

WYROK

z dnia 14 lutego 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lutego 2021 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2022 r. przez wykonawcę: Ricco Polska-Sport Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Sońsk

przy udziale wykonawcy: K. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. P. GARDEN-SPORT SERVICE z siedzibą w Legionowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, a także utrudniający lub uniemożliwiający wręcz przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim zamawiający opisał parametr dla trawy syntetycznej - wysokość włókna, z powodu uwzględnienia zarzutu przez zamawiającego;

2. uwzględnia odwołanie w zakresie naruszenia art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Prawo

zamówień publicznych oraz art. 106 ust. 1 - 3 w zw. z art. 266 ustawy Prawo zamówień

publicznych i nakazuje zamawiającemu dokonania następujących modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji warunków zamówienia, w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia oraz wymagań w zakresie przedstawienia dokumentów dotyczących nawierzchni:

2.1. usunięcie parametru: ilość pęczków min. 9100/ m²;

2.2. dokonanie zmiany parametru grubości włókna poprzez określenie go w następujący sposób: grubość włókna min. 300 mikronów mierzone po średnicy włókna;

2.3. dokonanie zmiany parametru wyrywanie pęczka po starzeniu i określenie go w następujący sposób: wyrywanie pęczka po starzeniu min. 35N;

2.4. usunięcie wymogu: producent ofertujący sztuczną trawę musi być licencjonowany przez FIFA i wymieniony na oficjalnej stronie internetowej () FIFA jako „FIFA Licensees”;

2.5. dopuszczenie (obok Raportu z badań testu Lisport na min. 500.000 cykli dla włókna oferowanej trawy syntetycznej) również Raportu z badań testu Lisport XL na min. 6000 cykli dla włókna oferowanej trawy syntetycznej;

3. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania uznaje za niezasadne;

4. kosztami postępowania obciąża zamawiającego w części 5/8 i odwołującego w części

3/8; i:

4.1. 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, a także kwotę 7 199 zł 99 gr. (słownie: siedem tysięcy sto dziewięćdziesiąt dziewięć złotych dziewięćdziesiąt dziewięć groszy) stanowiącą kwotę wynagrodzenia pełnomocników odwołującego i zamawiającego;

4.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 8 500 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej kwotę 5/8 kosztów poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

4.3. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 1 350 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc trzysta pięćdziesiąt złotych zero groszy) tytułem zwrotu 3/8 kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 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.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 248/22

Uzasadnienie

Gmina Sońsk (dalej: „zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp” pn. Przebudowa boiska sportowego przy szkole w Gąsolinie; nr sprawy: IP.271.2.2022 (dalej: „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 stycznia 2022 r. pod numerem: 2022/BZP 00032757/02.

W dniu 31 stycznia 2022 r. wykonawca: Ricco Polska-Sport Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności opisu przedmiotu zamówienia oraz wymagań stawianych wykonawcy w zakresie dokumentów dotyczących

nawierzchni, zawartych w załączniku nr 11 do specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) - Dokumentacja projektowa (Projekt budowlano - architektoniczny; Projekt budowlano - wykonawczy Branża Architektoniczna; Opis techniczny projektu budowlano - wykonawczego branża architektoniczna, część TRAWA PIŁKARSKA pkt 1.6.1 i 1.6.2, strona 26-27 dokumentu) w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp, a tym samym także zaniechania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia oraz wymagań stawianych wykonawcy w zakresie dokumentów dotyczących nawierzchni, w sposób zgodny z ustawą Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz bez zachowania zasad proporcjonalności i przejrzystości, na skutek wprowadzenia przez zamawiającego parametrów zastosowanej nawierzchni a także wymagań odnoszących się do dokumentów dotyczących nawierzchni sztucznie zawyżonych lub nieadekwatnych do potrzeb zamawiającego, w tym również wzorowanych na konkretnych kartach produktów, wskazujących na produkty konkretnych wykonawców, a nadto nie odnoszących się do obowiązujących norm dla tego typu obiektów, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 1-2 ustawy Pzp i udzielenia zamówienia w sposób niezapewniający uzyskanie najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów a także w sposób niezapewniający najlepszej jakości robót

budowlanych, uzasadnionej charakterem przedmiotowego zamówienia;

2. art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, a także w sposób utrudniający lub uniemożliwiający wręcz przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji tj. poprzez wskazanie parametrów dotyczących nawierzchni i wymaganych dokumentów dotyczących nawierzchni sztucznie zawyżonych lub nieadekwatnych do potrzeb zamawiającego, a także określenie ich w sposób nieproporcjonalny do celu i wartości przedmiotu zamówienia, a także wzorowanych na konkretnych kartach produktów, wskazujących na produkty konkretnych wykonawców, a nadto nie odnoszących się do obowiązujących norm dla tego typu obiektów;

3. art. 106 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie wymogu przedstawienia dokumentów dotyczących nawierzchni nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia a nadto - naruszających zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ w załączniku nr 11

do SWZ - Dokumentacja projektowa (Projekt budowlano - architektoniczny; Projekt budowlano - wykonawczy Branża Architektoniczna; Opis techniczny projektu budowlano - wykonawczego branża architektoniczna, część TRAWA PIŁKARSKA pkt 1.6.1 i 1.6.2. strona nr 26 - 27 dokumentu) w następujący sposób:

1. zmianę parametru trawa syntetyczna - wysokość włókna min. 50 mm - max. 55 mm poprzez określenie go w następujący sposób: trawa syntetyczna - wysokość włókna min. 50 mm;
2. usunięcie parametru: ilość pęczków min. 9100/ m²;
3. zmianę parametru grubość włókna min. 440 mikronów mierzone po średnicy włókna poprzez określenie go w następujący sposób: grubość włókna min. 300 mikronów mierzone po średnicy włókna;
4. zmianę parametru dtex min. 18.000 g/m² poprzez określenie go w następujący sposób: dtex min. 13.000 g/m²;

5. zmianę parametru wyrywanie pęczka po starzeniu min. 55 N poprzez określenie go w następujący sposób: wyrywanie pęczka po starzeniu min. 35N;
6. zmianę parametru rodzaj włókna: monofilowe o szerokości min. 1,2 mm poprzez określenie go w następujący sposób: rodzaj włókna: monofilowe;
7. usunięcie wymogu: producent ofertujący sztuczną trawę musi być licencjonowany przez FIFA i wymieniony na oficjalnej stronie internetowej () FIFA jako „FIFA Licensees”;
8. dopuszczenie (obok badania na zgodność z normą EN 15330-1:2013) również deklaracji producenta na zgodność z normą PN:EN 15330-1;
9. dopuszczenie (obok Raportu z badań testu Lisport na min. 500 000 cykli dla włókna oferowanej trawy syntetycznej) również Raportu z badań testu Lisport XL na min. 6 000 cykli dla włókna oferowanej trawy syntetycznej;

a także zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Zamawiający, działając na podstawie art. 524 ustawy Pzp, poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił

wykonawca: K. P., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K. P. GARDEN-SPORT SERVICE z siedzibą w Legionowie (dalej „przystępujący”).

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego. Jak zaznaczył na posiedzeniu w dniu 10 lutego 2022 r. niniejsze stanowisko nie uwzględniało zmian wprowadzonych do treści SWZ, dokonanych w tym samym dniu i opublikowanych na stronie internetowej (Informacja nr 2 dot. zmiany treści SWZ).

Na posiedzeniu w dniu 10 lutego 2022 r. zamawiający oświadczył, że w związku z dokonanymi zmianami uwzględnił zarzut naruszenia art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp w zakresie, w jakim odwołujący podnosił, że poprzez określenie parametru dla trawy syntetycznej - wysokość włókna, zamawiający naruszył zasady dotyczące opisu przedmiotu zamówienia określone przepisami ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe Izba umorzyła postępowanie w tym zakresie, orzekając w pkt 1 sentencji.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania przesłaną przez zamawiającego do akt sprawy, po zapoznaniu się z odwołaniem, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określonej w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Odwołujący jest zainteresowany uczestnictwem w przedmiotowym postępowaniu. Postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ w zakresie opisu przedmiotu

zamówienia, oraz przedmiotowych środków dowodowych utrudniają jednak złożenie oferty odwołującemu odpowiadającej przepisom ustawy Pzp. Natomiast gdyby zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp i dokonał opisu przedmiotu zamówienia oraz przedmiotowych środków dowodowych w postępowaniu, w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp, wówczas odwołujący mógłby złożyć ofertę, która w wyniku oceny ofert mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Naruszenie wskazanych w niniejszym odwołaniu przepisów ustawy Pzp powoduje, że odwołujący może ponieść szkodę wynikającą z braku możliwości uzyskania zamówienia, co oznacza że narażony jest on na szkodę w postaci utraty zysku, który mógłby osiągnąć w wypadku wyboru jego oferty jako oferty najkorzystniejszej.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy.

Izba dopuściła i oceniła dowody wnioskowane przez odwołującego, zamawiającego i przystępującego załączone do odwołania i składane na rozprawie, za wyjątkiem złożonego przez przystępującego dowodu w postaci raportów z testów laboratoryjnych FIFA, gdyż te nie zostały przetłumaczone na język polski. W tym miejscu należy przypomnieć, że zgodnie z treścią art. 535 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania mogą przedstawiać dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, aż do zamknięcia rozprawy. Jednocześnie przepis art. 506 ust. 2 ustawy Pzp wprowadza zasadę, że wszystkie dokumenty w postępowaniu odwoławczym przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Tym samym dokumenty, które sporządzone zostały w języku angielskim, i nie zostały przez przystępującego przetłumaczone, nie mogą stanowić dowodu w niniejszej sprawie. Z tych powodów dowód ten należało oddalić.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania, zgodnie z opisem zamieszczonym w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ jest „Przebudowa boiska sportowego przy szkole w Gąsolinie”. Szczegółowy opis przedmiotowego zamówienia zawarty został w załączniku nr 11 do SWZ - dokumentacja projektowa (którą stanowi Projekt Budowlano - Architektoniczny). W części dotyczącej „Projekt budowlano - wykonawczy branża architektoniczna; Opis techniczny projektu budowlano - wykonawczego branża architektoniczna” - TRAWA PIŁKARSKA (strona nr 26 dokumentu) wskazano następujące minimalne parametry nawierzchni (pkt 1.6.1): (i) kolor: zielony; (ii) wykorzystanie: piłka nożna; (iii) trawa syntetyczna - wysokość włókna min. 50 mm - max. 55 mm; (iv) ilość pęczków min. 9100/m²; (v) ilość włókien min. 110.000/m²; (vi) waga całkowita min. 2900 g/m²; (vii) waga włókna min. 1800 g/m²; (viii) grubość włókna min. 440 mikronów mierzone po średnicy włókna; (ix) dtex min. 18.000; (x) wytrzymałość łączenia klejonego po starzeniu min. 75N/100 mm; (xi) wyrywanie pęczka po starzeniu min. 55N; (xii) przepuszczalność wody przez kompletny system min. 1500 mm/h; (xiii) przepuszczalność wody przez samą nawierzchnię min. 2700 mm/h; (xiv) rodzaj włókna: monofilowe o szerokości min. 1,2 mm; (xv) rodzaj trawy: polietylen, trawa tuftowana; (xvi) włókno wzmocnione rdzeniem zapewniającym stabilizację włókna; (xvii) wypełnienie: piasek kwarcowy i granulat EPDM czarny z recyklingu w ilości zgodnej z badaniem laboratoryjnym oferowanego systemu nawierzchni z trawy sztucznej.

Z kolei w pkt 1.6.2 ww. dokumentu (strona 27) wskazano na wymagane dokumenty dotyczące nawierzchni: (a) Raport z badań przeprowadzony przez specjalistyczne laboratorium (np. Labosport lub ISA-Sport lub Sports Labs Ltd), dotyczący oferowanej nawierzchni (trawa + wypełnienie EPDM), potwierdzający zgodność jej parametrów z FIFA Quality Concept for Football Turf (edycja 2015) dla poziomu Quality Pro i Quality oraz potwierdzający wszystkie minimalne parametry oferowanej trawy syntetycznej określone przez zamawiającego (dostępny na; (b) Producent ofertujący sztuczną trawę musi być licencjonowany przez FIFA i wymieniony na oficjalnej stronie internetowej (i) FIFA jako „FIFA Licenses”; (c) Badanie na zgodność z normą EN 15330-1:2013 dla oferowanej nawierzchni (trawa + wypełnienie EPDM) potwierdzający zgodność nawierzchni z normą oraz wymaganiami zamawiającego; (d) Karta techniczna oferowanej nawierzchni, poświadczona przez jej producenta; (e) Atest PZH lub równoważny dla oferowanej nawierzchni i wypełnienia; (f) Autoryzacja producenta trawy syntetycznej wystawiona dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta na tę nawierzchnię; (g) Raport z badań testu Lisport na min. 500.000 cykli dla włókna oferowanej trawy syntetycznej przeprowadzony przez niezależne i akredytowane laboratorium zgodnie z normą przez niezależne i akredytowane laboratorium zgodnie z normą EN 15306 „Nawierzchnie do otwartych terenów sportowych - narażenie trawy na oddziaływanie” potwierdzający, że nawierzchnia po min. 500.000 cykli nie wykazuje poważnych uszkodzeń.

Ponadto Izba ustaliła, że zamawiający dokonał zmian w treści SWZ, w tym w zakresie parametrów, które wskazywane były w treści złożonego odwołania. Pierwsza zmiana SWZ dokonana została 4 lutego 2022 r. i opublikowana na stronie internetowej jako „Informacja nr 1 dot. zmiany treści SWZ”. Następnie, zamawiający dokonał także zmiany SWZ w dniu 9 lutego 2022 r. i opublikował ją na stronie opisując jako „Informacja nr 2 dot. zmiany treści SWZ”.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba uznała, że w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie, mając na uwadze charakter sporu między stronami należy sformułować następujące uwagi natury ogólnej. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że dokonywany przez zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia opis przedmiotu zamówienia wpływa w sposób bezpośredni na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także jego wynik, oraz stanowi o istotnych postanowieniach późniejszej umowy. Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Regulacja ta służy realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji, a w konsekwencji między innymi zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonej w art. 16 ustawy Pzp. Przy czym należy zauważyć, że naruszenie zasady wynikającej z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp może mieć charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden, określony produkt lub rodzaj produktów).

Dodatkowo należy wskazać, że naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia, które powoduje, że wymagania zamawiającego spełni tylko jeden konkretny produkt lub wykonawca, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do poszanowania kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byłiby w stanie wykonać dane zamówienie.

Przypomnienia wymaga, że sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z najistotniejszych czynności zamawiającego, poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która determinuje cały jego przebieg i wywiera wpływ na jego wynik. Dlatego też zamawiający winien dokonać tej czynności z poszanowaniem wyrażonej w art. 16 ustawy Pzp zasady, nakładającej obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ustawodawca stanął jednoznacznie na stanowisku, iż zamawiający nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłby w wyżej wskazaną regułę. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bowiem na mniejszą liczbę złożonych w postępowaniu ofert oraz może powodować oferowanie przez wykonawców produktów nieporównywalnych. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 99 ust. 4 ustawy Pzp wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Z przepisu tego wynika bowiem zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji.

Z kolei zamawiający może skutecznie zakwestionować zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy Pzp jeśli wykaże, że opis przedmiotu zamówienia ma źródło w jego uzasadnionych potrzebach. Przy czym, w przypadku zamówienia, którego poszczególne części składowe opisane zostały za pomocą wielu parametrów, nawet brak spełniania jednego z nich może przynieść skutek w postaci niemożności złożenia oferty w ogóle, zatem niezbędne jest wykazanie, że potrzeby zamawiającego dotyczą wszystkich, kwestionowanych przez danego wykonawcę parametrów.

Należy też przypomnieć, że zgodnie z art. 106 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może żądać od wykonawcy innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 ustawy Pzp przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający opisuje wymagane, przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Z kolei zgodnie z ust. 2 i 3 ww. przepisu, zamawiający żąda przedmiotowych środków dowodowych proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i związanych z przedmiotem

zamówienia, a nadto żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria. Tym samym niedozwolone, w kontekście zachowania zasady proporcjonalności będzie czy to nadmierna szczegółowość potwierdzania wymagań w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia, czy też wymaganie przedstawiania nieadekwatnych do przedmiotu zamówienia dokumentów.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę rozpoznawanej sprawy nie sposób nie zauważyć, że kluczowym argumentem zamawiającego, który miał stanowić w jego ocenie uzasadnienie prawidłowości dokonanego przez niego opisu przedmiotu zamówienia była okoliczność, że jako gospodarz postępowania ma również prawo ustalania istotnych warunków zamówienia, jeśli te podyktowane są obiektywnymi potrzebami. Wskazywał, że z uwagi na duże obciążenie boiska i jego intensywne użytkowanie przez różne grupy wiekowe (w tym młodzież) wymagania w zakresie parametrów określonych dla tego obiektu muszą być nawet wyższe, niż w przypadku certyfikowanych obiektów spełniających wymogi FIFA. Z kolei obniżenie tych parametrów spowodowałoby to, że trwałość takiego obiektu byłaby wręcz znikoma, a wydatkowane na ten cel środki publiczne zostałyby zmarnowane.

Zamawiający jednak, oprócz tego, że podkreślał wielokrotnie, że oczekuje podwyższonej jakości wykonania, nie potrafił wskazać jak owe potrzeby zamawiającego przekładają się na konkretne wymagania, zawarte w opisie przedmiotu zamówienia. Pamiętać należy, że to nie gołosłowne twierdzenia o konieczności zachowania określonych standardów jakości, ale poszczególne parametry wynikające z opisu przedmiotu zamówienia muszą być uzasadnione, obiektywne i racjonalne. Tym samym to one każdorazowo wymagają analizy. Co więcej, nabycie przedmiotu zamówienia spełniającego te potrzeby, nie może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, utrudniania uczciwej konkurencji, w szczególności poprzez odbieranie możliwości ubiegania się o zamówienie pozostałym wykonawcom.

Istotnymi, a zarazem kluczowymi elementami dla oceny, czy nastąpiło utrudnienie uczciwej konkurencji, jest łączne spełnienie przesłanek w zakresie eliminacji konkurencji oraz braku uzasadnionej potrzeby zamawiającego. Tymczasem sam zamawiający przyznał na rozprawie, że pierwotnie sporządzony przez niego opis przedmiotu zamówienia powodował, że de facto żaden z produktów nie spełniłby jego wymagań w zakresie określonych parametrów, a w konsekwencji żaden z wykonawców zajmujących się taką działalnością - nie mógłby wziąć udziału w tym postępowaniu. Z kolei zmiana treści SWZ, dokonana w dniu 9 lutego 2022 r. spowodowała obniżenie tych wymagań w stosunku do pierwotnych, jednakże nie w takim zakresie, jaki był postulowany przez odwołującego.

Tym samym należało rozważyć, czy zamawiający, określając w treści SWZ poszczególne wymagania w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, jak też żądając dokumentów na potwierdzenie spełniania wymagań, które to miały warunkować oczekiwaną, ponadstandardową jakość przedmiotu zamówienia, nie zostały określone na poziomie nadmiernym, a w konsekwencji takim, który naruszał zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba poniżej odnie się do opisu poszczególnych wymagań, opisanych przez zamawiającego w SWZ w kontekście naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W zakresie wymagania dotyczącego ilości pęczków na poziomie minimum $9100/m^2$, którego usunięcie postulował odwołujący - Izba uznała, że zarzut ten zasługuje na uwzględnienie.

Izba podzieliła w tym zakresie ocenę odwołującego, że wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia takiego parametru, który odnosi się nie do jakości samego produktu, ale wskazuje raczej na metodę jego produkcji - jest nieuprawnione.

Jak wyjaśniał odwołujący, sam parametr liczby pęczków nie ma znaczenia dla użytkownika końcowego, gdyż znaczenie ma gęstość nawierzchni, a na tą z kolei wpływ ma ilość włókien a nie ilość pęczków. Z kolei parametr ilości włókien został przez zamawiającego określony, niezależnie od wymagania w zakresie ilości pęczków (min.

110 000/m²).

Zamawiający z kolei, odnosząc się do argumentacji odwołującego, nie wskazał z czego wynikają jego oczekiwania w zakresie określenia tego parametru. Nie odniósł się również do zarzutów dotyczących tego, że określenie obu parametrów (liczby pęczków i liczby włókien) sprawia, że zamawiający promuje konkretny produkt, który jest wyprodukowany konkretną metodą.

Izba podzieliła zatem ocenę odwołującego, że określenie tego parametru należy uznać za nadmierne i nie uzasadnione potrzebami zamawiającego. Jeśli bowiem różni producenci nawierzchni ze sztucznej trawy stosują w tym zakresie różne metody produkcji tj. w jednym pęczku zawarte są różne ilości włókien, z kolei parametrem istotnym z punktu użytkownika jest jego jakość, a nie to aby trawa była wyprodukowana według jednej, określonej metody - postulowane przez odwołującego zmiany treści SWZ w tym zakresie należało uznać za uzasadnione.

Tym samym uznać należało, że w odniesieniu do tego parametru zamawiający nie sprostował obowiązowi wykazania, że parametr ten ma istotny wpływ z punktu widzenia oczekiwanego poziomu jakości. Nie odniósł się również do twierdzenia, że ustalenie tego parametru wpływa na krąg potencjalnych wykonawców, gdyż odnosi się do metody produkcji. W konsekwencji Izba nakazała wykreślenie tego parametru z opisu przedmiotu zamówienia.

Za zasadne Izba uznała również żądania odwołującego w zakresie dotyczącym zmiany parametru grubości włókna i określenie go na poziomie min. 300 mikronów mierzone po średnicy włókna.

W tym zakresie Izba stwierdziła, że zamawiający nie wykazał, że ustalenie tej grubości na poziomie 400 mikronów (zmiana SWZ dokonana 9 lutego 2022 r., obniżająca wymagania w zakresie tego parametru z 440 do 400 mikronów) jest adekwatne do potrzeb zamawiającego, w szczególności do rodzaju obiektu, który będzie realizowany. Jedyna argumentacja zamawiającego w tym zakresie sprowadzała się do powoływania się na bliżej niesprecyzowane standardy i technologie, które są aktualnie powszechne.

Izba nie kwestionuje, że parametr ten ma bezpośredni wpływ na jakość nawierzchni, żywotność i wytrzymałość podłoża. Zamawiający jednak, precyzując ten parametr na określonym poziomie, musi potrafić uzasadnić z jakich powodów uznał, że tylko taki zapewni mu oczekiwany standard użytkowania. Warte zauważenia jest, że zamawiający w treści SWZ, w jej pierwotnym brzmieniu, wskazał na minimalną grubość włókna - 440 mikronów, następnie swoje wymagania w tym zakresie zweryfikował. W tym zakresie, co sam przyznał, nie oparł się jednak na określonych badaniach czy opracowaniach, lecz dokonał analizy rynku i produktów, które są na nim dostępne i tym była podyktowana zmiana w tym zakresie.

Dodatkowo w treści odpowiedzi na odwołanie sprecyzował, że parametr grubości włókna ma wpływ na jakość nawierzchni. Włókna słabsze, o mniejszej grubości są bardziej podatne na „kładzenie się”, łamanie i zrywanie, a także mniej sprężyste, co z kolei wpływa na to, że trawa jest bardziej śliska i naraża użytkowników na kontuzje.

Z kolei odwołujący argumentował, że trawy o zbyt wysokim parametrze grubości włókna (min. 440 mikronów) są bardzo grube, sztywne i twarde, charakteryzują się nadmierną sztywnością i możliwością występowania poważnych otarć skóry i innych kontuzji u użytkowników boiska. Przedział grubości mikronów dla traw syntetycznych monofilowych (czyli dla traw, która jest wymagana w ramach niniejszego postępowania) waha się w granicach 200-300 mikronów i jest to najbardziej optymalna grubość dla tego rodzaju włókna. Najbardziej optymalna grubość włókna rekomendowana i uznana przez Instytut Techniki Budowlanej, wynosi natomiast 300 mikronów, na okoliczność czego odwołujący przedstawił dowód w postaci „Informacji z Instytutu Techniki Budowlanej w zakresie grubości włókna”.

Mając na uwadze, że zamawiający nie potrafił wskazać na jakiej podstawie określił powyższy parametr na poziomie 400 mikronów, nie wykazał również, że takie rozwiązania są obecnie powszechnie dostępne i stosowane - Izba uwzględniła żądania odwołującego w tym zakresie.

Odnosząc się z kolei do parametru dtex, który to zamawiający określił w SWZ na

poziomie min 18 000 g/m², a następnie zmodyfikował, obniżając go do poziomu min 16 500

g/m² - Izba doszła do przekonania, że zarzuty odwołującego w tym zakresie nie zasługują na uwzględnienie.

Izba dostrzegła wprawdzie, że także w odniesieniu do tego parametru zamawiający nie potrafił sprecyzować z jakich powodów obniżył go do poziomu 16 500 g/m² (zmiana SWZ z 9 lutego 2022 r.), podczas gdy pierwotnie określił go na min 18 000 g/m². Z kolei w piśmie procesowym - odpowiedzi na odwołanie twierdził, że utrzymanie go na poziomie min 18 000 g/m² ma istotne znaczenie dla jakości produkowanej nawierzchni.

W zakresie tego parametru jednak również odwołujący ani w treści odwołania, ani też na rozprawie nie podjął nawet próby wyjaśnienia z jakich powodów żąda obniżenia tego parametru do poziomu 13 000 g/m².

Wprawdzie w treści odwołania argumentował, że zazwyczaj parametr Dtex przy nawierzchniach (trawach) piłkarskich wynosi od 11 000 g/m² do 16 000 g/m², przy czym u producentów nie występują włókna z tak wysokim dtex, chyba, że w jednym pęczku zastosowane są dwa rodzaje włókien i wtedy np. jedno włókno ma parametr dtex 11 000, a drugie włókno to dtex 7 000. Wówczas mamy do czynienia z dwoma włóknami o parametrach 11 000 oraz 7 000, co daje łącznie wymagany przez zamawiającego poziom minimalnego detex. Skoro jednak zamawiający w treści SWZ nie dopuścił takiego rozwiązania - może to przy ocenie ofert budzić wątpliwości.

Odwołujący, co należy wnioskować z dowodu przedłożonego przez zamawiającego na rozprawie w postaci „Karty technicznej” dla produktu RICCOPROFI, zaoferowanego zamawiającemu przez odwołującego w postępowaniu ogłoszonym w roku 2018, posiada produkt spełniający wymagania dtex, łącznie na poziomie wymaganym przez zamawiającego w tym postępowaniu.

Jednakże z tego powodu, że odwołujący nie sformułował w tym zakresie alternatywnych żądań, Izba uznała, że to, jakie sformułował odwołujący w treści odwołania - nie może zyskać aprobaty. W tym kontekście Izba wskazuje, iż w przypadku odwołań na treść postanowień SWZ ramy postępowania odwoławczego określa nie tylko wskazanie konkretnych uchybień, ale też oczekiwań odwołującego. Skład orzekający podziela prezentowany szeroko w orzecznictwie KIO pogląd, iż w pewnych przypadkach Izba, uwzględniając zarzuty odwołania, których zakresem jest związana (art. 555 ustawy Pzp) i jednocześnie nie będąc związana żądaniami odwołania, może orzec inaczej aniżeli wnosił odwołujący. Tego typu sytuacje występują jednak najczęściej na etapie oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty, kiedy kształt zapadających rozstrzygnięć przeważnie wprost wynika z obowiązujących przepisów. Jeśli jednak mamy do czynienia z odwołaniem, w którym kwestionowane są określone zapisy SWZ, a w szczególności jeżeli zastrzeżenia dotyczą opisu przedmiotu zamówienia to dalsza kreacja ich treści, wykraczająca poza żądania opisane w treści odwołania, winna doznawać ograniczeń z tego powodu, że prowadziłoby to do sytuacji, że odwołanie byłoby tylko sygnalizowaniem zarzutów i żądań, które byłyby dopracowywane, czy konkretyzowane na dalszym etapie postępowania odwoławczego (por. m.in. wyrok KIO z dnia 19 maja 2017 r., sygn. akt KIO 903/17, wyrok KIO z dnia 18 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1174/15, wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 45/18). Izba nie może zatem orzekać w zakresie zmiany SWZ innej, niż jest to wprost wskazane w zarzutach i żądaniach odwołującego. Takie postępowanie stanowiłoby naruszenie zasady równości stron w postępowaniu odwoławczym, gdyż to Izba, a nie odwołujący kreowałaby treści zmian w SIWZ. To rolą Odwołującego jest, aby formułując swoje żądania wskazać, jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom.

Przypomnienia przy tym wymaga, że pełne przedstawienie zarzutów i żądań w odwołaniu ma znaczenie nie tylko dla zachowania ustawowego, zawitego terminu na jego wniesienie ale także - wobec obowiązku przekazania kopii odwołania zamawiającemu - służy zapewnieniu możliwości analizy jego zasadności i podjęcia na podstawie podniesionych zarzutów wraz z korespondującymi z nimi żądaniami, ewentualnej decyzji o jego uwzględnieniu w całości lub części. Ponadto podniesione żądania winny być na tyle precyzyjne, aby można było w wyroku, a w przypadku uznania ich zasadności, nakazać zamawiającemu dokonanie konkretnej a nie blankietowej zmiany treści SIWZ. Wyrok z sentencją blankietową pozostawałby w rzeczywistości nieegzekwowalny, a jego wykonanie przez zamawiającego byłoby niedookreślone, dowolne i ocenne (por. m.in. wyrok KIO z dnia 19 maja 2017 r., sygn. akt KIO 903/17, wyrok KIO z 11 maja 2016 r., sygn. akt KIO 624/16).

Należało również podzielić zastrzeżenia odwołującego w zakresie, w jakim podnosił opisane parametry wyrywanie pęczka po starzeniu na poziomie min. 55 N w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję w tym postępowaniu.

Zamawiający również w odniesieniu do tego wymagania, po wniesieniu odwołania, dokonał modyfikacji SWZ obniżając wymagania w tym zakresie do poziomu min 52N (Informacja nr 2 dot. zmiany treści SWZ z 9 lutego 2022 r.), jednakże nie przychylił się do żądania odwołującego do obniżenia tego parametru do poziomu 35N.

Żądanie takie Izba uznała za uzasadnione z tych przyczyn, że wymóg co do tego parametru został znacząco zawyżony w stosunku nawet do standardów FIFA, do których zamawiający odwołuje się jako zapewniających minimalny poziom jakości. Jak wykazał odwołujący za pomocą dowodów załączonych do odwołania (e-mail z laboratorium FIFA dot.

siły wyciągania kępki z 2017 r.; wymagania zawarte w podręczniku FIFA - obowiązujący od października 2015 r.) FIFA ustaliła wartość tego parametru na poziomie nie niższym niż 30N. Ze złożonych dowodów wynika, że taki poziom spełnia wymagania FIFA dla poziomu FIFA Quality Pro. Wprawdzie jak zauważył zamawiający z podręcznika FIFA (str. 12) wynika, że minimalny parametr wyrywania pęczka po starzeniu wynosi nie mniej niż 40N, a zatem poziom ten jest wyższy niż wskazują wyżej opisane dowody, to jednak nie przedstawił żadnej szerszej argumentacji, która pozwalałaby zgodzić się z decyzją zamawiającego, ustalającą ten parametr na tak wygórowanym poziomie. Za gołosłowne należy uznać tezy zamawiającego, że podręcznik FIFA określa minimalne parametry jakie spełniać musi nawierzchnia, aby nadawała się do użytkowania, stąd każdy parametr ustalony na poziomie wyższym, ma za zadanie polepszenie właściwości wytrzymałościowych oraz użytkowanych nawierzchni.

W tym miejscu należy także zwrócić uwagę, że obiekt będący przedmiotem zamówienia, nie jest i nie będzie obiektem certyfikowanym. Z opisu zawartego w projekcie budowlano - architektonicznym (str. 24) boisko ma charakter obiektu sportowego, ogólnodostępnego, przeznaczonego dla młodzieży szkolnej. Na takie jego przeznaczenie wskazuje także zamawiający.

Również z treści normy obowiązującej dla traw syntetycznych PN-EN 15330-1 (dowód załączony przez odwołującego do odwołania) wynika, że parametr ten ustalono na poziomie min. 35 N.

Tym samym należało zgodzić się z odwołującym, że zamawiający w sposób niezasadny, albowiem nie oparty na racjonalnych przesłankach czy wyliczeniach, określił parametr siły wyrywania pęczka na min. 52N. Z kolei postulowany przez odwołującego

znajduje oparcie w polskich normach oraz znajduje odzwierciedlenie w wymaganiach FIFA, które w tym przypadku i tak należałoby uznać za wygórowane.

Z powyższych powodów Izba nakazała dokonanie zmiany opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie i obniżenie tego parametru do poziomu postulowanego przez odwołującego, zgodnie z żądaniem.

W zakresie w jakim odwołujący domagał się dokonania zmiany opisu przedmiotu zamówienia i usunięcia parametru odnoszącego się do szerokości włókna na poziomie 1,2 mm - Izba uznała ten zarzut za niepotwierdzony.

Odwołujący, oprócz twierdzenia, że włókno może mieć różny kształt - w związku z tym, szerokość włókna nie musi koniecznie odpowiadać realnej grubości włókna (czyli parametrowi mającemu znaczenie dla zastosowanej nawierzchni), a nadto - zastosowanie tego parametru nie będzie oddawało rzeczywistych właściwości danego produktu, nie przedstawił żadnej argumentacji z której wynikałoby w jaki sposób wprowadzenie tego parametru do SWZ miałoby uniemożliwić, czy nawet utrudnić uczciwą konkurencję w tym postępowaniu. Z tych powodów żądanie dotyczące modyfikacji tego wymagania - należało uznać za nieuzasadnione.

Izba nakazała również zmianę SWZ w zakresie, w jakim zamawiający wymagał, aby producent ofertujący sztuczną trawę posiadał licencję FIFA i był wymieniony na oficjalnej stronie internetowej () FIFA jako „FIFA Licensees” uznając, że wymóg w tym zakresie należy uznać za nadmierny, utrudniający uczciwą konkurencję i nie znajdujący oparcia w przedmiocie zamówienia.

Rozstrzygająca, w przedmiocie oceny tego zarzutu była okoliczność, że przedmiotem zamówienia jest przebudowa boiska o powierzchni ok. 2 500 m², które będzie użytkowane głównie przez młodzież szkolną. Nawet, jeżeli jak twierdzi zamawiający, jest to jedyny taki obiekt w okolicy, a w konsekwencji jego wykorzystanie a zatem i obciążenie będzie bardzo wysokie, to pomimo tego z pewnością nie jest obiektem, które będzie podlegało certyfikacji.

Ponadto, wymagana przez zamawiającego przynależność do FIFA („FIFA Licensees”) nie jest powiązana z samym produktem, i nie przekłada się bezpośrednio na jego jakość i trwałość. Posiadanie ww. statusu nie potwierdza ani cech jakościowych nawierzchni, ani też nie jest gwarancją, że przy produkcji dochowano określonych standardów, będących gwarancją trwałości produktu. Przynależność do organizacji nie wpływa też na standard wykonania prac, jako całości. Dokument ten w konsekwencji nie jest tym, który może być żądany na potwierdzenie, że oferowane roboty budowlane/dostawy spełniają wymagania wskazane w SWZ.

Uzyskanie powyższego statusu wiąże się jedynie z przynależnością do określonej organizacji o charakterze pozarządowym, która to przynależność ma charakter nieobowiązkowy. Wprowadzenie tego wymagania zatem w istocie ogranicza, w sposób nieuzasadniony sposób krąg potencjalnych wykonawców do kilku wybranych podmiotów (członków tej organizacji).

Status FIFA Preferred Providers lub FIFA Licensees (wymagany w niniejszym postępowaniu), jak wykazał odwołujący za pomocą dowodu w postaci wydruku ze strony internetowej FIFA zawierający spis podmiotów posiadających certyfikat FIFA PREFERRED PROVIDERS i FIFA LICENSEES, posiada określona liczba podmiotów, których siedziba znajduje się na całym świecie. Jeśli nawet mają one, jak twierdzi zamawiający, swoje przedstawicielstwa w Polsce, to i tak dostęp do produktów tych podmiotów jest ograniczony.

Ponadto, jak trafnie wskazał odwołujący, przedmiotowy wymóg może mieć uzasadnienie w przypadku boisk pełnowymiarowych, gdyż to one podlegają certyfikacji (dowód odwołującego: podręcznik FIFA - Handbook of Requirements October 2015 Edition (str. nr 2 akapit 2). Program licencjonowanych podmiotów został bowiem utworzony po to, aby odzwierciedlać parametry gry na trawie naturalnej oraz żeby dokonywać certyfikacji boisk do programu FIFA Quality.

Zamawiający żąda więc od wykonawców dokumentów, które nie są w jakikolwiek sposób związane z przedmiotem niniejszego zamówienia, a zatem działanie takie należało uznać za nieuzasadnione, a jednocześnie poprzez ograniczony krąg podmiotów oferujących te produkty - wymóg taki za utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu. Sam zamawiający przyznał w odpowiedzi na odwołanie, że nie jest zainteresowany wykonawcą, który jest jednocześnie producentem nawierzchni sportowych. Poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, jaki zawarto w SWZ, i żądając między innymi powyższych dokumentów ogranicza krąg potencjalnych oferentów do tych, którzy wykonają jedynie roboty budowlane, kupując gotowe nawierzchnie od podmiotów, które posiadają stosowną licencję. Takie działanie, w ocenie Izby, jest nieuprawnione, jako naruszające przepisy ustawy Pzp.

W zakresie, w jakim zamawiający wymagał przedstawienia przez wykonawcę badania na zgodność z normą EN 15330-1:2013 dla oferowanej nawierzchni (trawa + wypełnienie EPDM) potwierdzającego zgodność nawierzchni z normą oraz wymaganiami zamawiającego - Izba uznała ten wymóg za uzasadniony.

Zamawiający ma prawo oczekiwać, aby dostarczony mu produkt był zgodny z wymaganiami opisanymi w normie dla nawierzchni sztucznych. Stanowi to gwarancję zapewnienia odpowiedniej jakości produktu.

Z kolei żądanie odwołującego, polegające na dopuszczeniu, jako wymaganego dokumentu również deklaracji producenta na zgodność z normą PN:EN 15330-1 być może da możliwość ubiegania się o zamówienie większemu gronu potencjalnych wykonawców, ale też nie stanowi gwarancji, że produkt został wykonany zgodnie ze standardami. Tylko badanie stanowi właściwe potwierdzenie zgodności oferowanego produktu z normą oraz potwierdza parametry oferowanej nawierzchni.

Zgodzić się należy w tym przypadku z zamawiającym, że sama deklaracja jest dokumentem, który nie tyle potwierdza rzeczywiste dane danego produktu, ale stanowi jedynie oświadczenie producenta nawierzchni, że produkt o danej nazwie jest produkowany zgodnie z normą.

Izba uznała za zasadne żądanie odwołującego - dopuszczenia Raportu z badań testu

Lisport XL na min. 6000 cykli dla włókna oferowanej trawy syntetycznej.

Odwołujący postulował dopuszczenie, jako wymaganego dokumentu, również Raportu z badań testu Lisport XL na min. 6 000 cykli dla włókna oferowanej trawy syntetycznej, obok wymaganego przez zamawiającego Raportu z badań testu Lisport na min. 500 000 cykli dla włókna oferowanej trawy syntetycznej przeprowadzonego przez niezależne i akredytowane laboratorium zgodnie z normą EN 15306 „Nawierzchnie do otwartych terenów sportowych - narażenie trawy na oddziaływania” potwierdzający, że nawierzchnia po min. 500 000 cykli nie wykazuje poważnych uszkodzeń.

Izba wzięła w tym zakresie wyjaśnienia odwołującego, który wskazywał, że zgodnie z wymaganiami FIFA, wystarczające jest badanie na cykle przy maszynie Lisport na poziomie 100 000 cykli, a przy maszynie Lisport XL na poziomie 6 000 cykli. Tym samym wymaganie 500 000 cykli jest działaniem na wyrost i nieproporcjonalnym nawet w stosunku do wymagań FIFA. Wprowadzony nowy test, na nowej maszynie Lisport XL powoduje, że wykonywane badanie jest mocniejsze i wymaga mniejszej ilości cykli dla uzyskania takiego samego zużycia jak w metodzie wcześniejszej.

Na powyższe okoliczności odwołujący przedłożył dowód - wyciąg z podręcznika FIFA Handbook of Test Methods for Football Truf, edycja 2015 (okładka oraz strony 1-3, wraz z tłumaczeniem na język polski akapitu dotyczącego wymaganych badań dla poziomu FIFA Quality przy maszynie Lisport XL oraz dla poziomu FIFA QUALITY PRO, str. 3).

Z kolei zamawiający nie odniósł się szczegółowo ani do sformułowanego wymagania, ani też do kwestii, iż żądanie takiego raportu na jaki powołuje się zamawiający ma jedynie na celu ograniczenie konkurencji. Wyjaśnił jedynie, że jego uprawnieniem jest żądanie określonego dokumentu, potwierdzającego spełnienie określonego wymogu zużycia. Zamawiający nie odniósł się także do podnoszonej przez odwołującego kwestii, iż nie określił nawet w treści SWZ której edycji podręcznika FIFA i jaki Lisport ma być dostarczony, co dodatkowo czyni to wymaganie niejednoznacznym.

Orzekając zatem o dopuszczeniu tego dokumentu, jako równorzędnego do wymaganego przez zamawiającego, Izba wzięła w szczególności pod uwagę argumentację stron oraz dowody przez nie przedkładane uznając, że odwołujący wykazał, że żądanie przez zamawiającego tego jednego, określonego dokumentu może prowadzić do ograniczenia konkurencji w tym postępowaniu.

Należy też ponownie zwrócić uwagę, że obiekt będący przedmiotem zamówienia nie jest i nie będzie obiektem certyfikowanym, a więc będzie obiektem o kategorii niższej, stąd ustalanie wymagań dla nawierzchni na znacznie zawyżonym poziomie, albowiem znacznie wyższym niż wymaga FIFA, należy uznać za nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i mogące zaburzać zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe Izba nakazała w sentencji dokonanie zmiany postanowień SWZ w zakresie, w jakim uznała, że przedmiotowe zapisy naruszają przepisy art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp, czy też przepisy art. 106 ust. 1-3 ustawy Pzp.

Należy stwierdzić, że w przeważającej części zarzuty odwołującego potwierdziły się. Zamawiający, poprzez wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia parametrów na bardzo wysokim poziomie oraz w szczególności wymagań aby podmiot oferujący sztuczną trawę był licencjonowany przez FIFA, uniemożliwił w rezultacie złożenie oferty przez wykonawców, którzy potencjalnie zainteresowani realizacją zamówienia, mogą zaoferować

produkty o dobrej jakości, które będą odpowiednie do potrzeb zamawiającego. Skonkretyzowane, obiektywne potrzeby zamawiającego mogą wprawdzie usprawiedliwić utrudnienie uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia, ale nie może to prowadzić do sytuacji, gdy następuje to w celu preferowania określonego wykonawcy i naruszenia zasad konkurencji, ale w celu uzyskania produktu najbardziej odpowiadającego jego potrzebom. Zamawiający, w ocenie Izby, nie wykazał istnienia uzasadnionych potrzeb w zakresie, w jakim Izba orzekła o uwzględnieniu odwołania i nakazała zmianę zapisów SWZ.

Podkreślić także należy, że odwołujący uzasadniając zasadność stawianych zarzutów, wykazał się inicjatywą dowodową, omawiając poszczególne parametry opisane w SWZ oraz rolę i znaczenie żądanych w postępowaniu dokumentów. Zamawiający z kolei ograniczył się do złożenia karty technicznej odwołującego, dotyczącej produktu oferowanego przez niego w postępowaniu w roku 2018 r. próbując wykazać, że produkt odwołującego wymagania te spełnia. Jak trafnie zwrócił uwagę odwołujący dowód ten jest nieprzydatny do rozstrzygnięcia, gdyż dotyczy innego rodzaju nawierzchni niż ta, której dostawy zamawiający oczekuje.

Zamawiający wskazywał także, że na rynku działa wiele podmiotów, które są w stanie zaoferować produkt odpowiadający jego wymaganiom, jednak oprócz tego, że wymienił same nazwy tych podmiotów nie przedłożył żadnych dowodów, które potwierdzałyby jego tezy. Nie sposób dojść do takich wniosków również w oparciu o dowody składane przez przystępującego na rozprawie w postaci kart technicznych, albowiem wskazują one w sposób wybiórczy niektóre parametry oferowanych nawierzchni, nie wiadomo natomiast czy odpowiadają one w pełnym zakresie oczekiwaniom sprecyzowanym w SWZ.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący:.....