

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

, Dnia 7 kwietnia 2009 r.

Sąd Okręgowy w Nowym Sączu, Wydział III Cywilny Odwoławczy w składzie następującym:

Przewodniczący - Sędzia SO Agnieszka Skrzekut (sprawozdawca)

Sędzia SO Urszula Kapustka
Sędzia SR del. Tomasz Miazga

Protokolant: sekr. Sąd. Anna Burnagiel

po rozpoznaniu w dniu 31 marca 2009 r. w Nowym Sączu

na rozprawie

sprawy ze skargi „DIXI” Sp. z o.o. w Warszawie

przy uczestnictwie zamawiającego Skarbu Państwa - Tatrzańskiego Parku
Narodowego - Gospodarstwo Pomocnicze w Zakopanem

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych
w Warszawie z dnia 20 stycznia 2009r., sygn. akt KIO/UZP 1528/08

**oddala skargę i zasądza od skarżącego na rzecz zamawiającego kwotę
1 200 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania.**

Sygn. akt III Ca 88/09

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 20.01.2009r. Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie oddaliła odwołanie wniesione przez DIXI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie od rozstrzygnięcia przez zamawiającego - Gospodarstwo Pomocnicze przy Tatrzańskim Parku Narodowym protestu z dnia 08.12.2008r. oraz obciążyła kosztami postępowania DIXI Sp. z o.o., nakazując zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.574 zł z kwoty uiszczonego wpisu i dokonać wpłaty kwoty 3.600 zł na rzecz Gospodarstwa Pomocniczego przy Tatrzańskim Parku Narodowym tytułem wynagrodzenia pełnomocnika. Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zwrotu kwoty 10.426 zł z rachunku .dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz DIXI Sp. z o.o.

Wyrok ten zapadł w oparciu o następujące ustalenia faktyczne:

W dniu 26.11.2008r. zamawiający - Gospodarstwo Pomocnicze przy Tatrzańskim Parku Narodowym ogłosiło postępowanie o udzieleniu zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na najem i obsługę kabin WC na terenie Tatrzańskiego Parku Narodowego w terminie od 19.01.2009r. do dnia 03.01.2010r. i zamieściło na stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

W dniu 08.12.2008r. wykonawca DIXI Sp. z o.o. złożył protest na czynności zamawiającego, polegające na opracowaniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, który dotyczył treści następujących punktów SIWZ: w pkt V dotyczącym warunków wymaganych od wykonawców - ppkt 5,6,8,9,10,11,12,13, natomiast w pkt VI dotyczącym dokumentów wymaganych w ofercie - ppkt 9,12,13,14,15,16 i 17, a także treści ogłoszenia o zamówieniu w powyższym zakresie oraz pkt 4 załącznika nr 1 do SIWZ, a ponadto § 1 ust. 4 oraz § 7 ust. 2 lit. a i b wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ.

W proteście spółka DIXI zarzuciła zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2007 Nr 223 poz. 1655 ze zm.), a w szczególności: art. 7 ust. 1, art. 14 ust. 1, art. 22 ust. 2 pkt 2 i 3, art. 25 oraz art. 29 ust. 2, a także § 1 ust. 2 pkt 2, ust. 3 pkt 2 i 3, i § 3 ust. 1 pkt 3 i 4 rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. 2006 Nr 87 poz. 605 ze zm.). Naruszenie tych przepisów spowodowało według wykonawcy ograniczenie dostępu do zamówienia publicznego poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady traktowania na równych prawach wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne.

Wobec braku rozstrzygnięcia protestu spółka DIXI wniosła odwołanie z dnia 29.12.2008r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, powołując się na argumenty podobne jak w proteście.

W odpowiedzi na odwołanie Gospodarstwo Pomocnicze przy Tatrzańskim Parku Narodowym ustosunkowało się do zarzutów i wniosło o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba poczyniła następujące rozważania prawne:

Skład Orzekający Krajowej Izby Odwoławczej pominął zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 43 ust. 3 upzp podniesionego w toku postępowania wobec faktu, iż zarzut ten nie został podniesiony w proteście, zaś pozostałe zarzuty zawarte w odwołaniu i proteście Wykonawcy uznał za nieuzasadnione w oparciu o analizę wymogów SIWZ podniesionych w odwołaniu.

Odnosnie żądania osobistego zapoznania się z miejscami usytuowania kabin w obecności przedstawiciela zamawiającego (pkt V ppkt 5 SIWZ), jako żądania ograniczającego wykonawców z siedzibą oddaloną od miejsca wykonywania zamówienia, Izba uznała ów wymóg zawarty w SIWZ za uzasadniony specyfiką przedmiotowego zamówienia, w szczególności ze względu na istniejące warunki terenowe.

Z tych samych względów jako zasadny został oceniony wymóg dysponowania środkami transportu (pkt V ppkt 6 SIWZ) dostosowanymi do poruszania się w warunkach terenu górskiego o znacznych różnicach wysokości względnej, a także umożliwiającymi transport w okresie zimowym. Na marginesie Izba wskazała na obecne brzmienie przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 upzp, wg którego nie jest wymagane

dysponowanie wymagany potencjałem technicznym już na etapie składania ofert, co w okolicznościach rozpoznawanej sprawy oznacza, iż wymóg ten nie ogranicza dostępu do zamówienia.

Odnosnie wymogu dysponowania bazą i placem składowym kabin (pkt V ppkt 8 SIWZ) Izba uznała go również za dopuszczalny i uzasadniony przedmiotem zamówienia, z uwagi na to, że sam wymóg jest określony ogólnikowo - nie narzuca żadnych parametrów zarówno, co do wielkości jak i miejsca usytuowania, za wyjątkiem parametru odległości od terenu TPN (w odległości 1 godziny od zgłoszenia awarii).

Z kolei oceniając wymóg dysponowania i przedstawienia certyfikatu jakości ISO 9001 i certyfikatu z zakresu ochrony środowiska ISO 14.001:2004 (pkt V ppkt 10 i 11 oraz pkt VI) Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że w treści SIWZ wskazano, że możliwe jest przedstawienie dokumentu równoważnego, zatem zarzucenie ograniczenia równości wykonawców poprzez wskazywanie, że opisanymi certyfikatami dysponuje tylko jeden znany wykonawca było niezasadne.

Izba ustosunkowała się też do zarzutów, dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, w tym żądanych wymiarów kabin i ich kolorystyki, dzieląc w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, że wymogi co do wymiarów uzasadnione są specyfiką miejsca świadczenia usług, a także zmiennymi warunkami atmosferycznymi w szczególności silnymi wiatrami, natomiast co do kolorystyki usprawiedliwiają to racje wynikające z zasad ochrony przyrody i zachowania walorów krajobrazowych na terenie parku narodowego.

Odnosząc się do zastrzeżenia kar umownych Izba nie znalazła podstaw do uznania ich za nadmierne i wskazała, że kary umowne mają ze swej istoty charakter restrykcyjny i mają stanowić dla zobowiązanego przestrożę sygnalizującą obowiązek wykonania zamówienia zgodnie z zawartą umową.

W tych okolicznościach Izba oddaliła odwołanie wyrokiem z dnia 20.01.2009r.

Powyższy wyrok w całości zaskarżył wykonawca - DIXI Sp. z o.o. skargą, w której zarzucił: naruszenie art. 191 ust. 3 upzp w zw. z art. 191 ust. 1a oraz art. 191 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 25, art. 29 ust. 2, art. 188 ust. 1 i 7

oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 upzp i wniósł o uwzględnienie skargi poprzez zmianę zaskarżonego wyroku w całości przez uwzględnienie w całości żądań odwołania tj. zmianę treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz treści ogłoszenia o zamówieniu poprzez wykreślenie (usunięcie) oprotestowanych postanowień, a to z pkt V SIWZ dotyczącego warunków wymaganych od wykonawców - ppkt 5,6,8,10,11,12 i 13 oraz z pkt VI SIWZ dotyczącego dokumentów wymaganych w ofercie - ppkt 9,12,14,15,16, a także z ogłoszenia o zamówieniu w tym zakresie, a ponadto pkt 4 Załącznika nr 1 oraz § 1 ust 2 umowy. Ewentualnie wykonawca wniósł o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy sprawa i zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 7.200 zł. Wniósł także o dopuszczenie szeregu dowodów, szczegółowo w skardze określonych.

W uzasadnieniu skargi podniesiono, że zaniechanie przez Izbę rozpoznania zarzutu niezgodności pkt V ppkt 5 SIWZ z art. 43 ust.2 i 3 upzp było błędne z uwagi na to, że w proteście i odwołaniu był podnoszony zarzut niezgodności tego punktu SIWZ z ustawą prawo zamówień publicznych, a punkt ten ewidentnie narusza w/w przepis ustawy. Skarżący wskazując na pozostałe zarzuty podkreślił, że Izba dokonała błędnej oceny, co do tego że wymienione w skardze postanowienia nie naruszają zasad uczciwej konkurencji i zasad równego traktowania wykonawców, a także nie wprowadzają zbędnych z punktu widzenia zamówienia wymogów, podczas gdy zamawiający nie wykazał w sposób przekonujący potrzeby ich zastosowania.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga jest w całości niezasadna.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej jest prawidłowy i odpowiada prawu.

Tytułem wstępu podkreślić należy, że wszystkie zarzuty podniesione w skardze stanowią praktycznie dokładne powtórzenie tych, które stanowiły podstawę protestu skarżącego, a następnie jego odwołania do Izby. Co za tym idzie były one już przedmiotem rozpoznania przez Izbę, które to w ocenie Sądu co do zasady nie nasuwa żadnych zastrzeżeń. Izba prawidłowo zweryfikowała trafność poszczególnych zarzutów.

Słusznie pominięto zarzut nieuwzględnienia art. 43 upzp, przepis ten nie był bowiem powołany w proteście. Zarzut dotyczący ppkt 5 pkt V był uzasadniany w zupełnie innym kontekście, a mianowicie bezzasadności - zdaniem wykonawcy - konieczności osobistego zapoznania się z warunkami terenowymi, a nie w kontekście formalnym dotyczącym zachowania terminu.

Zgodnie z art. 191 ust. 3 upzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście, tak samo sąd rozpoznający skargę zgodnie z dyspozycją art. 198 ust. 4 upzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem protestu.

W niniejszej sprawie upłynęło 42 dni tj. od wysłania do publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE - 24.11.2008r. do dnia zakończenia składania ofert - 05.01.2009r., zatem termin podstawowy stosowany w procedurze pełnej został zachowany.

Na początku rozważań dotyczących zarzutów skarżącego, należy zauważyć, iż w przedmiotowej sprawie istotne jest miejsce wykonania zamówienia i jego specyfika. Trzeba mieć na względzie, że teren Tatrzańskiego Parku Narodowego jest objęty szczególną ustawową ochroną, której celem jest dbałość o przyrodę. Zgodnie

z art. 2 ustawy o ochronie przyrody przejawia się to między innymi w utrzymywaniu procesów ekologicznych i stabilności ekosystemów, zachowywaniu różnorodności biologicznej, dziedzictwa przyrodniczego, a także polega na ochronie walorów krajobrazowych i utrzymywaniu lub przywracaniu do właściwego stanu ochrony siedlisk przyrodniczych, a także pozostałych zasobów, tworów i składników przyrody. Użytkowanie tego terenu jest uzależnione od podziału na poszczególne strefy ochrony, w których różny jest stopień rygorystyki, co do możliwości ingerencji w ekosystem przez czynnik ludzki. Dlatego też biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia jakim jest najem i obsługa kabin WC na terenie Tatrzańskiego Parku Narodowego, trzeba mieć na względzie szczególne warunki jego realizacji, a także to że w tym przypadku w pełni uzasadnione jest określenie wyższych standardów jakościowych w porównaniu do realizacji takiego zamówienia w podobnych warunkach terenowych, ale nie w obrębie parku narodowego.

Odnosnie zarzutu dotyczącego **pkt V ppkt 5 i ppkt 6** nie można zgodzić się z argumentacją skarżącego, że wymóg osobistego zapoznania się z miejscami usytuowania kabin nie był uzasadniony rzeczywistą potrzebą związaną z wykonaniem zamówienia czy przygotowania oferty, z uwagi iż w ocenie skarżącego nie ma w tym przypadku warunków ekstremalnych, a ponadto że nieuzasadnione było wymaganie od wykonawcy dysponowania specjalistycznym terenowym pojazdem asenizacyjnym. W ocenie Sądu Okręgowego w/w wymóg był w pełni uzasadniony, miał bowiem na celu możliwość oceny przez wykonawców skali problemów związanych z przystąpieniem do przetargu z uwagi na ewentualne późniejsze konsekwencje wynikające z nienależytego wykonania zobowiązania. Nie można też robić zarzutu z wymogu dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, a więc jak w przedmiotowej sprawie odpowiednimi samochodami

i urządzeniami do wykonania objętych przedmiotem zamówienia prac. Nie można zgodzić się z twierdzeniem skarżącego, że ogranicza to uczciwą konkurencję i zasady równego traktowania wykonawców, bowiem zamawiający wskazał jedynie typ samochodów i ich ładowność oraz maksymalną masę całkowitą - nie określając konkretnej marki czy modelu. Wskazanie to podyktowane jest specyficznymi warunkami terenowymi na obszarze parku narodowego, a co za tym idzie względami bezpieczeństwa i nie budzi wątpliwości co do zasadności. Odnosnie wymogów dotyczących pojazdu z napędem na dwie osie należy podkreślić, że jest to wymóg uzasadniony nie tylko różnicą wzniesień na terenie parku oraz co jest rzeczą notoryjnie znaną - szczególnie trudnymi warunkami w okresie zimowym (częstymi i obfitymi na tym terenie opadami śniegu). Z kolei jednoznaczne wskazanie przez ustawodawcę, iż chodzi o dysponowanie potencjałem, oznacza, że każdy wykonawca, który jest w stanie zapewnić odpowiedni potencjał, może ubiegać się o udzielenie zamówienia. Nie ma przy tym znaczenia podstawa prawna korzystania ze sprzętu. Za potencjał, którym dysponuje wykonawca, będzie więc uznany zarówno sprzęt stanowiący własność wykonawcy, jak i np. użyczony lub należący do podwykonawców.

Nie można również zgodzić się z argumentacją skarżącego odnośnie wymogów **pkt V ppkt 8 i pkt VI ppkt 12** SIWZ, który twierdzi, iż zbędnym jest wymóg posiadania tytułu prawnego do posiadania bazy w chwili składania oferty, a ponadto że wymogi odnośnie bazy są zbyt ogólnikowe. W tym zakresie Sąd Okręgowy podziela stanowisko Izby, co do tego że ogólnikowość określenia tego wymogu nie narzuca wykonawcy nic więcej, niż takie usytuowanie bazy, by było możliwe dotarcie na miejsce awarii w ciągu godziny. Zdaniem Sądu Okręgowego nie jest to wymóg wygórowany, ma bowiem wykazać zdolność wykonawcy do

zorganizowania potrzebnej bazy, zwłaszcza że ppkt 8 pkt V SIWZ dopuszcza przyzręczenie posiadania tytułu prawnego do nieruchomości, która ma stanowić bazę np. w formie oświadczenia osoby posiadającej taki tytuł prawny, że udostępni wykonawcy nieruchomość w razie wybrania jego oferty. Zatem w ocenie Sądu Okręgowego nie można mówić tu o „drastycznym ograniczaniu konkurencji” z uwagi na to, że aktualny wykonawca usługi bazę taką już posiada.

Skarżący podniósł też w wątpliwość konieczność dokonania czyszczenia awaryjnego kabin w ciągu 1 godziny od zgłoszenia awarii, z uwagi na to, że umiejscowienie kabin w warunkach leśnych i górskich nie jest uciążliwe dla otoczenia w przypadku awarii. Zupełnie nie można się zgodzić z tymi twierdzeniami powoda. Zamawiający ma bowiem uprawnienie, działając w granicach określonych przepisami prawa, do sprecyzowania przedmiotu zamówienia, czy określenia ram jego realizacji - w tym przypadku chodziło o sposób wykonania usługi poprzez określenie granic czasowych naprawienia awarii. Zamawiający ma też prawo wymagać pewnych standardów technicznych i jakościowych, o ile nie są wymogami zbędnymi i wygórowanymi. Nie można się zgodzić z tym, że taki czas reakcji w warunkach leśnych i górskich na usunięcie awarii i czyszczenia kabiny nie jest uzasadniony (tak jak w warunkach wielkomiejskich). Tym bardziej że terenem, na którym ma być realizowana usługa objęta zamówieniem jest teren parku narodowego, w związku z czym obowiązują tam bardziej rygorystyczne zasady z zakresu ochrony przyrody, niż w zwykłych warunkach leśnych i górskich. Ponadto w strefie przeznaczonej na cele turystyczne są okresy bardzo dużej rotacji i w takim czasie wzmożonego ruchu turystycznego .oczywistym jest, że może być konieczne częstsze i nie zawsze przewidywalne czyszczenie kabin.

Należy nadmienić, że wymóg czasowy dotyczy przystąpienia do awaryjnego czyszczenia kabin, a nie wykonania usługi. Zdaniem Sądu Okręgowego zamawiający ma prawo do określenia takiego czasu reakcji, który jest usprawiedliwiony doświadczeniem życiowym i jest realnie możliwy dla przeciętnego wykonawcy. Nie można uznać za przesadnie wygórowany i nieuzasadniony wymóg przystąpienia do usuwania awarii w ciągu godziny od zgłoszenia, w szczególności z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia.

Ma to również wpływ na ocenę zasadności wymogów z **pkt V ppkt 10 i 11 i pkt VI ppkt 15 i 16** dotyczących dysponowania i przedstawienia certyfikatów jakości ISO 9001 i certyfikatu ISO 14001 z zakresu ochrony środowiska. W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać oświadczeń lub dokumentów, które są niezbędne dla przeprowadzenia postępowania. W ocenie Sądu Okręgowego żądanie w/w certyfikatów lub dokumentów im równoważnych jest w pełni podyktowane specyfiką przedmiotu zamówienia. Nie można uznać tego za próbę ograniczania uczciwej konkurencji, zwłaszcza przy dopuszczeniu możliwości przedłożenia dokumentów równoważnych. Skarżący nie może zarzucać zamawiającemu stawiania wymogów, mających na celu zapewnienie standardu jakościowego wykonywanej usługi. Certyfikat ISO 9001 jest systemem zarządzania jakością, podobnie jak certyfikat ISO 14001 tyle że w zakresie ochrony środowiska. Mogą je stosować wszystkie organizacje, niezależnie od ich wielkości i rodzaju, a do ich głównych wymagań należą m.in.: wprowadzenie nadzoru nad dokumentacją i zapisami, zaangażowanie kierownictwa w budowanie systemu zarządzania jakością czy usystematyzowanie zarządzania zasobami. Nie są to zatem certyfikaty nieosiągalne dla przeciętnego wykonawcy, tym bardziej że zamawiający dopuszcza dokumenty równoważne.

Skarżący podniósł, że zamawiający nie wymaga ich w umowie. Należy zauważyć, że ustawa nie narzuca treści umowy, która ma zostać zawarta, a prawo zamówień publicznych określa ustawowo jedynie elementy które mają być określone w ogłoszeniu i w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Na tym bowiem etapie dokonywania wyboru wykonawcy może być stosowana kontrola przestrzegania uczciwej konkurencji, natomiast kwestia negocjacji treści umowy opiera się już na zasadzie swobody zawierania umów, która jest ograniczana jedynie zgodnością z przepisami prawa.

Należy przy tym wyjaśnić, że faktycznie niedopuszczalne jest ograniczanie uczciwej konkurencji, jednak nie można tego rozumieć w ten sposób, że zamawiający nie może ustalać określonych standardów poprzez stawianie wymogów mających na celu wykonanie zamówienia zgodnie z jego założeniami, jeśli tylko w jakimkolwiek stopniu ograniczają one konkurencję jako taką. Wymogi te nie mogą jedynie ograniczać uczciwej konkurencji, czyli muszą być możliwe do spełnienia dla przeciętnego wykonawcy. Dotyczy to też zdobywania kwalifikacji i doświadczenia.

W tym świetle należy też ocenić wymogi określone w **pkt V ppkt 12 i pkt VI ppkt 9**, a dotyczące minimum 3-letniego doświadczenia w podobnych zleceniach na terenie górskich parków narodowych i udokumentowaniem realizacji zamówienia na kwotę minimum 500.000 zł. Sąd Okręgowy podziela w tym zakresie stanowisko Izby, mimo lakonicznego uzasadnienia go przez KIO specyfiką przedmiotu zamówienia.

Jeszcze raz należy podkreślić, że warunki zamówienia określa zamawiający w granicach dyspozycji art. 22 ust. 1 upzp. Przepis ten określa, warunki, jakie powinien spełniać wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia. Nakaz stworzenia i zachowania warunków konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty sposób. Regulacje ustawy wskazują bowiem na przyjęcie, że realizacja zamówienia publicznego powinna być dokonana jedynie przez podmioty zweryfikowane pod kątem ich możliwości należytego wykonania umowy. Zatem oczywistym jest, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien posiadać odpowiednią wiedzę i doświadczenie, a także dysponować potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - są to warunki niezbędne z punktu widzenia należytego wykonania zamówienia. Zamawiający konkretyzuje warunek posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, dysponowania potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, odnosząc go do konkretnych w tym przypadku usług, przy czym istotne jest czy mają one charakter zwykłych (których można oczekiwać w stosunkach danego rodzaju), czy specjalnych (związanych ze szczególnymi wymaganiami realizacji danego zamówienia) cech świadczenia, jakie będą przedmiotem umowy. Zamawiający powinien więc wziąć pod uwagę wszystkie

wymagania i okoliczności związane z wykonaniem zamówienia. Niezbędne doświadczenie wykonawcy należy rozumieć jako potwierdzone w praktyce posiadanie umiejętności w zakresie wykonywania danego rodzaju zamówień. W ocenie Sądu Okręgowego wymóg doświadczenia określony przez zamawiającego w przedmiotowej sprawie nie narusza uczciwej konkurencji, z uwagi na fakt że dopuszczalne jest doświadczenie zdobyte w innym parku narodowym zarówno na terenie Polski jak i innych krajów Unii Europejskiej. Również i kwota zamówienia - 500.000 zł nie jest wygórowana zważywszy na wartość przedmiotowego zamówienia - powyżej 700.000 zł.

Należy w tym miejscu zaznaczyć, że zakaz określania warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję nie oznacza

nakazu dopuszczenia do udziału wykonawców bez dokonania ich kwalifikacji - sprawdzenia ich wiarygodności i zdolności do należytego wykonania zamówienia. Natomiast precyzując warunki udziału w postępowaniu, zamawiający powinien opierać się na obiektywnych przesłankach, tak aby do udziału w postępowaniu był dopuszczony każdy wykonawca zdolny do wykonania zamówienia. Jak wskazuje się w doktrynie, celem unormowania nie jest jakiegokolwiek zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców, lecz wyłącznie ochrona interesów publicznych. W związku z tym, określając warunki udziału w postępowaniu, zamawiający jest ściśle związany przedmiotem i wartością zamówienia. Innymi słowy, warunki powinny być sformułowane w granicach, jakie wyznacza przedmiot świadczenia wykonawcy umowy w sprawie zamówienia publicznego, co w niniejszej sprawie zostało przez zamawiającego zrealizowane.

Odnosząc się z kolei do wymogów określonych w **pkt 4 Załącznika nr 1 do SIWZ oraz § 1 ust 4 umowy** w zakresie wymiaru kabin, skarżący zarzucił, że podanie przez zamawiającego wymiarów maksymalnych i minimalnych, a także określenie kolorystyki narusza zasady uczciwej konkurencji. Nieuzasadnione bowiem są wg skarżącego argumenty zamawiającego zarówno odnośnie większej stabilności i pojemności kabin wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w odniesieniu do kwestii dopasowania kabin do otoczenia ze względu na walory krajobrazowe środowiska naturalnego.

Należy wyjaśnić, że dyskryminacja wykonawców może wynikać z użycia przy opisie przedmiotu zamówienia tylko oznaczeń konkretnego producenta lub konkretnego produktu (dyskryminacja bezpośrednia) lub posługiwania się parametrami wskazującymi na konkretnego producenta lub konkretny produkt (dyskryminacja pośrednia), chyba że zamawiający wykaże, że wyłącznie produkty o parametrach granicznych wyznaczonych w specyfikacji umożliwią mu realizację celu założonego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W niniejszej sprawie zamawiający powołał się na argumenty przemawiające za oznaczeniem określonych wymiarów kabin i ich koloru, podkreślając specyfikę umiejscowienia toalet w parku narodowym. Ich większe wymiary mają na celu nie tylko zwiększenie komfortu korzystania z nich przez turystów zaopatrzonych w plecaki, choć to też jest jednym z powodów, ale także ze względu na większą pojemność zbiornika na odpady, co zmniejsza liczbę serwisów. Istotna jest też stabilność większych kabin z uwagi na panujące warunki atmosferyczne, a w szczególności na silne wiatry. Kolorystyka kabin również nie pozostaje bez znaczenia z uwagi na to, że toalety znajdują się nie tylko w miejscach przeznaczonych do turystyki i rekreacji, ale również w miejscach objętych ochroną ścisłą, ochroną czynną oraz ochroną krajobrazową, które są udostępniane na różnych warunkach w celach naukowych, edukacyjnych i kulturowych. W parku narodowym, który ustawowo jest zobligowany do ochrony krajobrazu, nie wzbudza wątpliwości chęć zachowania harmonii kolorystycznej.

Jednocześnie trzeba zauważyć, że fakt, iż nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania zamawiającego opisane w SIWZ i mogą go zaoferować oraz że wymagania techniczne są trudne do spełnienia przez niektórych wykonawców, nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji. Nie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą zaoferować żądany przedmiot zamówienia wszyscy wykonawcy działający w danej branży, co nie jest równoznaczne z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Ograniczona liczba

wykonawców mogących uczestniczyć w postępowaniu, z uwagi na określony przedmiot zamówienia, nie jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.

Skarżący, podnosząc w skardze zarzuty powołał się na niewystarczające udowodnienie poszczególnych wymogów przez zamawiającego i wnosił o przeprowadzenie w tym zakresie opinii biegłych z zakresu odpowiednich dziedzin nauki, a także świadków.

Należy zatem wyjaśnić, że ciężar udowodnienia twierdzeń w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą wyznacza art. 188 ust. 1, wyrażający normę prawną takiej samej treści, jak art. 230 kpc i nawiązujący do art. 6 kc. Stosownie do niego, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Chodzi tu zatem o wykazanie prawdziwości twierdzenia zdolnego uzasadnić dane żądanie lub zarzut. Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza. Aktywność we wnioskowaniu dowodów winien wykazywać zwłaszcza skarżący, gdyż to on wywodził z faktu skutki prawne. Zatem celem potwierdzenia stawianych zarzutów, to on powinien przeprowadzać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Nie ma też podstaw do zarzucania Izbie naruszenia art. 188 ust. 7 upzp, który wskazuje, iż skład orzekający dokonuje oceny dowodów przeprowadzonych w sprawie zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów. Organ procesowy zatem ocenia wyniki postępowania dowodowego według własnego przekonania, opartego na zasadach logiki i doświadczenia życiowego. Zdaniem Sądu Okręgowego Izba dokonała prawidłowej oceny dowodów, kierując się zasadami logicznego "rozumowania i z zebranego materiału dowodowego wyprowadziła logicznie uzasadnione wnioski.

Należy podkreślić, iż Sąd Okręgowy, rozpoznając skargę stosuje w zakresie nieuregulowanym ustawą odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o apelacji zgodnie z dyspozycją art. 194 ust. 2 upzp. Ma tu więc odpowiednie zastosowanie art. 381 kpc, według którego można pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą (KIO) mogła je powołać, chyba że potrzeba ich powołania wynikła później. Skarżący mógł bez przeszkód w postępowaniu przed KIO zgłosić wszystkie wnioski dowodowe zgłoszone w skardze oraz na rozprawie apelacyjnej i z tego względu Sąd Okręgowy wnioski te oddalił,

W ocenie Sądu Okręgowego, biorąc pod uwagę powyższe rozważania nie ma podstaw do czynienia Izbie zarzutów z tytułu naruszenia przepisów ustawy powołanych w skardze.

Z tych przyczyn skarga jako niezasadna podlegała oddaleniu, o czym orzeczono jak w sentencji na zasadzie art. 198 ust. 2 upzp, natomiast o kosztach orzeczono na podstawie art. 98 kpc w zw. z § 11 pkt 1.4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu.

Wyk. JS

/

/

f

l'

/ <AS; *s»

<".. '1

... 'A \