

Sygn. akt KIO 3023/23

**WYROK**

**z dnia 26 października 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 października 2023 r. przez wykonawcę **SUPERSNOW Spółka Akcyjna z siedzibą w Maniowach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centralny Ośrodek Sportu – Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Szczyrku**

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **SUPERSNOW Spółka Akcyjna z siedzibą w Maniowach** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **SUPERSNOW Spółka Akcyjna z siedzibą w Maniowach** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **SUPERSNOW Spółka Akcyjna z siedzibą w Maniowach** na rzecz zamawiającego **Centralnego Ośrodka Sportu – Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Szczyrku** kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) 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:** .....

## Uzasadnienie

Centralny Ośrodek Sportu – Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Szczyrku, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn. *Rozbudowa Ośrodka w obrębie masywu Skrzycznego - Przebudowa i modernizacja systemu naśnieżania tras narciarskich: KASKADA, WIDOKOWAFIS, ONDRASZEK*. Postępowanie prowadzone jest 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”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 września 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00380581.

W dniu 11 października 2023 r. wykonawca SUPERSNOW Spółka Akcyjna z siedzibą w Maniowach, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w tym w sposób nieproporcjonalny, niejednoznaczny (nieprzejrzysty) i niewyczerpujący w zakresie następujących parametrów/warunków – obejmujący parametr innowacyjności, a zwłaszcza interpretacji innowacyjności z perspektywy roku produkcji i braku odniesienia tejże definicji do konkretnych mierzalnych parametrów relewantnych z perspektywy celu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian treści dokumentów zamówienia w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Pismem z dnia 24 października 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.**

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie,

piśmie procesowym Odwołującego, a także oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych i wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 25 października 2023 r.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanego przez Odwołującego dowodu z wyników testów armatek śnieżnych. Jakkolwiek nie można wykluczyć włączenia powyższych wyników w poczet materiału dowodowego, bowiem katalog źródeł dowodowych ma na gruncie ustawy Pzp otwarty charakter, tym niemniej nie uniemożliwia to Izbie dokonania ich oceny według własnego przekonania. Skład orzekający stoi na stanowisku, że na podstawie przedłożonych wyników nie można ustalić kto i kiedy zamieścił zawarte w nich informacje oraz czy, a jeśli tak, to w jaki sposób i przez kogo ich prawdziwość jest weryfikowana. Tym bardziej, że przedłożony na rozprawie dokument nie został podpisany. Izba zwraca uwagę, że dokument prywatny sporządzony w formie pisemnej albo elektronicznej stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. W przypadku dokumentu prywatnego nie został ograniczony przedmiot jego osnowy, ani forma sporządzenia. Jediną istotną cechą formalną tego typu dokumentów pozostaje ich podpisanie przez wystawcę (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2008 r., sygn. akt III CSK 299/07).

Izba nie uwzględniła również wniosku Odwołującego o powołanie biegłego, który miałby wydać opinię na okoliczność ustalenia: a) czy opis innowacyjności odnoszący się do czasookresu 4 lat oraz wskazanego przez Zamawiającego wyjaśnienia – jest odpowiedni, gwarantujący pewność, że tylko nowe (pod względem roku produkcji) armatki śnieżne są znacząco wydajniejsze i energooszczędniejsze, aniżeli starsze modele lub technologie stosowane w okresie starszym niż 4 lata? b) udzielenia odpowiedzi, czy zawsze urządzenie nowsze są bardziej efektywne lub bardziej energooszczędne aniżeli urządzenie starsze (tj. ponad 4 lata)? Czy wszystko zależne jest od danego przypadku, ewentualnie od parametrów „punktu odniesienia”? c) udzielenie odpowiedzi, jakie parametry są istotne z perspektywy działania armatki śnieżnej, a tym samym z perspektywy jakich parametrów powinna być oceniana innowacyjność takiego urządzenia. d) udzielenie odpowiedzi, jakie są standardowe parametry armatek śnieżnych, oraz jakie konkretne wartości tychże parametrów determinują stwierdzenie, że mamy do czynienia z innowacyjną armatką? Innymi słowy, jakie wartości określonych parametrów determinują stwierdzenie, czy takie urządzenie jest innowacyjne, a jakie nie.

Uwzględniając podstawę faktyczną zarzutów, jak również zakres opinii wyznaczony tezą dowodową skład orzekający uznał, iż wniosek dowodowy został zgłoszony dla zwłoki i nie jest przydatny dla rozstrzygnięcia o zarzutach. W tym zakresie istotę dowodu z opinii biegłego wyłożył Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 28 lutego 2022, sygn. akt XXIII Zs

154/21 wskazując, iż jest nią ocena zgromadzonego materiału dowodowego z uwzględnieniem wiadomości specjalnych, a nierzadko też prawidłowa identyfikacja faktów. Biegły nie tylko może dokonać oceny faktów, ale też pozwala sądowi ustalić fakty, dla których wymagane są wiadomości specjalne. Bezprzedmiotowe jest wyjaśnienie skomplikowanych kwestii technicznych, jeśli są one nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sporu. Słuszną jest ocena, że taki dowód niejako z ostrożności procesowej jest zgłoszony wyłącznie dla zwłoki. Rolą strony jest precyzyjne zakreślenie tezy dowodowej. Biegły jest zobowiązany do korzystania z zebranego materiału dowodowego i nie ma uprawnień do dokonywania ustaleń faktycznych we własnym zakresie. Do dokonywania wszelkich ustaleń w procesie powołany jest sąd, a nie biegły. Nie mogą być uznane za dowód wypowiedzi biegłego wykraczające poza ustawowo określone jego zadania. Sąd nie jest związany opinią w zakresie jego wypowiedzi odnośnie do zastrzeżonych do wyłącznej kompetencji sądu, kwestii ustalenia i oceny faktów. Dowód z opinii biegłego powinien zostać przeprowadzony i ma znaczenie dopiero wówczas, gdy sąd uzna, że dotychczasowe rezultaty przeprowadzonego postępowania dowodowego nie prowadzą do wyjaśnienia faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

Przenosząc powyższe na ocenę wniosku dowodowego skład orzekający uznał, iż to biegły miałby zastąpić Odwołującego we wskazaniu podstawy faktycznej zarzutów, co prowadziłyby faktycznie do uzupełnienia odwołania o nowe okoliczności, które nie zostały przez Odwołującego zidentyfikowane w środku odwoławczym. Tym samym dowód ten nie mógł być przydatny do rozstrzygnięcia kwestii mających znaczenie z punktu widzenia opisu przedmiotu zamówienia.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

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

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, 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.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie

zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na oddalenie.

Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. 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.

Stosownie do art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest rozbudowa ośrodka w obrębie masywu Skrzycznego - Przebudowa i modernizacja systemu naśnieżania tras narciarskich: KASKADA, WIDOKOWAFIS, ONDRASZEK.

W dniu 6 października 2023 r. Zamawiający zmodyfikował załącznik nr 6 do specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, odnosząc innowacyjność produktów do roku modelowego wynoszącego 4 lata. Przed zmianą odniesienie do roku modelowego wynosiło 3 lata i zostało zakwestionowane przez Odwołującego.

Wyrokiem z dnia 27 września 2023 r., sygn. akt KIO 2694 Izba oddaliła powyższy zarzut Odwołującego stwierdzając, że *literalna wykładnia przedmiotowego wymagania wskazuje na zdefiniowanie innowacyjności przez rok produkcji armatki. Doświadczenie życiowe wskazuje, że rok produkcji może wpływać na ulepszenie parametrów danych urządzeń, a co za tym idzie, na zwiększenie ich jakości. Odwołujący nie wykazał, że interpretacja innowacyjności przez rok produkcji urządzenia nie ma znaczenia bądź jest*

*niewłaściwa, nie wykazał np. że posiada w swojej ofercie modele o lepszych parametrach niż modele konkurencji, wyprodukowane wcześniej niż okres wskazany w SWZ.*

Aktualne brzmienie kwestionowanego postanowienia to w odniesieniu do SWZ – załącznik nr 6 (opisu przedmiotu zamówienia) w zakresie dostawy (armatek śnieżnych – tj. Parametry techniczno-użytkowe armatek /stacjonarne/ – 24 szt.): 2) *Armatki śnieżne innowacyjne tzn. ich model powinien być produkowany na rynku maksymalnie 4 lata. Zamawiający za produkty innowacyjne uznaje produkty charakteryzujące się znacznie ulepszonymi parametrami w stosunku do urządzeń dostępnych na rynku od wielu lat, które umożliwiają nabywcom publicznym pozyskanie produktów o lepszej jakości.*

W zakresie dostawy (armatek śnieżnych – tj. Parametry techniczno-użytkowe armatek – 3 szt.) to 20. *Armatki śnieżne innowacyjne tzn. ich model powinien być produkowany na rynku maksymalnie 4 lata. Zamawiający za produkty innowacyjne uznaje produkty charakteryzujące się znacznie ulepszonymi parametrami w stosunku do urządzeń dostępnych na rynku od wielu lat, które umożliwiają nabywcom publicznym pozyskanie produktów o lepszej jakości.*

Odwołujący podnosił, że o ile definicja innowacyjności powinna odnosić się do konkretnych parametrów, tj. wydajności czy energochłonności, to Zamawiający odnosi ją do roku produkcyjnego, co wyklucza rozwiązania, które są efektywniejsze, a występują na rynku dłużej, aniżeli wskazany okres czasu przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien określić punkt odniesienia, tj. parametry minimalne, które są mierzalne, aby w sposób niebudzący wątpliwości można określić czy uzasadnione faktycznie oczekiwania Zamawiającego zostały spełnione. Powyższe również nie uwzględnia nadal innowacyjnych rozwiązań alternatywnych, które stosowane są na rynku ponad 4 lata i pod względem funkcjonalnym i wydajnościowym, energooszczędnym są jedne z najlepszych na rynku lub najlepsze (tj. sytuacji, w której pomimo upływu co najmniej 4 lat, konkurencja nie była w stanie opracować rozwiązania konkurującego z takim rozwiązaniem).

Izba uznała, że zarzut sformułowany przez Odwołującego nie zasługiwał na uwzględnienie. W ocenie składu orzekającego Odwołujący nie wykazał w sposób dostateczny w jaki sposób przedmiotowe postanowienia naruszają cytowane przepisy ustawy Pzp. Argumentacja Odwołującego sprowadza się do kwestii konieczności uwzględnienia punktu odniesienia, tj. parametrów minimalnych, mierzalnych, a nie odnoszenia się jedynie do roku modelowego. Odwołujący nie wykazał, że wymóg określony przez Zamawiającego jest niemożliwy do zrealizowania. Odwołujący nie wykazał również, że jego produkty mają lepsze parametry, mimo iż zostały wyprodukowane wcześniej niż okres wskazany w dokumentach zamówienia, opierając się jedynie w tym zakresie na własnych oświadczeniach.

Zamawiający zaś wyjaśnił, że przygotowując opis przedmiotu zamówienia dostosował przyjęte w postępowaniu wymogi do powszechnie przyjętych i stosowanych standardów. Kierował się także posiadaniem w tym zakresie wieloletnim doświadczeniem związanym z budową infrastruktury technicznej stoków narciarskich, jej funkcjonalnym połączeniem i zapewnieniem sprawności i celowości wyposażenia i niezakłóconego działania. Brał pod uwagę również eksploatację infrastruktury technicznej naśnieżania tras i konieczność jej dostosowania do obsługi zamawianych urządzeń. Ponadto, Zamawiający podnosił, że tożsamy parametr został wskazany przez Zamawiającego w roku ubiegłym w dwóch postępowaniach i nie był on kwestionowany przez Odwołującego. Co więcej, dwóch wykonawców złożyło oferty spełniające ten parametr, a nadto, jak wynika chociażby z oferty Odwołującego, dostępnej na stronie internetowej, również Odwołujący posługuje się pojęciem „innovacyjnej armatki” co przesądza, że doskonale rozumie ww. pojęcie.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 6 ustawy Pzp przez innowację należy rozumieć wdrażanie nowego lub znacznie udoskonalonego produktu, usługi lub procesu, w tym między innymi procesów produkcji, budowy lub konstrukcji, nowej metody marketingowej lub nowej metody organizacyjnej w działalności gospodarczej, organizowaniu pracy lub relacjach zewnętrznych. Jak zauważono w Komentarzu do PZP wydany w 2021 r., pod red. Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych H. Nowaka (str. 66) *pojęcie innowacji w ustawie Pzp łączy się z „wdrażaniem” produktu lub usługi, czyli wprowadzeniem na rynek (w odniesieniu do produktu) albo faktycznym ich wykorzystaniem w działalności przedsiębiorstwa (w odniesieniu do usługi lub procesu). Termin „nowy” oznacza „nowość” w tym sensie, że produkt, usługa, proces nie był jeszcze oferowany na rynku (różni się znacząco przeznaczeniem lub cechami od produktów na nim dostępnych), a powstaje bądź jest wdrażany po raz pierwszy w konsekwencji udzielonego zamówienia.*

Dlatego też Izba uznała, że zdefiniowanie innowacyjności może nastąpić przez rok produkcji armatki. Tym bardziej, że Zamawiający złagodził kwestionowane postanowienie, wydłużając dopuszczalność innowacyjnych armatek śnieżnych produkowanych na rynku z 3 na 4 lata.

Izba podkreśla również, że zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby. To zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel jaki zamierza osiągnąć.

Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia nie ma obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób, nie uniemożliwia części wykonawcom w ogóle złożenie oferty, a



niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem nienaruszania konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję. Za naruszenie zasad uczciwej konkurencji nie można uznać sytuacji, w której oferty nie może złożyć każdy wykonawca z danej branży z uwagi na to, że w swoim profilu działalności nie posiada akurat produktu o wymaganej przez zamawiającego funkcjonalności.

A zatem nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy, uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisanie. Powyższe potwierdza orzecznictwo Zespołu Arbitrów i Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. wyrok ZA z dnia 28 czerwca 2000 r., sygn. akt UZP/ZO/0-602/00 oraz wyrok KIO z 30 lipca 2012 r. sygn. akt KIO 1516/12, zgodnie z którymi wskazanie w dokumentach zamówienia wymogów technicznych dotyczących przedmiotu zamówienia trudnych lub niemożliwych do spełnienia przez odwołującego lub innego oferenta nie stanowi dostatecznej podstawy do uznania, że przedmiot zamówienia określony został w sposób naruszający zasadę z ustawy Pzp.

Szeroko pojęta definicja zachowania konkurencyjności nie może przesłonić realizacji przez zamawiającego priorytetowych celów i potrzeb. Nie chodzi o realizację zamówienia w jakikolwiek sposób, a jedynie realizację zamówienia w sposób zapewniający osiągnięcie i zaspokojenie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Zamawiający nie ograniczył zasad konkurencyjności, a okoliczność, że wykonawca nie posiada w swojej ofercie przedmiotu zamówienia, który pozwoliłby mu na ubieganie się o udzielenie zamówienia z powodu nie spełnienia wymagań określonych przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia nie przesądza automatycznie o tym, że zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W konsekwencji Izba uznała, że nie potwierdziły się zarzuty z odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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:** .....