśmie procesowym z 10 lutego 2022 r. oraz podczas rozprawy.

IV Stanowisko przystępującego Tamex Obiekty Sportowe S.A.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca

Tamex Obiekty Sportowe S.A.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego, swoje stanowisko Przystępujący przedstawił w pismach procesowych z 2 i 11 lutego 2022 r. oraz podczas rozprawy.

V Stanowisko Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania, tj. treść specyfikacji warunków zamówienia oraz dokonanych jej modyfikacji nie jest sporny między Stronami i Przystępującymi.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępujących, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez Zamawiającego, złożonych pism oraz stanowisk Stron i Przystępujących przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Izba wzięła pod uwagę dokumenty przedstawione przez Strony i Przystępujących jako dowody uznając, że ze względu na ich charakter mają one status stanowiska odpowiednio Stron i Przystępujących, którzy je złożyli.

W odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 16 pkt 1 i 3, art. 17 ust. 1 i 2, art. 99 ust. 2, art. 239 ust. 2, art. 241 ust. 3, art. 242 ust. 2 ustawy Prawo zamówień

publicznych.

Przywołane przepisy stanowią:

Art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: 1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

2. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Art. 99 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

Art. 239 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Art. 241 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: 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.

Art. 242 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: 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
- 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.

Zarzuty zawarte w odwołaniu sprowadzają się w istocie do trzech kwestii:

1. wymogu opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego oferowanej nawierzchni: „Służy do pokrywania nawierzchni bieżni lekkoatletycznych, sektorów i rozbiegów konkurencji technicznych zawodów lekkoatletycznych na obiektach, na których odbywają się imprezy rangi mistrzostw Polski, mistrzostw Świata, Europy oraz międzynarodowe mityngi World Athletics i European Athletics”,

2. kryterium oceny ofert „Parametry techniczne oferowanych nawierzchni syntetycznych (P)”

oraz

3. kryterium oceny ofert „Rodzaj oferowanej nawierzchni (N)”.

W zakresie kwestionowanego w odwołaniu wymagania dotyczącego oferowanej nawierzchni, załącznik nr 9a do specyfikacji warunków zamówienia „Opis przedmiotu zamówienia” ust. 2 pkt 1 ppkt 1, w brzmieniu: „Służy do pokrywania nawierzchni bieżni lekkoatletycznych, sektorów i rozbiegów konkurencji technicznych zawodów lekkoatletycznych na obiektach, na których odbywają się imprezy rangi mistrzostw Polski, mistrzostw Świata, Europy oraz międzynarodowe mityngi World Athletics i European Athletics.” Zamawiający wskazał, że wymóg ten po wniesieniu odwołania został zmieniony modyfikacją specyfikacji warunków zamówienia z 25 stycznia 2022 r. otrzymując brzmienie: „Służy do pokrywania nawierzchni bieżni lekkoatletycznych, sektorów i rozbiegów konkurencji technicznych zawodów lekkoatletycznych na obiektach, na których odbywają się imprezy rangi mistrzostw Polski lub mistrzostw Świata lub Europy oraz międzynarodowe mityngi World Athletics i European Athletics.” W związku z powyższym Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego jako bezprzedmiotowego.

Odwołujący wskazał jednak, że powyższa zmiana opisu przedmiotu zamówienia nie powoduje bezprzedmiotowości jego odwołania, ponieważ zamiana użytych w pierwotnej wersji wymagania przecinków na spójnik „lub” w żaden sposób nie zmienia sytuacji Odwołującego.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba umarza postępowania odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny (innej niż cofnięcie odwołania lub jego uwzględnienie przez zamawiającego) zbędne lub niedopuszczalne. Wobec stanowiska Odwołującego, który wskazał, że dokonana modyfikacja spornego postanowienia specyfikacji warunków zamówienia w żadnym wypadku nie powoduje, że merytoryczne rozpoznanie przedmiotowego zarzutu stało się zbędne, a nowa treść postanowienia nadal nie jest dla niego satysfakcjonująca i nie zmienia jego sytuacji w postępowaniu, Izba uznała, że nie ma podstaw do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o dyspozycję art. 568 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się ze stanowiskami Stron i Przystępujących Izba uznała, że przedmiotowy zarzut potwierdził się.

Jak wynika ze stanowiska Zamawiającego, przedmiotowy wymóg został podyktowany chęcią uzyskania nawierzchni po pierwsze - o odpowiedniej jakości, po drugie, jak określił to Zamawiający „nawierzchni nie teoretycznej, lecz sprawdzonej w praktyce”, po trzecie - chęcią ewentualnej organizacji zawodów i imprez o odpowiedniej kategorii (ogólnopolskiej), które wymagają danej klasy nawierzchni, po czwarte zaś - potrzebą poczucia dla sportowców i mieszkańców miasta pewnego prestiżu, jaki wiąże się z posiadaniem stadionu z nawierzchnią wyższej klasy.

Powyższe założenia Zamawiającego są zrozumiałe. Jednak, w ocenie Izby, Zamawiający nie zastosował w tym zakresie odpowiedniego, proporcjonalnego narzędzia i w żaden sposób nie udowodnił ani nawet przekonująco nie uzasadnił, że osiągnięcie powyższych założeń może nastąpić akurat przy zastosowaniu wymogu o tym konkretnym brzmieniu. Nie można również nie przyznać racji argumentacji Odwołującego i przystępującego po jego stronie wykonawcy GRETASPORT co do nieadekwatności tych założeń do rodzaju i klasy zamawianego obiektu.

W swojej argumentacji Odwołujący wskazał, że oferowana przez niego nawierzchnia spełnia wymagania World Athletics i Polskiego Związku Lekkiej Atletyki co do parametrów pozwalających na organizację tego typu imprez, jak wymienione w wymogu, jednak problemem jest, że stadiony, na których znajduje się jego nawierzchnia, takich imprez nie organizowały - z różnych przyczyn.

Izba zgodziła się tu z Odwołującym, że organizacja imprez typu wskazanego przez Zamawiającego w wymogu nie jest związana jedynie z rodzajem nawierzchni bieżni lekkoatletycznej i jej jakością, ale, przede wszystkim, okolicznościami od niej niezależnymi, jak chęć właściciela obiektu sportowego do organizacji tego typu imprez; warunków danego obiektu sportowego i miejscowości, w której się on znajduje, jak jego klasa, kwatery dla zawodników, jadalnia, inne budynki obiektu; atrakcyjności lokalizacji obiektu, np. w górach, nad morzem, jak też jego dostępności komunikacyjnej; długości listy chętnych do organizacji tego typu imprez i decyzji organizacji sportowych o organizacji zawodów danej rangi właśnie na danym stadionie itd.

W związku z powyższym Izba uznała, że przedmiotowe wymaganie w obowiązującym brzmieniu nie referuje wprost do jakości nawierzchni, jest nadmierne i nakazała zmianę specyfikacji warunków zamówienia poprzez usunięcie wymagania lub jego zmianę zgodnie z żądaniami odwołania - przy czym za żądanie odwołania uznała również stanowisko Odwołującego wyrażone podczas rozprawy, zgodnie z którym wystarczająca jest zmiana brzmienia wymogu, która odnosiłaby się nie do zorganizowania takich zawodów w przeszłości („ obiektach, na których odbywają się imprezy rangi...”), ale do samej możliwości technicznej organizacji tego typu imprez ze względu na posiadane przez nawierzchnię parametry techniczne i certyfikaty wymagane do organizacji tego typu imprez. Decyzja, czy sporny wymóg zostanie usunięty, czy zmieniony zgodnie z powyższym wskazaniem, należy do Zamawiającego.

Co zaś do twierdzenia Zamawiającego, że dzięki powyższemu wymaganiu nawierzchnia nie byłaby jedynie nawierzchnią „teoretyczną”, lecz sprawdzoną, jak też kwestii prestiżu, Izba zauważa, że lepszym narzędziem mogłoby tu być kryterium oceny ofert, które pozwalałoby na odniesienie się do większej niż wymagana obecnie jedna impreza danego typu i odpowiednie punktowanie zarówno liczby imprez, jak i ich rangi. Jakkolwiek również w tym przypadku warunkiem jest, że Zamawiający potrafiłby zarówno brzmienie samego kryterium, jego wagi, jak i ustalonej punktacji odpowiednio uzasadnić.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego nieprawidłowego ustalenia parametrów w kryterium „Parametry techniczne oferowanych nawierzchni syntetycznych (P)” Izba uznała, że zarzut potwierdził się.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału XX specyfikacji warunków zamówienia „Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert”, jednym z kryteriów oceny ofert jest kryterium „Parametry techniczne oferowanych nawierzchni syntetycznych (P)”. Ocena ofert w tym kryterium na zostać dokonana na podstawie informacji podanych przez wykonawcę w formularzu ofertowym, potwierdzonych raportem z badań wydanym w celu uzyskania certyfikatu produktowego World Athletics (IAAF), wykonanym przez niezależne akredytowane przez World Athletics (IAAF) laboratorium, który wykonawca załączy do oferty. Wskazanie parametrów nie mieszczących się w przedziałach określonych w kryterium lub niezałączenie raportu z badań WA do oferty spowoduje naliczenie 0 punktów w kryterium. Punkty za parametry techniczne oferowanej nawierzchni zostaną przyznane według następujących zasad:

1) W przypadku zaoferowania nawierzchni z pełnego poliuretanu:

- a) grubość wierzchniej warstwy - min 4 mm - 5 punktów,
- b) wytrzymałość na rozciąganie - 0,70-0,75Mpa - 5 punktów,
- c) wydłużenie względne przy zerwaniu - 62-68 % - 5 punktów,
- d) redukcja siły w 23°C - 37-38 % - 5 punktów,
- e) odkształcenie pionowe w 23°C -1,8-1,9 - 5 punktów,
- f) współczynnik tarcia TRRL - 50-55 - 5 punktów.

2) W przypadku zaoferowania nawierzchni syntetycznej prefabrykowanej kauczukowej:

- a) grubość wierzchniej warstwy - min 6 mm - 5 punktów,
- b) wytrzymałość na rozciąganie - 0,60-1,00 Mpa - 5 punktów,
- c) wydłużenie względne przy zerwaniu -116-170 % - 5 punktów,
- d) redukcja siły w 23°C -35-38% - 5 punktów,
- e) odkształcenie pionowe w 23°C - 0,8-1,9 - 5 punktów,
- f) współczynnik tarcia TRRL - 47-50 - 5 punktów.

Odwołujący zakwestionował zarówno wskazane przez Zamawiającego wartości liczbowe parametrów wymienionych w odwołaniu, jak i sam fakt nieuzasadnionego różnicowania parametrów dla oferowanej nawierzchni z pełnego poliuretanu i nawierzchni syntetycznej prefabrykowanej kauczukowej.

Zamawiający w swoim stanowisku przedstawianym w ramach postępowania odwoławczego

w żaden sposób (nawet jednym konkretnym zdaniem) nie uzasadnił, dlaczego kwestionowanym parametrom przypisał akurat takie wartości liczbowe, a nie inne, jak też dlaczego zastosował inne wartości liczbowe parametrów dla oferowanej nawierzchni z pełnego poliuretanu, a inne dla nawierzchni syntetycznej prefabrykowanej kauczukowej. W związku z powyższym Izba uznała zarzut odwołania za uzasadniony i nakazała Zamawiającemu zmianę specyfikacji warunków zamówienia poprzez usunięcie spornego kryterium lub jego zmianę zgodnie z żądaniami odwołania.

Należy tu podkreślić, że - wbrew twierdzeniu Zamawiającego - to nie tylko Odwołujący jest zobowiązany uzasadnić swoje zarzuty i twierdzenia podnoszone w odwołaniu, ale także Zamawiający wykazać, jakie to jego uzasadnione potrzeby realizują dane wymogi. I nie chodzi tu o ogólne twierdzenia o lepszej jakości podłoża, potencjalnych lepszych osiągnięciach sportowych zawodników, czy rozwoju miasta, jakie podnosił Zamawiający, jak też, która nawierzchnia jest w jego lub powszechnej opinii lepsza, ale o to, jaki konkretny wpływ na ową jakość będzie miało przyznanie dodatkowych punktów akurat tym wartościom liczbowym parametrów i w jaki sposób spowoduje to lepszą realizację jego złożenia co do wyższej jakości podłoża. Oczywiście samo stwierdzenie, że chciałby uzyskać konkretną nawierzchnię, nie jest takim uzasadnieniem.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego nieprawidłowego ustalenia parametrów w kryterium „Rodzaj oferowanej nawierzchni (N)” Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału XX specyfikacji warunków zamówienia „Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert”, jednym z kryteriów oceny ofert jest kryterium „Rodzaj oferowanej nawierzchni (N)” z wagą 5%.

Ocena ofert w tym kryterium ma zostać dokonana na podstawie informacji podanych przez wykonawcę w formularzu ofertowym (nazwa, rodzaj i producent oferowanej nawierzchni) w następujący sposób: zaoferowanie nawierzchni syntetycznej poliuretanowej - 0 punktów, zaoferowanie nawierzchni syntetycznej prefabrykowanej kauczukowej - 5 punktów.

W ocenie Izby jest to jedyne kryterium, którego zastosowanie Zamawiający usiłował racjonalnie uzasadnić wskazując m.in., że jest to nawierzchnia, której sposób układania powoduje mniejsze prawdopodobieństwo wystąpienia wad nawierzchni przy błędach wykonawcy, jak też łatwiejsze i mniej kosztowne jej naprawy, nie powodujące przy „łatach”

utrąty jednolitej powierzchni w takim stopniu jak przy nawierzchni syntetycznej

poliuretanowej, większą trwałość w czasie, jak też jej większą w stosunku do nawierzchni syntetycznej poliuretanowej wytrzymałość, w tym m.in. na uszkodzenia od obuwia do gry w piłkę nożną, których to uszkodzeń w praktyce nie da się uniknąć ze względu na to, że planowany obiekt ma być stadionem piłkarsko-lekkoatletycznym.

Powyższym cechom nawierzchni syntetycznej prefabrykowanej kauczukowej nie zaprzeczył skutecznie Odwołujący ani przystępujący po jego stronie wykonawca GRETASPORT.

W związku z powyższym Izba uznała, że nawierzchnia syntetyczna prefabrykowana kauczukowa posiada właściwości, które - co najmniej w przekonaniu Zamawiającego - świadczą o jej wyższej wartości użytkowej w stosunku do nawierzchni syntetycznej poliuretanowej, a tym samym i jakości; wzięła przy tym pod uwagę założoną wagę kryterium w wysokości 5%, którą uznała za proporcjonalną i w tym zakresie zarzut odwołania oddaliła.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 1, § 5, § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3 i ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości nie przekraczającej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych, wynosi 10.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę i wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3.600 złotych.

Z kolei § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 rozporządzenia stanowi, że w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, a Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła, a koszty, o których mowa w w sposób określony powyżej lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i zamawiającym, przy czym, zgodnie z § 7 ust. 6 koszty rozdzielone stosunkowo zaokrągla się w górę do pełnych złotych.

Izba uwzględniła zatem uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 10.000 złotych oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600 złotych i zasądziła proporcjonalny podział kosztów pomiędzy Strony w stosunku do uwzględnionych (2) i oddalonych zarzutów (1).

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący:.....