Sygn. akt:KIO 3671/25

WYROK

Warszawa, dnia 9 października 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Mateusz Paczkowski

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2025 r. przez wykonawcę BRAT-BUD Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Suś Lesławw postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Radomsko

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy FIBA BUDOWNICTWO Sp. z o.o. z siedzibą w Ładzicach

orzeka:

1. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutów nr 1-6,
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę BRAT-BUD Przedsiębiorstwo Usługowo- Handlowe Suś Lesław i:
   1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawcę BRAT-BUD Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Suś Lesław kwoty: 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania, 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz 163 zł 90 gr (sto sześćdziesiąt trzy złote dziewięćdziesiąt groszy) tytułem kosztów dojazdu, a także poniesioną przez zamawiającego Gminę Radomsko kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
   2) zasądza od wykonawcy BRAT-BUD Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Suś Lesław na rzecz zamawiającego Gminy Radomsko kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 3671/25

UZASADNIENIE

Gmina Radomsko (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Przebudowa obiektów sportowo rekreacyjnych w Gminie Radomsko - Strzałków” (znak postępowania: KZP.271.38.2025). Wartość szacunkowa zamówienia jest poniżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 czerwca 2025 r. pod numerem 2025/BZP 00287715/01.

W dniu 31 sierpnia 2025 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca BRAT-BUD Przedsiębiorstwo Usługowo- Handlowe Suś Lesław (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegających na: wyborze oferty FIBA BUDOWNICTWO Sp. z o.o. oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, a także od zaniechania wykluczenia FIB BUDOWNICTWO Sp. z o.o. oraz zaniechania wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt. 1) i 3) ustawy Pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia (kwestionowane parametry i wymagania przedstawione w uzasadnieniu odwołania),
2. art. 99 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez sporządzenie SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający i ograniczający uczciwą konkurencję, poprzez taki dobór parametrów, które w sposób nieuprawniony umożliwiają ocenę oferty równoważnej złożonej przez Odwołującego jako niespełniającej wymogów równoważności i podlegającej z tego powodu odrzuceniu,
3. art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp poprzez sporządzenie specyfikacji warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający i ograniczający uczciwą konkurencję, która uniemożliwia złożenie Odwołującemu oferty, która nie podlegałaby odrzuceniu, co przy uwzględnieniu treści specyfikacji warunków zamówienia bez możliwości złożenia oferty równoważnej powoduje przy złożeniu oferty obejmującej nawierzchnię systemu

TETRAPUR ENZ II i TETRAPUR ENZ IVS nieuzasadnione i nieuprawnione odrzucenie oferty;
4. art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez opisanie parametrów granicznych w odniesieniu do nawierzchni typu natrysk i nawierzchni na boisko wielofunkcyjne w sposób zbieżny w skutkach z użyciem w opisie zamówienia nazwy własnej systemu nawierzchni CONIPUR firmy CONICA;
5. art. 99 ust. 2 oraz 4 ustawy Pzp poprzez sformułowanie wymogu posiadania odnośnie oferowanej nawierzchni dla boisk wielofunkcyjnych w technologii typu 2S aktualnego Certyfikatu FIBA potwierdzającego przydatność nawierzchni do gry w koszykówkę, co przy uwzględnieniu treści SWZ i dodatkowo parametrów technicznych powoduje brak możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie w celu uzyskania zamówienia z uwagi na fakt, iż tylko jeden producent może spełnić postawione wymagania;
6. art. 17 ust. 1 oraz 2 ustawy Pzp poprzez zastosowanie w postępowaniu parametrów granicznych nie zapewniających najlepszej jakości, uzasadnionej charakterem zamówienia i nie prowadzących do uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów;
7. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp przez błędne uznanie, że treść oferty Odwołującego treść jest niezgodna z warunkami zamówienia i nie spełnia warunków równoważności;
8. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w związku z art. 108 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 85 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy FIBA BUDOWNICTWO Sp. z o.o., pomimo i pracownik Wykonawcy doradzał lub był zaangażowany w przygotowanie Postępowania sporządzając Projekt Techniczny oraz Projekt Wykonawczy zawierający opis przedmiotu zamówienia uwzględniający kwestionowane w niniejszym odwołaniu parametry techniczne, czym spowodował zakłócenie konkurencji, a którego nie można wyeliminować inny sposób niż poprzez wykluczenie tego Wykonawcy z udziału w postępowaniu.
Odwołujący wniósł o:
1.merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego odwołania,
2.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem oraz dokumentów załączonych do niniejszego odwołania: - Polska Norma PN-EN 14877-2014 Nawierzchnie syntetyczne niekrytych terenów sportowych; - Charakterystyka nawierzchni CONIPUR 2S firmy Conica; - Raport z badania nawierzchni CONIPUR 2s w odniesieniu do normy PN-EN 14877-2014 (wersja polska i angielska) - Raport z badania nawierzchni CONIPUR 2s w odniesieniu do Specyfikacji Wymogów IAAF (wersja polska angielska);
a także o:
3.unieważnienie wyboru oferty FIBA BUDOWNICTWO Sp. z o.o.,
4.unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego,
5.dokonanie ponownego badania i oceny oferty Odwołującego,
6.wyboru oferty Odwołującego.
Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia a jednocześnie w wyniku naruszenia przepisów Ustawy może ponieść szkodę, albowiem utracił realną możliwość realizacji zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący może ponieść szkodę bowiem gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp to jest prawidłowo opisał przedmiot zamówienia oraz zastosował prawidłowe kryteria dla warunków równoważności, w szczególności w zakresie parametrów granicznych i pozostałych kwestionowanych odwołaniem wymagań, przy zastosowaniu systemu nawierzchni produkcji BGS i umożliwieniu realnego konkurowania, oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą. Poprzez wskazane powyżej czynności, Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia a także możliwości uzyskania przychodów. Zamawiający doprowadził bowiem do sytuacji, w której równoważna oferta Odwołującego, która ma szanse konkurować z systemem CONICA jest oceniona jako niespełaniająca wymagań technicznych, pomimo pełnej równoważności parametrów tak jakościowych jak i technicznych. Oferta Odwołującego, w wyniku ponownego badania i oceny ofert, zostanie wybrana jako oferta najkorzystniejsza.
Wpis od odwołania w kwocie 10 000,00 złotych został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.
Zamawiający pismem z dnia 30 września 2025 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:
1) w zakresie zarzutów od 1 do 6 o odrzucenie odwołania jako spóźnione, bowiem są to zarzuty, które mogły być zgłoszone w terminie 5 dni od zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej;
2) w zakresie zarzutów od 7 do 8 o oddalenie odwołania, z uwagi na sformułowanie w nich bezzasadnych twierdzeń co do prawidłowych i zgodnych z prawem czynności Zamawiającego.
Przy piśmie z dnia 2 września 2025 r. stanowiącym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie

Zamawiającego wykonawca FIBA BUDOWNICTWO Sp. z o.o. z siedzibą w Ładzicach wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawierało braków formalnych.

Izba stwierdziła też, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości.

Jednakże Izba uznała, że odwołanie w zakresie zarzutów nr 1-6 podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Zarzuty nr 1-6 są w ocenie Izby ewidentnie wymierzone w ustaloną przez Zamawiającego treść dokumentacji postępowania – literalnie kwestionują opis przedmiotu zamówienia co do wymaganych parametrów. Jak jednak Izba ustaliła na wstępie, ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 czerwca 2025 r. pod numerem 2025/BZP 00287715/01. Natomiast zmiana treści SWZ, do której odnosiła się też treść odwołania, nastąpiła w dniu 4 lipca 2025 r. Stąd też, przedstawianie zarzutów w odwołaniu wnoszonym w dniu 31 sierpnia 2025 r. niewątpliwie uchybia zawitemu terminowi na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 515 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp. Dlatego też zarzuty odnoszące się do postanowień SWZ Izba uznała za spóźnione.Treść opisu przedmiotu zamówienia była znana wykonawcom od dnia udostępnienia tego dokumentu (czy też ewentualnych jego zmian). To, że Odwołujący przy wnoszeniu odwołania na wybór oferty najkorzystniejszej i odrzucenie swojej oferty czyni też zarzuty wobec treści SWZ nie może w żadnym stopniu powodować, że termin na kwestionowanie opisu przedmiotu zamówienia zostanie przywrócony. Mając powyższe na względzie, Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania w części na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca FIBA BUDOWNICTWO Sp. z o.o. z siedzibą w Ładzicach. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia ani opozycji przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego przez wykonawcę FIBA BUDOWNICTWO Sp. z o.o. z siedzibą w Ładzicach po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz załączone do odwołania.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że w rozpoznawanym merytorycznie zakresie, tj. w zakresie zarzutów nr 7 i nr 8, odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

Zarzut nr 7

W ramach zarzutu nr 8 Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp przez błędne uznanie, że treść oferty Odwołującego treść jest niezgodna z warunkami zamówienia i nie spełnia warunków równoważności.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżel jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, co Zamawiający uzasadniał tym, że: „Wykonawca złożył ofertę równoważną, która nie spełnia dopuszczonych przez Zamawiającego warunków równoważności, gdyż zaproponowane rozwiązania nie spełniają wymagań technicznych określonych w dokumentacji przetargowej. Przedstawiona oferta choć spełnia normy techniczne, to nie odpowiada wszystkim wymaganiom równoważności dla nawierzchni poliuretanowej typu natrysk i nawierzchni poliuretanowej typu 2S jakie postawił Zamawiający. Prawem Zamawiającego jest określenie wymagań, które w tym przypadku Zamawiający określił jako pochodzące ze środkowego przedziału wymagań normowych, uznając je za najbardziej optymalne dla spełnienia jego oczekiwań, nie zaś przyjęcia tego co akurat chce zaoferować w ramach wykonawstwa potencjalny Wykonawca”.

Analiza treści uzasadnienia odwołania prowadzi w ocenie Izby do wniosku, iż zasadności zarzutu Odwołujący upatrywał w tym, że gdyby Zamawiający inaczej sformułował poszczególne wymogi i parametry opisu przedmiotu zamówienia, wówczas produkt Odwołującego byłby zgodny z warunkami zamówienia. Świadczą o tym podniesione zarzuty względem opisu przedmiotu zamówienia, wyżej uznane przez Izbę za spóźnione, wobec czego podlegające odrzuceniu. Z treści odwołania wynika bowiem, że zdaniem Odwołującego opis przedmiotu zamówienia został sporządzony w sposób ograniczający konkurencję wyrażający się choćby tym, że umożliwia „ocenę oferty równoważnej złożonej przez Odwołującego jako niespełniającej wymogów równoważności i podlegającej z tego powodu odrzuceniu” (wedle treści zarzutu nr 2), „uniemożliwia złożenie Odwołującemu oferty, która nie podlegałaby odrzuceniu” (wedle treści zarzutu nr 3), czy też, że „tylko jeden producent może spełnić postawione wymagania” (wedle treści zarzutu nr 5). Są to rzecz jasna

zarzuty spóźnione (jak i argumentacja poczyniona na ich poparcie), których zasadności Izba nie ocenia. Rację ma bowiem Zamawiający, wskazując w treści odpowiedzi na odwołanie, że „Treść SWZ od momentu publikacji stanowi źródło zasad, według których prowadzone jest postępowanie i obowiązuje w równym stopniu wszystkich jego uczestników. Zasady ustalone ostatecznym brzmieniem dokumentów zamówienia są obowiązujące na równi wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia. Innymi słowy, po terminie składania i otwarcia oferty nie ma możliwości wprowadzenia zmian do treści SWZ i obowiązuje ona w równym stopniu zarówno zamawiającego, jak i wykonawców".

Dlatego też jako argumentu na poparcie zarzutu nr 7, nie można przyjąć twierdzeń Odwołującego, że gdyby wymienione parametry przedmiotu zamówienia zostały opisane w jego ocenie zgodnie z normą PN-EN 14877:2014, wówczas produkt Odwołującego nie zostałby wyeliminowany. W sprawie nie było spornym, że oferta Odwołującego spełnia normy techniczne – tak wskazał sam Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego. Niemniej opis przedmiotu zamówienia w zakresie poszczególnych parametrów nie był tożsamy z zakresem wymaganym przez normę, co również nie było sporne w sprawie. Innymi słowy, zgodność z wymogami normy nie równa się zgodności z warunkami zamówienia. Sam Odwołujący przedstawiał w ujęciu tabelarycznym porównanie wymogów ww. normy z wymogami Zamawiającego oraz parametrami oferowanego produktu. Bezsprzecznie więc sam Odwołujący wskazywał w treści odwołania, że nie wszystkie parametry oferowanego przez niego produktu są zgodne z treścią SWZ. Chodzi tu choćby o parametr dla nawierzchni typu natrysk na bieżnię „Tłumienie energii (badanie w temp. 23C)", w którym Zamawiający wymagał wartości większej lub równej 38%, podczas gdy produkt oferowanej nawierzchni to 36% (za niewykazane i gołosłowne należy uznać twierdzenia Odwołującego, że „Po starzeniu oferowana nawierzchnia osiąga parametr 39%, a: „W każdym przypadku nawierzchnia wykonana na ET 30 mm będzie wykazywała wartość wyższą niż wynika to z badań laboratoryjnych"). Podobnie ma się z rzecz z parametrami dla nawierzchni dla boisk wielofunkcyjnych w technologii typu 2S. Tutaj również ww. parametr tłumienia energii na poziomie 35% (oferowany produkt) nie mieścił się w wymaganym przez Zamawiającego przedziale 38-41% (również niewykazane i gołosłowne pozostały twierdzenia Odwołującego, że „Po starzeniu oferowana nawierzchnia osiąga parametr 41%, a: „W każdym przypadku nawierzchnia wykonana na ET 30 mm będzie wykazywała wartość znacznie wyższą niż 38%"). Również parametr „Odkształcenie pionowe (mm) w temp. 23 stopnie" posiadany przez oferowaną przez Odwołującego nawierzchnię na poziomie 0,9 mm nie był zgodny z wymogiem Zamawiającego (1,3 mm – 1,8 mm), a za niewykazane i gołosłowne uznać trzeba twierdzenia Odwołującego, że „W każdym przypadku nawierzchnia wykonana na ET 30 mm będzie wykazywała wartość znacznie wyższą niż wynika to z badań laboratoryjnych". Poza tym w parametrze „Odporność na ścieranie" nawierzchnia oferowana przez Odwołującego prezentowała wartość 0,9 g przy wymaganej przez Zamawiającego wartości w przedziale 1,35 g – 1,40 g. Nadto w parametrze „Wytrzymałość na rozciąganie (MPa)" Odwołujący oferował produkt o parametrze 1,2 MPa podczas, gdy wymagany przez Zamawiającego przedział to 0,58 – 0,68 MPa. Również w parametrze „Wydłużenie przy (zerwaniu) (%)" Odwołujący oferował produkt o wartości 82%, a Zamawiający oczekiwał, aby wartość mieściła się w zakresie 55% - 65%, zaś twierdzenie Odwołującego, że „Wartość 82% wskazuje na większą czyli lepszą niż oczekuje tego zamawiający odporność nawierzchni na zerwanie" nie ma znaczenia, gdyż wartość nie odpowiada wymogowi. Izba zgadza się z Zamawiającym, że „nawet zaoferowanie przedmiotu zamówienia o lepszych właściwościach technicznych (…) nie oznacza automatycznie zgodności treści oferty z warunkami zamówienia". Finalnie, także w parametrze „Poślizg (powierzchnia sucha)" Odwołujący zaoferował nawierzchnię o parametrze 106 wykraczającym poza dopuszczalny przez Zamawiającego (89-100).

Stąd za pozostające w sprzeczności należy uznać stanowisko Odwołującego ze strony 14 odwołania, że oferta: „(…) spełnia wszystkie wymagania zarówno techniczne, jak i normatywne (…)", prezentując następnie zgodność niektórych parametrów wyłącznie z wymogami ww. normy, a nie referując nawet do zgodności z wymaganiami Zamawiającego. Również nie można zaakceptować jako wystarczającego argumentu dla uwzględnienia zarzutu subiektywnego twierdzenia, że oferta spełnia „(…) wymagania w zakresie kluczowych parametrów technicznych (…)". Istotnym jest, aby oferta spełniała wszystkie postawione wymagania przez Zamawiającego, co nie zostało wykazane w sprawie.

Przy tym warto też zauważyć, że takie tabele porównawcze jak w treści odwołania, załączył również Odwołującego do „pisma przewodniego do oferty równoważnej", złożonego wraz z ofertą. Dlatego też w odniesieniu do argumentacji Odwołującego czynionej na rozprawie (a więc nieznanej treści odwołania), nie można w żadnym stopniu wywodzić, że Odwołujący nie znał dostatecznie powodów odrzucenia swojej oferty, gdyż uzasadnienie odrzucenia oferty nie było wystarczająco opisane. Izba uznała, że Odwołujący już na etapie składania oferty był świadomy niezgodności niektórych parametrów oferowanych nawierzchni z wymogami postawionymi przez Zamawiającego, co dobitnie wynika z tabel „pisma przewodniego". Nie można też mówić w tym przypadku o jakiejkolwiek wieloznaczności, niejasności opisanych wymagań przez Zamawiającego, które prowadzić by mogły do przyjęcia jako zgodnych z warunkami zamówienia rozwiązań oferowanych przez Odwołującego wedle zasady „wszelkie wątpliwości na korzyść wykonawcy". Wymogi Zamawiającego zostały jasno wyartykułowane, Odwołujący miał prawo wnieść środek ochrony prawnej w postaci

odwołania w stosownym terminie wobec treści SWZ (por. art. 515 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp), czego nie uczynił, próbując na obecnym etapie kwestionować tę treść, co jak już wyżej podkreślono – było spóźnione.
Dla rozstrzygnięcia zarzutu nie miały znaczenia powoływane w treści de facto zbiorczego uzasadnienia dla zarzutów nr 1-7 (w tym zatem zarzutów odrzuconych) dowody w postaci raportów i karty specyfikacji technicznej. Dokumenty te dotyczą produktu oferowanego przez FIBA BUDOWNICTWO Sp. z o.o. i w żadnym stopniu nie mogły świadczyć o ewentualnej zgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia.
Z powyższych względów, w ocenie Izby, Zamawiający prawidłowo uznał, że oferta Odwołującego powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodna z warunkami zamówienia, stąd też zarzut nr 7 podlegał oddaleniu.
Zarzut nr 8
W ramach zarzutu nr 8 Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w związku z art. 108 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 85 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy FIBA BUDOWNICTWO Sp. z o.o., pomimo iż pracownik Wykonawcy doradzał lub był zaangażowany w przygotowanie Postępowania sporządzając Projekt Techniczny oraz Projekt Wykonawczy zawierający opis przedmiotu zamówienia uwzględniający kwestionowane w niniejszym odwołaniu parametry techniczne, czym spowodował zakłócenie konkurencji, a którego nie można wyeliminować inny sposób niż poprzez wykluczenie tego Wykonawcy z udziału w postępowaniu.
W ocenie Odwołującego, udział ww. osoby w przygotowaniu postępowania w sposób kluczowy spowodował zakłócenie konkurencji, którego nie można wyeliminować w inny sposób niż poprzez wykluczenie tego Wykonawcy z udziału w postępowaniu. Z przebiegu postępowania wynika bowiem, że tylko oferta jednego wykonawcy spełnia warunki techniczne i opisu przedmiotu zamówienia, a wykonawcą tym zgodnie z treścią zawiadomienia jest FIBA BUDOWNICTWO Sp. z o.o.
Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Jedną z obligatoryjnych przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania jest ta z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zgodnie z którą z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
Należy wskazać też, że zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2024 r. poz. 594), doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.
Bezspornym w sprawie było to, że p. J.D. sporządził Projekt Techniczny oraz Projekt Wykonawczy zawierający opis przedmiotu zamówienia oraz, że jest powiązany z wykonawcą FIBA BUDOWNICTWO Sp. z o.o. Należy jednak pamiętać, że ta okoliczność samoistnie nie może prowadzić do obowiązku wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Według art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z tego postępowania wyłącznie w przypadku, gdy spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w tym postępowaniu. Przed wykluczeniem wykonawcy zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Czynność wykluczenia stanowi więc najdalej idące rozwiązanie, które należy traktować jako ostateczność w razie niemożności wyeliminowania zakłócenia konkurencji w inny sposób.
Ustawodawca nie określił zamkniętego katalogu środków, jakie powinien podjąć zamawiający w celu zabezpieczenia przed zakłóceniem konkurencji. W przepisie podano minimalny katalog środków, które powinien zastosować zamawiający, wskazując, że po pierwsze winien wyrównać wiedzę wszystkich wykonawców poprzez przekazanie pozostałym wykonawcom istotnych informacji, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub innego podmiotu w przygotowanie postępowania. Po drugie – wobec tego, że informacje te mogą wpłynąć na pracochłonność przygotowania ofert, zamawiający powinien zapewnić, wykonawcom odpowiedni termin na złożenie ofert. Dodatkowym obowiązkiem zamawiającego w powyższym zakresie jest wskazanie w protokole postępowania

środków, jakie przedsięwziął w celu zapobieżenia zakłóceniu konkurencji. Zamawiający argumentował, że dołożył należytej staranności aby wyeliminować czynniki, które mogłyby mieć wpływ na zakłócenie konkurencji w postępowaniu poprzez przewidzenie terminu składania ofert dłuższego niż wymagany w art. 283 ustawy Pzp. Ponadto, Zamawiający udostępnił wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu przygotowaną dokumentację zawierającą Projekt Techniczny oraz Projekt Wykonawczy. Nie ulega też wątpliwości, że Zamawiający w protokole postępowania wskazał p. Jacka Dryja jako osobę mogącą wpłynąć na wynik postępowania.

Uwzględniając powyższe, Izba zgadza się przy tym ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie, że „W celu wykazania, że podjęte środki były niewystarczające Odwołujący powinien co najmniej uprawdopodobnić, że osoba sporządzająca w/w dokumentację była w posiadaniu informacji dodatkowych, powodujących że Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą uzyskał przewagę nad innymi wykonawcami w procesie składania oferty". Należy przy tym wskazać, za wyrokiem Izby z dnia 4 października 2021 r. (sygn. akt: KIO 2640/21), że „przygotowanie dokumentacji stanowiącej opis przedmiotu zamówienia zawsze będzie wiązało się ze znajomością po stronie tworzącej takie dokumenty pewnych założeń i przyjęciu określonych rozwiązań. Nie powoduje to jeszcze uzyskania przewagi nad innymi wykonawcami, którzy z zastosowanymi rozwiązaniami mogli zapoznać się na etapie ogłoszonego postępowania". Jednakże uzasadnienie zarzutu przedstawione przez Odwołującego w istocie sprowadza się do stwierdzenia, że zakłócenie konkurencji spowodowane udziałem ww. osoby w przygotowaniu postępowania nie może zostać wyeliminowane inaczej niż poprzez wykluczenie wykonawcy, gdyż oferta tylko tego wykonawcy spełnia warunki techniczne i opis przedmiotu zamówienia. Przypomnieć trzeba, że to na Odwołującym spoczywa ciężar wykazania słuszności podniesionych zarzutów. Zarzuty odwołania powinny być uzasadnione w sposób jasny i precyzyjny. Nie jest zaś w gestii Izby poszukiwanie argumentów na uzasadnienie podniesionych przez odwołującego twierdzeń. Muszą być one przez Odwołującego przedstawione i szczegółowo uzasadnione oraz poparte odpowiednimi dowodami. Ponownie zgodzić trzeba się więc z Zamawiającym, że Odwołujący w swym odwołaniu nie wykazał, że FIBA BUDOWNICTWO Sp. z o.o. uzyskał jakąkolwiek przewagę nad innymi wykonawcami w procesi składania oferty.

Niezależnie od powyższego, w toku rozprawy Odwołujący wskazał również, że ww. osoba brała udział w ocenie ofert, co należy jednak uznać za twierdzenie spóźnione, nieznane treści odwołania, wobec czego podlegające pominięciu. Zgodnie bowiem z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zarzut składa się z okoliczności faktycznych i prawnych, które wskazane muszą być w odwołaniu i to właśnie one wyznaczają zakres rozpoznania odwołania przez Izbę. To prowadzi do wniosku, że nowe okoliczności faktyczne podnoszone dopiero na rozprawie stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. Nie mogą one zatem być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę.

Podsumowując powyższe, w ocenie Izby zarzut nr 8 pozostał niewykazany, stąd też podlegał oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1) 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).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:……..