

ODPIS

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 marca 2009 roku

Sąd Okręgowy w Szczecinie Wydział VIII Gospodarczy
w składzie następującym:

Przewodniczący

Sędziowie

Protokolant

SSO Krzysztof Górski (spr.)

SSO Małgorzata Gawinek

SSO Agnieszka Woźniak

starszy sekretarz sądowy Monika Mackiewicz

po rozpoznaniu w dniu 20 marca 2009 roku, w Szczecinie

skargi odwołującego H.Cegielski- Fabryka Pojazdów Szynowych spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu

na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 27 stycznia 2009 r. sygnatura akt KIO/UZP 52/09

przy udziale zamawiającego Tramwaje Szczecińskie Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie.

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że nakazuje zamawiającemu unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę sześciu sztuk fabrycznie nowych wielocłonowych przegubowych niskopodłogowych tramwajów wraz z zestawem specjalistycznego wyposażenia obsługowego, zestawem pakietu naprawczego oraz szkoleniem pracowników zamawiającego (inżynierino-

technicznych i prowadzących tramwaje) prowadzone na podstawie ogłoszenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 grudnia 2008r, pod numerem 2008/S 105-140886;

II. zmienia zawarte w pkt. 2 i pkt. 2.2) opisanego wyżej wyroku rozstrzygnięcia o kosztach postępowania w ten sposób, że kosztami postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą obciąża zamawiającego i zasądza tytułem kosztów postępowania od zamawiającego Tramwaje Szczecińskie Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie na rzecz skarżącego H.Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu kwotę 8174 zł (ośmiu tysięcy stu siedemdziesięciu czterech złotych);

III. zasądza od zamawiającego Tramwaje Szczecińskie Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie na rzecz skarżącej H.Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu kwotę 3600 zł (trzech tysięcy sześciuset złotych) tytułem kosztów procesu w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi.

SSO Agnieszka Woźniak SSO Krzysztof Górski SSO Małgorzata Gawinek

**Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność
Sekretarz Sądowy**

St. Sekretarz Sądowy

Mortifla

¹kiewtch

Sygn. akt: VIII Ga 58/09

UZASADNIENIE

Komunikacyjny na podstawie ogłoszenia zamieszczanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 grudnia 2008 r. pod nr 2008/S 105-140886 wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę 6 sztuk fabrycznie nowych, wielocłonowych, przegubowych, niskopodłogowych tramwajów wraz z zestawem specjalistycznego wyposażenia obsługowego, zestawem pakietu naprawczego oraz szkoleniem pracowników zamawiającego. Z dniem 1 stycznia 2009 r. wskazany podmiot przekształcony został w spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością pod firmą „Tramwaje Szczecińskie”, która na podstawie art. 23 ust. 3 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U. z 2007 r., Nr 9, poz. 43 z późn. zm.) wstąpiła we wszystkie prawa i obowiązki związane z działalnością zakładu.

W dniu 17 grudnia 2008 r. spółka H.Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu wniosła protest co do wymogu spełnienia warunków dodatkowych określonych w pkt III.2.1 ogłoszenia, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w ciągu ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania wykonali należycie dostawę minimum dwóch przegubowych, wielocłonowych, niskopodłogowych, tramwajów podobnych do objętych przedmiotem zamówienia, dostarczonych łącznie lub w dwóch odrębnych dostawach.

W dniu 29 grudnia 2008 r. zamawiający oddalił protest wskazując, iż ma pełne prawo oczekiwać doświadczenia wykonawców w realizacji zgłoszonych zamówień. W dniu 9 stycznia 2009 r. składający protest wniósł za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej od tego rozstrzygnięcia, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie dyspozycji przepisów art. 22 ust. 2 w zw. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez określenie w pkt III.2.1 ogłoszenia o zamówieniu wymagań naruszających uczciwą konkurencję i uniemożliwiających ubieganie się o zamówienie wykonawcom zdolnym do jego wykonania z należyta starannością.

Wyrokiem z dnia 27 stycznia 2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych oddaliła odwołanie, obciążając odwołującego kosztami postępowania, w tym nakazała wypłatę przez odwołującego na rzecz zamawiającego kwoty 4210,97 zł tytułem poniesionych przez niego kosztów tj. kosztów dojazdu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu tego orzeczenia Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż odwołujący się posiada interes prawny dla złożenia środka ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w przypadku potwierdzenia zarzutów co do warunków udziału w postępowaniu naruszających zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji oznaczałoby, iż zamawiający uniemożliwił odwołującemu się ubieganie się o udzielenie spornego zamówienia.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej przepisy ustawy oraz rozporządzenia nie zawierają definicji pojęcia „dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia”, jednak zestawienie cech wskazanych przez zamawiającego przy określeniu przedmiotu zamówienia oraz przy opisie warunku udziału w postępowaniu w zakresie żadanego doświadczenia przy zastosowaniu wykładni językowej słowa „rodzaj”, dają - zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej - podstawy do wniosku, że cechy wyróżniające zamawiany tramwaj są zbieżne.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż przepis art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy oprócz posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, zdolności ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jest przepisem blankietowym i podlega konkretyzacji w każdym z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, tak aby warunki udziału w postępowaniu były adekwatne do przedmiotu zamówienia tzn. pozostawały z nim w związku na tyle ścisłym, by spełniający je wykonawca, był w stanie wykonać przedmiot zamówienia określony przez zamawiającego z należyta starannością. Jednocześnie ustawodawca w art. 22 ust. 2 cytowanej ustawy wprowadził zakaz określania warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż warunkiem ubiegania się o zamówienie objęte przedmiotem sporu zamawiający ustanowił doświadczenie w dostawie minimum dwóch przegubowych, wieloczlonowych, niskopodłogowych tramwajów podobnych do objętych przedmiotem zamówienia w ostatnich 3 latach przed dniem wszczęcia postępowania.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej warunek ten został postawiony adekwatnie do przedmiotu zamówienia tj. dostawy 6 sztuk fabrycznie nowych, przegubowych, wieloczlonowych, niskopodłogowych tramwajów, nie może utrudnić uczciwej konkurencji i równego traktowania, wobec czego nie potwierdził się zarzut naruszenia przepisów art. 7 ust. 2 oraz art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż zachowanie uczciwej konkurencji badane jest pod kątem kręgu podmiotów mogących wziąć udział w postępowaniu, spełnienie bowiem warunku przez tylko jednego wykonawcę narusza przedmiotową zasadę uczciwej konkurencji. Stwierdziła, iż odwołujący się nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie wyrażanego stanowiska, że postawiony warunek ogranicza uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Okoliczność, że odwołujący się nie spełnia tego warunku nie może świadczyć o naruszeniu przez zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 2 ustawy przy ustanawianiu warunku wykazania się doświadczeniem w dwóch dostawach tramwajów o cechach tożsamych z zamawianymi.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej warunek postawiony przez zamawiającego nie ogranicza uczciwej konkurencji, gdyż są go w stanie spełnić podmioty działające na rynku w tej branży. Izba dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego złożonym na rozprawie, iż postawienie tego warunku nie ograniczy konkurencji, gdyż doświadczeniem w zrealizowaniu dwóch dostaw przegubowych, niskopodłogowych tramwajów mogą wykazać się podmioty działające na rynku europejskim tj. kanadyjski Bombardier, niemiecki Siemens, czeska Tatra i Skoda. Zamówienie to mogą bowiem realizować przedsiębiorcy z terenu całej Unii Europejskiej.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza oparła się na dowodzie przedstawionym przez zamawiającego, tj. opinii Instytutu Gospodarki Przestrzennej i Mieszkalnictwa z dnia 15 stycznia 2009 r. oraz opinii z dnia 19 stycznia 2009 r. Dyrektora Instytutu Maszyn Elektrycznych Politechniki Warszawskiej prof. Adama Szeląga.

W świetle wskazanych dowodów Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż podniesione przez odwołującego zarzuty nie potwierdziły się, wobec czego oddaliła skargę.

Powyższy wyrok zaskarżył w całości odwołujący się zarzucając mu;

1) naruszenie § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja

2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane poprzez błędną wykładnię ww. przepisu polegającą na przyjęciu, że wykaz „dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiotowi zamówienia”, których zażądać mógł zamawiający, w celu potwierdzenia warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy, stanowić mogą dostawy, których przedmiot stanowią tramwaje mające dokładnie te same cechy, co tramwaje będące przedmiotem Zamówienia, a nie jakiegokolwiek inne tramwaje;

2) naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewłaściwe zastosowanie ww. przepisów polegające na przyjęciu, że określony przez zamawiającego i kwestionowany przez skarżącego w odwołaniu warunek udziału w postępowaniu wynikający z punktu ill.2.1. ogłoszenia opublikowanego przez zamawiającego w postępowaniu

a) nie utrudnia uczciwej konkurencji, podczas gdy formułując przedmiotowy warunek zamawiający de facto zażądał, aby uczestnicy postępowania wykazali się na jego potwierdzenie doświadczeniem tożsamym, a biorąc pod uwagę specyfikę rynku tramwajów nieuwzględnioną przez Izbę, wręcz identycznym

w swym zakresie z przedmiotem Zamówienia;

b) nie ograniczy konkurencji, podczas gdy sposób sformułowania przez zamawiającego tego warunku sprawia, iż w postępowaniu poza skarżącym nie może uczestniczyć co najmniej dziewięciu innych wykonawców działających na rynku Unii Europejskiej produkujących tramwaje - zdolnych do realizacji zamówienia

3) naruszenie art. 188 ust. 7 w zw. z art. 188 ust. 5 zd. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewłaściwe zastosowanie ww. przepisów, mające istotny wpływ na wynik sprawy, polegające na przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów i uznaniu przez Izbę za wiarygodne twierdzenia zamawiającego, iż postawiony przez niego warunek udziału w postępowaniu nie ograniczy konkurencji, gdyż w postępowaniu uczestniczyć może czeska Skoda, podczas gdy w momencie orzekania przez Izbę faktem powszechnie znanym i w związku z tym nie wymagającym dowodu było, że Skoda ze względu na zamieszczenie przez zamawiającego w specyfikacji dyskryminujących dla niej warunków dotyczących wykonania przedmiotu zamówienia nie mogła uczestniczyć w postępowaniu i z tej przyczyny, podobnie jak skarżąca, złożyła protest;

4) naruszenie art. 188 ust. 7 w zw. z art. 188 ust. 4 zd. 1 oraz art. 188 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez niewłaściwe zastosowanie ww. przepisów, mające istotny wpływ na wynik sprawy, polegające na przekroczeniu przez Izbę granic swobodnej oceny dowodów i uznaniu, w oparciu o przedłożone przez Zamawiającego opinie (dokumenty prywatne), że doświadczenie zdobyte przez skarżącą nie jest adekwatne do przedmiotu zamówienia, podczas gdy tego typu ustalenia wymagały wiadomości specjalnych, a zatem stwierdzone powinny być dowodem z opinii niezależnego biegłego sądowego, który Izba mogła przeprowadzić z urzędu.

Wskazując na powyżej przedstawione zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i uwzględnienie odwołania wykonawcy od rozstrzygnięcia protestu poprzez nakazanie zamawiającemu unieważnienia całego postępowania bowiem na tym etapie (w postępowaniu nastąpiło już otwarcie ofert) niemożliwa, jest już zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz skarżącego kosztów postępowania skargowego, a także poniesionych przez niego kosztów postępowania z odwołania.

Skarżący podniósł, iż zaskarżony wyrok w ogóle nie uwzględnia cech rynku właściwego, na którym udzielone ma być Zamówienie, czego następstwem jest błędne przyjęcie, że sposób sformułowania przez Zamawiającego spornego warunku udziału w Postępowaniu nie utrudnia uczciwej konkurencji w rozumieniu art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 ustawy Pzp.

Zdaniem skarżącego uzasadnienie kwestionowanego wyroku w żadnym miejscu nie odnosi się do następujących cech rynku tramwajów, które to cechy przedstawione zostały przez Wykonawcę zarówno w odwołaniu, jaki i w proteście:

a) fakt, iż produkcja tramwajów przeznaczona jest w całości na rynek publiczny, całkowicie uzależnia ją od udzielenia zamówienia publicznego, a zatem niemożność uzyskania zamówienia stanowi barierę uniemożliwiającą przedsiębiorcy wejście na rynek;

b) w Polsce i w Europie przeprowadzana jest rocznie ograniczona ilość postępowań o udzielenie zamówienia na dostawę tramwajów, co dodatkowo zwiększa bariery dostępu do przedmiotowego rynku;

c) wymagania zamawiających dotyczące cech zamawianych tramwajów są za każdym razem wysoce zindywidualizowane, co powoduje, że każdy wykonawca działający w branży tramwajowej jest w pełni przygotowany dostosować wytwarzany pojazd do oczekiwań zamawiającego.

W ocenie skarżącego cechy rynku właściwego powinny być uwzględnione przez Izbę przy badaniu naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 ustawy Pzp gdyż wymaga tego opisana

specyfika rynku tramwajowego, jasno wymagają tego poglądy doktryny, wedle których: „formułowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który zapewnia uczciwą konkurencję oznacza wyznaczenie pewnego minimalnego poziomu potencjału osobowego, finansowego, ekonomicznego, technicznego oraz doświadczenia uzależnionego od przedmiotu zamówienia, jego wartości przy uwzględnieniu rynku właściwego. W świetle powyższych uwarunkowań rynku tramwajów żądanie posiadania doświadczenia w dostawach tramwajów konkretnych rodzajów, stanowiło - w ocenie skarżącego - rażące ograniczenie konkurencji, które w nieuzasadniony sposób zdyskwalifikowało wykonawców dostarczających w ciągu trzech ostatnich lat inny niż wskazany przez zamawiającego rodzaj tramwajów.

Skarżący podniósł, że Izba nie tylko niesłusznie przyznała zamawiającemu prawo domagania się od wykonawców wykazaniem się realizacją zadań tożsamyh, prawie identycznych z przedmiotem udzielanego zamówienia, ale wręcz sama określiła doświadczenie, którym wykazać się mieli wykonawcy - jako zbieżne z przedmiotem zamówienia. Postąpiła przy tym wbrew utrwalonej linii orzecznictwa, zgodnie z którą wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia szeregu wykonawców zdolnych do należytego wykonania tego zamówienia lecz nie mogących wykazać się okresie ostatnich trzech lat realizacją zadań tożsamyh z przedmiotem zamówienia powoduje naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie skarżącego Izba trafnie uznała, iż krąg podmiotów mogących uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia ma decydujący charakter dla stwierdzenia, czy zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu z zachowaniem uczciwej konkurencji, to jednak błędnie założyła, że naruszenie zasady uczciwej konkurencji nie wchodzi w grę, w przypadku, gdy warunki udziału w postępowaniu spełnia kilku wykonawców. Jego zdaniem izba bezpodstawnie uznała za wiarygodne wyjaśnienia zamawiającego, iż postawiony przez niego warunek udziału w postępowaniu spełnić może czeska Skoda, gdyż faktem powszechnie znanym w momencie orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą, a więc nie wymagającym dowodu, było, że Skoda ze względu na zamieszczone przez zamawiającego w treści specyfikacji dyskryminujące ją warunki dotyczące wykonania przedmiotu zamówienia, nie mogła uczestniczyć w postępowaniu, a zatem trudno uznać ją w tym wypadku za przedsiębiorcę mogącego realizować zamówienie.

W świetle tych okoliczności widocznym zdaniem skarżącego jest, że spośród zestawionego przez Izbę kręgu pięciu podmiotów, jedynie cztery mogłyby uczestniczyć w postępowaniu, niemniej w ocenie skarżącego Krajowa Izba Odwoławcza powinna brać pod uwagę wszystkich wykonawców działających na danym rynku, w zależności bowiem od łącznej ilości podmiotów działających w badanej branży, określona liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu może mieć różne znaczenie.

Skarżący wskazał, że odmienne sformułowanie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, polegające na zażądaniu wykazania się doświadczeniem w zakresie dostaw tramwajów, bez względu na posiadane przez te pojazdy cechy, a więc przegubowość, wieloczołowość oraz co najmniej 60% procent niskiej podłogi sprawiłoby, iż w postępowaniu uczestniczyć mogłoby poza zamawiającym co najmniej dziewięciu wykonawców. W świetle powołanej wyżej liczby wykonawców nie mogących uczestniczyć w postępowaniu wskutek sposobu sformułowania przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, widocznym jest, iż działanie zamawiającego naruszyło zasadę uczciwej konkurencji określoną w art. 7 ust. i i art. 22 ust. 2 ustawy Pzp.

Skarżący podkreślił, że wydając zaskarżone orzeczenie Krajowa Izba Odwoławcza pominęła zasadnicze ratio legis art. 7 ust. I oraz art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe przepisy czyniąc postępowanie o udzielenie zamówienia dostatecznie otwartym i konkurencyjnym dla wykonawców, chronią nie tylko interesy samych wykonawców, służą one natomiast również temu, aby środki publiczne wydatkowane były w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, a więc zgodnie z wymogami określonymi w przepisie art. 35 ust. 3 pkt 1 r z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U. Nr 249, poz. 2104, z późn. 2m.).

Zdaniem skarżącego dopuszczenie do postępowania jedynie wąskiego grona

wykonawców spełniających wymagania zamawiającego, lecz skłonnych zrealizować zamówienie po istotnie wyższych cenach, ze względu na brak wystarczającej konkurencji, nie zapewni osiągnięcia najlepszych efektów. Skarżący podkreślił, iż realną konsekwencją sposobu sformułowania przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu było zaś to, iż do postępowania zgłosić się były w stanie skutecznie jedynie dwa podmioty — w tym wyłącznie jeden spełniający wszystkie warunki Solaria Bus&Coach S.A. z Bolechowa, który nie wyprodukował jeszcze żadnego tramwaju, a w postępowaniu wziąć mógł udział, ze względu na spełnienie postawionego przez zamawiającego warunku uczestnictwa przez wykonawcę działającego z nim w konsorcjum. Ilość podmiotów mogących realnie ubiegać się o zamówienia, zdaniem skarżącego, nie zapewnia dostatecznej konkurencyjności postępowania rażąco naruszając interesy pozostałych wykonawców niespełniających warunków udziału w postępowaniu.

Skarżący podniósł, iż nie sposób zgodzić się z zawartymi w skarżonym wyroku ustaleniami, wedle których doświadczenie w produkcji tramwajów posiadane przez Skarżącą nie jest adekwatne do przedmiotu zamówienia. Ustalenia te, jego zdaniem, wymagały wiadomości specjalnych, które potwierdzić mogła jedynie opinia biegłego (art. 188 ust. 4 zd.1 ustawy Pzp). Izba niesłusznie oparła się w tym zakresie na stanowiącej dokument prywatny sporządzony na zlecenie Zamawiającego, opinii Instytutu Gospodarki Przestrzennej i Mieszkalnictwa z dnia 15 stycznia 2009 r. w sposób nieuzasadniony wyolbrzymiającej wagę różnic technologicznych w doświadczeniu zdobytym przez Protestującą i doświadczeniu uzyskanym przy konstrukcji i wagonów wieloczlonowych, niskopodłogowych, przegubowych. Argumentacja wspomnianej wyżej opinii nie zasługuje - zdaniem skarżącego - na uwzględnienie, gdyż doświadczenie zdobyte przez FPS przy wyprodukowaniu tramwaju typu 118N PUMA jest pochodną wieloletnich wcześniejszych doświadczeń FPS w budowie pojazdów tramwajowych i w wyprodukowanym i posiadającym homologację, eksploatowanym egzemplarzu tramwaju stanowi ukoronowanie tych doświadczeń.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje:

Skarga okazała się uzasadniona.

Zgodnie z treścią art. 194 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych (w dalszym toku wywodów określonej skrótem KIO) stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu. Celem skargi jest ponowne merytoryczne rozpoznanie sprawy w zakresie żądań zgłoszonych w odwołaniu. W postępowaniu tym, w zakresie skarg dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych po dniu wejścia w życie ustawy nowelizującej - ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r., Nr 171 poz. 1058) tj. po dniu 24 października 2008 r. - jak to ma miejsce w niniejszej sprawie - Sąd nie może orzekać w przedmiocie zarzutów, które nie były przedmiotem protestu (art. 198 ust. 4 wskazanej ustawy).

Skarżąca kwestionuje poprawność SIWZ w tym zakresie w jakim formułują one wymogi udokumentowania doświadczenia, którym powinien cechować się podmiot biorący udział w postępowaniu przetargowym.

Zasadniczo bezsporny (oparty na dokumentach) jest stan faktyczny dotyczący brzmienia SIWZ i ogłoszenia o przetargu w objętym mniejszą sprawą postępowaniu przetargowym. W tym zakresie Sąd przyjmuje za własne ustalenia poczynione w zaskarżonym orzeczeniu KIO bez potrzeby ich ponownego przytaczania.

Analizę jurystyczną prawidłowości zaskarżonego orzeczenia rozpocząć należy od

przypomnienia, że zamawiający ma prawo formułować swoje wymogi dotyczące udokumentowania doświadczenia zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt. 2) PZP. Przepis ten stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia.

W nauce przyjmuje się powszechnie, że norma wynikająca z tego przepisu stanowi kompetencję dla dookreślania przez zamawiającego w SIWZ wymogów, jakie powinien spełniać wykonawca przystępując do przetargu. Wskazuje się, że treść SIWZ musi być dostosowana w tym zakresie do konkretnego przedmiotu zamówienia. Zatem w SIWZ powinna nastąpić prawidłowa transpozycja normy ustawowej, polegająca na jej dostosowaniu do realiów konkretnego postępowania przetargowego.

W tym kontekście dostrzec jednak należy, że wymogi sformułowane w SIWZ muszą mieścić się w treści powołanego wyżej przepisu, a zatem żądania udokumentowania doświadczenia muszą pozwalać na określenie istnienia po stronie wykonawcy doświadczenia i wiedzy **niezbędnych** do wykonania zamówienia. Ustawa określa zatem normatywnie poziom kompetencji technicznych, jakich ma prawo wymagać zamawiający i których brak powoduje wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 10) PZP. Zatem zamawiający nie może dowolnie kształtować wymogów dotyczących udokumentowania poziomu doświadczenia, jakiego oczekuje od oferentów. Ustawowym ograniczeniem prawa zamawiającego do kształtowania SIWZ w omawianym zakresie jest bowiem poziom wiedzy i doświadczenia wykonawcy niezbędny w płaszczyźnie przedmiotu zamówienia. Poziom ten musi być więc relatywizowany w każdym przypadku do konkretnego przedmiotu zamówienia (np. jego złożoności technologicznej). Swoboda zamawiającego co do kształtowania postanowień SIWZ w omawianym zakresie (żądania wykazania kompetencji technicznych) jest więc ograniczona celem przepisu art. 22 ust. 1 pkt. 2) PZP, jakim jest weryfikacja zdolności oferentów do należytego wykonania zamówienia i umożliwienie eliminacji z udziału w postępowaniu przetargowym tych podmiotów, które z powodu braku niezbędnego doświadczenia i wiedzy nie będą w stanie w sposób prawidłowy wykonać zamówienia.

Jednocześnie dostrzec też należy dalsze ustawowe ograniczenie swobody zamawiającego w omawianym zakresie statuowane normą art. 22 ust. 2 PZP. W tym przepisie zastrzeżono, że zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Dokonując wykładni przepisu art. 22 PZP w nauce prawa wskazuje się, że zakaz utrudniania uczciwej konkurencji wymaga od zamawiającego, by precyzując warunki udziału w przetargu opierał się na przesłankach obiektywnych. Podkreśla się, że celem przepisu jest wyłącznie ochrona interesu publicznego i nie może on stanowić podstawy do nieuzasadnionego zawężenia kręgu potencjalnych wykonawców (por. np. *M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. elektr. LEX 2007, komentarz do art. 22, teza 8*).

Tytułem uwag wstępnych dodać w tym miejscu też należy, że ciężar dowodu zgodności wymagań wynikających z SIWZ z przepisem art. 22 ust. 1 i ust. 2 spoczywa na zamawiającym. Zgodnie z ogólną regułą dowodową zawartą w art. 6 k.c. ciężar dowodu spoczywa na tym, kto z danego faktu wywodzi korzystne skutki prawne. Zgodnie zaś z art. 25 ust. 1 PZP w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Jeśli więc zamawiający twierdzi, że ma prawo żądać od oferenta chcącego wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, złożenia określonych dokumentów i spełnienia określonych kryteriów, to w przypadku procesu jest zobowiązany wykazać istnienie faktów uzasadniających to prawo w tym również tego, że jego żądanie nie narusza zakazu określonego normą art. 22 ust. 2 PZP (por. w literaturze np. *J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2005, s. 84*).

Odnosząc powyższe uwagi do realiów niniejszej sprawy stwierdzić należy przede wszystkim, że sformułowanie użyte w SIWZ nie spełnia opisanego wyżej kryterium obiektywnego sformułowania przesłanek oceny kompetencji technicznych wykonawcy do udziału w postępowaniu.

Zgodnie z brzmieniem pkt III.2.1 ogłoszenia w niniejszej sprawie, o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w ciągu ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania wykonalni należycie dostawę minimum dwóch przegubowych, wielozłonowych, niskopodłogowych, tramwajów podobnych do objętych przedmiotem zamówienia, dostarczonych łącznie lub w dwóch odrębnych dostawach. Jednocześnie sprecyzowano wyłącznie pojęcie „wersji niskopodłogowej” wskazując, że pod tym pojęciem przyjmuje się „tramwaj o powierzchni niskiej podłogi wynoszącej od 60% do 100% części pasażerskiej”.

Zawarta w SIWZ regulacja sprowadza się do przyjęcia, że wyznacznikiem niezbędnego doświadczenia i wiedzy wykonawcy jest fakt dostawy w okresie trzech lat pojazdów o określonych parametrach technicznych, co uzasadnia zamawiający specyfiką (innowacyjnym charakterem) pojazdów niskopodłogowych, odróżniającą ten produkt od innych typów wagonów tramwajowych.

Krytyczna analiza postanowień SIWZ w omawianym zakresie wymaga wstępnego zwrócenia uwagi na fakt, że dla określenia przesłanek oceny niezbędnego doświadczenia oferenta zażądano udokumentowania faktu dostawy (dostaw) pojazdów „podobnych” do objętych przedmiotem zamówienia. Jednocześnie w żadnym fragmencie SIWZ nie podano kryteriów oceny podobieństwa. W efekcie takiej redakcji SIWZ dochodzi do tego, że w przypadku, kiedy dostawca nie legitymuje się dostawą tramwajów identycznych do tych, jakie są objęte przedmiotem zamówienia, ocena, czy wcześniej dostarczone pojazdy spełniają kryterium podobieństwa, pozostanie w istocie subiektywną oceną zamawiającego, nie podlegającą („wynikającą się”) obiektywnej weryfikacji. Nie wynika bowiem z treści SIWZ np., czy pojazd minimalnie niespełniający kryteriów odpowiadających definicji „wersji niskopodłogowej” będzie jeszcze pojazdem podobnym, czy też jego dostawa nie będzie już mogła dokumentować doświadczenia i wiedzy koniecznych według zamawiającego do udziału w przetargu. Analogicznie należy postrzegać kwestię oceny podobieństwa innych elementów zamawianego pojazdu wymienianych w SIWZ (np. kryteriów przyjętych przy definiowaniu „niskiej podłogi”, pojemności wagonu, parametrów układu napędowego itp.). Również więc w odniesieniu do tych elementów brak sprecyzowanych (zobiektywizowanych) kryteriów oceny podobieństwa powoduje, że ocena ta (w toku przetargu w oparciu o tak zredagowane SIWZ) może być przeprowadzona jedynie według subiektywnych kryteriów zamawiającego i może doprowadzić do wykluczenia z przetargu wyłącznie na podstawie subiektywnej oceny zamawiającego.

Takie ułożenie treści SIWZ, (niezależnie od przedstawianych w niniejszej sprawie intencji zamawiającego) musi być oceniane jako sprzeczne z zakazem utrudniania uczciwej konkurencji. Zatem już w tym świetle należy za uzasadniony zarzut naruszenia normy art. 22 ust 2 oraz art. 7 ust 1 PZP.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że w ocenie Sadu Okręgowego w niniejszym składzie nie jest uzasadniona argumentacja zamawiającego w tej części, w której sugeruje on, iż ma prawo do żądania udokumentowania przez wykonawców wykonania w okresie trzech lat poprzedzających wszczęcie postępowania przetargowego, dostaw pojazdów o parametrach analogicznych do będących przedmiotem postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Argumentacja ta w niniejszej sprawie sprowadza się do przyjęcia, że tzw. tramwaje niskopodłogowe są na tyle specyficznymi produktami, iż zasadnym jest wyróżnienie rynku tych pojazdów i dla prawidłowego wykonania zamówienia nie będzie wystarczającym posiadanie przez wykonawcę doświadczenia i wiedzy dotyczących ogólnego rynku tramwajów.

Abstrahując od oceny kwestii zasadności wyodrębniania rynku tramwajów

niskopodłogowych, stwierdzić należy, że przepisy prawa nie dają podstaw do ograniczenia udokumentowania doświadczenia i wiedzy w rozumieniu normy art. 22 ust 1 pkt 2) PZP poprzez wykazanie wykonania dostaw produktu o konkretnych cechach.

W rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006, w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87 poz 605 ze zm.) wskazuje się, że zamawiający może żądać wykazu wykonanych dostaw lub usług odpowiadających rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia (§1 ust 2 pkt. 2) rozporządzenia).

W nauce dokonując wykładni omawianego pojęcia wskazuje się, że należy je rozumieć w ten sposób, iż usługą tego samego rodzaju będzie usługa kwalifikowaną do tej samej kategorii, a dostawa tego samego rodzaju to dostawa należąca do tej samej grupy zgodnie z definicjami zawartymi we Wspólnym Słowniku Zamówień (CPV) - por. *E. Norek, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2008* - komentarz do art. 22 teza 6).

Pogląd ten uznać należy za juredycznie uzasadniony zwłaszcza w świetle dyrektyw wykładni systemowej. Normy regulujące określoną sytuację faktyczną muszą być wykładane w sposób tworzący spójną całość. Jeśli więc normodawca dąży do ujednolicenia pojęć przez wprowadzenie Wspólnego Słownika Zamówień, to pozostałe przepisy PZP i aktów wykonawczych, powinny być interpretowane przy uwzględnieniu istnienia CPV jako normatywnej klasyfikacji potencjalnych przedmiotów zamówień publicznych..

Przedstawiona interpretacja jest uzasadniona również względami pewności prawa. Pamiętać bowiem należy, że w myśl art. 25 PZP zamawiający może żądać od oferenta jedynie takich dokumentów, które są niezbędne dla prawidłowego przeprowadzenia przetargu. Rodzaje tych dokumentów w sposób enumeratywny wylicza powołane wyżej rozporządzenie. Norma art. 22 PZP tworzy więc logiczną spójność z normą art. 25 PZP i wydanymi na jej

podstawie przepisami wykonawczymi zawartymi w powołanym wyżej rozporządzeniu z dnia 19 marca 2006.

Skoro normy rozporządzenia wskazują, w jaki sposób powinno być udokumentowane posiadanie niezbędnego doświadczenia i wiedzy, to przyjąć należy, że zamawiający nie może w dalej idący sposób ograniczać możliwości wykonawcy przez formułowanie dodatkowych zastrzeżeń, jakim powinno odpowiadać prawidłowe udokumentowanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Za takie dodatkowe ograniczenie poczytać zaś należy zastrzeżenie że dokumenty dotyczyć powinny wyłącznie dostaw przedmiotów o określonych parametrach technicznych. Wskazywanie parametrów zamówień stosownie do subiektywnych oczekiwań zamawiającego może bowiem potencjalnie uniemożliwiać wykazanie doświadczenia przez podmiot posiadający znaczne doświadczenie i wiedzę w konkretnym segmencie rynku oraz adekwatny do przedmiotu zamówienia potencjał techniczny, który jednak w okresie ostatnich trzech lat nie wykonywał przedmiotów o parametrach opisywanych przez zamawiającego np. ze względu na inne oczekiwania kontrahentów, z którymi w tym czasie kooperował gospodarczo. Nie można więc uznać, by przyjęcie w SIWZ (jako podstawy oceny posiadania niezbędnego doświadczenia i wiedzy), konieczności udokumentowania faktu dostaw przedmiotów o określonych parametrach technicznych pozwalało na zachowanie obiektywnych reguł oceny i nie utrudniało uczciwej konkurencji. Taki zabieg powoduje bowiem istotne ryzyko wykluczenia z przetargu *a limine* podmiotów posiadających odpowiedni potencjał techniczny i intelektualny lecz realizujących w ostatnich trzech latach dostawy przedmiotów mieszczących się w tej samej kategorii zgodnie z CPV, lecz o innych parametrach technicznych dostosowanych do potrzeb i wymogów konkretnych kontrahentów.

Przyjęcie zaś takiej praktyki w danym szczególnym segmencie rynku przez większy krąg zamawiających, może spowodować w istocie faktyczne zamykanie tego rynku poprzez sukcesywną eliminację tych producentów, którzy w ciągu ostatnich trzech lat nie pozyskują odpowiedniej liczby zamówień na produkt o określonych parametrach, mimo że funkcjonują oni na danym rynku i posiadają odpowiednie kompetencje techniczne.

Teza ta jest uzasadniona zwłaszcza w odniesieniu do takich zamówień, które dotyczą przedmiotów o znacznym stopniu skomplikowania technicznego nie będących swobodnie (powszechnie) dostępnymi w obrocie, lecz wykonywanych na konkretne zamówienia, które indywidualizują oczekiwania co do parametrów dostarczanych rzeczy.

Z tych przyczyn w ocenie Sądu Okręgowego w niniejszej sprawie błędnym jest w świetle regulacji art. 22 ust 1 pkt 2) w zw. z art. 25 ust 1 i ust. 2 PZP, stawianie dodatkowych wymogów dotyczących parametrów przedmiotów, które były przedmiotem dostaw jest nieuzasadnione prawnie. Prawo zamawiającego ograniczać się więc powinno zgodnie z art. 25 PZP do żądania udokumentowania dostaw przedmiotów mieszczących się w tej samej grupie zdefiniowanej w CPV.

Wniosków odmiennych nie można uzasadniać powołując się na regulację zawartą przywołanej przez zamawiającego w odpowiedzi na skargę dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady UE z dnia 31 marca 2004 w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE. L. 2004.134.114).

W myśl normy art. 48 ust 2 lit a) pkt. ii) też dyrektywy jednym z dowodów możliwości technicznych wykonawcy może być bowiem wykaz głównych dostaw lub usług zrealizowanych w ciągu ostatnich trzech lat z podaniem kwot dat wykonania oraz odbiorców publicznych lub prywatnych. W dalszym ciągu tego przepisu normodawca opisuje formę udokumentowania tych dostaw lub usług w zależności od tego, czy zamawiającym była instytucja publicznie prawna czy też nabywca prywatny.

Przepis ten (także w pozostałej jego części, dotyczącej innych form weryfikacji kwalifikacji technicznych i zawodowych oferenta) nie daje podstaw do tego, by w jego świetle uznać, iż zamawiający ma prawo do żądania wykazania się przez oferenta dostawą przedmiotów o określonych parametrach technicznych. Skoro bowiem w jego treści mowa o dostawach „głównych” przyjąć należy, że w jego treści chodzi o dostawy posiadające istotne znaczenie dla przedsiębiorstwa oferenta.

Nie jest rolą Sądu w niniejszej sprawie dokonywanie oceny poprawności implementacji dyrektywy do prawnego porządku krajowego, dokonanej przez polskiego ustawodawcę ustawą z dnia 4 września 2008 o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 171 poz 1058). Dla potrzeb rozstrzygnięcia niniejszej sprawy poprzestać należy na stwierdzeniu, że zgodnie z zasadą tzw. wykładni zgodnej prawa krajowego z prawem unijnym normy prawa krajowego powinny być interpretowane w sposób zapewniający prawidłowe wykonanie norm prawa europejskiego (por. szczegółowe wywody - *C. Mik, Wykładnia zgodna prawa krajowego z prawem Unii Europejskiej [w:] Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej, Kraków 2005, s. 115 i n.*).

Jeśli tak, to norma art. 25 PZP i wydane na jej podstawie przepisy wykonawcze, muszą być interpretowane w sposób odpowiadający przepisom prawa europejskiego. To z kolei nie pozwala na uznanie, by w drodze interpretacji art. 22 PZP przyznać zamawiającemu uprawnienia szersze, niż te, które wynikają z powołanej wyżej dyrektywy. Norma dyrektywy bowiem nie może być uznana za kształtującą w omawianym zakresie minimalne uprawnienia zamawiającego. Przeciwnie - biorąc pod uwagę treść motywów dyrektywy (zwłaszcza motywu (2) dyrektywy) przyjąć należy, że wyznacza ona poziom maksymalny uprawnień zamawiającego w zakresie kontroli kompetencji technicznych oferentów.

Z tych przyczyn także argumentacja zamawiającego odwołująca się do treści opisanej dyrektywy w ocenie Sądu nie może znaleźć uznania.

Reasumując tą część rozważań stwierdzić należy, że zamawiający nie ma prawa żądać wykazania przez wykonawcę swoich kompetencji technicznych do wykonania zamówienia przez udokumentowanie dostawy produktów o określonych parametrach technicznych o ile istnienie tych parametrów nie wpływa na kwalifikację produktu do grupy zgodnie z CPV

Skoro zamawiający w ogłoszeniu o przetargu opisał zgodnie z CPV przedmiot zamówienia posługując się kategoriami dotyczącymi tramwajowych wagonów pasażerskich (34622100-4) oraz Części lokomotyw kolejowych lub tramwajowych, lub taboru kolejowego;

urządzenia do sterowania mchem kolejowym (34630000-2), to w tym zakresie ograniczone było jego prawo do wskazania przedmiotu dostaw, których wykazania przez wykonawców oczekiwał na podstawie art. 22 ust. 1 pkt. 2) PZP w zw. z art. 25 PZP.

Podkreślić należy, że wskazana wyżej argumentacja, nie może być rozumiana jako pozbawiająca zamawiającego kompetencji do weryfikacji sfery doświadczenia i wiedzy (kwalifikacji technicznych) oferenta w płaszczyźnie normy art. 22 ust. 1 pkt. 2) PZP. W świetle tej normy oraz przepisów rozporządzenia z dnia 19 marca 2006 interpretowanych zgodnie z regulacją zawartą w opisaney wyżej dyrektywie, zamawiający ma istotne możliwości weryfikacji potencjału osobowego i technicznego wykonawcy oraz określenia kryteriów oceny tych kwalifikacji. Przyjęte przez zamawiającego kryteria muszą natomiast uwzględniać wnioski wynikające z całokształtu regulacji PZP i powinny umożliwiać obiektywną weryfikację kwalifikacji technicznych oferenta (w tym również weryfikację decyzji zamawiającego o wykluczeniu oferenta). Kwestią zamawiającego jest natomiast sprecyzowanie w SIWZ kryteriów oceny kompetencji zamawiającego (niezbędnej wiedzy i doświadczenia) w sposób odpowiadający regulacji art. 22 ust 2 w zw. z art. 25 PZP.

W tym kontekście należy też, ściśle odróżniać kwestię weryfikacji kompetencji technicznych zamawiającego (art. 22 ust. 1 pkt. 2) PZP od weryfikacji cech (zgodności z normami jakościowymi) oferowanego produktu (art. 25 ust. 1 pkt 2) PZP oraz §3 cytowanego wyżej rozporządzenia z dnia 19 maja 2006.

Odnosząc się z kolei do poruszanych przez strony w toku postępowania wywołanego skargą, kwestii prawnoprocesowych stwierdzić należy, że nie ma podstaw prawnych do tego, by także w postępowaniu przed KIO uznawać walor dowodowy prywatnej (sporządzonej na zlecenie strony postępowania) opinii (ekspertyzy).

Przypomnieć należy w tym miejscu, że w świetle utrwalonych poglądów w nauce i orzecnictwie Sądu Najwyższego sporządzona na zlecenie strony przed procesem albo w jego trakcie ekspertyza osoby posiadającej wiedzę specjalistyczną (tzw. „prywatna opinia biegłego”) nie może w procesie stanowić dowodu (w szczególności nie może być utożsamiana z dowodem z opinii biegłego w rozumieniu normy art. 278 k.p.c.). Znaczenia takich wypowiedzi należy upatrywać wyłącznie jako wyjaśnień stanowiących poparcie, z uwzględnieniem wiadomości specjalnych, stanowiska stron. Podkreśla się, że pozasądowa ekspertyza nie podlega w sprawie ocenie jako dowód z opinii biegłego, a oparcie rozstrzygnięcia na prywatnych ekspertyzach stanowi naruszenie normy art. 278 k.p.c. (por. przede wszystkim *orzeczenia SN z 12 kwietnia 2002, ICKN 92/00, LEX nr 53932, wyrok z dnia 8 czerwca 2001, I PKN 468/00, OSNP 2003/8/197, wyrok 15 stycznia 2004, II CK 162/03 LEX nr 148240, K. Knoppek, Dokument w procesie cywilnym, Poznań 1993, s. 107 i tam cytowane wcześniejsze orzecnictwo SN oraz wypowiedzi nauki prawa).*

Regulacja postępowania przed KIO zawiera w sobie przepisy dotyczące postępowania dowodowego jakkolwiek lakoniczne, to jednak zasadniczo analogiczne do przepisów k.p.c. Wskazać tu należy przede wszystkim na treść art. 188 ust 4 PZP, który określa tryb powołania biegłego (przewidując, że to Izba może powołać biegłego, a zatem określając instytucję dowodu z opinii biegłego w sposób analogiczny do k.p.c.). Do takich samych wniosków prowadzi analiza rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołać (por. § 21 ust. 2 i 3 oraz §22 rozporządzenia traktujące o trybie dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego). Przyjąć należy w świetle tych regulacji, że dowód z opinii biegłego jako procesowy sposób pozyskiwania wiedzy (wiadomości) specjalnej, wymaga zachowania także w tym postępowaniu standardów bezstronności biegłego i nie może być zastępowany przed dokumenty sporządzane przez podmioty wprawdzie posiadające taką wiedzę, lecz działające (sporządzające ekspertyzy) na zlecenie którejkolwiek ze stron postępowania.

W tym świetle nie może być uznane za prawidłowe opieranie przez KIO (istotnych w świetle motywów wydanego przez ten organ rozstrzygnięcia), ustaleń w oparciu o tzw. prywatne ekspertyzy. Czynienie na tej podstawie ustaleń w świetle przytoczonego wyżej orzecnictwa SN stanowi naruszenie przepisów o dowodzie z opinii biegłego - a zatem w

odniesieniu do postępowania przed Izłą - narusza przywołaną wyżej normę art. 188 ust 4 PZP.

Dodać należy, że w świetle wcześniej przedstawionych rozważań, uznanie kwestionowanego zapisu SIWZ za sprzeczny z prawem, nie wymagało prowadzenia postępowania dowodowego z opinii biegłych w zakresie postulowanym przez zamawiającego w toku postępowania przed KIO. Zasadnicze konkluzje rozstrzygnięcia dotyczą sfery bowiem wykładni prawa, nie zaś sfery faktów, których stwierdzenie wymaga wiadomości specjalnych. Zatem, biorąc pod uwagę treść art. 278 k.p.c., dowód z opinii biegłego nie stanowił dowodu koniecznego dla poczynienia prawidłowych ustaleń.

Sąd nie znalazł podstawy by uwzględnić wnioski skarżącego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłych, składane w toku postępowania wywołanego skargą. Wnioski te bowiem zmierzały wprost do wykazania, że skarżący posiada niezbędne doświadczenie i wiedzę do prawidłowego wykonania zlecenia. Okoliczność ta nie była istotna dla rozstrzygnięcia w rozumieniu normy art. 227 k.p.c. Przedmiotem badania w sprawie niniejszej nie było bowiem posiadanie przez skarżącego kwalifikacji do wykonania przedmiotu zamówienia, lecz zgodnie z treścią protestu kwestia prawidłowości określenia w SIWZ (ogłoszeniu o przetargu) kryteriów badania kwalifikacji podmiotowych wykonawców w świetle art. 22 ust 1 pkt 2) PZP. Okoliczności objęte też dowodową sformułowaną przez skarżącego miałyby znaczenie w postępowaniu kwestionującym zasadność decyzji zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy na podstawie art. 24 ust.1 pkt. 10) PZP.

Z przedstawionych wyżej przyczyn nie mogły też zostać uwzględnione zawarte w skardze wnioski o dopuszczenie dowodu z ekspertyz sporządzonych na zlecenie skarżącego i dołączonych do skargi.

Pomijając wnioski dowodowe złożone przez zamawiającego na rozprawie (wnioski o dopuszczenie dowodów z dokumentów dotyczących postępowania przetargowego prowadzonego przez innego zamawiającego Sąd zastosował normę art. 227 k.p.c. Również w tym przypadku bowiem okoliczności objęte też dowodową nie są istotne dla rozstrzygnięcia. Nie może bowiem na ocenę materiału procesowego w sprawie wpływać fakt ukształtowania

SIWZ w innym postępowaniu przetargowym. Praktyka szerszej grupy zamawiających dotycząca stosowania przepisów PZP nie może bowiem sama przez się (niezależnie od skali przetargów czy też skali przyjętej praktyki) stanowić argumentu dla uznania, że przyjęta przez nich wykładnia przepisów jest zgodna z prawem.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostać muszą wywody zamawiającego dotyczące wartości przedmiotu zaskarżenia. Kwestia wartości przedmiotu zaskarżenia jest kwestią techniczno-prawną i ma znaczenie jedynie dla określenia istnienia prawa do wniesienia skargi kasacyjnej w sprawach, w których skarga taka przysługuje oraz określenia wysokości opłat sądowych, jeśli należna opłata ma charakter stosunkowy i wysokości kosztów sądowych, jeśli zależy ona od wartości przedmiotu sporu.

W niniejszej sprawie skarga kasacyjna nie przysługuje stronom (art. 198 ust 6 PZP). Opłata sądowa ma charakter stały, zaś wartość kosztów z tytułu zastępstwa procesowego jest ustalana na podstawie wskazanych niżej przepisów niezależnie od wartości przedmiotu sporu. Skoro tak, to niewskazanie wartości przedmiotu zaskarżenia pozostaje bez wpływu na możliwość nadania skardze prawidłowego biegu.

Reasumując - biorąc pod uwagę to, że w sprawie stwierdzono naruszenie normy art. 22 ust 2 oraz art. 7 PZP, przyjąć należało, że zachodzi opisana w art. 93 ust. 1 pkt. 7) przesłanka unieważnienia postępowania przetargowego. Zgodnie z tym przepisem zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeśli jest ono dotknięte wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Przyczyny nieważności umowy określono natomiast w art. 146 ust. 1 PZP. W art. 146 ust. 1 pkt. 6) wskazano, że umowa jest nieważna jeśli w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik przetargu.

Naruszenie wspomnianych wyżej norm kształtujących obowiązki i zakazy zamawiającego w zakresie ukształtowania postępowania przetargowego niewątpliwie wpływa na wynik przetargu zawężając grono potencjalnych oferentów.

Z przedstawionych przyczyn uwzględniając skargę należało na podstawie art. 198 §2 PZP w zw. z art. 386 §1 k.p.c. zmienić zaskarżone orzeczenie KIO i orzec co do istoty sprawy a w efekcie - wobec zaktualizowania się przesłanek zawartych w cytowanych wyżej art. 93 ust. 1 pkt. 7) PZP w zw. z art. 146 ust. 1 pkt. 6) PZP nakazać unieważnienie postępowania, co znalazło wyraz w pkt. I sentencji

Konsekwencją rozstrzygnięcia zawartego w pkt. I była konieczność modyfikacji orzeczenia o kosztach postępowania przed KIO. Zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu, kosztami postępowania został obciążony zamawiający. Koszty ustalono stosownie do treści orzeczenia KIO oraz przepisów kształtujących wysokość wynagrodzenia pełnomocnika procesowego w postępowaniu przed tym organem.

O kosztach postępowania sądowego rozstrzygnięto stosując normę art. 108 k.p.c. w zw. z art. 98 k.p.c. oraz art. 194 ust. 2 PZP. Na zasądzoną kwotę składa się wynagrodzenie

pełnomocnika procesowego oraz równowartość opłaty od skargi. Wartość wynagrodzenia pełnomocnika procesowego ustalono na podstawie § 10 ust. 1 pkt. 4 w zw. z §2 ust. 1 i § 12 ust. 1 w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2002 nr 163 poz. 1349 ze zm.)

SSOK. Górski

SSO A Woźniak

**Na oryginale właściwe podpłj
Za zgodność
Sekretarz Sądowy/**

Monika Mackiewicz