

Sygn. akt: KIO 2042/21

WYROK
z dnia 5 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lipca 2021 r. przez odwołującego: **Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie** (ul. Puławska 38, 05-500 Piaseczno) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Andrespol** (ul. Rokicińska 126, 95-020 Andrespol),

przy udziale wykonawcy: **Gardenia Sport sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (ul. Kłobucka 13, 02-699 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu opisanego pod lit. b) i lit. e) odwołania dotyczącego odmowy udostępnienia odwołującemu dokumentów złożonych przez wykonawcę Gardenia Sport sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie** (ul. Puławska 38, 05-500 Piaseczno) i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: **Gmina Andrespol** (ul. Rokicińska 126, 95-020 Andrespol) koszty postępowania odwoławczego w kwocie: 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) obejmujące wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika; W pozostałym zakresie kosztów postępowania odwoławczego na kwotę 3.150 zł nie uwzględnia.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....

Sygn. akt: KIO 2042/21

Uzasadnienie

Wykonawca - Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie (Odwołujący), działając na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (ustawa Pzp) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych wniósł w dniu 7 lipca 2021 r. odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego postępowaniu, którego przedmiotem jest: „Budowa pełnowymiarowego boiska piłkarskiego w ramach zadania: Budowa infrastruktury sportowo-rekreacyjnej na terenie Gminy Andrespol”. Numer referencyjny: ZP.271.11.06.2021”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych: 2021/BZP 00057640/01 z dnia 18.05.2021 r. Zamawiający - Gmina Andrespol, zdaniem wnoszącego odwołanie, naruszył przepisy ustawy Pzp z uwagi na:

- a) wybór najkorzystniejszej oferty, wykonawcy Gardenia Sport Spółka z o.o. w Warszawie,
- b) odmowę uwzględnienia wniosku Odwołującego o udostępnienie uzupełnienia do ofert, i udostępnienia tych dokumentów.

W odniesieniu do czynności, o której mowa w pkt a) zarzucił naruszenie:

- c) art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Gardenia, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia i nie potwierdza wymogów Zamawiającego określonych w treści SWZ oraz, która nie potwierdza zgodności zaoferowanego przedmiotu zamówienia z kryteriami określonymi w opisie kryteriów ocen,
- d) art. 239 Pzp, art. 275 pkt 1 Pzp, art. 252 Pzp, art. 240 ust 2 Pzp, art. 242 ust 1 pkt 1) Pzp, art. 247 Pzp z uwagi na wybór jako najkorzystniejszej oferty Gardenia pomimo, że nie jest to oferta najkorzystniejsza biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert ujęte w treści SWZ jako ilość cykli wg. raportu badań z testu Lisport XL lub Lisport (T), w wyniku błędnego przyjęcia przez Zamawiającego, że oferta spełnia kryterium oceny ofert opisane w treści SWZ jako ilość cykli wg. raportu badań z testu Lisport XL lub Lisport (T) oraz dokonania błędnej oceny w ramach tego kryterium i błędne przyznanie 20 pkt w ramach tego kryterium ofercie, podczas, gdy prawidłowa ocena oferty Gardenia w ramach tego kryterium powinna doprowadzić Zamawiającego do wniosku, że oferta ta nie spełnia tego kryterium, tym samym Gardenia Sport Spółka z o.o. powinna uzyskać 0 punktów w ramach tego kryterium, przez co w konsekwencji jej oferta winna uzyskać jedynie łącznie 80 punktów, co oznacza, że nie jest ona najkorzystniejsza,

W odniesieniu do czynności, o której mowa w pkt b) zarzucił naruszenie:

- e) art. 18 Pzp, w tym art. 18 ust 3 PZP i art. 11 ustawy z dnia 16.04.1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2020.1913 t.j. z dnia 30.10.2020) oraz art. 1 ust. 1, art. 2, art. 3, art. 4, art. 5 ust 1 i 2, art. 16 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U.2020.2176 t.j. z dnia 2020.12.07) poprzez niezasadną odmowę udostępnienia Odwołującemu uzupełnienia do ofert.

Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia zaskarżonej czynności w przedmiocie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Gardenia Sport Spółka z o.o. w Warszawie (wykonawca Gardenia) w niniejszym postępowaniu z dnia 2.07.2021 roku,
4. dokonania czynności powtórnego badania i oceny wszystkich ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
5. odrzucenie oferty złożonej przez Gardenia Sport Spółka z o.o. w Warszawie, a niezależnie od powyższego:
6. udostępnienia dokumentów stanowiących uzupełnienia do ofert, zgodnie z wnioskiem Odwołującego z dnia 23.06.2021 roku, ewentualnie (także) — unieważnienie czynności w postaci odmowy Zamawiającego ujawnienia tych

dokumentów z dnia 2.07.2021 roku,

Ponadto Odwołujący wniosk o przyznanie kosztów postępowania, w tym kosztów z tytułu zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym według faktury.

Wykonawca wskazał, że (...) *Interes Odwołującego do wniesienia niniejszego odwołania wynika z faktu, iż złożył on ofertę spełniającą wymogi stawiane przez Zamawiającego w SWZ i w przypadku potwierdzenia się zarzutów niniejszego odwołania oferta złożona przez Odwołującego byłaby najbardziej korzystna, jako uzyskująca najwyższą punktację (oferta Odwołującego jest obecnie na drugim miejscu). Oferta Odwołującego nie została odrzucona, ani nie ma podstaw do wykluczenia go z postępowania. W przypadku potwierdzenia się zarzutów wskazanych w treści odwołania oraz ewentualnego unieważnienia czynności Zamawiającego oraz powtórzenia czynności badania oceny ofert (w tym ewentualnego odrzucenia oferty wybranej dotychczas jako najkorzystniejsza) Odwołujący ma szansę wygrać postępowanie przetargowe i uzyskać przedmiotowe zamówienie. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Wskutek niezgodnych z przepisami działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę, będącą skutkiem naruszenia przez Zamawiającego określonych na wstępie przepisów Pzp, gdyż w braku wniesienia odwołania nie ma szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia i osiągnięcie zysku wynikającego z pozyskania i realizacji przedmiotowego zamówienia. Niezależnie od powyższego Odwołującego winien mieć dostęp do dokumentów postępowania, jako wykonawca biorący udział w postępowaniu, zgodnie z zasadą jawności, o której mowa w art. 18 ust. 1 Pzp. Brak dostępu do dokumentów stanowiących uzupełnienia do ofert, złożonych przez innych wykonawców, całkowicie niemal wyklucza możliwość merytorycznej oceny tych ofert przez Odwołującego, tym samym pozbawia go praktycznej możliwości oceny działań Zamawiającego i ewentualnego wniesienia odwołania od czynności czy zaniechań Zamawiającego niezgodnych z prawem. Stosowana ostatnio powszechnie praktyka utajniania dokumentów oraz odmowy ich udostępnienia pozostałym uczestnikom postępowania powoduje rzeczywisty i niemożliwy do przezwyciężenia brak możliwości w pełni merytorycznego zakwestionowania niezgodnych z prawem działań Zamawiającego. Wykonawca, któremu odmówiono dostępu do dokumentów, nie jest w stanie ich ocenić, a tym samym ocenić ofert innych wykonawców oraz prawidłowości ich wyboru przez Zamawiającego. Takie nieuzasadnione działanie w konsekwencji oznacza brak możliwości oceny postępowania Zamawiającego przez KIO. Odwołujący ma zatem interes prawny we wniesieniu odwołania również w tej części, bowiem, gdyby udostępniono mu dokumenty, Odwołujący być może mógłby znaleźć dodatkowe podstawy do zakwestionowania czynności Zamawiającego, a ostatecznie doprowadzić do zmiany decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej i samemu uzyskać przedmiotowe zamówienie.*

W uzasadnieniu podnoszonych zarzutów Odwołujący wskazał:

W myśl art. 7 pkt 20) Pzp przedmiotowymi środkami dowodowymi są środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

W ocenie Odwołującego wykonawca Gardenia Sport Spółka z o.o. złożył nieprawidłowy (niezgodny z SWZ) przedmiotowy środek dowodowy. W konsekwencji oferta tego wykonawcy nie potwierdza, że zaoferowany przedmiot zamówienia jest zgodny z Opisem Przedmiotu Zamówienia (OPZ). Oferta ta nie potwierdza także zgodności zaoferowanego przedmiotu zamówienia z kryteriami określonymi w opisie kryteriów ocen (w tym przypadku przedmiotowy środek dowodu stanowi treść oferty).

Zamawiający wskazał w pkt VI SWZ przedmiotowe środki dowodowe, które wykonawca winien złożyć wraz z ofertą. Wśród nich w pkt 2.3. Zamawiający wymagał złożenia:

- Raportu z badań testu Lisport XL na min 20.000 cykli zgodnie z FIFA Quality Programmetor Football Turf (edycja 2015) dla trawy syntetycznej, który ma potwierdzać zachowanie parametrów sportowych takich jak: pochłanianie uderzeń, opór obrotowy, odkształcenie pionowe, zredukowane tocznie piłki dla poziomu Quality. Raport ma być wykonany przez niezależne laboratorium akredytowane przez FIFA.

lub

- Raportu z badań testu Lisport dla włókna oferowanej trawy syntetycznej zgodnie z normą EN 15306 „Nawierzchnie do otwartych terenów sportowych — narażenie trawy na oddziaływania” potwierdzający, że włókno oferowanej trawy syntetycznej po min. 200.000 cykli nie wykazuje widocznych uszkodzeń. Raport ma być wykonany przez niezależne laboratorium akredytowane przez FIFA.

W pkt XXXVI SWZ „Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert”, w pkt Zamawiający wskazał, że za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która nie zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust 1 Pzp oraz uzyska najwyższą liczbę punktów na podstawie kryteriów oceny. W pkt 2 w tabeli pod pozycją Lp 3 wskazano jako kryterium: „ilość cykli wg. raportu badań z testu Lisport XL lub Lisport (D)”, zaś w pkt 3 wskazano „Sposób oceny w ramach kryteriów oceny ofert”, przy czym w pkt 3,3 dla oceny przedmiotowego kryterium wskazano, że 20 pkt zostanie przyznane ofercie za minimalną ilość cykli wynoszącą 300.000 cykli Lisport, która to ilość cykli będzie oceniana na podstawie „Raportu z badań testu Lisport dla włókna oferowanej trawy syntetycznej zgodnie z normą EN 15306 „Nawierzchnie do otwartych terenów sportowych — narażenie trawy na oddziaływania” potwierdzający, że włókno oferowanej trawy syntetycznej po min. 200.000 cykli nie wykazuje widocznych uszkodzeń. Raport ma być wykonany przez niezależne laboratorium akredytowane przez FIFA.

Zamawiający przyznał ofercie Gardenia niezasadnie i niesłusznie 20 pkt w ramach kryterium ilość cykli wg. raportu badań z testu Lisport XL lub Lisport (T), tym samym oferta ta uzyskała niesłusznie 100 punktów i została wybrana za najkorzystniejszą, podczas, gdy powinna zostać odrzucona. Względnie - prawidłowa ocena oferty Gardenia w ramach tego kryterium powinna doprowadzić Zamawiającego do wniosku, że oferta ta nie spełnia tego kryterium, tym samym Gardenia Sport Spółka z o.o. powinna uzyskać 0 punktów w ramach tego kryterium, w konsekwencji jej oferta winna uzyskać jedynie łącznie 80 punktów, co oznacza, że nie jest ona najkorzystniejsza i nie powinna zostać wybrana. Dowód: SWZ; wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 2.07.2021 roku — w aktach postępowania

Gardenia Sport Spółka z o.o. przedstawiła wraz z ofertą na wykazanie powyższych okoliczności dokument w postaci Raportu — Sprawozdania nr EN - K 3688, wykonanego przez laboratorium Labor Lehmacher Schneider GmbH & Co.KG (LLS Testing laboratory for sport fields and surfaces) dla firmy FieldTurf Tarkett SAS we Francji: Długoterminowy test symulowanego użytkowania 300.000 cykli testu zużycia Lisport zgodnie z EN 15306. Laboratorium to nie jest certyfikowanym laboratorium, akredytowanym przez FIFA w tym zakresie. Laboratorium to może jedynie wykonywać tzw. badania polowe (na boisku), gdzie test Lisport nie jest wykonywany.

Zgodnie z informacją na www FIFA: (...) laboratoria podzielone są na dwie kategorie w zakresie, który są akredytowane:

KATEGORIA I

Laboratoria, które mogą prowadzić badania laboratoryjne (tzw. laboratory testing institutes, w skład którego

wchodzą m.in. testy Lisport i Lisport XL) oraz badania polowe (tzn. field testing institutes).

Listę laboratoriów akredytowanych do badań laboratoryjnych i polowych przedstawia tabela poniżej:

KATEGORIA II

Laboratoria, które są akredytowane wyłącznie do przeprowadzenia badań polowych (field testing institutes).

Listę laboratoriów akredytowanych wyłącznie do badań polowych przedstawia tabela poniżej:

Field Testing Institutes

Test institute	Address	Contact
Acousto-Scan Pty Ltd	44/59-69 Halstead Street, South Hurstville, NSW 2221 Australia	c. H. .61 2 8385 4872 y. www.covsroscan.com.au
AITEX	Plaza Emili sala. 1. 03801 Alcoi. Alicante (Spain)	J. M. .34 965 54 22 00
Firefly Sports Testing	78 Londonderry Turnpike. unit 05 Hookset, New Hampshire 03106 USA	J.G. 603 715 5453
IGOID-SPORTEC S..	Avenida Carlos III. sm. Edificio OGI. puerta trasera. Campus Fábrica de Armas Universidad de Castilla-La Mancha 45071 Toledo Spain	L. G. G. •34 925268800
Labor Lehmaeher Schneider GmbH & co. KG	Albert Einstein strasse 32 49076 Osnabrück Germany	O. S.541 49 16 8 phmather.de
La bo sport Guangzhou	1st floor. Building C. Ltanshang Xiapu Industrtal park. No. 1 Huan Bao San Road. Xintang Town	O. D.+86 20 8190 0714
Labosport Canada	Zengcheng District. Guangzhou. China	Thierry 277 lacom
LND ser-vizi srl	5661. rue de Lanaudière. Suite 200. Montréal. QC. H2G 3A5. Canada	A.,o A.,06 32822 801 06 32822 803
SGS tntron Certificatie BV	FIGC - LND Via cassiOdoro, 14 00193 — Roma Italy	J.v. d. z.585170
Surface Performance Ltd.	P.o. BOX257 4100 AG Culemborg The Netherlands	c. R.208 246 5562
	Surface performance Unit 16 Vicarage Farm Sunbury On Thames, London TW16 6DW	

Oznacza to, że laboratorium Labor Lehmaeher - Schneider GmbH & Co. KG nie ma akredytacji np. na Lisport XL czy Lisport, który jest typowym badaniem laboratoryjnym.

Tym samym Gardenia Sport Spółka z o.o. nie przedstawiła dokumentu zgodnego z wymogami SWZ, gdyż nie przedstawiła raportu wykonanego przez akredytowane laboratorium FIFA do tego typu badań, co oznacza, że przedmiotowy środek dowodowy jest całkowicie nieprawidłowy.

Podsumowując, w ocenie Odwołującego oferta Gardenia Sport Spółka z o.o. w Warszawie powinna zostać w pierwszej kolejności odrzucona, gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia i nie potwierdza wymogów Zamawiającego określonych w treści SWZ, względnie - z uwagi na ilość punktów w ramach kryterium oceny ofert- nie powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Ad pkt b) i e) petitum odwołania:

Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu, na jego wniosek z dnia 23.06.2021 roku, dokumentów w postaci uzupełnień do ofert pozostałych wykonawców. Odmowa Zamawiającego z dnia 2.07.2021 roku jest zdaniem

Odwolującego nie tylko niestusznia, ale i nad wyraz ogólnikowa i nie zawiera żadnego merytorycznego uzasadnienia.

Dowód : wniosek Odwołującego z dnia 23.06.2021 roku ; pismo Zamawiającego o odmowie ujawnienia dokumentów z dnia 2.07.2021 roku — w aktach postępowania

Odwolujący winien mieć dostęp do dokumentów postępowania, jako wykonawca biorący udział w postępowaniu, zgodnie z zasadą jawności, o której mowa w art. 18 ust I Pzp. Brak dostępu do dokumentów stanowiących uzupełnienia do ofert złożonych przez innych wykonawców całkowicie niemal wyklucza możliwość oceny merytorycznej tych ofert przez Odwołującego, tym samym pozbawia go praktycznej możliwości oceny działań Zamawiającego i ewentualnego wniesienia odwołania od czynności czy zaniechań Zamawiającego niezgodnych z prawem. Stosowana ostatnio powszechnie praktyka utajniania dokumentów oraz odmowy ich udostępnienia pozostałym uczestnikom postępowania powoduje rzeczywisty i niemożliwy do przezwyciężenia brak możliwości zakwestionowania niezgodnych z prawem, działań Zamawiającego. Wykonawca, któremu odmówiono dostępu do dokumentów, nie jest w stanie ich zweryfikować, a tym samym ocenić w pełni — jak w przedmiotowej sprawie - decyzję odnoszącą się do prawidłowości wyboru oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego. Takie nieuzasadnione działanie Zamawiającego w konsekwencji oznacza brak możliwości oceny postępowania Zamawiającego przez KIO. Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył art. 18 Pzp, w tym art. 18 ust 3 Pzp i art. 11 ustawy z dnia 16.04.1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2020.1913 t.j. z dnia 30.10.2020) oraz art. 1 ust. 1, art. 2, art. 3, art. 4, art. 5 ust I i 2, art. 16 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U.2020.2176 t.j. z dnia 2020.12.07) poprzez niezasadną odmowę udostępnienia Odwołującemu uzupełnień do ofert.

Zgodnie z art. 18 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Informacja o zamówieniach publicznych jest informacją publiczną w rozumieniu ustawy z 6.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej. Celem zasady jawności jest zapewnienie wszystkim zainteresowanym zapoznania się z informacją o zamówieniu publicznym i dokumentacją postępowania. W myśl art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (dalej: udip) każda informacja o sprawach publicznych stanowi informację publiczną i podlega udostępnieniu na zasadach i w trybie określonych w tej ustawie. Oznacza to, że co do zasady organ (tu Zamawiający) — jako podmiot wykonujący zadania z zakresu zamówień publicznych, a zatem realizujący cele i zadania publiczne — jest zobligowany do udzielenia informacji publicznych w myśl art. 4 udip. Ograniczenia dostępu do informacji publicznej określa między innymi art. 5 tej ustawy stanowiąc, że „Prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na m. in. tajemnicę przedsiębiorcy”.

Jak wskazuje się w sposób jednolity w orzecznictwie na tle tego przepisu: (...) *na tajemnicę przedsiębiorcy składają się dwa elementy: materialny (np. szczegółowy opis, stosowanych technologii, urządzeń) oraz formalny - wola utajnienia danych informacji. Możliwość ograniczenia prawa na podstawie tajemnicy przedsiębiorcy wchodzi w grę, gdy spełnione są przesłanki:*

1) *brak wcześniejszego upublicznienia określonych informacji znajdujących się w dokumentacji wniesionej przez przedsiębiorcę;*

2) *uprawdopodobnienie, że informacje te mają ze względu na swój charakter, sposób zastosowania itp. szczególną wartość gospodarczą, co w konsekwencji ich ujawnienia mogłoby narazić takiego przedsiębiorcę na szkodę;*

3) *podjęcie przez przedsiębiorcę niezbędnych działań w celu zachowania poufności takich informacji (treść dokumentacji) - powinny one nastąpić w momencie składania odpowiednich dokumentów; ich brak dyskwalifikuje możliwość ograniczenia dostępu do tego typu dokumentów ze względu na tego rodzaju przesłankę, w szczególności, gdy zastrzeżenie tajemnicy mogłoby nastąpić po wcześniejszym wpłynięciu wniosku o udostępnienie informacji.” (tak wyrok WSA w Krakowie z dnia 13.12.2019 roku, sygn. akt II SA/Kr 679/19).*

Zgodnie natomiast z definicją zawartą w art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, za tajemnicę przedsiębiorstwa uznaje się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje mające wartość gospodarczą, co do których wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Możliwość objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa jest zatem warunkowana wykazaniem spełnienia łącznie trzech przesłanek: informacje mają wartość gospodarczą (charakter handlowy), informacje nie zostały podane do wiadomości publicznej oraz wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania informacji w poufności, tj. zaistniała taka sytuacja, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń (Sąd Najwyższy w wyroku z 3.01.2000 r., sygn.. akt I CKN 304/00). Wadą jest zatem utajnienie informacji, które nie spełniają tych przesłanek. W wielu orzeczeniach podkreśla się, że aby określić informacje mogły zostać objęte tajemnicą przedsiębiorcy, muszą przede wszystkim ze swojej istoty dotyczyć kwestii, których ujawnienie obiektywnie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy (informacje o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa, informacje posiadające choćby minimalną wartość gospodarczą) z wyłączeniem informacji, których upublicznienie wynika z przepisów prawa (tak wyrok NSA z dnia 24.10.2019 roku, sygn. akt I OSK 910/18, LEX nr 2754968). Nie wystarczy przy tym samo przekonanie podmiotu dysponującego informacją o działalności przedsiębiorcy, że posiadane przez niego dane mają charakter poufny. Poufność danych musi być wyraźnie lub w sposób dorozumiany zmanifestowana przez samego przedsiębiorcę. TO na nim spoczywa, w razie sporu, ciężar wykazania, że określone dane stanowiły tajemnicę przedsiębiorcy (tak wyrok WSA w Poznaniu z dnia 16.10.2019 roku, sygn. akt IV SAB/Po 204/19). Nadto, nie jest możliwe do przyjęcia zapatrywanie, z którego wynika, iż to wyłącznie wola przedsiębiorcy ma decydować o utajnieniu określonej informacji publicznej. (tak wyrok NSA z dnia 17.01.2020 roku, sygn. akt I OSK 3514/18). Określone obowiązki leżą również w niniejszej sprawie po stronie organu. Wskazując na tajemnicę przedsiębiorcy, jako przesłankę wyłączenia dostępu do informacji publicznej, organ powinien oceniać zaistnienie w sprawie podstawy do odmowy udzielenia informacji publicznej, badając każdorazowo zarówno formalny, jak i materialny element tajemnicy przedsiębiorcy. (tak wyrok NSA z dnia 17.01.2020 roku, sygn. akt I OSK 1489/18.). Podobnie orzekł NSA w wyroku z 5 kwietnia 2013 r., I OSK 192/13: „Organ rozpoznający wniosek o udostępnienie informacji publicznej winien ocenić, czy istnieją przesłanki zarówno formalne, jak i materialne dla uznania, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorcy. W takich przypadkach organ musi szczegółowo określić biorąc pod uwagę podstawy ochrony danych i tajemnicy przedsiębiorcy, z czego wywodzi daną przesłankę odmowy i w czym znajduje ona uzasadnienie. Dopiero taka argumentacja organu w połączeniu z udostępnionymi sądowi materiałami źródłowymi umożliwi temu sądowi ocenę zasadności zastosowania przesłanek utajnienia danej informacji publicznej. Wszystkie te przesłanki i okoliczności powinny być dokładnie zbadane przez adresata wniosku (tu Zamawiającego) o udostępnienie informacji publicznej i szczegółowo opisane w uzasadnieniu wydanej w tym celu decyzji. Innymi słowy, Zamawiający powinien zbadać wnikliwie przesłanki objęcia danej informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca.

Zamawiający, wbrew przepisom nie wydał także decyzji w sprawie odmowy udostępnienia informacji, a odmowa nastąpiła w drodze pisma z dnia 2.07.2021 roku. Przede wszystkim z pisma tego nie wynika czy Zamawiający zweryfikował w ogóle czy opisane na wstępie dokumenty zostały wcześniej upublicznione czy też nie. W związku z tym należy uznać, że Zamawiający nie podjął jakichkolwiek czynności w tym zakresie, chociaż był do tego zobligowany. W związku z tym należy uznać, że pismo Zamawiającego z dnia 2.07.2021 roku w tym zakresie jest niepełne i praktycznie niemożliwe do poważnej i merytorycznej weryfikacji. Z pisma nie wynika także, aby Zamawiający zweryfikował kolejną, istotną przesłankę w postaci istnienia wartości gospodarczej żądanych dokumentów każdego z wykonawców. Stanowisko Zamawiającego ogranicza się do stwierdzenia, że ta część oferty została utajniona ze względu na zastrzeżenie jej tajemnicą przedsiębiorstwa. Tymczasem Zamawiający powinien zbadać czy wskazane na wstępie dokumenty zawierają dane techniczne i technologiczne, których ujawnienie mogłoby wpłynąć na kondycję finansową i ekonomiczną zastrzegającego je wykonawcy, jak również na jej konkurencyjność na rynku. Jednakże Zamawiający w żaden sposób nie zweryfikował czy i jakiego rodzaju dane techniczne, technologiczne i organizacyjne zawierają wskazane dokumenty, ani też zwłaszcza nie zbadał wpływu ewentualnego ich ujawnienia na sytuację wykonawców.

Podsumowując, Zamawiający uznał arbitralnie, bez przeprowadzenia dowodów i dokładnego zbadania opisanych wyżej przesłanek, że przedmiotowe dokumenty (uzupełnienia do ofert) objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa i nie wydał nawet decyzji odmawiającej dostępu do informacji, co nie jest działaniem zgodnym z przywołanymi na wstępie przepisami. Należy jeszcze raz podkreślić, że brak ujawnienia żądanych dokumentów uniemożliwił Odwołującemu weryfikację czy zaoferowany przez wykonawców, zwłaszcza Gardenia Sport Spółka z o.o., produkt spełnia wymagania stawiane w SWZ, co stanowi bezzasadne ograniczenie jawności niniejszego postępowania oraz ograniczenie zasad uczciwej konkurencji.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca Gardenia Sport Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania.

W odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 3 sierpnia 2021 r.) Zamawiający uwzględnił zarzut wg odwołania z lit. b w zw. z lit. e), a w zakresie zarzutu z lit. a) w zw. z lit. b), c) i d) wniósł o jego oddalenie.

Odnosząc się do zarzutów wskazanych w lit. b) i w zw. z tym zarzutem z pkt c) i d) odwołania i uznając te zarzuty za niezasadne podał w szczególności:

Zgodnie z postanowieniami ust. 2 Rozdziału VI SWZ oraz ust. 9 pkt. 4) Rozdziału XXI SWZ Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą:

- Raportu z badań testu Lisport XL na min 20.000 cykli zgodnie z FIFA Quality Programme for Football Turf (edycja 2015) dla trawy syntetycznej, który ma potwierdzać zachowanie parametrów sportowych takich jak: pochłanianie uderzeń, opór obrotowy, odkształcenie pionowe, zredukowane tocznie piłki dla poziomu Quality. Raport ma być wykonany przez niezależne laboratorium akredytowane przez FIFA

lub

- Raportu z badań testu Lisport dla włókna oferowanej trawy syntetycznej zgodnie z normą EN 15306 „Nawierzchnie do otwartych terenów sportowych narażenie trawy na oddziaływania” potwierdzający, że włókno oferowanej trawy syntetycznej po min. 200.000 cykli nie wykazuje widocznych uszkodzeń. Raport ma być wykonany przez niezależne laboratorium akredytowane przez FIFA.

Podkreślił, że Zamawiający to, który z Raportów zostanie dołączony do oferty pozostawił do decyzji wykonawców.

Stwierdził, że według informacji posiadanych przez Zamawiającego, Podręcznik metod testowych FIFA Quality Programme for Football Turf (edycja 2015) opisuje pierwszy z Raportów odnoszący się do metody badania Lisport XL i może być wykonywany przez laboratoria akredytowane przez FIFA w zakresie tego badania - tak jak wskazuje Odwołujący w treści zarzutów podniesionych w odwołaniu. Drugi z raportów dotyczy badań według testu Lisport dla włókna oferowanej trawy syntetycznej zgodnie z normą EN 15306 „Nawierzchnie do otwartych terenów sportowych narażenie trawy na oddziaływania”. Zgodnie z tą normą badanie może być dokonane przez laboratorium akredytowane tj. posiadające certyfikat wydany w oparciu o normę EN ISO/IEC 17025 „Ogólne wymagania dotyczące kompetencji laboratoriów badawczych i wzorcujących, dla odpowiednich metod testowych określonych w tej normie”.

Wskazał, że akredytacja laboratorium to wprowadzenie odpowiedniego systemu kontroli jakości za pomocą stałego monitorowania miarodajności wyników badań przeprowadzanych przez te laboratoria. Odpowiedni system kontroli zapewnia właściwą jakość wyników analiz oraz stosowanych metod badawczych, a jakość metod badawczych jest konieczna ze względu na możliwość wystąpienia wielorakich, negatywnych skutków będących rezultatem błędnych wyników przeprowadzonych pomiarów. Takich akredytacji dokonują w danym kraju jednostki mające uprawnienia do przeprowadzania audytów ISO/IEC 17025. Akredytacji w zakresie tego badania nie wykonuje FIFA.

Wykonawca Gardenia przedstawił Raport z testu Lisport wykonany przez Labor Lehmacher - Schneider GmbH & Co. KG - jest to laboratorium certyfikowane przez niemiecką jednostkę akredytującą (Deutsche Akkreditierungsstelle - DAkkS). DAkkS (Deutsche Akkreditierungsstelle) jest to krajowa jednostka akredytująca w Republice Federalnej Niemiec odpowiedzialna za sprawy obejmujące ocenę, akredytację i monitorowanie laboratoriów badawczych/kalibracyjnych zgodnie z normą DIN EN ISO/IEC 17025. Norma ta określa techniczne i specjalistyczne kwalifikacje wymagane od laboratorium kalibracyjnego i systemu zarządzania jakością. Fakt, że Labor Lehmacher - Schneider GmbH & Co. KG jest laboratorium akredytowanym przez DAkkS (Deutsche Akkreditierungsstelle) nie jest podważany w odwołaniu - nie jest przedmiotem zarzutów. Ponadto laboratorium Labor Lehmacher | Schneider GmbH & Co. KG zgodnie z informacjami podanymi przez Odwołującego jest również laboratorium akredytowanym przez FIFA informacja na stronie: (<https://footballtechnology.fifa.com/de/media-tiles/fifa-accredited-test-institute>).

Tym samym według SWZ możliwe były dla oferowanej przez wykonawców trawy syntetycznej dwa badania równoległe. Jedno w/g podręcznika metod testowych FIFA Quality Programme for Football Turf (edycja 2015), drugie według normy EN 15306 „Nawierzchnie do otwartych terenów sportowych narażenie trawy na oddziaływania”. Oba uznawane przez FIFA, oba zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Dodatkowo Zamawiający zauważył, że nie wymagał, aby akredytacja laboratorium przez FIFA dotyczyła zezwolenia do wykonywania konkretnych badań, tym samym wystarczającym była akredytacja FIFA do jakichkolwiek badań.

Zamawiający za zasadny uznał zarzut wskazany w pkt b) w zw. z pkt e) odwołania.

Stwierdził, że po ponownym przeanalizowaniu informacji zawartych w dokumentach przedstawionych przez Gardenia sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 16 czerwca 2021r. do złożenia przedmiotowych środków dowodowych tj. w:

- 1) Karcie technicznej oferowanej nawierzchni, poświadczoną przez jej producenta, potwierdzającą wymagane przez Zamawiającego minimalne parametry dla nawierzchni w zakresie, który nie został objęty raportem z badań.
- 2) Raporcie z badań przeprowadzonych przez specjalistyczne laboratorium (np. Labosport lub ISA-Sport lub Sports Labs

Ltd), dotyczącego oferowanego systemu tzn. nawierzchnia + wypełnienie + mata, potwierdzającego zgodność jej parametrów z FIFA Quality Programme for Football Turf – edycja 2015, potwierdzającego parametry oferowanej trawy syntetycznej określone przez Zamawiającego – RAPORT Ghent University ERCAT nr 113616 z dnia 17 maja 2021r.

wraz z uzasadnieniem, że powyższe dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy Gardenia Sport Sp. z o.o. w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r., poz. 1010) nie było podstaw aby uznać, że zachodziły przesłanki pozwalające na odstąpienie od zasady jawności postępowania i utrzymanie ww. wyjaśnień jako tajnych. Z przepisów Pzp jednoznacznie wynika obowiązek wykazania spełnienia przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy zastrzegającego je wykonawcę. Z doktryny i orzecznictwa wynika, że uzasadnienie zastrzeżenia powinno odnosić się do konkretnych informacji i służyć wykazaniu, że konkretne informacje spełniają wymogi pozwalające utrzymanie ich w tajemnicy. Uzasadnienie takie nie może mieć zatem charakteru ogólnego. Tymczasem uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy Gardenia sp. z o.o., nawet bardzo rozbudowane, ma charakter ogólnikowy. Wykonawca w szczególności przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej uzasadniając za jego pomocą możliwość zachowania niektórych informacji w tajemnicy. Uzasadniając zastrzeżenie wykonawca Gardenia sp. z o.o. wskazał jedynie, że zaoferował produkt, który spełnia postawione przez Zamawiającego wymagania, zawarte w opisie przedmiotu zamówienia wraz z wyjaśnieniami Zamawiającego, a w szczególności, że przede wszystkim zaoferował produkt, który w oparciu o konkretne rozwiązania, znane jedynie Wykonawcy, został zmodyfikowany na potrzeby Zamawiającego, dając Wykonawcy przewagę nad innymi podmiotami konkurencyjnymi. Oferowany produkt jest w jego ocenie produktem, który od wielu lat jest rozwijany i modyfikowany, a zatem jest produktem posiadającym wartość gospodarczą w postaci know-how związaną ze sposobami udoskonalania produktu. Ponadto, jak wskazał Odwołujący, nie jest to tzw. „produkt z półki”, co odróżnia go od innych popularnych produktów tego rodzaju. Zdaniem wykonawcy Gardenia sp. z o.o. w sytuacji udostępnienia przez Zamawiającego informacji o parametrach oferowanego produktu, potencjalni konkurenci mogliby uzyskać wiedzę na temat zastosowanych rozwiązań technicznych, funkcjonalnych, co naraziłoby Wykonawcę na poniesienie szkody związanej z uzyskaniem przewagi konkurencyjnej przez te podmioty. Jednak jak zauważa Zamawiający wykonawca Gardenia sp. z o.o. nie podał żadnych dowodów tym zakresie, takich jak np. informacja zlecenia producentowi opracowania na zlecenie Gardenia sp. z o.o. produktu o unikalnym charakterze i zakazie przekazywania informacji o nim innym podmiotom gospodarczym. W tym zakresie Zamawiający zauważa także, że wykonawca Gardenia sp. z o.o. już w ofercie, zgodnie z postanowieniami ust. 2 Rozdziału VI SWZ, podał informacje nt. oferowanego produktu w takich dokumentach jak: autoryzacja producenta trawy syntetycznej, wystawiona dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta na tę nawierzchnię, Raport z badań testu Lisport dla włókna oferowanej trawy syntetycznej zgodnie z normą EN 15306 „Nawierzchnie do otwartych terenów sportowych narażenie trawy na oddziaływanie” potwierdzający, że włókno oferowanej trawy syntetycznej po min. 200.000 cyklach nie wykazuje widocznych uszkodzeń.

Podał także, że wykonawca Gardenia w Formularzu oferty pkt 11 tych informacji nie uznał za tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto wskazując na czynności podjęte przez niego mające na celu zachowanie poufności danych zawartych w wyżej wskazanych dokumentach, wskazał na działania takie jak: zobowiązanie pracowników, zaangażowanych w przygotowanie oferty w Postępowaniu, do zachowania poufności, wprowadzenie i wdrożenie w spółce procedury związanej z przetwarzaniem informacji niezbędnych do postępowania przetargowych, zobowiązanie podmiotów współpracujących oraz kontrahentów do zachowania poufności przekazywanych danych i informacji, posiadanie wdrożonego systemu ISO 9001, posiadanie zabezpieczenia informatycznego, uniemożliwiającego swobodne przesyłanie plików. Wykonawca nie przedstawił jednak żadnych dowodów na faktyczne zaistnienie podnoszonych okoliczności. Taki sposób uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa miał zatem charakter ogólny, nie potwierdzony dowodami, można go nawet określić jako uniwersalny, bo mógłby pasować do każdego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w dowolnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący wskazał w odwołaniu w punktach lit. a) i pkt b) na dwa kluczowe zarzuty dotyczące:

- a) wyboru najkorzystniejszej oferty, wykonawcy Gardenia Sport Spółka z o.o. w Warszawie - z jego uszczegółowieniem w punkcie c) i d);
- b) odmowy (z dnia 2/07/2021 r.) uwzględnienia wniosku Odwołującego o udostępnienie uzupełnienia do ofert, i udostępnienia tych dokumentów - z jego uszczegółowieniem w punkcie e).

Postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu odmowy uwzględnienia wniosku Odwołującego o udostępnienie uzupełnienia do ofert i udostępnienia tych dokumentów – opisanego pod lit. b) i lit. e) odwołania zostało umorzone na podstawie ust. 522 ust. 4 ustawy Pzp. W pozostałym zakresie zarzuty podlegały rozpoznaniu.

Zgodnie ze wskazanym art. 522 ust.4 Pzp: „4. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów”.

Rozpoznając odwołanie w zakresie zarzutu opisanego w punkcie a) z jego uszczegółowieniem w punkcie c) i d) Izba uznała, że okoliczności wskazane nie potwierdzają tego zarzutu.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych polegających na budowie pełnowymiarowego boiska sportowego o nawierzchni ze sztucznej trawy. Zamawiający w specyfikacji wykonania zamówienia w rozdziale V SWZ „Opis przedmiotu zamówienia” w punkcie 5 wskazał:

„5. Wykonawca zobowiązany będzie do uzyskania certyfikacji nawierzchni boiska w zakresie zgodności jej parametrów z FIFA Quality Programme Concept for Football Turf – edycja 2015. Certyfikacja winna być uzyskana przez Wykonawcę po wykonaniu przedmiotu zamówienia i dostarczona Zamawiającemu co najmniej na 3 dni robocze przed wyznaczonym terminem odbioru końcowego. Certyfikat ma być wystawiony przez niezależne laboratorium akredytowane przez FIFA”.

Z kolei w § 13 Projektu umowy (zał. Nr 10 do SWZ) w jego ust.7, a w szczególności pkt 7.1 podał:

„7. Do odbioru końcowego, o którym mowa w ust. 3 Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć, Zamawiającemu, po dwa komplety dokumentów, w tym:

7.1. Certyfikat niezależnego laboratorium akredytowanego przez FIFA dotyczący certyfikacji nawierzchni boiska w zakresie zgodności jej parametrów z FIFA Quality Programme Concept for Football Turf – edycja 2015”.

Powyższe postanowienia dotyczą niewątpliwie – jak podkreślał Zamawiający – etapu wykonania umowy – odbioru

końcowego zamówienia.

Zgodnie SWZ w celu potwierdzenia właściwości oferowanej trawy syntetycznej, Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą środka dowodowego - Rozdz. VI „Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych” – wskazanego m.in. w punkcie 2.3:

„2.3. Raportu z badań testu Lisport XL na min 20.000 cykli zgodnie z FIFA Quality Programme for Football Turf (edycja 2015) dla trawy syntetycznej, który ma potwierdzać zachowanie parametrów sportowych takich jak: pochłanianie uderzeń, opór obrotowy, odkształcenie pionowe, zredukowane tocznie piłki dla poziomu Quality. Raport ma być wykonany przez niezależne laboratorium akredytowane przez FIFA
lub

Raportu z badań testu Lisport dla włókna oferowanej trawy syntetycznej 9 zgodnie z normą EN 15306 „Nawierzchnie do otwartych terenów sportowych narażenie trawy na oddziaływania” potwierdzający, że włókno oferowanej trawy syntetycznej po min. 200.000 cykli nie wykazuje widocznych uszkodzeń. Raport ma być wykonany przez niezależne laboratorium akredytowane przez FIFA”.

Na powyższe Raporty wskazał także w punkcie 9 w rozdz. XXI SWZ „XXI. „Opis sposobu przygotowania oferty”.

Z kolei w punkcie 3.3. rozdziału XXVI SWZ Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” wskazał na sposób oceny ofert w kryterium 3: „Ilość cykli wg. raportu badań z testu Lisport XL lub Lisport (T)”:

3.3. Sposób oceny w kryterium „Ilość cykli wg. raportu z badań testu Lisport XL lub Lisport” (T)

Minimalny ilość cykli wg. raportu z badań testu Lisport XL lub Lisport nie może być mniejsza niż, odpowiednio 20 000 cykli lub 200 000 cykli.

Sposób punktacji w ramach kryterium:

od 20.000 cykli Lisport XL do 25.000 cykli Lisport XL – 0 pkt

od 25.001 cykli Lisport XL – 20 pkt

Oceniany w oparciu o Raport z badań testu Lisport XL na min 20.000 cykli zgodnie z FIFA Quality Programme for Football Turf (edycja 2015) dla trawy syntetycznej, który ma potwierdzać zachowanie parametrów sportowych takich jak: pochłanianie uderzeń, opór obrotowy, odkształcenie pionowe, zredukowane tocznie piłki dla poziomu Quality. Raport ma być wykonany przez niezależne laboratorium akredytowane przez FIFA.

lub

od 200.000 cykli Lisport do 299.999 cykli Lisport – 0 pkt od 300.000 cykli Lisport – 20 pkt

Oceniany w oparciu o Raport z badań testu Lisport dla włókna oferowanej trawy syntetycznej zgodnie z normą EN 15306 „Nawierzchnie do otwartych terenów sportowych – narażenie trawy na oddziaływania” potwierdzający, że włókno oferowanej trawy syntetycznej po min. 200.000 cykli nie wykazuje widocznych uszkodzeń. Raport ma być wykonany przez niezależne laboratorium akredytowane przez FIFA.

Najkorzystniejsza oferta w odniesieniu do kryterium „Ilość cykli wg. raportu z badań testu Lisport XL lub Lisport” otrzyma 20 punktów”.

Według SWZ możliwe było zatem dla oferowanej przez wykonawców trawy syntetycznej przedłożenie w ofercie jednego z dwóch wskazywanych Raportów. Pierwszego z Raportów, w którym badania wykonywane jest według podręcznika metod testowych FIFA Quality Programme for Football Turf (edycja 2015) lub drugiego, w którym badania wykonywane jest według normy EN 15306 „Nawierzchnie do otwartych terenów sportowych narażenie trawy na oddziaływania”. Oba badania uznawane są przez FIFA, i oba są zgodne z wymaganiami Zamawiającego.

Przystępujący – w zakresie spornym - przedłożył do oferty (w jej uzupełnieniu) Raport - Sprawozdanie Nr EN-K3688 z długoterminowego testu symulowanego użytkowania 300.000 cykli testu zużycia Lisport zgodnego z EN 15306. Przedmiotowy test został przeprowadzony przez Labor Lehmacher Schneider GmbH & Co.KG., które jest niezależnym laboratorium akredytowanym przez FIFA i akredytowanym do wykonywania testu Lisport zgodnie z normą EN 15306.

Zamawiający w istocie określając wymaganie dotyczące akredytacji, w odniesieniu do drugiego (alternatywnego) Raportu nie dookreślił, (co byłoby uzasadnione okolicznościami), jakiego konkretnie poziomu akredytacji FIFA w tym przypadku wymaga, albowiem w okolicznościach tej sprawy z uwagi na podstawę tego badania przy sporządzaniu Raportu, wystarczającym było wykazanie się akredytacją FIFA na jednym z poziomów. Tym samym należało zgodzić się z Zamawiającym i Przystępującym po jego stronie wykonawcą Gardenia, że SWZ nie określa minimalnego poziomu akredytacji, a jedynie konieczność posiadania samej akredytacji FIFA, i taka akredytacja co do zróżnicowanego poziomu jest także przez FIFA udzielana.

Zamawiający – tak jak wskazywał w powołaniu na orzecznictwo - nie może wywodzić negatywnych skutków prawnych dla ubiegającego się o udzielenie zamówienia wykonawcy w postaci odrzucenia jego oferty, jeżeli specyfikacja (SWZ) nie zawiera wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści ofert. Odrzucenie oferty a także wykluczenie wykonawcy skutkujące uznaniem takiej oferty za odrzuconą - może zatem nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność z treścią SWZ jest niewątpliwa. Podobnie dotyczy to oceny i punktacji według ustalonego w SWZ kryterium. Zamawiający nie zdefiniował w SWZ pojęcia „akredytacji FIFA”. Nie odwołał się do żadnych regulacji prawnych czy wewnętrznych FIFA, nie udzielił w tym zakresie żadnych wskazówek wykonawcom jak należy interpretować powyższy wymóg. Zamawiający nie skorzystał z możliwości dookreślenia wymagania „akredytacji FIFA”, ani poprzez przytoczenie ani poprzez powołanie się na konkretne przepisy FIFA. Tym samym przy braku zdefiniowania, dookreślenia w SWZ spornego zapisu, należy mu nadać znaczenie, względniejsze dla wykonawcy w sytuacji gdy laboratorium wykonujące Raport z badania posiada – co jest faktem bezspornym - akredytację FIFA, a rozbieżność w ocenie potwierdzenia wymagania dotyczy poziomu akredytacji, co pozostaje bez wpływu na ocenę rękami wykonawcy. Na gruncie ustawy Pzp badanie i ocena ofert polega, co do zasady, na porównaniu konkretnego wymagania (kryterium) opisanego w SWZ z konkretnym elementem oferty.

W tym przypadku Zamawiający formułując wymagania SWZ, co do drugiego z Raportów, poprzestał na wymaganiu posiadania akredytacji FIFA przez laboratorium przeprowadzające testy, jednakże wskazanie, że Raport ma dotyczyć badania wykonywanego według normy EN 15306 „Nawierzchnie do otwartych terenów sportowych narażenie trawy na oddziaływania”, stanowić powinno dla wykonawców wskazówkę interpretacyjną, co do możliwego zakresu tej akredytacji w przypadku oceny tego dokumentu w kontekście tego spornego wymagania. Izba tym samym stwierdza, że nie wskazanie jednoznaczne w treści SWZ poziomu akredytacji FIFA, w sytuacji gdy ten Raport miał dotyczyć badania zgodności ze wskazaną normą EN 15306 – „z badań Lisport”, a nie „z badań testu Lisport XL z poziomu Quality”, nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty wykonawcy, a także przyznania wykonawcy Gardenia w kryterium „0” punktów.

Tym samym Izba za niezasadne uznała wskazane w odwołaniu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, oraz art.

239 Pzp, art. 275 pkt 1 Pzp, art. 252 Pzp, art. 240 ust 2 Pzp, art. 242 ust 1 pkt 1) Pzp i art. 247 Pzp podnoszonych z uwagi na wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Gardenia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). W myśl wskazanego § 5 pkt 2 lit. b) rozporządzenia: „Do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej „kosztami”, zalicza się: (...)

2) uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 3 i 4, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b i pkt 4, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: (...)

b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych, (...).

Z tego też względu, Izba nie uwzględniła kosztów postępowania odwoławczego w kwocie 6 765 zł wnioskowanej przez Zamawiającego tytułem: „Przygotowanie odpowiedzi na odwołanie oraz reprezentacja przed Krajową Izbą Odwoławczą (...) ograniczając te koszty do kwoty 3.600 zł tytułem wynagrodzenia i wydatków jednego pełnomocnika, jak stanowi wskazany przepis.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....