



BSG SP. Z O. O.

95-100 Zgierz, Polska NIP PL7321972348
ul. Andrzeja Struga 20 Regon 473165312
Tel/Fax, +48 42 716 23 38 BDO 000026338
www.bsg.pl

Zgierz 25.04.2022r.

Prezes

Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący:

BSG Sp. z o.o.

ul. A. Struga 20, 95-100 Zgierz
e-mail: bsg@bsg.pl
tel. (+48) 42 716 23 54

KRS: 0000162632

NIP: 732 19 72 348

Zamawiający:

Gmina Dobre Miasto

ul. Warszawska 14 11-040 Dobre Miasto
NIP: 7393845814, REGON: 510743657
tel. 89 615 39 39, fax 89 616 14 43
email: info@dobremiasto.com.pl

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie podstawowym pn.:
„Rozbudowa stadionu lekkoatletycznego, piłkarskiego wraz z zagospodarowaniem przyległego terenu i infrastrukturą techniczną przy ul. Olsztyńskiej 14 w Dobrym Mieście”.

Znak postępowania: FR.271.8.2021

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2021/BZP 00276739/01 z dnia 2021-11-19.

Dostęp do dokumentacji postępowania :

https://bip.dobremiasto.com.pl/zamowienia_publiczne/86/173/Rozbudowa_stadionu_lekkoatletycznego_2C_piłkarskiego_wraz_z_zagospodarowaniem_przyległego_terenu_i_infrastruktura_techiczna_przy_ul_

BSG Sp. z o.o.

95-100 Zgierz, ul. Andrzeja Struga 20

NIP PL 732-19-72-348, REGON 473165312, BDO 000026338

Kapitał zakładowy: 200 000 PLN

KRS 0000162632, Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi, XX Wydział KRS

BNP Paribas Bank Polska S. A. nr konta: 53 1750 1093 0000 0000 1052 2005



BSG SP. Z O. O.

95-100 Zgierz, Polska NIP PL7321972348
ul. Andrzeja Struga 20 Regon 473165312
Tel/Fax. +48 42 716 23 38 BDO 000026338
www.bsg.pl

Olsztynskiej_14_w_Dobrym_Miescie/wersja/1/

Wartość zamówienia poniżej progów unijnych

ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz wykonawcy – BSG Sp. z o.o. na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1, art. 514 ust. 1, art. 515 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.)

niniejszym wnoszę odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- **modyfikacji SWZ w zakresie kryterium oceny ofert „Rodzaj oferowanej nawierzchni (N)” – poprzez wprowadzenie zmianą opublikowaną w dniu 19.04.2022r. wagi tego kryterium 30%**

co stanowi o naruszeniu:

- zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady proporcjonalności oraz związania z przedmiotem zamówienia a także uczciwej konkurencji,
- braku powiązania zastosowanych kryteriów oceny ofert z jakością przedmiotu zamówienia,
- nieuzasadnionej punktacji dodatkowej dla nawierzchni syntetycznej prefabrykowanej kauczukowej względem Full Pur,
- zróżnicowanie punktowanych wartości parametrów w zależności od oferowanego rodzaju nawierzchni (Full Pur/kauczukowa) na poziomie 30% w sytuacji gdy właściwości nawierzchni muszą być takie same bez względu na rodzaju materiału z jakiego są wykonane, a KIO orzeczeniem w sprawie sygn. akt KIO 157/22 uznała, że dopuszczalne jest zastosowanie jako kryterium jakościowego „Rodzaj oferowanej nawierzchni” i przyznanie w jego ramach maksymalnie 5 % za zaoferowanie nawierzchni syntetycznej prefabrykowanej kauczukowej

o czym Odwołujący dowiedział się z udostępnionej przez Zamawiającego w dniu **19.04.2022r.** modyfikacji SWZ.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego **zarzucam naruszenie następujących przepisów ustawy**

BSG Sp. z o.o.

95-100 Zgierz, ul. Andrzeja Struga 20
NIP PL 732-19-72-348, REGON 473165312, BDO 000026338

Kapitał zakładowy: 200 000 PLN

KRS 0000162632, Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi, XX Wydział KRS

BNP Paribas Bank Polska S. A. nr konta: 53 1750 1093 0000 0000 1052 2005



BSG SP. Z O. O.

95-100 Zgierz, Polska NIP: PL7321972348
ul. Andrzeja Struga 20 Regon: 473165312
Tel/Fax: +48 42 716 23 38 BDO 000026338
www.bsg.pl

Pzp:

• **naruszenie art. 16 pkt 1 i 3 Pzp** tj. obowiązku przygotowania postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz proporcjonalny w odniesieniu do kryteriów oceny ofert („Rodzaj oferowanej nawierzchni (N)” i wagi zastosowanego kryterium na poziomie 30%),

• **naruszenie art. 17 ust 1 oraz 2 Pzp** poprzez zastosowanie w postępowaniu w celu wyboru oferty najkorzystniejszej, kryterium o wadze nie zapewniającej najlepszej jakości, uzasadnionej charakterem zamówienia i nie prowadzącej do uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów,

• **naruszenie art. 239 ust 2 Pzp** przy zastosowaniu wagi kwestionowanego kryterium oceny prowadzącego do uznania za najkorzystniejszą oferty, która nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny,

• **naruszenie art. 239 ust 2 Pzp** przez nieuzasadnioną dodatkową punktację na poziomie 30% dla nawierzchni syntetycznej prefabrykowanej kauczukowej („Rodzaj oferowanej nawierzchni (N)” w sytuacji gdy parametry nawierzchni bieżni lekkoatletycznych muszą być takie same bez względu na rodzaju materiału z jakiego są wykonane, a Izba orzeczeniem sygn. akt KIO 157/22 uznała, że dopuszczalne jest zastosowanie jako kryterium jakościowego „rodzaj oferowanej nawierzchni” i przyznanie w jego ramach maksymalnie 5 pkt za zaoferowanie nawierzchni syntetycznej prefabrykowanej kauczukowej.

Waga zastosowanego w wyniku zmiany kryterium oceny ofert „Rodzaj oferowanej nawierzchni (N)” ograniczyła, a praktycznie wykluczyła możliwość realnego konkurowania przez wykonawców oferowanymi produktami, poprzez całkowitą dyskryminację nawierzchni typu Full PUR choć nawierzchnia ta jest co najmniej równoważna, a w wielu parametrach lepsza niż faworyzowana nadmiernie i w nieuprawniony sposób nawierzchnia prefabrykowana kauczukowa.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty na podstawie **art. 554 ust. 1 i 3 Pzp wnoszę o :**

- merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego Odwołania,
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,

a także o:

- **zmianę w zakresie kryterium oceny ofert w SWZ poprzez:**

BSG Sp. z o.o.

95-100 Zgierz, ul. Andrzeja Struga 20

NIP PL 732-19-72-348, REGON 473165312, BDO 000026338

Kapitał zakładowy: 200 000 PLN

KRS 0000162632, Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi, XX Wydział KRS

BNP Paribas Bank Polska S. A. nr konta: 53 1750 1093 0000 0000 1052 2005



BSG SP. Z O. O.

95-100 Zgierz, Polska NIP PL7321972348
ul. Andrzeja Struga 20 Regon 473165312
Tel/Fax: +48 42 716 23 38 BDO 000026338
www.bsg.pl

przywrócenie dotychczasowej punktacji w kryterium „Rodzaj oferowanej nawierzchni (N)” do poziomu zgodnego z orzeczeniem sygn. akt KIO 157/22 tj. maksymalnie 5 % za zaoferowanie nawierzchni syntetycznej prefabrykowanej kauczukowej

Termin na wniesienie odwołania.

Zamawiający opublikował kwestionowaną odwołaniem modyfikację SWZ w dniu **19.04.2022r.** wobec czego termin określony w Pzp został zachowany.

Interes prawny we wniesieniu odwołania.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący jest zainteresowany zarówno udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia jak również możliwością zaoferowania przez innych wykonawców zamówienia systemu nawierzchni Full PUR, której jest producentem.

W sytuacji, gdy treść SWZ w zakresie wagi kryterium oceny odnoszących się do nawierzchni została sformułowana w sposób sprzeczny z ustawą Pzp, w szczególności, gdy Zamawiający wadliwie zmodyfikował wagę kryterium, Odwołujący faktycznie utracił możliwość uzyskania zamówienia, analogicznie jak ekonomicznie nieuzasadnionym byłoby przy łącznej wadze kwestionowanego kryterium na poziomie 30% oferowanie w postępowaniu systemu produkcji BSG (Full PUR) przez innych wykonawców.

Kwestionowane w odwołaniu postanowienia SWZ ograniczają Odwołującemu możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach. Powyższe dowodzi istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę bowiem gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, tj. prawidłowo sformułował treść SWZ, w szczególności w zakresie wagi kwestionowanego kryterium oceny, możliwe byłoby złożenie oferty przy zastosowaniu systemu nawierzchni produkcji BGS (typu Full PUR) i realne konkurowanie.

BSG Sp. z o.o.

95-100 Zgierz, ul. Andrzeja Struga 20

NIP PL 732-19-72-348, REGON 473165312, BDO 000026338

Kapitał zakładowy: 200 000 PLN

KRS 0000162632, Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi, XX Wydział KRS

BNP Paribas Bank Polska S. A. nr konta: 53 1750 1093 0000 0000 1052 2005



BSG SP. Z O. O.

95-100 Zgierz, Polska NIP: PL7321972348
ul. Andrzeja Struga 20 Regon: 473165312
Tel/fax: +48 42 716 23 38 BDO 000026338
www.bsg.pl

Poprzez wskazane powyżej czynności Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia a także ew. możliwości uzyskania przychodów z zaoferowania w postępowaniu przez innych wykonawców nawierzchni jego produkcji. Zamawiający doprowadził bowiem do sytuacji, w której oferta z systemem nawierzchni Full PUR nie ma realnych szans konkurować z nawierzchnią kauczukową pomimo pełnej równoważności parametrów tak jakościowych jak i technicznych.

Podkreślenia wymaga także, że zgodnie z art. 505 ust 1 Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Wskazać wreszcie należy, że zgodnie z art. 7 pkt 30 Pzp status wykonawcy przysługuje w szczególności osobie prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub dostawę produktów.

W konsekwencji nie budzi wątpliwości, że interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym Postępowaniu doznał więc uszczerbku, tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z Zamawiającym. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wskazuje nadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie ma wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że Izba już zajęła w sprawie wagi kryterium „Rodzaj oferowanej nawierzchni (N)” stanowisko w sprawie sygn. akt KIO 157/22, uznając, że nawierzchnia kauczukowa zasługuje na dodatkową punktację w ramach kryterium oceny na poziomie maksymalnie 5 %.

UZASADNIENIE

1. Przedmiot zamówienia.

Przedmiot zamówienia obejmuje zgodnie z Załącznikiem nr 9a do SWZ roboty budowlane polegające na przebudowie stadionu lekkoatletycznego, piłkarskiego wraz z zagospodarowaniem przyległego terenu i infrastrukturą techniczną w Dobrym Mieście, w tym:

- 1) boiska piłkarskiego o wymiarach 105,0 m x 68,0 m o nawierzchni trawiastej naturalnej
- 2) 4-torowej bieżni lekkoatletycznej okrężnej o długości 400,0 m.
- 3) 6-torowej bieżni prostej do biegów na 100,0 i 110,0 m.
- 4) skoczni do skoku wzwyż,

BSG Sp. z o.o.

95-100 Zgierz, ul. Andrzeja Struga 20
NIP PL 732-19-72-348, REGON 473165312, BDO 000026338
Kapitał zakładowy: 200 000 PLN
KRS 0000162632, Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi, XX Wydział KRS
BNP Paribas Bank Polska S. A. nr konta: 53 1750 1093 0000 0000 1052 2005



BSG SP. Z O. O.

95-100 Zgierz, Polska NIP PL7321972348
ul. Andrzeja Struga 20 Regon 473165312
Tel/Fax: +48 42 716 23 38 BDO 000026338
www.bsg.pl

- 5) dwóch skoczni do skoku w dal i trójskoku,
- 6) rzutni do pchnięcia kulą,
- 7) rzutni do rzutu oszczepem,
- 8) skoczni do skoku o tyczce
- 9) obiektów dodatkowych, w tym boiska do siatkówki i boiska do koszykówki.

Kategoria obiektu: VA – obiekty sportu i rekreacji.

Zgodnie z SWZ w zakresie lekkiej atletyki na obiekcie będzie można rozgrywać zawody lekkoatletyczne we wszystkich kategoriach wiekowych rangi Mistrzostw Polski oraz mityngów ogólnopolskich w wybranych konkurencjach o kategorii VA z certyfikowaną przez WA nawierzchnią syntetyczną, umożliwiającą rozgrywanie imprez lekkoatletycznych.

Roboty obejmą wykonanie bieżni lekkoatletycznej, która spełniać ma wymogi WA/IAAF i PZLA w zakresie rozgrywania pełnego programu konkurencji.

Dodatkowo Zamawiający stawia warunek, aby oferowana nawierzchnia do zastosowania na przedmiotowym obiekcie była zainstalowana na co najmniej dwóch stadionach w warunkach klimatycznych zbliżonych do panujących w Polsce, posiadających certyfikat World Athletics (IAAF) Class 1 – dotyczy nawierzchni Full Pur.

2.Przebieg postępowania

2.1 Pierwsze postępowanie w sprawie.

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

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

Jednocześnie Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ i przerzucił sporne parametry nawierzchni do

BSG Sp. z o.o.

95-100 Zgierz, ul. Andrzeja Struga 20

NIP PL 732-19-72-348, REGON 473165312, BDO 000026338

Kapitał zakładowy: 200 000 PLN

KRS 0000162632, Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi, XX Wydział KRS

BNP Paribas Bank Polska S. A. nr konta: 53 1750 1093 0000 0000 1052 2005



BSG SP. Z O. O.

95-100 Zgierz, Polska NIP PL7321972348
ul. Andrzeja Struga 20 Regon 473165312
Tel/Fax: +48 42 716 23 38 BDO 000026338
www.bsg.pl

kryteriów oceny ofert, tj. dopuścił pozornie nawierzchnię Odwołującego (nawierzchnia TETRAPUR), jednakże w taki sposób sformułował kryteria oceny, aby wyłącznie nawierzchnia CONIPUR otrzymywała punkty w ramach kryterium. Wobec powyższych zmian zostało wniesione przez BSG kolejne odwołanie do Izby.

Zamawiający przed terminem rozprawy dokonał czynności otwarcia ofert w tym postępowaniu. Okazało się wtedy, że oferty złożyło 3 Wykonawców oferujących wyłącznie nawierzchnię CONIPUR – a zatem potwierdziły się w całości zarzuty o ograniczeniu konkurencji przez Zamawiającego.

Ostatecznie Zamawiający unieważnił to postępowanie z powodu braku możliwości sfinansowania zamówienia za oferowane ceny. W konsekwencji również odwołanie – jako bezprzedmiotowe – zostało wycofane.

2.2.Przebieg aktualnego postępowania

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

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

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

Wobec modyfikacji SWZ BSG w dniu 19 stycznia 2022r. wniósł kolejne odwołanie do Izby. Postępowanie to zostało zakończone wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2022 roku (sygn. KIO

157/22), w którym Izba uwzględniła odwołanie w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w całości – tj.

BSG Sp. z o.o.

95-100 Zgierz, ul. Andrzeja Struga 20

NIP PL 732-19-72-348, REGON 473165312, BDO 000026338

Kapitał zakładowy: 200 000 PLN

KRS 0000162632, Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi, XX Wydział KRS

BNP Paribas Bank Polska S. A. nr konta: 53 1750 1093 0000 0000 1052 2005



BSG SP. Z O. O.

95-100 Zgierz, Polska NIP: PL7321972348
ul. Andrzeja Struga 20 Regon: 473165312
Tel/fax: +48 42 716 23 38 BDO 000026338
www.bsg.pl

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”.

Co warte podkreślenia Zamawiający jak oceniła Izba w orzeczeniu:

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

W konsekwencji powyższego orzeczenia Izby Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ w dniu 10 marca 2022 roku, 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 tym razem dotyczące doświadczenia zawodowego kierownika budowy o wadze 30%.

Pomimo, że KIO w orzeczeniu sygn. KIO 157/22 uznała, że rodzaj nawierzchni kauczukowej zasługuje co najwyżej na dodatkową punktację w wysokości 5%, Zamawiający usiłował ominąć to ograniczenie i punktował w nowym kryterium oceny ofert doświadczenie kierownika budowy w układaniu wyłącznie nawierzchni kauczukowej.

Kryterium to było całkowicie oderwane od oferowanej przez wykonawcę technologii – możliwe było np. uzyskanie punktacji za doświadczenie kierownika budowy w układaniu nawierzchni kauczukowej oferując technologię inną tj. Full PUR. Tak sformułowane kryterium oceny ofert zostało zakwestionowane odwołaniem przed Izbą przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT Ilona Stańczyk.

Izba orzeczeniem Sygn. akt: KIO 739/22 z dnia 7 kwietnia 2022 r w całości uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu modyfikację kryterium oceny Doświadczenie kierownika poprzez powiązanie jej z oferowaną przez wykonawcę w postępowaniu technologią.

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

Pomimo, że KIO orzeczeniem sygn. akt 157/22 uznała, że nawierzchnia kauczukowa zasługuje na
BSG Sp. z o.o.

95-100 Zgierz, ul. Andrzeja Struga 20
NIP PL 732-19-72-348, REGON 473165312, BDO 000026338
Kapitał zakładowy: 200 000 PLN
KRS 0000162632, Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi, XX Wydział KRS
BNP Paribas Bank Polska S. A. nr konta: 53 1750 1093 0000 0000 1052 2005



BSG SP. Z O. O.

95-100 Zgierz, Polska NIP PL7321972348
ul. Andrzeja Struga 20 Regon 473165312
Tel/Fax. +48 42 716 23 38 BDO 000026338
www.bsg.pl

dotatkową punktację na poziomie co najwyżej 5% w stosunku do Full PUR i w wyniku kwestionowanej aktualnym odwołaniem modyfikacji Zamawiający nadał temu kryterium wagę 30%.

Przebieg obydwu postępowań potwierdza, że:

- Zamawiający forsuje produkty konkretnego producenta (za pomocą parametrów odcinających bądź kryteriów oceny),
- uniemożliwia bądź utrudnia możliwość złożenia ofert z nawierzchnią TETRAPUR produkcji Odwołującego bez racjonalnego uzasadnienia,
- dokonuje kolejnych modyfikacji w zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert w sposób całkowicie oderwany od jakości, przedmiotu zamówienia a nawet przedmiotu oferty,
- mimo kilkukrotnego uwzględniania odwołań wnoszonych do Izby (zarówno w aktualnym jak i poprzednim postępowaniu) czynności te są całkowicie pozorne bowiem w ich wyniku albo podtrzymuje ograniczenia albo wprowadza kolejne,

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

Dodatkowo, jak miało to miejsce w przypadku poprzedniego unieważnionego postępowania, pomimo wniesienia odwołania wobec postanowień SWZ do KIO w zawitym terminie, przed wyznaczonym terminem rozprawy, Zamawiający dokonuje czynności otwarcia ofert.

Odwołujący spodziewa się że w taki sam sposób może zachować się Zamawiający aktualnie. Na dzień dzisiejszy termin składania ofert w postępowaniu upływa w dniu 26.04.2022r. o godz 10.00 zaś termin wniesienia odwołania wobec modyfikacji kryterium w dniu 25.04.2022r.

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

Dowód – pismo z dnia 22.04.2022r.

BSG Sp. z o.o.

95-100 Zgierz, ul. Andrzeja Struga 20

NIP PL 732-19-72-348, REGON 473165312, BDO 000026338

Kapitał zakładowy: 200 000 PLN

KRS 0000162632, Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi, XX Wydział KRS

BNP Paribas Bank Polska S. A. nr konta: 53 1750 1093 0000 0000 1052 2005



BSG SP. Z O. O.

95-100 Zgierz, Polska NIP PL7321972348
ul. Andrzeja Struga 20 Regon 473165312
Tel/Fax. +48 42 716 23 38 BDO 000026338
www.bsg.pl

3. Zarzuty dotyczące wadliwej wagi kryterium oceny „Rodzaj oferowanej nawierzchni (N)”.

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

Zgodnie z kwestionowaną odwołaniem zmianą SWZ:

3. Ocena ofert w kryterium **rodzaj oferowanej nawierzchni** dokonana zostanie na podstawie informacji podanych przez Wykonawcę w formularzu ofertowym. Wykonawca podaje nazwę, rodzaj i producenta oferowanej nawierzchni.

- 1) **zaoferowanie nawierzchni syntetycznej poliuretanowej – Zamawiający przyzna 0 punktów,**
- 2) **zaoferowanie nawierzchni syntetycznej prefabrykowanej kauczukowej – Zamawiający przyzna 30 punktów.**

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

1. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami i ich znaczeniem:
 - 1) Cena (C) – waga kryterium 70%
 - 2) Rodzaj oferowanej nawierzchni (N) – **waga kryterium 30 %**
2. Ocena ofert w kryterium **cena** zostanie dokonana poprzez zastosowanie następującego wzoru:

Waga kryterium oceny ofert N i zasad oceny w ramach tego kryterium stanowi oczywiste naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady proporcjonalności oraz związania z przedmiotem zamówienia a także uczciwej konkurencji. Waga kryterium N nie jest powiązana faktycznie z premiowaniem jakości przedmiotu zamówienia.

Kwestionowana waga kryterium stanowi naruszenie art. 17 ust 1 oraz 2 Pzp nie zapewniając najlepszej jakości i nie prowadząc do uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów.

Zgodnym z ustawą Pzp wyrazem dążenia do zapewnienia należytej jakości przedmiotu zamówienia byłoby więc odwołanie się w kryteriach oceny ofert do określonych właściwości materiałów, na których Zamawiającemu zależy w sposób, który faktycznie przekłada się na wyższą jakość, użyteczność nawierzchni. Waga zmodyfikowanego kryterium ma charakter całkowicie oderwany od parametrów jakościowych czy też użytkowych oraz trwałości nawierzchni.

BSG Sp. z o.o.

95-100 Zgierz, ul. Andrzeja Struga 20

NIP PL 732-19-72-348, REGON 473165312, BDO 000026338

Kapitał zakładowy: 200 000 PLN

KRS 0000162632, Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi, XX Wydział KRS

BNP Paribas Bank Polska S. A. nr konta: 53 1750 1093 0000 0000 1052 2005



BSG SP. Z O. O.

95-100 Zgierz, Polska NIP PL7321972348
ul. Andrzeja Struga 20 Regon 473165312
Tel/Fax: +48 42 716 23 38 BDO 000026338
www.bsg.pl

Zgodnie z SWZ ocena ofert w kryterium rodzaj oferowanej nawierzchni dokonana zostanie na podstawie informacji podanych przez Wykonawcę w formularzu ofertowym. Za zaoferowanie nawierzchni syntetycznej poliuretanowej (Full Pur) wykonawca uzyskuje 0 punktów zaś za zaoferowanie nawierzchni syntetycznej prefabrykowanej kauczukowej –30 punktów.

Odwołujący podkreśla, że kwestia kryterium Rodzaj oferowanej nawierzchni N była już przedmiotem orzeczenia przez KIO w sprawie sygn. akt 157/22 z odwołania BSG.

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

Zgodnie ze stanowiskiem i argumentacją jakie prezentował ówczesnie wnosząc o usunięcie tego kryterium Odwołujący:

„Punktacja w kryterium jakościowym rodzaj nawierzchni ma charakter całkowicie uznaniowy i nie powiązany z żadnymi szczególnymi właściwościami ani cechami jakościowymi nawierzchni kauczukowej w stosunku do Full Pur. Najlepszym dowodem na to jest fakt, że imprezy sportowe najwyższej rangi mogą być rozgrywane zarówno na nawierzchniach Full Pur jak i kauczukowych. Jedyne wymagania dla możliwości rozgrywania imprez sportowych w odniesieniu do bieżni mają związek nie z materiałem z jakiego są wykonane ale konkretnymi parametrami technicznymi czy certyfikatem jakości wykonania nawierzchni na obiekcie. Ani wytyczne PZLA ani WA czy też IAAF nie różnicują obydwu rodzajów nawierzchni i formułują tożsame wymagania graniczne odnoszące się do parametrów technicznych w uniwersalny sposób.

Oceniając nawierzchnie kauczukowe można jedynie stwierdzić, że są one droższe w zakupie a także mniej trwałe (szybsza utrata właściwości wskutek twardnienia materiału spowodowana promieniowaniem słonecznym oraz wpływem czynników atmosferycznych).

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

KIO w orzeczeniu sygn. akt 157/22 w zakresie powyższego kryterium uznała:

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

BSG Sp. z o.o.

95-100 Zgierz, ul. Andrzeja Struga 20

NIP PL 732-19-72-348, REGON 473165312, BDO 000026338

Kapitał zakładowy: 200 000 PLN

KRS 0000162632, Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi, XX Wydział KRS

BNP Paribas Bank Polska S. A. nr konta: 53 1750 1093 0000 0000 1052 2005



BSG SP. Z O. O.

95-100 Zgierz, Polska NIP PL7321972348
ul. Andrzeja Struga 20 Regon 473165312
Tel/Fax, +48 42 716 23 38 BDO 000026338
www.bsg.pl

Powyższe potwierdza, że Izba ustaliła, że nawierzchnia kauczukowa względem Full PUR może zasługiwać na dodatkową punktację co najwyżej na poziomie 5% i jest to zgodne z zasadą proporcjonalności.

Odwołujący wskazuje, że:

obowiązujące regulacje dotyczące nawierzchni sportowych zarówno na poziomie światowym (World Athletics - WA) jak i krajowym (Polski Związek Lekkiej Atletyki - PZLA) jak o obowiązująca **Norma dotycząca nawierzchni obiektów sportowych (PN-EN 14877) nie różnicują w żaden sposób rodzaju nawierzchni Full PUR od kauczukowej.**

w szczególności:

1. Uchwała Zarządu PZLA Nr 41/2020 z dnia 15.12.2020 r. i obowiązuje od dnia 01.01.2021 r.

Zarząd Polskiego Związku Lekkiej Atletyki podjął decyzję o przyznawaniu organizacji zawodów rangi mistrzostw Polski (zarówno o pełnym jak i o ograniczonym programie konkurencji) gospodarzom stadionów, na których zainstalowano na bieżni i rozbiegach następujące systemy nawierzchni syntetycznych:

- a) prefabrykowane nawierzchnie kauczukowe lub,*
- b) nawierzchnie poliuretanowe, z pełnego poliuretanu (Full PUR)*

Uchwała wskazuje na konieczność spełniania wymogów przez nawierzchnie:

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

- *prefabrykowane nawierzchnie kauczukowe, nawierzchnie poliuretanowe z pełnego poliuretanu z wypełnieniem EPDM – w przypadku ubiegania się o kategorię I, II, III, IVA, VA, VIA i VIIA*
- *nawierzchnie Full PUR z innym wypełnieniem niż EPDM1 oraz poliuretanowe typu Sandwich – w przypadku ubiegania się o kategorię IVB, VB, VIB i VIIB*
- *nawierzchnie poliuretanowe typu natryskowego - w przypadku ubiegania się o kategorię VB, VIB i VIIB muszą spełniać wymagania WA dotyczące ich jakości, potwierdzone certyfikatem WA (Product Certificate) oraz spełniać wymagania PZLA.*

2. Wytyczne World Athletics (IAAF), zawarte w podręczniku Track and Field Facilities Manual-2019

Dokument wprost potwierdza, że obydwa rodzaje nawierzchni: Full Pur i kauczuk są materiałami równorzędnymi na których mogą odbywać się te same imprezy sportowe.

Dokument potwierdza, że parametry techniczno-użytkowe dla obydwu nawierzchni nie są różnicowane.

3. Ministerstwo Sportu w obowiązujących wytycznych „BUDOWA I PRZEBUDOWA ZEWNĘTRZNYCH OBIEKTÓW LEKKOATLETYCZNYCH”.

Także Ministerstwo współfinansujące realizację inwestycji sportowych potwierdza, że obydwa rodzaje nawierzchni – Full PUR i kauczukowa są całkowicie równorzędne.

BSG Sp. z o.o.

95-100 Zgierz, ul. Andrzeja Struga 20

NIP PL 732-19-72-348, REGON 473165312, BDO 000026338

Kapitał zakładowy: 200 000 PLN

KRS 0000162632, Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi, XX Wydział KRS

BNP Paribas Bank Polska S. A. nr konta: 53 1750 1093 0000 0000 1052 2005



MADE IN POLAND
2021

BSG SP. Z O. O.

95-100 Zgierz, Polska NIP PL7321972348
ul. Andrzeja Struga 20 Regon 473165312
Tel/Fax. +48 42 716 23 38 BDO 000026338
www.bsg.pl

Publikacja wskazuje ponadto, że:

W Ministerstwie zidentyfikowano przede wszystkim następujące błędy/nieścisłości dotyczące specyfikacji nawierzchni:

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

- dokument nie różnicuje nawierzchni typu Full Pur i kauczukowych
- dokument nie zawiera odmiennych wymagań odnośnie parametrów nawierzchni typu Full Pur i kauczukowych.

4. Publikacja „Nawierzchnie syntetyczne”. T.Majsterkiewicz. Warszawa 2014

Dokument zawiera potwierdzenie, że wymagane parametry nawierzchni Full Pur i prefabrykowanej (kauczukowa) są takie same i brak jest powodów ich różnicowania za pomocą kryteriów oceny. Potwierdza także, że zarówno w przypadku nawierzchni Full Pur jak i prefabrykowanej (kauczukowa) istnieją specyficzne dla poszczególnych materiałów wymagania dotyczące sposobu wykonania nawierzchni, w przypadku każdego z nich są odrębne specyficzne wymagania realizacyjne które mają wpływ na jakość nawierzchni.

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

Uprzedzając ewentualną argumentację Zamawiającego odnośnie rzekomej wyższej trwałości nawierzchni kauczukowej w stosunku do Full PUR (stanowisko takie było prezentowane w trakcie rozprawy sygn. KIO 157/22) Odwołujący wskazuje, że najnowsze wykonane na zlecenie Ministerstwa Sportu przez Instytut Sportu badania nawierzchni „Ocena procesu starzenia się nawierzchni syntetycznych obiektów lekkoatletycznych po 5 latach użytkowania” dowodzą że jest wręcz przeciwnie – tj. nawierzchnia kauczukowa (Mondo) szybciej traci swoje właściwości i parametry.

Zgodnie z wynikami badań w odniesieniu do nawierzchni kauczukowej typu Mondo:

BSG Sp. z o.o.

95-100 Zgierz, ul. Andrzeja Struga 20

NIP PL 732-19-72-348, REGON 473165312, BDO 000026338

Kapitał zakładowy: 200 000 PLN

KRS 0000162632, Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi, XX Wydział KRS

BNP Paribas Bank Polska S. A. nr konta: 53 1750 1093 0000 0000 1052 2005

MADE IN POLAND
2021**BSG SP. Z O. O.**95-100 Zgierz, Polska
ul. Andrzeja Struga 20
Tel/Fax: +48 42 716 23 38
www.bsg.pl
NIP PL7321972348
Regon 473165312
BDO 000026338

Stadion - miejscowość	rodzaj nawierzchni	nazwa handlowa	Wygląd nawierzchni, ocena wizualna	
			2016	2021
Bielsko-Biała	prefabrykat kauczukowy	Mondo Sportflex Super X 720	--	Ślady zużycia torów biegowych, brak pęcherzy, pęknięcia pomiędzy brytami (na łączeniach technologicznych), widoczne wytarcia linii
Piaseczno		Mondo Sportflex Super X 721	--	Ślady zużycia torów biegowych, brak pęcherzy, pęknięcia pomiędzy brytami (na łączeniach technologicznych), zabrudzenie nawierzchni

Tabela 2 Zestawienie uzyskanych wyników amortyzacji i odkształcenia pionowego

Stadion - miejscowość	rodzaj nawierzchni	nazwa handlowa	Amortyzacja siły, %		Odkształcenie pionowe, mm		Temperatura otoczenia	
			średnia wartość				2016	2021
			2016	2021	2016	2021		
Bielsko-Biała	prefabrykat kauczukowy	Mondo Sportflex Super X 720	36	35	1,6	1,1	19-22	19-22
Piaseczno		Mondo Sportflex Super X 721	37	32	1,7	1	22-25	10-12

Najlepszą ocenę jakości nawierzchni Mondo zawiera podsumowanie Raportu:

4. WNIOSKI

W tabeli 5 zestawiono uzyskane wyniki badań z wymaganiami WA Certification System - Track and Runway Synthetic Surface Testing Specifications (February 2020).

Porównując wyniki badań wykonanych w 2016 roku i w 2021 roku stwierdzono, że:

- wartości amortyzacji siły są niższe niż uzyskane w 2016 roku i nie spełniają już minimalnych wymagań World Athletics,
- wartości odkształcenia pionowego są niższe od wyników z 2016 r o prawie 40%.
- poziom oporu poślizgu na mokro jest również nieco niższy, lecz nie wpływa na pogorszenie komfortu użytkownika. Nie ma zagrożenia poślizgnięcia się.
- grubość nawierzchni nie uległa zmniejszeniu,
- zaobserwowano występujące lokalnie szczeliny pomiędzy arkuszami wykładziny – na łączeniach technologicznych. Brak szczelności wynikający z pęknięć powoduje gromadzenie się wody pod nawierzchnią.
- spadek własności dynamicznych ma prawdopodobnie związek z utratą elastyczności wykładziny kauczukowej.

BSG Sp. z o.o.

95-100 Zgierz, ul. Andrzeja Struga 20

NIP PL 732-19-72-348, REGON 473165312, BDO 000026338

Kapitał zakładowy: 200 000 PLN

KRS 0000162632, Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi, XX Wydział KRS

BNP Paribas Bank Polska S. A. nr konta: 53 1750 1093 0000 0000 1052 2005



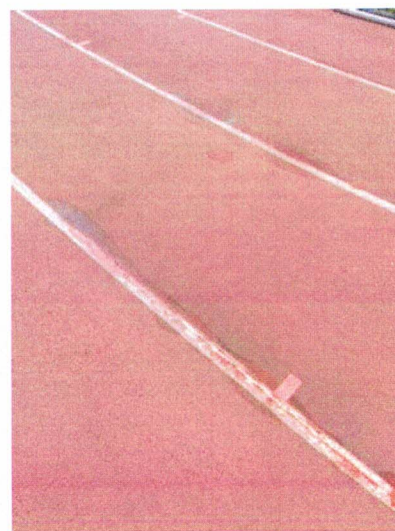
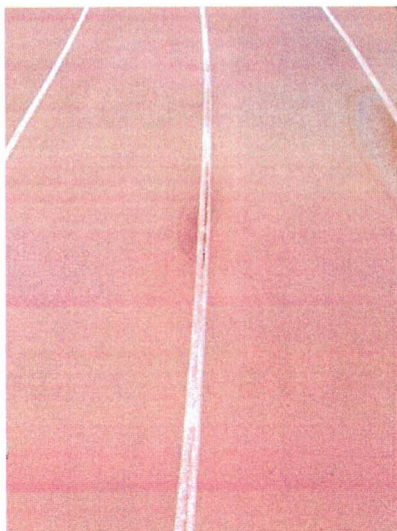
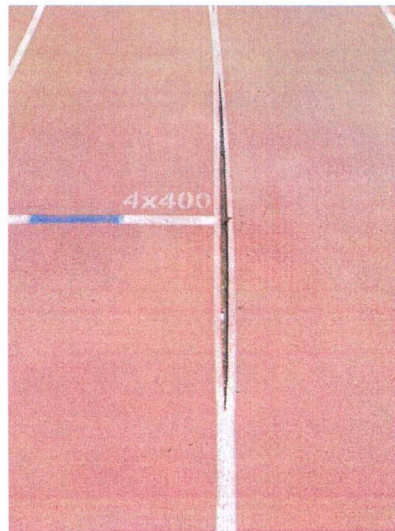
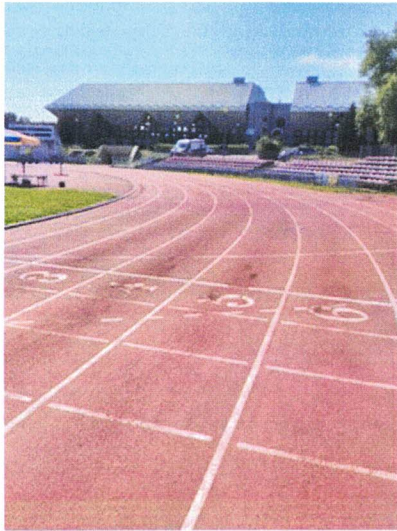
BSG SP. Z O. O.

95-100 Zgierz, Polska NIP PL7321972348
ul. Andrzeja Struga 20 Regon 473165312
Tel/Fax. +48 42 716 23 38 BDO 000026338
www.bsg.pl

Ponadto jak wynika z dostępnych dokumentacji dla obiektów z nawierzchnią Mondo (kauczuk) nie jest ona nadzwyczajnie w stosunku do Full PUR trwała czy też odporna mechanicznie (wbrew dotychczasowym twierdzeniom Zamawiającego) – przykład modernizacja Stadionu Lekkoatletycznego AWF w Krakowie - Wymiana nawierzchni bieżni stadionu lekkoatletycznego AWF.

Dokumentacja zdjęciowa wskazująca na stan obiektu:

1. STAN NAWIERZCHNI MONDO



BSG Sp. z o.o.

95-100 Zgierz, ul. Andrzeja Struga 20

NIP PL 732-19-72-348, REGON 473165312, BDO 000026338

Kapitał zakładowy: 200 000 PLN

KRS 0000162632, Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi, XX Wydział KRS

BNP Paribas Bank Polska S. A. nr konta: 53 1750 1093 0000 0000 1052 2005



BSG SP. Z O. O.

95-100 Zgierz, Polska NIP PL7321972348
ul. Andrzeja Struga 20 Regon 473165312
Tel/Fax: +48 42 716 23 38 BDO 000026338
www.bsg.pl

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.

Jak podkreśla się w doktrynie, 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

Jak wskazuje orzecznictwo 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.

BSG Sp. z o.o.

95-100 Zgierz, ul. Andrzeja Struga 20

NIP PL 732-19-72-348, REGON 473165312, BDO 000026338

Kapitał zakładowy: 200 000 PLN

KRS 0000162632, Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi, XX Wydział KRS

BNP Paribas Bank Polska S. A. nr konta: 53 1750 1093 0000 0000 1052 2005



BSG SP. Z O. O.

95-100 Zgierz, Polska NIP PL7321972348
ul. Andrzeja Struga 20 Regon 473165312
Tel/Fax: +48 42 716 23 38 BDO 000026338
www.bsg.pl

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.

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.

Podsumowując, Odwołujący przywołuje obszernie fragmenty orzeczenia Izby Sygn. akt: KIO 3667/21 z dnia 7 stycznia 2022 r. z odwołania BSG w sprawie dyskryminujących i ograniczających konkurencję kryteriów oceny ofert w zakresie parametrów nawierzchni:

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 powiązań, ale mieniem publicznym. Ustawodawca wyraźnie wskazuje, iż takie dysponowanie mieniem publicznymi, środkami

BSG Sp. z o.o.

95-100 Zgierz, ul. Andrzeja Struga 20

NIP PL 732-19-72-348, REGON 473165312, BDO 000026338

Kapitał zakładowy: 200 000 PLN

KRS 0000162632, Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi, XX Wydział KRS

BNP Paribas Bank Polska S. A. nr konta: 53 1750 1093 0000 0000 1052 2005



BSG SP. Z O. O.

95-100 Zgierz, Polska NIP PL7321972348
ul. Andrzeja Struga 20 Regon 473165312
Tel/Fax: +48 42 716 23 38 BDO 000026338
www.bsg.pl

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.

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.

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.

BSG Sp. z o.o.

95-100 Zgierz, ul. Andrzeja Struga 20

NIP PL 732-19-72-348, REGON 473165312, BDO 000026338

Kapitał zakładowy: 200 000 PLN

KRS 0000162632, Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi, XX Wydział KRS

BNP Paribas Bank Polska S. A. nr konta: 53 1750 1093 0000 0000 1052 2005



MADE IN POLAND
2021

BSG SP. Z O. O.

95-100 Zgierz, Polska NIP PL7321972348
ul. Andrzeja Struga 20 Regon 473165312
Tel/Fax. +48 42 716 23 38 BDO 000026338
www.bsg.pl

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

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.

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 powyższe na względzie, wnoszę o uwzględnienie odwołania.

BSG Sp. z o.o.

95-100 Zgierz, ul. Andrzeja Struga 20

NIP PL 732-19-72-348, REGON 473165312, BDO 000026338

Kapitał zakładowy: 200 000 PLN

KRS 0000162632, Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi, XX Wydział KRS

BNP Paribas Bank Polska S. A. nr konta: 53 1750 1093 0000 0000 1052 2005



MADE IN POLAND
2021

BSG SP. Z O. O.

95-100 Zgierz, Polska NIP PL7321972348
ul. Andrzeja Struga 20 Regon 473165312
Tel/Fax: +48 42 716 23 38 BDO 000026338
www.bsg.pl

Załączniki:

- odpis dokumentów rejestrowych Odwołującego,
- dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości,
- dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu
- Pismo Odwołującego do Zamawiającego z dnia 22.05.2022r. w sprawie terminu składania ofert w postępowaniu.

Z poważaniem

PREZES ZARZĄDU

Tadeusz Gorący

BSG Spółka z o.o.

95-100 Zgierz, ul. A. Struga 20
tel./fax: 42 716-23-54; 42 716 23 38
NIP: 732-19-72-348 REG. 473165312

BSG Sp. z o.o.

95-100 Zgierz, ul. Andrzeja Struga 20

NIP PL 732-19-72-348, REGON 473165312, BDO 000026338

Kapitał zakładowy: 200 000 PLN

KRS 0000162632, Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi, XX Wydział KRS

BNP Paribas Bank Polska S. A. nr konta: 53 1750 1093 0000 0000 1052 2005