

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

16 października 2008 roku

Sąd Okręgowy w Poznaniu Wydział X Gospodarczy Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SO Piotr Majchrzak

Sędzia SO Ryszard Trzebny

Sędzia SO Ewa Kaźmierczak

Protokolant st. sekr. sąd. Mirosława Klimowicz

po rozpoznaniu w dniu 2 października 2008 roku, w Poznaniu

na rozprawie

sprawy o zamówienie publiczne

na skutek skargi POLCOURT S.A. w Warszawie

przy uczestnictwie zamawiającego Gminy Lwówek we Lwówku

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2008 roku, w sprawie
sygn. akt. KIO/UZP 677/08

I. uchyła w całości zaskarżone postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej ,

II. oddała skargę,

III. zasądza od skarżącego POLCOURT S.A. w Warszawie na rzecz Gminy
Lwówek we Lwówku kwotę 1.200 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa
procesowego w instancji odwoławczej.

/-/ P. Majchrzak

Oryginał należy podpisać
Odpis sporządzono
ZS li Z008

/-/ R. Trzebny

Poznań, dnia

UZASADNIENIE

Polcourt Spółka Akcyjna w Warszawie wniosła do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego - Gminę Lwówek w Lwówku Wlkp jej protestu dotyczącego treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia[dalej określanego w uzasadnieniu jako SIWZ], w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa kompleksu sportowego „Moje boisko Orlik 2012” na działce nr ewidencyjny 611 w Lwówku.

W odwołaniu zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust.1 prawa zamówień publicznych[dalej określane jako „pzp”]- poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady przestrzegania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. art. 25 ust.1 i 2 pzp- poprzez żądanie dokumentów, które są zbędne i niedopuszczalne w kontekście prawidłowego przeprowadzenia postępowania;
3. art. 29 ust. 1-3 pzp- poprzez takie opisanie przedmiotu zamówienia, które utrudnia uczciwą konkurencję, w tym określenie cech wskazujących na jednego producenta, a także opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niezrozumiały, nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego i przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Podnosząc powyższe zarzuty wniosła o:

- skreślenie wymagań spełnienia konkretnych parametrów technicznych dla nawierzchni sztuczna trawa i nawierzchni poliuretanowej,
- określenie przedmiotu zamówienia zgodnie z ustaleniami dotyczącymi projektu Orlik 2012- branży sportowej, Ministra Sportu i IAKS,
- określenie wymaganych dokumentów zgodnie z ustaleniami dotyczącymi projektu Orlik 2012 -branży sportowej, Ministra Sportu i IAKS .

W uzasadnieniu odwołania podała, że posiada interes prawny w podejmowaniu środków ochrony prawnej ponieważ jej interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku, gdyż zaskarżone postanowienia SIWZ sformułowane zostały w ten sposób, że nie jest możliwe złożenie przez nią oferty spełniającej wymagania Zamawiającego. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego mogłaby ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Pobierając SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, liczyła na uzyskanie zamówienia. Tymczasem w opisanym wyżej stanie faktycznym w związku z naruszeniem wymienionych wyżej przepisów pzp przez Zamawiającego, nie jest możliwe uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Podkreśliła, iż Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia opisał przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretne parametry dla konkretnej nawierzchni poliuretanowej jak i sztuczna trawa, konkretnego producenta. Natomiast odnośnie projektu Orlik 2012 odbyły się spotkania branży sportowej. Wynikiem tych spotkań były ustalenia dotyczące stanowiska branży sportowej zajmującej się budową obiektów sportowych, aby w nieuzasadniony sposób nie ograniczać wolnej konkurencji i dopuścić szeroki wachlarz dostępnych i certyfikowanych przez międzynarodowe organizacje sportowe materiałów.

Na spotkaniach ustalono zapisy dotyczące trawy i nawierzchni syntetycznej jakich może

żądać Zamawiający w SIWZ, które zostały zaakceptowane przez Ministra Sportu, IAKS oraz branżę sportową. Więcej informacji odnośnie projektu Orlik 2012 znajduje się na także na stronie .

Wymogi te w odniesieniu do oferowanego systemu trawy syntetycznej piłkarskiej to:

- badania na zgodność z normą PN-EN 15330-.1, lub aprobata techniczna ITB, lub rekomendacja techniczna ITB, lub wyniki specjalistycznego laboratorium badającego nawierzchnie sportowe np. Labosport..
- certyfikat FIFA (1 Star lub- 2 Star) dla obiektu wykonanego z oferowanego systemu nawierzchni, lub wyniki badań, laboratoryjnych potwierdzające zgodność parametrów oferowanego systemu nawierzchni z wymogami FIFA.
- karta techniczna oferowanej nawierzchni potwierdzona przez jej producenta;
- atest PZH dla oferowanej nawierzchni.
- autoryzacja producenta trawy syntetycznej, wystawiona dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta na tą nawierzchnię
W odniesieniu do oferowanego systemu nawierzchni poliuretanowej:
- badania na zgodność z normą PN-EN 14877, lub aprobata techniczna ITB, lub rekomendacja techniczna ITB lub wynik badań specjalistycznego laboratorium badającego nawierzchnie sportowe np. Labosport..
- karta techniczna oferowanej nawierzchni potwierdzona przez jej producenta.
- atest PZH dla ofiarowanej nawierzchni;
- autoryzacja producenta nawierzchni poliuretanowej, wystawiona dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta na tą nawierzchnię.

Zamawiający mógł żądać przedstawienia przez Wykonawców tylko tych dokumentów. Nie mógł żądać rodzaju wypełnienia oraz, konkretnych, parametrów dla nawierzchni z trawy syntetycznej oraz poliuretanowej. Wobec powyższego Odwołująca domagała się skreślenia wymagania spełniania konkretnych parametrów dla nawierzchni dla typu sztuczna trawa i nawierzchni poliuretanowej i dopuszczenia do. przetargu wszystkich nawierzchni, które spełniają wymagania określone przez branżę sportową na spotkaniu Orlik2012.

Podkreśliła, że działania Zamawiającego godzą w fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych - zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także naruszają zakaz takiego opisywania przedmiotu- zamówienia, które wskazuje na konkretny produkt, oferowany przez konkretnego wykonawcę. Wskazała, że ustawa zawiera wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający ma obowiązek dopuścić konkurencję między wykonawcami, mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do zamówienia. Dlatego bardzo istotną czynnością Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla Zamawiającego kluczowe znaczenie, jednakże katalog tych cech powinien być obiektywnie uzasadniony. Ponadto podkreśliła, że już samo zaistnienie możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji, a nie jej wystąpienie- pozwala stwierdzić nieprawidłowość w opisie przedmiotu zamówienia i tym samym niezgodność z prawem. Mając na uwadze treść art. 7 ust. 1 PZP, jak i pozostałych przepisów ustawy odnoszących się do zagadnienia zasady uczciwej konkurencji można stwierdzić, że działania Zamawiającego . podejmowane w toku przygotowania oraz przeprowadzenia postępowania powinny być ukierunkowane zasadniczo na zachowanie zasady równego dostępu do zamówienia. Rozpatrując możliwość ograniczenia uczciwej konkurencji przez dokonanie tendencyjnego opisu przedmiotu zamówienia należy mieć na względzie warunki rynku właściwego dla takiego zamówienia. Regulacje prawne wyrażone w art. 29 . PZP nakładają wyraźny obowiązek na Zamawiającego by przedmiot zamówienia nie opisywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Zapis ten

służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych w art. 7 ust. 1 PZP. Powyższy przepis należy go pojmować jako pewnego rodzaju klauzulę generalną, z której wynika konieczność przestrzegania zasady konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ochrona tych dwóch zasad leży w interesie nie tylko samych ubiegających się o zamówienia wykonawców, lecz również w interesie publicznym, a ich realizacja niewątpliwie stanowi też swoistą gwarancję przejrzystości i kontroli wydatków publicznych. Realizacja zasad przejawia, się oczywiście w czynnościach, jakie Zamawiający podejmuje w postępowaniu. Do najbardziej istotnych zalicza się czynność opisu przedmiotu zamówienia, czyli ogólnie, mówiąc konstruowania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niejednokrotnie na tym etapie wykonywanych czynności występują sytuacje patologiczne dla zamówień publicznych. Mając na uwadze tak treść art. 7 ust. 1 PZP jak i pozostałych przepisów tej ustawy odnoszących się do zagadnienia zasady uczciwej konkurencji można zdaniem Odwołującej stwierdzić, że działania Zamawiającego podejmowane w toku przygotowania postępowania oraz jego przeprowadzenia powinny być ukierunkowane zasadniczo na zachowanie zasady równego dostępu do zamówienia. Zastrzegła, że rozpatrując możliwość ograniczenia uczciwej konkurencji przez dokonanie tendencyjnego opisu przedmiotu zamówienia należy mieć na względzie warunki rynku właściwego dla danego zamówienia. Biorąc pod uwagę zapis art. 29. ust. 2 PZP, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, Wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w SIWZ, niekoniecznie, zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które by wskazywały na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę. Nie można mówić o zachowaniu uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany. Wystarczającym jest, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt.

Postanowieniem z 17 lipca 2008r. Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art.

187 ust.4 pkt 7 w zw. z art. 184 ust.2 zd. 1 pzp odrzuciła odwołanie o obciążeniu kosztami Polcourt S.A.

W uzasadnieniu powyższego postanowienia podała, że Odwołująca 4 lipca 2008r.[wpływ bezpośredni], wniosła odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W tym samym dniu - 4 lipca 2008r.- nadała listem poleconym kopię odwołania do Zamawiającego. Kopia ta wpłynęła do Zamawiającego 7 lipca 2008r.. Odwołująca nie przekazała Zamawiającemu kopii odwołania w inny sposób, na przykład faxem. Tym samym Zamawiający zapoznał się z treścią odwołania dopiero w dniu 7 lipca 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że zgodnie z art. 184 ust.2 „ppz”, odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie 5 dni od doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie przekazując jego kopię Zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu. Jak wynika z cytowanego przepisu ustawy, złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego, zastrzeżone zostało wyłącznie dla wniesienia odwołania do Prezesa Urzędu. Taka możliwość nie została wprost przewidziana dla powiadomienia Zamawiającego, co nie znaczy, że jest niedopuszczalna i wykluczona. Składający odwołanie może jego kopię nadać do Zamawiającego pocztą, jednakże by uznać za spełniony warunek określony w przepisie art. 184 ust. 2 ustawy Pzp, do wiadomości adresata kopia musi dotrzeć w czasie przewidzianym ustawą Pzp dla wniesienia odwołania, czyli 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu. Stanowisko to wynika z przyjętej linii orzecniczej, w szczególności z orzeczeń Sądu Okręgowego w Warszawie, m.in. wyroki z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt V ea 117/07 i z dnia 27 kwietnia 2007 r. sygn. akt V Ca467/07 oraz postanowień Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 maja 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 443/08 i z dnia 29 maja 2008 r. sygn. akt 465/08. W przedmiotowej sprawie termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 5 lipca 2008 r., a Zamawiającemu doręczono jego kopię w dniu 7 lipca 2008 r., a więc po upływie terminu na wniesienie odwołania. Uchybienie obowiązкови przekazania kopii

odwołania Zamawiającemu, zgodnie z przytoczonym artykułem, skutkuje odrzuceniem odwołania na posiedzeniu niejawnym (art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy Pzp).

Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że miała na uwadze konsekwencje nie zachowania jednoczesności przekazania kopii odwołania Zamawiającemu. Zgodnie z ogólną zasadą szybkości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wymóg jednoczesności przekazania kopii odwołania Zamawiającemu, ma na celu umożliwienie mu powzięcia informacji o zakończeniu bądź nie, postępowania prowadzonego na skutek wniesionego protestu.

W ustawowym terminie Polcourt S.A wniosła skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z żądaniem chylenia w całości zaskarżonego postanowienia i uwzględnienia odwołania.

Zaskarżonemu postanowieniu zarzuciła naruszenie, w szczególności, przepisów art. 184 ust.2 w związku z art. 187 ust.4 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że Skarżąca nie powiadomiła zamawiającego o wniesieniu odwołania,,

zasądzenie od zamawiającego na rzecz Skarżącej kosztów postępowania, w tym 3.600 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego,

przeprowadzenie dowodu z kompletnych akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz załączonych dokumentów dotyczących inwestycji realizowanych w ramach programu Orlik 2012 oraz e maila wskazującego na naruszenie równego traktowania podmiotów poprzez ustalenie parametrów zamówienia zgodnie z oczekiwaniami jednego z oferentów.

W uzasadnieniu skargi podniosła, że brak jest podstaw do twierdzenia, iż zamawiający powinien wcześniej dysponować odwołaniem niż Prezes UZP. Fakt jednoczesnej wysyłki odwołania do Prezesa UZP i do zamawiającego nie skutkuje dla zamawiającego żadnymi negatywnymi konsekwencjami. W szczególności nie wpływa na ochronę jego praw procesowych w toku postępowania przed KIO.

Ponadto interpretacja przepisów zmierzająca do obciążenia odwołującego obowiązkiem skutecznego doręczenia odwołania zamawiającemu w określonym terminie rażąco narusza zasadę równości stron i uniemożliwia odwołującemu skorzystanie z prawa złożenia odwołania w terminie ustawowych 5 dni.

Wskazała, że odwołujący może złożyć odwołanie do godz. 24.00 ostatniego dnia terminu. Do tego czasu ma prawo przygotowywać odwołanie i redagować jego treść. Prawa tego nie można ograniczyć.

Tymczasem gdyby przyjąć koncepcję Krajowej Izby Odwoławczej o konieczności doręczenia odwołania zamawiającemu w tym terminie, to odwołujący musiałby znacznie wcześniej sporządzić odwołanie i podjąć próbę jego skutecznego doręczenia Zamawiającemu. Zamawiający, jakim są zwykle organy administracji, mają określone godziny urzędowania i przyjmowania korespondencji zawsze krótsze niż godzina 24.00. Po godzinach urzędowania zamawiający nie odbiera też maili i faxów, a odwołujący nie uzyska potwierdzenia odbioru kopii odwołania wysłanego pocztą, faxem lub drogą elektroniczną.

Z całą pewnością nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której od dobrej woli

Zamawiającego uzależniona będzie możliwość kwestionowania jego decyzji podjętych w toku udzielania zamówień publicznych. Zamawiający nie ma interesu w tym, aby jego decyzje były kwestionowane i kontrolowane przez niezależne organy i sąd. Interpretacja KIO umożliwia jednak Zamawiającemu, aby uniemożliwić skuteczność odwołania. Wystarczy wyłączyć na kilka godzin fax, wyłączyć komputer, na który przychodzi poczta elektroniczna, lub nie odbierać przesyłek pocztowych. Takie działanie wystarczy, aby z pogwałceniem wszelkich zasad uniemożliwić kontrolę prawidłowości udzielania zamówień publicznych. Wskazała, że interpretacja KIO oderwana jest od całości ustawy. W tym samym art. 184 pzp w ust.3 ustawodawca użył ponownie wyrazu "przekazuje". Zgodnie z tym przepisem "Kopię odwołania zamawiający przekazuje jednocześnie wszystkim uczestnikom postępowania

toczącego się w wyniku wniesienia protestu, nie później jednak niż w terminie 2 dni od dnia jej otrzymania, wzywając ich do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym."

Stosując interpretację zaprezentowaną przez KIO należałoby stwierdzić, że Zamawiający ma obowiązek doręczyć a nie tylko wysłać wszystkim Wykonawcom kopie odwołania i ma na to 2 dni. Trudno byłoby sobie wyobrazić zamawiającego, który rozwozi po całej Polsce (a mogą być także wykonawcy zagraniczni) kopie odwołań w terminie 2 dni. Przepis ten rozumiany tak jak to interpretuje KIO byłby niewykonalny, tym razem dla Zamawiającego.

Podobna sytuacja jest w *ustA* zdanie 2 art. 184. Zgodnie z tym przepisem "Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Urzędu, przekazując jego kopię zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.". Przepis ten wskazuje jednoznacznie, że ustawodawca odróżnia doręczenie od przekazania. Użycie innych określeń wskazuje na odmienne skutki prawne czynności doręczenia i czynności przekazania.

W ocenie Skarżącej wniosła ona skutecznie odwołanie przekazując jego kopie listem poleconym jednocześnie ze złożeniem odwołania do Prezesa UZP.

Stanowisko takie prezentują inne orzeczenia. W dniu 24 lipca 2007 r. Zespół Arbitrów UZP rozpatrzył, a nie odrzucił odwołanie wniesione dokładnie w taki sam sposób jak omawiane w niniejszej sprawie. (Dowód: wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 24 lipca 2007 r. sygn. akt UZP/ZO/0-879/07).

Ponadto w wyroku z dnia 2 października 2007 r. UZP/ZO/0-1177/07; UZP/ZO/0-118 LEX nr 321659 stwierdzono, że "Złożenie kopii odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego z równoczesnym złożeniem odwołania kierowanego do Prezesa UZP powoduje skuteczność przekazania kopii odwołania Zamawiającemu."

Podobnie w wyroku z dnia 31 stycznia 2007 r. UZP/ZO/0-84/07 LEX nr 278227 stwierdzono, że "Złożenie kopii odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego, z równoczesnym złożeniem odwołania kierowanego do Prezesa Urzędu, powoduje skuteczność przekazania kopii odwołania Zamawiającemu w świetle art. 184 ust. 2. Należy mieć na uwadze i to, że przepis ten, dla uznania skuteczności przekazania kopii odwołania nie wymaga, aby zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią przed upływem terminu na wniesienie odwołania, jak to ma miejsce w przypadku wniesienia protestu."

Także doktryna prezentuje stanowisko analogiczne do skarżącej. Irena Skubisza-Kalinowska w artykule opublikowanym w Monitorze Prawniczym 2007.16.925 pt. Kontrowersje w zakresie terminu na powiadomienie zamawiającego o wniesieniu odwołania wskazuje, że "Na gruncie przepisu [art. 184 ust. 2 ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych] wystarczające jest nadanie w placówce pocztowej operatora publicznego kopii odwołania do Zamawiającego, co powinno nastąpić najpóźniej w dniu, w którym analogiczna przesyłka została nadana do Urzędu Zamówień Publicznych. [...] Wniesienie odwołania stanowi czynność, która ma na celu wszczęcie postępowania odwoławczego toczącego się przed Zespołem Arbitrów. Nie mogą zatem w tej kwestii znaleźć zastosowania przepisy prawa cywilnego materialnego, w szczególności dotyczące oświadczeń woli."

Dodatkowo Skarżąca wskazała, że w toku przygotowania postępowania i treści SIWZ doszło do określenia warunków zamówienia zgodnie z życzeniem jednego z oferentów, na dowód czego przedstawiła mail otrzymany przez zamawiającego którego treść została uwzględniona w SIWZ.

Zamawiający określił warunki zamówienia w sposób preferujący konkretnego wykonawcę i oferowany przez niego produkt w sposób sprzeczny ze stanowiskiem Ministra Sportu który finansuje zamówienie. Na dowód czego przedstawiła materiały Ministra Sportu. Takie postępowanie zamawiającego może skutkować brakiem środków na realizację zadania co ma jednoznaczny wpływ na sytuację oferentów. Bez dofinansowania Ministra Sportu sfinansowanie zamówienia nie jest możliwe.

W odpowiedzi na skargę Zamawiający wniosł o jej oddalenie i zasądzenie na swoją rzecz od Skarżącej należnych kosztów procesu.

Nadto w przypadku uwzględnienia skargi wniósł o oddalenie odwołania od rozstrzygnięcia protestu w części dotyczącej SIWZ złożonego przez Polcourt S.A w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa kompleksu sportowego „Moje boisko Orlik 2012” na terenie gminy Lwówek oraz o przeprowadzenie dowodu z dokumentów dołączonych do niniejszej odpowiedzi na skargę.

W uzasadnieniu powyższego pisma podała, że kwestionuje w całości zarzuty zawarte w skardze.

Wbrew twierdzeniom skarżącego zamawiający nie otrzymał faxem kopii odwołania w dniu 4 lipca 2008 roku (ani też wcześniej czy później). Należy zwrócić uwagę, iż dowód obciąża stronę, która wywodzi skutki prawne z dochowania terminu (przekazującego pismo). W przypadku faksu lub drogi elektronicznej trudno uzyskać wiarygodny dowód na przekazanie informacji o określonej treści. Wydruk z faksu stanowiący załącznik do skargi nie może w ocenie zamawiającego stanowić dowodu, że oświadczenie doszło do adresata w sposób pozwalający mu zapoznać się z jego treścią. Przedmiotowy wydruk rejestru połączeń faksu (jeżeli uznać go za wiarygodny) dowodzi jedynie, iż skarżący jakieś dokumenty próbował wysłać nie dowodzi natomiast, iż dokumenty te zamawiający otrzymał a tym bardziej, że była to kopia odwołania. W przypadku przekazania informacji faksem, w postępowaniu dotyczącym zamówień publicznych, uznaje się, że została ona dostarczona w terminie pod warunkiem niezwłocznego potwierdzenia na piśmie.

Zamawiający potwierdził, iż otrzymał odwołanie w dniu 7 lipca 2008 roku, albowiem we wcześniejszym terminie żadne odwołanie do niego nie wpłynęło.

Prawo zamówień publicznych w art. 9 ust. 1 do zasad udzielania zamówień publicznych zalicza zasadę pisemności. Jeżeli zamawiający nie określi sposobu porozumiewania się, zawsze właściwą formą będzie forma pisemna (M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III).

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (pkt VII) zamawiający nie określił sposobu porozumiewania się Wykonawcy z Zamawiającym w przypadku wniesienia odwołania stąd odwołującego obowiązywała zasada pisemności i nie mógł skutecznie przekazać kopii odwołania zamawiającemu w formie faksu.

Odwołującego obciąża obowiązek przekazania zamawiającemu kopii wnoszonego odwołania. Informacja o zaskarżeniu rozstrzygnięcia protestu (braku rozstrzygnięcia w terminie) ma przede wszystkim na celu uświadomienie zamawiającemu, iż nie nastąpił stan ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, o którym mowa w art. 182 ust. 2.

Poinformowanie zamawiającego o wniesieniu odwołania musi przyjąć postać przekazania kopii odwołania. Ustawa wymaga, aby przekazanie kopii odwołania nastąpiło jednocześnie z jego wniesieniem, co oznacza konieczność dokonania tej czynności w tym samym dniu. Nieprzekazanie kopii odwołania zamawiającemu skutkuje odrzuceniem odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8. Przekazanie kopii odwołania zamawiającemu służy także umożliwieniu wykonawcom przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W przedmiotowej sprawie termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 5 lipca 2008 roku, a Zamawiającemu doręczono jego kopię w dniu 7 lipca 2008 roku, a więc po terminie. Zgodnie z art. 184 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie przekazując jego kopię zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu.

Wbrew twierdzeniom skarżącego nie ma obecnie rozbieżności w orzecznictwie w kwestii interpretacji wymogu jednoczesności przy składaniu kopii odwołania. W szczególności nie dowodzą tego zacytowane w uzasadnieniu skargi orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej wydane w 2007 roku. Po wyrokach Sądów Okręgowych rozstrzygających skargi na orzeczenia KIO w 2007 roku doszło do ugruntowania linii orzeczniczej i orzeczenia zarówno Sądów jak i orzeczenia KIO zapadające obecnie stoją na stanowisku, iż o zachowaniu terminu na przekazanie kopii odwołania zamawiającemu i wywiązaniu się z obowiązku

jednocześnie możemy mówić wtedy, gdy kopia tego odwołania dotrze do zamawiającego w terminie przewidzianym na jego wniesienie (wyrok sądu okręgowy w Warszawie z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 117/07 i inne, postanowienie KIO z dnia 20 maja 2008 roku sygn. akt KIOIUZP 443/08 i inne)

W związku z powyższym wniósł o oddalenie skargi.

W przypadku uwzględnienia skargi odwołanie powinno zostać oddalone.

W odwołaniu z dnia 4 lipca 2008 roku Odwołująca się od rozstrzygnięcia protestu, firma Polcourt S.A, jako podstawę odwołania podaje naruszenie przez Zamawiającego postanowień:

- art. 7 ust.1 PZP poprzez naruszenie zasady przestrzegania uczciwej konkurencji i wnosi o skreślenie wymagań konkretnych parametrów technicznych dla nawierzchni sztuczna trawa oraz poliuretanowej,
- art.25 ust. 1 i 2 PZP przez żądanie dokumentów, które są zbędne i niedopuszczalne w kontekście prawidłowego przeprowadzenia postępowania i wnosi o określenie wymaganych dokumentów zgodnie z ustaleniami dotyczącymi projektu ORLIK 2012 - branży sportowej, Ministra Sportu i IAKS,
- art. 29 ust. 1-3 PZP poprzez takie opisanie przedmiotu zamówienia, które utrudnia uczciwą konkurencję, w tym określenie cech wskazujących jednego producenta a także opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niezrozumiały, a także w sposób nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, a przez to bezpodstawnie ograniczył krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia wnosi o określenie przedmiotu zamówienia zgodnie z ustaleniami dotyczącymi projektu ORLIK 2012
- branży sportowej, Ministra Sportu i IAKS.

Z zarzutami zawartymi w odwołaniu zamawiający nie zgadzał się stanowczo je kwestionując i wskazując, iż są one stroniczne, nie mają odzwierciedlenia w zebranym materiale dowodowym oraz brak dla nich uzasadnienia prawnego.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów stwierdził co następuje;
Odwołujący się w pkt. I odwołania uzasadnia, że nie może złożyć swojej oferty ponieważ jego interes prawny doznał uszczerbku poprzez takie a nie inne opisanie przedmiotu zamówienia. Jednakże w wyroku KIO sygn. Akt UZP/ZO/0-1177 z dn. 2.10.2007 stwierdzono, że *"Zamawiający musi mieć prawo do nabycia dokładnie takiego przedmiotu zamówienia jaki jest mu potrzebny. Określenie przedmiotu zamówienia jest zawsze decyzją Zamawiającego. Zamawiający samodzielnie dokonuje oceny swoich potrzeb i stosownie do tych potrzeb opisuje przedmiot zamówienia. Określenie przedmiotu zamówienia w obiektywny sposób nie musi oznaczać konieczności zdolności realizacji zamówienia przez wszystkie*

*podmioty ubiegające się o zamówienie*¹¹.

Tak więc sam fakt, że Odwołujący nie może ubiegać się o zamówienie nie oznacza jeszcze, że naruszona jest zasada uczciwej konkurencji. Jednak pomijając nawet ten fakt, Zamawiający posiada wiedzę, że przynajmniej 2 nawierzchnie poliuretanowe różnych producentów i przynajmniej 2 nawierzchnie typu trawa syntetyczna różnych producentów mieszczą się w wyznaczonych wymaganiach, tj:

dla trawy syntetycznej:

- trawa syntetyczna trzeciej generacji tj. zasypywana piaskiem kwarcowym i granulatem gumowym,
- wysokość włosa min. 50mm,
- gęstość pęczków 6.900
- gęstość włosa 138.000

- struktura włókna monofil;
- skład chemiczny włókna: polietylen lub polietylen + polimer XT,
- całkowity ciężar nawierzchni min 2600gr/ m²
- detex min.II. 000

dla nawierzchni poliuretanowej:

- wytrzymałość na rozciąganie [MPa] 2: 0,6;
- wytrzymałość na rozdzielanie [N] 2:...100;
- Ścieralność (mm) ::::0,15
- przyczepność do podkładu (MPa)
- mieszaniny kruszywa kwarcowego, granulatu gumowego i spoiwa PU 2: 0,5;
- betonowego 2: 0,6;
- współczynnik tarcia kinetycznego powierzchni:
- w stanie suchym 2: 0,35
- w stanie mokrym 2: 0,3;
- Odporność na uderzenie:
- powierzchni odcisku kulki (mm²) - 550±50;
- stan powierzchni po badaniu - bez zmian;

Dowód na to jest Rekomendacja Techniczna Instytutu Techniki Budowlanej RTITB-1120/2008 dla produktu TETRAPUR ENZ (nawierzchnia poliuretanowa)

Rekomendacja Techniczna Instytutu Techniki Budowlanej RT ITB-1033/2005 dla produktu CONIPUR 2S (nawierzchnia poliuretanowa),

Karta techniczna produktu Xtreme Turf PRO N 64 (firma ACT Global sports),

Karta techniczna produktu PRESTIGE XT 65 (firma FieldTurfTarket united In sport)

Tak więc Zamawiający w żaden sposób nie ogranicza konkurencji, lecz korzysta z przysługujących mu praw. Ponadto z doświadczenia Zamawiającego wynika, że pełne nieokreślenie progów parametrów w obojętnie jakim przedmiocie zamówienia jest najprostszą drogą do nabycia rynkowego "bubla". W pkt. IV uzasadnienia Odwołujący się zwraca szczególną uwagę na tematykę przejrzystości wydatków publicznych. Jednakże Zamawiający nie kieruje się niczym innym, jak tym aby pieniądze publiczne wydawać w sposób jak najbardziej racjonalny i lokować je tylko w realizacjach zapewniających wysoką jakość. Dlatego Zamawiający w trosce o prawidłowe wydatkowanie środków publicznych tak określił parametry nawierzchni syntetycznych, aby wskaźnik cena/jakość/koszty eksploatacji był jak najkorzystniejszy dla Zamawiającego. Przy założeniu, że przedmiot zamówienia ma być eksploatowany przez minimum 20 lat (odgórnie określone przez Ministerstwo Sportu i Turystyki warunki udziału Zamawiającego w programie "Moje Boisko- Orlik 2012") Zamawiający ma prawo wymagać, aby oferowane nawierzchnie syntetyczne były najlepszej jakości. Zaniebdania Zamawiającego w zakresie określenia minimalnych wymagań dla finansowanego przez niego przedmiotu zamówienia, które skutkować mogą w fazie eksploatacji usterkami lub uniemożliwić korzystanie z przedmiotu zamówienia (boisk), uznane mogą być za naruszenie przez niego dyscypliny finansów publicznych

(odpowiedzialność Kierownika Zamawiającego) a także skutkować zwrotem dofinansowania udzielonego przez instytucję współfinansującą - Ministerstwo Sportu i Turystyki.

Co do drugiego z zarzutów podał, że wszelkie spory dotyczące postępowań przetargowych rozpatrywane są na podstawie obowiązującego Prawa Zamówień Publicznych, a nie zgodnie z ustaleniami branż rynkowych. Odwołujący powołując się na zarzut żądania przez zamawiającego dokumentów, które są zbędne i niedopuszczalne nie podaje o jakie dokumenty mu chodzi.

Jeżeli Odwołującemu chodzi o: dla poliuretanu:

Badania na zgodność z normą PN-EN 14877, lub aprobatą techniczną lub rekomendacja techniczna ITB lub wyniki badań specjalistycznego laboratorium badającego nawierzchnie sportowe np. Labosport

Karta techniczna oferowanej nawierzchni potwierdzona przez jej producenta

Atest PZH dla oferowanej nawierzchni

Autoryzacja producenta nawierzchni poliuretanowej, wystawiona dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta na tą nawierzchnię;

oraz dla trawy syntetycznej:

certyfikat FIFA 1 Star lub FIFA 2 Star wydany dla obiektu wykonanego z oferowanego systemu nawierzchni, lub wyniki badań laboratoryjnych potwierdzające godność parametrów oferowanego systemu nawierzchni z wymogami FIFA

badania na zgodność z normą PN-EN 15330-1, lub aprobatą techniczną ITB, lub

rekomendacja techniczna ITB, lub wynik badań specjalistycznego laboratorium badającego

nawierzchnie sportowe np. Labosport

atest higieniczny PZH dla oferowanej nawierzchni

kartę techniczną, potwierdzoną przez producenta nawierzchni

autoryzację producenta trawy syntetycznej, wystawioną dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta na tą nawierzchnię, które to dokumenty wymienione są na oficjalnej stronie, a nie są niezgodne z PZP i, o których Odwołujący wspomina, a wręcz powołuje się na nie w uzasadnieniu Odwołania w pkt. II, to należy wskazać, że Zamawiający przecież wymaga tychże dokumentów w "Specyfikacji Technicznej - Wymagania Ogólne" w pkt. 12.4.

Zdaniem Zamawiającego należy zauważyć, że Odwołujący się w Proteście z 16 czerwca 2008 w nagłówku wymienia wprawdzie jako adresata Gminę Lwówek, ale już dwie linijki niżej jako Zamawiającego wymienia Gminę Łabunie. Zamawiający zadał sobie trud dotarcia do dokumentacji przetargowej Gminy Łabunie i bardzo zaniepokoił go fakt, że Protest skierowany do Gminy Lwówek jest identyczny co do przecinka (nawet sposób wyjustowania jest taki sam), jak Protest skierowany do Gminy Łabunie. Obydwa Protesty noszą też tę samą datę 16.06.2008. Nasuwa się więc wniosek, że Odwołujący pisze protesty metodą kopiuj-wklej nie czytając nawet dokumentacji, bo o ile w przypadku Gminy Łabunie Protest był zasadny w punkcie dotyczącym wymaganych dokumentów (Gmina żądała dołączenia do oferty zaświadczenia o przynależności producenta do stowarzyszenia ESTO, co zostało wyrokiem z dnia 30 maja 2008 roku, Sygn. akt KIOIUZP 472/08, uznane przez Arbitrów KIO za niezgodne z prawem - i zapewne o ten dokument chodziło Odwołującemu chociaż dalej nawet tego nie uzasadnia, więc trudno zgadnąć o co tak naprawdę chodzi, to w przypadku Gminy Lwówek nie znajduje uzasadnienia, a Odwołujący nie zadał sobie nawet trudu sprawdzenia, że zamawiający nie wymaga ESTO (jeżeli w ogóle chodzi o ESTO), jako przecież niezgodnego z prawem.

Powyższe świadczy, iż zarzuty Odwołującego powstają ad-hoc, bez jakiegokolwiek analizy w sposób ewidentnie niesprawiedliwy i krzywdzący.

Zamawiający kategorycznie nie zgadził się z zarzutem, iż opisanie przedmiotu zamówienia utrudnia uczciwą konkurencję.

Kwestie wskazywania na jednego producenta oraz wymagania niewłaściwych dokumentów omówione zostały powyżej w pkt. 1 i 2. odpowiedzi na skargę. Co najmniej dziwne wydają się być zarzuty mówiące o tym, że przedmiot zamówienia opisany jest niejednoznacznie niezrozumiale, a także w sposób nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego. Sprawa potrzeb Zamawiającego co do nabywania produktów dobrej jakości jest jego prawem. W tym kontekście opis przedmiotu zamówienia, w sposób który zapewni odpowiedni poziom jakości z pewnością nie jest nadmiernie rygorystyczny.

Interesujące jest, że sam Odwołujący na swoich stronach internetowych stwierdza: „*Podstawowymi parametrami technicznymi sztucznej trawy są: wysokość nawierzchni (długość włókien) oraz gęstość (ilość włókien znajdujących się na metrze kwadratowym)*”. Tak więc Odwołujący doskonale rozumie, jak ważny jest dla jakości produktu poziom parametrów. Tym bardziej przykre jest, że niejako następuje tu podział na gminy, którym Odwołujący za pomocą swoich stron WWW od samego początku zdaje się uświadamiać istotę i znaczenie odpowiedniego doboru parametrów oraz takie gminy jak Lwówek, którym tego prawa odmawia. Wydaje się to być czystą hipokryzją i niezbitym dowodem na to, że chyba jednak Odwołujący nie jest najlepszym strażnikiem wydatków publicznych. Szczególnego podkreślenia wymaga fakt, że tak chętnie przywoływana przez Odwołującego konieczność „dostosowywania się” do ustaleń branży sportowej oraz Ministerstwa Sportu i IAKS w 100% znajduje odzwierciedlenie w działaniach Gminy Lwówek. W materiałach dostępnych na oficjalnej stronie programu „Moje Boisko - ORLIK 2012” w Specyfikacji Technicznej w części dot. nawierzchni boisk w pkt. 2.2 oraz 2.3 widnieje następujący zapis: *„Rozwiązanie nawierzchni syntetycznej pozostawia się do wyboru przez Inwestora oraz Projektanta przystosowującego projekt do warunków miejscowych. Przy wyborze rozwiązań należy przestrzegać prawa budowlanego, praw pokrewnych i szczególnych oraz kierować się wiedzą techniczną”*

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący, w ogóle nie odniósł się do zarzutu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały, wobec czego Zamawiający również nie uzasadnił oddalenia zarzutów w tym zakresie. Ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że w jego ocenie przedmiot zamówienia został opisany w sposób jednoznaczny i zrozumiały, m.in. poprzez określenie konkretnych minimalnych parametrów technicznych dla nawierzchni poliuretanowej i „sztucznej trawy”.

Poza odpowiedzią na zarzuty Odwołującego się Zamawiający nadto podkreślił, iż będące przedmiotem niniejszego postępowania zamówienie nie jest skierowane do producentów nawierzchni poliuretanowej i „sztucznej trawy” jako Dostawców, ale do wykonawców specjalizujących się w budowie obiektów sportowych i dotyczy wykonania (budowy) boisk z nawierzchniami syntetycznymi odkrytymi. Zamawiający ma więc prawo oczekiwać, iż w postępowaniu takim wezmą udział Wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu, a nie wszyscy wykonawcy, którzy wyrażą taki zamiar.

Zamawiający zaprzeczył, iż przygotowywał treść SIWZ określając warunki zamówienia zgodnie z życzeniem jednego z oferentów. W szczególności należy zauważyć, iż parametry określone w e-mailu, na który powołuje się skarżący nie są zbieżne z parametrami określonymi przez zamawiającego w siwz np. wysokość włókna w e-mailu to 64mm lub 60 mm w siwz 50 mm, struktura włókna w e-mailu to monofil wiazany w siwz monofil. Zamawiający nie sugerował się parametrami określonymi w przedmiotowym e-mailu przez firmę MASTERS. Na marginesie dodał, iż firma MASTERS brała wprawdzie udział w przedmiotowym postępowaniu przetargowym lecz jej oferta nie została wybrana. Postępowanie niniejsze wygrała firma KASZUB.

Sąd Okręgowy zważył co następuje;

Odrzucenie przez Krajową Izbę Odwoławczą postanowieniem z 17 lipca 2008r. odwołania Polcourt S.A. na podstawie art. 187 ust.4 pkt 7 w zw. z art. 184 ust.2 zd. 1 pzp z uwagi na niezachowanie jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania wniesionego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie było trafne.

Bezspornym jest, że termin pięciodniowy do wniesienia odwołania upływał 5 lipca 2008r., albowiem liczony był od dnia 30 czerwca 2008r., czyli od daty otrzymania przez Odwołującego rozstrzygnięcia protestu.

Odwołanie nosi datę sporządzenia 4 lipca 2008r., i w tej dacie wpłynęło do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Pozostaje zatem do rozstrzygnięcia czy Odwołujący zachował ustawowy obowiązek wynikający z art. 184ust.2 pzp, jednoczesnego przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.

Krajowa Izba Odwoławcza, co wynika z uzasadnienia zaskarżonego postanowienia, jednoznacznie przyjęła, iż kopię odwołania doręczono Zamawiającemu dopiero 7 lipca 2008r. Równocześnie stwierdziła w uzasadnieniu, iż Odwołujący nie przekazał Zamawiającemu kopii odwołania w inny sposób, np. faxem i tym samym Zamawiający zapoznał się z treścią odwołania dopiero 7 lipca 2008r. Powyższe uzasadnienie pozwala na uznanie, iż Krajowa Izba Odwoławcza co do zasady dopuszcza możliwość doręczenia kopii odwołania w inny sposób, na przykład faxem byleby tylko nastąpiło to w terminie 5 dni i przy zachowaniu wymogu jednoczesności.

A skoro tak to koniecznym jest ocena trafności zarzutu Odwołującej, która w skardze podnosiła, iż odwołanie w formie kopii doręczyła Zamawiającemu faxem również 4 lipca 2008r. Natomiast dodatkowo kopię odwołania wysłała Zamawiającemu listem poleconym i ta przesyłka dotarła do Zamawiającego 7 lipca 2008r.

Zamawiający Burmistrz Gminy Lwówek zaprzeczył aby otrzymał kopię odwołania faxem w dniu 4 lipca 2008r.

Tymczasem w dokumentacji dotyczącej przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych znajduje się treść odwołania identyczna jak oryginał odwołania, sporządzona 4 lipca 2008r. i kierowana do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, nadana faxem przez Polcourt S.A w dniu 4 lipca 2008r. o godzinie 12.52. Na pierwszej stronie powyższej kopii odwołania widnieje pieczęć o treści „Urząd Miasta i Gminy 64-310 Lwówek ul. Ratuszowa 2 wpłynęło 04 lipca 2008r.” i odręczny zapis „2019/2008 i wyżej p. Pacholak”.

Rafałowi Mroczkiewiczowi- Burmistrzowi Gminy Lwówek na rozprawie przed Sądem Okręgowym okazano powyższy fax. Burmistrz po zapoznaniu stwierdził że nie wie co ma odpowiedzieć, podobnie jak jego pełnomocnik.

Skoro zatem Burmistrz nie zaprzeczył treści powyższego faxu to należy przyjąć, iż w dacie 4 lipca 2008r. fax o takiej treści wpłynął do Urzędu Miasta i Gminy w Lwówku. Tym samym trafny jest zarzut skargi, iż Polcourt S.A dotrzymał jednoczesności przekazania kopii odwołania Zamawiającemu zgodnie z art. 184 ust.2 pzp. Stąd wpłynięcie do Gminy dodatkowego odwołania nadanego listem poleconym, dopiero 7 lipca 2008r. nie miało znaczenia dla dochowania terminu jednoczesności.

Sąd Okręgowy w składzie rozpoznającym sprawę podzieli przy tym wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z 6 czerwca 2007r. UZP/ZO/0-644/07 zgodnie z którym „przesłanie odwołania za pośrednictwem faksu wypełnia dyspozycję art. 184 ust.2 pzp, gdyż przepis ten wyraźnie stanowi o przesłaniu kopii, a nie oryginału, lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem”. Jak też postanowienie Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z 1 czerwca 2007r. UZP/ZO/0-630/07 w którym stwierdzono, „że osoba składająca oświadczenie za pomocą faksu otrzymuje wydruk kontrolny, z którego wynika, że powyższe oświadczenie zostało wysłane z jej aparatu nadawczego oraz odebrane przez aparat odbiorczy. Uzyskanie tego wydruku jest dowodem, że oświadczenie doszło do adresata w sposób pozwalający mu zapoznać się z jego treścią. Ciężar obalenia tego dowodu spoczywa na odbiorcy oświadczenia”. Burmistrz Miasta i Gminy Lwówek nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie, iż powyższego faksu nie otrzymał.

Spełniony został wymóg jednoczesności określony art. 184 ust.2 pzp oraz wymóg zapoznania się przez Zamawiającego z treścią wniesionego odwołania.

Uwzględnienie zatem w tej części skargi skutkować musiało na podstawie art. 198 ust.2 pzp uchyleniem w całości zaskarżonego postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej o czym orzeczono w punkcie I wyroku, i zarazem przystąpienie do orzekania co do istoty sprawy.

Pomimo słuszności skargi w zakresie formalno prawnym, jej nietrafnego odrzucenia, ostatecznie skarga Polcourt S.A okazała się bezzasadna.

W odwołaniu od rozstrzygnięcia protestu Polcourt S.A zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1. przepisu art. 7 ust.1 pzp- poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady przestrzegania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. przepisu art. 25 ust.1 i 2 pzp- poprzez żądanie dokumentów, które są zbędne i niedopuszczalne w kontekście prawidłowego przeprowadzenia postępowania;
3. przepisu art. 29 ust. 1-3 pzp- poprzez takie opisanie przedmiotu zamówienia, które utrudnia uczciwą konkurencję, w tym określenie cech wskazujących na jednego producenta, a także opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niezrozumiały, nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych wykonać zamówienie.

Wskazując na powyższe zarzuty domagała się nakazania Zamawiającemu :

- skreślenia wymagań spełnienia konkretnych parametrów technicznych dla nawierzchni sztuczna trawa i nawierzchni poliuretanowej,
- określenia przedmiotu zamówienia i wymaganych dokumentów zgodnie z ustaleniami dotyczącymi projektu Orlik 2012-branży sportowej, ministra Sportu i IAKS.

W ocenie Sądu Okręgowego powyższe zarzuty nie są trafne.

W istocie rzeczy zarzuty Skarżącej sprowadzają się do jej zdaniem zbyt rygorystycznego określenia w SIWZ parametrów dla trawy syntetycznej i dla nawierzchni poliuretanowej, co uniemożliwia jej złożenie skutecznego zamówienia, a zarazem wskazuje na preferowanie przez Zamawiającego jednego wykonawcy zdolnego do wykonania powyższego zamówienia.

Należy podzielić argumenty Zamawiającego, iż powyższe zarzuty to wyłącznie subiektywne odczucia Skarżącego, nie poparte żadnymi dowodami.

Skarżąca nie przedstawiła dowodów na potwierdzenie, że przyjęte w SIWZ parametry trawy syntetycznej i nawierzchni poliuretanowej może wykonać tylko jedna firma.

Natomiast Zamawiający przeciwnie, wskazał co najmniej dwa podmioty które powyższe nawierzchnie mogą wykonać.

Wiarygodne są też argumenty Zamawiającego, iż to w jego zakresie i w ramach przysługujących mu praw określa przedmiot zamówienia pod swoje potrzeby.

Bezsprzecznie określenie przedmiotu zamówienia jest zawsze decyzją Zamawiającego.

Trafne jest w tej mierze rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w wyroku z 1 kwietnia 2008r., KIO/UZP 272/08, zgodnie z którym Zamawiający ma prawo żądać wyższych parametrów niż przewidywane normą, jeżeli uzna to za uzasadnione.

Zamawiający uprawniony jest do prowadzenia postępowania, w wyniku którego nabędzie najbardziej użyteczny z jego punktu widzenia produkt albo przedmiot, przy czym ocena tej użyteczności zawsze będzie miała charakter subiektywny, bo odnoszony do sytuacji i potrzeb konkretnego podmiotu. Zamawiający zatem może i powinien dokonać wyboru jednego spośród wielu możliwych rozwiązań, które obowiązany jest precyzyjnie opisać, z zachowaniem wymogów stawianych treścią art. 29 i art.30 pzp. Wymóg zapewnienia

warunków uczciwej konkurencji nie oznacza, że Zamawiający nie ma możliwości wyboru, jednego z wielu, rozwiązania technologicznego, o ile tylko tak wybrane rozwiązanie zostanie następnie opisane w SIWZ w sposób niewskazujący na pochodzenie lub znak towarowy czy patent albo ograniczający konkurencję[patrz- wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z 15.12.2006r., UZP/ZO/O- 2937/06]. Sąd Okręgowy w pełni akceptuje powyższe stanowisko Zespołu Arbitrów.

W stanie faktycznym sprawy Zamawiający Gmina Lwówek jasno i precyzyjnie określiła przedmiot zamówienia, a w tym w odniesieniu do nawierzchni syntetycznych boisk posiłkując się wzorcową dokumentacją z rządowego programu „Moje boisko Orlik 2012”, dostępne na stronie internetowej WWW orlik 2012.pl.[patrz SIWZ wraz z stanowiącymi jej integralną część Specyfikacją techniczną-Wymagania Ogólne, przedmiar robót, projekt budowlany, Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych SST nr 2/d-budowa boisk, podbudowa i nawierzchnie]. Jedynym uszczegółowieniem jest wprowadzenie w SIWZ wymagań minimalnych parametrów dotyczących trawy syntetycznej oraz minimalnych parametrów dotyczących nawierzchni poliuretanowej.

W ocenie sądu co przedstawiono wyżej w uzasadnieniu było, to dopuszczalne i w żaden sposób nie naruszało uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Również projekt Ministerstwa Sportu nie narzucał zamawiającym określonej charakterystyki nawierzchni, pozostawiając rozwiązanie nawierzchni syntetycznej do wyboru Inwestorowi i Projektantowi, przystosowującemu projekt od warunków miejscowych.[patrz strona internetowa w.w.w orlik 2012.pl].

Dla oceny zasadności zarzutów skarżącej niezbędnym jest zwrócenie uwagi na inny, a pomijany przez nią aspekt sprawy.

Przedmiot zamówienia określony w SIWZ-ie obejmuje wykonanie, podając skrótowo[pełny zakres opisano w punkcie III SIWZ:

- budowę boiska do piłki nożnej,
- wyposażenie boiska do piłki nożnej,
- budowę boiska wielofunkcyjnego,
- wyposażenie do piłki koszykowej,
- wyposażenie do piłki siatkowej,
- instalacja odwadniająca,
- ogrodzenie terenu,
- chodniki-tereny utwardzone,
- fundamenty pod modułowe zaplecza socjalne,
- sieć wodno-kanalizacyjna i roboty elektryczne,
- zakup i montaż modułowego systemu zaplecza boisk sportowych- 8 modułów sanitarnych i 2 moduły administracyjne z pełnym wyposażeniem w instalacje,
- niwelacja terenu oraz inne roboty i prace towarzyszące.

Tymczasem Skarżąca tak w odwołaniu jak i skardze skupiła się wyłącznie na jednym z elementów wyposażenia boisk, sztucznej trawie i nawierzchni poliuretanowej, eksponując te elementy tak dalece, jakby udzielenie zamówienia publicznego dotyczyło tylko wykonania nawierzchni boisk.

Zamawiający określił szacunkową wartość zamówienia na kwotę brutto 1.244.284,22zł. Skarżąca nie przedstawiła żadnych wyliczeń, symulacji które wskazywałyby na to, że wartość nawierzchni z sztucznej trawy i nawierzchni poliuretanowej procentowo jest wartością dominującą w kwocie szacunkowej wartości zamówienia.

Stąd dołączony do skargi e-mail wbrew twierdzeniom Skarżącej nie jest przekonywującym dowodem, iż treść SIWZ sporządzona została pod jednego Wykonawcę jakim jest Masters spółka z o.o w Szczecinie. Treść powyższego e-maila kierowana do szeregu podmiotów dotyczy prezentacji wykonanego boiska piłkarskiego z rodzajem nawierzchni i sztucznej trawy. Zamawiający w odpowiedzi na skargę jasno, precyzyjnie i szczegółowo odniósł się do treści tegoż e-maila, wskazując szczegółowo na różnice w parametrach trawy określone w nim z parametrami przyjętymi w SIWZ.

Mając powyższe na uwadze i przyjmując, iż żaden z zarzutów skargi nie jest trafny, skargę jako bezzasadną na podstawie art. 198ust.2 pzp oddalono, o czym orzeczono w punkcie II wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 98 kpc w zw. z art. 391 § 1 kpc i art.194 ust.2 pzp oraz §10 ust.1 pkt 4 w zw. z §5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28.09.2002r. „w sprawie opłat za czynności radców prawnych...” [Dz.U nr 163 poz.1349 z późn. zm].

E. Kaźmierczak	P. Majchrzak	R. Trzebny
	Oryginał należycie podpisano	
'.. ' 'i.r;		
i/ l '•	Odpis sporządzono	
X? iX'	75 li 20G8	
; ;'■>- ■X ' * ■■	Poznań, dnia.....,.....	
' 'v		
' • < ,x: u	<i>Sekre^z SO</i>	