

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 stycznia 2009 r.

Sąd Okręgowy w Gdańsku XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SO Jolanta Safader - Skwarlińska (spr)

Sędzia SO Dariusz Janiszewski

Sędzia SO Bożena Kachnowicz - Kokot

Protokolant: starszy sekretarz sądowy Elżbieta Rochowicz

po rozpoznaniu w dniu 09 stycznia 2009 r. w Gdańsku

na rozprawie

sprawy ze skargi Polcourt Spółka Akcyjna w Warszawie

przeciwko zamawiającemu Gminie Miasta Gdyni

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi Polcourt Spółka Akcyjna w Warszawie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 06 listopada 2008 r.

sygn. akt KIO/UZP 1186/08

oddala skargę.

>-----właściwe podpisy

, Ż&świadczy
' sVi ARS7y K;*K ■
'ęu-Ju ""A"

sygn. akt XII Ga 431/08

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 06 listopada 2008r. Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez POLCOURT S.A. w Warszawie, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Gminę Miasta Gdyni, protestu z dnia 30 września 2008r., oddaliła odwołanie (pkt 1 wyroku), kosztami postępowania obciążyła POLCOURT

S.A. i nakazała : zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.064 zł z kwoty wpisu uiszczanego przez POLCOURT S.A., oraz dokonać zwrotu kwoty 15.936 zł z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz POLCOURT S.A. (pkt 2 wyroku).

W uzasadnieniu Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że odwołujący wniósł protest wobec czynności Zamawiającego podjętych w toku przedmiotowego postępowania, polegających na opisanu przedmiotu zamówienia, które utrudnia uczciwą konkurencję, w tym określenie cech wskazujących na jednego producenta, a także w sposób nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: a/ art. 7 ust.1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie postępowania z naruszeniem zasady przestrzegania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, b/ art. 29 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez takie opisanie przedmiotu zamówienia, które utrudnia uczciwą konkurencję oraz opisanie cech przedmiotu zamówienia wskazujących na jednego producenta, co tym samym utrudnia dostęp innym przedsiębiorcom do uzyskania zamówienia przez rzeczowo nieuzasadnione, różnicowane traktowanie, co naraża interes Odwołującego.

W odwołaniu podtrzymał zarzuty wnioski zawarte w proteście, tj. zarzucił Zamawiającemu: opisanie przedmiotu zamówienia, które utrudnia uczciwą konkurencję, w tym określenie cech wskazujących na jednego producenta, a także w sposób nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, czym Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp, w szczególności art. 7 ust 1 ustawy Pzp, art. 29 ust 1-3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający określił w opisie przedmiotu zamówienia wymagania dotyczące nawierzchni z trawy syntetycznej - wysokość całkowita nawierzchni: min 70 mm - gęstość min. 97 000 - ciężar całkowity min 3000 gr/m² -rodzaj włókna: polietylenowe fibrylowane i monofil w jednym splocie, proste dtex min. 15000. Dodatkowo nawierzchnia powinna spełniać standardy zgodne z wymogami IRB, co należy potwierdzić stosownym dokumentem Z zastosowaniem oferowanej nawierzchni powinien być w przeszłości wykonany min. jeden obiekt, który uzyskał oficjalne dopuszczenie do rozgrywek.

Parametry tak określone przez Zamawiającego spełnia tylko i wyłącznie konkretna nawierzchnia, jaką jest Vario Sidle Supreme 70 mm. Parametry tak opisane wskazują konkretnego producenta (Domo Sports & Leisure Grass) i dostawcę (firmę Tamex Obiekty Sportowe z Warszawy lub firmę Hemet z Zielonej Góry), co uniemożliwia konkurencyjność postępowania - złożenie oferty na produkt takiej samej jakości, ale inny niż wskazany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Wyżej wymieniony producent związany jest umowami wyłączności z określonymi Wykonawcami tj. z firmą Hemet i firmą Tamex i nie przekaze Odwołującemu oferty cenowej oraz w przypadku wygrania przetargu nie sprzeda mu materiału.

W przypadku nie dopuszczenia do przetargu innych nawierzchni typu sztuczna trawa Zamawiający ograniczy w sposób znaczny konkurencyjność postępowania stawiający w uprzywilejowanej pozycji firmę, która posiadają taką nawierzchnię. Wymaganie konkretnej nawierzchni o podanych parametrach technicznych i żądania dodatkowych dokumentów nie jest w jakimkolwiek stopniu uzasadnione czynnikami obiektywnymi. Aktualne zapisy SIWZ uniemożliwiają także złożenie oferty przez Odwołującego, który może zaoferować "sztuczną trawę", która mimo doskonałej jakości nie spełnia wskazanych parametrów określonych przez Zamawiającego. A trawa ta spełnia wymogi m.in. IRB. Wymaganie konkretnej nawierzchni o podanych parametrach technicznych nie jest w jakimkolwiek stopniu uzasadnione czynnikami obiektywnymi. Przedstawione stanowisko jest zgodne z orzecznictwem zespołu arbitrów. Nawierzchni sportowej nie wolno opisywać za pomocą parametrów mechanicznych, które ogranicza ją konkurencję (Wyrok ZA z dnia 15.12.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/O-2926/06) Zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa Zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia powinien unikać wszelkich parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób lub konkretnego wykonawcę. Naruszeniem przepisów Pzp jest także opisywanie przedmiotu

zamówienia, w sposób nadmiernie rygorystyczny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. W ocenie Odwołującego, posiadającego - jego zdaniem - rozległą wiedzę i doświadczenie w zakresie dotyczącym wykonywania inwestycji porównywalnych z inwestycją będącą przedmiotem niniejszego postępowania, wprowadzenie przez Zamawiającego opisanego powyżej wymagania nie jest w jakimkolwiek stopniu uzasadnione. Wykonanie zamówienia przy zastosowaniu "sztucznej trawy", która spełnia najwyższe standardy (International Rugby Board, zwane dalej w treści uzasadnienia IRB) w równym stopniu gwarantuje zachowanie wszelkich parametrów użytkowych i funkcjonalnych, jak również nie wprowadza jakiegokolwiek zagrożenia dla prawidłowego wykonania zamówienia.

W świetle orzecznictwa Zamawiający musi skutecznie wykazać, że wyłącznie produkt o parametrach przez niego opisanych w SIWZ umożliwi Zamawiającemu realizację celu założonego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tymczasem — zdaniem Odwołującego - Zamawiający kwestię tą zupełnie pominął, opisując przedmiot zamówienia publicznego niezgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, tj. w sposób ograniczający konkurencję. Przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż przedmiotu zamówienia publicznego nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przepis ten nie wymaga faktycznego wykazania, lecz uznaje za wystarczające uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji.

Mając na uwadze przedstawioną wyżej argumentację, Odwołujący stwierdził, iż wniesienie odwołania jest uzasadnione oraz konieczne i wnosi o jego uwzględnienie w całości.

Ponadto na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą Odwołujący powołał argumentację zawartą w komentarzu do art. 29 ustawy Pzp (Wicik Wiśniewski wyd. Beck 2007 r. str. 216, pkt 9) i przytoczył dwa wyroki sądów okręgowych zawarte w powyższej publikacji, a także wyrok KIO z dnia 23 lipca 2008r. sygn. KIO/UPZ 700/08. Odwołujący wyjaśnił, że brak jest europejskich norm zharmonizowanych dot. tej części, która dotyczy nawierzchni boisk. Stąd też Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia wg wymogów ustalonych przez uznane instytucje certyfikujące, lub określające wymagania w odniesieniu do obiektów sportowych. Przyjęte jest, że w odniesieniu do obiektów sportowych, w tym nawierzchni do uprawiania sportu kompetentne są międzynarodowe federacje sportowe (FIFA, IAAF), a w odniesieniu do boisk rugby jest to federacja wskazana w odwołaniu. Odwołujący podniósł, że jego zarzuty dotyczą tylko parametrów IRB. Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego wskazał na "prawo antymonopolowe" i wskazał na kwestię rynku relevantnego. Stwierdził, iż gdyby przyjąć stanowisko Zamawiającego w kwestii ciężaru dowodu Odwołujący zmuszony byłby do przeprowadzenia dowodu negatywnego. Odwołujący wniósł o nakazanie takiej modyfikacji SIWZ, aby dopuszczone było IRB.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, oraz o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ poprzez dopuszczenie wszystkich nawierzchni typu „sztuczna trawa”, które zostały przetestowane i zaaprobowane przez IRB (International Rugby Board), skreślenie spełnienia przez nawierzchnię parametrów określonych w projekcie, z ostrożności - jeżeli spełnienie któregośkolwiek żądania jest niedopuszczalne z punktu widzenia przepisów ustawy Pzp - Odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i przedstawił stanowisko na piśmie, jako załącznik do protokołu (pismo z dnia 30.10.2008r.) adresowane „Urząd Zamówień Publicznych - Departament Odwołań” pt. Wyjaśnienie. Izba przyjęła stanowisko, jako załącznik do protokołu rozprawy.

Zamawiający wskazał, że w wyniku analizy treści protestu i zarzutów w nim zawartych dokonał modyfikacji SIWZ możliwie najdalej idącej, co jednak nie satysfakcjonowało Odwołującego. Nadto Zamawiający wskazał, że rugby nie jest grą polską. Używając wiedzy Polskiego Związku Rugby, który nie mając doświadczenia korzysta z zasad IRB. Z kolei IRB nie precyzuje, jak twierdzi Odwołujący, poszczególnych parametrów, lecz

określa parametry minimalne, które muszą być spełnione. Zamawiający chce wybudować obiekt o wysokiej klasie, a nie średniej, w woj. pomorskim są 4 drużyny 1- ligowe rugby. Wskazał, że nawierzchnia w tym postępowaniu jest tylko jednym z elementów przedmiotu zamówienia oszacowanego na 19 mln zł (w tym szacuje się wartość wykonania nawierzchni na 4 mln zł). Wbrew twierdzeniom Odwołującego na rynku polskim istnieje trzeci dystrybutor trawy firmy Damo - firma Gardenia Sp. z o.o. Ponadto jest jeszcze na rynku polskim drugi producent trawy - Greenfield. Zamawiający zakwestionował wywód Odwołującego w kwestii ciężaru dowodu twierdząc, że zamawiający nie ma powodów dokonywać rozeznania rynku w tej kwestii na etapie przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający jest zobowiązany stosować zasady wyrażone w art. 29 Pzp i stosuje je, natomiast nie jest zadaniem Zamawiającego ustalanie sytuacji rynkowej Odwołującego i faktu czy ma on problemy czy też nie z zakupem produktów własnych lub innych sprzedawców Wskazał, że rynek, którego dotyczy przedmiotowa sprawa nie jest rynkiem wyłącznie polskim, a wręcz przeciwnie jest to rynek co najmniej europejski, gdzie jest znacznie więcej producentów i dystrybutorów. Przywołał również wyrok KIO w podobnym stanie faktycznym, w którym

Odwołującym był obecny Odwołujący, dzieląc w pełni argumentację z uzasadnienia wyroku wcześniej przywołanego - sygn. akt KIO/UZP/1024/08.

Wskazując na powyższe Zamawiający wniósł również o zasądzenie kosztów postępowania przed KIO, w tym również kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z normami przepisany.

W uzasadnieniu Krajowa Izba Odwoławcza podała, iż skład orzekający po zapoznaniu się z oryginalną dokumentacją postępowania i stwierdzeniu, że załączona do akt sprawy kopia tej dokumentacji odpowiada treści oryginału ustalił, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany przez Zamawiającego zgodnie z art. 29 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.; zwanej dalej „ustawą Pzp”) przy uznaniu za niesporną okoliczność, że Zamawiający nie był zobowiązany ustalać parametrów nawierzchni wg zasad International Rugby Board (IRB), które ustalają jedynie minimalne parametry dla nawierzchni boisk do gry w rugby. W ocenie Izby prawem Zamawiającego jest oczekiwać realizacji zamówienia w warunkach podwyższonych w stosunku do minimalnych standardów, przyjętych na określonym rynku, a za takie (tj. minimalne) uznaje Izba żądania Odwołującego.

Za dopuszczalne uznała Izba takie określenie przedmiotu zamówienia, nawet, jeśli uniemożliwia ono Odwołującemu złożenie oferty w tym konkretnym postępowaniu skoro, jak wykazało postępowanie dowodowe, wskazany przez Odwołującego konkurent nie jest jedynym na rynku relevantnym producentem i dostawcą nawierzchni spełniającej wymogi SIWZ. Jednocześnie jednak Izba nie uznała przy tym argumentacji Zamawiającego, że nawierzchnia płyty boiska nie jest jedynym elementem zamówienia, stanowiąc jego część określoną szacunkowo na kwotę wskazaną w stanowisku Zamawiającego, jako że nie ma to wpływu na istotę sporu. Natomiast nie bez znaczenia pozostaje w okolicznościach niniejszej sprawy fakt, że Odwołujący nie wykazał, że podjął chociażby próbę pozyskania materiału wymaganego postanowieniami SIWZ, a zamierzał jedynie zaoferować produkt, którym dysponuje z racji związków handlowych z producentem, którego jest dystrybutorem.

KIO podkreśliła, iż z urzędu znany jest jej fakt konkurowania na rynku polskim podmiotów skupionych wokół określonych podmiotów oferujących nawierzchnie boisk, stadionów i innych obiektów sportowych, dla których realizacji niezbędne jest wykonanie sztucznej nawierzchni ze sztucznej trawy. Ten niejako utrwalony podział rynku nie powinien mieć jednak wpływu na żądanie, by Zamawiający nie mieli możliwości określenia przedmiotu zamówienia wg swoich uzasadnionych potrzeb, a w ocenie Izby, potrzeby te zostały wykazane precedensowym charakterem zamierzonej przez Gminę Miasta Gdyni inwestycji, w sytuacji, gdy służyć ma ona propagowaniu popularnej w świecie, a stosunkowo nowej w Polsce dyscypliny sportu, której cztery drużyny pierwszej ligi działają w obszarze zainteresowania Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, w przedstawionych wyżej okolicznościach nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji, bowiem przedmiot zamówienia został określony zgodnie z przepisami ustawy Pzp i nie wynika z tego opisu, że wymogi i

parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, iż wyłącznie jeden lub znacząco ograniczona liczba wykonawców może dostarczyć opisany w SIWZ produkt.

Od powyższego wyroku POLCOURT S.A. w Warszawie złożył skargę, zarzucając:

- naruszenie prawa materialnego - art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 Pzp poprzez błędną wykładnię i niezastosowanie w stanie faktycznym sprawy;
- naruszenie prawa procesowego - art. 190 ust. 2 oraz 188 ust. 7 ustawy Pzp poprzez sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, niedostateczne wyjaśnienie sprawy i pominięcie argumentów Skarżącego przedstawionych przeciwko twierdzeniom i dowodom Zamawiającego;
- naruszenie prawa procesowego - art. 192 ust. 2 ustawy Pzp poprzez brak wskazania w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku dowodów, na których oparła się KIO wydając orzeczenie oraz przyczyn, dla których dowodom przedstawianym przez Skarżącego odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej.

Wskazując na te zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości oraz uwzględnienie odwołania oraz zwrot kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz Sądem Okręgowym w Gdańsku, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Zdaniem skarżący w wyniku naruszenia przytoczonych powyżej przepisów interes skarżącego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku uwzględnienia wszystkich zarzutów oraz żądań zawartych w odwołaniu, skarżący mógłby uzyskać przedmiotowe zamówienie, zaś poprzez oddalenie odwołania skarżący został pozbawiony możliwości jego realizacji.

Skarżący w pełni podtrzymał swe stanowisko wyrażone zarówno w proteście, jak i odwołaniu. Jego zdaniem zgodnie z regułą wyrażoną w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zakazane jest formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę bądź też, które eliminowałyby konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych (tak: Sąd Okręgowy w Lublinie wyrok z dnia 09.11.2005r., sygn. akt II Ca 587/05). Nie oznacza to, że zamawiający traci prawo do określenia przedmiotu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże prawo to nie ma charakteru absolutnego, albowiem podlega ograniczeniu ze względu na konieczność postrzegania zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający ma bowiem prawo do takiego opisu przedmiotu zamówienia, który zapewni nabycie oczekiwanej dostawy, usługi lub roboty budowlanej, odpowiadających jego potrzebom tak co do ilości jak i jakości, lecz w interesie samego zamawiającego jest, aby opis pozwalał na zaferowanie dostaw, usług lub robót budowlanych przez jak największą liczbę wykonawców, co stwarza lepsze warunki optymalizacji zakupu i jego realizacji. To właśnie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma wyłonić wykonawcę oferującego najlepszy produkt (tak: wyrok KIO z dnia 09.06.2008r., sygn. akt KIO/UZP514/08).

Skarżący powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, podkreślił, iż narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców opisanie przedmiotu zamówienia poprzez określenie parametrów na takim poziomie, który odpowiada tylko jednemu produktowi. W takim przypadku zamawiający - w sposób pośredni - dokonuje uprzywilejowania określonego wykonawcy, z jednoczesnym dyskryminowaniem pozostałych. Pośrednia dyskryminacja *sensu stricte* ma miejsce wówczas, gdy zamawiający wprawdzie nie opisuje przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, ale posługuje się parametrami wskazującymi na konkretnego producenta lub konkretny produkt. Poza tym przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie wymaga faktycznego wykazania, lecz uznaje za wystarczające uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji. Jeżeli zatem zamawiający skutecznie nie udowodni, że więcej niż jeden produkt spełnia parametry graniczne wyznaczone w specyfikacji, fakt eliminacji technologii

stosowanych przez innych producentów stanowi o naruszeniu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Dalej skarżący podniósł, że w myśl art. 6 k.c. Zamawiającego obciążał ciężar udowodnienia, że są inni dostawcy lub producenci trawy syntetycznej spełniającej wymagania stawiane przez Zamawiającego. Natomiast przerzucenie ciężaru dowodu, że jest tylko jeden producent wymaganego w SIWZ produktu, na wykonawcę jest niedopuszczalne i nierealne, gdyż byłoby to dowodzenie faktów negatywnych.

Zdaniem skarżącego nie sposób podzielić stanowiska zaprezentowanego w zaskarżonym wyroku KIO, że Jak wykazało postępowanie dowodowe, wskazany przez

Odwołującego konkurent nie jest jedynym na rynku relewantnym producentem i dostawcą nawierzchni spełniającej wymogi SIWZ.” Według skarżącego ustalenie to odbyło się w sposób dowolny, z pominięciem jakichkolwiek reguł dowodzenia. KIO uznała za dowód wyłącznie oświadczenie pełnomocnika Zamawiającego złożone na rozprawie, że nawierzchnie odpowiadające wymogom SIWZ oferuje również firma Greenfields oraz inny dystrybutor wyrobów firmy DOMO - Gardenia sp. z o.o., oświadczenie powyższe nie zostało poparte żadnym dokumentem. W skardze wskazano, że stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp KIO ma obowiązek w uzasadnieniu orzeczenia przywołać dowody, na których się oparła wydając orzeczenie określonej treści i przyczyn, dla których odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej innym dowodom. Wymogu tego nie spełniło na pewno, zdaniem skarżącego, stwierdzenie o „wynikach postępowania dowodowego”, nie poparte rozważaniem wyników tego postępowania.

Odnosząc się do stwierdzenia, że skarżący nie wykazał, iż podjął próbę pozyskania materiału wymaganego postanowieniami SIWZ, skarżący przywołał również w skardze treść wyroku KIO z dnia 23.07.2008r., sygn. akt KIO/UZP700/08. Skarżący wskazał, iż co prawda KIO nie jest związana ustaleniami innego składu orzekającego, nie mniej ustaleniom poczynionym w prawomocnym wyroku innego składu KIO nie można odmówić waloru dowodu w świetle art. 188 ust.3. KIO nie odniosła się do tego dowodu w uzasadnieniu wyroku.

Skarżący ponadto wskazał, iż KIO stwierdzając, że nie doszło do pośredniej dyskryminacji *sensu stricte*, nie dokonała niezbędnych ustaleń odnośnie podnoszonego przez skarżącego twierdzenia o dyskryminacji *sensu largo*. W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku KIO przyjęła istnienie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w odniesieniu do postawionych wymagań, stwierdzając jedynie, że „potrzeby zamawiającego zostały wykazane precedensowym charakterem zamierzonej przez Gminę Miasta Gdynia inwestycji, w sytuacji, gdy służyć ma ona propagowaniu popularnej w świecie a nowej w Rzeczypospolitej dyscypliny sportu, której cztery drużyny pierwszej ligi działają w obszarze zainteresowania Zamawiającego, tj. na terenie województw przybałtyckich.” Uzasadnienie powyższe w ocenie Skarżącego należy uznać, co najmniej za niewystarczające, nie odnosi się ono bowiem do właściwości samego przedmiotu zamówienia, lecz do okoliczności nie mających z przedmiotem zamówienia nic wspólnego.

Dalej argumentował skarżący, iż w trakcie postępowania przed KIO Zamawiający nie wykazał, że wyłącznie nawierzchnia o wskazanych przez niego parametrach pozwoli na realizację zamówienia odpowiadającego jego uzasadnionym potrzebom. Nie mogą być uznane za takie uzasadnienie ogólne stwierdzenia Zamawiającego, że nawierzchnia o wskazanych parametrach zapewni bezpieczeństwo zawodnikom. Ustalenia KIO poczynione w tym zakresie nie są poparte, w ocenie skarżącego, jakimkolwiek dowodem, co stanowi o rażącym naruszeniu art. 190 ust. 2 ustawy Pzp.

Dokonując opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający nie ustalił czy jest on adekwatny do jego uzasadnionych potrzeb, czego pośrednim dowodem jest pismo przesłane pocztą elektroniczną do Polskiego Związku Rugby. W piśmie tym, wysłanym już po wniesieniu przez skarżącego protestu, Zamawiający zapytuje Polskiego Związku Rugby o rekomendację co do wymagań technicznych odnoszących się do boiska rugby.

Teza o „precedensowym charakterze zamówienia” nie znajduje, w ocenie skarżącego, uzasadnienia w rzeczywistości. Boiska z nawierzchnią z trawy syntetycznej budowane są w Polsce od kilku lat. Skarżący przywołał treść przepisów przyjętych przez IRB - normę PN-EN

15330-1 oraz Regulation 22. Ze względu na zestandaryzowany charakter nawierzchni z trawy syntetycznej, zasadne było konwencjonalne opisanie przedmiotu zamówienia w tej części, czyli poprzez odniesienie się do istniejących norm. Mając na względzie powyższe regulacje i normy, brak jest w ocenie skarżącego jakiegokolwiek uzasadnienia dla wymogu przedstawionego przez Zamawiającego, dlaczego trawa syntetyczna długości włókna 63-66 mm nie odpowiada uzasadnionym potrzebom Zamawiającego, natomiast wymogi takie spełnia nawierzchnia z włóknami o 1 mm dłuższymi.

W ocenie Skarżącego wykazał on, że wymagania Zamawiającego przewyższają wymagania dla boisk, na których odbywają się rozgrywki czołowych lig światowych oraz mecze międzynarodowe, tym samym brak jest uzasadnienia dla formułowania takich wymogów. Nie są to na pewno wymagania minimalne jak ustaliła to Krajowa Izba Odwoławcza w zaskarżonym wyroku.

Zamawiający wnosil o oddalenie skargi powtarzając argumenty podnoszone zarówno na etapie protestu, jak i odwołania.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie jest uzasadniona i podlega oddaleniu. Sąd Okręgowy w całości podziela argumenty przytoczone w pisemnych motywach rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej i przyjęte tam stanowisko.

Zgodnie z treścią art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.; *dalej : ustawa Pzp*) zamawiający jest obowiązany do przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Z kolei przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zawiera wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Sąd Okręgowy co do zasady podziela stanowisko skarżącego, iż w świetle przepisu art. 29 ustawy Pzp zakazane jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Sąd Okręgowy nie podzielił jednakże poglądu skarżącego, iż w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który wskazuje na konkretnego producenta i konkretny produkt. Zdaniem Sądu Okręgowego Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp za pomocą cech technicznych, przy użyciu dokładnych i zrozumiałych określeń. Podane parametry sztucznej trawy Zamawiający określił, jako minimalne wymagania stawiane zaoferowanej sztucznej nawierzchni boiska, bez wskazania znaku towarowego, patentu, bądź pochodzenia. Podkreślić trzeba, że zakaz przewidziany przepisem art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymagania w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do zamówienia. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie. Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami prawa ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia o określonych minimalnych standardach jakościowych i technicznych. Ponadto nie jest podstawą do uznania, że przedmiot zamówienia został określony w sposób sprzeczny z zasadami ustawowymi to, że wypełnienie wymagań technicznych jest trudne do spełnienia dla danego wykonawcy (*por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 07.02.2005 roku, sygn. akt UZP/ZO/O-175/05*).

Zgodnie z art. 188 ust. 1 Pzp oraz art. 6 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Pzp na Skarżącym ciąży obowiązek udowodnienia faktów, z których wywodzi skutki prawne. Skoro

Skarżący powoływał się na dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami Zamawiającego, które jego zdaniem uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji, to powinien tę okoliczność wykazać. Tymczasem Skarżący nie podołał temu obowiązkowi. Skarżący, który jak sam przyznaje, nie ma możliwości współpracy z oficjalnymi dystrybutorami formy DOMO działającymi na terenie Polski, usiłuje narzucić pogląd, że Zamawiający żąda jednego konkretnego i precyzyjnie określonego produktu o niepowtarzalnych cechach i technice wykonania. Jednocześnie skarżący pomija okoliczność, na którą słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, iż nie ma przeszkód by skorzystał z oferty dystrybutorów działających na terenie innych krajów niż Polska.

Sąd Okręgowy podziela stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu wyroku z dnia 09.X.2008r., sygn. akt KIO//UZP 1024/08, zgodnie z którym „(...) *Bezspornie Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby, żądając produktu o cechach odpowiadających jego potrzebom, a w tym o najwyższych dostępnych standardach jakościowych, w oparciu o opinie użytkowników produktów. Rozwój technologii, a w ślad za tym postęp w produkcji sztucznej nawierzchni kolejnych generacji daje Zamawiającemu prawo wymagania od wykonawców dostarczenia produktu o pożądanym przez niego parametrach w nowoczesnej technologii, czyli w okolicznościach sprawy, nawierzchni ze sztucznej trawy bez wypełnienia. W tym też zakresie Zamawiający kieruje się potrzebą realizowanej inwestycji, celowością i ekonomią wydatkowania środków publicznych i wykorzystywaniem w przyszłości obiektu sportowego. Nie można postawić zarzutu Zamawiającemu utrudniania uczciwej konkurencji przez dążenie do uzyskania boiska o parametrach najlepszych wg posiadanej przez niego wiedzy*”. W ocenie Sądu Okręgowego chybionym jest zarzut skarżącego, iż w opisie przedmiotu zamówienia w tej konkretnej sprawie Zamawiający zastosował nazbyt wygórowane parametry sztucznej trawy. Biorąc pod uwagę charakter inwestycji zamierzonej przez Gminę Miasta Gdynia (budowana pierwszego w Polsce stadionu rugby o sztucznej nawierzchni, który ma spełniać wymagania odpowiadające standardom światowym) nie sposób odmówić racji Zamawiającemu, iż dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób przez niego wskazany było uzasadnione potrzebami Zamawiającego dążącego do uzyskania boiska o parametrach najlepszych wg posiadanej przez niego wiedzy. Powtórzyć trzeba, że nie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą zaoferować żądany przedmiot zamówienia wszyscy wykonawcy działający w danej branży, co nie jest równoznaczne z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Ograniczona liczba wykonawców mogących uczestniczyć w postępowaniu, z uwagi na określony przedmiot zamówienia, nie jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji (por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27.07.2007 roku, sygn. akt UZP/ZO/0-879/07).

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że Krajowa Izba Odwoławcza dokonała właściwej wykładni przepisów prawa i tym samym wydała trafne rozstrzygnięcie.

Z tych względów Sąd Okręgowy na mocy art. 198 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. (t.j. Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655, ze zm.) orzekł jak w sentencji wyroku.

Sr. • H - G

.....

■GM

ℓ, ...,

?iX