

Sygn. akt: KIO 739/22

WYROK

z dnia 7 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2022 r. przez wykonawcę: **I. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S., ul. Podlesie 17, 41-303 Dąbrowa Górnicza** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Dobre Miasto, ul. Warszawska 14, 11-040 Dobre Miasto**

przy udziale wykonawcy **BSG Sp. z o.o., ul. A. Struga 20, 95-100 Zgierz** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu wykreślenie w ramach kryterium oceny ofert: *„Doświadczenie kierownika budowy (D)”* Rozdział XX ust. 5 pkt 2 - 4 Specyfikacji Warunków Zamówienia wymagania: *„na którym ułożono nawierzchnię prefabrykowaną kauczukową”*, jak i nakazuje Zamawiającemu powiązanie wskazanego wyżej kryterium oceny ofert z oferowanym przedmiotem zamówienia, tzn. poprzez dobanie we wskazanym rozdziale po pkt 2-4 ust. 5:
„Przy zastrzeżeniu, że Wykonawca oferujący w niniejszym postępowaniu nawierzchnię syntetyczną poliuretanową musi przedstawić w ramach kryterium oceny ofert dotyczy dodatkowego doświadczenia kandydaturę kierownika budowy, który posiada doświadczenie przy nawierzchni syntetycznej poliuretanowej.
Jeżeli Wykonawca oferuje w niniejszym postępowaniu nawierzchnię syntetyczną prefabrykowaną kauczukową musi przedstawić w ramach kryterium oceny ofert

dotyczy dodatkowego doświadczenia kandydaturę kierownika budowy, który posiada doświadczenie przy nawierzchni syntetycznej prefabrykowanej kauczukowej". Dodatkowo, nakazuje Zamawiającemu zmianę proporcji, w Rozdz. XX ust. 5 pkt 2: „(...)Zamawiający przyzna 10 pkt (...)” oraz 3: „(...) Zamawiający przyzna 20 pkt (...)” Specyfikacji Warunków Zamówienia, jak i odpowiednie dostosowanie do nakazanych zmian załącznika nr 1a „Wykazu doświadczenia kierownika”, jak i treści ogłoszenia o zamówieniu.

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Dobre Miasto, ul. Warszawska 14, 11-040 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 **I. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S., ul. Podlesie 17, 41-303 Dąbrowa Górnicza** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Gminy Dobre Miasto, ul. Warszawska 14, 11-040 Dobre Miasto** na rzecz **I. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S., ul. Podlesie 17, 41-303 Dąbrowa Górnicza** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu i wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn. „*Rozbudowa stadionu lekkoatletycznego, piłkarskiego wraz z zagospodarowaniem przyległego terenu i infrastrukturą techniczną przy ul. Olsztyńskiej 14 w Dobrym Mieście*”, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19.11.2021 r. pod nr 2021/BZP 00276739/01 przez: Gminę Dobre Miasto, ul. Warszawska 14, 11-040 Dobre Miasto zwany dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 - zwanej dalej: „*NPzp*” albo „*ustawy Pzp*”). Zmodyfikowane postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej: „*SWZ*”) zostały opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10.03.2022 r. pod nr 2022/BZP 00082029/01 na stronie BIP Zamawiającego <http://bip.dobremiasto.com.pl/>.

W dniu 15.03.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) I. S. prowadząca działalność gospodarczą pod I. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S., ul. Podlesie 17, 41-303 Dąbrowa Górnicza zwana dalej: „Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S.” albo „Odwolującym” wniosła odwołanie na postanowienia SWZ oraz treść ogłoszenia o zamówieniu. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez postawienie kryterium oceny ofert (doświadczenie kierownika budowy - D) w sposób nieproporcjonalny, niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców,
- art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez postawienie kryterium oceny ofert - doświadczenie kierownika budowy - D, które jest kryterium niezapewniającym najlepszej jakości czy uzyskania najlepszych efektów zamówienia,
- art. 239 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zastosowanie kryterium „doświadczenie kierownika budowy - D”, które prowadzi do uznania za najkorzystniejszą ofertę, która nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny,
- art. 241 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zastosowanie kryterium oceny ofert, które w istocie nie odnosi się do przedmiotu zamówienia, a do konkretnego podmiotu posiadającego określone

doświadczenie, który zdobyć może w ramach kryterium 30 punktów przewagi nad innymi konkurentami,

- art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnioną dodatkową punktację w kryterium „doświadczenie kierownika budowy” w kontekście punktowania doświadczenia zdobytego dla nawierzchni syntetycznej prefabrykowanej kauczukowej, podczas gdy w niniejszym postępowaniu możliwe jest zaoferowanie również nawierzchni poliuretanowej, a doświadczenie wymagane treścią warunku udziału w postępowaniu nie konkretyzuje rodzaju doświadczenia kierownika budowy, co w konsekwencji powoduje, że można uzyskać dodatkowe punkty za doświadczenie kierownika nie oferując nawierzchni, której rodzaj jest powiązań z tymi punktami, jak również można wykonać należycie zamówienie nie dysponując kierownikiem z doświadczeniem w technologii kauczukowej, jednakże punkty w ramach kryterium z wagą 30% może zdobyć już tylko osoba z doświadczeniem w technologii kauczukowej, co pokazuje, że kryterium to nie premiuje doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, a więc nie jest w ogóle związane z przedmiotem zamówienia. Odwołujący wnosil o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ poprzez usunięcie kryterium „doświadczenie kierownika budowy” bądź jego zmianę poprzez wykreślenie wymagania „na którym ułożono nawierzchnię prefabrykowaną kauczukową”, tj. poprzez punktowanie w tym kryterium każdego doświadczenia kierownika budowy ponad wymagane warunkiem, czyli zarówno doświadczenia w kładzeniu nawierzchni prefabrykowanej kauczukowej, jak i nawierzchni poliuretanowej,
3. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Zamawiający w dniu 19.11.2021 r. wszczął przedmiotowe postępowanie publikując ogłoszenie i specyfikację warunków zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest rozbudowa stadionu lekkoatletycznego, piłkarskiego wraz z zagospodarowaniem przyległego terenu i infrastrukturą techniczną przy ul. Olsztyńskiej 14 w Dobrym Mieście. Przedmiot zamówienia obejmuje rozbudowę stadionu, w szczególności 4-torowej bieżni lekkoatletycznej okrężnej o długości 400,0 m oraz 6-torowej bieżni prostej do biegów na 100,0 i 110,0 m. Zgodnie z dokumentacją zamówienia obiekt ma uzyskać kategorię obiektu VA, zaś opis przedmiotu zamówienia w zakresie nawierzchni dopuszcza aktualnie jej dwa rodzaje: nawierzchnię kauczukową oraz nawierzchnię poliuretanową. Wykonanie bieżni lekkoatletycznej ma spełniać wszystkie wymogi World Athletics oraz PZLA (Polskiego Związku Lekkiej Atletyki).

Zamówienie to 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. Wskazał również, że w zakresie tego przedmiotu zamówienia prowadzone były już postępowania odwoławcze. Pierwsze postępowanie dotyczyło unieważnionego postępowania FR.271.3.2021. W postępowaniu tym Zamawiający sporządził opis przedmiotu zamówienia dopuszczając tylko nawierzchnię poliuretanową - i w tym zakresie wyeliminował całkowicie możliwość zaoferowania innej nawierzchni niż CONIPUR, producenta CONICA. Wobec powyższego Odwołujący złożył w tamtym postępowaniu odwołanie wnosząc o dopuszczenie nawierzchni poliuretanowej TETRAPUR producenta BSG. Zamawiający odwołanie to uwzględnił w całości. Jednakże na skutek uwzględnienia Zamawiający przerzucił sporne parametry do kryteriów oceny ofert, tj. dopuścił pozornie nawierzchnię Odwołującego (nawierzchnia TETRAPUR), jednakże tak sformułował kryteria, aby nadal tylko nawierzchnia CONIPUR otrzymywała punkty w ramach kryterium oceny ofert. Wobec powyższego, odwołanie na tę modyfikację wniósł producent nawierzchni TETRAPUR, tj. BSG sp. z o.o., do którego to postępowania Odwołujący się przyłączył. Mimo wniesionego odwołania Zamawiający przed terminem rozprawy dokonał czynności otwarcia ofert w tym postępowaniu. Okazało się wtedy, że oferty złożyło 3 Wykonawców oferujących wyłącznie nawierzchnie CONIPUR - a zatem potwierdziły się zarzuty o ograniczeniu konkurencji przez Zamawiającego, co naocznie pokazało zestawienie złożonych ofert. Ostatecznie Zamawiający unieważnił to postępowanie z powodu braku możliwości sfinansowania zamówienia za oferowane ceny. W konsekwencji również odwołanie - jako bezprzedmiotowe - zostało wycofane. Zamawiający w dniu 19.11.2021 r. ponownie ogłosił postępowanie - na analogiczny przedmiot zamówienia, w którym powielił kwestionowane przy uprzednim postępowaniu parametry zarówno opisu przedmiotu zamówienia, jak i kryteria oceny ofert. Różnicą jest 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 tylko nawierzchnia CONIPUR. Odwołujący mimo dysponowania nawierzchnią TETRAPUR, która jest nawierzchnią tak samo dobrą znowu nie mógł złożyć oferty w tym postępowaniu. W konsekwencji producent nawierzchni BSG sp. z o.o. w dniu 24.11.2021 r. wniósł odwołanie kwestionując zarówno parametry opisu przedmiotu zamówienia, jak i kryteria oceny ofert. Odwołujący przyłączył się do tego postępowania.

Zamawiający w dniu 01.12.2021 r. uwzględnił to odwołanie w całości (KIO 3432/21) wskazując, że dokona modyfikacji SWZ zgodnie z żadaniami Odwołującego. W konsekwencji uwzględnienia odwołania postępowanie przez KIO zostało umorzone. Mimo uwzględnienia odwołania, Zamawiający dokonał modyfikacji treści SWZ w dniu 14.01.2022 r., w której to nie dokonał zmiany zgodnie z żadaniami 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 24.11.2021 r. zawierało zarzuty i wnioski w tym zakresie, a Zamawiający czynnością z 01.12.2021 r. uznał to odwołanie w całości. Tym samym Zamawiający pokazał, że uwzględnienie odwołania było czynnością pozorną.

W konsekwencji powyższego, wniesienie kolejnego odwołania okazało się niezbędne. Zostało ono wniesione w dniu 19.01.2022 r. przez producenta BSG sp. z o.o., do którego to postępowania Odwołujący się przyłączył. Postępowanie to zostało zakończone wyrokiem KIO z 11.02.2022 r. (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”.

Izba w uzasadnieniu wyroku podkreśliła m.in., że „należy tu podkreślić, że - wbrew twierdzeniu Zamawiającego - nie tylko Odwołujący jest zobowiązany uzasadnić swoje zarzuty i twierdzenia podnoszone w odwołaniu, ale także Zamawiający wykazać, jaki to jego uzasadnione potrzeby realizują dane wymogi. I nie chodzi tu o ogólne twierdzenia o lepszej jakości podłoża, potencjalnych lepszych osiągnięciach sportowych zawodników, czy rozwoju miasta, jakie podnosił Zamawiający, jak też która nawierzchnia jest w jego lub powszechnej opinii lepsza, ale o to, jaki konkretny wpływ na ową jakość będzie miało przyznanie dodatkowych punktów akurat tym wartościom liczbowym parametrów i w jaki sposób spowoduje to lepszą realizację jego założeń co do wyższej jakości podłoża. Oczywiście samo stwierdzenie, że chciałby uzyskać konkretną nawierzchnię, nie jest takim uzasadnieniem" (str. 21 wyroku KIO 157/22).

W konsekwencji powyższego orzeczenia Izby Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ w dniu 10.03.2022 r., wprowadzając do kryteriów oceny ofert (w miejsce kryterium parametrów technicznych, które Izba wyrokiem nakazała usunąć, bowiem premiowały konkretne rozwiązanie a co za tym idzie konkretnego wykonawcę), kolejne kryterium, które w żadnej mierze nie premiuje doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia,

które ma znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Po raz kolejny Zamawiający „wymyślił” sposób jak uniemożliwić lub co najmniej trudnić złożenie oferty jakiegokolwiek innemu podmiotowi, który zamierza oferować nawierzchnię inną niż CONIPUR M lub MONDO”.

Bez wątpienia nowe kryterium a odnosi się zdaniem Odwołującego do konkretnego podmiotu posiadającego określone doświadczenie, który zdobyć może w ramach kryterium 30 punktów przewagi nad innymi konkurentami.

Zamawiający wprowadził następujące kryterium:

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) Doświadczenie kierownika budowy (D) - waga kryterium - 30 %

Kryterium „rodzaj oferowanej nawierzchni (N) - waga kryterium 5%” jest w niniejszej sprawie niesporne, bowiem zostało objęte rozstrzygnięciem KIO 157/21, w którym Izba stwierdziła, że *„jest to jedyne kryterium, którego zastosowanie Zamawiający usiłował racjonalnie uzasadnić”* przy czym Izba *„wzięła przy tym pod uwagę założoną wagę kryterium w wysokości 5%, którą uznała za proporcjonalną”* (str. 22 wyroku KIO 157/22).

W odniesieniu do powyższych rozważań Izby, wskazujemy, że wprowadzenie nowego kryterium „doświadczenie kierownika budowy” nie może zostać uznane za racjonalnie uzasadnione, ani tym bardziej nie jest proporcjonalne wobec przyznania wagi tego kryterium na poziomie aż 30%.

Kryterium to Zamawiający sformułował w następujący sposób:

Zamawiający zgodnie z Rozdziałem VII ust. 2 pkt 4 lit. b) wymaga, by Wykonawca na czas realizacji zamówienia dysponował osobami o odpowiednich kwalifikacjach zawodowych niezbędnych do wykonania zamówienia. Zamawiający, w ramach kryterium doświadczenie Kierownika budowy (D) będzie przyznawał punkty za dodatkowe doświadczenie osoby, która posiada uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w zakresie kierowania robotami budowlanymi o specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń zgodnie ze złożonym „Wykazem doświadczenia kierownika”

Zamawiający przyzna punkty za wykazanie:

- 1) doświadczenia polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy na co najmniej dwóch robotach budowlanych, w tym co najmniej jednej polegającej na budowie, rozbudowie lub przebudowie stadionu lekkoatletycznego kategorii minimum VA, klasyfikacji PZLA, który to obiekt uzyskał świadectwo PZLA lub certyfikat WA/IAAF o

wartości co najmniej 5.000.000 zł brutto, (zgodnie z postawionym warunkiem udziału w postępowaniu) - Zamawiający przyzna 0 pkt;

2) dodatkowe doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy na jednej robocie (dodatkowo ponad postawionym warunkiem) polegającej na budowie, rozbudowie, przebudowie lub remoncie stadionu lekkoatletycznego kategorii minimum VA klasyfikacji PZLA, na którym ułożono nawierzchnię prefabrykowaną kauczukową, który to obiekt uzyskał świadectwo PZLA lub certyfikat WA/IAAF, a wartość robót budowlanych wynosiła co najmniej 5.000.000,00 zł brutto robota - Zamawiający przyzna 5 pkt;

3) dodatkowe doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy na dwóch robotach (dodatkowo ponad postawionym warunkiem) polegających na budowie, rozbudowie, przebudowie lub remoncie stadionu lekkoatletycznego kategorii minimum VA klasyfikacji PZLA, na którym ułożono nawierzchnię prefabrykowaną kauczukową, który to obiekt uzyskał świadectwo PZLA lub certyfikat WA/IAAF, a wartość robót budowlanych wynosiła co najmniej 5.000.000,00 zł brutto każda robota - Zamawiający przyzna 10 pkt;

4) dodatkowe doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy na trzech robotach (dodatkowo ponad postawionym warunkiem) polegających na budowie, rozbudowie, przebudowie lub remoncie stadionu lekkoatletycznego kategorii minimum VA klasyfikacji PZLA, na którym ułożono nawierzchnię prefabrykowaną kauczukową, który to obiekt uzyskał świadectwo PZLA lub certyfikat WA/IAAF, a wartość robót budowlanych wynosiła co najmniej 5.000.000,00 zł brutto każda robota - Zamawiający przyzna 30 pkt;

Razem w kryterium Doświadczenie Kierownika budowy (D) można uzyskać maksymalnie 30 pkt.

Z powyższego wynika, że Zamawiający premiuje w ramach powyższego kryterium doświadczenie kierownika robót wyłącznie dla jednego rodzaju nawierzchni - nawierzchni kauczukowej. Jest to zupełnie nieracjonalne biorąc pod uwagę, iż w niniejszym postępowaniu można zaoferować nie tylko nawierzchnię kauczukową, ale i nawierzchnię poliuretanową - a zatem może dojść do sytuacji, w której Wykonawca jednocześnie oferuje nawierzchnię poliuretanową i otrzymuje punkty w powyższym kryterium, bowiem posiada kierownika budowy z doświadczeniem na nawierzchni kauczukowej. Przyznawanie punktów w ten sposób nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia, skoro nie przekłada się w żadnym stopniu na to jaką dany Wykonawca oferuje nawierzchnię.

Ponadto, wskazał, że warunek udziału w postępowaniu został określony w ten sposób, że: b) Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że na czas realizacji zamówienia będzie dysponował osobami o odpowiednich kwalifikacjach zawodowych niezbędnych do wykonania zamówienia, przynależącymi do właściwej izby samorządu zawodowego, tj.

a) co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w zakresie kierowania robotami budowlanymi o specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń, zgodne z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. 2020 poz. 1333 ze zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów ustawy prawo budowlane oraz ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (t.j. Dz. U. 2020 poz. 220 ze zm.) oraz mający doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy na co najmniej dwóch robotach budowlanych, w tym co najmniej jednej polegającej na budowie, rozbudowie lub przebudowie stadionu lekkoatletycznego kategorii minimum VA klasyfikacji PZLA, który to obiekt uzyskał świadectwo PZLA lub certyfikat WA/IAAF i o wartości co najmniej 5.000.000,00 zł brutto - kierownik budowy;

Widać zatem, że Zamawiający sformułował warunek w taki sposób, że kierownik budowy musi posiadać doświadczenie w dwóch robotach budowlanych, o określonych wymaganiach i wartości - jednak bez żadnego zawężenia do rodzaju nawierzchni. Tym samym Zamawiający uznaje, że do prawidłowej realizacji zamówienia wystarczającym jest doświadczenie zdobyte na jakiegokolwiek nawierzchni - i jest to proporcjonalne i umożliwiające ocenę zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Mimo tego, w kryterium oceny ofert Zamawiający nie premiuje doświadczenia ponad warunek - tj. doświadczenia w zakresie większej ilości realizacji, o jakich mowa w warunku, mimo iż sugeruje to początkowa treść opisu, kryterium, gdzie Zamawiający wskazuje, że:

Zamawiający zgodnie z Rozdz. VII ust. 2 pkt 4 lit. b) wymaga, by Wykonawca na czas realizacji zamówienia dysponował osobami o odpowiednich kwalifikacjach zawodowych niezbędnych do wykonania zamówienia. Zamawiający, w ramach kryterium doświadczenie

Kierownika budowy (D) będzie przyznawał punkty za dodatkowe doświadczenie osoby, która posiada uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w zakresie kierowania robotami budowlanymi o specjalności konstrukcyjno- budowlanej bez ograniczeń zgodnie ze złożonym „Wykazem doświadczenia kierownika”. Nie jest to jednakże twierdzenie zgodne z prawdą, bowiem Zamawiający nie przyznaje punktów za dodatkowe doświadczenie, a za zupełnie inne doświadczenie, bowiem ogranicza je do doświadczenia uzyskanego na obiekcie „*na którym ułożono nawierzchnię prefabrykowaną kauczukową*”.

Zupełnie irracjonalne pozostaje także określenie samej punktacji, w której za jedną dodatkową robotę przyznaje się 5 punktów, za dwie dodatkowe roboty 10 punktów, zaś za 3 dodatkowe roboty już 30 punktów. Nie zostały zachowane jakiegokolwiek zasady proporcjonalności, a zdaniem Odwołującego jest to kryterium opisane ponownie w ten sposób, aby to określony Wykonawca z określonym systemem nawierzchni wygrał przedmiotowe postępowanie zdobywając przewagę nad konkurencją. Całość postępowania Zamawiającego w ramach tego (oraz poprzedniego, unieważnionego) postępowania pokazuje, iż celem Zamawiającego jest wyłącznie dokonanie wyboru jeszcze przed terminem złożenia i otwarcia ofert. W tym miejscu należy jednak wskazać, że *„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”* (KIO 1029/16). Art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że *„kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia”*. *Istotne jest zatem to, że „aby zastosować kryterium dotyczące personelu wykonawcy, Zamawiający musi wykazać związek pomiędzy jakością wykonania przedmiotu zamówienia a kompetencjami osób, które w imieniu Wykonawcy będą je wykonywać”* (Wójcik [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2021, art. 242).

Z powyższego wynika więc, że jako kryterium nie może być zastosowane jakiegokolwiek doświadczenie osób wskazanych do realizacji zamówienia, a doświadczenie, które może mieć wpływ na jakość wykonania zamówienia. W tym kontekście zwrócić należy ponownie uwagę na sytuację, iż w praktyce Wykonawca może wskazać na kierownika budowy osobę z doświadczeniem na nawierzchni kauczukowej (i otrzymać z tego tytułu maksymalną liczbę punktów) podczas gdy jednocześnie oferować będzie nawierzchnię poliuretanową, a zatem doświadczenie tego kierownika nie będzie miało żadnego związku z jakością wykonania zamówienia.

W dalszej kolejności wskazał, że w niniejszej sprawie nie ma żadnego związku pomiędzy rodzajem instalowanej nawierzchni a kompetencjami osób premiowanymi w warunku również dlatego, że kierownik budowy nie jest osobą, która bierze bezpośredni udział w kładzeniu nawierzchni czy ma na to jakikolwiek wpływ. To brygady montażowe, czyli specjaliści od kładzenia nawierzchni mają doświadczenie w tym zakresie - a nie kierownik budowy, którego rolą jest zorganizowanie budowy i dbanie o jej należyty przebieg pod

względem zgodności z przepisami budowlanymi i BHP. To nie kierownik budowy jest podmiotem wyspecjalizowanym w zakresie technologii kładzenia nawierzchni. Podkreślenia wymaga fakt, że aby położyć nawierzchnię należy wykonawca podbudowę i prawidłowość wykonania robót budowlanych tej podbudowy jest ewentualnie domeną kierownika budowy, z tym jednak zastrzeżeniem, że podbudowa jest identyczna dla obiektu na którym będzie instalowany kauczuk i taka sama dla nawierzchni poliuretanowej. W związku z czym brak jest związku posiadania doświadczenia kierownika budowy z rodzajem układanej nawierzchni. Jest to jedynie sposób na to aby Odwołującemu który nie realizował dotychczas obiektów na kauczuku nie przydzielić punktów.

Ponadto ani wytyczne PZLA, ani WA nie różnicują obydwu nawierzchni i formułują analogiczne wymagania odnoszące się zarówno do parametrów technicznych, jak i do wszystkich innych wymagań - traktując oba rodzaje nawierzchni w uniwersalny sposób.

Również opis przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu (załącznik nr 9a do SWZ) co do zasady formułuje podobne wymagania w zakresie technologii kładzenia nawierzchni - oczywiście różnią się one w sposób wynikający z charakterystyki samej nawierzchni, jednakże podstawy zastosowanej metody nie różnią się. Obie nawierzchnie kładzie się chociażby na analogicznej podbudowie, a to ewentualnie jest domena kierownika budowy, co wynika wprost z dok. Projektowej (str. 10) OPIS TECHNICZNY DO PROJEKTU BUDOWLANEGO ARCHITEKTURY. Kierownik nie ma nic wspólnego z pracą fizyczną, a układanie nawierzchni to nic innego jak fizyczne układanie nawierzchni.

Przywołał także, że faktyczna całkowita wartość nawierzchni wraz z kosztem materiału w przedmiotowym postępowaniu to ok. 20% całości przedmiotu zamówienia - podczas gdy oprócz niekwestionowanego kryterium rodzaju nawierzchni o wadze 5%, dodatkowe kryterium doświadczenia kierownika budowy dalej nam kolejne 30% - co w konsekwencji powoduje że 35% wartości punktowej odnosi się do rodzaju czy technologii nawierzchni. Jest to tym samym ukształtowanie kryteriów w sposób całkowicie nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Z uwagi na powyższe, nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia dla premiowania doświadczenia kierownika budowy zdobytego na nawierzchni kauczukowej. W konsekwencji wnosimy o uwzględnienie odwołania i wykreślenie spornego kryterium bądź o jego modyfikację poprzez wykreślenie z treści kryterium wymagania „na którym ułożono nawierzchnię prefabrykowaną kauczukową”, tj. poprzez dopuszczenie w ramach tego kryterium każdego dodatkowego doświadczenia kierownika budowy zdobytego ponad treść wymaganą warunkiem - bez określenia rodzaju nawierzchni danego obiektu.

Zamawiający w dniu 17.03.2022 r. (została przesłana do Wykonawców (uczestników wizji lokalnej) e-mailem oraz została zamieszczona na stronie internetowej BIP Zamawiającego <http://bip.dobremiasto.com.pl/> wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 21.03.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) BSG Sp. z o.o., ul. A. Struga 20, 95-100 Zgierz zwane dalej: „BSG Sp. z o.o.” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: BSG Sp. z o.o.

Przystępujący w całości popierał zarzuty jak i żądania odwołania i wniósł o jego uwzględnienie.

1. Zdaniem Przystępującego kryterium „Doświadczenie kierownika budowy – D” ma wyłącznie na celu forsowanie, w całkowicie sztuczny a wręcz nieracjonalny sposób, doświadczenia zawodowego kierownika budowy w technologii którą Izba uznała za posiadającą przewagę co najwyżej na poziomie 5%.

2. Izba w orzeczeniu z poprzedniego odwołania Przystępującego (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. W uzasadnieniu wyroku wskazano wprost, że to właśnie 5% stanowi maksymalną wartość uzasadnioną zasadą proporcjonalności.

Tymczasem wprowadzone kryterium oceny „Doświadczenie...” w istocie prowadzi do punktacji dla zaoferowanego systemu nawierzchni kauczukowej na poziomie :

- 35%

5% dla zaoferowanego systemu nawierzchni kauczukowej + 30 % kierownik budowy z doświadczeniem przy budowie 3 stadionów z nawierzchnią kauczukową, względnie

- 30 % przy zaoferowaniu nawierzchni syntetycznej poliuretanowej (Full Pur) – 0% + 30% kierownik budowy z doświadczeniem przy budowie 3 stadionów z nawierzchnią kauczukową.

3. O całkowitym oderwaniu kryterium „Doświadczenie...” od przedmiotu oferty najlepiej świadczy punktacja odnosząca się wyłącznie do doświadczenia kierownika przy nawierzchniach kauczukowych przy jednoczesnej możliwości zaoferowania nawierzchni poliuretanowej (Full Pur).

4. Nawet gdyby Zamawiający powiązał oferowaną nawierzchnię punktowaną w kryterium oceny na poziomie 5% (kauczukową) z doświadczeniem kierownika budowy przy tej

nawierzchni (także kauczukowej) o wadze 30% mielibyśmy do czynienia z rażącym i jaskrawym naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych.

Sama technologia nawierzchni może uzyskać przewagę w stosunku do Full Pur na poziomie marginalnym bo tylko 5%, ale oferując kierownika budowy posiadającego doświadczenie zawodowe przy budowie stadionów z taką nawierzchnią, za samą osobę kierownika, wykonawca uzyskuje 6x więcej punktów niż za samą technologię. Powyższe dowodzi, że zastosowane kryterium oceny ofert jest całkowicie nieracjonalne a jego wyłącznym celem jest sterowanie wynikiem postępowania i de facto zagwarantowanie wyboru wykonawcy, który nie złoży oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, ale preferowanej.

5. Jeśli faktycznie celem Zamawiającego byłoby preferowanie dodatkową punktacją w ramach kryterium jakościowego, doświadczenia kandydata na stanowisko kierownika budowy, które mogłoby przełożyć się na realizację zamówienia, to jego punktowane doświadczenie musiałyby mieć związek z oferowanym przez wykonawcę rodzajem nawierzchni. Dopiero w takim przypadku można byłoby w ogóle mówić o związku oferowanej technologii nawierzchni z doświadczeniem w niej kierownika.

6. Samo kryterium i zasady punktacji dowodzą o oderwaniu sposobu punktacji od zasad proporcjonalności:

- za 1 dodatkową robotę 5 pkt
- za 2 dodatkowe roboty 10 pkt
- za 3 dodatkowe roboty 30pkt.

7. Przystępujący jako producent systemu nawierzchni popiera twierdzenie Odwołującego, że w przypadku nawierzchni kierownik budowy nie jest osobą, która bierze bezpośredni udział w kładzeniu nawierzchni i faktycznie to brygady montażowe mają doświadczenie i kompetencje w tym zakresie i wykonują czynności związane z montażem nawierzchni. Przystępujący potwierdza, że to nie kierownik budowy jest podmiotem wyspecjalizowanym w zakresie technologii kładzenia nawierzchni. Ponadto dla obydwu rodzajów nawierzchni – tak kauczukowej jak i Full Pur konieczne jest wykonanie podbudowy, która jest identyczna dla obiektu na którym będzie instalowana nawierzchnia kauczukowa jak i poliuretanowa.

Co więcej w przypadku nawierzchni kauczukowej, takie prefabrykowane nawierzchnie są montowane przez klejenie do podłoża na całej powierzchni za pomocą kleju poliuretanowego. Gotowe rulony wykładziny klejone są do przygotowanego podłoża, najczęściej asfaltobetonowego, klejami poliuretanowymi. Nawierzchnia kauczukowa ma postać gotową do montażu na placu budowy, co powoduje, że sposób jej ułożenia jest prostszy technologicznie niż w przypadku Full Pur.

W przypadku nawierzchni Full Pur nawierzchnie są wykonywane na placu budowy metodą „insitu” przy użyciu specjalistycznych maszyn. Instaluje się je metodą wylewania

bezpośrednio na podłoże asfaltobetonowe lub betonowe ciekłego poliuretanu, następnie zasypywanego granulatem gumowym. Warstwę użytkową nawierzchni stanowi barwiony system poliuretanowy zasypywany granulatem EPDM w kolorze zastosowanej żywicy. Nadmiar granulatu usuwa się każdorazowo po utwardzeniu poprzedniej warstwy. Powyższe oznacza wręcz, że jeśli w ogóle uznać za dopuszczalne dodatkowe punktowanie doświadczenia kierownika, to co najwyżej w przypadku systemu nawierzchni, który w rzeczywistości powstaje bezpośrednio na placu budowy, a nie jako gotowy jest tylko przyklejany do podbudowy, tymczasem w postępowaniu jest dokładnie na odwrót. W aktualnej SWZ Zamawiający punktuje doświadczenie w przypadku technologii klejenia gotowych rulonów, co tylko dowodzi, że kryterium jest całkowicie sztuczne.

8. Jak podkreśla się w doktrynie w odniesieniu do kryteriów oceny ofert, przykładowo: Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany.LEX.

Wybór kryteriów nie może być więc dowolny i zależny od nieograniczonego uznania podmiotu zamawiającego. Muszą one mieć charakter obiektywny, nienaruszający zasady równego traktowania wszystkich wykonawców

Wskazał orzecznictwo KIO: KIO 1611/18, wyrok z 28.08.2018 r., KIO 1029/16, wyrok z 29.06.2016 r., czy też KIO 1611/18, wyrok z 28.08.2018 r. Jak podkreśla się w Komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych pod red.H. Nowaka UZP Warszawa 2021 s. 748: Swoboda przyznana zamawiającym w zakresie wyboru kryteriów ocen ofert może być realizowana tylko przy założeniu, że wybór dokonywany przez zamawiających nie jest arbitralny i że wybrane kryteria nie naruszają prawa. W swobodzie wyboru kryteriów oceny ofert zamawiający są również ograniczeni tym, że wybrane przez nich kryteria powinny pozostawać w związku z przedmiotem zamówienia. Co więcej – wybrane kryteria powinny umożliwiać wybór najkorzystniejszej oferty, czyli muszą być odpowiednie dla ustalenia, która z ofert w odniesieniu do przedmiotu zamówienia będzie najkorzystniejsza. Kryteria oceny ofert powinny być związane z przedmiotem zamówienia, proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i niedyskryminujące. Wybór kryteriów oceny ofert odpowiednich dla danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest kluczowy dla osiągnięcia celu porównywania ofert – wyboru najkorzystniejszej oferty.

Generalna zasada związku kryteriów z zamówieniem oznacza, że kryteria muszą być zasadniczo związane z dostawami, usługami lub robotami budowlanymi, które mają być przedmiotem zamówienia, nie powinny natomiast dotyczyć cech oczekiwanych od wykonawców (w zakresie ekonomicznym, finansowym czy ich zdolności technicznej), gdyż oczekiwania zamawiającego w tym zakresie są weryfikowane w ramach oceny zdolności podmiotowej wykonawców w celu kwalifikacji wykonawców do udziału w postępowaniu.

9. Aktualne brzmienie kwestionowanych i zasad ich oceny stanowi oczywiste naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady proporcjonalności oraz związania z przedmiotem zamówienia a także uczciwej konkurencji.

10. Przystępujący wskazuje, że zarzuty odwołania mają bezpośredni wpływ na złożone oferty oraz wynik postępowania. Zamawiający w poprzednim postępowaniu na ten sam zakres: wszczęte w dniu 04.06.2021 r. - Nr sprawy: FR.271.3.2021, ogłoszenie: 2021/BZP 00073415/01. Link do dokumentacji postępowania:

https://bip.dobremiasto.com.pl/zamowienia_publiczne/86/168/Rozbudowa_stadionu_lekkoatletycznego_2C_pilkarskiego_wraz_z_zagospodarowaniem_przyleglego_terenu_i_infrastruktura_techiczn_a_przy_ul_Olszynskiej_14_w_Dobrym_Miescie_0D_0A/

W postępowaniu tym Zamawiający pierwotnie sporządził opis przedmiotu zamówienia w sposób eliminując za parametrów technicznych nawierzchnię TETRAPUR ENZ IIIM produkcji BSG. Ówczesny opis zamówienia umożliwiał zaoferowanie wyłącznie nawierzchni Conipur producenta Conica AG. Po wniesieniu odwołania do KIO przez wykonawcę Greta Zamawiający uwzględnił odwołanie i wszystkie kwestionowane odwołaniem parametry graniczne zostały zamienione na kryteria oceny ofert. Wobec tej zmiany wykonawca Greta wniósł kolejne odwołanie do Izby jednak Zamawiający pomimo toczącego się postępowania odwoławczego i przed terminem wyznaczonej rozprawy przez Izbę dokonał czynności otwarcia ofert w postępowaniu, w którym 3 wykonawców zaoferowało wyłącznie nawierzchnię Conica. Ostatecznie Zamawiający unieważnił postępowanie z powodu braku możliwości sfinansowania zamówienia za zaoferowane ceny. Aktualny termin składania ofert w postępowaniu upływa w dniu 25.03.2022r. w przypadku gdyby Zamawiający pomimo trwającego postępowania odwoławczego nie dokonał zmiany tego terminu, wskutek uwzględnienia odwołania konieczne stanie się ew unieważnienie postępowania jako obarczonego nieusuwalną wadą.

W dniu 01.04.2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości. Odwołujący się kwestionuje dokonaną przez Zamawiającego modyfikację SWZ i wskazanie jako kryterium oceny ofert doświadczenie kierownika budowy. Zarzucił, że umieszczone w SWZ kryterium oceny ofert – „doświadczenie kierownika budowy – D” zostało przez Zamawiającego sformułowane w sposób nieproporcjonalny, niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji. Ponadto kryterium to nie zapewnia, jak wynika z treści odwołania, najlepszej jakości czy uzyskania najlepszych efektów zamówienia i prowadzi do uznania za najkorzystniejszą ofertę, które nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny. Odwołujący wskazuje też, że zastosowane kryterium oceny ofert w istocie nie odnosi się do

przedmiotu zamówienia i jako, że nie premiuje doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, nie jest w ogóle, zdaniem Odwołującego się, związane z przedmiotem zamówienia. Zamawiający w pierwszej kolejności wskazuje, że przedmiotowe odwołanie jest kolejnym odwołaniem złożonym w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu pn. „Rozbudowa stadionu lekkoatletycznego, piłkarskiego wraz z zagospodarowaniem przyległego terenu i infrastrukturą techniczną przy ul. Olsztyńskiej 14 w Dobrym Mieście”, a dokonana modyfikacja SWZ jest wynikiem wykonania orzeczenia KIO wydanego w dniu 11 lutego 2022 r. w sprawie o sygnaturze: KIO 157/22. Wydając orzeczenie KIO, oddaliła zarzut BSG Sp. z.o.o, będącej w tamtym postępowaniu Odwołującym się, dotyczący bezzasadnego umieszczenia jako kryterium oceny ofert, kryterium „Rodzaj oferowanej nawierzchni”, oddaliła ten zarzut, wskazując, że Zamawiający w toku postępowania w sposób należyty wyjaśnił zasadność umieszczenia tego kryterium w kryterium oceny ofert z wagą 5%. Jak wynika z treści uzasadnienia orzeczenia KIO stwierdziła, że zrozumiałe są założenia Zamawiającego dotyczące chęci uzyskania nawierzchni po pierwsze – o odpowiedniej jakości, po drugie zaś jak określa to Zamawiający „nawierzchni nie teoretycznej, lecz sprawdzonej w praktyce”, po trzecie – chęcią ewentualnej organizacji zawodów i imprez o odpowiedniej kategorii (ogólnopolskiej), które wymagają danej klasy nawierzchni, po czwarte zaś – potrzebą poczucia dla sportowców i mieszkańców miasta pewnego prestiżu, jaki wiąże się z posiadaniem stadionu z nawierzchnią wyższej klasy.

Oceniając zaś in concreto wskazane wyżej kryterium oceny ofert KIO wskazała, że przyjęcie tego kryterium we wskazanej wadze zostało przez Zamawiającego należycie uzasadnione. Zamawiający, w ocenie Izby, racjonalnie uzasadnił i wskazał, m.in. że nawierzchnia kauczukowa jest to nawierzchnia, której sposób układania powoduje mniejsze prawdopodobieństwo wystąpienia wad nawierzchni przy błędach wykonawcy, jak też łatwiejsze i mniej kosztowne naprawy, nie powodujące przy „łatach” utraty jednolitej powierzchni w takim stopniu jak przy nawierzchni syntetycznej poliuretanowej, większą trwałość w czasie, jak też jej większą w stosunku do nawierzchni syntetycznej poliuretanowej wytrzymałość, w tym m.in. na uszkodzenia od obuwia do gry w piłkę nożną, których to uszkodzeń w praktyce nie da się uniknąć ze względu na to, że planowany obiekt ma być stadionem piłkarsko-lekkoatletycznym. Izba jednocześnie uznała, że nawierzchnia syntetyczna prefabrykowana kauczukowa posiada właściwości, które – co najmniej w przekonaniu Zamawiającego – świadczą o jej wyższej wartości użytkowej w stosunku do nawierzchni syntetycznej poliuretanowej, a tym samym i jakości. Mając na uwadze przywołane orzeczenie KIO, Zamawiający dokonując modyfikacji SWZ, zgodnie z treścią orzeczenia usunął z kryteriów oceny ofert kryterium „Parametry techniczne oferowanych nawierzchni syntetycznych P” i zastąpił je kryterium „Doświadczenie kierownika budowy – D”.

Wprowadzenie tego kryterium, jest w świetle treści przepisu art. 242 ust. 2 pkt. 5 NPzp, uzasadnione. W ocenie Zamawiającego sformułowany w kryteriach oceny ofert zakres doświadczenia kierownika budowy, ma znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Skoro KIO za uzasadnione i racjonalne z punktu widzenia Zamawiającego uznała założenia dotyczące chęci uzyskania jak najlepszej nawierzchni o jak najwyższej wartości użytkowej przebudowywanego stadionu piłkarsko-lekkoatletycznego, to Zamawiający chcąc taki produkt uzyskać położył nacisk na doświadczenie w układaniu nawierzchni, która w jego ocenie w sposób najwłaściwszy sprawdzi się na planowanym obiekcie. Z dokonanego przez Zamawiającego rozeznania obejmującego funkcjonujące stadiony z nawierzchnią syntetyczną, na co Zamawiający wskazywał już w poprzednim postępowaniu przed KIO wynika, że w warunkach atmosferycznych panujących w Polsce rzeczą podstawową, warunkującą o dobrej jakości wykonania stadionu jest przede wszystkim podbudowa. Przy budowie stadionu, na którym ma zostać ułożona nawierzchnia syntetyczna, w sytuacji występowania dużych wahań tak wilgotności jak i temperatur jakość wykonania podbudowy stadionu jest rzeczą kluczową. Przy czym jakość ta musi być znacznie wyższa przy wykonywaniu stadionów pokrywanych nawierzchnią syntetyczną kauczukową, gdyż przy tego rodzaju nawierzchni, kładzionej jako produkt gotowy „z rolki” wszelkie błędy wykonawcze w wykonaniu podbudowy skutkują bardzo szybkim ujawnianiem się wad nawierzchni (wybrzuszenia, pęcherze powietrza, spękania nawierzchni). Okoliczność ta, z uwagi na technologię wykonania nawierzchni syntetycznych poliuretanowych – wykonywanie nawierzchni na miejscu i rozkładanie poszczególnych warstw bezpośrednio na podbudowie, może zostać na etapie kładzenia nawierzchni „zamaskowana” jednak również powoduje ujawnianie się wad nawierzchni. Mają na uwadze, że Zamawiający chce uzyskać produkt o jak najwyższych wartościach użytkowych, zdecydował się na wprowadzenie do kryteriów oceny ofert kryterium „Doświadczenie kierownik budowy – D”, w takim właśnie zakresie jak określony w SWZ, gdyż posiadanie tego rodzaju doświadczenia minimalizuje ryzyko błędów wykonawczych, które przełożą się na fazę eksploatacji stadionu i dają większą gwarancję bezusterkowego, a co za tym idzie mniej kosztownego użytkowania obiektu. Zminimalizowanie ryzyka powstania wad podbudowy i nawierzchni da Zamawiającemu możliwość pełnego realizowania jego założeń dotyczących wykorzystania stadionu i planowania na nim imprez, zawodów oraz treningów, bez konieczności przestojów wymaganych do naprawy nawierzchni. Budowa stadionów lekkoatletycznych, czy jak w niniejszym postępowaniu lekkoatletyczno-piłkarskich jest wyspecjalizowaną dziedziną budownictwa. Finalny efekt jakim jest położenie bieżni lekkoatletycznej z nawierzchni syntetycznej jest uwarunkowany jak najlepszym jakościowo wykonaniem warstw podbudowy. Skoro z rozeznania dokonanego przez Zamawiającego wynika, że w przypadku stosowania

nawierzchni kauczukowej jakoś podbudowy stadionu musi być wyższa, zatem umieszczenie w kryteriach oceny ofert posiadanego w tym zakresie doświadczenia jest w ocenie Zamawiającego uzasadnione i niewątpliwie ma znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Zamawiający po raz kolejny odnosi wrażenie, że intencją składania kolejnego odwołania w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest przymuszenie Zamawiającego do przyjęcia produktu o niższym standardzie jakości. Tymczasem, już w stanie prawnym obowiązującym pod rządami poprzedniej ustawy Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004 r. Krajowa Izba Odwoławcza wskazywała, że z punktu widzenia legalności działania zamawiającego, wymogiem dyspozycji art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 p.z.p. (które w swojej treści odpowiadają art. 16 ust 1 i 99 ust. 1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. – przyp. Zamawiającego), jest stworzenie przez niego wykonawcom równych warunków ubiegania się o dane zamówienie i jego realizacji. W rzeczywistości nie oznacza to jednak żadnej bezwzględnej równości pomiędzy samymi wykonawcami – każdy z nich bowiem będzie charakteryzował się innymi cechami w zakresie doświadczenia, umiejętności, możliwości finansowych i personalnych, umiejętności zdobywania klientów itd. Uczciwa konkurencja pomiędzy nimi zaś powinna się sprowadzać - w uproszczeniu - do tego, by wybrana została najlepsza oferta, a nie do "równania w dół" (por. Wyrok KIO z 28.08.2019 r., KIO 1598/19, LEX nr 273863).

W dniu 04.04.2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Odwołujący złożył swoje pismo procesowe wnosząc o uwzględnienie odwołania. W złożonym odwołaniu, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu takie postawienie kryterium oceny ofert – doświadczenie kierownika budowy, które m.in. jest nieproporcjonalne, niezapewniające najlepszej jakości czy uzyskania najlepszych efektów zamówienia oraz nie odnosi się do przedmiotu zamówienia, a do konkretnego podmiotu posiadającego określone doświadczenie, który zdobyć może w ramach kryterium 30 punktów przewagi nad innymi konkurentami. Odwołujący w całość podtrzymuje podstawione zarzuty wskazując konsekwentnie, że nowe kryterium odnosi się do konkretnego podmiotu, który zdobyć może w ramach kryterium 30 punktów przewagi nad innymi konkurentami – i podmiotem takim jest Wykonawca TAMEX Obiekty Sportowe S.A.

Zamawiający zaskarżoną modyfikacją SWZ wprowadził kryterium „doświadczenie kierownika budowy (D) – waga kryterium – 30%”. W ramach tego kryterium:

W tym miejscu zacytował opis taki jak w odwołaniu.

Aby otrzymać punkty w ramach tego kryterium kierownik budowy musi posiadać doświadczenie - w budowie, rozbudowie, przebudowie lub remoncie stadionu lekkoatletycznego kat. minimum VA klasyfikacji PZLA, na którym ułożono nawierzchnię

prefabrykowaną kauczukową, który to obiekt uzyskał świadectwo PZLA lub certyfikat WA/IAAF.

Takich obiektów (tj. o kategorii minimum VA oraz z nawierzchnią prefabrykowaną kauczukową) według dokumentu „zestawienie stadionów, hal i urządzeń lekkoatletycznych” publikowanego przez Polski Związek Lekkiej Atletyki (pokazującego jakie obiekty na terenie Polski zostały wybudowane, kiedy, przez kogo i z jaką nawierzchnią) jest dokładnie 38.

Wszystkie te obiekty przedstawiono w tym miejscu pisma w tabeli.

Z powyższego wynika, że doświadczenie o jakim mowa w kryterium, czyli obiekt kat. minimum VA z nawierzchnią prefabrykowaną kauczukową – zgodnie z powyższą tabelą ma dokładnie 11 Wykonawców:

- Romines,
- Tamex,
- Prosport,
- Romines/Polcourt,
- Romines/Budmax,
- Gardenia,
- Eversport,
- Saltex,
- Romines/Sanmel,
- Romines/Masters,
- Eko Bet. Jednakże wskazał, że 7 z tych firm nie funkcjonuje już na rynku, bowiem zostało zlikwidowanych bądź znajduje się w stanie likwidacji czy upadłości, co można sprawdzić w powszechnie dostępnym systemie e-KRS prowadzonym przez Ministerstwo Sprawiedliwości:

1. Romines – "ROMINES" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ (KRS: 0000185265) została wykreślona z rejestru przedsiębiorców w dniu 2017-03-06,
2. Romines/Polcourt – "POLCOURT" SPÓŁKA AKCYJNA W UPADŁOŚCI LIKWIDACYJNEJ (KRS: 0000289547) w upadłości obejmującej likwidację majątku dłużnika od dnia 2013-03-05,
3. Romines/Budmax – INVEST BUDMAX SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ W UPADŁOŚCI (KRS: 0000258857) w upadłości od 2017-08-25,
4. Saltex – SALTEX EUROPA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ W UPADŁOŚCI (KRS 0000328991) w upadłości od dnia 2018-03-28,
5. Romines/Sanmel – PRZEDSIĘBIORSTWO BUDOWLANO-INŻYNIERYJNE "SANMEL" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ W UPADŁOŚCI LIKWIDACYJNEJ (KRS: 0000039543) została wykreślona z rejestrów przedsiębiorców w dniu 2021-05-26,

6. Romines/Masters – "MASTERS" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ (KRS: 0000006890) została wykreślona z rejestru przedsiębiorców z dniem 2010-11-04,
7. Eko Bet – "EKO-BET" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ W UPADŁOŚCI (KRS: 0000186777) – zakończono postępowanie upadłościowe w dniu 2015-04-16.

Podmiot „Prosport” który pojawia się jako Wykonawca realizacji „Grudziądz - GKS Olimpia” z 2000 roku również prawdopodobnie nie istnieje, bowiem nie pojawia się na rynku budowy obiektów sportowych od lat - jednakże wobec braku dokładnych informacji co do NIP czy KRS tego podmiotu niemożliwa jest identyfikacja stanu tej firmy.

Tym samym z podmiotów, które teoretycznie spełniają kryteria pozostało wyłącznie 3 (ewentualnie 4, jeśli uwzględnić Prosport, którego dokładnych danych Odwołujący nie posiada), które aktualnie funkcjonują na rynku – są to:

1. Tamex – posiadający **20** realizacji na stadionach kat. minimum VA na nawierzchni prefabrykowanej kauczukowej,
2. Gardenia – posiadająca **jedną** realizację na stadionie kat. minimum VA na nawierzchni prefabrykowanej kauczukowej - Piaseczno GOSiR z 2016 roku,
3. Eversport – posiadający **jedną** realizację na stadionie kat. minimum VA na nawierzchni prefabrykowanej kauczukowej - ZST Czartajew z 2018 roku.

Jednakże to co wskazano w tabeli powyżej (stadion minimum kat. VA na nawierzchni prefabrykowanej kauczukowej) to tylko pierwsza część postawionego kryterium. W drugiej części kryterium Zamawiający postawił bowiem wymaganie, aby wartość realizacji wynosiła minimum 5 mln zł brutto. Jeśli więc weźmiemy pod uwagę wartość realizacji dojdziemy do przekonania, że:

1. realizacja firmy Gardenia - Piaseczno GOSiR z 2016 roku to realizacja o wartości ok. 2,5 mln brutto, co potwierdzają doniesienia prasowe,
2. realizacja firmy Eversport - ZST Czartajew z 2018 roku to realizacja o wartości 4 158 986,68 zł brutto, co potwierdza informacja z otwarcia ofert z tego postępowania.

Są to tym samym bezsprzecznie realizacje, które postawionego warunku nie spełniają. Z powyższego wynika więc, że realnie tylko Wykonawca TAMEX może dostać maksymalną ilość punktów w postawionym kryterium, bowiem tylko ten Wykonawca wykonał trzy realizacje zgodne z treścią postawionego warunku. Żadna inna firma funkcjonująca na rynku nie ma trzech realizacji spełniających postawione kryterium.

Co do zasady też żadna inna firma nie ma także nawet jednej realizacji spełniającej postawiony warunek a zatem nikt inny nie otrzyma nawet najniższej wartości punktowej w ramach tego kryterium. Z ostrożności można wskazać co najwyżej, że jedyną niewiadomą jest podmiot Prosport, wobec braku dokładnych informacji w zakresie aktualnego

funkcjonowania podmiotu, więc czysto teoretycznie ten podmiot mógłby uzyskać 5 punktów za jedną realizację. Jednakże wobec faktu, że wykonanie tego obiektu przez podmiot Prosport miało miejsce w 2000 roku - z dużym prawdopodobieństwem realizacja ta nie spełnia kryterium wartości co najmniej 5 mln brutto, a co za tym idzie z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością przyjąć można, że aktualnie na rynku nie istnieje żaden podmiot poza wykonawcą TAMEX, który może otrzymać punkty w ramach zaskarżonego kryterium oceny ofert.

Działania Zamawiającego w sposób jednoznaczny wskazują na naruszenie prawidłowości określania kryteriów oceny ofert, jak wynika m.in. z wyroku KIO 1611/18, wyrok z 28.08.2018 r. W zakresie postępowań na budowę stadionów istnieje oficjalny rejestr na stronie <https://www.pzla.pl/aktualnosci/12124-zestawienie-stadionow-hal-i-urzadzen-lekkoatletycznych-wpolsce-wersja-robocza>, w zakładce 22 Rejestr stadionów – II_22, w którym można zweryfikować jaki podmiot i jaki rodzaj obiektu został wybudowany.

Tak więc wszelkie informacje zawarte w odwołaniu i niniejszym piśmie są weryfikowalne i sprowadzają się do twierdzenia, że już na etapie przygotowania swz wiadomo że jedynym podmiotem, który ewentualnie otrzyma punkty będzie wykonawca TAMEX Obiekty Sportowe S.A.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w wersji elektronicznej w sprawie o sygn. akt: KIO 157/22 oraz o sygn. akt: KIO 739/22, w tym w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), Wykazu doświadczenia kierownika (załącznika nr 1a do SWZ) „Wykazu doświadczenia kierownika, Opisu Przedmiotu Zamówienia (zwanego dalej: „OPZ” /Załącznik nr 9a do SWZ/, Opisu technicznego dla projektu budowlanego architektury (wersja pierwotna i po zmianie), jak i modyfikacji postanowień SWZ z 10.03.2022 r.

W poczet materiału dowodowego został zaliczony także zawnioskowany w ramach odpowiedzi na odwołania przez Zamawiającego na okoliczności wskazane w odpowiedzi:

- 1) Protokół rozprawy przed KIO z 02.02.2022 r., znajdujący się w aktach sprawy KIO 157/22;
- 2) Protokół rozprawy przed KIO z 11.02.2022 r., znajdujący się w aktach sprawy KIO 157/22.

Izba wzięła także pod uwagę załączony do odpowiedzi na odwołania przez Zamawiającego wyrok KIO z 11.02.2022 r., sygn. akt: KIO 157/22.

W poczet materiału dowodowego został załączony do pisma procesowego Odwołującego na okoliczności wskazane w piśmie:

- 1) Artykuł prasowy;
- 2) Informacja z otwarcia ofert;
- 3) Rejestr /Zestawienie stadionów, hal i urządzeń lekkoatletycznych / na stronie <https://www.pzla.pl/aktualnosci/12124-zestawienie-stadionow-hal-i-urzedzen-lekkoatletycznych-wpolsce-wersja-robocza>, w zakładce 22 Rejestr stadionów – II_22/.

Dodatkowo Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone na rozprawie przez Odwołującego:

- 1) OPZ zamawiającego (załącznik nr 9a) str. 4 pkt 5 oraz str. 6 ppkt V, gdzie przedstawiono warunki niezbędne do prawidłowej instalacji nawierzchni na okoliczność, iż są one tożsame tak dla nawierzchni poliuretanowej, jak również kauczukowej, tj. jej podbudowy;
- 2) Opis techniczny dla projektu budowlanego architektury – wyciąg, strona 10 (dokumentacja pierwotna) oraz opis techniczny architektury – wyciąg, strona 12 (dokumentacja po zmianach) na okoliczność, iż rodzaj nawierzchni nie ma znaczenia dla podbudowy (nie robi się innej podbudowy bez względu na rodzaj kładzonej nawierzchni, co wynika z przedstawionych dokumentów zamawiającego);
- 3) Specyfikację postępowania prowadzonego w Kielcach w roku 2022, wskazując na stronę 13, zgodnie z którą Zamawiający przyznawał dodatkową punktację za doświadczenie kierownika robót posiadającego doświadczenie przy nawierzchni syntetycznej poliuretanowej jak również kauczukowej czyli w zależności od tego jaką oferował;
- 4) Zbiorcze zestawienie ofert złożonych w tym postępowaniu oraz oferty Eversport oraz firmy Tamex, z których wynika, że mimo iż obaj wykonawcy zaoferowali nawierzchnię kauczukową to dodatkowe doświadczenie mógł zdobyć kierownik budowy, który miał doświadczenie zw. z nawierzchnią kauczukową.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie oraz odpowiedź na odwołanie, a nadto stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez postawienie kryterium oceny ofert (doświadczenie kierownika budowy - D) w sposób nieproporcjonalny, niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców,
- 2) art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez postawienie kryterium oceny ofert - doświadczenie kierownika budowy - D, które jest kryterium niezapewniającym najlepszej jakości czy uzyskania najlepszych efektów zamówienia,
- 3) art. 239 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zastosowanie kryterium „doświadczenie kierownika budowy - D”, które prowadzi do uznania za najkorzystniejszą ofertę, która nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny,
- 4) art. 241 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zastosowanie kryterium oceny ofert, które w istocie nie odnosi się do przedmiotu zamówienia, a do konkretnego podmiotu posiadającego określone doświadczenie, który zdobyć może w ramach kryterium 30 punktów przewagi nad innymi konkurentami,
- 5) art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnioną dodatkową punktację w kryterium „doświadczenie kierownika budowy” w kontekście punktowania doświadczenia zdobytego dla nawierzchni syntetycznej prefabrykowanej kauczukowej, podczas gdy w niniejszym postępowaniu możliwe jest zaoferowanie również nawierzchni poliuretanowej, a doświadczenie wymagane treścią warunku udziału w postępowaniu nie konkretyzuje rodzaju doświadczenia kierownika budowy, co w konsekwencji powoduje, że można uzyskać dodatkowe punkty za doświadczenie kierownika nie oferując nawierzchni, której rodzaj jest powiązań z tymi punktami, jak również można wykonać należycie zamówienie nie dysponując kierownikiem z doświadczeniem w technologii kauczukowej, jednakże punkty w ramach kryterium z wagą 30% może zdobyć już tylko osoba z doświadczeniem w technologii kauczukowej, co pokazuje, że kryterium to nie premiuje doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, a więc nie jest w ogóle związane z przedmiotem zamówienia.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Odwołującego. Skład orzekający Izby stwierdził, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale co do dopuszczalności określonych zaskarżonych postanowień SWZ. Do tych kwestii Izba odniesie się przy omawianiu poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła, co następuje.

Z uwagi na charakter sformułowanych zarzutów, Izba odniesie się do nich zbiorczo uznając, że podlegają one uwzględnieniu w całości.

W pierwszej kolejności, Izba wskazuje że podzieliła stanowisko Odwołującego oraz Przystępującego, a zarazem uznała za własne, że może zaistnieć sytuacja tego rodzaju, iż wykonawca może zaproponować nawierzchnię Full Pur, a jednocześnie przedstawi doświadczenie kierownika na realizacji obejmującej nawierzchnię kauczukową. Obrazuje powyższe niepowiązanie doświadczenia kierownika budowy z oferowaną nawierzchnią.

Zgodzić się bowiem także należy, że sporne w rozpoznawaj treści kryterium nie jest powiązane z przedmiotem zamówienia, gdyż może zaistnieć taka sytuacja, iż dany wykonawca oferuje technologię kauczukową, otrzymuje 5 punktów, ale nie ma doświadczenia, więc otrzymuje zamiast 30 punktów 0 punktów. Z kolei jeśli ktoś oferuje technologię Full Pur otrzyma 0 punktów zamiast 5 punktów, ale dysponując stosownym kierownikiem otrzyma 30 punktów. Jest to jaskrawy przykład braku powiązania kryterium z tym co jest oferowane w ofercie.

Z tych powodów, Izba nakazała wskazaną w tym zakresie w sentencji zmianę (powiązanie) postanowień SWZ i adekwatnie ogłoszenia o zamówieniu.

W dalszej części należy również zgodzić się ze stanowisko Odwołującego oraz Przystępującego oraz uznać za własne, że dodatkowe doświadczenie kierownika budowy de facto nie jest dodatkowym doświadczeniem, gdyż wymóg nie zawężył doświadczenia zdobytego na nawierzchni prefabrykowanej kauczukowej. Mogło być to doświadczenie zdobyte na realizacji obejmującej układania jakiegokolwiek nawierzchni.

Jednocześnie, Izba podkreśla, że Odwołujący przedstawił dowody OPZ Zamawiającego (załącznik nr 9a) str. 4 pkt 5 oraz str. 6 ppkt V, gdzie określono warunki

niezbędne do prawidłowej instalacji nawierzchni i są one tożsame tak dla nawierzchni poliuretanowej jak również kauczukowej, tj. jej podbudowy. Przedłożył także opis techniczny dla projektu budowlanego architektury – wyciąg, str. 10 (dokumentacja pierwotna) oraz opis techniczny architektury – wyciąg, str. 12 (dokumentacja po zmianach). Wynika z tych dokumentów, iż rodzaj nawierzchni nie ma znaczenia dla podbudowy. Z powyższych dowodów, wynika, że nie robi się innej podbudowy bez względu na rodzaj kładzonej nawierzchni. Dodatkowo, Izba wskazuje, że Zamawiający w żaden sposób nie zakwestionował stanowiska Odwołującego z rozprawy, że w pliku stadion.pdf, str. 50-68, określono wykonanie robót betoniarskich i nie ma tam żadnego wyszczególnienia czy też zastrzeżenia co do rodzaju kładzonej na niej później nawierzchni. Owe ustalenia mają charakter uniwersalny w tym zakresie.

Z tych powodów, Izba nakazała wskazaną w tym zakresie w sentencji zmianę (usunięcie) postanowień SWZ i adekwatnie ogłoszenia o zamówieniu.

Nadto, Izba zgodziła się z negatywnym stanowiskiem Odwołującego oraz Przystępującego w zakresie przyjętych przez Zamawiającego proporcji, przy przyjętym kryterium, tj. za jedną dodatkową robotę 5 punktów, za dwie 10, a za trzy 30. Jednocześnie, podkreślając, że nakazaną w sentencji zmianę proporcji należy rozpatrywać w kontekście całości nakazanych zmian i nakazanego powiązania kryterium oceny ofert z oferowanym przedmiotem zamówienia. Izba podkreśla również, że wzięła pod uwagę i uznała stanowisko wyrażone w piśmie procesowym przez Odwołującego, że w istocie nie odnosi się sporne kryterium w jego zaskarżonej treści do przedmiotu zamówienia, a do konkretnego podmiotu posiadającego określone doświadczenie, który zdobyć może w ramach kryterium 30 punktów przewagi nad innymi konkurentami, a w szczególności Rejestr /Zestawienie stadionów, hal i urządzeń lekkoatletycznych / na stronie <https://www.pzla.pl/aktualnosc/12124-zestawienie-stadionow-hal-i-urzedzen-lekkoatletycznych-wpolsce-wersja-robocza>, w zakładce 22 Rejestr stadionów – II_22/. Należy zauważyć, że nie zostało ono w żaden sposób podważone na rozprawie przez Zamawiającego. Jednocześnie, w ocenie Izby nakazane zmiany, czynią także zadość oczekiwaniom Zamawiającego, aby zapewnić podczas realizacji zamówienia adekwatną jakość wykonania zamówienia, stosownie do oferowanej nawierzchni. Izba nadto, zgadza się z Zamawiającym, że kryteria pozacenowe mają to do siebie że mogą w jakiś sposób preferować określone rozwiązanie, jednakże musi istnieć powiązanie z przedmiotem zamówienia, czego w tym wypadku zabrakło. Przy czym, co istotne KIO w wyroku w sprawie o sygn. akt: KIO 157/22 na str. 22 uzasadnienia dopuściła możliwość stosowania określonych preferencji tj. przyjęcia kryterium oceny ofert - rodzaju oferowanej nawierzchni na poziomie 5%.

Z tych powodów, Izba nakazała wskazaną w tym zakresie w sentencji zmianę (proporcji) postanowień SWZ i adekwatnie ogłoszenia o zamówieniu.

Izba także podkreśla, że przy uwzględnieniu odwołania, zostało wzięte pod uwagę także orzeczenie KIO z 07.01.2022 r. o sygn. akt: KIO 3667/21: „(...) 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/świadcstwem w kategorii VB. Jak Izba wskazała powyżej, obie nawierzchnie otrzymywały w poprzednich latach certyfikaty, więc obie spełniają wymagania PZLA. (...)”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Jednocześnie, obciążając kosztami Zamawiającego i nakazując Zamawiającemu dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty 10 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonego rachunku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów

w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....