Sygn. akt: KIO 1128/22

WYROK

z dnia 16 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 12 maja 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę BSG Sp. z o.o., z siedzibą w Zgierzu,

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Dobre Miasto,

przy udziale wykonawcy I. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S., Dąbrowa Górnicza,

zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu wprowadzenie zmian w specyfikacji warunków zamówienia w kryterium oceny ofert „Rodzaj oferowanej nawierzchni (N)" poprzez obniżenie wagi tego kryterium z 30% do 5%.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Dobre Miasto i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę BSG Sp. z o.o., z siedzibą w Zgierzu tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od zamawiającego Gminy Dobre Miasto na rzecz wykonawcy BSG Sp. z o.o., z siedzibą w Zgierzu kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu od odwołania i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 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 1128/22

UZASADNIENIE

W dniu 25 kwietnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy BSG Sp. z o.o., z siedzibą w Zgierzu (dalej „Odwołujący") zarzucając zamawiającemu Gminie Dobre Miasto (dalej „Zamawiający") naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa stadionu lekkoatletycznego, piłkarskiego wraz z zagospodarowaniem przyległego terenu i infrastrukturą techniczną przy ul. Olsztyńskiej 14 w Dobrym Mieście": naruszenie: (i) art. 16 pkt 1 i 3 PZP 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)" i wagi zastosowanego kryterium na poziomie 30%; (2) art. 17 ust 1 oraz 2 PZP poprzez zastosowanie w postępowaniu w celu wyboru oferty najkorzystniejszej, kryterium o wadze nie zapewniającej najlepszej jakości, uzasadnionej charakterem zamówienia i nie prowadzącej do uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów; (3) art. 239 ust 2 PZP przy zastosowaniu wagi kwestionowanego kryterium oceny prowadzącego do uznania za najkorzystniejszą oferty, która nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny; (4) art. 239 ust 2 Pzp przez nieuzasadnioną dodatkową punktację na poziomie 30% dla nawierzchni syntetycznej prefabrykowanej kauczukowej („Rodzaj oferowanej nawierzchni (N)"), w sytuacji gdy parametry nawierzchni bieżni lekkoatletycznych muszą być takie same bez względu na rodzaju materiału z jakiego są wykonane, a Izba orzeczeniem sygn. akt KIO 157/22 uznała, że dopuszczalne jest zastosowanie jako kryterium jakościowego „rodzaj oferowanej nawierzchni" i przyznanie w jego ramach maksymalnie 5 pkt za zaoferowanie nawierzchni syntetycznej prefabrykowanej kauczukowej. Waga zastosowanego w wyniku zmiany kryterium oceny ofert „Rodzaj oferowanej nawierzchni (N)" ograniczyła, a praktycznie wykluczyła możliwość realnego konkurowania przez wykonawców oferowanymi produktami, poprzez całkowitą dyskryminację nawierzchni typu Full PUR choć nawierzchnia ta jest co najmniej równoważna, a w wielu parametrach lepsza niż faworyzowana nadmiernie i w nieuprawniony sposób nawierzchnia prefabrykowana kauczukowa.

Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego odwołania, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem, a także o: zmianę w zakresie kryterium oceny ofert w SWZ poprzez: w kryterium „Rodzaj oferowanej nawierzchni (N)" poziomu zgodnego z orzeczeniem sygn. akt KIO 157/22 tj. maksymalnie 5 % za zaoferowanie nawierzchni syntetycznej prefabrykowanej kauczukowej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje zgodnie z Załącznikiem nr 9a do SWZ roboty budowlane polegające na przebudowie stadionu lekkoatletycznego, piłkarskiego wraz z zagospodarowaniem przyległego terenu i infrastrukturą techniczną w Dobrym Mieście, w tym:

1) boiska piłkarskiego o wymiarach 105,0 m x 68,0 m o nawierzchni trawiastej naturalnej

2) 4-torowej bieżni lekkoatletycznej okrężnej o długości 400.0 m.

3) 6-torowej bieżni prostej do biegów na 100.0 i 110,0 m.

4 skoczni do skoku wzwyż,

5) dwóch skoczni do skoku w dal i trójskoku,

6) rzutni do pchnięcia kulą,

7) rzutni do rzutu oszczepem,

8) skoczni do skoku o tyczce

9) obiektów dodatkowych, w tym boiska do siatkówki i boiska do koszykówki.

Kategoria obiektu: VA - obiekty sportu i rekreacji.

Zgodnie z SWZ 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 certyfikowana 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. Dodatkowo Zamawiający stawia warunek, aby oferowana nawierzchnia do zastosowania na przedmiotowym obiekcie była 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.

Przebieg postępowania

Pierwsze postępowanie w sprawie.

Odwołujący wskazał, że aktualne postępowanie jest już drugim postępowaniem na analogiczny przedmiot zamówienia — poprzednie postępowanie (FR.271.3.2021) zostało unieważnione, co należy podkreślić również w tamtym postępowaniu wnoszone były środki ochrony prawnej wskazujące na istnienie szeregu naruszeń przepisów.

W postępowaniu pierwszym Zamawiający sporządził opis przedmiotu zamówienia dopuszczając tylko nawierzchnię poliuretanową — i w tym zakresie wyeliminował całkowicie możliwość zaoferowania innej nawierzchni niż CONIPUR, producenta CONICA. Wobec powyższych ograniczeń zostało złożone odwołanie do KIO którego żądanie dotyczyło dopuszczenia nawierzchni poliuretanowej TETRAPUR producenta BSG. Zamawiający odwołanie to uwzględnił w całości.

Jednocześnie Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ i przerzucił sporne parametry nawierzchni do kryteriów oceny ofert, tj. dopuścił pozornie nawierzchnię Odwołującego (nawierzchnia TETRAPUR), jednakże w taki sposób sformułował kryteria oceny, aby wyłącznie nawierzchnia CONIPUR otrzymywała punkty w ramach kryterium. Wobec powyższych zmian zostało wniesione przez BSG kolejne odwołanie do Izby.

Zamawiający przed terminem rozprawy dokonał czynności otwarcia ofert w tym postępowaniu. Okazało się wtedy, że oferty złożyło 3 Wykonawców oferujących włącznie nawierzchnię CONIPUR - a zatem potwierdziły się w całości zarzuty o ograniczeniu konkurencji przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że ostatecznie Zamawiający unieważnił to postępowanie z powodu braku możliwości sfinansowania zamówienia za oferowane ceny. W konsekwencji również odwołanie — jako bezprzedmiotowe zostało wycofane.

Przebieg aktualnego postępowania

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 19 listopada 2021 roku ponownie ogłosił postępowanie na analogiczny przedmiot zamówienia, w którym powielił kwestionowane w pierwszym postępowaniu parametry zarówno opisu przedmiotu zamówienia, jak i kryteria oceny ofert. Różnicą było wyłącznie to, że w pierwszym postępowaniu istniała możliwość zaoferowania wyłącznie nawierzchni poliuretanowej, zaś w aktualnie toczącym się postępowaniu Zamawiający dopuścił nawierzchnię kauczukową. Mimo teoretycznego poszerzenia konkurencji o drugą nawierzchnię nadal Zamawiający tak opisał parametry nawierzchni poliuretanowej, że mogła je spełnić pierwotnie tylko nawierzchnia CONIPUR. BSG w dniu 24 listopada 2021r. wniósł odwołanie do Izby kwestionując zarówno parametry

opisu przedmiotu zamówienia, jak i kryteria oceny ofert Zamawiający w dniu 1 grudnia 2021 roku uwzględnił to odwołanie w całości (sygn. akt KIO 3432/21) wskazując, że dokona modyfikacji SWZ zgodnie z żądaniami Odwołującego. W konsekwencji uwzględnienia odwołania postępowanie przez Krajową Izbą Odwoławczą zostało umorzone.

Mimo uwzględnienia odwołania, Zamawiający dokonał modyfikacji treści SWZ w dniu 14 stycznia 2022 roku, w której nie dokonał jednak zmiany zgodnie z żądaniami uwzględnionego odwołania. Zamawiający bowiem wyłącznie zmienił parametry graniczne nawierzchni dopuszczając nawierzchnię TETRAPUR jednocześnie jednak wprowadził do SWZ nowe ograniczenia, które nie pozwalały na udział w tym postępowaniu Wykonawcom z nawierzchnią TETRAPUR. Równocześnie Zamawiający nie zmodyfikował kryteriów oceny ofert, mimo iż odwołanie z listopada 2021 roku zawierało zarzuty i wnioski w tym zakresie, a Zamawiający czynnością z dnia 1 grudnia 2021 roku uznał to odwołanie w całości.

Odwołujący wskazał, że wobec modyfikacji SWZ BSG w dniu 19 stycznia 2022r. wniósł kolejne odwołanie do Izby. Postępowanie to zostało zakończone wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2022 roku (sygn. KIO 157/22), w którym Izba uwzględniła odwołanie w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w całości — tj. dopuszczając nawierzchnię TETRAPUR, jako nawierzchnię co najmniej tak samo dobrą jak nawierzchnia CONIPUR. Jednocześnie Izba nakazała zmianę lub usunięcie kryterium oceny ofert „parametry techniczne oferowanych nawierzchni syntetycznych".

Pomimo, że KIO w orzeczeniu sygn. KIO 157/22 uznała, że rodzaj nawierzchni kauczukowej zasługuje co najwyżej na dodatkową punktację w wysokości 5%, Zamawiający usiłował ominąć to ograniczenie i punktował w nowym kryterium oceny ofert doświadczenie kierownika budowy w układaniu wyłącznie nawierzchni kauczukowej. Kryterium to było całkowicie oderwane od oferowanej przez wykonawcę technologii — możliwe było np. uzyskanie punktacji za doświadczenie kierownika budowy w układaniu nawierzchni kauczukowej oferując technologię inną tj. Full PUR. Tak sformułowane kryterium oceny ofert zostało zakwestionowane odwołaniem przed Izbą przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S. .

Odwołujący wskazał, ze Izba orzeczeniem Sygn. akt: KIO 739/22 z dnia 7 kwietnia 2022 r w całości uwzględniła odwołanie i nakazała modyfikację kryterium Doświadczenie kierownika poprzez powiązanie go z oferowaną przez wykonawcę technologią wykonania.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający czynnością z dnia 19.04.2022r. nie uwzględnił orzeczenia Izby ale dokonał kolejnej modyfikacji SWZ i zamiast wykonać orzeczenie modyfikację kryterium oceny Doświadczenie kierownika w nakazany przez Izbę sposób, usunął to kryterium w całości, i powrócił do modyfikacji kryterium oceny Rodzaj nawierzchni.

Pomimo, że KIO orzeczeniem sygn. akt 157/22 uznała, że nawierzchnia kauczukowa zasługuje na dodatkową punktację na poziomie co najwyżej 5% w stosunku do Full PUR i w wyniku kwestionowanej aktualnym odwołaniem modyfikacji Zamawiający nadał temu kryterium wagę 30%.

W ocenie Odwołującego przebieg obydwu postępowań potwierdza, że:

- Zamawiający forsuje produkty konkretnego producenta (za pomocą parametrów odcinających bądź kryteriów oceny), uniemożliwia bądź utrudnia możliwość złożenia ofert z nawierzchnią TETRAPUR produkcji Odwołującego bez racjonalnego uzasadnienia,

- dokonuje kolejnych modyfikacji w zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert w sposób całkowicie oderwany od jakości, przedmiotu zamówienia a nawet przedmiotu oferty,

- mimo kilkukrotnego uwzględniania odwołań wnoszonych do Izby (zarówno w aktualnym jak i poprzednim postępowaniu) czynności te są całkowicie pozorne bowiem w ich wyniku albo podtrzymuje ograniczenia albo wprowadza kolejne ograniczenia.

Powyższe działania Odwołujący ocenia jako nie dość, że naruszające PZP w oczywisty sposób (co było potwierdzone orzeczeniami KIO bądź samodzielnym uwzględnianiem odwołań przez Zamawiającego) to dodatkowo całkowicie nieracjonalne i przedłużające wyłącznie czas trwania postępowania i generujące zbędne koszty ponoszone przez jednostkę sektora finansów publicznych na szkodę gminy.

Dodatkowo, jak miało to miejsce w przypadku poprzedniego unieważnionego postępowania, pomimo wniesienia odwołania wobec postanowień SWZ do KIO w zawitym terminie, przed wyznaczonym terminem rozprawy, Zamawiający dokonuje czynności otwarcia ofert. Odwołujący wskazał, że spodziewa się że w taki sam sposób może zachować się Zamawiający aktualnie. Na dzień dzisiejszy termin składania ofert w postępowaniu upływa w dniu 26.04.2022r. o godz. 10.00 zaś termin wniesienia odwołania wobec modyfikacji w dniu 25.04.2022r.

Odwołujący uprzedzając ewentualny zamiar Zamawiającego zaniechania zmiany terminu składania ofert w postępowaniu skierował do Zamawiającego w dniu 22.04.2022r. pismo z wnioskiem o dokonanie modyfikacji terminu składania ofert w sposób umożliwiający rozpoznanie sprawy przez Izbę. Dowód — pismo z dnia 22.04.2022r.

Zarzuty dotyczące wadliwej wagi kryterium oceny „Rodzaj oferowanej nawierzchni (N)"

Odwołujący wskazał, ze Zamawiający modyfikacją SWZ z dnia 19.04.2022r. dokonał zmiany w zakresie wagi kryterium oceny „Rodzaj oferowanej nawierzchni" z dotychczasowego ustalonego orzeczeniem KIO 5% na 30%

Zgodnie z kwestionowaną odwołaniem zmianą SWZ: Ocena ofert w kryterium rodzaj oferowanej nawierzchni dokonana zostanie na podstawie informacji podanych przez Wykonawcę w formularzu ofertowym. Wykonawca podaje nazwę, rodzaj i producenta oferowanej nawierzchni.

Rozdział Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, który otrzymuje nowe brzmienie:

> 1. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami ich znaczeniem:

1) Cena (C) — waga kryterium 70%

2) Rodzaj oferowanej nawierzchni (N) — waga kryterium 30%

> 2. Ocena ofert w kryterium cena zostanie dokonana poprzez zastosowanie następującego wzoru: Waga kryterium oceny ofert N i zasad oceny w ramach tego kryterium stanowi oczywiste naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady proporcjonalności oraz związania z przedmiotem zamówienia a także uczciwej konkurencji. Waga kryterium N nie jest powiązana faktycznie z premiowaniem jakości przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego kwestionowana waga kryterium stanowi naruszenie art. 17 ust 1 oraz 2 Pzp nie zapewniając najlepszej jakości i nie prowadząc do uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów. Zgodnym z ustawą Pzp 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. Waga zmodyfikowanego kryterium ma charakter całkowicie oderwany od parametrów jakościowych czy też użytkowych oraz trwałości nawierzchni.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z SWZ 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 —30 punktów. Odwołujący podkreślił, że kwestia kryterium Rodzaj oferowanej nawierzchni N była już przedmiotem orzeczenia przez KIO w sprawie

sygn. akt 157/22 z odwołania BSG.

Pierwotnie Zamawiający punktował dodatkowo nawierzchnię kauczukową na poziomie dodatkowych 5%. Odwołujący kwestionował w pierwszym złożonym odwołaniu w ogóle to

kryterium jako wadliwe.

Odwołujący wskazał, że KIO w orzeczeniu sygn. akt 157/22 ustaliła, że nawierzchnia kauczukowa względem Full PUR może zasługiwać na dodatkową punktację co najwyżej na poziomie 5% i jest to zgodne z zasadą proporcjonalności.

Odwołujący wskazał, że obowiązujące regulacje dotyczące nawierzchni sportowych zarówno na poziomie światowym (World Athletics - WA) jak i krajowym (Polski Związek Lekkiej Atletyki — PZLA) jak o obowiązująca Norma dotycząca nawierzchni obiektów sportowych (PN-EN 14877) nie różnicują w żaden sposób rodzaju nawierzchni Full PUR od kauczukowej. W szczególności: Zarząd Polskiego Związku Lekkiej Atletyki podjął decyzję o przyznawaniu organizacji zawodów rangi mistrzostw Polski (zarówno o pełnym jak i o ograniczonym programie konkurencji) gospodarzom stadionów, na których zainstalowano na bieżni i rozbiegach następujące systemy nawierzchni syntetycznych:

a) prefabrykowane nawierzchnie kauczukowe lub.

b) nawierzchnie poliuretanowe. z pełnego poliuretanu (Full PUR)

Uchwała wskazuje na konieczność spełniania wymogów przez nawierzchnie:

Wszystkie nawierzchnie instalowane na stadionach ubiegających się o dopuszczenie do rozgrywania oficjalnych zawodów.

- prefabrykowane nawierzchnie kauczukowe. nawierzchnie poliuretanowe z pełnego poliuretanu z wypełnieniem EPDM — w przypadku ubiegania się o kategorię I, II, III, IVA, VA, VIA i WIIA;

- nawierzchnie Full PUR z innym wypełnieniem niż EPDMI oraz poliuretanowe typu Sandwich - w przypadku ubiegania się o kategorię IVB, VB, VIB i VIIB

- nawierzchnie poliuretanowe typu natryskowego - w przypadku ubiegania się o kategorię VB, VIB i VIIB muszą spełniać wymagania WA dotyczące ich jakości. potwierdzone certyfikatem WA (Product Certificate) oraz spełniać wymagania PZLA.

Odwołujący wskazał, że Ministerstwo Sportu w wytycznych „BUDOWA I PRZEBUDOWA ZEWNĘTRZNYCH OBIEKTÓW LEKKOATLETYCZNYCH", potwierdza, że obydwa rodzaje nawierzchni - Full PUR i kauczukowa są całkowicie równorzędne. Publikacja wskazuje ponadto, że: W Ministerstwie zidentyfikowano przede wszystkim następujące błędy/nieścisłości dotyczące specyfikacji nawierzchni:

• wykazywanie znaczącej liczby drugorzędnych parametrów, nie mających bliższego związku z funkcjonalnością produktu (zwłaszcza parametry nieujęte w podręcznikach World Athletics, normie, dotyczące innych sportów, etc.);

• dokument nie różnicuje nawierzchni Orpu Full pur i kauczukowych;

• dokument nie zawiera odmiennych wymagań odnośnie parametrów nawierzchni typu

Full Pur i kauczukowych.

Publikacja „Nawierzchnie syntetyczne". T. Majsterkiewicz. Warszawa 2014

Dokument zawiera potwierdzenie, że wymagane parametry nawierzchni Full Pur i prefabrykowanej (kauczukowa) są takie same i brak jest powodów ich różnicowania za

pomocą kryteriów oceny. Potwierdza także, że zarówno w przypadku nawierzchni Full Pur jak i prefabrykowanej (kauczukowa) istnieją specyficzne dla poszczególnych materiałów wymagania dotyczące sposobu wykonania nawierzchni, w przypadku każdego z nich są odrębne specyficzne wymogi realizacyjne które mają wpływ na jakość nawierzchni.

Opracowanie Ministerstwa Sportu wykonane przez Instytut Sportu badania „Ocena procesu starzenia się nawierzchni syntetycznych obiektów lekkoatletycznych po 5 latach użytkowania"

Uprzedzając ewentualną argumentację Zamawiającego odnośnie rzekomej wyższej trwałości nawierzchni kauczukowej w stosunku do Full PUR (stanowisko takie było prezentowane w trakcie rozprawy sygn. KIO 157/22) Odwołujący wskazał, że najnowsze wykonane na zlecenie Ministerstwa Sportu przez Instytut Sportu badania nawierzchni „Ocena procesu starzenia się nawierzchni syntetycznych obiektów lekkoatletycznych po 5 latach użytkowania" dowodzą że jest wręcz przeciwnie - tj. nawierzchnią kauczukowa (Mondo) szybciej traci swoje właściwości i parametry. Ponadto jak wynika z dostępnych dokumentacji dla obiektów z nawierzchnią Mondo (kauczuk) nie jest ona nadzwyczajnie w stosunku do Full PUR trwała czy też odporna mechanicznie (wbrew dotychczasowym twierdzeniom Zamawiającego) — przykład modernizacja Stadionu Lekkoatletycznego AWF w Krakowie - Wymiana nawierzchni bieżni stadionu lekkoatletycznego AWF.

Odwołujący wskazał, że zarówno Dyrektywy Wspólnotowe (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, z późn. zm. - dalej jako „Dyrektywa" jak i przepisy ustawy PZP wskazują na obligatoryjny ścisły związek kryterium oceny ofert z przedmiotem zamówienia. Zgodnie z Dyrektywą - Artykuł 67 Kryteria udzielenia zamówienia - instytucje zamawiające opierają udzielanie zamówień publicznych na ofercie najkorzystniejszej ekonomicznie. Z kolei kryteria związane z przedmiotem danego zamówienia publicznego mogą np. obejmować jakość, w tym wartość techniczną, właściwości estetyczne i funkcjonalne, dostępność, projektowanie dla wszystkich użytkowników, cechy społeczne, środowiskowe i innowacyjne, handel i jego warunki. Odwołujący powołał się na wyrok KIO 1611/18, wyrok z dnia 28 sierpnia 2018 r., KIO 1029/16, wyrok z dnia 29 czerwca 2016 r. oraz akt: KIO 3667/21 z dnia 7 stycznia 2022 r.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób oczywisty preferuje wykonawcę L. Sp. z o.o. i dąży do tego, aby po raz kolejny ten właśnie wykonawca świadczył na jego rzecz usługi kolokacji. Określenie przez Zamawiającego kryterium oceny ofert, z którego już na etapie publikacji SIWZ wynika, że konkretny wykonawca otrzyma maksymalną ilość punktów w danym kryterium narusza przepisy art. 91 ust 2 ustawy Pzp w zw. z art 7 ust 1 ustawy Pzp., tj. obowiązek określenia kryteriów oceny ofert powiązanych z przedmiotem zamówienia z poszanowaniem zasady jawności, równego traktowania, zapewnienia uczciwej konkurencji i proporcjonalności. Podkreślenia wymaga, że zamawiający nie posiada w tym zakresie nieograniczonej swobody wyboru. Kryteria oceny ofert nie mogą dyskryminować wykonawców, zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia oraz muszą zapewniać wykonawcom możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Rozbudowa stadionu lekkoatletycznego, piłkarskiego wraz z zagospodarowaniem przyległego terenu i infrastrukturą techniczną przy ul. Olsztyńskiej 14 w Dobrym Mieście”.

Izba ustaliła, że przedmiotowe postępowanie jest już drugim postępowaniem na analogiczny przedmiot zamówienia. Izba ustaliła, że poprzednie postępowanie (FR.271.3.2021) zostało unieważnione z powodu braku możliwości sfinansowania zamówienia za oferowane ceny.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 19 listopada 2021 roku ponownie ogłosił postępowanie na analogiczny przedmiot zamówienia. Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert:
1. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający będzie się kierował

następującymi kryteriami i ich znaczeniem: 1) Cena (C) - waga kryterium 60%

2) Okres gwarancji (G) - waga kryterium 5%

3) Rodzaj oferowanej nawierzchni (N) - waga kryterium 5%

4) Parametry techniczne oferowanych nawierzchni syntetycznych (P) - waga kryterium - 30 %

W pkt 4 Zamawiający wskazał: Ocena ofert w kryterium rodzaj oferowanej nawierzchni dokonana zostanie na podstawie informacji podanych przez Wykonawcę w formularzu ofertowym. Wykonawca podaje nazwę, rodzaj i producenta oferowanej nawierzchni.

1) zaoferowanie nawierzchni syntetycznej poliuretanowej - 0 punktów

2) zaoferowanie nawierzchni syntetycznej prefabrykowanej kauczukowej - 5 punktów.

Izba ustaliła, że Odwołujący w dniu 24 listopada 2021 r. wniósł odwołanie do Izby kwestionując zarówno parametry opisu przedmiotu zamówienia, jak i kryteria oceny ofert. Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 1 grudnia 2021 roku uwzględnił to odwołanie w całości (sygn. akt KIO 3432/21). W konsekwencji uwzględnienia odwołania postępowanie przez

Krajową Izbą Odwoławczą zostało umorzone.

Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał modyfikacji treści SWZ w dniu 14 stycznia 2022 roku. Odwołujący w dniu 19 stycznia 2022 r. wniósł kolejne odwołanie do Izby. Postępowanie to zostało zakończone wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2022 roku (sygn. KIO 157/22), w którym Izba uwzględniła odwołanie w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w całości — tj. dopuszczając nawierzchnię TETRAPUR. Izba oddaliła zarzut dotyczący przyjętego parametru oceny ofert: „Rodzaj oferowanej nawierzchni (N) - waga kryterium 5%".

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 9 marca 2022 r. dokonał kolejnej modyfikacji SWZ w zakresie kryteriów oceny ofert, wprowadzając następujące zapisy:

Przy wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami i ich znaczeniem:

1) Cena (C) — waga kryterium 60%

2) Okres gwarancji (G) — waga kryterium 5 %

3) Rodzaj oferowanej nawierzchni (N) — waga kryterium 5 %

4) Doświadczenie kierownika budowy (D) — waga kryterium — 30 %

Izba ustaliła, w wyniku odwołania wniesionego przez Przystępującego, wyrokiem o sygn. akt: KIO 739/22 z dnia 7 kwietnia 2022 r., Izba w całości uwzględniła odwołanie i nakazała modyfikację kryterium Doświadczenie kierownika poprzez powiązanie go z oferowaną przez wykonawcę technologią wykonania.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 19.04.2022 r. dokonał kolejnej modyfikacji SWZ i usunął to kryterium w całości, i powrócił do modyfikacji kryterium oceny Rodzaj nawierzchni

poprzez wprowadzenie zapisu: Rodzaj oferowanej nawierzchni (N) - waga kryterium 30%.

Ocena ofert w kryterium rodzaj oferowanej nawierzchni dokonana zostanie na podstawie

informacji podanych przez Wykonawcę w formularzu ofertowym.

Wykonawca podaje nazwę, rodzaj i producenta oferowanej nawierzchni.

1) zaoferowanie nawierzchni syntetycznej poliuretanowej — Zamawiający przyzna 0 punktów;
2) zaoferowanie nawierzchni syntetycznej prefabrykowanej kauczukowej — Zamawiający przyzna 30 punktów.

Izba zważyła co następuje:

Izba uznała za zasadne zarzuty podniesione przez Odwołującego, co skutkowało uwzględnieniem odwołania.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 241 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.

Ustawodawca w art. 241 ust. 2 ustawy Pzp wskazał, że związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą usług/dostaw będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.

Ponadto, zgodnie z art. 242 ust. 1 ustawy Pzp najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie: 1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu; 2) ceny lub kosztu. W ust. 2 ustawodawca wskazał przykładowe kryteria jakościowe. Katalog ten ma charakter otwarty i przykładowy.

Izba podkreśla, że istotą zamówień publicznych jest stworzenie transparentnego, jasnego i przejrzystego modelu gospodarowania środkami publicznymi. Zamawiający w ramach zamówień publicznych nie rozporządzają własnym mieniem, wedle własnych osobistych preferencji czy powiazań, ale mieniem publicznym. Ustawodawca wyraźnie wskazuje, iż takie dysponowanie mieniem publicznymi, środkami publicznymi powinno mieć na celu dążenie do uzyskania zamówienia reprezentującego najlepszy możliwy stosunek jakości do ceny z perspektywy zaspokojenia potrzeb leżących w interesie publicznym (lokalnym). Konieczne jest przy tym zapewnienie, aby przy zaspokajaniu owych potrzeb publicznych zachowana była zasada wolności gospodarczej i możliwości dostępu do wykonywania zadań publicznych na niedyskryminacyjnych warunkach przez przedsiębiorców działających na rynku.

Nie ulega wątpliwości, że kryteria pozacenowe to określone parametry/właściwości dotyczące przedmiotu zamówienia. Celem wprowadzenia takich kryteriów co do zasady winno być uzyskanie przez zamawiających świadczenia o możliwie najwyższej jakości za proporcjonalnie najniższą cenę czyli realizacja szeroko pojętej zasady efektywności zakupów finansowych ze środków publicznych. Weryfikacja kryteriów pozacenowych dotyczy zawsze konkretnego postępowania i konkretnych potrzeb i celów zamawiającego, jakie zostały przyjęte na etapie doboru takich kryteriów i które to cele i potrzeby mają zostać zrealizowane w ramach wdrożenia takich pozacenowych kryteriów oceny ofert. Przy czym zaznaczyć należy, że wprowadzenie kryterium pozacenowego może mieć potencjalnie charakter dyskryminujący i powodować ograniczenie dostępu do zamówienia podmiotom działającym na rynku. Uzasadnieniem potencjalnie dyskryminującego pozacenowego kryterium ofert jest właśnie wykazanie przez instytucje publiczne rzeczywistych i uzasadnionych potrzeb jakie mają być zrealizowane w interesie publicznym. Nie chodzi jednakże o ogólne stwierdzenie

zamawiającego, iż otrzymuje lepszą jakość, bardziej zaspokaja swoje potrzeby, ale o wskazanie w jaki sposób dane kryterium pozacenowe przekłada się na lepszy jakościowo, technicznie czy funkcjonalnie przedmiot zamówienia. Bez identyfikacji ulepszonej wartości gospodarczej świadczenia, jaką otrzyma zamawiający poprzez zastosowanie określonych kryteriów pozacenowych, ich wprowadzenie jest wyłącznie czynnością pozorną, a tym samym powoduje nieuzasadnione dyskryminowanie wykonawców działających na rynku. Istotne jest przy tym również to, aby waga danego kryterium oceny ofert dotyczącego jakości była określona w sposób proporcjonalny, z uwzględnieniem obiektywnie zidentyfikowanych korzyści jakie zamawiający uzyska poprzez jego wprowadzenie. Przypisanie wagi poszczególnym kryterium jakościowym nie może w sposób niezasadny i dyskryminacyjny pośrednio czy bezpośrednio preferować określone rozwiązania techniczne czy określone produkty. Oznacza to w praktyce konieczność ustalenia właściwych proporcji w poszczególnych kryteriach. Nie mogą to być ustalenia dowolne i nie mogą prowadzić do sytuacji, w których porównywanie jakościowe produkty na skutek sztucznych manipulacji kryteriami w ramach kryteriów oceny ofert, nie mogą skutecznie rywalizować z procesie ubiegania się zamówienia publiczne z uwagi na niezasadne preferencje w kryteriach jakościowych. Tego rodzaju postępowanie byłoby równoznaczne z naruszeniem zasady proporcjonalności oraz nieuprawnionym nierównym traktowaniem wykonawców.

Przechodząc zatem do spornego kryterium oceny ofert tj. „Rodzaj oferowanej nawierzchni (N)" - 30%", Izba uznała, że Zamawiający w żaden sposób nie wykazał zasadności wprowadzenia 30% wagi tego kryterium w ocenie ofert. Innymi słowy, Zamawiający nie uzasadnił w sposób obiektywny i weryfikowalny jakie dodatkowe korzyści związane z jakością przedmiotu zamówienia uzasadniają zastosowanie spornego kryterium na poziomie 30%.

Dokonując analizy stanowiska Zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie i przedstawionego podczas rozprawy, Izba uznała, że poza ogólną oceną jakości nawierzchni, niepotwierdzoną żadnymi obiektywnymi dowodami, twierdzeniami o uprawnieniu Zamawiającego do określenia kryteriów pozacenowych i ich wagi, przywołaniu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, stanowisko Zamawiającego nie uzasadnia w sposób wystraczający przyjętego procentowego udziału rodzaju oferowanej nawierzchni w kryteriach oceny ofert.

Izba nie neguje prawa Zamawiającego do określenia wagi danego kryterium oceny ofert. Kompetencja ta przysługuje zamawiającemu. Nie ma ona jednakże charakteru nieograniczonego czy dowolnego. Zamawiający stosując określone kryteria jakościowe ma obowiązek nie tylko wykazać w razie sporu wpływ zaproponowanego kryterium na jakość zamówienia, ale także uzasadniać przypisanie mu określonej wagi. Ten proces weryfikacji czynności zamawiającego nie może być wyłącznie oparty na subiektywnych ocenach burmistrza czy członków komisji przetargowej. Dobór parametrów i określenie ich wagi musi wynikać z obiektywnie uzasadnionych okoliczności, nie zaś subiektywnego przeświadczenia Zamawiającego, że tak będzie lepiej. Ma to szczególne znaczenie w sytuacji przyznania przez Zamawiającego szczególnych preferencji określonym rozwiązaniom technicznym. Takie preferencje winny być w sposób obiektywnie weryfikowalne. Innymi słowy, Zamawiający ma obowiązek wykazać za pomocą obiektywnych dowodów źródła owych preferencji technologicznych, w jaki konkretnie sposób wypływają one na wyższą jakość zamówienia, niedostępną w innych porównywalnych rozwiązaniach czy produktach. Takich okoliczności, zdaniem Izby, Zmawiający nie wykazał.

Odnosząc się do poszczególnych argumentów podniesionych przez Zamawiającego, Izba wskazuje po pierwsze, że w wyroku KIO 157/22, skład orzekający uznał za dopuszczalne i zgodne z przepisami ustawy Pzp kryterium oceny ofert „Rodzaj oferowanej nawierzchni (N)"

- 5%. Izba uznała, że Zamawiający wykazał zasadność wprowadzonego kryterium oraz przyznaną mu wagę na poziomie 5%. Przedmiotem zaś rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie jest przyznanie w/w kryterium wagi 30% i ocena czy Zamawiający uzasadnił i wykazał zasadność tak jednoznacznych preferencji. To zagadnienie nie było przedmiotem rozstrzygnięci w sprawie KIO 157/22 i podlega ocenie w tym postępowaniu odwoławczym.

Po drugie, odnosząc się do rozbudowanej argumentacji Zamawiającego o tym, że kryteria oceny ofert mają służyć wyborowi oferty, która w najlepszy sposób zaspokoi interesy Zamawiającego, Izba podtrzymuje swoją argumentację przedstawioną powyżej. Interes Zamawiającego nie może być identyfikowany z interesem burmistrza czy komisji

przetargowej. Realizacja potrzeb publicznych służy społeczności lokalnej, a jej finansowanie odbywa się ze środków publicznych. Dobór więc określonych rozwiązań technicznych czy materiałowych winien wynikać z obiektywnie weryfikowanych przesłanek, które będą mogły być zweryfikowane zarówno na etapie składania ofert jak i etapie eksploatacja przedmiotu zamówienia.

Po trzecie, odnosząc się do argumentacji Zamawiającego dotyczącej technologicznej wyższości kauczuku nad pełnym poliuretanem, Izba wskazuje, że stanowisko Zamawiającego nie zostało poparte żadnymi dowodami, potwierdzającymi wyższość nawierzchni kauczukowej. Zamawiający powoływał się podczas rozprawy na wykonane analizy przez burmistrza oraz komisje przetargową, ale takie analizy nie zostały złożone do akt sprawy. Co więcej, Zamawiający nie wykazał, aby burmistrz czy członkowie komisji przetargowej posiadali odpowiednia wiedzę i doświadczenie w zakresie właściwości specjalistycznych nawierzchni.

Po czwarte, Izba wskazuje, że gros argumentacji Zamawiającego dotyczy odmiennej technologii wykonania obu nawierzchni. Jednakże zdaniem Izby nie ma żadnych obiektywnych dowodów potwierdzających, że odmienna technologia wykonania nawierzchni Full Pur determinuje niższą jakość tych nawierzchni względem nawierzchni kauczukowych. Zmawiający przywołuje teoretyczne ryzyka związane z montażem nawierzchni Full Pur, pomijając przy tym zupełnie okoliczność, że sam Zamawiający kontroluje na bieżąco przebieg robót za pomocą inspektorów nadzoru inwestorskiego, jak również sama nawierzchnia po wykonaniu jest badana w trakcie badań podwykonawczych przez niezależne laboratorium działające na zlecenie PZLA. Badanie powykonawcze i uzyskane wyniki badań na obiekcie stanowią podstawę do uzyskania certyfikatu kategorii obiektu PZLA.

Po piąte, odnosząc się do stanowiska dotyczące gwarancji jakości w przypadku nawierzchni kauczukowej i stwierdzenia, że inwestorzy nie muszą często kontrolować podwykonawstwa, gdyż zamówiona nawierzchnia przyjeżdża bezpośrednio z fabryki gotowa na rolkach, Izba wskazuje, że Zamawiający zadaje się celowo nie dostrzegać ewentualnych nieprawidłowości w produkcji nawierzchni kauczukowych w fabryce, w sytuacji, gdy tak wyraziście podkreśla ewentualne ryzyka związane z montażem nawierzchni Full Pur. Ponadto, jak wykazał Odwołujący (tak m. in. w złożonym dowodzie: T. Majsterkiewicz, „Nawierzchnie syntetyczne", Warszawa 2014 s. 21-22 oraz Podręcznik dotyczący obiektów lekkoatletycznych (WA) World Athletics „Track and Field Facilities Manual", 2019), montaż nawierzchni kauczukowej również jest skomplikowanym procesem wykonawczym, w którym potencjalnie może wystąpić szereg nieprawidłowości, które Zamawiający pomija. Zdaniem Izby ryzyka związane z nieprawidłowościami w trakcie wykonania czy montażu nawierzchni będą minimalizowane przez bieżące monitorowanie przez odpowiedniego inspektora i późniejszy proces certyfikacji. Wskazane zaś przez Zamawiającego ryzyka dotyczące nawierzchni Full Pur są wyłącznie jednostronną oceną Zamawiającego, nie opartą w żadnych dowodach, przy jednoczesnym pominięciu ryzyk związanych z nawierzchnią kauczukową. Izba również podkreśla, że wykonawcy udzielają gwarancji dotyczącej jakości przedmiotu zamówienia. Jeśli dla Zamawiającego tak istotne znacznie mają ewentualne ryzyka związane z użytkowaniem nawierzchni, to może dać temu wyraz premiując właśnie w kryteriach jakościowych długość oferowanego okresu gwarancji przez wykonawców.

Po szóste, twierdzenia Zamawiającego, iż często wykonawcy mając świadomość, że dany obiekt np. nie będzie badany powykonawczo, podczas instalacji poliuretanu pozwalają sobie na realizację nawierzchni niezgodnie z umową, jest gołosłownym stwierdzeniem, nie znajdującym żadnego odzwierciedlenia w dowodach. Jak Izba wskazał powyżej, przedmiot aktualnego postępowania to obiekt skategoryzowany wg. PZLA co oznacza, że warunkiem realizacji zamówienia jest uzyskanie kategorii obiektu, a ta zaś jest uzależniona od wykonania badan powykonawczych na obiekcje na zlecenie PZLA przez certyfikowane i niezależne od wykonawcy laboratorium PZLA. Dopiero po przeprowadzeniu badań powykonawczych i potwierdzeniu spełnienia wszystkich wymaganych parametrów nawierzchni obiekt uzyska kategoryzację. Gdyby posługiwać się argumentacją Zamawiającego, to można byłoby stwierdzić, że podczas produkcji nawierzchni kauczukowych również może dość do szeregu uchybień, niewidocznych dla Zamawiającego, a jednak Zamawiający premiuje właśnie te nawierzchnie.

Po siódme, odnosząc się do argumentacji Zamawiającego dotyczącej walorów sportowych nawierzchni kauczukowych, Izba wskazuje, że zarówno nawierzchnie Full PUR jak i

kauczukowe są przeznaczone do rozgrywania analogicznych imprez sportowych i służą tako nawierzchnie dla tej samej kategorii obiektów lekkoatletycznych, co potwierdzają uchwały PZLA: Uchwała nr 41/2020 Zarządu PZLA z dnia 15 grudnia 2020 r. w sprawie nawierzchni syntetycznych stosowanych na obiektach lekkoatletycznych Uchwała nr 44/2020 Zarządu PZLA z dnia 15 grudnia 2020 r. ustalanie kategorii stadionów lekkoatletycznych. O tożsamych właściwościach sportowych obydwu rodzajów nawierzchni świadczą analogiczne wymagane parametry techniczno-użytkowe. Gdyby obydwa rodzaje nawierzchni faktycznie miały posiadać odmienne właściwości sportowe to niemożliwe byłoby organizowanie na nich takiej samej rangi imprez, a wyniki jakie uzyskiwaliby sportowcy na poszczególnych rodzajach nawierzchni byłyby nieporównywalne. O więcej w tym zakresie, Zamawiający ponownie nie przedstawił żadnych dowodów na wykazanie zasadności swojego stanowiska.

Po ósme, odnosząc się do argumentów dotyczących charakterystyki nawierzchni kauczukowej, Izba podkreśla, że Zmawiający nie wykazał wyższości jakościowej nawierzchni kauczukowej nad nawierzchnią Full Pur. Obie nawierzchnie muszą spełniać określone wymagania co musi być potwierdzone przez akredytowane przez PZLA laboratorium. Okres certyfikacji nawierzchni kauczukowej wynosi co prawda 12 lat i jest o 2 lata dłuższy niż nawierzchni syntetycznych poliuretanowych, jednakże okoliczność ta sama w sobie nie uzasadnia przyznania spornemu kryterium aż 30% wagi w kryteriach oceny ofert. Zdaniem Izby, 5% waga spornego kryterium, uznane przez Izbę za prawidłową w wyroku KIO 157/22, jest uzasadniona i proporcjonalna. Izba podkreśla, że Zamawiającym nie wykazał w jaki konkretnie sposób dłuży okres certyfikacji przedkłada się na wyższą jakość nawierzchni kauczukowej. Z kolei Odwołujący zasadnie przywołał badania jakie w 2021 r. wykonywał na zlecenie Ministerstwa Sportu i Turystyki Instytut Sportu Państwowy Instytut Badawczy ul. Trylogii 2/16 01-982 Warszawa. Raporty z badań nawierzchni stadionów wyposażonych w nawierzchnię prefabrykowaną, kauczukową MONDO wskazują na szereg odchyleń dotyczących właściwości nawierzchni kauczukowych jakie zostały zaobserwowane po 5 latach ich użytkowania na obiektach sportowych. Zdaniem Izby, takie okoliczności, znajdujące oparcie w badaniach przeprowadzonych przez uprawnione instytucje, winny być szczegółowo rozważne przez Zamawiającego w procesie doboru kryteriów jakościowych i określenia ich wagi. Tymczasem w analizowanym stanie faktycznym, Zamawiający przypisuje wagę 30% w kryteriach oceny ofert nawierzchniom kauczukowym, bez oparcia swoich decyzji w jakichkolwiek obiektywnych dokumentach czy analizach. Nie wykazuje również jakie konkretne parametry nawierzchni kauczukowej, dotyczące jej jakości zostaną uzyskane przez Zamawiającego w trakcie użytkowania przedmiotu zamówienia, co determinowałoby przypisaniu 30% wagi tej nawierzchni w kryteriach oceny ofert. Zdaniem Izby ani odmienny sposób produkcji czy montażu nawierzchni na obiektach sportowych ani rzekome walory sportowe nawierzchni kauczukowych nie uzasadniają decyzji Zamawiającego bowiem nie znajdują one żadnego odzwierciedlenia w badaniach czy analizach przeprowadzonych przez niezależne i uprawnione instytucje.

W końcu odnosząc się do sposobu wyliczenia przez Zamawiającego 30% udziału rodzaju oferowanej nawierzchni w kryteriach oceny ofert, Izba uznała stanowiska Zamawiającego za błędne i niezasadne. Zdaniem Izby, jakościowe kryterium oceny ofert odnosi się do jakości przedmiotu zamówienia, w tym m.in. do parametrów technicznych przedmiotu zamówienia. Nie ma żadnego związku pomiędzy jakością przedmiotu zamówienia, a udziałem wartości oferowanej nawierzchni w stosunku do wartości całości przedmiotu zamówienia. Zresztą takiego związku nie wykazał sam Zamawiający, przywołując wyłącznie w odpowiedzi na odwołanie matematyczne wyliczenia wartości oferowanej nawierzchni w stosunku do wartości całości przedmiotu zamówienia, konstatując, że wartość ta uzasadnia przypisanie wagi 30%. Zamawiający nie wykazał żadnego związku wartości oferowanej nawierzchni z jakością przedmiotu zamówienia. Takiego związku nie dostrzega też Izba. Koszt wykonania nawierzchni jest indywidualną wyceną każdego wykonawcy i w żaden sposób nie determinuje on jakości oferowanej nawierzchni, w tym jej właściwości i parametrów technicznych.

Izba podkreśla, że wybór parametrów w jakościowym kryterium oceny ofert musi być uzasadniony uzyskaniem obiektywnie lepszego jakościowo świadczenia dla Zamawiającego, a tym samym lepszemu zaspokojenia potrzeb publicznych. Tymczasem w analizowanym stanie faktycznym, Zamawiający w ramach oceny jakości preferuje w sposób jaskrowy jedną nawierzchnię, przywołując szereg opisów z folderów reklamowych i nie wykazując w żaden sposób jakie konkretnie aspekty techniczne lub inne związane z nawierzchnią kauczukową są premiowane w ramach kryteriów jakościowych, gdyż są po prostu lepsze względem nawierzchni Full Pur. Ta wyższa jakoś musi być wykazana przez Zamawiającego i uzasadniać przypisanie jej 30% wagi. Zamawiającym zaś, pomimo poprzednich wyroków Izby, w sposób jaskrawy i niezasadny forsuje produkt konkretnego producenta za pomocą kryterium jakościowego, uniemożliwiając tym samym uczuciową i równą konkurencję

pomiędzy wykonawcami oferującymi porównywalnie jakościowe produkty. To zdaniem Izby uzasadniało uwzględnienie zarzutów podniesionych przez Odwołującego i nakazanie Zamawiającemu przypisanie wagi kryterium „ Rodzaj oferowanej nawierzchni" na poziomie 5%.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 pkt 2 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).

Przewodniczący: .....