

WYROK
z dnia 9 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Monika Szymanowska**

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2019 r. przez wykonawcę „Panorama Obiekty Sportowe” Sp. z o. o. w Piasecznie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego KZB Legionowo Sp. z o. o. w Legionowie

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę „Panorama Obiekty Sportowe” Sp. z o. o. w Piasecznie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę „Panorama Obiekty Sportowe” Sp. z o. o. w Piasecznie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy „Panorama Obiekty Sportowe” Sp. z o. o. w Piasecznie na rzecz zamawiającego KZB Legionowo Spółka z o. o. w Legionowie kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 9 kwietnia 2019 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 525/19

Zamawiający – KZB Legionowo Sp. z o. o. w Legionowie, ul. Marsz. J. Piłsudskiego 3, 05-120 Legionowo prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Modernizacja boiska do piłki nożnej na terenie stadionu miejskiego w Legionowie”, o numerze nadanym przez zamawiającego DOP-ZP-5/2019, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 marca 2019 r., pod numerem 526798-N-2019, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie na roboty budowlane prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej jako „p.z.p.”

W dniu 19 marca 2019 r. zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej dokumentację postępowania, zaś w dniu 25 marca 2019 r. odwołanie od jej treści wniósł wykonawca „Panorama Obiekty Sportowe” Sp. z o. o. w Piasecznie, ul. Puławska 38, 05-500 Piaseczno, dalej zwany jako „odwołujący”.

W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art 7 ust. 1 PZP przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz bez zachowania zasad proporcjonalności i przejrzystości, albowiem wskazany wyżej zakres wymagań technicznych jest nieprecyzyjny, niejasny, w sposób nieuzasadniony zawęży krąg potencjalnych producentów nawierzchni ze sztucznej trawy, które dodatkowo wykluczają się wzajemnie w poszczególnych wariantach,
2. art. 29 ust. 1 PZP przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, a także w sposób utrudniający lub uniemożliwiający wręcz przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji, w szczególności w zakresie poniższych parametrów nawierzchni ze sztucznej trawy:

- 1)określenia parametru wytrzymałości włókna na wrywanie,
- 2)określenia parametru wytrzymałości łączenia klejonego,
- 3)parametru przepuszczalności wody,
- 4)rodzaju podkładu dla trawy syntetycznej,
- 5)grubości włókna sztucznej trawy,
- 6)wymaganej dokumentacji dla wariantu I i II.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ, w zakresie załącznika nr 11 do SIWZ, tj. Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót remontu boiska o nawierzchni z trawy syntetycznej w Legionowie, w rozdziale II, szczegółowej specyfikacji technicznej: SST-3 nawierzchnie syntetyczne, punkt 2.1. w następujący sposób:

- 1.w zakresie określenia parametru wytrzymałości włókna na wrywanie: określenie parametru siły wrywania pęczka przed i po starzeniu na minimum 30 N dla nawierzchni boiska dla piłki nożnej, lub 40 N dla boiska do gry w rugby,
- 2.w zakresie określenia parametru wytrzymałości łączenia klejonego: określenie parametru wytrzymałości łączenia klejonego przed i po starzeniu na wartość minimum 75N/100mm,
- 3.w zakresie parametru przepuszczalności wody: ujednolicenie dla obu wariantów i przyjęcie wartości 2000mm/h, jako maksymalnej mierzonej przez laboratoria,
- 4.w zakresie określenia rodzaju podkładu dla trawy syntetycznej: ujednolicenie rodzaju podkładu, poprzez ustalenie jednolitego podkładu wykonanego z poliuretanu dla obu wariantów,
- 5.w zakresie parametru grubości włókna sztucznej trawy:
 - 1)ujednolicenie grubości włókna dla dwóch wariantów na poziomie minimum 370 µm,
 - 2)określenie sposobu mierzenia grubości włókna, wyłącznie na podstawie regulacji FIFA, to jest mierzenie grubości włókna po okręgu,
- 6.w zakresie wymaganej dokumentacji dla wariantu I i II: nakazanie zamawiającemu rezygnacji z żądania certyfikatu FIFA Quality Pro dla nawierzchni.

Odwołujący wniósł również o dopuszczenie i przeprowadzenia dowodów z dokumentów: podręcznika metod badań dla FIFA Quality Programme for Football Turf, edycja październik 2015, Regulacji 22 - Standard Relating to the Use of Artificial Rugby Turf, wydanej przez World Rugby Organisation, Polskiej Normy PN-EN: 15330-1:2014, wszystkich na okoliczność ustalenia parametrów i ich wartości, powszechnie wymaganych przez międzynarodowe organizacje oraz normy jakościowej dla produktu – nawierzchni ze sztucznej trawy. Ponadto, odwołujący wniósł o przyznanie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa w postępowaniu odwoławczym, zgodnie z fakturą VAT, która zostanie przedłożona na rozprawie.

W uzasadnieniu wniesionego środka ochrony prawnej odwołujący wskazał co następuje.

Opis przedmiotu zamówienia, zawarty w SIWZ, w obecnym brzmieniu, w sposób nieuzasadniony narusza zasadę uczciwej konkurencji – poprzez wskazanie parametrów sztucznej trawy niemożliwych do osiągnięcia praktycznie przez większość producentów. Wymogi te są bowiem nieproporcjonalne do celu postępowania, jakim jest remont sztucznej nawierzchni trawiastej na boisku piłkarskim. Co więcej, niejasny opis przedmiotu zamówienia może powodować nie tylko nadmierną swobodną interpretację treści złożonych ofert, co samo w sobie już narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania oferentów, ale przede wszystkim – brak możliwości złożenia przez wykonawców ofert odpowiadających uzasadnionym wymaganiom zamawiającego.

Według odwołującego zakres niezgodności SIWZ z przepisami obowiązującymi na każdym etapie postępowania (a zatem i na etapie przygotowywania przetargu przez zamawiającego), wynikającymi z art. 7 p.z.p. oraz art. 29 p.z.p., nie będzie możliwy do usunięcia na późniejszym etapie postępowania, na przykład na etapie pytań i odpowiedzi do SIWZ, dlatego też niezbędnym jest dokonanie kontroli przez Izbę zaskarżonych postanowień dokumentacji postępowania.

Dalej odwołujący zaznaczył, że treść opisu przedmiotu zamówienia, o brzmieniu bardzo zbliżonym do zaskarżonego odwołaniem, była już przedmiotem rozważań Izby, która w wyrokach z 7 września 2017 roku (KIO 1777/17) oraz z 28 września 2018 roku (KIO 1867/18) uwzględniła odwołanie od SIWZ, nakazując zamawiającemu zmianę jego treści w STWiOR, poprzez m.in. ujednolicenie parametrów wrywania pęczka oraz wykreślenie obowiązku przedstawienia aktualnego certyfikatu FIFA Quality Concept for Football Turf.

Ponadto, w ocenie odwołującego, możliwość wyboru wariantu nawierzchni boiska, określona w SIWZ przez zamawiającego, jest iluzoryczna. Pomimo tej „dobrej woli” po stronie zamawiającego – w istocie żaden z dwóch wariantów nie jest możliwy do spełnienia przez wykonawcę. Warianty nawierzchni wzajemnie się wykluczają, albowiem kryteria ważne dla zamawiającego w jednym wariantcie (np.: parametr przepuszczalności wody przez nawierzchnię trawiastą), okazują się nieprzydatne w drugim, ewentualnie zamawiający nie przywiązuje do nich takiej wagi, jak w drugim. Powyższe, w ocenie odwołującego, powoduje pozorność dwóch wariantów, gdyż najpewniej jeden z nich jest skonstruowany tak, aby wskazane w nim kryteria spełniał wyłącznie jeden wykonawca.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wskazany przez zamawiającego parametr wytrzymałości pęczka na wrywanie, w wysokości określonej na 63 N, nie jest konieczny dla sztucznej trawy do gry w piłkę. W opinii odwołującego absurdem jest przyjęcie kryterium siły wrywania pęczka na poziomie 63N (wariant I) i 58N (wariant II), bowiem taka siła nie ma szansy wystąpić w toku normalnej eksploatacji nawierzchni. Dla zobrazowania możliwości wystąpienia takiego zjawiska, można wskazać, iż taka siła może ewentualnie powstać przy specjalnym, mechanicznym działaniu na nawierzchnię, przy użyciu narzędzi typu kombinerki etc., co w standardowym toku eksploatacji nie występuje. Wskazać przy tym należy, iż zarówno FIFA, jak i Polska Norma PN-EN: 15330 - 1:2014, przewidują wymagania na poziomie 30 N dla boiska do piłki nożnej. Z kolei, Polska Norma PN-EN: 15330 - 1:2014 oraz Regulacja 22 World Rugby precyzują siłę wrywania pęczka na poziomie 40 N dla boiska do gry w rugby. Tak wysoka wartość tego kryterium wymagana przez zamawiającego nie wpływa w żaden sposób na właściwości użytkowe trawy, jak również na ewentualne ułatwienia w eksploatacji, tudzież żywotność takiej nawierzchni. Należałoby w tym miejscu zadać pytanie zamawiającemu, w jakim celu domaga się parametru na poziomie 63 N i 58 N, skoro dla profesjonalnych graczy w rugby wystarczająca jest nawierzchnia o parametrze 40 N, zaś waga pojedynczego zawodnika dochodzi nawet do 150 kg. Idąc tokiem rozumowania zamawiającego, przewiduje on, zawyżając parametry, że boisko będzie użytkowane – albo przez graczy o jeszcze większych gabarytach, lub użytkowane do aktywności innych, niż gra w piłkę nożną i rugby (np. sporty motorowe).

W ocenie odwołującego zasadnym jest nakazanie zamawiającemu określenia wartości tego parametru na poziomie 30 N lub 40 N – odpowiednio do wymogów wynikających z podręcznika FIFA Quality Concept for Football Turf oraz Regulation 22 Standard Relating to the Use of Artificial Rugby Turf oraz normy PN-EN: 15330 - 1:2014.

Następnie odwołujący wskazał, że z podobną sytuacją mamy do czynienia przy opisie parametru wytrzymałości łączenia klejonego, wskazanego w wariancie I, o wartości 110N/100mm, zaś w wariancie II o wartości 105N/100mm. Normą dla tego parametru, według wymogów FIFA, jest wartość 75N/100mm. Wartości o ponad 30 % wyższe – wymagane przez zamawiającego – nie są niczym uzasadnione i w praktyce siła rzędu 103 lub 110 N zostałaby osiągnięta jedynie w przypadku celowej próby rozdarcia nawierzchni, np. przy użyciu narzędzi. Takie wartości, jak oczekiwane przez zamawiającego, nie są spotykane w trakcie normalnej eksploatacji nawierzchni. Zastanawiające jest w jakim celu kryterium to różni się dosłownie minimalnie od wskazanego w wariancie I. Zdaje się to świadczyć o tym, że zamawiający zapewne nie przywiązuje kompletnie wagi do tego kryterium, a umieszcza je z bliżej nieokreślonych, innych względów. Odwołujący stoi na stanowisku, iż zasadnym jest domaganie się przez zamawiającego w treści SIWZ parametru 75 N/100 mm, odpowiednio do wymogów wynikających z podręcznika FIFA Quality Concept for Football Turf oraz normy PN-EN:15330 - 1:2014.

Zdaniem odwołującego rozwiązanie wskazane przez zamawiającego w zakresie parametru przepuszczalności wody dla sztucznej trawy również budzi wątpliwości. Wariant I w ogóle nie przewiduje oceny tego parametru, a zatem zamawiającego pomija kluczowy parametr, który ma wpływ na zachowanie nawierzchni przy opadach deszczu, tym samym dopuszczając wykonanie nawierzchni nieprzepuszczalnej dla wody, lub o bardzo niskim parametrze przepuszczalności. Oznaczałoby to, że zamawiającemu odpowiada stan rzeczy, w którym woda opadowa pozostaje na płycie boiska, gdyż nieprzepuszczalna trawa nie pozwala na przepływ wody do głębszych warstw nawierzchni, w celu jej wyschnięcia. Taki stan rzeczy spowodowałby znaczne obniżenie wartości użytkowych trawy, poniżej wytycznych FIFA oraz Polskiej Normy PN-EN 15330 -1:2014.

Z kolei wariant II przewiduje zgoła odmienne podejście zamawiającego do kwestii parametru przepuszczalności wody na poziomie 2200mm/h, czyli wartości wyższej, aniżeli mierzonej przez laboratoria. Zgodnie bowiem z przytaczanymi już wytycznymi FIFA (FIFA Quality Concept for Football Turf) oraz normą PN-EN 15330 -1:2014 maksymalną wartością mierzalną tego parametru, w trakcie badań laboratoryjnych, wynosi 2000mm/h. Co więcej, potencjalni wykonawcy nie mieliby możliwości jednoznacznego wykazania osiągnięcia tego parametru na poziomie równym lub wyżej 2200 mm/h, ponieważ w przypadku gdy przepuszczalność trawy lub systemu wartość przekracza 2000 mm/h, wówczas laboratorium określają wartość symbolem ">2000 mm/h".

Powyższe porównanie tych parametrów dla wariantu I i II wskazuje, w ocenie odwołującego, na rażącą nieprecyzyjność określenia wymagań zamawiającego – z jednej strony w pierwszym wariancie zamawiający w ogóle nie przywiązuje wagi do parametru, zaś w drugim wariancie określa go na wartość powyżej mierzonej przez certyfikowane laboratoria. Taki stan rzeczy powoduje wewnętrzna sprzeczność co do oczekiwań zamawiającego, wynikających z treści SIWZ. Zamawiający powinien uregulować tę kwestię w sposób jednoznaczny, wskazując na ujednolicenie obydwu wariantów i przyjęcie wartości 2000mm/h, jako wartości maksymalnie mierzonej przez laboratoria.

Odnosząc się do wymogu stawianego dla podkładu pod trawę również w tym przypadku – w wariancie I zamawiający w ogóle nie przewiduje oceny tego parametru. W praktyce oznacza to, że zamawiającego nie interesuje podkład trawy. Zasadnym jest zatem nakazanie zamawiającemu ujednolicenie powyższej kwestii, poprzez ujednolicenie w specyfikacji rodzaju podkładu jako podkładu poliuretanowego, dla obydwu wariantów nawierzchni.

Dalej odwołujący wskazał, iż niezrozumiałym dla niego jest pomiar parametru grubości włókna w sposób inny, aniżeli wynikający z regulacji FIFA. Wskazywanie na grubość włókna min. 500 mikronów, która ma być mierzona w inny sposób, niż po okręgu, jest zwrotem zupełnie niejasnym, tym bardziej, że skoro zamawiający dopuszcza pomiar w inny sposób, niż po okręgu (zgodnie z wytycznymi FIFA), to powinien wskazać kształt, po którym włókno powinno być mierzone. Zgodnie z regulacją FIFA, średnica włókna jest badana jako średnica okręgu wpisanego w przekrój włókna. Podawanie innego sposobu stanowi swobodną nadinterpretację tego wymogu przez zamawiającego. Wskazać przy tym należy, że dopuszczony w wariancie I sposób mierzenia grubości włókna (winny sposób niż po średnicy), jest niezgodny z ogólną normą mierzenia grubości włókna i pozwala na zastosowanie bardzo cienkiego lub grubego włókna, którego faktyczna grubość nie jest znana.

Dodatkowo, przy takim opisie wspomnianego parametru, może dojść do takiej sytuacji, iż na podstawie już przebadanego przekroju włókna, zamawiający będzie przyjmował szerokość włókna i przyjmował ją jako „mierzona w inny sposób niż po okręgu” – dokonując swobodnej interpretacji. Oczywistym jest, iż taki nieprecyzyjny sposób mierzenia grubości włókna, w „inny sposób, niż po okręgu” (czyli jaki?), może stanowić pole do nadużyć oraz zaburza możliwość obiektywnej oceny i kontroli poczynąń zamawiającego, czy rzeczywiście dokonano wyboru wykonawcy, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji, przejrzystości, z poszanowaniem zasady prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia.

Według odwołującego przedłożenie aktualnego certyfikatu FIFA Quality Pro dla nawierzchni nie znajduje uzasadnienia w potrzebach zamawiającego. Obiekt będący przedmiotem zamówienia nie jest i nie będzie obiektem certyfikowanym. Wobec tego, jak wskazała Izba w wyrokach z 07.09.2017 r., KIO 1777/17 oraz z 28.09.2018 r., KIO 1867/18, żądanie to jest nieproporcjonalne do obiektywnych potrzeb zamawiającego. W obu przypadkach nakazano wykreślenie z treści SIWZ żądania certyfikatu FIFA Quality Pro, jako nieadekwatnego do rodzaju i powierzchni wykonywanego obiektu.

W ocenie odwołującego jedynym dokumentem, potwierdzającym jakość oferowanej trawy, jest badanie laboratoryjne wykonane w akredytowanym przez FIFA laboratorium i to ono jest dokumentem nadrzędnym, potwierdzającym zgodność oferowanego systemu sztucznej trawy z wymaganiami FIFA – z najnowszymi wymaganiami FIFA Quality Programme of Football Turf (edycja 2015). Nadmienić również wypada, że podczas badań laboratoryjnych sprawdzane są parametry sztucznej trawy, określana jest odpowiednia ilość zasypu oraz badany jest cały system pod kątem przepuszczalności, prawidłowości odbicia piłki, amortyzacji, absorpcji uderzeń, wytrzymałości na wyrywanie, wytrzymałości łączy, odkształcenie, opór i wiele innych. Co więcej, w przypadku certyfikatów FIFA Quality Pro, uzyskuje się je dopiero po zakończeniu robót budowlanych na określonym obiekcie. Nie można zatem uzyskać certyfikatu na obiekt, którego jeszcze nie wybudowano. W przypadku certyfikatów FIFA Quality Pro uzyskuje się je dopiero po zakończeniu robót budowlanych na określonym obiekcie.

Zatem, w opinii odwołującego, w sprawie będącej obecnie przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę, nie tylko brak jest przesłanek dla żądania przez zamawiającego wspomnianego certyfikatu (boisko nie ma takowego uzyskać), lecz także certyfikat ten uzyskuje obiekt jako całość, dopiero po wybudowaniu. Tym samym, zasadnym jest nakazanie zamawiającemu wykreślenie z treści SIWZ wymogu odnośnie przedłożenia wspomnianego dokumentu.

Odwołujący wskazał również, że opisane powyżej zarzuty co do opisu przedmiotu zamówienia pozwalają na stwierdzenie, iż zamawiający – opisując przedmiot zamówienia w sposób niejasny i utrudniający uczciwą konkurencję w postępowaniu – naruszył naczelne normy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wynikające z art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz art. 29 ust. 1 p.z.p., co potwierdzają orzeczenia Izby: uchwała z 03.07.2017 r., KIO/KD36/17 i wyrok z 23.05.2016 r., KIO 671/16.

Ponadto odwołujący dodał, że zasada równego traktowania sprowadza się do konieczności identycznego traktowania wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna, nie oznacza to natomiast konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek. Opis przedmiotu zamówienia nie może preferować jedynie niektórych podmiotów. Nie można również zapominać, że obowiązkiem zamawiającego jest uwzględnienie jego potrzeb związanych z należytą realizacją zamówienia, które w obiektywny sposób doprowadzą do wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia.

Z orzecznictwa Izby wynika, że proporcjonalność przejawiać się powinna przy tym w adekwatności do rozmiaru i wielkości przedsięwzięcia, jakim jest opisany przez zamawiającego przedmiot zamówienia. Opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków nie powinien być więc dokonywany niejako automatycznie, w każdym przypadku winien być przemyślany, a następnie kreowany i oceniany indywidualnie przez pryzmat przedmiotu zamówienia (wyrok KIO z 18.06.2010 r., KIO/UZP 1116/10).

Uszczegółowione warunki udziału w postępowaniu powinny być obiektywne, proporcjonalne nieograniczające uczciwej konkurencji – co w ocenie odwołującego potwierdzają wskazane w odwołaniu wyroki Izby.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi oddalenie odwołania w całości oraz o obciążenie odwołującego kosztami

postępowania odwoławczego, w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z przedłożoną fakturą VAT.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną w kopii uwierzytelnionej przez zamawiającego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący i zamawiający podtrzymali stanowiska złożone pisemnie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający ustalił, iż rozpoznawana sprawa, w zakresie zarzutów podniesionych przez odwołującego, mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie, które ją zainicjowało zostało wniesione przez podmiot uprawniony oraz dotyczy materii określonej w art. 179 ust. 1 p.z.p., a także art. 180 ust. 2 pkt 5 p.z.p., zatem podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej.

Izba ustaliła również, że odwołanie podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. i nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 p.z.p., które warunkują możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

Jak wskazał odwołujący wymogi stawiane przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ, w sposób bezpodstawny, ograniczają mu możliwość złożenia oferty w postępowaniu. W przypadku potwierdzenia się zarzutów wskazanych w treści odwołania oraz ewentualnego uchylecia czynności zamawiającego i zmiany treści opisu przedmiotu zamówienia, odwołujący ma szansę stanąć do postępowania i potencjalnie je wygrać, uzyskując przedmiotowe zamówienie. Wskutek niezgodnych z przepisami działań zamawiającego odwołujący może ponieść szkodę, gdyż obecne brzmienie opisu przedmiotu zamówienia uniemożliwia mu złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu oraz potencjalnie uzyskanie przedmiotowego zamówienia, co prowadzi do powstania szkody po stronie odwołującego, w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby, odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia odwołania.

Dalej Izba wskazuje, że stan faktyczny rozpoznawanej sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była ocena dokumentacji postępowania. Postawione przez odwołującego zarzuty wniesionego środka ochrony prawnej sprowadzały problematykę sprawy do oceny, czy treść dokumentacji postępowania narusza zasady naczelne p.z.p., w postaci art. 7 ust. 1 p.z.p., a także, czy opis przedmiotu zamówienia został dokonany z naruszeniem art. 29 p.z.p., w tym czy zamawiający prawidłowo określił wymogi w zakresie:

- 1.parametru siły wyrwania pęczka (wytrzymałości włókna na wyrywanie),
- 2.parametru wytrzymałości łącza klejonego przed i po starzeniu,
- 3.parametru i sposobu mierzenia grubości włókna sztucznej trawy,
- 4.wymagania certyfikatu FIFA dla nawierzchni.

Natomiast w stosunku do zarzutu braku określenia parametru przepuszczalności wody i rodzaju podkładu dla trawy syntetycznej, dla wariantu I, skład orzekający stwierdził, że stan faktyczny poddany subsumpcji w toku wyrokowania różnił się od stanu faktycznego, który stał się podstawą wniesienia odwołania i istniał w jego dacie.

Skład rozpoznający odwołanie wskazuje, że stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego może być odmienny od tego wskazanego w odwołaniu. W toku procedowania przed Izbą, wskutek czynności procesowych lub faktycznych dokonanych przez strony, stan faktyczny może ulegać zmianie, zaś Izba – na mocy art. 191 ust. 2 p.z.p. – z urzędu winna brać pod uwagę okoliczności, które następują w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a które mogą mieć wpływ na spór pomiędzy stronami postępowania odwoławczego. Przy tym wspomnieć należy, że ustawodawca nie zdecydował się na zawieszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do czasu rozpoznania odwołania przez Izbę – stąd czynności, które zostaną dokonane w toku postępowania odwoławczego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, składają się na stan rzeczy ustalony w postępowaniu odwoławczym, przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz podlegają ocenie przy wyrokowaniu, z uwzględnieniem p.z.p.

Z tego powodu Izba ma nie tylko uprawnienie, ale obowiązek oceny czynności zamawiającego, dokonanych w trakcie trwania postępowania odwoławczego. Przy czym ocena ta powinna być ograniczona jedynie do tego, czy wskutek zmiany sytuacji zaistniałej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, stan faktyczny stanowiący zarzewie sporu uległ zmianie – w sposób mający wpływ na przedmiot rozpoznania, określony granicami odwołania, w tym czy aktualny na datę wyrokowania stan faktyczny potwierdza naruszenie przepisów ustawy, mające lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Skład orzekający dopuścił w poczet materiału dowodowego modyfikację treści dokumentacji postępowania, dokonaną przez zamawiającego dnia 4 kwietnia 2019 r., gdzie (w zakresie objętym zarzutami odwołania):

- ujednolicono parametr przepuszczalności wody trawy syntetycznej dla obu wariantów – przyjęto dla wariantu I, tożsamo jak dla wariantu II, wartość min. 2000 mm/h,
- wskazano rodzaj podkładu dla trawy syntetycznej dla wariantu I – podkład lateksowy,
- obniżono wymóg dotyczący przedłożenia certyfikatu FIFA – obecnie zamawiający wymaga dla nawierzchni certyfikatu FIFA Quality.

Dokonana przez zamawiającego zmiana dokumentacji postępowania bezpośrednio dotyczy okoliczności faktycznych podniesionych w zarzutach odwołania, dotyczących braku określenia parametru przepuszczalności wody i rodzaju podkładu dla trawy syntetycznej, dla wariantu I opisu przedmiotu zamówienia. Zatem zmiana SIWZ powoduje zmianę stanu faktycznego wskazanego w odwołaniu, w stosunku do stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania odwoławczego, co powoduje, iż odpadła podstawa faktyczna zarzutów odwołania we wskazanym zakresie.

Modyfikacja SIWZ ma również bezpośredni wpływ na ocenę podstaw uwzględnienia lub oddalenia odwołania, gdyż wydając wyrok Izba bierze pod uwagę, jak wyżej wywiedziono, stan rzeczy ustalony w toku postępowania (p.z.p.) i bada czy stwierdzone przez Izbę naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania (p.z.p.).

Skład orzekający zaznacza również, iż powyższa czynność zamawiającego doprowadziła do zmiany stanu rzeczy na datę rozprawy oraz późniejszego wyrokowania, przy czym zmiana ta nie spotkała się z żadną modyfikacją stanowisk procesowych stron postępowania. Zauważyć przy tym należy, że nie mogło spotkać się z aprobatą, w świetle obowiązującego stanu prawnego, zwłaszcza zaś art. 192 ust. 2 p.z.p., twierdzenie odwołującego, iż powyższa zmiana dokumentacji postępowania stanowi o przyznaniu w tym zakresie zasadności zarzutów odwołania, w związku z czym zarzuty te Izba winna uwzględnić. Przeciwnie – to odwołujący, jako odpowiedzialny za dysponowanie zakresem odwołania w ramach sformułowanych w nim zarzutów i żądań, winien zareagować w sposób adekwatny na zmianę stanu faktycznego – zwłaszcza zaś taką, która czyni jego roszczenie (w całości lub w pewnym zakresie) bezprzedmiotowym (por., *mutatis mutandis*, wywody Sądu Najwyższego zawarte w uzasadnieniu uchwały 26 lutego 2014 r. sygn. akt III CZP 119/13).

W świetle art. 191 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględniła, wywołaną czynnością zamawiającego, zmianę zaistniałego stanu faktycznego, w stosunku do wskazanego w odwołaniu i oceniła tę okoliczność na kanwie art. 192 ust. 2 p.z.p. – oddalając zarzuty dotyczące braku określenia parametru przepuszczalności wody i braku wskazania rodzaju podkładu dla trawy syntetycznej, w wariancie I opisu przedmiotu zamówienia, jako zarzuty w aktualnym stanie postępowania bezprzedmiotowe, a więc niezasadne.

Izba stwierdziła również, że nie ma podstaw do ujednolicania dla obu wariantów rodzaju podkładu trawy syntetycznej, jako podkładu poliuretanowego, jak żądał tego odwołujący. Ujednolicenie tego wymogu dla obu wariantów stałoby w sprzeczności z celem wariantowego sposobu opisu przedmiotu zamówienia, dokonanego przez zamawiającego, i o ile zasadnym było wskazanie rodzaju podkładu (co uczynił zamawiający, modyfikując treść SIWZ), to nie ma podstaw do przyjęcia, aby wymagania dla I i II wariantu, w tym zakresie, były tożsame. Żądanie odwołującego, które nie wiąże składu orzekającego, wskazania jednakowego rodzaju podkładu trawy syntetycznej dla obu wariantów, stoi w sprzeczności z możliwością zaproponowania alternatywnego sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, zatem pomija cel wprowadzenia przez zamawiającego wariantów w opisie przedmiotu zamówienia, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. Przy czym należy uwypuklić, iż poszczególnych parametrów nie można interpretować pojedynczo, bowiem należy je wyklądać łącznie, biorąc pod uwagę wszystkie cechy, jakimi charakteryzuje się nawierzchnia ze sztucznej trawy. Ponadto, zamawiający wykazał złożonymi specyfikacjami technicznymi, że lateks jest typem nawierzchni standardowo na rynku występującym.

Konkludując, Izba wskazuje, że zmodyfikowanie treści SIWZ w spornym zakresie, zgodnie z art. 192 ust. 2 p.z.p., powoduje, iż w ustalonym stanie rzeczy, zarzuty stawiane dokumentacji, która została zmieniona, stały się w toku postępowania bezprzedmiotowe. Zarzucane zamawiającemu naruszenie ustawy – poprzez brak określenia parametru przepuszczalności wody i rodzaju podkładu dla trawy syntetycznej, dla wariantu I – nie znajduje odzwierciedlenia w ustalonym stanie faktycznym sprawy. Zatem, wobec zmiany SIWZ w tym przedmiocie, nie może mieć miejsca naruszenie przez zamawiającego zarzucanych mu przed odwołującym norm p.z.p.

Odwołujący zaś nie zdecydował się na wycofanie zarzutów odwołania w omawianym zakresie i pomimo zmiany stanu faktycznego, poprzez modyfikację SIWZ, popierał je w postępowaniu odwoławczym, w kształcie sprzed zmiany dokumentacji. Skoro zatem stan faktyczny uległ zmianie i nie mogło w tym zakresie dojść do naruszenia podniesionych przez odwołującego przepisów ustawy, skutkiem powyższego Izba zobligowana była orzec o bezprzedmiotowości, a w konsekwencji o niezasadności omawianych zarzutów.

Wypada zauważyć również, iż modyfikacja SIWZ pośrednio dotyczy zarzutu wymagania przez zamawiającego certyfikatu FIFA, tym niemniej zamawiający nie wykreślił wymogu, jak żądał tego odwołujący. Zamawiający obniżył warunek posiadania certyfikatu dla nawierzchni – wcześniej wymagano certyfikatu FIFA Quality Pro, obecnie jest to

certyfiat FIFA Quality, o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia.

Natomiast w stosunku co do zarzutów dotyczących parametru siły wyrwania pęczka (wytrzymałości włókna na wrywanie), parametru wytrzymałości łącza klejonego, parametru i sposobu mierzenia grubości włókna sztucznej trawy oraz wymagania posiadania certyfikatu FIFA dla nawierzchni, Izba stwierdziła co następuje.

Skład rozpoznający odwołanie, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy przedłożony przez strony, a opisany w dalszej części uzasadnienia, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania, złożonej przez zamawiającego – mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – stwierdził, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie mogą prowadzić do wniosku, że w sprawie doszło do naruszenia prawa przez zamawiającego, a w konsekwencji uznania odwołania za uzasadnione.

Przeciwnie, w ocenie Izby, całość zebranego materiału dowodowego wskazuje, w sposób nie budzący wątpliwości, na prawidłowość kwestionowanych przez odwołującego czynności zamawiającego, co powoduje, że odwołanie, jako nie posiadające uzasadnionych podstaw, należało oddalić.

Wypełniając wymóg art. 196 ust. 4 p.z.p. skład orzekający wskazuje, że zgodnie z art. 29 ust. 1 p.z.p. przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zaś w oparciu o art. 29 ust. 2 p.z.p. przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Ponadto, na kanwie art. 7 ust. 1 p.z.p., zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Wypada zauważyć, że dokonując wykładni norm prawa zamówień publicznych, należy uwzględnić systemową rolę i teleologiczny aspekt naczelných zasad p.z.p., które są dyrektywami interpretacyjnymi, co do szczegółowych norm p.z.p. Zatem, za wyrokiem Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 25.01.2006 r., sygn. akt II Ca 693/05, skład orzekający wskazuje, że art. 29 ust. 1 p.z.p. służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonej w art. 7 ust. 1 p.z.p.

Skład orzekający podkreśla, że określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym odbiorcą świadczenia. Zamawiający jest zatem uprawniony do opisanie przedmiotu zamówienia stosownie do własnych potrzeb, niemniej jednak potrzeby te muszą być obiektywne i uzasadnione, a zarazem niedyskryminujące.

Uwypuklić również należy, że każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji, pośrednio lub bezpośrednio, preferując jednych wykonawców i dyskryminując innych. Natomiast konieczność zachowania zasad naczelných p.z.p. w postępowaniu nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa opisać przedmiotu zamówienia, w sposób, który nie będzie uwzględniał jego obiektywných potrzeb. Nie ma bowiem podstaw do wykładania zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz proporcjonalności, jako konieczności akceptacji przez zamawiającego każdego świadczenia – w tym przedmiotu najtańszego, o niskiej jakości, czy o minimalnych parametrach, a nawet niezgodnego z uzasadnionymi potrzebami zamawiającego – wyłącznie dlatego, że zamówienie mógłby realizować szerszy krąg wykonawców.

Obiektywne i uzasadnione potrzeby zamawiającego służą ocenie stopnia dopuszczalności danego ograniczenia konkurencji, wynikającego z dokonanego opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający, który ma obowiązek racjonalnego wydatkowania środków publicznych, ma bowiem prawo opisać przedmiot zamówienia uwzględniając swoje wymagania, a przy tym zapewniając sobie uzyskanie oczekiwanego efektu, gwarantującego zaspokojenie określonych potrzeb, nawet jeżeli przez to nie zostaną dopuszczeni do postępowania wszyscy wykonawcy działający na danym rynku.

Izba wskazuje również, że w ustalonym stanie faktycznym, znajdzie zastosowanie stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego, wyrażone w wyroku z 04.02.2015 r., sygn. akt GSK 2203/13 gdzie wskazano, że zamawiający, jako jednostka sektora finansów publicznych, ma obowiązek planowania racjonalnej, pod względem finansowym i użytkowym, eksploatacji przedmiotu zamówienia, również po okresie gwarancyjnym, w związku z czym określenie przedmiotu zamówienia powinno uwzględniać również ten element.

Dalej zaznaczyć wypada, że postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontrydiktoryjnym i to na odwołującym spoczywa ciężar dowiedzenia, że sposób opisu przedmiotu zamówienia narusza art. 29 ust. 1 p.z.p. Skutkiem skargowego charakteru postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą jest bowiem obowiązek przedstawiania przez strony dowodów na potwierdzenia faktów z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne, zgodnie z zasadą *ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat*, wyrażoną w art. 6 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p. oraz art. 190 ust. 1 p.z.p., z której wynika wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych, a także usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Ponadto, jak trafnie zauważył Sąd Najwyższy w wyroku z 17.06.2009 r., sygn. akt IV CSK 71/09, przedstawienie

przez stronę dowodu w celu wykazania określonych twierdzeń o faktach sprawy, z których wywodzi ona korzystne dla siebie skutki, nie jest jej prawem czy obowiązkiem procesowym, lecz ciężarem procesowym wynikającym i zagwarantowanym przepisami prawa, przede wszystkim w jej własnym interesie.

Skład orzekający wskazuje również, że art. 29 ust. 2 p.z.p. posługuje się sformułowaniem „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”. Takie sformułowanie użyte przez ustawodawcę powoduje, że na odwołującym ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, zaś ciężar dowiedzenia, że do takiego utrudnienia (pomimo prawdopodobieństwa jego wystąpienia) nie doszło lub nie może dojść, przerzucony zostaje wówczas na zamawiającego. Zatem wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc realnego stopnia prawdopodobieństwa jego wystąpienia. Nie oznacza to jednak całkowitego braku obowiązku wykazania okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje – powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi być rzeczowe, realne i przede wszystkim uprawdopodobnione.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt postępowania zainicjowanego wniesionym środkiem zaskarżenia, Izba wskazuje jak niżej.

Na wstępie rozważań należy zaznaczyć, że postępowanie na modernizację boiska jest drugim postępowaniem w tym przedmiocie, prowadzonym przez zamawiającego.

Zgodnie z dowodami, złożonymi przez zamawiającego na rozprawie, tj. dokumentacją postępowania nr DOP-ZP-31/2018, pierwsze postępowanie posiadało tożsame parametry w stosunku do parametrów wytrzymałości łącza klejonego, zaś parametr siły wyrwania pęczka w pierwszym postępowaniu był wyższy (było 70 N, obecnie jest to 63 N). Izba ustaliła również, że zamawiający w obu postępowaniach postawił wymóg posiadania przez wykonawcę certyfikatu FIFA Quality dla nawierzchni.

Zatem opis przedmiotu zamówienia pierwszego postępowania stawiał wykonawcom tożsame lub wyższe wymagania, w stosunku do obecnie prowadzonego przez zamawiającego postępowania, rozpoznawanego wniesionym odwołaniem. Postępowanie dowodowe wykazało, że w pierwszym postępowaniu oferty złożyło pięciu wykonawców, w tym odwołujący. Ponadto, żadna ze złożonych ofert nie została odrzucona za niespełnianie wymogów SIWZ. Pierwsze postępowanie unieważniono w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p., ponieważ zamawiający nie zdecydował się na zwiększenie środków do ceny oferty, zajmującej drugie miejsce w rankingu ofert (albowiem wykonawca, który złożył ofertę najkorzystniejszą odmówił ostatecznie podjęcia czynności niezbędnych dla udzielenia mu zamówienia).

W ocenie Izby, w oparciu o materiał procesowy, w postaci dokumentacji z pierwszego postępowania – o tożsamy z zaskarżonym odwołaniem warunkami przetargu i parametrami nawierzchni – zamawiający wykazał, że warunki pierwszego przetargu umożliwiły złożenie oferty szeregowi podmiotom, w tym odwołującemu. Trudno jest zatem twierdzić o jakimkolwiek naruszeniu zasad ogólnych, wskazanych w art. 7 ust. 1 p.z.p., skoro w praktyce taki problem się nie pojawił. Zamawiając wykazał, że określone przez niego warunki przetargu są konkurencyjne, oferując najbardziej wiarygodny dowód z możliwych do przedstawienia w omawianej sytuacji, tj. wykazano krąg wykonawców, którzy ubiegali się o zamówienie w postępowaniu o takich samych, lub wyższych wymaganiach.

Natomiast odwołujący, chociaż to na nim ciążył ciężar dowodu, nie wykazał, ani nawet nie uprawdopodobnił, aby warunki sformułowane przez zamawiającego w dokumentacji postępowania w jakikolwiek sposób naruszały uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Bierność odwołującego w tym zakresie spowodowała, że jego stanowisko pozostało w sferze gołosłownych twierdzeń i nie mogło świadczyć o naruszeniu prawa przez zamawiającego. Odwołujący nie był w stanie wskazać chociażby jednego podmiotu, o który krąg wykonawców mógłby się rozszerzyć, gdyby parametry nawierzchni i wymóg posiadania certyfikatu FIFA, został przez zamawiającego zmieniony.

W związku powyższym analiza, czy postawione przez zamawiającego wymagania były uzasadnione jego potrzebami nie była w sprawie konieczna, niemniej jednak zamawiający wykazał, że postawione przez niego wymagania znajdują uzasadnienie w jego obiektywnych potrzebach i są konieczne dla prawidłowego zrealizowania interesu jednostki zamawiającej.

Nie było spornym, że wskazywane przez strony wymagania co do zaskarżonych parametrów nawierzchni – parametru siły wyrwania pęczka (wytrzymałości włókna na wrywanie) i parametru wytrzymałości łącza klejonego przed i po starzeniu – określone przez FIFĘ w Podręczniku Metod Badań z października 2015 i Polską Normę PN-EN 15330 1:2014, są wymaganiami minimalnymi, co wynika również z treści ww. dokumentów. Zatem mogą one stanowić niejako punkt odniesienia w stosunku do wymagań dla parametrów nawierzchni, tym niemniej należy pamiętać, że jest to ustalone minimum, które nie będzie adekwatne do każdego stanu faktycznego.

W ocenie składu orzekającego zamawiający przedstawił przekonujące wyjaśnienia, uzasadniając wymagania dotyczące spornych parametrów nawierzchni na poziomie określonym w dokumentacji postępowania, tj. parametr siły wyrwania pęczka 63 N (wariant I, starzone) i 58 N (wariant II, niepostarzone i starzone) oraz parametr wytrzymałości łącza klejonego 110N/100mm (wariant I) i 105N/100mm (wariant II). Nie było sporu pomiędzy stronami, że są to najistotniejsze parametry, mające wpływ na jakość nawierzchni, zamawiający podkreślał ten fakt przy wykazywaniu

wplywu rzeczonych parametrów na żywotność nawierzchni, zaś odwołujący podnosił ich istotność na rozprawie.

Skład orzekający stwierdził, że zaskarżone przez odwołującego wymagania dokumentacji postępowania, objęte rozpoznawanymi zarzutami należy ocenić za podyktowane uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, które wskazał w odpowiedzi na odwołanie. Izba podzieliła przekonującą i wiarygodną argumentację odwołującego, że sporne parametry zostały uzasadnione sposobem oraz intensywnością użytkowania nawierzchni, co zostało szeroko opisane w stanowisku procesowym zamawiającego oraz wykazane dowodami w postaci harmonogramów użytkowania i harmonogramem treningów. Izba uwzględniła również argumentację, iż sporne parametry mają istotne znaczenie dla właściwości użytkowych nawierzchni również po upływie okresu gwarancji, a także iż modernizowane boisko jest wykorzystywane nie tylko do gry w piłkę, a również do imprez cyklicznych, wskazanych przez zamawiającego.

Natomiast żądania odwołującego, zgłoszone w związku z postawionymi zarzutami, zmierzają do obniżenia wymaganych parametrów nawierzchni i stanowią próbę narzucenia zamawiającemu produktu o minimalnej jakości, która odbiega od standardów rynkowych, co zamawiający wykazał dowodem w postaci pisma z 29.03.2019 r. z Instytutu Sportu – Państwowego Instytutu Badawczego, a także są nieadekwatne do wykazanych przez zamawiającego potrzeb i niewystarczające dla osiągnięcia celu zamówienia publicznego.

Izba wskazuje, że pismem z 03.11.2015 r. dyrektora ds. programu jakości FIFA, zamawiający wykazał, że podnoszone przez odwołującego minimalne parametry FIFA, do których żądano obniżenia wymagań zamawiającego, w zakresie parametrów właściwych dla FIFA Quality dotyczą obciążenia nawierzchni 40– 60 godzin tygodniowo przy zwykłym obciążeniu, zaś FIFA Quality Pro do 20 godzin użytkowania tygodniowo. Natomiast zamawiający wykazał – dowodami w postaci harmonogramów – że modernizowane boisko jest użytkowane na poziomie ponad 90 godzin tygodniowo.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający stwierdził, że argumentacja odwołującego, iż należy obniżyć sporne parametry do minimalnych wymagań, które w ocenie wykonawcy miałyby być wystarczające dla realizacji celu zamówienia, zupełnie pomijają okoliczność, że zamawiający będzie użytkował boisko w czasie znacznie dłuższym niż wskazania FIFA, a zatem zupełnie pomija sposób i intensywność użytkowania boiska przez zamawiającego.

Odwołujący nie dostosował podnoszonych twierdzeń do specyfiki tego konkretnego zamówienia i w związku z tym wszystkie podnoszone przez niego twierdzenia wydają się być całkowicie nieadekwatne do potrzeb tego konkretnego zamawiającego. Natomiast zamawiający wykazał, że z uwagi na znaczną ilość godzin, przez którą nawierzchnia będzie w tygodniu użytkowana, minimalne parametry zaproponowane przez odwołującego, nie tylko byłyby zupełnie nieadekwatne do potrzeb zamawiającego, ale też całkowicie załamałyby sens realizacji zamówienia publicznego. Gdyby bowiem przyjąć narrację odwołującego zamawiający w istocie nie zrealizowałby celu, który przyświecał wszczęciu postępowania na modernizację boiska, którym jest uzyskanie nawierzchni zapewniającej adekwatną jakość do sposobu i intensywności jej użytkowania, co zostało przez zamawiającego racjonalnie i rzeczowo uzasadnione oraz poparte dowodami.

Ponadto, skład orzekający wskazuje, że odwołujący żądał ujednolicenia parametru grubości włókna dla obu wariantów, na poziomie 370 μm , tym niemniej nie wskazano w odwołaniu co legło u podstaw żądania zmiany tego parametru.

Dalej Izba stwierdziła, iż nie znalazły potwierdzenia w ustalony stanie rzeczy, twierdzenia odwołującego, iż wskazany przez zamawiającego sposób mierzenia grubości włókna sztucznej trawy prowadzi do możliwości dokonywania przez zamawiającego swobodnych interpretacji, a tym samym narusza art. 29 ust. 1 p.z.p.

Izba ustaliła, na podstawie dokumentacji postępowania, że grubość włókna – min. 370 mikronów (mierzona po okręgu) i grubość całkowitą min 500 mikronów (mierzona w inny sposób niż po okręgu) – musi potwierdzać raport za zgodność z FIFA Quality Concept for Football Turf (podręcznik 2015 rok).

Zatem skoro parametr grubości włókna, niezależnie od metody mierzenia, musi potwierdzać dokument w postaci raportu za zgodność z FIFA, budzi poważną wątpliwość twierdzenie odwołującego, że zamawiający mógłby dowolnie czy swobodnie sam przyjmować jakiegokolwiek parametry.

Izba wskazuje również, że metody mierzenia grubości włókna FIFA uregulowała w swoim podręczniku, przedłożonym przez zamawiającego, gdzie na str. 65 w dziale 30 Procedura pomiaru grubości przędzy (metoda badania FIFA 25), opisuje procedurę badania grubości przędzy, tj. „Korzystając z funkcji pomiaru w mikroskopie (linijki): 1) maksymalna szerokość włókna; 2) maksymalna grubość włókna, określana jako prostopadła do jego szerokości; 3) co najmniej jeden odczyt pośredni między środkiem a krańcem po każdej stronie;”, co potwierdza też rys. nr 35 z podręcznika.

Izba stwierdziła, że nie ma jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że grubość całkowita „mierzona w inny sposób niż po okręgu” może być interpretowana dowolnie, skoro jest określona przez FIFA w podręczniku, do którego wprost referują wymogi zamawiającego. Powyższe jedynie dodatkowo potwierdza przedłożony przez zamawiającego dowód w postaci raportu z badania laboratoryjnego FIFA dla trawy o numerze produktu FT 360 XL 60-15 SBR, gdzie na str. 22

wskazano metodę badania grubości mierzonej w inny sposób niż po okręgu, zgodnie z procedurą opisaną w podręczniku FIFA.

Ponadto, skład rozpoznający odwołanie stwierdził, że nie narusza prawa, w ustalonym stanie faktycznym, wymaganie przez zamawiającego certyfikatu FIFA Quality dla nawierzchni. Wobec zmiany przez zamawiającego treści dokumentacji postępowania, w postaci obniżenia wymogu certyfikatu FIFA z Quality Pro na Quality, argumentacja odwołującego dotycząca wcześniejszego wymogu nie może stanowić o naruszeniu przez zamawiającego prawa, bowiem treść SIWZ w tym zakresie uległa zmianie.

Skład orzekający wskazuje również, że certyfikat ten stanowi adekwatny dokument, potwierdzający, że oferowany przez wykonawców przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego. Izba podzieliła twierdzenia zamawiającego, że jest to standardowo wymagany dokument w tego typu postępowaniach, potwierdzający, że sztuczna trawa jest właściwej jakości, na podstawie badań wykonanych na boisku z daną nawierzchnią, co potwierdza faktyczne parametry trawy. Należy również zaznaczyć, że certyfikat FIFA Quality wystawia się w oparciu o badania dotyczące minimalnych wymogów, określonych przez FIFA.

Izba nie znalazła podstaw do podzielenia stanowiska odwołującego, że wymagany przez zamawiającego certyfikat jest niemożliwy do przedstawienia, bowiem jest to dokument dla obiektu, nie dla nawierzchni.

Po pierwsze odwołujący, składając ofertę we wcześniejszym postępowaniu, jak i inni w nim uczestniczący wykonawcy, potwierdzili, że posiadają wymagany certyfikat, co czyni argumentację odwołującego jako zupełnie niezrozumiałą.

Po wtóre zamawiający wykazał dowodem w postaci certyfikatu FIFA z 22.04.2016 r., że certyfikat dotyczy trawy, a nie obiektu. Z dowodu wynika również, że dokument otrzymuje producent trawy, nie zaś inwestor.

Powyższe ma również odzwierciedlenie w FIFA Quality Programme for Football Turf, wersja z października 2015 i zostało potwierdzone raportem z badań piłkarskiego boiska trawiastego w Elku. Brak jest zatem podstaw do przyjęcia, że wymagany przez zamawiającego certyfikat uzyskuje obiekt, a nie nawierzchnia, jak twierdził odwołujący.

Odwołujący podnosił również, że przedmiotowy certyfikat jest nieadekwatny do rodzaju i powierzchni wykonywanego obiektu, a także, iż wymóg certyfikatu należy wiązać z boiskami poddawanymi certyfikacji.

W postępowaniu rozpoznawanym sporem zamawiający wykazał, że żąda spornego dokumentu na potwierdzenie wymaganej jakości nawierzchni, zatem niewyjaśnionym zostało jak rodzaj, czy parametry boiska determinują to czy w postępowaniu można wymagać od wykonawcy dokumentu potwierdzającego określone parametry trawy.

Być może, w innych stanach faktycznych, wymóg ten mógłby zostać uznany za nieproporcjonalny – tym niemniej, w stanie rzeczy ustalonym w niniejszym postępowaniu, odwołujący nie zaoferował Izbie żadnego dowodu, który wskazywałby, że sformułowane przez zamawiającego wymogi mają inny sens lub cel – niż wykazanie, w odniesieniu do powszechnie przyjętych kryteriów jakości, jakiego standardu trawy zamawiający oczekuje.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje również, że dowody złożone przez strony, w postaci informacji z 06.12.2018 r. Sport-Track Sp. z o.o. w Ślęzie oraz wydruk z wiadomości F. M., są nieprzydatne dla rozstrzygnięcia jakichkolwiek okoliczności istotnych dla rozpoznawanego sporu.

Izba stwierdziła ponadto, że Rugby Turf Performance Specification i FIFA Laboratory Test Report, złożone przez odwołującego, nie spełniają wymogu określonego w § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.). Zgodnie ze wskazaną normą ustawodawca określił, iż wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim – a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona lub uczestnik postępowania, który się na nie powołuje, przedstawia tłumaczenie na język polski. A więc wobec braku spełnienia wymogu rozporządzenia, ww. dokumenty, w języku angielskim, zostały przez Izbę pominięte.

Na kanwie art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Skład orzekający stwierdził, że odwołujący nie wykazał, ani nie uprawdopodobnił, aby rozpoznawane odwołanie posiadało uzasadnione podstawy. Zatem Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie, jako bezzasadne, bowiem w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), obciążając odwołującego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu i uzasadnionymi kosztami zamawiającego, będącymi kosztem wynagrodzenia pełnomocnika, poniesionym na podstawie faktury VAT, przedłożonej do akt sprawy, przy zmniejszeniu kwoty wynagrodzenia do limitu wskazanego w § 3 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....