

**Sygn. akt: KIO 406/25**

**WYROK**

Warszawa, dnia 20.02.2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 3 lutego 2025 r. przez wykonawcę A.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą AK Sport A.G. z siedzibą w Okuniewie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Drohiczyn

uczestnik po stronie zamawiającego:

A.EVERSPORT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
3. Zasądza od odwołującego A.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą AK Sport A.G. z siedzibą w Okuniewie na rzecz zamawiającego Gmina Drohiczyn kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy).

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

**Sygn. akt: KIO 406/25**

**Uzasadnienie**

Gmina Drohiczyn, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest „Budowa boiska do piłki nożnej i bieżni rekreacyjnej przy Zespole Szkół w Drohiczynie” – dostawa sztucznej trawy wraz z montażem, numer postępowania: RG.271.2.2025.

Wartość zamówienia jest niższa niż kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2025/BZP 00072057.

W dniu 3 lutego 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy A.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą AK Sport A.G. z siedzibą w Okuniewie, dalej jako: „Odwołujący, wobec opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 16 pkt 1 i 2 prawa zamówień publicznych w związku z art. 99 ust. 2 prawa zamówień publicznych – poprzez przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz z naruszeniem zasady proporcjonalności wymagań od wykonawców w stosunku do potrzeb zamawiającego,
- 2.art. 99 ust. 4 prawa zamówień publicznych – poprzez opisanie zaskarżonych postanowień opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, podczas gdy nie znajduje to odzwierciedlenia w obiektywnie uzasadnionych potrzebach zamawiającego.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania poniższych zmian treści specyfikacji warunków zamówienia zawartej w rozdziale III pkt. 2 specyfikacji warunków zamówienia, w § 1 ust. 1 projektu umowy (załącznik nr 5 do SWZ) oraz w pkt 2.2. opisu przedmiotu

zamówienia (załącznik nr 8 do SWZ):

- a.usunięcie wymogu, by trawa syntetyczna (sztuczna) była tkana (zdanie wprowadzające i pkt 1. wymogów),
- b.zmniejszenie wymogu siły wyrywania pęczka w trawie z min. 70 N do min. 64 N (pkt 8. wymogów),
- c.zmniejszenie wymogu przepuszczalność wody w trawie z min. 6000 mm/h do min. 2000 mm/h (pkt 9. wymogów),
- d.usunięcie z wymogu dotyczącego rodzaju włókna (pkt 10.) treści: „W jednym pęczku minimum trzy różne rodzaje przekrojów poprzecznych włókien”,
- e.zmianę wymogu dotyczącego podkładu trawy (pkt 11.) z „PP/PE - 100 % poliolefinowy” na „PP/PE - 100 % poliolefinowy lub lateksowy”,
- f.usunięcie z wymogu (pkt 12.) „Nie dopuszcza się zastosowania w trawie warstwy lateksu z użyciem butadienu i poliuretanu”,

#### Stanowisko Odwołującego:

a. W zakresie żądania usunięcia wymogu, by trawa syntetyczna (sztuczna) była tkana Odwołujący wskazywał, że zamawiający nie ma żadnego uzasadnienia dla preferowania tego sposobu produkcji nad innymi. Trawa tkana nie ma żadnej przewagi nad trawą tuftowaną, która wyrażałaby się tylko w tym, że jest „tkana”.

Z punktu widzenia zamawiającego istotne powinny być wymagane cechy zamawianej nawierzchni, a nie w jaki sposób wykonawcy je osiągają. Zamawiający nie jest władny w sposób nieuzasadniony narzucać wykonawcom konkretną technologię produkcji (co do której producenci i tak nie mają możliwości zmiany).

Większość dostępnych na rynku sztucznych traw, produkowana jest metodą tuftowania. Ta metoda jest najbardziej sprawdzona i skuteczna, zweryfikowana na setkach boisk, które uzyskały najwyższy certyfikat FIFA. Zarówno trawa tuftowana jak i trawa tkana są w stanie spełnić wymagania FIFA Quality Concept for Football. Trawy tkane są rozwiązaniem bardzo specyficznym i oferowanym tylko przez nielicznych producentów.

Jeśli zamawiający preferuje trawę tkaną ze względu na jej subiektywnie postrzegane zalety, to niech odnosi się do tych właśnie cech, a nie przekreśla możliwość zaoferowania jakiegokolwiek trawy tuftowanej.

Powyższy wymóg nie ma żadnego uzasadnienia i jest jedynie wyrazem dążenia zamawiającego do ograniczenia konkurencji w postępowaniu, stąd zasadne jest żądanie jego usunięcia.

d. W zakresie żądania dotyczącego usunięcia wymogu dotyczącego rodzaju włókna (pkt 10.) o treści: „W jednym pęczku minimum trzy różne rodzaje przekrojów poprzecznych włókien”, Odwołujący wskazywał, że nie ma jakiegokolwiek punktu odniesienia, który określałby, że kształt włókna ma jakiegokolwiek znaczenie czy też wpływ na walory użytkowe bądź funkcjonalne przedmiotu zamówienia. Zarówno norma EN 15330-1:2013, jak i wymogi FIFA nie wprowadzają żadnych standardów odnośnie przekroju/kształtu włókna, ani tym bardziej w żaden sposób nie wyróżniają żadnego kształtu włókna. Parametr ten po prostu nie ma istotnego znaczenia praktycznego.

To od producenta zależy jaki kształt/ przekrój włókna zastosuje. Producenci stosują różne kształty włókna tj. S, C, V, caro, diament, soczewka, X, romb, itp.

Co interesujące zamawiający nie wymaga zresztą jakichkolwiek konkretnych kształtów/przekrojów włókien, wymaga jednak tego, by były to min. trzy różne przekroje, co tym bardziej podkreśla nieuzasadniony kształt wymogu.

f. W zakresie żądania usunięcia wymogu (pkt 12.) o treści „Nie dopuszcza się zastosowania w trawie warstwy lateksu z użyciem butadienu i poliuretanu” oraz wymogu dotyczącego podkładu trawy Odwołujący wskazywał, że Zamawiający ogranicza materiał podkładu trawy – ma to być podkład poliolefinowy – oraz nie dopuszcza stosowania w trawie lateksu z użyciem butadienu i poliuretanu.

Podkład poliolefinowy to podkład charakterystyczny dla traw tkanych. Trawy tuftowane produkowane są na podkładzie lateksowym lub poliuretanowym. Powyższe wymogi, więc ponownie odwołując się do istniejących różnic w produkcji trawy tkanej i tuftowanej z pominięciem jakiegokolwiek uzasadnienia w potrzebach zamawiającego.

Rodzaj zastosowanego podkładu nie ma wpływu na jakość nawierzchni, podkład poliolefinowy, poliuretanowy i lateksowy są rozwiązaniami równoważnymi. Podkład ma za zadanie zabezpieczyć włókna runa przed przemieszczeniem się. Wszystkie rodzaje podkładów spełniają ten cel.

Z uwagi na powyższe odwołujący oczekuje dopuszczenia lateksu jako podkładu trawy obok podkładu poliolefinowego oraz wykreślenia zastrzeżenia: „Nie dopuszcza się zastosowania w trawie warstwy lateksu z użyciem butadienu i poliuretanu”.

Zdaniem odwołującego punktem wyjścia dla zamawiającego przy określeniu specyfikacji technicznej nawierzchni z trawy syntetycznej nie były jego potrzeby, lecz raczej wybór konkretnego rozwiązania, który zamawiający chciałby zakupić. Zamawiający opisał wymogi co do nawierzchni boiska z trawy syntetycznej negatywnie wpływając na konkurencję pomiędzy wykonawcami tego rodzaju nawierzchni sportowych. Praktycznie rzecz biorąc przekreślił ją w imię możliwości dowolnego wyboru zamawianego sprzętu.

Odwołujący podkreślił również, że taki opis przedmiotu zamówienia nie ma oparcia w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego.

#### Stanowisko Zamawiającego:

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 lutego 2025 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości oraz przedstawił stosowną argumentację.

Wskazywał, że w jego ocenie Odwołujący w żaden sposób nie wykazał ani nie uprawdopodobnił w jakikolwiek sposób, że naruszenie zasady konkurencyjności oraz równego traktowania wykonawców miało miejsce w niniejszym postępowaniu. Nie wykazał, także w tym postępowaniu że potrzeby Zamawiającego nie są uzasadnione, a wręcz przeciwnie zarzuty oraz ich uzasadnienie opierają się jedynie na życzeniu wykonawcy co przedmiotu zamówienia, za który odpowiedzialny jest Zamawiający. W tym przypadku to wykonawca - w sposób wykraczający poza zasady ustawy Pzp - chce zdecydować za Zamawiającego co ma być przedmiotem tego zamówienia, z czym Zamawiający się nie zgadza.

Jak kontynuował Zamawiający, w niniejszym postępowaniu ze względu na ciągłe i intensywne użytkowanie boiska zarówno przez dzieci jak również przez kadrę trenerską (treningi profesjonalistów) Zamawiający zdecydował się na taki opis przedmiotu zamówienia (boiska), które poprzez swoje parametry, właściwości będzie trwałe oraz funkcjonalne a także odpowiadające jego potrzebom z uwagi na intensywne używanie, przeznaczenie podłoża nie tylko przez dzieci ale także przez profesjonalistów, odbywających dodatkowe treningi, czy też zajęcia pozalekcyjne. Dodatkowo Zamawiający musiał uwzględnić także warunki związane z położeniem, ukształtowaniem terenu oraz klimatem. Dlatego Zamawiający w taki sposób dokonał opisu tego przedmiotu zamówienia.

W zakresie żądania z litery a. Zamawiający wskazywał, że Odwołujący nie wykazał także, że trawy tkane tuftowane są równoważne w stosunku do produktów wskazanych i opisanych przez Zamawiającego. Z posiadanej przez Zamawiającego wiedzy wynika trawy tkane produkowane są na całkowicie innych maszynach niż trawy tuftowane, wykazują inne właściwości techniczne i są innymi produktami oraz wykazują inne właściwości użytkowe. Zgodnie ze stanem wiedzy Zamawiającego, jest kilka wiodących na rynku producentów sztucznej trawy wykonanej w technologii tkania, które to firmy mogą zaoferować nawierzchni do przedmiotowego postępowania. Biorąc pod uwagę uzasadnienie odwołującego i stwierdzenie, że jest tylko jeden producent, który mógłby zaoferować trawę tkaną wymaganą w przetargu można wysnuć wniosek, że Odwołujący nie ma pełnej wiedzy w tematyce budowy infrastruktury sportowej, w której działa, lub świadomie dąży do obniżenia parametrów jakościowych nawierzchni, doprowadzając tym samym do szybszej degradacji budowanego boiska.

W zakresie żądania z litery d. Zamawiający podkreślił, że w odpowiedzi na pytanie nr 3 z dnia 03.02.2025r Zamawiający wyjaśnił, że nie określa kształtu włókna. Jedynie wymaga zastosowanie trzech różnych przekrojów poprzecznych włókien.

W zapytaniu są wyszczególnione różne przekroje włókien występujące w sztucznych trawach, jak S, C, V, Caro, diament, soczewka, X, romb, itp. Przekroje i grubości w poszczególnych przekrojach mają znaczenie dla trwałości tych włókien. Jedne włókna rozpadają się (pękają) już po roku użytkowania, a inne są trwałe przez 10-15 lat. W przypadku zastosowania w trawie tylko jednego włókna, słabego włókna, cała nawierzchnia może stracić swoje właściwości po zaledwie kilku latach. Dlatego właśnie Zamawiający nie określa kształtu włókien, a jedynie wymaga zastosowania trzech różnych przekrojów poprzecznych włókien. Na rynku występuje wiele produktów traw tkanych, gdzie zastosowano trzy przekroje włókien lub więcej. Takie sztuczne trawy oferują ACT GLOBAL, Green Fields i Dywilan.

W zakresie żądania z litery f. Zamawiający wskazał, że Odwołujący załączył do odwołania „Plan Gospodarki Niskoemisyjnej dla gminy Drohiczyn”, oraz biuletyn hydrologiczny, które w ocenie odwołującego miałyby podważać zasadność opisanego podłoża. W ocenie Zamawiającego powyższe dowody, w tym Plan Gospodarki Niskoemisyjnej dla gminy Drohiczyn nie podważają w żaden sposób indywidualnych potrzeb Zamawiającego wynikających z konieczności intensywnej eksploatacji wymaganego podłoża. To wraz z ofertą wykonawca powinien wykazać, że oferowany produkt spełnia wymagania Zamawiającego a Zamawiający będzie miał pewność, że sztuczna trawa będzie nadawała się do recyklingu, a nie utylizacji. Wobec powyższego Zamawiający otrzymuje niniejszy wymóg.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:**

Izba stwierdziła istnienie materialnoprawnych przesłanek do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Izba nie stwierdziła istnienia podstaw do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę EVERSPOORT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 16.02.2025 r. do akt sprawy wpłynęło pismo Odwołującego obejmujące częściowe wycofanie odwołania, tj. w zakresie żądań oznaczonych w odwołaniu lit. b), c) oraz e). Odwołujący podtrzymał odwołanie w zakresie żądań oznaczonych lit. a), d) oraz f). Do rozpoznania na rozprawie skierowany został więc zakres podtrzymany. Z kolei w odniesieniu do zakresu wycofanego istnieją przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 1 ustawy PZP.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzone w sprawie materiały dowodowe, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść miała przesądzające znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy oraz na podstawie oświadczeń stron i uczestników.

Okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu postępowania w zakresie mającym znaczenie dla podniesionych zarzutów nie były pomiędzy stronami sporne. W ww. okoliczności faktyczne przedstawione przez strony znajdują ponadto potwierdzenie w dokumentacji postępowania. Mając na uwadze powyższe, skład orzekający Izby nie będzie w tym miejscu powtarzać okoliczności faktycznych dotyczących przebiegu postępowania, które nie były pomiędzy stronami sporne.

Dodatkowo należy wspomnieć, że strony oraz uczestnicy wnioskowali o przeprowadzenie następujących dowodów w trakcie rozprawy:

a) Zamawiający:

I. Zrzuty ekranu ze stron internetowych oraz informacja o produkcie – na okoliczność szerszego kręgu podmiotów zdolnych do realizacji zamówienia oraz tego, że Zamawiający nie zawęził tego kręgu. Zdaniem Izby dowód ten jest nieprzydatny do wydania rozstrzygnięcia. W pierwszej kolejności dokument wraz z tabelą pn. „Data sheet” nie został złożony z tłumaczeniem, wobec czego nie spełnia wymogów z art. 506 ust. 2 ustawy PZP. Z kolei pozostała część dowodu nie potwierdza okoliczności, na którą został on złożony. W szczególności zrzut ekranu ze strony internetowej LIMONTA nie potwierdza, że firma ta produkuje trawy tkane. Tak naprawdę oba dowody mogą jedynie potwierdzać okoliczność, jaką jest treść strony internetowej obu firm. Powszechnie wiadomym jest, że faktyczna oferta i zakres usług jest udostępniany klientom na zapytanie, a informacje na stronach internetowych mogą być niepełne. W związku z tym Izba uznała ww. dowód za niewiarygodny, a w części, w której złożony został bez tłumaczenia, pominęła go.

b) Odwołujący:

- I. Wykaz sporządzony przez Odwołującego wraz z kartami katalogowymi, porównanie parametrów 4 produktów istniejących na rynku na okoliczność tego, że nie spełniają wymogów Zamawiającego.
- II. Certyfikat dla trawy na Miejskim Stadionie Piłkarskim Raków oraz zrzut ekranu ze strony producenta Greenfields – na okoliczność tego, że nie jest on pokryty trawą tkaną.
- III. Atest higieniczny dla trawy, którą Odwołujący chciałby wykorzystać, na okoliczność możliwości recyklingu tej trawy oraz potwierdzenia jej zgodności z potrzebami zamawiającego dotyczącymi bezpieczeństwa jej użytkowania;
- IV. Korespondencja z producentem trawy Limonta oraz AVG, który został przez Zamawiającego wskazany jako producent trawy tkanej, na okoliczność tego, że producent ten takiej trawy nie produkuje lub nie posiada atestu PZH;
- V. Fragment z raportu testu laboratoryjnego dla modelu trawy oferowanej przez ACT Global Limited na okoliczność tego, że trawa ta jest tak naprawdę produkowana przez spółkę DYWILAN S.A.

Izba uznała złożone dowody za nieprzydatne do wydania rozstrzygnięcia. Dowody złożone przez Odwołującego w zasadzie potwierdzają jedynie to, że istnieją produkty niespełniające wymogów OPZ. Okoliczność ta, zdaniem Izby, jest faktem powszechnie znanym w zasadzie w odniesieniu do każdego postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie ma obowiązku opisanego przedmiotu zamówienia w taki sposób, by ofertę mógł złożyć każdy potencjalny producent wyrobów podobnego przeznaczenia. Kluczowe są w tym kontekście uzasadnione potrzeby zamawiającego.

Zamawiający ma prawo do ograniczenia konkurencji nawet do bardzo wąskiego grona wykonawców, o ile jest to uzasadnione jego potrzebami. Tym samym Odwołujący powinien raczej próbować wykazywać, że ograniczenie konkurencji w tym konkretnym przypadku nie ma oparcia w potrzebach zamawiającego, a nie że istnieją inne produkty na rynku, które nie spełniają wymagań opisanych w OPZ. Argumentacja odwołania w tym zakresie była jednak bardzo uboga, a tym samym złożone dowody Izba uznała za dotyczące okoliczności, które nie są istotne dla wydania rozstrzygnięcia (art. 531 ustawy PZP), a co za tym idzie, pominęła je.

c)Przystępujący:

I.Dowód z okazania próbek obu rodzajów trawy. Przystępujący nie wskazał szczegółowej okoliczności, na którą dowód ten miałby zostać przeprowadzony. W trakcie omawiania dwóch próbek zostały de facto omówione różnice pomiędzy nimi. Izba uznała ten dowód za dotyczący okoliczności, które nie są istotne dla wydania rozstrzygnięcia (art. 531 ustawy PZP), a co za tym idzie, pominęła je.

Jeśli chodzi o pozostałe dowody, tj. złożone przez strony wraz z pismami procesowymi, Izba przyjęła je w poczet materiału dowodowego. Wskazać jednak należy, że jeśli chodzi o zakres podtrzymany, tj. żądania z lit. a), d), f), ww. dowody nie były przydatne do wydania rozstrzygnięcia.

### **Uzasadnienie prawne:**

Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy PZP przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Zgodnie przyjmuje się na gruncie ww. przepisu, że dla wykazania jego naruszenia wystarczające jest uprawdopodobnienie możliwości wystąpienia zakłócenia uczciwej konkurencji, a nie jej udowodnienie. Już sama potencjalna możliwość wystąpienia sytuacji utrudnienia uczciwej konkurencji może uzasadniać stwierdzenie naruszenia ww. przepisu (tak np.: wyrok KIO z dnia 9 września 2021 r., KIO 2130/21, wyrok KIO z dnia 27 maja 2022 r., KIO 1262/22, wyrok KIO z dnia 14 lutego 2022 r., KIO 248/22). Pamiętać również należy, że oprócz samego ograniczenia konkurencji Odwołujący powinien również przedstawić argumenty dla potwierdzenia tezy, iż jest ono nieuzasadnione, tj. nie wynika z obiektywnych potrzeb Zamawiającego.

Aktualnym jest bowiem pogląd, na który uwagę zwracał Zamawiający, że jako podmiot dokonujący zakupów, jest on uprawniony do określenia swoich oczekiwań dotyczących przedmiotu zamówienia, jego cech i funkcjonalności. Każde z takich wymagań w większym lub mniejszym stopniu może ograniczać konkurencję, jednak tak długo, jak wymagania te są podyktowane obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a ich celem nie jest zawężenie kręgu wykonawców mogących je wykonać, to zamawiający jest uprawniony do ich sformułowania (tak: KIO w wyroku z dnia 6 września 2024 r., KIO 2918/24).

Wobec powyższego, w pierwszej kolejności przy ocenie postawionych zarzutów obowiązkiem Izby była ocena czy argumentacja i dowody przedstawione przez Odwołującego pozwalają stwierdzić, że uprawdopodobnił on stawiane tezy dotyczące ograniczenia przez Zamawiającego konkurencji w sposób sprzeczny z art. 99 ust. 4 ustawy PZP, tj. w sposób, który nie jest uzasadniony jego obiektywnymi potrzebami.

Zdaniem Izby, Odwołujący nie wykazał, że zakwestionowane wymagania ograniczają konkurencję w sposób obiektywnie nieuzasadniony. Samo twierdzenie o ograniczeniu dostępu do postępowania nie wystarcza – konieczne jest uprawdopodobnienie, że wymagania te prowadzą do uprzywilejowania określonych wykonawców lub wyeliminowania innych podmiotów z udziału w postępowaniu oraz to, że skutek taki nie wynika z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, a z samej chęci ograniczenia uczciwej konkurencji. Dopiero uprawdopodobnienie powyższego przenosi na Zamawiającego ciężar dowodu, że jest odwrotnie, tj. że OPZ wynika z jego uzasadnionych potrzeb.

Zdaniem Izby biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny, zebrane dowody oraz wypowiedzi stron, można wyprowadzić wniosek, że powodem kwestionowania przez Odwołującego zapisów OPZ w kształcie nadanym im przez Zamawiającego nie jest obiektywna niemożliwość złożenia przez niego oferty, a tym samym bezprawne ograniczenie konkurencji przez Zamawiającego, a wyłącznie względy ekonomiczne.

Bezsporną okolicznością jest fakt, że obecne postępowanie jest drugim już postępowaniem na tożsamy przedmiot zamówienia. Jak wynika z wypowiedzi stron wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia dla obu postępowań są identyczne. Najkorzystniejszą ofertę w poprzednio prowadzonym postępowaniu złożył Odwołujący. Do zrealizowania przedmiotu zamówienia jednak nie doszło, gdyż Zamawiający odstąpił od umowy z Odwołującym. Jak wskazywał

Zamawiający powodem odstąpienia było to, że Odwołujący próbował zrealizować zamówienie przy użyciu innej murawy niż została przez niego zaoferowana.

Jak wskazał z kolei Odwołujący w nawiązaniu do poprzednio prowadzonego postępowania, wówczas niedostatecznie ubezpieczył on swój interes. Złożył on bowiem ofertę i chciał zrealizować przedmiot zamówienia przy użyciu murawy firmy DYWILAN, która spełnia wymogi Zamawiającego, jednak otrzymał on „zaporowe” warunki finansowe, co wykluczało realizację przedmiotu zamówienia przy użyciu tej murawy na warunkach wskazanych w ofercie. Wskutek tego uznał on, że nie ma do niej dostępu i dlatego skarży obecnie wymagania Zamawiającego żądając ich obniżenia.

Zdaniem Izby z powyższej wypowiedzi Odwołującego wynika nic innego, jak to, że mógłby on złożyć ofertę zgodną z wymogami Zamawiającego, tyle że cena ofertowa byłaby wyższa, a co za tym idzie, istniałoby ryzyko, że nie uzyska on zamówienia i stąd wniesione przez niego odwołanie. Świadczy to o tym, że Odwołujący de facto przyznał, iż mógłby zaoferować przedmiot zamówienia spełniający wymagania określone przez Zamawiającego, jednak nie zdecydował się na to z powodów ekonomicznych. Oznacza to, że opis przedmiotu zamówienia nie wyeliminował go z możliwości złożenia oferty w postępowaniu, a jedynie stworzył ryzyko, że oferta przez niego złożona nie zostanie uznana za najkorzystniejszą.

Biorąc powyższe pod uwagę nie ma mowy o naruszeniu przepisu art. 99 ust. 4 ustawy PZP skoro sam Odwołujący przyznał, że mógłby złożyć ofertę zgodną z oczekiwaniami Zamawiającego, tyle że niekorzystną dla niego w sensie ekonomicznym (zbyt drogą).

Niezależnie od powyższego, zdaniem Izby, Odwołujący nie uprawdopodobnił nawet ograniczenia przez Zamawiającego konkurencji, które byłoby niezgodne z treścią art. 99 ust. 4 ustawy PZP. Argumentacja odwołania jest bardzo ograniczona, a podkreślić należy, że Izba związana jest zarzutami odwołania (art. 555 ustawy PZP). Tym samym uwzględnienie odwołania mogłoby mieć miejsce tylko i wyłącznie w związku z okolicznościami podniesionymi przez Odwołującego już w środку ochrony prawnej, a nie np. dopiero na rozprawie. Kluczowa jest treść odwołania, gdyż to ona wyznacza zakres rozpoznania (na obowiązek rozstrzygnięcia tylko i wyłącznie w granicach postawionych zarzutów zwrócił uwagę SO w Warszawie – Sąd Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 09.05.2024 r., XXIII Zs 16/24).

Wobec powyższego Izba uznała, że Odwołujący nie uprawdopodobnił naruszenia art. 99 ust. 4 PZP. Nie zostało uprawdopodobnione by wymogi Zamawiającego były nieuzasadnione w świetle jego potrzeb. Fakt, że Odwołujący mógł dostosować się do warunków przetargu, lecz nie uczynił tego ze względów ekonomicznych, nie świadczy o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji. Wobec powyższego odwołanie należało oddalić.

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 ustawy PZP i art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepis § 9 ust. 2 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 od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....