

WYROK
z dnia 20 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **DIXI Sp. z o.o., ul. Magenta 142, 04-429 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gospodarstwo Pomocnicze przy Tatrzańskim Parku Narodowym, ul. Tytusa Chałubińskiego 42 A, 34-500 Zakopane** protestu z dnia 8 grudnia 2008 r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego *

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża DIXI Sp. z o.o., ul. Magenta 142, 04-429 Warszawa,
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **DIXI Sp. z o.o., ul. Magenta 142, 04-429 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **DIXI Sp. z o.o., ul. Magenta 142, 04-429 Warszawa,** na

rzecz **Gospodarstwa Pomocniczego przy Tatrzańskim Parku Narodowym, ul. Tytusa Chałubińskiego 42 A, 34-500 Zakopane** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **DIXI Sp. z o.o., ul. Magenta 142, 04-429 Warszawa.**

Uzasadnienie

Odwołując się od braku rozstrzygnięcia protestu z dnia 8 grudnia 2008 r. w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na najem i obsługę kabin WC na terenie Tatrzańskiego Parku Narodowego w terminie od 19.01.2009 do 03.01.2010 roku wykonawca - **DIXI Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,** zwany dalej Odwołującym, zarzucił Zamawiającemu – **Gospodarstwu Pomocniczemu przy Tatrzańskim Parku Narodowym z siedzibą w Zakopanem** naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 14. ust. 1, art. 22 ust. 2 pkt 2 i 3, art. 25 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także §. 1 ust. 2 pkt 2, ust. 3 pkt 2 i 3 i § 3 ust. 1 pkt 3 i 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, poprzez czynność opracowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołanie i protest dotyczy treści następujących punktów SIWZ:

V. Warunki wymagane od wykonawców – pkt 5, 6, 8, 10 i 11, 12, 13

VI. Dokumenty wymagane w ofercie – pkt 9, 12, 14, 15, 16 , a także treści ogłoszenia w powyższym zakresie oraz pkt 4 załącznika nr 1 do SIWZ i par. 1 ust. 4 oraz par. 7 ust. 2 lit. a i b wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący stwierdził, że:

- niezrozumiałe jest żądanie osobistego zapoznania się z miejscami usytuowania kabin w obecności przedstawiciela zamawiającego; żądanie to ogranicza możliwości wykonawcy z siedzibą oddaloną od miejsca wykonywania zamówienia,
- wykonawca powinien mieć możliwość samodzielnego określenia sposobu wykonania

2

zamówienia, a stawiane wymogi sprzętowe są nieuzasadnione i wygórowane, co może wskazywać na preferowanie wyłącznie jednego wykonawcy. Zarzut dotyczy również samochodu przystosowanego do wywozu śmieci, skoro wywóz śmieci z kabin może być wykonywany zwykłym samochodem dostawczym,

- ograniczające dostęp do zamówienia jest żądanie posiadania, już na etapie przygotowania oferty, a nie wykonywania umowy, bazy w określonej odległości od terenu TPN,
- ograniczenie poświadczeń wykonywania usług o należytej jakości do certyfikatów opisanych w pkt 10 i 11 rozdziału V narusza przepis art. 25 ustawy i powołane przepisy rozp. PRM w sprawie rodzajów dokumentów. Odwołujący wskazał, że na rynku znajduje się tylko jeden podmiot posiadający oba wymagane przez Zamawiającego certyfikaty jakości,
- za jawnie naruszający zasadę z art. 7 uznał Odwołujący warunek doświadczenia w podobnych zleceniach na terenie górskich parków narodowych z udokumentowanym obrotem na kwotę rocznie min. 500 tys. zł netto rocznie. Z rozeznania Odwołującego wynika, że jedynym podmiotem zlecającym takie usługi jest Zamawiający i tylko on może w tym zakresie wystawić wymagane referencje, z których zresztą jest zwolniony podmiot obecnie wykonujący takie zlecenie. Odwołujący wskazał, że dla wykazania doświadczenia wystarczające jest wykazanie wykonania usług odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, a nie usług tożsamych, to ostatnie byłoby wymaganiem nieuzasadnionym i nadmiernym;
- za warunek zbędny uznał Odwołujący wymóg złożenia dokumentu dot. sytuacji finansowej /pkt 14 SIWZ/,
- żądane parametry kabin, tj. wymiary i kolor oraz kolorystyka i pojemność zbiorników ograniczają możliwość dostawy kabin sanitarnych standardowych jednocześnie uprzywilejowując obecnego wykonawcę.

Podsumowując zarzuty wskazał, że tylko jeden podmiot tj. WC Serwis z Zabrza jest w stanie spełnić postawione warunki.

Na rozprawie Odwołujący podtrzymał argumenty z protestu i odwołania i dodatkowo stwierdził:

Odnosnie pkt V.5 SIWZ wskazał na żądany termin osobistego zapoznania się z miejscami usytuowania kabin nie później niż do dnia 23.12.2008 r., natomiast na stronie 10 SIWZ termin ten wskazano jako nie później niż 14 dni przed terminem otwarcia ofert. Zważywszy, że termin składania ofert upływał dnia 5.01.2009 r. wskazany wymóg narusza przepis art. 43 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosnie pkt V.8 SIWZ dot. bazy, w kontekście jednogodzinnego terminu usunięcia awarii uznał ten warunek za niedookreślony. Wskazał też na brak również jakichkolwiek wymagań

3

(parametrów) dotyczących placu składowego kabin. Wskazał na dodatkowe koszty związane z wymaganą koniecznością wcześniejszego pozyskania terenu przeznaczonego na bazę. Powołując zapisy ze strony 10 SIWZ dotyczące parametrów kabin nie kwestionował podania parametrów granicznych, o ile jest to celowe lecz stwierdził, że takiego uzasadnienia Zamawiający nie podał. Odwołujący zauważył, że Zamawiający wskazał barwę kabin - ciemna zieleń, lecz na terenie TPN występują obiekty o różnych kolorach i brak jest przepisu prawa lub uzasadnienia do zawężenia żądania kabin o barwie ciemna zieleń. Odnosnie pkt VI.9 SIWZ dot. doświadczenia za bulwersujący uznał wskazany wymóg min. kwoty przychodu z tytułu świadczonych usług w górskich parkach narodowych. Podaną jako min. kwotę wypłacił w ciągu roku za podobne usługi jedynie Zamawiający w poprzednim

postępowaniu.

W kontekście wymaganych dokumentów – certyfikatów ISO Odwołujący wskazał na brak opisu w SIWZ sposobu wykonywania usługi.

Odwołujący wskazał na brak uzasadnienia dla żądania bazy kabin w kontekście dotarcia do miejsca awarii. Wskazał na kolorystykę uznawanych przez Zamawiającego kabin, które posiadają białe dachy. Podtrzymał argument, iż tylko jeden wykonawca może się wykazać wartością 500 tys. rocznie, w tym również wykonawca z terenu Unii Europejskiej. Stwierdził, że Zamawiający nie uzasadnił żądanych ponadstandardowych wymiarów kabin, gdyż ze standardowych kabin korzystają, nie tylko na terenie TPN, turyści wyposażeni w plecak. Podtrzymał argument o zbędności żądania certyfikatu ISO w zakresie ochrony środowiska bez żądania certyfikatu odnoszącego się do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w zakresie opisanym w jego treści z wnioskiem alternatywnym o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Składa wydruki ze strony internetowej Zamawiającego o zmianach treści ogłoszenia i SIWZ.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał na uwarunkowania prawne wynikające z przepisów ustawy o ochronie przyrody i specyficzne warunki wykonywania zamówienia na terenie górskiego parku narodowego, jakim jest Tatrzański Park Narodowy (TPN). Podniósł, że Park jest najliczniej odwiedzany przez turystów, a jego rozległość i wysokogórski charakter wymaga od Zamawiającego i wykonawcy usługi zachowania szczególnej staranności i przygotowania. Wskazał również na ewentualne ryzyko zakłócenia wrażliwego ekosystemu tatrzańskiej przyrody i zanieczyszczenia usytuowanych na terenie TPN źródeł wody dla miejscowości dorzecza Białki, Czarnego i Białego Dunajca. Powołał się przy tym na dotychczasowe doświadczenie, wskazania wiedzy i praktykę TPN.

4

Poinformował, iż proces rozmieszczania kabin jest zgodny z planem rocznych zadań ochronnych TPN i ten plan jest zatwierdzany przez Ministra Ochrony Środowiska. Odnośnie wizji lokalnej wskazał, że protest został złożony osobiście w jego siedzibie i Protestujący nie liczył się ze związanymi z tą czynnością kosztami.

Podniósł nadto, że zarzut naruszenia art. 43 ust. 3 Pzp nie był podnoszony w proteście.

Odnośnie barw kabin stwierdził, że wytyczne do planu zagospodarowania przestrzennego TPN przewidują obiekty z materiałów miejscowych, naturalnych, o kolorze zbliżonym do środowiska, co uzasadnia żądanie kabin o barwie ciemnozielonej.

Poinformował o prowadzonych w poprzednich latach postępowaniach na tożsame usługi, w których uczestniczył obecny Odwołujący z analogicznymi zarzutami, które zostały rozstrzygnięte w tamtych postępowaniach. Złożył kopie 3 pism z 2006 roku, jak również mapkę z miejscami usytuowania kabin, fotografie wskazujące na konieczność dysponowania pojazdem o określonych, maksymalnych wymiarach (szerokość), przykłady niszczenia kabin przez pseudoturystów oraz warunki drogowe wymuszające dysponowanie pojazdem z napędem na dwie osie. Wskazał, że miejsca usadowienia kabin mają ściśle określoną powierzchnię, stąd wprowadził parametr maksymalnego wymiaru kabin. Ustalając warunki udziału w kolejnych postępowaniach kieruje się doświadczeniem obserwując wzmożony ruch turystyczny. Stwierdził, że kabin o większych wymiarach nie wywraca wiatr halny. Zdaniem Zamawiającego kabiny nie mogą być zakotwiczone do podłoża.

Wyjaśnia, że obecnie ogłoszenie nie jest dostępne na jego stronie internetowej, gdyż upłynął termin składania ofert. W postępowaniu została złożona jedna oferta. Zamawiający podniósł, że zarzut dotyczący braku precyzji określenia terminu zapoznania się z przedmiotem zamówienia nie był podnoszony w proteście. W SIWZ podano wymóg złożenia certyfikatu dot. jakości zarządzania, który ma charakter ogólny, a kolejny certyfikat dotyczy ochrony środowiska.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po przeprowadzeniu postępowania dowodowego, w tym przeanalizowaniu dokumentacji w sprawie i rozpatrzeniu sprawy na rozprawie zważył i ustalił, co następuje.

Izba nie rozpatrywała zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 43 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wobec faktu, że zarzut ten nie został podniesiony w proteście (art.

191 ust. 3 ustawy Pzp).

Odnosząc się do kolejnych zarzutów odwołania, skład orzekający stwierdza, jak niżej. Odnosnie żądania osobistego zapoznania się z miejscami usytuowania kabin w obecności przedstawiciela zamawiającego, jako żądania ograniczającego w ocenie Odwołującego możliwości wykonawcy z siedzibą oddaloną od miejsca wykonywania zamówienia, Izba uznaje wymóg z pkt V. 5 SIWZ za uzasadniony specyfiką przedmiotowego zamówienia;

5

spełnienie tego warunku powinno być uznane za istotne na etapie przygotowania oferty opartej na rzeczywistym zapoznaniu się przez wykonawcę ze specyfiką rozległego terenu wysokogórskiego, który ma być obsługiwany w toku wykonywania umowy. Śądane zapoznanie się tymi miejscami i drogami dojazdowymi do nich czyni równocześnie zrozumiałym i uzasadnionym warunkami terenowymi, wymóg dysponowania środkami transportu dostosowanymi do tych warunków określoną masą całkowitą, nie przekraczającą 3,5 tony, o określonej wymiarach maksymalnym szerokością, z napędem na dwie osie tj. dostosowanymi do poruszania się w warunkach terenu górskiego o znacznych różnicach wysokości względnej, jak również umożliwiającymi transport w okresie zimowym. W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z obowiązującym od dnia 24 października 2008 roku brzmieniem art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie jest wymagane dysponowanie wymaganym potencjałem technicznym już na etapie składania ofert, co w okolicznościach rozpoznawanej sprawy oznacza, że oceniany wymóg SIWZ nie ogranicza dostępu do zamówienia i nie narusza art. 7 ustawy Pzp.

Odnosnie wymogu dysponowania bazą – placu składowego kabin, Izba uznaje wymóg z pkt VI.12 za dopuszczalny i uzasadniony przedmiotem zamówienia. Należy przy tym wskazać, co również zauważył Odwołujący, że wymóg ten jest opisany ogólnikowo, a tym samym interpretując go w interesie wykonawców, dopuszcza się wykazanie dysponowania stosowną bazą bez precyzowania jej parametrów, tak co do wielkości, jak i miejsca usytuowania, za wyjątkiem parametru odległości do terenu TPN „w ciągu 1 godziny od zgłoszenia awarii”.

Oceniając wymóg dysponowania i przedstawienia certyfikatu jakości ISO 9001 i certyfikatu z zakresu ochrony środowiska ISO 14.001:2004 Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że w treści SIWZ wskazano dopuszczenie przedstawienia dokumentu równoważnego, a zatem wywodzi, że warunek ogranicza zasadę równości wykonawców w sytuacji, gdy opisanymi certyfikatami dysponuje tylko jeden znany wykonawca, są nieuzasadnione.

Odnosnie wymogu udokumentowania doświadczenia w podobnych zleceniach na terenie górskich parków narodowych z kreślonym obrotem minimalnym, skład Izby stwierdza, że wymóg taki może być uzasadniony specyfiką przedmiotu zamówienia, jaką wskazano wyżej, zarówno pod względem przedmiotowym, jak i wartościowym, jakkolwiek Izba ma na względzie, że warunek oceniany nie może być, w świetle oświadczenia Odwołującego, spełniony przez niego w niniejszym postępowaniu. Wymagana do wykazania wartość dotychczas wykonywanych usług jest przy tym odpowiadająca wartości niniejszego zamówienia.

Ustosunkowując się do zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, w tym żądanych wymiarów kabin i ich kolorystyki, skład orzekający Izby podziela stanowisko

6

Zamawiającego, że postanowione wymogi są uzasadnione specyfiką miejsca świadczenia usług. Wymiary kabiny, przekraczające oferowane przez Odwołującego uzasadniają również, co jest objęte powszechną notorią, zmienne w górach warunki atmosferyczne, w tym wiatralny; większe kabiny w sposób naturalny są w tych warunkach stabilniejsze. Odnosnie wymaganej kolorystyki – ciemno zielonej barwy kabin, Izba uznaje żądanie za uzasadnione racjami wynikającymi z zasad ochrony przyrody i zachowania walorów krajobrazowych na terenie parku narodowego, jakim jest TPN. Izba nie ocenia przy tym, czy opisany w SIWZ warunek spełniają dotychczas usytuowane na terenie parku kabiny z dachami barwy innej niż zielona, godzi się jednak nadmienić, że jasny kolor dachu służy umożliwieniu dostępu światła do kabiny, a dach, z racji swej budowy i położenia, nie podlega, co do zasady,

ocenom wizualnym przeciętnego obserwatora.

Odnosnie zarzutu zastrzeżenia we wzorze umowy, stanowiącym załącznik do SIWZ, nadmiernych kar umownych, należy stwierdzić, że kary umowne mają ze swej istoty mieć charakter restrykcyjny i stanowić dla zobowiązanego dotkliwą przestrozę sygnalizującą obowiązek wykonania zamówienia zgodnie z zawartą umową, co oznacza, że nie zasługuje na aprobatę stanowisko, iż kontrahent na wstępie wykonywania umowy, może dokonywać kalkulacji, czy opłacalne jest dla niego niewykonywanie należyte umowy, a w miejsce jej wykonania, ewentualne świadczenie kary umownej zamiast umownego świadczenia.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, uwzględniając koszty Zamawiającego, zgodnie z przedłożonym do akt sprawy rachunkiem.

.7

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

** niepotrzebne skreślić*

.8