

Sygn. akt IX Ga 44/08 v

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 maja 2008 roku

Sąd Okręgowy w Lublinie IX Wydział Gospodarczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: Sędzia SO Sławomir Boratyński/spr/

Sędziowie: SSO Przemysław Grochowski
SSO Liliana Stępkowska
st. sekr. sądowy Ewa Towarnicka

Protokolant: po rozpoznaniu w dniu 30 kwietnia 2008 roku w Lublinie
na rozprawie

skargi : MAW Telecom International Spółki Akcyjnej w Warszawie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2008r. sygn. KIO/UZP
79/07

w sprawie z odwołania wniesionego przez MAW Telecom International Spółka
Akcyjna w Warszawie
od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Skarb Państwa - Jednostkę
Wojskową Nr 3823 w Dęblinie protestu z dnia 11 grudnia 2007 roku,

przy udziale Gildia Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie
zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie
zamawiającego

I. Skargę oddała;

II. Zasądza od skarżącego MAW Telecom International Spółki
Akcyjnej w Warszawie na rzecz przeciwnika skargi -
zamawiającego Skarbu Państwa Jednostki Wojskowej Nr

3823 w Dęblinie kwotę 900 zł (dziewięćset złotych) tytułem
zwrotu kosztów postępowania wywołanego wniesieniem
skargi;

III. Zasądza od skarżącego MAW Telecom International Spółki
Akcyjnej w Warszawie na rzecz przeciwnika skargi - Gildia

Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie
zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego -
po stronie zamawiającego kwotę 600 zł (sześćset złotych)
tytułem zwrotu kosztów postępowania wywołanego
wniesieniem skargi.

Sygn. akt IX Ga 44/08

Uzasadnienie

Wyrokiem z dnia 01 lutego 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 79/07 Krajowa Izba Odwoławcza, w sprawie z odwołania wniesionego przez MAW Telecom International S.A. Warszawa, ul. Chocimska 14 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Skarb Państwa - Jednostkę Wojskową Nr 3823 w Dęblinie, Dęblin, ul. Brygady Pościgowej 5 protestu z dnia 11 grudnia 2007 roku, przy udziale Gildia Sp. z o. o., Lublin, ul. Rudnicka 26 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego, orzekła o oddaleniu odwołania (1) oraz kosztami postępowania obciążyła MAW Telecom International S.A. Warszawa, ul. Chocimska 14, a także nakazała: zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.064,00 zł z kwoty wpisu uiszczonego przez MAW Telecom International S.A. Warszawa, ul. Chocimska 14 i dokonać zwrotu kwoty 15.936,00 zł z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz MAW Telecom International S.A. Warszawa, ul. Chocimska 14 (2) - k.51-52.

W uzasadnieniu orzeczenia Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie materiału dowodowego zebranego w sprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza uznała , że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby, z uwagi na charakter zarzutu i związane z tym dyspozycje ustawowe, odniósł się do kwestii zmiany kryterium oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, czyli naruszenia art. 38 ust. 5 ustawy Pzp. W jego ocenie zarzut ten nie znajduje potwierdzenia. Zgodnie z SIWZ, tj. Częścią V „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”, o zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy m. in. posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. przedstawia wykaz wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres działalności

jest krótszy - w tym okresie (co najmniej jednej /1 / dostawy na kwotę min. 5.000.000,00 zł brutto), odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należycie)”. Z kolei w Części VI SIWZ - „Informacja o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu”, w pkt 1 lit. j) zawarte jest stwierdzenie, iż „w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, załączniki do oferty muszą zawierać następujące oświadczenia i dokumenty: Wykaz

wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub, ciągłych również wykonywanych, dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie (co najmniej jednej /l/ dostawy na kwotę min. 5.000.000,00 zł brutto), odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należycie - Załącznik nr 5". W pierwszym wypadku zapis SIWZ (Część V) stanowi wypełnienie dyspozycji wynikającej z art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zaś w drugim (Część VI) - dyspozycji wynikającej z art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Słusznym więc w ocenie Izby wydawał się pogląd reprezentowany przez zamawiającego i przystępującego, a znajdujący odzwierciedlenie w orzecznictwie (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 07 grudnia 2006 roku, sygn. akt UZP/ZO/0-2874/06) oraz doktrynie i podzielany przez skład orzekający Izby, iż fakt uregulowania osobno kwestii dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu od kwestii opisu sposobu dokonywania oceny spełniania

warunków ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia zasadności rozpatrywanego zarzutu. Modyfikacja SIWZ w zakresie wykazu oświadczeń i dokumentów nie jest objęta zakazem sformułowanym w art. 38 ust. 5 ustawy Pzp, co więcej powyższy przepis w ogóle się do niej nie odnosi. Zdaniem doktryny taka modyfikacja w żaden sposób nie narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Przypadku bowiem dokumentów, każdy z wykonawców ma wiedzę, jakich dokumentów może żądać zamawiający, gdyż ich katalog jest

zamknięty i określony rozporządzeniem w sprawie dokumentów. W stanie faktycznym będącym przedmiotem orzekania zmiana dotyczyła Załącznika nr 5 do SIWZ, wypełnia więc przesłanki, o których mowa była powyżej. Powyższy załącznik w swym pierwotnym brzmieniu nie współgrał w sposób dostateczny z przedmiotem zamówienia, dlatego celowym i słusznym wydaje się działanie zamawiającego, który w wyniku uznania protestu powyższą sytuację określił w sposób jednoznaczny. Takie działanie doprowadziło do stanu zgodnego z § 1 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia z dnia 19 czerwca 2006 roku „w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu” (Dz. U. z 2006 roku, Nr 87, poz. 605), który stanowi wyraźnie, iż zamawiający może żądać w celu potwierdzenia i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - wykazu wykonanych, a w wypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy lub usługi zostały wykonane należycie.

Bezsprzecznie podmioty zainteresowane udziałem w postępowaniu, znając przedmiot zamówienia od początku, tj. od dnia opublikowania ogłoszenia w stosownym publikatorze Unii Europejskiej, czyli 03 października 2007 roku - CPV 31641300-4 (symulatory szkoleniowe), tj. dostawa symulatora kontroli ruchu lotniczego (Seksja II. 1.1 oraz 1.5 ogłoszenia) dysponowały wiedzą, wobec kogo jest on skierowany. Zmiana dokonana przez zamawiającego nie zmienia kręgu, czy też grupy potencjalnych wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Potwierdza to wypowiedź odwołującego, który chcąc wykazać tezę przeciwną i fakt naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, powołując się na

konieczność zawarcia konsorcjum w celu sprostania kwestionowanemu

zapisowi SIWZ nie dostrzegł faktu, iż tylko jedna z pięciu złożonych ofert to konsorcjum.

Jednocześnie skład orzekający Izby zauważył, iż dokonana zmiana bez względu na jej charakter miała na celu doprowadzenie treści SIWZ do zgodności z ustawą oraz aktami wykonawczymi i była wynikiem uznania protestu, a co za tym idzie uwzględniała interes nie tylko odwołującego, ale i pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wskazano także, że należy zgodzić się z podniesionym podczas rozprawy stanowiskiem przystępującego, iż brak jest po stronie odwołującego interesu prawnego. Mimo kwestionowania określonych zapisów SIWZ, odwołujący złożył ofertę, a jak słusznie sam stwierdził nie jest w stanie odnieść się z powodu trwającej procedury oceny złożonych ofert, do kwestii naruszenia jego interesu prawnego przez zamawiającego. Poczynione podczas rozprawy ustalenia wynikające z wyjaśnień zamawiającego oraz okazanych ofert uprawniają do twierdzenia, iż mimo zarzutów odnoszących się do przedmiotu zamówienia złożona przez odwołującego oferta jest zgodna z przedmiotem zamówienia określonym w SIWZ.

Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie i doktrynie, według których naruszenie interesu prawnego musi odnosić się do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, w którym uczestniczy podmiot wnoszący środek ochrony prawnej. Dotychczasowe orzecznictwo stoi na stanowisku, że naruszenie interesu prawnego, na gruncie przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, polega w istocie na utracie możliwości ubiegania się o zamówienie, bądź też utracie możliwości jego uzyskania. Interes prawny w uzyskaniu zamówienia ma tylko ten, na którego sferę prawną w sposób bezpośredni lub pośredni oddziałuje wynik danego postępowania, a fakt zaistnienia tegoż musi zostać udowodniony.

Reasumując Izba wskazała, że odwołujący jest nadal uczestnikiem przedmiotowego postępowania i nie utracił możliwości ubiegania się o zamówienie, ani też możliwości jego uzyskania.

Odnosnie zarzutów związanych z opisem przedmiotu zamówienia oraz jego modyfikacją w trybie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, należy uznać zdaniem Izby, że po analizie SIWZ, w szczególności załącznika nr 1, tj. Wymagań taktyczno - technicznych symulatora ruchu lotniczego oraz załączonych do

akt sprawy dokumentów, m. in. pisma Komendanta - Dziekana Wydziału Lotnictwa z dnia 09 lipca 2007 roku oraz z dnia 01 października 2007 roku, iż opis przedmiotu zamówienia ma co najmniej charakter mieszany, tj. funkcjonalno - techniczny, czyli częściowo wskazuje wymagane parametry, a częściowo wskazuje wymagania funkcjonalne. Istotne jest przy tym, zgodnie z twierdzeniem doktryny, żeby wykonawca mógł dokładnie na podstawie opisu przedmiotu zamówienia określić swoje zobowiązanie.

Należy zaznaczyć, iż zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia ma wybór metody dokonywania tego opisu. Dopuszczenie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie funkcji, jakie przedmiot zamówienia ma wypełnić, jest uwarunkowane dokonaniem przez zamawiającego wystarczająco dokładnego opisu. Wskazanie wymagań funkcjonalnych nie zwalnia bowiem z obowiązku przestrzegania norm zawartych w art. 29. W tym stanie faktycznym od początku, wiadomym był unikatowy charakter przedmiotu zamówienia, dlatego zamawiający zmuszony był do takiego, a nie innego określenia przedmiotu zamówienia. Działal więc zgodnie z tezą orzecznictwa, która daje zamawiającemu prawo do samodzielnego dokonania oceny swoich potrzeb i stosownie do tych potrzeb opisanie - z zastrzeżeniem zasad określonych w art. 29 ustawy - przedmiotu zamówienia. W związku z

tym zamawiający określił swoje potrzeby, znając cel, który mu przyswieceł. Nie naruszył art. 29 ustawy Pzp, m. in. dlatego, iż jak potwierdził podczas rozprawy dopuszczał oferty równoważne, akcentując nadto konieczność zapewnienia kompatybilności modułów i możliwości pracy łącznej i rozdzielczej dostarczanych elementów.

W ocenie Izby modyfikacje dokonywane przez zamawiającego de facto miały na celu zapewnienie wystarczająco dokładnego opisu przedmiotu zamówienia dla uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z powyższym nie może być w tym wypadku mowy o naruszeniu art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż działania zamawiającego były ukierunkowane na usunięcie takich zapisów SIWZ w przedniocie zamówienia, które ewentualnie mogłyby stanowić Czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

W związku z powyższym zamawiający wypełnił w tym względzie wszystkie uwarunkowania wynikające z art. 38, a w szczególności z jego ustępu 4, które uzasadniają zmiany od ich zasadności. Zgodnie z doktryną bowiem, w szczególnie uzasadnionych wypadkach (tzn. gdyby np. okazało się, że na podstawie sporządzonego opisu przedmiotu zamówienia oferty nie są w stanie złożyć ofert odpowiadających warunkom zamówienia) zamawiający może zmienić specyfikację zamówienia w dowolnym momencie zamówienia, ale przed upływem terminem składania ofert. Należy jednak zauważyć, iż przepis art. 38 ust. 4 nie pozwala na swobodne dokonywanie zmian treści specyfikacji, a jedynie na dokonywanie tych zmian (modyfikacji) w szczególnie uzasadnionych wypadkach. Zamawiający nie może wprowadzać zmian, kiedy chce i jak chce. Decyzja o zmianie musi być uzasadniona naprawdę wyjątkowymi okolicznościami. Jakkolwiek pojęcie to (w szczególnie uzasadnionych przypadkach) nie zostało nigdzie bliżej dookreślone, ale z treści tego przepisu niewątpliwie wynika obowiązek zamawiającego uzasadnienia wprowadzenia zmian treści modyfikacji.

Należy także zaznaczyć, iż załącznik nr 1a do SIWZ ma charakter pomocniczy i nie jest wiążący dla zamawiającego podczas oceny złożonych ofert, co przyznał podczas rozprawy. Wynika to także z akt sprawy oraz treści rozstrzygnięcia protestu. W związku z tym nie znaczenia fakt, iż cztery z pięciu złożonych ofert, w tym oferta odwołującego powyższy załącznik zawiera. Jego brak nie będzie skutkował żadnymi konsekwencjami przewidzianymi w ustawie Pzp. Wiążący jest załącznik nr 1 do SIWZ oraz pozostałe modyfikacje, za wyjątkiem załącznika nr 1a do SIWZ. Czyny to oferty złożone w niniejszym postępowaniu porównywalnymi, a bezzasadnością zarzutów odnoszących się do załącznika nr 1a do SIWZ. Tym samym w ocenie Izby odwołujący nie wykazał naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 38 ust. 4 i 5 ustawy Pzp (k.53-64).

Uzasadnienie o kosztach według izby uzasadnia treść art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych (k.64).

Na powyższy wyrok, w dniu 13 lutego 2008 roku, skargę wniósł MAW Telecom International S.A. w Warszawie (k.69-), zarzucając mu:

1. naruszenie prawa materialnego, a mianowicie:

- naruszenie przepisu art. 38 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niewłaściwe zastosowanie przez oddalenie odwołania skarżącego;
- naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niewłaściwe zastosowanie przez oddalenie odwołania

skarżącego;

- naruszenie przepisu art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania .

2. naruszenie przepisów postępowania, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie art. 192 ust. 2 oraz art. 188 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegające na:

- braku w zaskarżonym wyroku wskazania przyczyn, dla których skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej nie dał wiary i odmówił wiarygodności i mocy dowodowej dowodom przedstawianym przez skarżącego, zaniechania wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności sprawy;
- dokonania błędnej oceny i interpretacji postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w szczególności poprzez uznanie, że zapisy załącznika nr 5 nie dotyczą bezpośrednio warunków udziału w postępowaniu;
- błędzie w ustaleniach faktycznych poprzez przyjęcie, że zmiana w treści załącznika nr 5 nie spowodowała zmiany warunków udziału w postępowaniu;

błędzie w ustaleniach faktycznych poprzez przyjęcie, że przedmiot zamówienia został opisany przez zamawiającego prawidłowo.

Wskazując na powyższe pełnomocnik skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez uwzględnienie odwołania oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz skarżącego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu skargi skarżący podniósł, iż przyjęte przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej założenie, iż zmiana załącznika nr 5 do SIWZ nie ma związku z warunkami udziału w postępowaniu jest błędne. Przepis art. 38 ust. 5 ustawy bowiem zabrania dokonywania modyfikacji

dotyczących warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania w ogóle. Ustalając warunek posiadania niezbędnego doświadczenia w pkt V SIWZ jednoznacznie wskazano, iż ocena spełnienia warunku zostanie dokonana na podstawie wykazu dokonanych dostaw. Natomiast z zapisu zawartego w pkt VI ust. 1 SIWZ wynika, iż zawartość załącznika nr 5 ma związek z oceną spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z pierwotnego brzmienia tego zapisu wynikało, iż o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy dostarczyli jakąkolwiek aparaturę, przyrządy, urządzenia i wyposażenie dla wojska. Następnie jednak pismem z dnia 23 listopada 2007 roku zamawiający dopuścił jako potwierdzające spełnienie warunku posiadania doświadczenia niezbędnego dla realizacji zamówienia dostawę symulatorów czołgów, samolotów oraz samochodów. Na powyższą zmianę w dniu 27 listopada 2007 roku protest wniosła GILDIA Sp. z o. o., do którego skarżący przyłączył się po stronie protestującego. W wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia powyższego protestu wprowadzono kolejne, trzecie brzmienie załącznika nr 5, według którego o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy legitymujący się doświadczeniem w co najmniej jednej dostawie symulatora kontroli ruchu lotniczego. W związku z tym bez wątpienia doszło do dwukrotnej zmiany kryterium oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a zatem naruszono zakaz płynący z przepisu art. 38 ust. 5 ustawy. Naruszeniem tegoż przepisu jest również to, iż na skutek zmiany wprowadzonej do SIWZ, dla potwierdzenia spełniania warunków konieczne było zawiązanie konsorcjum.

Skarżący podniósł nadto, iż w treści samego załącznika nr 1a znajdują się zapisy sprzeczne. Z jego nagłówka wynika, iż zapisane są w nim wymagania minimalne. Należałoby sądzić, że są wobec tego wiążące. Pod tabelą znajduje się jednak zapis, iż załącznik ma charakter pomocniczy. Trudno więc nazwać takie określenie jednoznacznym i wyczerpującym w myśl art. 29 ust. 1 ustawy.

Skarżący wskazywał również, iż ma on interes prawny w zastosowaniu środka ochrony prawnej, bowiem w przypadku zmiany kryteriów na pierwotne, spełniałby warunki udziału w postępowaniu. Jednak z uwagi na fakt, iż każda zmiana warunków, skutkuje unieważnieniem postępowania w

trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, skarżący zażądał unieważnienia postępowania (k. 71-77).

W dniu 27 lutego 2008 roku wykonawca, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, złożył pismo procesowe w związku z wniesioną skargą, wnosząc o oddalenie skargi w całości. W uzasadnieniu podniósł, iż oddalenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania wniesionego przez skarżącego nastąpiło na podstawie i w granicach prawa, a skarżący nie posiada interesu prawnego w złożeniu skargi, bowiem zgodnie z treścią art. 6 k.c. nie wykazał go.

Bezzasadny jest również zarzut naruszenia • przez zamawiającego przepisu art. 38 ust. 5 Pzp, zamawiający bowiem nie dokonał zmiany, ani modyfikacji, ani warunków udziału w postępowaniu, ani sposobu oceny ich spełnienia. Doprecyzowaniu uległ natomiast załącznik nr 5 do SIWZ, tj. wzór przykładowego wykazu wykonanych dostaw. Ponadto nastąpiło to na skutek rozstrzygnięcia protestu, do którego to postępowania przyłączył się skarżący. Dlatego też działanie skarżącego należy uznać, w myśl art. 5 k.c. za nie zasługujące na ochronę. Niemniej jednak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza, iż art. 38 ust. 5 ustawy nie odnosi się do oświadczeń i dokumentów.

Bezzasadny jest również zarzut odnoszący się do opisu przedmiotu zamówienia, bowiem zamawiający jest uprawniony do opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób uwzględniający jego potrzeby. Nadto zamawiający opisał tenże przedmiot w sposób funkcjonalno - techniczny, co znajduje swoją podstawę w art. 30 ust. 6 Pzp i w żaden sposób nie narusza art. 29 ust. 1 Pzp. Jednocześnie wskazano, iż zamawiający dokonał doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w odpowiedzi na żądanie skarżącego.

Natomiast do naruszenia art. 188 ust. 7 Pzp. mogłoby dojść tylko wówczas, gdyby skarżący przy pomocy argumentów jurystycznych wykazał uchybienie podstawowym regułom służącym ocenie wiarygodności o mocy poszczególnych dowodów, a nadto wpływ tego postępowania na wynik postępowania. Z kolei zarzut naruszenia art. 192 ust. 2 Pzp, mógłby skutkować wzruszeniem zaskarżonego wyroku jedynie wtedy, gdyby wadliwe

uzasadnienie orzeczenia miało wpływ na wynik sprawy. W związku z tym zarzuty skarżącego należałoby uznać za nieudowodnione i bezzasadne. Ponadto skarżący nie wykazał okoliczności skutkujących koniecznością unieważnienia postępowania (k. 168-174).

Sąd Okręgowy Sąd Gospodarczy w Lublinie rozpoznając przedmiotową skargę ustalił i zważył, co następuje:

Skarga nie jest uzasadniona i nie zasługuje na jej uwzględnienie .

Wbrew zarzutom skargi wskazać należy, iż ustalenia poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą i ich ocena prawna oraz stanowiąca podstawę ustaleń faktycznych ocena przeprowadzonych w toku postępowania dowodów są prawidłowe i Sąd Okręgowy podzielając je, przyjmuje za własne, co sprawia, iż nie zachodzi potrzeba ich powtarzania (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 1997 r., II UKN 61/97 - OSNAP 1998 nr 9, poz. 104 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 1999 r., I PKN 521/98 - OSNAP 2000, nr 4, poz. 143).

Krajowa Izba Odwoławcza dokonała w niniejszej sprawie oceny całokształtu zgromadzonego materiału dowodowego, na podstawie którego poczyniła właściwe ustalenia faktyczne i wyciągnęła prawidłowe wnioski.

Krajowa Izba Odwoławcza dokonała również prawidłowej interpretacji prawnej dokonanych w sprawie ustaleń i przedstawiła w uzasadnieniu podstawę prawną orzeczenia. Bez wpływu na powyższe stanowisko pozostają zarzuty i wnioski skarżącego.

Na wstępie rozważań prawnych w ocenie Sądu Okręgowego należy odnieść się do kwestii braku naruszenia interesu prawnego po stronie skarżącego w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą. Zgodnie bowiem z treścią art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W tym miejscu należy przytoczyć wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 08 sierpnia 2006 roku, według którego tylko wykonawcy, uczestnicy konkursu oraz inne osoby wskazane w

ustawie, które wykażą doznanie uszczerbku w interesie prawnym lub możliwość doznania takowego uszczerbku są uprawnione do złożenia protestu i odwołania. Przesłanka ta winna być wykazana już w proteście i nie podlega domniemaniu (...) (teza 1). Brak wskazania przez odwołującego naruszenia jego interesu prawnego (na czym polega, że doznał lub może doznać uszczerbku) uniemożliwia rozpoznanie merytorycznych zarzutów i skutkuje oddaleniem odwołania (teza 2) (UZP/ZO/0-2242/06, LEX nr 209777). Potwierdzeniem powyższego wyroku jest również wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 12 marca 2007 roku, według którego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, interes prawny w uzyskaniu zamówienia ma tylko ten, na którego sferę prawną może oddziaływać bezpośrednio lub pośrednio wynik danego postępowania. Wykazanie naruszenia interesu prawnego powinno być realne i konkretne, opierać się na faktach, a nie hipotezach lub żądaniach, które nie mogą lub nie muszą być spełnione przez zamawiającego. Naruszenie interesu prawnego musi istnieć w konkretnym postępowaniu (UZP/ZO/0-219/07, LEX nr 286165).

Mając na uwadze powyższe rozważania należy wskazać, iż prawidłowo przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, że po stronie skarżącego nie został wykazany przez niego fakt naruszenia jego interesu prawnego. Mimo bowiem kwestionowania określonych zapisów SIWZ, odwołujący złożył ofertę, a jak słusznie sam stwierdził, nie jest w stanie odnieść się z powodu trwającej procedury oceny złożonych ofert, do kwestii naruszenia jego interesu prawnego przez zamawiającego. W związku z tym trafne jest rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, skutkujące oddaleniem odwołania tylko i wyłącznie już z tego względu. Niemniej jednak w uzasadnieniu wydanego przez siebie wyroku Izba, oprócz powyższej kwestii odniosła się również w sposób merytoryczny do podniesionych przez odwołującego zarzutów, czego

w świetle powyższego nie musiał już czynić. Mimo to jednak rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie należy uznać również za trafne.

Należy także zaznaczyć, iż w odpowiedzi na skargę również został podniesiony zarzut braku interesu prawnego skarżącego, jednak tym razem w złożeniu skargi. Niemniej jednak w ocenie Sądu Okręgowego skarżący, w piśmie procesowym z dnia 11 marca 2008 roku (k. 192-193 wraz z

załącznikami) jednoznacznie wskazał, iż został on wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na fakt nie dołączenia do oferty dokumentu potwierdzającego wymagane doświadczenie. Jego zdaniem, gdyby nie doszło do zmiany warunków udziału w postępowaniu, które jest sprzeczne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, nie miałyby miejsca powyższe. Dlatego też w ocenie Sądu Okręgowego skarżący, na tym etapie postępowania wykazał naruszenie jego interesu prawnego i dlatego też Sąd Okręgowy odniósł się w sposób merytoryczny do zarzutów podniesionych w skardze.

I tak za bezzasadny należy uznać zarzut naruszenia przepisów postępowania, mającego istotny wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie art. 192 ust. 2 oraz art. 188 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegające na:

- braku w zaskarżonym wyroku wskazania przyczyn, dla których skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej nie dał wiary i odmówił wiarygodności i mocy dowodowej dowodom przedstawianym przez skarżącego, zaniechania wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności sprawy;
- dokonania błędnej oceny i interpretacji postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w szczególności poprzez uznanie, że zapisy załącznika nr 5 nie dotyczą bezpośrednio warunków udziału w postępowaniu;
- błędzie w ustaleniach faktycznych poprzez przyjęcie, że zmiana w treści załącznika nr 5 nie spowodowała zmiany warunków udziału w postępowaniu;

błędzie w ustaleniach faktycznych poprzez przyjęcie, że przedmiot zamówienia został opisany przez zamawiającego prawidłowo.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba z urzędu sporządza uzasadnienie wyroku oraz postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Z kolei ustęp 2 tegoż przepisu stanowi, iż uzasadnienie, o którym mowa w ust. 1, zawiera wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenie faktów, które Izba uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wskazanie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Natomiast zgodnie z treścią przepisu art. 188 ust. 7 ustawy, Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału.

W ocenie Sądu Okręgowego zarzuty naruszenia zasady swobodnej oceny dowodów, czyli art. 188 ust. 7 ustawy oraz treści art. 192 ust. 2 ustawy stanowią wyłącznie polemikę skarżącego z wyrokiem i uzasadnieniem Krajowej Izby Odwoławczej, która nie może odnieść skutku. Skarżący nie wykazał bowiem istotnych błędów logicznego rozumowania, sprzeczności oceny ustalonego w sprawie stanu faktycznego z doświadczeniem życiowym, braku wszechstronności, czy też bezzasadnego pominięcia dowodów, które mogłyby prowadzić do odmiennych wniosków, niż te prezentowane przez Izbę. W

judykaturze utrwalony jest pogląd, wprawdzie dotyczący treści art. 233 § 1 k.p.c., to jednak znajdujący zastosowanie również do treści art. 188 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na identyczne brzmienie treści obu tych przepisów, że skuteczne zgłoszenie zarzutu naruszenia przez Sąd art. 233 § 1 k.p.c. wymaga wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, jedynie bowiem to może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej, niż przyjął sąd wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie, niż ocena sądu (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 11 stycznia 2006 r., I ACa 1609/05, LEX nr 189371). Co więcej - zaniechanie wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego nie stanowi o naruszeniu art. 233 § 1 k.p.c. Także naruszeniem tego przepisu nie jest pominięcie przez sąd przy wyrokowaniu określonej okoliczności faktycznej, nawet jeżeli strona uważa ją za okoliczność istotną dla rozstrzygnięcia sprawy (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 listopada 2003 roku, II CK 293/02, LEX nr 151622).

Z kolei ocena mocy i wiarygodności dowodów, przeprowadzona w pisemnym uzasadnieniu orzeczenia, mogłaby być skutecznie podważona w postępowaniu odwoławczym tylko wówczas, gdyby wykazano, że zawiera ona błędy logiczne, wewnętrzne sprzeczności, jest niepełna itp. (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 31 sierpnia 2005 roku, I ACa 456/05, LEX nr 177026). Ponadto z uwagi na ugruntowaną linię orzeczniczą Sądu

Najwyższego, a w szczególności z uwagi na treść wyroku z dnia 15 kwietnia 2005 roku, strona może powołać się na zarzut wadliwego sporządzenia uzasadnienia i zarzut taki należy ocenić jako zasadny, gdy z powodu braku w uzasadnieniu elementów wskazanych w art. 328 § 2 k.p.c. (w przedmiotowej sprawie - w art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który ma analogiczną treść do art. 328 § 2 k.p.c.) zaskarżony wyrok nie poddaje się kontroli apelacyjnej bądź kasacyjnej (I CK 756/04, LEX nr 301885). Powyższe potwierdza również wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 lipca 2007 roku, według którego sąd jest zobowiązany do wyjaśnienia motywów podjętego rozstrzygnięcia w sposób umożliwiający przeprowadzenie kontroli instancyjnej zaskarżonego orzeczenia (...) (V CSK 115/07, M. Prawn. 2007/17/930).

Mając na uwadze treść uzasadnienia wyroku sporządzonego przez Krajową Radę Odwoławczą należy podnieść, iż rzeczywiście, jeśli chodzi o sam układ uzasadnienia nie jest ono sporządzone w taki sposób, jak to Czynią sądy. Niemniej jednak z treści uzasadnienia jednoznacznie wynika, jakie fakty zostały ustalone przez Izbę, które uznała za udowodnione, na jakich dowodach się oparła, a także zostały przytoczone przepisy prawa, które w ocenie Izby nie zostały naruszone z dość obszerną argumentacją oraz w odniesieniu do okoliczności faktycznych przedmiotowej sprawy. W związku z tym tak sporządzone uzasadnienie przez Krajową Radę Odwoławczą nie uniemożliwia dokonanie kontroli instancyjnej przez Sąd Okręgowy. Ponadto zdaniem Sądu Okręgowego nie ulega wątpliwości, iż zarzuty skargi nie podważają w skuteczny sposób dokonanej przez Izbę oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego.

Mając na uwadze powyższe rozważania w ocenie Sądu Okręgowego, Krajowa Izba Odwoławcza nie dokonała również błędnej oceny i interpretacji postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w szczególności poprzez uznanie, że zapisy załącznika nr 5 nie dotyczą bezpośrednio warunków udziału w postępowaniu.

Rozważając powyższą kwestię Sąd Okręgowy w pierwszej kolejności rozważy treść art. 38 ust. 5 ustawy i przez to odniesie się jednocześnie do zarzutu naruszenia tegoż przepisu poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, co

skutkowało oddaleniem odwołania skarżącego.

Treść art. 38 ust. 5 ustawy stanowi, iż modyfikacja treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może dotyczyć kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania.

Jak trafnie to ustaliła Izba zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, tj. Częścią V „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”, o zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy m. in. posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. przedstawiają wykaz wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie (co najmniej jednej /1 / dostawy na kwotę min. 5.000.000,00 zł brutto), odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należycie. Z kolei w Części VI SIWZ zatytułowany „Informacja o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu”, a dokładnie w pkt 1 lit. j) zawarto stwierdzenie, iż w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, załączniki do oferty muszą zawierać następujące oświadczenia i dokumenty: wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie (co najmniej jednej /1 / dostawy na kwotę min. 5.000.000,00 zł brutto), odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należycie - Załącznik nr 5”.

W związku z powyższym, jak słusznie zauważyła Izba, w pierwszym wypadku zapis SIWZ (Część V) stanowi wypełnienie dyspozycji wynikającej z art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zaś w drugim (Część VI SIWZ) - dyspozycji wynikającej z art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Z powyższego jednoznacznie wynika, iż fakt uregulowania osobno kwestii dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu od kwestii opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków ma istotne znaczenie. W przypadku bowiem takiego uregulowania zastosowanie znajduje wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 07 grudnia 2006 roku, według którego modyfikacja SIWZ w zakresie wykazu oświadczeń i dokumentów nie jest objęta zakazem sformułowanym w art. 38 ust. 5 ustawy Pzp, co więcej powyższy przepis w ogóle się do niej nie odnosi (UZP/ZO/0-2874/06, LEX nr 239929, teza 2). Ponadto zdaniem doktryny taka modyfikacja w żaden sposób nie narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W przedmiotowej sprawie zmiana dotyczyła Załącznika nr 5 do SIWZ, a więc informacji o oświadczeniach i dokumentach, jakie mieli dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z pierwotnego brzmienia tego zapisu wynikało, iż o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy dostarczyli jakąkolwiek aparaturę, przyrządy, urządzenia i wyposażenie dla wojska. Następnie jednak pismem z dnia 23 listopada 2007 roku Zamawiający dopuścił, jako potwierdzające spełnienie warunku posiadania doświadczenia niezbędnego dla realizacji zamówienia dostawy symulatorów czołgów, samolotów oraz samochodów. Na powyższą zmianę w dniu 27 listopada 2007 roku protest wniosła GILDIA Sp. z o. o., do którego skarżący przyłączył się po stronie protestującego. W wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia powyższego protestu ustalono takie brzmienie załącznika nr 5, według którego o udzielenie

zamówienia mogli ubiegać się wyłącznie wykonawcy legitymujący się doświadczeniem w co najmniej jednej dostawie symulatora kontroli ruchu lotniczego.

Należy jednak podkreślić, iż powyższy załącznik w swym pierwotnym brzmieniu, jak słusznie zauważyła Izba, nie współgrał w sposób dostateczny z przedmiotem zamówienia, dlatego celowym i słusznym było działanie zamawiającego, który w wyniku uznania protestu GILDII Sp. z o. o. (do którego przyłączył się skarżący po stronie protestującego) powyższą sytuację określił w sposób jednoznaczny. Takie działanie doprowadziło przede wszystkim do stanu zgodnego z § 1 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia z dnia 19 czerwca 2006 roku „w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu” (Dz. U. z 2006 roku, Nr 87, poz. 605), który stanowi wyraźnie, iż zamawiający może żądać w celu potwierdzenia doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - wykazu wykonanych, a w wypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy lub usługi zostały wykonane należycie.

Należy również podkreślić, co słusznie zauważyła Izba, iż podmioty zainteresowane udziałem w postępowaniu, znając przedmiot zamówienia (dostawa symulatora kontroli ruchu lotniczego), od początku, tj. od dnia opublikowania ogłoszenia w stosownym publikatorze Unii Europejskiej, czyli 03 października 2007 roku dysponowały wiedzą, wobec kogo jest on skierowany. Dlatego też zmiana dokonana przez zamawiającego nie zmieniła kręgu, czy też grupy potencjalnych wykonawców, którzy mogli ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

W związku z powyższym należy również podnieść, iż bezzasadny jest zarzut błędu w ustaleniach faktycznych poprzez przyjęcie, że zmiana w treści załącznika nr 5 nie spowodowała zmiany warunków udziału w postępowaniu.

Na marginesie należy podnieść, iż Izba rozpoznała merytorycznie powyższe zarzuty dotyczące zmiany warunków udziału w postępowaniu, wbrew twierdzeniom podniesionym w odpowiedzi na skargę, bowiem zgodnie z treścią art. 187 ust. 4 pkt 6 Prawa zamówień publicznych dopuszczalne jest tylko odrzucenie odwołania w całości, a nie w części tj. co do niektórych tylko zarzutów.

W ocenie Sądu Okręgowego bezzasadnym jest także zarzut błędu w ustaleniach faktycznych poprzez przyjęcie, że przedmiot zamówienia został opisany przez Zamawiającego prawidłowo. Również w tym przypadku Sąd Okręgowy w pierwszej kolejności odniesie się do treści przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a jednocześnie do zarzutu naruszenia tegoż przepisu prawa materialnego poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, co skutkowało oddaleniem odwołania skarżącego.

Zgodnie z treścią art. 29 ust. 1, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Na wstępie należy podnieść, iż dokonywany przez zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia opis przedmiotu zamówienia

jak prawidłowo ustaliła to Izba wpływa na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowi o istotnych postanowieniach późniejszej umowy. Stąd też, na zamawiającym spoczywa obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, wykorzystania do jego opisu standardowych określeń technicznych, które są zwykle używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży. Niemniej jednak doktryna dopuszcza możliwość opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie funkcji, jakie przedmiot zamówienia ma pełnić, co jest jednak uwarunkowane dokonaniem przez zamawiającego wystarczająco dokładnego opisu. A więc zamawiający ma prawo wyboru metody dokonania opisu. Należy przy tym zauważyć, iż określenie przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zdolności realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży. Powyższe potwierdza orzecznictwo Zespołu Arbitrów, m.in. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 26 kwietnia 2007 roku, który głosi, iż zamawiający jest uprawniony do opisu przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego potrzeby o ile jest to zgodne z prawnie chronionymi interesami wykonawców/dostawców i nie ma on obowiązku takiego formułowania wymogów, aby zapewniać możliwość zrealizowania zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży i w odniesieniu do wszystkich produktów oferowanych na rynku (UZP/ZO/ 0-484/07, LEX nr 278097, teza 1). Potwierdza go również wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 07 marca 2007 roku, według którego zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia oraz warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego indywidualnym potrzebom. Fakt, iż wymogi określone zostały w sposób, który nie pozwala wziąć udziału w postępowaniu wszystkim działającym w danej branży na rynku podmiotom, nie przesądza, iż doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji (UZP/ZO/0-207/07, LEX nr 286191, teza 1).

Należy również podkreślić, iż treść art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy. Biorąc bowiem pod uwagę treść art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym przedmiot 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 specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 27 lipca 2007 roku, według którego nie można mówić o zachowaniu zasad uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy warunki zamówienia są określone w sposób wskazujący albo wprost na konkretnego wykonawcę, albo poprzez takie określenie wymogów i parametrów dla przedmiotu zamówienia, iż może je spełnić tylko określony oferent. Zatem wskazany przez zamawiającego wymóg dostarczenia przez wykonawcę przed podpisaniem umowy z zamawiającym umów o współpracy z określonymi firmami narusza te zasady (UZP/ZO/ 0-899/07, LEX nr 342087).

Niemniej jednak należy również zwrócić uwagę na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 11 kwietnia 2007 roku, stanowiący, iż istnieje cały szereg parametrów, którymi można opisywać poszczególne przedmioty zamówienia, które jednak nie muszą być użyteczne z punktu widzenia przedmiotu zamówienia i nie muszą znajdować się w jego opisie, aby ten mógł być uznany za prawidłowy. Nadmierne uszczegóławianie w tym względzie grozi bowiem uznaniem, że jego opisanie prowadzi do utrudnienia uczciwej konkurencji, co jest sprzeczne z art. 29 ust. 2 ustawy. Nie może więc dochodzić do dyktowania przez wykonawców, które parametry są ważne przy opisywaniu przedmiotu zamówienia, lecz kwestia ta zależy od oceny i

zapotrzebowania zamawiającego w danym konkretnym przetargu, a opis ten ma być jednoznaczny i wyczerpujący, dostatecznie dokładny i zrozumiały (UZP/ZO/0-362/07, LEX nr 286215).

W przedmiotowej sprawie w ocenie Sądu Okręgowego należy podzielić stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, iż opis przedmiotu zamówienia ma charakter mieszany, tj. funkcjonalno - techniczny, czyli częściowo wskazane zostały wymagane parametry, a częściowo wskazane zostały wymagania funkcjonalne. Niemniej jednak, jak już zostało wcześniej zaznaczone, taki opis przedmiotu zamówienia jest dopuszczalny (por. art. 30 ust. 6 Prawa zamówień publicznych), a wręcz, biorąc pod uwagę, iż chodzi o symulator ruchu lotniczego, jedyny możliwy. Natomiast modyfikacje dokonane przez zamawiającego miały na celu zapewnienie wystarczająco dokładnego opisu przedmiotu zamówienia dla uczestników postępowania. Ponadto modyfikacja ta miała miejsce przed upływem terminu do składania ofert. Należy również podkreślić, iż załącznik nr 1a do SIWZ ma charakter pomocniczy i nie jest wiążący dla zamawiającego podczas oceny złożonych ofert, co sam przyznał podczas rozprawy, a co wynika również z treści rozstrzygnięcia protestu. W związku z tym jego brak nie będzie skutkował żadnymi konsekwencjami przewidzianymi w ustawie Pzp, co skutkuje natomiast tym, iż wszystkie oferty złożone w niniejszym postępowaniu nawet bez tego załącznika są ofertami porównywalnymi. Za brakiem naruszenia treści art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych świadczy również fakt, iż zamawiający w toku postępowania przed Krajową Radą Odwoławczą podniósł, iż dopuszcza oferty równoważne, akcentując nadto konieczność zapewnienia kompatybilności modułów i możliwości pracy łącznej i rozdzielczej dostarczanych elementów.

Z uwagi na wszystkie poczynione przez Sąd Okręgowy rozważania należy podnieść, iż bezzasadnym jest również zarzut naruszenia przepisu prawa materialnego, a mianowicie art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie unieważnienia postępowania.

Zgodnie z treścią art. 191 ust. 3 ustawy, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Izba bierze jednak pod uwagę z urzędu okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia; w takim przypadku Izba wydaje wyrok. Skarżący, domagając się

21

unieważnienia postępowania, w uzasadnieniu skargi wskazywał na treść art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, który stanowi, iż zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Za wady uniemożliwiające zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego doktryna uznaje w szczególności wady oświadczeń woli w rozumieniu art. 82-88 k.c. po stronie oferenta lub zamawiającego. Nie ma tu jednak znaczenia, czy wadliwość czynności uczestnika postępowania objęta jest nieważnością bezwzględną, czy też nieważnością względną, skutkującą jedynie uchyleniem się od skutków prawnych oświadczeń woli. Niemniej jednak w przedmiotowej sprawie nie zachodzą okoliczności uzasadniające konieczność unieważnienia postępowania. Okoliczności bowiem takich Skarżący, zgodnie z treścią art. 6 k.c. nie wykazał, a w szczególności nie wykazał, iż doszło w niniejszej sprawie do zmiany warunków udziału w postępowaniu, która skutkuje unieważnieniem postępowania.

Z tych też wszystkich względów i w oparciu o art. 198 ust. 2 zd. 1 Prawa zamówień publicznych Sąd Okręgowy oddalił skargę.

O kosztach postępowania wywołanego wniesieniem przedmiotowej skargi orzeczono na podstawie przepisu art. 98 kpc i 99 kpc .