

Sygn. akt: KIO 3667/21

WYROK

z dnia 7 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 4 stycznia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2021 r. przez wykonawcę **BSG Sp. z o.o., z siedzibą w Zgierzu**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Sławno**,

przy udziale:

- A. wykonawcy **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S., Dąbrowa Górnicza**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o., z siedzibą w Piasecznie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany postanowień specyfikacji warunków zamówienia poprzez wykreślenie kryteriów oceny ofert: „J – jakość – parametry jakościowe i techniczne oferowanej nawierzchni” oraz „I – ilość

obiektów wykonanych z oferowaną nawierzchnią syntetyczną typu „Sandwich (SW), które uzyskały świadectwo PZLA”.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Miasto Sławno** 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 **Miasta Sławno** 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.

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:

UZASADNIENIE

W dniu 20 grudnia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy BSG Sp. z o.o., z siedzibą w Zgierzu (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Miastu Sławno (dalej „Zamawiający”) naruszenie: (1) art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp tj. obowiązku przygotowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz proporcjonalny w odniesieniu do kryteriów oceny ofert: (i) „J-jakość-parametry jakościowe i techniczne oferowanej nawierzchni” oraz (ii) „I – ilość obiektów wykonanych z oferowaną nawierzchnią syntetyczną typu „Sandwich” (SW), które uzyskały świadectwo PZLA” jak również sposobu oceny ofert w ramach tych kryteriów; (2) art. 17 ust 1 oraz 2 ustawy Pzp 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; (3) art. 239 ust 2 ustawy Pzp poprzez zastosowanie kwestionowanych kryteriów oceny prowadzących do uznania za najkorzystniejszą oferty, która nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny; (4) art. 241 ust 3 ustawy Pzp poprzez zastosowanie kryteriów oceny ofert, które w istocie odnoszą się nie do przedmiotu zamówienia, tj. jakościowych cech przedmiotowych produktów, ale do podmiotu oferującego konkretną markę jednego produktu (systemu nawierzchni CONIPUR SW firmy CONICA AG); (4) art. 99 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 241 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie kryterium oceny „J-jakość-parametry jakościowe i techniczne oferowanej nawierzchni” w sposób zbieżny w skutkach z użyciem w opisie zamówienia nazwy własnej systemu nawierzchni CONIPUR SW firmy CONICA AG; (5) art. 242 ust. 2 pkt Pzp poprzez określenie kryteriów 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. Sposób sformułowania kryteriów oceny ograniczył zasadniczo i w całości nieuzasadniony sposób możliwość realnego konkutowania przez wykonawców oferowanymi produktami, poprzez całkowitą dyskryminację nawierzchni systemu TETRAPUR

ENZ Abart IIIS (dalej – TETRAPUR IIIS) produkcji BSG choć nawierzchnia ta jest co najmniej równoważna, a w wielu parametrach wprost lepsza niż faworyzowany system Conipur.

Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego Odwołania, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem, a także o nakazanie dokonania zmiany SWZ w zakresie kryteriów oceny ofert poprzez: (i) modyfikację zasad punktacji w zakresie kryterium - „J– jakość–parametry jakościowe i techniczne oferowanej nawierzchni” (zakres żądań odwołania zgodny z uzasadnieniem odwołania) lub jego usunięcie; (ii) usunięcie kryterium oceny ofert „I – ilość obiektów wykonanych z oferowaną nawierzchnią syntetyczną typu „Sandwich” (SW), które uzyskały świadectwo PZLA”

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest „Remont i przebudowa stadionu miejskiego w Sławnie – obiekt certyfikowany”. Przedmiot zamówienia obejmuje m.in.: (i) przebudowę bieżni okrężnej 400 metrowej o promieniu konstrukcyjnym łuku 36,5m i promieniu pomiarowym 36,8m wokół głównej płyty stadionu. Bieżnia 4 torowa na bieżni okrężnej oraz 6 torów bieżni prostej o dł. 110m; (ii) opracowanie i przekazanie ogólnej i szczegółowej instrukcji użytkowania nawierzchni z trawy naturalnej oraz nawierzchni o nawierzchni poliuretanowej posiadającą certyfikat WA (World Athletics); (iii) uzyskanie świadectwa PZLA na kat. VB oraz wykonanie badania odbiorczego wykonanej nawierzchni, tzw. badania obiektowe wymienione w normie PN-EN-14877:2014 przez specjalistyczne laboratorium. Przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany w dokumentacji projektowej, która stanowi załącznik nr 6a do SWZ.

Pierwotne wymagania dotyczące nawierzchni

Odwołujący wskazał, że zgodnie z Projektem Budowlano-wykonawczym stanowiącym element opisu zamówienia zaprojektowano wykonanie na bieżni i rozbiegach nawierzchni poliuretanowej typu „sandwich” - nawierzchnię sportową poliuretanowo-gumową o grubości min. 13 mm*, antypoślizgową bezspoinową, nieprzepuszczalną dla wody, przystosowaną do użytkowania w butach z kolcami. Zamawiający określił pierwotnie m.in. następujące wymagania dotyczące parametrów nawierzchni:

Przyjęte przez Projektanta parametry techniczne, które musi spełniać oferowana nawierzchnia :

1. Grubość: min 13 mm*
2. Wytrzymałość na rozciąganie: 0,56 – 0,70 Mpa
3. Wydłużenie przy rozciąganiu: 43 - 58 %
4. Współczynnik tarcia: 50 – 53 (TRRL)
5. Odkształcenie pionowe 23 oC: 1,7 – 2,1
6. Pochłanianie wstrząsów w temp. 23 oC: 36 – 38
7. Wytrzymałość na rozdzieranie (N): 110 – 119,5
8. Współczynnik tarcia kinetycznego:
 - nawierzchnia sucha (min. - max.) 0,35 – 0,37
 - nawierzchnia mokra (min. – max.) 0,30 – 0,35
9. Twardość Shore'a typ A: 45 – 55
10. Odporność na zmienne cykle hydrometryczne:
 - zmiana masy po badaniu (%): spadek masy o max. 0,6
 - zmiana wytrzymałości na rozciąganie (%): wzrost o min. 8,8
 - zmiana wydłużenia przy zerwaniu (%): wzrost o min. 16,5
11. Ścieralność aparatem Stuttgart (mm) : max. 0,4
12. Zmiana wymiarów po działaniu podwyższonej temperatury 60 °C: max 0,04 %

Pierwsze odwołanie w zakresie parametrów granicznych z naruszeniem Pzp.

Odwołujący wskazał, że wobec tak sformułowanych wymagań OPZ wniósł do Izby odwołanie zarzucając, że opis zamówienia w zakresie parametrów granicznych został dokonany z ewidentnym naruszeniem zasad opisu przedmiotu zamówienia o których mowa w art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp. Opis przedmiotu zamówienia stanowił naruszenie art. 99 ust 2 Pzp poprzez sporządzenie SWZ w sposób utrudniający i ograniczający uczciwą konkurencję, poprzez taki dobór parametrów, które w ogóle uniemożliwiały złożenie oferty z systemem BSG produkt Tetrapur. Jednocześnie pierwotne parametry graniczne umożliwiały w odniesieniu do nawierzchni zaoferowanie wyłącznie produktu Conipur producenta Conica AG.

Zgodnie z zestawieniem pierwotnych parametrów technicznych systemu Conipur oraz Tetrapur w relacji do wymagań SWZ:

parametr	wymagania Zamawiające	parametry systemu CONIPUR SW	parametry systemu TETRAPUR III S
grubość [mm]	min. 13	13	13

<u>wytrzymałość na rozciąganie [MPa]</u>	0,56-0,70	0,68	0,99
<u>wydłużenie przy rozciąganiu [%]</u>	43-58	43	64
<u>współczynnik tarcia TRRL</u>	50-53	52	60 / 0,64
odkształcenie pionowe w temp. 23°C	1,7-2,1	2,1	1,9
pochłanianie wstrząsów w temp. 23°C [%]	36-38	37	37

*Podkreślone w powyższej tabeli parametry były kwestionowane odwołaniem jako odcinające.

Odwołujący w szczególności wniósł do Izby o dokonanie następujących zmian w OPZ:

1. Modyfikacja parametrów granicznych OPZ

Wytrzymałość na rozciąganie – o zmianę i dopuszczenie wartości: 0.56 do 0.99 MPa

Wydłużenie przy rozciąganiu – o zmianę i dopuszczenie wartości: 43-64%

Współczynnik tarcia TRRL – o zmianę i dopuszczenie wartości: 50-60

2. Usunięcie parametrów nienormatywnych

Ponadto Odwołujący wniósł o nakazanie usunięcia w całości z SWZ następujących parametrów

parametr	wymagania Zamawiającego opisane w dokumentacji postępowania
----------	--

wytrzymałość na rozdzielanie [N]	110-119,5
współczynnik tarcia kinetycznego - nawierzchnia sucha (min. - max.): - nawierzchnia mokra (min. – max.):	0,35-0,37 0,30-0,35
twardość Shore’a typ A	45-55
odporność na zmienne cykle hydrometryczne - zmiana masy po badaniu [%]: - zmiana wytrzymałości na rozciąganie [%]: - zmiana wydłużenia przy zerwaniu [%]:	- spadek masy o max. 0,6 - wzrost o min. 8,8 - wzrost o min. 16,5
ścieralność aparatem Stuttgart [mm]	max. 0,4
zmiana wymiarów po działaniu podwyższonej temperatury 60°C [%]	max. 0,04

Jako parametrów niestosowanych aktualnie w odniesieniu do badań nawierzchni lekkoatletycznych, ograniczających konkurencyjność postępowania, zmuszając wykonawców do wykonywania badań które są zbędne i składania raportu z badań.

3. Usunięcia wymogu posiadania dla oferowanej nawierzchni Certyfikatu IAAF Class 1 dla obiektów wykonanych w Europie

Jako ograniczającego dostęp do udziału w postępowaniu i naruszającego zasady uczciwej konkurencji i równości wykonawców a także mającego charakter dyskryminujący i niepowiązanym z przedmiotem zamówienia.

Zmiana SWZ przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 13.12.2021 r. (dzień wyznaczony przez KIO na rozpoznanie pierwszego odwołania Odwołującego w godzinach porannych) dokonał modyfikacji SWZ.

W wyniku zmiany w szczególności w odniesieniu do kwestionowanych odwołaniem parametrów nawierzchni dokonał następujących zmian: Wytrzymałość na rozciąganie: $\geq 0,86$ MPa

Wydłużenie przy rozciąganiu: ≥ 77 %

Współczynnik tarcia TRRL: 65

W zakresie wszystkich kwestionowanych odwołaniem parametrów nienormatywnych usunął w całości określone w SWZ wartości parametrów jednak pozostawił wymóg złożenia wraz z ofertą badań akredytowanego laboratorium dla tych parametrów i wskazał:

- 7) wytrzymałość na rozdzielanie (N) – brak wymagań
- 8) współczynnik tarcia kinetycznego:
nawierzchnia sucha (min. – max.) – brak wymagań
nawierzchnia mokra (min. – max.) – brak wymagań
- 9) twardość Shore'a typ A: brak wymagań
- 10) odporność na zmienne cykle hydrometryczne:
zmiana masy po badaniu (%) – brak wymagań
zmiana wytrzymałości na rozciąganie (%) – brak wymagań
zmiana wydłużenia przy zerwaniu (%) – brak wymagań
- 11) ścieralność aparatem Stuttgart (mm) – brak wymagań
- 12) zmiana wymiarów po działaniu podwyższonej temperatury 60°C – brak wymagań

UWAGA:

Zamawiający żąda, aby wszystkie ww. parametry były potwierdzone przez akredytowane przez WA/IAAF laboratorium. W celu wyeliminowania jakichkolwiek nieścisłości

Orzeczenie KIO w sprawie sygn. akt KIO 3466/21 z dnia 14.12.2021r.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający złożył w dniu 13.12.2021 r. pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie informując jednocześnie o dokonanej zmianie SWZ i przekazując Izbie treść zmian.

KIO po rozprawie w dniu 13.12.2021 r. wydała w dniu 14.12.2021 r. orzeczenie w którym uwzględniła odwołanie Odwołującego i zgodnie z sentencją orzeczenia (na dzień wnoszenia aktualnego odwołania Odwołujący nie otrzymał pisemnego orzeczenia z uzasadnieniem):

- Izba umorzyła postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 99 ust 4 Pzp wyłącznie w odniesieniu do parametru wytrzymałości na rozciąganie, wobec wycofania zarzutu przez Odwołującego w trakcie posiedzenia w tym zakresie (Zamawiający zgodnie ze zmianą SWZ z dnia 13.12.2021 r. dokonał zmiany która dopuściła produkt Odwołującego: Wytrzymałość na rozciąganie: $\geq 0,86$ MPa (żądanie Odwołującego to dopuszczenie wartości: 0.56 do 0.99 MPa, skoro Zamawiający dopuścił wartości równe lub powyżej 0,86 to wartość Odwołującego 0,99 mieści się we wskazanym zakresie);
- Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu zmianę opisu przedmiotu zamówienia w SWZ w zakresie: wydłużenie przy rozciąganiu - zmianę i dopuszczenie wartości: 43-64%, współczynnika tarcia TRRL – o zmianę i dopuszczenie wartości: 50-60, usunięcie z SWZ w całości (wraz z wartościami) wszystkich objętych odwołaniem parametrów nienormatywnych jako nieaktualnych i nieobowiązujących, usunięcia wymogu dla oferowanej nawierzchni Certyfikatu IAAF Class 1 dla obiektów wykonanych w Europie

Wymaga wyraźnego podkreślenia, że Izba wydając orzeczenie uwzględniała brzmienie SWZ po modyfikacji z dnia 13.12.2021 r. W konsekwencji uznać należy, że Zamawiający ma obowiązek wykonania orzeczenia KIO i dokonania zmian SWZ zgodnie z treścią wyroku Izby i w tym zakresie Odwołujący nie ponawia zarzutów i żądań jako zbędnych i prawomocnie rozstrzygniętych.

Zmiany SWZ z dnia 13.12.2021r. objęte zarzutami aktualnego odwołania.

Dalej Odwołujący wskazał, że pierwotnie w celu wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający stosował następujące kryteria:

Cena brutto oferty – C	60 %
Gwarancja na wykonane roboty – G	40 %

Zamawiający w wyniku zmian w dniu 13.12.2021 r. wprowadził do treści SWZ nowe kryteria oceny ofert:

Lp.	Kryterium	Waga
1.	C – cena brutto oferty	60 %
2.	G – gwarancja na wykonane roboty	10 %
3.	J – jakość – parametry jakościowe i techniczne oferowanej nawierzchni	15 %
4.	I – ilość obiektów wykonanych z oferowaną nawierzchnią syntetyczną typu „Sandwich” (SW), które uzyskały świadectwo PZLA	15 %

Kryterium „Jakość”

Zamawiający w ramach kryterium oceny Jakość przewidział następującą ocenę ofert:

c) Parametry jakościowe i techniczne oferowanej nawierzchni (J) – waga 15 %

Z tytułu niniejszego kryterium maksymalna ilość punktów wynosi 15.

Zamawiający dopuszcza zastosowanie nawierzchni spełniającej obowiązujące wytyczne IAAF i PZLA oraz normy PN 14877:2014 zgodnie z parametrami nawierzchni opisanymi w rozdziale IV SWZ.

Ocenie zostaną poddane zaproponowane przez Wykonawcę parametry jakościowe i techniczne oferowanej poliuretanowej nawierzchni sportowej typu „sandwich” (SW), według poniższych wymagań:

- 1) całkowita grubość systemu: 13-14 mm
- 2) redukcja siły w temp. 23°C: 36-38 %
- 3) odkształcenie pionowe w temp. 23°C: 1,9 – 2,1 mm
- 4) wytrzymałość na rozciąganie: 0,67 – 0,8 MPa
- 5) wydłużenie względne przy rozciąganiu 43 – 58 %
- 6) tarcie TRRL: 52-59

Punkty zostaną przyznane według następujących zasad:

- **zaoferowanie nawierzchni, której parametry jakościowe i techniczne nie mieszczą się we wskazanych przedziałach – 0 pkt**
- **zaoferowanie nawierzchni, której parametry jakościowe i techniczne mieszczą się we wskazanych przedziałach – 15 pkt**

Odwołujący wskazał w pierwszej kolejności, że Zamawiający przewiduje dokonanie oceny nie w odniesieniu do poszczególnych parametrów ale wszystkich łącznie. Zgodnie z SWZ punktacja jest przyznawana na zasadzie 0/1 tj. w przypadku gdy wszystkie parametry jednocześnie mieszczą się w podanych zakresach wykonawca uzyskuje punktację, w przypadku gdyby którykolwiek z 6 wymienionych parametrów nie mieścił się w podanych zakresach oferta nie uzyska żadnych punktów. Odwołujący kwestionuje co do zasady taki sposób oceny ofert jako niezwiązany z faktyczną jakością przedmiotu oceny bowiem trudno uznać, że na punktację zasługiwałaby tylko nawierzchnia, która posiada wszystkie razem

parametry we wskazanych zakresach (6) a choćby w jednym z nich nie spełniała (np. miałyby potwierdzonych 5 zakresów) zasługuje na zerową punktację.

Zdaniem Odwołującego powyższe dowodzi, że przyjęty sposób oceny ofert jest wadliwy i nie premiujący jakości a wyłącznie mający za cel preferowanie konkretnego systemu nawierzchni Conipur. Uwzględniając wartości parametrów posiadanych przez Conipur i Tetrapur przyjęta zasad punktacji pozwala na uzyskanie jej wyłącznie przez Conipur. Połączenie zakresów wymienionych w kryterium parametrów dowodzi, że w istocie kryterium to ma za wyłączny cel nie podwyższenie jakości/trwałości/bezpieczeństwa nawierzchni, ale zagwarantowanie wyboru konkretnej nawierzchni.

Odnosząc się do poszczególnych kwestionowanych odwołaniem zakresów parametrów podlegających punktacji, Odwołujący wskazał, co następuje:

1. Podkryterium - Wytrzymałość na rozciąganie :0,67-0,8 MPa

Zgodnie z zestawieniem wartości parametrów – pierwotnych wymagań Zamawiającego w relacji do wymagań WA oraz PZLA w relacji do Conica i Tetrapur

Parametr	wymagania Zamawiającego opisane w dokumentacji postępowania	Wymagania według World Athletics i PZLA	Wymagania według normy PN-EN 14877:2014	Parametry system CONICA SW	Parametry systemu TETRAPUR IIS
Wytrzymałość na rozciąganie [MPa]	0,56-0,70	≥ 0,40	≥ 0,40	0,68	0,99

Zamawiający zmianą SWZ z dnia 13.12.2021 r. dokonał zmiany dotychczasowego parametru granicznego na równe/powyżej 0,86 MPa ($\geq 0,86$ MPa) jednocześnie jednak przewidział dodatkową punktację w przedziale 0,67-0,8 MPa. Powyższe dowodzi, że kryterium oceny poniżej parametru minimalnego (przy parametrze granicznym powyżej 0,86) jest całkowicie nieracjonalne. Wytrzymałość na rozciąganie (MPa) 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.

Nawierzchnia Tetrapur pomimo, że posiada parametr wytrzymałości na rozciąganie na zdecydowanie wyższym poziomie niż preferowany Conipur nie uzyskuje dodatkowej punktacji. Kryterium oceny preferuje całkowicie odwrotnie niż powinno mniejszą trwałość.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wniósł o:

- zmianę podstawy punktacji na:

wytrzymałość na rozciąganie: 0,67 – 0,99 MPa

ewentualnie usunięcie podkryterium

2. Podkryterium - Wydłużenie względne przy rozciąganiu 43 – 58 %

Zgodnie z zestawieniem wartości parametrów – pierwotnych wymagań Zamawiającego w relacji do wymagań WA oraz PZLA w relacji do Conica i Tetrapur:

Parametr	wymagania Zamawiającego opisane w dokumentacji postępowania	Wymagania według World Athletics i PZLA	Wymagania według normy PN-EN 14877:2014	Parametry system CONICA SW	Parametry systemu TETRAPUR IIIS
Wydłużenie podczas zerwania [%]	42-58	≥ 40	≥ 40	43	64

Argumentacja w powyższym kryterium jest analogiczna jak w przypadku parametru wytrzymałość na rozciąganie. Kryterium preferuje całkowicie odwrotnie niż powinno mniejszą trwałość nawierzchni i uniemożliwia punktację nawierzchni Tetrapur, która charakteryzuje się parametrem zdecydowanie lepszym niż Conipur. Zamawiający dokonał w dniu 13.12.2021 r. zmiany SWZ w zakresie parametru granicznego ustalając jego wartość (najprawdopodobniej omyłkowo) na poziomie równe/powyżej 77% , („wydłużenie względne przy rozciąganiu ≥ 77 %”). Jednak KIO orzeczeniem sygn. KIO 3466/21 (wydając orzeczenie przy uwzględnieniu zmiany z 13.12.2021 r.) dzieląc w tym zakresie w całości argumentację Odwołującego nakazała zmianę parametru granicznego na 42-64%. Potwierdziła powyższe także KIO orzeczeniem sygn. KIO 3466/21 uwzględniając w tym zakresie w całości argumentację Odwołującego i nakazując zmianę parametru granicznego na 42-64%.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wniosk o:

- zmianę podstawy punktacji na:

Wydłużenie względne przy rozciąganiu 43 – 64 %

ewentualnie usunięcie podkryterium

3. Podkryterium - tarcie TRRL: 52-59

Zgodnie z zestawieniem wartości parametrów – pierwotnych wymagań Zamawiającego w relacji do wymagań WA oraz PZLA w relacji do Conica i Tetrapur:

Parametr	wymagania Zamawiającego opisane w dokumentacji postępowania	Wymagania według World Athletics i PZLA	Wymagania według normy PN-EN 14877:2014	Parametry system CONICA SW	Parametry systemu TETRAPUR IHS
Współczynnik tarcia TRRL	50-53	≥ 47	Zgodnie z normą tarcia wymaga się dla nawierzchni suchej w zakresie 80-110 i mokrej 55-110	52	60

Obowiązująca 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 i kontuzji, 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.

Zamawiający dokonał zmiany SWZ w dniu 13.12.2021 r. w odniesieniu do wymagań granicznych określając je całkowicie nieracjonalnie na stałej wartości 65 jednocześnie zaś punktuje w ramach kryterium oceny ofert tarcie TRRL w przedziale 52-59 co wyłącznie dowodzi że parametry są wadliwie określone.

KIO w orzeczeniu sygn. KIO 3466/21 uwzględniając w tym zakresie w całości argumentację Odwołującego i nakazując zmianę parametru granicznego 50-60 potwierdziła, że wyższy parametr jest parametrem lepszym, tymczasem zastosowane kryterium oceny preferuje mniejszą wartość (nawierzchnię bardziej śliską).

Mając powyższe na względzie Odwołujący wnosi o:

- zmianę podstawy punktacji na: 50 – 60 %

ewentualnie usunięcie podkryterium

4. Kryterium oceny ofert - „I – ilość obiektów wykonanych z oferowaną nawierzchnią syntetyczną typu „Sandwich” (SW), które uzyskały świadectwo PZLA”

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w celu wyboru oferty najkorzystniejszej zmianą z 13.12.2021 r. kieruje się kryterium o wadze 15% odnoszącym się do parametru ilości obiektów wykonanych z oferowanej nawierzchni, które uzyskały świadectwo PZLA. Zgodnie z opisem kryterium oceny ofert: Ocena punktowa w kryterium „Ilość obiektów wykonanych z oferowaną nawierzchnią syntetyczną typu „sandwich” (SW), które uzyskały świadectwo PZLA” – dokonana zostanie na podstawie ilości obiektów z oferowaną nawierzchnią poliuretanową typu „sandwich” (SW), wymienionych w dokumencie PZLA - „ZESTAWIENIE STADIONÓW, HAL I URZĄDZEŃ LEKKOATLETYCZNYCH W POLSCE, stadiony 400 m (kat IV)”. Nazwę oferowanej nawierzchni oraz jej producenta należy podać w formularzu ofertowym. Dokument dostępny na stronie PZLA pod linkiem: <https://www.pzla.pl/aktualnosci/12124-zestawienie-stadionow-hali-urzedzen-lekkoatletycznych-w-polsce-wersja-robocza>

Odwołujący wskazał, że parametr ilości obiektów które uzyskały świadectwo PZLA nie jest związany z przedmiotem zamówienia i faktycznie jest kolejnym narzędziem, którego zastosowanie ma związek wyłącznie z preferowaniem produktu Conipur. Zamawiający w ramach realizacji zamówienia wymaga od wykonawcy certyfikacji stadionu w kategorii VB i uzyskanie certyfikatu warunkuje odbiór robót. W jaki zatem sposób ilość certyfikowanych przez PZLA innych obiektów (w dodatku w dowolnej kategorii stadionów) ma związek z jakością przedmiotu aktualnego postępowania? W ocenie Odwołującego związku takiego brak bowiem ilość obiektów na liście PZLA jest wyłącznie dowodem na to, że system wskazanego producenta został w określonej lokalizacji wykonany ponieważ dowolny inny wykonawca wygrał przetarg na wykonanie takiego obiektu. W żaden sposób nie można mówić o wyższej jakości jednego systemu nawierzchni nad drugim przez pryzmat ilości obiektów które zostały wybudowane i uzyskały certyfikację. W ocenie Odwołującego

kryterium oceny jest niezwiązane z przedmiotem aktualnego zamówienia i jako takie niedozwolone a ponadto uwzględniając dane zawarte na wskazanej liście skutkuje nieuzasadnionym ograniczeniem zasady równości i uczciwej konkurencji powodując, że oferując nawierzchnię Conipur wykonawca uzyskuje 15 pkt zaś oferując nawierzchnię Tetrapur tylko 2 pkt faktycznie bez żadnego racjonalnego uzasadnienia.

Odnosnie kryteriów oceny ofert, 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 powoła się na następujące orzeczenia KIO:

KIO 1611/18, wyrok z dnia 28 sierpnia 2018 r.

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 p.z.p.w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., 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.

KIO 1029/16, wyrok z dnia 29 czerwca 2016 r.

O ile istotą kryteriów oceny ofert innych niż cena jest przyznanie dodatkowej punktacji rozwiązaniu preferowanemu przez danego zamawiającego, o tyle należy mieć na uwadze, że promowanie danego rozwiązania musi znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego i nie może naruszać zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu o zamówienie publiczne. podobnie:

KIO 1611/18, wyrok z dnia 28 sierpnia 2018 r.

Tymczasem 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 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., 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.: „Remont i przebudowa stadionu miejskiego w Sławnie – obiekt certyfikowany”.

Izba ustaliła, że pierwotnie w celu wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający przewidział następujące kryteria:

Cena brutto oferty – C	60 %
Gwarancja na wykonane roboty – G	40 %

Zamawiający w wyniku zmian w dniu 13.12.2021 r. wprowadził do treści SWZ nowe następujące kryteria oceny ofert:

Lp.	Kryterium	Waga
1.	C – cena brutto oferty	60 %
2.	G – gwarancja na wykonane roboty	10 %
3.	J – jakość – parametry jakościowe i techniczne oferowanej nawierzchni	15 %
4.	I – ilość obiektów wykonanych z oferowaną nawierzchnią syntetyczną typu „Sandwich” (SW), które uzyskały świadectwo PZLA	15 %

W kryterium J – Jakość Zamawiający wskazał następujące wymagania:

c) Parametry jakościowe i techniczne oferowanej nawierzchni (J) – waga 15 %

Z tytułu niniejszego kryterium maksymalna ilość punktów wynosi 15.

Zamawiający dopuszcza zastosowanie nawierzchni spełniającej obowiązujące wytyczne IAAF i PZLA oraz normy PN 14877:2014 zgodnie z parametrami nawierzchni opisanymi w rozdziale IV SWZ.

Ocenie zostaną poddane zaproponowane przez Wykonawcę parametry jakościowe i techniczne oferowanej poliuretanowej nawierzchni sportowej typu „sandwich” (SW), według poniższych wymagań:

- 1) całkowita grubość systemu: 13-14 mm
- 2) redukcja siły w temp. 23°C: 36-38 %
- 3) odkształcenie pionowe w temp. 23°C: 1,9 – 2,1 mm
- 4) wytrzymałość na rozciąganie: 0,67 – 0,8 MPa
- 5) wydłużenie względne przy rozciąganiu 43 – 58 %
- 6) tarcie TRRL: 52-59

Punkty zostaną przyznane według następujących zasad:

- **zaoferowanie nawierzchni, której parametry jakościowe i techniczne nie mieszczą się we wskazanych przedziałach – 0 pkt**
- **zaoferowanie nawierzchni, której parametry jakościowe i techniczne mieszczą się we wskazanych przedziałach – 15 pkt**

Izba ustaliła, że okoliczności faktyczne przedstawione w odwołaniu w zakresie orzeczenia Izby KIO 3466/21 odpowiadają treści wyroku i Izba przyjmuje je za prawidłowe, bez potrzeby ich powtarzania w tej części uzasadnienia.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu okazały się zasadne. 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, jakie otrzyma zamawiający poprzez zastosowanie określonych kryteriów pozacenowych, ich wprowadzenie jest wyłącznie czynnością pozorną, a tym samym powoduje nieuzasadnione dyskryminowanie wykonawców działających na rynku.

Przechodząc zatem do przyjętych w przedmiotowym postępowaniu kryteriów pozacenowych „J – jakość – parametry jakościowe i techniczne oferowanej nawierzchni” oraz „I – ilość obiektów wykonanych z oferowaną nawierzchnią syntetyczną typu „Sandwich (SW), które uzyskały świadectwo PZLA”, Izba uznała, że Zamawiający w żaden sposób nie wykazał czemu służyć mają wprowadzone kryteria. Innymi słowy, Zamawiający nie uzasadnił jakie dodatkowe korzyści związane z jakością przedmiotu zamówienia zostaną uzyska poprzez zawężenie zakresu wymaganych parametrów technicznych nawierzchni, a tym samym potencjalne ograniczenie dostępu do zamówienia wykonawcom działających na rynku.

Dokonując analizy stanowiska Zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie i przedstawionego podczas rozprawy, Izba uznała, że poza ogólnymi twierdzeniami o uprawnieniu Zamawiającego do określenia kryteriów pozacenowych, zakładanej lepszej jakości otrzymanego świadczenia, przywołaniu licznych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający w żaden sposób nie wykazał ani nie uzasadnił doboru parametrów w kryterium J - jakość – parametry jakościowe i techniczne oferowanej nawierzchni. Izba nie neguje prawa Zamawiającego do określenia kryteriów jakościowych względem których będą oceniane oferty wykonawców. Jednakże taki wybór parametrów musi być uzasadniony uzyskaniem lepszego jakościowo świadczenia dla Zamawiającego, a tym samym lepszemu zaspokojeniu potrzeb publicznych. Tymczasem w analizowanym stanie faktycznym, Zamawiający w ramach oceny jakości dokonał doboru 6 parametrów nawierzchni, stwierdzając przy tym, że w jego ocenie, gwarantują one lepszą jakość. Przy czym nie wiadomo dlaczego właśnie przyjęte przez Zamawiającego przedziały są tymi właściwymi i dlaczego nawierzchnie z innymi parametrami technicznymi takiej jakości nie zapewnią. Oparcie wybranych kryteriów wyłącznie na stwierdzeniu, że będzie lepiej, a Zamawiający może decydować samodzielnie w tym zakresie powoduje, że przyjęte kryteria mają charakter wyłącznie pozorny i prowadzą do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji na rynku, a tym samym przypisać im należy dyskryminacyjny charakter.

Irrelevantne dla oceny działań Zamawiającego są liczne cytaty zaczerpnięte z orzeczeń Izby o uprawnieniu Zamawiającego do doboru pozacenowych kryteriów oceny ofert. Izba podkreśla, że prawo doboru przez Zamawiającego takich kryteriów wynika z przepisów ustawy Pzp. Jednakże ich wybór nie może być pozorny. A takim doborem kryteriów jest właśnie wybór określonych parametrów technicznych nawierzchni, bez wykazania obiektywnie lepszej jakości nawierzchni, które takie parametry zapewniają, w porównaniu do nawierzchni oferowanych chociażby przez Odwołującego. Izba zaznacza, że swoboda Zamawiającego w określeniu kryteriów pozacenowych nie jest absolutna i nie oznacza, że

jeżeli kryterium jest formalnie związane z przedmiotem zamówienia, to nie ma możliwości jego kwestionowania w kontekście jego zgodności z podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych tj. ochrony konkurencji i równego traktowania wykonawców. Gdyby opierać się wyłącznie na formalnym związku kryterium jakościowego z przedmiotem zamówienia, bez wykazania w jaki sposób dobór takich kryteriów przełoży się na lepszą jakość świadczenia, to dochodziłoby, zdaniem Izby, to istotnego i nieuprawnionego ograniczenia dostępu do zamówień publicznych pomimo braku uzasadnienia takiego ograniczenia. Sam związek kryteriów z przedmiotem zamówienia nie jest bowiem elementem wystarczających do takich działań. Konieczne jest wykazanie przez Zamawiającego swoistego związku przyczynowego pomiędzy danym parametrem technicznym, a przewidywaną lepszą jakością świadczenia. To bowiem gwarantuje rzeczywiste przełożenie wybranych kryteriów na jakość świadczenia.

Zdaniem Izby Zamawiający w analizowanym stanie faktycznym w żaden sposób nie wykazał korzyści jakościowych, jakie uzyska poprzez wyprowadzenia w kryterium pozacenowym J – Jakość wybranych 6 parametrów technicznych nawierzchni. Nie uzasadniał w jaki sposób kryteria te są przydatne do zagwarantowania lepszej jakości przedmiotu zamówienia w porównaniu do nawierzchni, które nieznacznie odbiegają od wybranych parametrów przez Zamawiającego. Takie działanie powoduje nieuzasadnione ograniczenie konkurencji na rynku i może skutkować poniesieniem w przyszłości przez Zamawiającego nadmiernych, nieuzasadnionych wydatków, których Zamawiający nie musiałby ponosić, gdyby nie posłużył się zakwestionowanymi parametrami.

Należy wskazać, że Odwołujący przedstawił zasadną argumentację i dowody dotyczące parametrów wskazanych w kryterium „J – Jakość – parametry techniczne oferowanych nawierzchni”, które potwierdzają argumentację zawartą w odwołaniu. W tym kontekście, Izba wskazuje po pierwsze, że ani Zamawiający ani Przystępujący nie wykazali, że jakakolwiek inna nawierzchnia niż Conipur spełnia parametry z kryterium „Jakość – parametry techniczne oferowanej nawierzchni”. Jak wykazał zaś Odwołujący, nawet nawierzchnia oferowana przez Przystępującego Panorama „Polytan/Rektoran M” nie spełnia wymagania co do wytrzymałości na rozciąganie, a tym samym otrzymałaby 0 pkt w kwestionowanym kryterium. Po drugie, Odwołujący złożył jako dowód Opinię Instytutu Techniki Budowlanej, wrzesień 2021 r., która potwierdza, że w odniesieniu do wydłużenia przy zerwaniu oraz wytrzymałości na rozciąganie wyższe parametry przemawiają na korzyść nawierzchni, podczas gdy w ramach kryterium J – Jakość Zamawiający punktuje niższe parametry. Ponadto, w odniesieniu do współczynnika tarcia – wyższa wartość oporu poślizgu pozytywnie wpływa na bezpieczeństwo użytkowania, podczas gdy w SWZ Zamawiający punktuje wartości niższe,

uniemożliwiając uzyskanie punktów przez nawierzchnie z parametrem wyższym. Zamawiający poza zanegowaniem wartości dowodowej opinii z uwagi na jej prywatny charakter nie złożył dowodów przeciwnych na wykazanie niezasadności twierdzeń zawartych w opinii. Należy wskazać, że opinia prywatna stanowi dokument prywatny na potwierdzenie stanowiska strony, z uwzględnieniem wiadomości specjalnych autora opinii. Stanowi dowód w sprawie, które podlega ocenie Izby. Pozbawienie wartości dowodowej opinii prywatnej – jak chciałby Zamawiający - wyłącznie poprzez uznanie, iż stanowi ona dokument prywatny jest, zdaniem Izby, niezasadne. Jeśli Zamawiający nie zgadzał się z wnioskami zawartymi w opinii, winien w tym zakresie przedstawić dowód przeciwny, chociażby opinię przeciwną, nie zaś opierać się wyłącznie na zanegowaniu wartości dowodowej dokumentu. Zamawiający nie złożył jednak dowodów przeciwnych. Nie wykazał również nieprawidłowości wniosków zawartych w opinii. Odnosząc się do dowodu „Opinia Certyfikowanego laboratorium WA” potwierdzają stanowisko prezentowane przez Odwołującego, Izba wskazuje, że Zamawiający i Przystępujący argumentowali, że przedmiotem badania w laboratorium jest wyłącznie próba nawierzchni, co czyni złożony dokument niewiarygodny. Izba nie podziela takiego stanowiska. Z istoty badania prowadzonego przez laboratorium wynika, iż badana jest próba nawierzchni, które następnie jest instalowana na stadionie. Ponownie Izba wskazuje, że poza zanegowaniem wartości dowodowej opinii, Zamawiający nie złożył dowodów przeciwnych podważających wiarygodność wniosków zawartych w dokumencie. Odnosząc się do pozostałych dowodów złożonych przez Odwołującego tj. wyciąg z obowiązującego opracowania Ministerstwa Sportu: Budowa i Przebudowa Obiektów Lekkoatletycznych - wytyczne dla wnioskodawców ubiegających się o dofinansowanie z Funduszy Rozwoju Kultury Fizycznej, Izba wskazuje, że w Wytycznych Ministerstwa Sportu zostały opisane na stronie 16 wymogi normy PN-EN oraz wymogi World Athletics stawiana obiektom lekkoatletycznym. Wskazane zostało, iż należy dobierać parametry tak, aby co najmniej 2 nawierzchnie różnych producentów spełniały wymagania. Ponadto, w dokumencie wskazano, że World Athletics wskazał dopuszczalne zakresy poszczególnych parametrów, nie określając dodatkowych preferowanych zakresów. Stąd też każda nawierzchnia, które spełnia te wymogi uznawana jest przez World Athletics za właściwą do użytkowania. Zdaniem Izby złożony przez Odwołującego dokument potwierdza twierdzenia Odwołującego o braku uzasadnienia dla wybranych i ocenianych łącznie parametrów technicznych nawierzchni zawartych w SWZ w ramach kryterium J - jakość. Odnosząc się zaś do złożonego wyciągu z aktualnego podręcznika World Athletics „Track and Field Facilities Manual 2019”, zdaniem Izby, dokument ten stanowi ogólny opis wytycznych dla doboru odpowiednich parametrów nawierzchni i ich znaczenia i ma charakter poglądowy.

Odnosząc się dowodów złożonych przez Zamawiającego tj. Kategorie Stadionów Lekkoatletycznych (zatwierdzony uchwałą Zarządu Polskiego Związku Lekkiej Atletyki z dnia 15.12.2020 r.), Izba wskazuje, że dokument ten nie zawiera odwołania do żadnych parametrów wskazanych przez Zamawiającego w kryterium J – Jakość. W zakresie rodzaju nawierzchni jaką Zamawiający wymaga w przedmiotowym postępowaniu, zostało wyłącznie wskazane, iż ma być to nawierzchnia posiadająca certyfikat World Athletics. Z kolei dokument: „Procedura i zasady opiniowania i uzgadniania projektów oraz wydawania świadectw PZLA dla obiektów lekkoatletycznych” stanowi wyłącznie opis procedury uzyskiwania certyfikatu PZLA. Nie odnosi się do parametrów technicznych wskazanych w kryterium J – Jakość. Z kolei dokument pn.: „Nawierzchnie syntetyczne – wymagania PZLA”, zawiera szereg zaleceń co do wyboru nawierzchni syntetycznych. W dokumencie tym rzeczywiście mowa jest o możliwości zawężenia parametrów, ale jednocześnie wskazane jest, że iż takie zawężenie gwarantuje np. bezpieczeństwo ekologiczne, odporność na warunki atmosferyczne czy też wymogi związane z przepisami antypożarowymi. Zamawiający w analizowanym stanie faktycznym żadnego takiego związku nie wykazał pomiędzy przyjętymi parametrami, a dodatkowymi korzyściami przekładającymi się na jakość czy bezpieczeństwo. Ponadto, Izba zauważa, że w dokumencie wskazano, że akceptowane będą wyłącznie obiekty, w których poszczególne parametry są zgodne z opracowaniem „Nawierzchnie syntetyczne – wymagania PZLA” oraz podręcznik WA – „Track and Field Facilities Manual”. Ani Zamawiający ani Przystępujący nie wykazali, że nawierzchnie oferowane przez Odwołującego nie spełniają ww. wymagania. W zakresie zaś złożonej korespondencji z Departamentem Infrastruktury Sportu, Izba wskazuje, że korespondencja ta nie odnosi się do przedmiotu sporu czyli przyjętych przez Zamawiającego pozacenowych kryteriów oceny ofert. Nie ma tym samym żadnego znaczenia dla sprawy.

Zdaniem Izby Zamawiający również nie wykazał związku pomiędzy możliwością uzyskania lepszej jakości przedmiotu zamówienia, a kryterium „Ilość obiektów wykonanych z oferowaną nawierzchnią syntetyczną typu „sandwich” (SW), które uzyskały świadectwo PZLA (I). W pierwszej kolejności, Izba zauważa, że niezasadne jest stanowisko Odwołującego, iż kryterium to nie jest związane z przedmiotem zamówienia. W świetle art. 241 ust. 1 i 2 ustawy Pzp ustawodawca bardzo szeroko określił związek, jaki musi wystąpić pomiędzy przedmiotem zamówienia, a kryteriami oceny ofert. Związek ten może dotyczyć dowolnych aspektów przedmiotu zamówienia, również tych które nie stanowią jego istotnych cech. Niewątpliwie przyjęte kryterium poprzez powiązanie go z nawierzchnią oferowaną przez danego wykonawcę w przedmiotowym przetargu ma związek z przedmiotem zamówienia. Samo jednak formalne związane kryterium jakościowego z przedmiotem zamówienia nie świadczy o jego prawidłowym doborze. Jak Izba wskazała powyższej, kluczowe w sprawie

jest wykazanie przez Zamawiającego jaka konkretnie korzyść, podwyższona jakość świadczenia zostanie osiągnięta poprzez wprowadzone kryterium. Takich okoliczności, zdaniem Izby, Zamawiający nie wykazał. Nie ulega wątpliwości, że w ramach realizacji zamówienia Zamawiający wymaga od wykonawcy certyfikacji stadionu w kategorii VB i uzyskania certyfikatu warunkuje odbiór robót. Jak wynika ze złożonych w sprawie dowodów zarówno nawierzchnie oferowane przez Odwołującego jak i nawierzchnie Conipur były instalowane na stadionach i otrzymywały odpowiednie certyfikaty PZLA. Przy czym Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił dlaczego i w jaki sposób liczba zainstalowanych określonych nawierzchni na stadionach przełoży się na jakość nawierzchni w przedmiotowym postępowaniu. Zdaniem Izby ilość certyfikowanych przez PZLA obiektów, w dowolnej kategorii stadionów, nie ma związku z jakością przedmiotowego zamówienia. Jest to wyłącznie informacja, że system wskazanego producenta został w określonej lokalizacji wykonany ponieważ określony wykonawca wygrał przetarg na wykonanie takiego obiektu. Jak słusznie zauważył Odwołujący, dopiero po wejściu w życie nowej ustawy Pzp wykonawcy mają możliwość zaskarżania postanowień SWZ w przetargach podprogowych, co umożliwia im kwestionowanie chociażby postanowień dotyczących kryteriów oceny ofert preferujących niezasadnie określonych producentów, co przedkłada się później na liczbę konkretnych nawierzchni zainstalowanych na stadionach. Nie można w żaden sposób wykluczyć, że ta okoliczność chociażby wpływała przez długi okres czasu na zawężenie rynku do określonych producentów i uniemożliwiała skutecznie konkurowanie wykonawców na rynku. Izba zauważa, że prowadzona przez PZLA statystyka obiektów na których zostały zainstalowane określone nawierzchnie stanowi tylko dowód na to jaka nawierzchnia, gdzie został zainstalowana i otrzymała odpowiedni certyfikat. Z dokumentu tego wynika również, że obie sporne nawierzchnie takie certyfikaty otrzymywały, czyli spełniały wymagania PZLA. Dokument ten nie stanowi, zdaniem Izby, dowodu na to, że większa liczba stadionów z nawierzchnią Conipur potwierdza jej wyższą jakość. Skoro obie nawierzchnie spełniały wymagania PZLA, to wywieść należy, że obie spełniały wymagania jakościowe określone przez PZLA. Zdaniem Izby, ani Zamawiający ani Przystępujący nie wskazali na podstawie jakich okoliczności czy informacji Izba miałaby uznać, że większa liczba zainstalowanych nawierzchni Conipur świadczy o jej wyższej jakości. Co więcej, nie ma żadnego dowodu w sprawie, że mniejsza liczba stadionów z nawierzchnią oferowaną przez Odwołującego uprawnia do stwierdzenia o jej gorszej jakości. Nie sposób więc przyjąć na podstawie zestawienia PZLA, że liczba stadionów z nawierzchnią Conipur potwierdza jej wyższą jakość. Mnogość czynników wpływająca na taką okoliczność, jak chociażby niemożność zaskarżania SIWZ w poprzednim porządku prawnym, nieuzasadnione preferencje zamawiających w żaden sposób nie pozwala na przyjęcie twierdzeń Zamawiającego za prawidłowe. Za gołosłowne Izba uznała również twierdzenia Przystępującego o tym, iż

odstąpienie od kwestionowanego kryterium naraża Zamawiającego na ryzyko niezrealizowania celu zamówienia tj. wybudowania stadionu z certyfikatem/świadectwem w kategorii VB. Jak Izba wskazała powyżej, obie nawierzchnie otrzymywały w poprzednich latach certyfikaty, więc obie spełniają wymagania PZLA. Nie ma żadnego dowodu w sprawie, że mniejsza liczba stadionów z nawierzchniami oferowanymi przez Odwołującego świadczy o jej gorszej jakości czy też potwierdza wyższą jakość nawierzchni Conipur. Cytowane zaś przez Przystępującego fragmenty z dokumentu „Nawierzchnie syntetyczne – wymagania PZLA” dotyczą konieczności weryfikacji nawierzchni w kontekście ich montażu w różnych strefach klimatycznych i nie mają żadnego związku z przedmiotem sporu w niniejszej sprawie.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała za zasadne nakazanie Zamawiającemu wykreślenie ze SWZ kwestionowanych pozacenowych kryteriów oceny ofert: „J – jakość – parametry jakościowe i techniczne oferowanej nawierzchni” oraz „I – ilość obiektów wykonanych z oferowaną nawierzchnią syntetyczną typu „Sandwich (SW), które uzyskały świadectwo PZLA”. Zdaniem Izby w okolicznościach analizowanej sprawy Zamawiający nie wykazał w jaki sposób owe kryteria, które niewątpliwie stawiają w bardzo uprzywilejowanej sytuacji producenta nawierzchni Conipur, przekładają się na jakość przedmiotu zamówienia. Sam związek z przedmiotem zamówienia jest niewystarczających do uznania ich prawidłowości. Zamawiający nie wykazał jakimi uzasadnionymi potrzebami kierował się przy wyborze kryteriów. Gołosłowne twierdzenia o lepszej jakości nie mogą racjonalizować i legitymować działań Zamawiającego, które w sposób rzeczywisty i realny ograniczają konkurencję na rynku. Do decyzji Zamawiającego Izba pozostawia ewentualny dobór alternatywnych pozacenowych kryteriów oceny ofert. Decyzja o ich wprowadzenia musi jednakże wynikać i opierać się na rzeczywistych potrzebach Zamawiającego, które winien on wykazać w przypadku kwestionowania ich doboru.

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:

