Sygn. akt: KIO 2014/15

WYROK
z dnia 28 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio
Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2015 r. przez wykonawcę **Comp S.A.** z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centrum Projektów Informatycznych** z siedzibą w Warszawie,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Comp S.A.** z siedzibą w Warszawie i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Comp S.A.** z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2014/15

UZASADNIENIE

Zamawiający, Centrum Projektów Informatycznych w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zapewnienie infrastruktury sprzętowej na potrzeby utrzymania systemów informatycznych ePUAP2 oraz PZ/DT - ETAP II” .
Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.
Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 03.09.2015 r. w Dz. Urz. UE Nr 2015/S 170-309507.

W dniu 14 września 2015 r. Comp S.A. z siedzibą w Warszawie wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. Art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców;
2. Art. 29 ust 3 w związku z art.30 ust 4 w związku z art. 7 ustawy poprzez określenie parametrów granicznych przedmiotu zamówienia na poziomie, który w rezultacie może być spełniony jedynie przez określony produkt lub producenta, co powoduje, że możliwość złożenia oferty równoważnej nie ma charakteru rzeczywistego, lecz pozorny.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień SIWZ oraz stosownych załączników, w

sposób zapewniający zgodność opisu przedmiotu zamówienia z powołanymi powyżej

przepisami ustawy, tj. w szczególności poprzez określenie wymogów zmaterializowanych w Załączniku nr 1 tj. Opisie Przedmiotu Zamówienia pkt. 4 Wymagania szczegółowe, dotyczących macierzy dyskowej, w następujących kodach wymagań:

- WMD. 10,
- WMD. 14,
- WMD. 25,
- WMD. 43,

w taki sposób, aby dopuszczenie rozwiązań równoważnych miało charakter rzeczywisty a nie jedynie pozorny jak ma to miejsce w chwili obecnej. [Zarzuty i żądania referowane w zakresie podtrzymywanym przez Odwołującego]

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in., że Zamawiający ograniczył możliwość składania ofert (a tym samym zasadę swobodnej konkurencji) z macierzami innymi niż EMC VMAX 400k – suma wymagań zawartych w OPZ jednoznacznie wskazuje na macierz EMC VMAX 400k.
Po analizie pozostałych wymagań, jednoznacznie stwierdzić należy, że łączna realizacja wymagań nie jest możliwa przy pomocy innych macierzy. Następujące wymagania (w powiązaniu z pozostałymi wymaganiami OPZ) uniemożliwiają złożenie oferty konkurencyjnej:

a) Wymaganie WMD.10 - produkt konkurencyjny nie ma takiej funkcjonalności, ale należy zauważyć, że zawarcie takiego wymagania w OPZ ma na celu tylko i wyłącznie ograniczenie konkurencji, bo Zamawiający nie jest w stanie wykorzystać opisanej funkcjonalności. Propagacja przez oferowane macierze informacji dotyczących warstwowego rozłożenia danych do drugiej macierzy nie jest wykorzystywana w normalnej pracy systemu, bo Zamawiający nie wymaga aby oferowane macierze pracowały w klas trze aktywny-aktywny, czyli aby macierz do której się propaguje wymagane informacje w ogóle z tych danych korzystała. W przypadku awarii, czyli przełączenia przetwarzania danych na macierz zapasową, nie będzie ona w stanie wykorzystać spropagowanych informacji, bo charakterystyka pracy systemu zostanie całkowicie zmieniona przez awarię. Reasumując, nie istnieje taki przypadek użycia, w którym Zamawiający wykorzystałby wymaganą przez OPZ funkcjonalność WMD.10.

b) Wymaganie WMD.43 - produkt konkurencyjny realizuje wymaganą funkcjonalność przy wykorzystaniu agentów. Opisane w OPZ wymaganie jest nadmiarowe i ma na celu ograniczenie konkurencji, gdyż w tym momencie Zamawiający posiada wymaganą przez siebie funkcjonalność realizowaną przez narzędzia dostarczane wraz z wykorzystywanymi obecnie macierzami.

Po drugie na ograniczenie konkurencji składają się wymagania realizowane przez produkty konkurencyjne, ale w sposób uniemożliwiający złożenie oferty porównywalnej cenowo:

a) Wymaganie WMD.14. Zamawiający wymaga min 96 dysków SSD, jednocześnie opisując je w taki sposób aby konkurencja musiała zaoferować dyski o większej pojemności (1.6TB każdy zamiast 200GB jak w przypadku EMC). Wymaganie to celowo sformułowano tak aby zapewnić przewagę konkurencyjną firmie EMC, ponieważ zamiast podać oczekiwanej przez Zamawiającego pojemności (19,2 TB) pozostawiając pojemność poszczególnych dysków do decyzji oferentów, dokładnie wyspecyfikowano ilość dysków, powodując że oferty nie zawierające produktu firmy EMC będą kilkukrotnie droższe.
b) Wymaganie WMD.25. Zamawiający opisuje funkcjonalność „auto tiering” w taki sposób jak jest ona realizowana przez produkty firmy EMC. Dopuszcza równoważny sposób realizacji, jednocześnie w sposób nieuzasadniony wymagając aby produkty równoważne zawierały kilkukrotnie więcej dysków SSD (np. 80TB zamiast 19,2TB), co spowoduje że oferty konkurencyjne będą wielokrotnie droższe niż te zawierające produkt firmy EMC.

Taka konstrukcja, powyżej opisanych wymagań, według Odwołującego, narusza zasadę

swobodnej konkurencji, eliminując z obrotu produkty konkurencyjne, usztywniając potencjalny wybór Zamawiającego do jednego producenta sprzętu.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz dowody, stanowiska i oświadczenia stron, złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy,

uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.
Następnie, w ramach generalnego wprowadzenia do rozpoznania odwołania, którego przedmiotowy wyrok dotyczy, Izba wskazuje na szereg okoliczności i ograniczeń (zarówno faktycznych, jak i prawnych), które wpływają na kształt rozstrzygnięcia dotyczącego postanowień SIWZ oraz warunkują jego dopuszczalny zakres i treść. Poniżej, na potrzeby niniejszego rozstrzygnięcia i dla jego uzasadnienia, pokrótce omówione zostaną m.in.: normy, zasady i klauzule generalne wynikające z obowiązujących przepisów, które postanowienia SIWZ winny uwzględniać; znaczenie swobodnego uznania zamawiającego w opisaniu i realizacji zaspakajanych przy pomocy zamówień potrzeb, a także zakres dopuszczalnej ingerencji w powyższe przez wykonawców i organy orzekające; skutki orzeczenia dla brzmienia i sensu kształtowanych w ten sposób dokumentów przetargowych; egzekwowalność i wykonalność wyroków Izby dotyczących treści SIWZ… etc…
Zestawienie powyższych okoliczności, ich wzajemne powiązanie i konieczność każdorazowego brania pod uwagę przy orzekaniu o treści specyfikacji, sprawia, iż brzmienie sentencji wyroku w tym przedmiocie pozostaje sprawą specyficzną i formalnie znacznie bardziej skomplikowaną niż w stosunku do zarzutów i żądań dotyczących innych czynności zamawiającego (np. czynności wykluczenia wykonawcy czy odrzucenia oferty).
W szczególności we wstępie do rozpatrzenia zarzutów dotyczących ukształtowania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), zwłaszcza opisu przedmiotu zamówienia, w tym przyszłych stosunków umownych pomiędzy zamawiającym a wykonawcą realizującym zamówienie, należy wskazać na podstawowe regulacje Pzp stanowiącą niejako miernik i punkt odniesienia większości zarzutów odwołań – mianowicie zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Następnie zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a zgodnie z ust. 1 tego przepisu 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.
Przy czym przed rozpatrzeniem zarzutów odwołania powołać również należy podstawową zasadę prawa cywilnego, a nawet całego porządku prawnego – zasadę swobody umów. Zgodnie z art. 353 1

Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się naturze stosunku, przepisom prawa bądź zasadom współżycia społecznego. Oprócz wymiaru przedmiotowego (dot. np. tego, co strony chcą zakupić/sprzedać), dodatkowo zasada swobody umów posiada również aspekt podmiotowy, sprowadzający się do swobody wyboru kontrahenta, z którym strona zechce nawiązać stosunki prawne. Co do zasady więc, to strony umowy decydują na jakich warunkach, z kim i czy w ogóle zechcą do umowy przystąpić.
Jak wskazuje ww. regulacje zasada swobody umów doznaje ograniczeń wynikających z odpowiednich przepisów. Ograniczenia tego typu wynikały będą z przepisów samego Kodeksu cywilnego, jak też z regulacji Pzp (przykład takiego ograniczenia wskazany został w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2004 r., V CK 97/03), która w tym zakresie może być traktowana jako *lex specialis* w stosunku do regulacji k.c., jako podstawowego aktu prawnego regulującego problematykę stosunków cywilnoprawnych, w tym umów (vide art. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 Pzp oraz generalne odesłania do stosowania przepisów Kc zawarte w art. 14 i 139 ustawy). Zamówienia publiczne udzielane więc będą

wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust 3), postępowania o udzielenie zamówienia przygotowywane i przeprowadzane będą w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1), a w szczególności przedmiot zamówienia nie będzie opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2). Z ogólnych zasad ustawy, jak i całości jej przepisów, wynika szereg materialnoprawnych ograniczeń zasady swobody umów – zarówno w odniesieniu do swobody zamawiającego w wyborze kontrahenta, jak i swobody ukształtowania stosunku umownego/przedmiotu zamówienia. Co do zasady jednak, to wciąż zamawiający będzie decydował o swoim przedmiocie zamówienia (rodzaju, parametrach, zakresie, warunkach jego realizacji, czy innych obowiązkach umownych etc..) lub sposobie wyłonienia wykonawcy zamówienia (np. kryteriach oceny ofert, trybie postępowania…).
Pomijając szczegółowe przepisy ustawy określające sposób postępowania zamawiającego w poszczególnych trybach udzielania zamówienia, podstawową materialną miarę i ograniczeniem swobodnego kształtowania sposobu realizacji jego potrzeb w postanowieniach specyfikacji (w tym treści umowy i przesądzenia sposobu wyboru odpowiadającego mu wykonawcy) stanowi wskazana wyżej zasada zachowania uczciwej konkurencji. Odnośnie jej interpretacji i stosowania należy zastrzec, że nie istnieje i nie może być postulowana jako wynikająca z przepisów jakakolwiek konkurencyjność absolutna, a tym samym dopuszczalność czy niedopuszczalność jej ograniczania na gruncie prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest stopniowalna. Jak w przypadku

---

wielu zasad ogólnych, tak i ta została sformułowana w przepisach w sposób wyraźny, ale też maksymalnie nieostry. Oznacza to, iż istnieją przypadki, o których można bez wątpliwości orzec, iż zasadę uczciwej konkurencji naruszają, a także sytuacje, w których naruszenia konkurencji nie występują – ostrej granicy pomiędzy tego typu przypadkami wyznaczyć jednak nie sposób. Nie istnieje więc możliwość wytyczenia doktrynalnych i sztywnych rozgraniczeń, z góry przesądzających o kwalifikacji konkretnych czynności postępowania o udzielenie zamówienia w świetle wypełnienia zasady zachowania konkurencji (nie można wyznaczyć granic czy stopnia dopuszczalnego ograniczenia konkurencji). Ocenę tego typu należy więc przeprowadzać w odniesieniu do konkretnych okoliczności i sytuacji danego postępowania.
Uzasadniając przyjęte wyżej założenie o stopniowalnym charakterze dopuszczalności ograniczeń konkurencji wskazać należy, iż każde uszczegółowienie przedmiotu zamówienia (np. opisanie parametrów dostawy, określenie warunków jego realizacji, nałożenie dodatkowych obowiązków umownych…etc.), postawienie dodatkowych warunków udziału w postępowania czy rozbudowanie kryteriów oceny ofert prowadzi do ograniczenia konkurencji. Poza przypadkami najprostszych dostaw czy usług, postanowienia specyfikacji zawsze będą faworyzować niektórych wykonawców i dyskryminować innych. W szczególności na przykład nie istnieje taki opis przedmiotu zamówienia, który na równi odpowiadałby wszystkim wykonawcom obecnym na rynku. W każdym z takich przypadków będą wykonawcy, którzy w związku z właściwościami podmiotowymi czy profilem ich oferty, nie będą mogli w ogóle konkurować o uzyskanie zamówienia lub ich szanse uzyskania zamówienia będą relatywnie mniejsze, np. wymagany sposób i zakres jego realizacji będzie dla nich mniej opłacalny lub w ogóle nie do przyjęcia.
Jak już wskazano, każde ograniczenie konkurencji występujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia (nawet to z pozoru naturalne i nieodzowne), podlegają badaniu i ocenie pod względem dopuszczalności stopnia takiego ograniczenia, jak i ich ogólnej, materialnej zgodności z przepisami.
Reasumując powyższe, stwierdzić należy, iż jednej strony nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy, uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisania czy zapewnienia ich realizacji w SIWZ, z drugiej strony należy również odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań specyfikacji (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji w stopniu ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego wykraczającym. Tym samym, dla stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, w konkretnych okolicznościach i warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia zbadać należy zarówno

---

faktyczny stopień ograniczenia konkurencji, przyczyny wprowadzenia ograniczeń przez zamawiającego, jak ich skutki dla wykonawców obecnych na rynku, a także proporcjonalny, wzajemny stosunek tych zmiennych.
Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów naruszenia uczciwej konkurencji w zindywidualizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia odnoszących się do konkretnych

postanowień siwz czy ogłoszenia o zamówieniu, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie.
Po pierwsze zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.
Ponadto zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.
Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, iż to na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia naruszenia zasad uczciwej konkurencji wyrażonej w ustawie, a konkretnie udowodnienia okoliczności faktycznych, które pozwolą takie naruszenie stwierdzić.
Zasad rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym nie zmienia brzmienie art. 29 ust. 2 Pzp stanowiące nie o naruszeniu konkurencji, ale o możliwości naruszenia konkurencji. Modalne sformułowanie hipotezy przepisu nie jest wcale okresem warunkowym tworzącym domniemanie faktyczne lub prawne jakoby każdy opis przedmiotu zamówienia winien być uznawany za opis naruszający dyspozycję ww. przepisu dopóki zamawiający nie udowodni, że jest inaczej, czyli nie następuje tu wcale „automatyczne" przerzucenie ciężaru dowodzenia okoliczności przeciwnych na zamawiającego. Jednakże w świetle sformułowania powoływanej normy prawnej, przepis art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga wcale pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, ale wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc jakiegoś realnego stopnia prawdopodobieństwa jego wystąpienia. Powyższe znaczące osłabienie „celu dowodowego" nie oznacza jednak, że w ogóle brak jest obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje – powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi więc być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane. 8

Dla przykładu wskazać można, iż w szczególności dla wykazania możliwości naruszenia konkurencji nie jest wystarczające samo podniesienie, iż dla odwołującego dane warunki realizacji zamówienia są niewygodne lub nawet nie do przyjęcia. Jak wskazano powyżej, fakt, że na rynku występują wykonawcy, którzy tak opisanego przedmiotu zamówienia nie mogą wykonać lub dla których jego realizacja jest utrudniona, niewygodna czy nieopłacalna, nie przesądza wcale o możliwości powstania naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia takiego naruszenia, jak już wskazano, niezbędne jest zbadanie i ocena, co najmniej kilku okoliczności związanych z danym zamówieniem, w szczególności takich jak kształt i specyfika rynku, którego zamówienie dotyczy, rodzaj i charakter danego ograniczenia konkurencji oraz jego skutki dla potencjalnych wykonawców, a z drugiej strony waga potrzeb zamawiającego, których realizacji takie ograniczenie służy.
W związku z faktem odwoływania się w niniejszym uzasadnianiu do pojęcia „uzasadnionych potrzeb zamawiającego", a także w związku z możliwością kwestionowania zasadności odwoływania się do ww. pojęcia, jako nie wynikającego z przepisów Pzp, kwestia ta wymaga dodatkowego omówienia.
„Uzasadnione potrzeby zamawiającego" nie są pojęciem wprost wskazanym w przepisach ustawy. Pojęcie to zostało natomiast wypracowane już w orzecznictwie Zespołów Arbitrów i składa się na jego niepodważalny dorobek, przejmowany w tym zakresie nieomal bez zmian do orzecznictwa Sądów Okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej.
Uzasadnione potrzeby zamawiającego stanowią jak najbardziej racjonalną kategorię, służącą ocenie stopnia dopuszczalności danego ograniczenia konkurencji wynikającego z zastanego opisu przedmiotu zamówienia. Oczywiście jak każde pojęcie teoretyczne, służące opisowi pewnych zjawisk, na które składają się określone kryteria i dystynkcje, „uzasadnione potrzeby zamawiającego" mogą być wyeliminowane z zasobu pojęć danej nauki lub działalności, czy ściślej – teorii i praktyki stosowania Pzp, a następnie zastąpione innym środkami opisu, lepiej spełniającymi postulaty „naukowości" (czy bardziej specyficznie w tym przypadku – odpowiadania przepisom prawa i jego prawidłowemu stosowaniu). Postulaty te to adekwatność do opisywanego przedmiotu, koherentność z innymi pojęciami i założeniami, czy nawet (a może przede wszystkim) postulat prostoty i praktycznej użyteczności danego pojęcia. Tego typu operacje wypierania jednym pojęć przez inne, a nawet zastępowania całych teorii, odbywają się nawet w naukach empirycznych, tym bardziej mogą mieć miejsce w doktrynie czy praktyce prawa.
Jednakże w tym przypadku, skład orzekający Izby nie widzi potrzeby wypracowywania innych pojęć czy kategorii, które ww. pojęcie mogłyby skutecznie zastąpić, a także racji dla postulatów, aby przy ocenie

---

stopnia ograniczenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia w ramach danego opisu przedmiotu zamówienia, z używania tego pojęcia w ogóle zrezygnować. W ocenie Izby, żadne inne pomocnicze pojęcia, stosowane dla oceny i kwalifikacji danego opisu przedmiotu zamówienia, nie są tak poznawczo doniosłe, nie oddają w takim stopniu istoty problemu oraz równie celnie i całościowo nie opisują i nie oddają kryteriów oceny powyższego.
Jak już wskazano, właściwie każdy opis przedmiotu zamówienia niesie ze sobą ograniczenie konkurencji, pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców obecnych na rynku i dyskryminując innych. Siłą rzeczy w zamówieniach publicznych, nie ma i nie będzie nigdy konkurencyjności absolutnej – zawsze ograniczenie konkurencji w jakimś stopniu występuje. Natomiast właśnie jednym z najbardziej celnych i adekwatnych sposobów oceny dopuszczalności owego stopnia danego ograniczenia konkurencji, jest właśnie kwalifikacja powyższego w odniesieniu do „uzasadnionych potrzeb zamawiającego". Kategoria ta umożliwia, z uwzględnieniem specyfiki danego zamówienia i zamawiającego, przeprowadzenie pełnej oceny względów, którymi zamawiający kierował się przyjmując określony kształt i zakres przedmiotu zamówienia. Przy czym dodać należy, że odwołanie do „uzasadnioności" danych potrzeb zamawiającego, referuje zarówno do obiektywizacji tych potrzeb, jak też ich wykazania.
Ilustrując powyższe przykładem wskazać można, iż właśnie przez odwołanie do uzasadnionych potrzeb zamawiającego najłatwiej ocenić i uzasadnić dopuszczenie zamówienia przez przewoźnika kolejowego elektrycznych zespołów trakcyjnych (EZT), a wyłączenie możliwości dostawy jednostek z napędem spalinowym. Niewątpliwie przy pomocy pociągów spalinowych można realizować te same, podstawowe cele zamówienia (np. przewóz pasażerów), pociągi te mogą przemieszczać się po tych samych liniach kolejowych co „EZTy", plus po liniach niezelektryfikowanych… *etc.,* a jednak ocena szeregu zobiektywizowanych potrzeb zamawiającego związanych z ekologią, ekonomią i komfortem użytkowania pociągów może przesądzić, iż ograniczenie konkurencji jedynie do pewnego segmentu rynku zostanie uznane za dopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów, pomimo, że taki opis przedmiotu zamówienia zupełnie eliminuje producentów posiadających w swojej ofercie jedynie jednostki spalinowe. Również w przypadku zakupu jednostek spalinowych, w przypadku wykazania przez zamawiającego, iż pociągów takich potrzebuje do obsługi linii niezelektryfikowanych, jakiekolwiek zarzuty braku dopuszczenia do zamówienia EZT zostaną uznane za niezasadne.
Powyższy przykład jest oczywiście bardzo zasadniczy i uproszczony. Ograniczenia konkurencji w ramach opisów przedmiotu zamówienia przybierają zazwyczaj bardziej skomplikowany charakter, niemniej jednak mechanizm i skutek jest zawsze ten sam – preferowane są jedne produkty czy

rozwiązania, a niedopuszczane do zaoferowania lub dyskryminowane produkty inne. Do powyższego zazwyczaj referują również zarzuty i żądania wykonawców, którym dany opis przedmiotu zamówienia nie odpowiada, domagających się dopuszczenia w jego ramach również rozwiązań opisem tym nieobjętych lub eliminacji postanowień SIWZ preferujących określone rozwiązania. Natomiast stwierdzenie dopuszczalności tego typu ograniczeń warunkowane jest właśnie oceną różnorakich względów z danym zamówieniem związanych (np. takich jak cel, który dane zamówienie ma realizować, warunki prowadzenia działalności przez zamawiającego, wszelkie uwarunkowania i skutki zastosowania określonych rozwiązań… etc.), określanych zbiorczo jako „uzasadnione potrzeby zamawiającego". Właśnie przez wskazanie i ocenę wagi potrzeb zamawiającego można najskuteczniej i najbardziej obiektywnie ocenić dany stopień ograniczenia konkurencji wynikający z zastanego opisu przedmiotu zamówienia, stwierdzając na przykład, iż jest on dopuszczalny ze względu na istnienie adekwatnych doń potrzeb zamawiającego, których realizacji służy (i *vice versa* – że wykazane potrzeby zamawiającego nie mogą stanowić podstawy do ograniczenia konkurencji i dostępu do zamówienia w zakresie przewidzianym przez zamawiającego). W skrajnych przypadkach waga i nagromadzenie potrzeb zamawiającego może nawet prowadzić do zupełnej eliminacji konkurencji z postępowania, prowadząc do konieczności udzielenia zamówienia tylko jednemu wykonawcy, co w przepisach ustawy opisywane jest w ramach przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.
Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia podlegają ocenie nie tylko pod względem zachowania zasad ustawy, ale oceniane być mogą również w świetle innych przepisów. W szczególności niedopuszczalne jest ustanowienie wzoru umowy czy innych części specyfikacji kształtujących przyszłe stosunki umowne zamawiającego i wykonawcy w sposób niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne. Postanowienia wzoru umowy kształtowane przez zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, będą w tym zakresie podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności, czy to z przepisami o charakterze *iuris cogentis* regulującymi stosunku umowne danego typu, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami generalnymi i zasadami ogólnymi Kc, w

szczególności wynikającymi z art. 5, art 58 i art 353 1 k.c..
Jak już wskazywano powyższej, zgodnie z art 353 1 k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrecjonalny kształtuje większość *essentialiae* i *incidentaliae negotii* przygotowując własną SIWZ. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje

w ten sposób ograniczona – przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają może do tego typu stosunku umownego – co jest jego fundamentalnym uprawnieniem – w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z tak sformułowanej umowy w sprawie zamówienia.
Jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, gdzie np. w art. 473 § 1 stanowi się, iż dłużnik może przez umowę przyjąć (a więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależniać od tego możliwość zawarcia z nim umowy) odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Oczywiście realizacja tego typu uprawnień podlegała będzie ocenie w świetle klauzul i zasad ogólnych Kc, m.in. tych wskazanych w niniejszym uzasadnieniu.
Miernikiem proporcjonalności czy „odpowiedniości" świadczeń, o którym mowa w *defieniendum* definicji umów wzajemnych zawartej w art. 287 § 2 k.c., nie jest również norma tego przepisu. Norma ta nie ustanawia żadnych materialnych, obiektywnych odniesień dla porównania wartości lub zakresów świadczeń wzajemnych, ale odnosi odpowiadanie świadczeń do decyzji stron zawartych w umowie, tzn. wszystkie świadczenia są swoimi odpowiednikami jeżeli strony umowy wzajemnej umówiły się, że świadczenia te kompensują się wzajemnie w ramach ich stosunku zobowiązaniowego.

W żadnym razie samo ukształtowanie nieproporcjonalnych praw i obowiązków w ramach stosunku umownego nie narusza zasady swobody umów – konieczne jest tu wykazanie, iż nieproporcjonalność ta narusza konkretny przepis prawa, przekreśla naturę stosunku lub jej stopień przekracza dopuszczalny poziom wynikający z zasad współżycia społecznego obowiązującego przy stosunkach danego rodzaju. Ograniczenie uprawnień podmiotowych (np. dowolnego ukształtowania treści stosunku zobowiązaniowego) w oparciu o klauzule generalne typu zasady współżycia społecznego, jak postuluje doktryna prawa cywilnego, powinno odbywać się w sposób możliwie niearbitralny, w oparciu i z uwzględnieniem wszelkich okoliczności danej sprawy, którym w świetle wypracowanych w doktrynie i orzecznictwie kryteriów przypisać można określone znaczenia dla kwalifikacji prawnej sprawy. W

szczególności jednak samo abstrakcyjne odwołanie się do klauzul generalnych, bez jednoczesnego odniesienia do norm prawnych wynikających z innych przepisów lub przynajmniej konkretnych i pewnych standardów wynikających ze stosunków danego rodzaju, należy uznać za niewystarczający normatywny wzorzec kontroli czynności prawnych.
Niejako w podsumowaniu powyższych wywodów i na ich poparcie, Izba przywołuje tu stanowisko zawarte w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 314/11), w którym wskazano: „Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353¹ k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy".

Przywołania wymaga również wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt X Ga 67/08), w uzasadnieniu którego stwierdzono: „Skarżący kluczowym zarzutem skargi czyni zarzut naruszenia normy art. 353¹ k.c. statuującej zasadę swobody umów i równouprawnienia stron stosunku obligacyjnego. W ocenie Skarżącego za niedozwolone na gruncie powołanego przepisu należy uznać rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontraktowym i jednostronne określanie przez Zamawiającego zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy. Od razu nasuwa się doniosłe praktyczne pytanie o zakres kontraktowej swobody stron stosunku prawnego nawiązanego wskutek udzielenia zamówienia publicznego. Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie

przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę."
Natomiast zakończyć powyższe można tezą sformułowaną w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 września 2008 r. (sygn. akt I ACa 544/08) – „Z wyrażonej w art. 353¹ k.c. zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy. Nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga, więc co do zasady istnienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały, skoro stanowi ona wyraz woli stron."
Jak wynika z powyższego o zasadzie swobody umów w systemie prawa cywilnego i zamówieniach publicznych, wielokrotnie w swoich orzeczeniach wypowiadały się sądy powszechne. Jakkolwiek większość orzecznictwa w tym kontekście dotyczy poszczególnych postanowień czy warunków umownych, to wskazać tu należy, iż znajduje ono zastosowanie również do przedmiotu umów. Postanowienia umowy, które przewiduje zamawiający w swojej SIWZ, stanowią integralną część warunków zamówienia (w szerszym znaczeniu składają się na opis przedmiotu zamówienia). Albo inaczej: w wymiarze przedmiotowym zasady swobody umów mieści się również opis przedmiotu zamówienia *sensu stricte* – to strony umowy decydują, co ma być jej przedmiotem, co chcą w jej ramach sprzedać lub kupić oraz w jaki sposób powyższe ma być zrealizowane.
Tym samym, skoro powołane wyżej wyroki sądów okręgowych dotyczące kształtowania warunków umowy, mogą zostać odniesione również do kształtowania samego opisu i zakresu zamówienia (a więc przedmiotu umowy). Wskazywany brak podstawy prawnej do przymuszania zamawiającego do zawarcia umowy na warunkach, których treść mu nie odpowiada, odnosi się również do przymuszania zamawiającego do zakupienia rzeczy czy świadczeń, których zakupić nie chce lub przyjęcia ich wykonania w terminie, który jest dla niego nieakceptowany. Bez wyraźnej podstawy prawnej w tym zakresie, Krajowa Izby Odwoławcza i sądy powszechne, nie mogą wziąć na siebie odpowiedzialności za określenie potrzeb zamawiającego i sposobu ich zaspokojenia. W przepisach Pzp brak oparcia dla opisywania za zamawiającego jego przedmiotu zamówienia, określania umownych warunków i terminu jego realizacji, kształtowania budżetu i przepływów finansowych zamawiającego... *etc.* W szczególności wskazanie w art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy, iż uwzględniając odwołanie, Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, nie może stanowić oparcia dla powyższego. Organy orzekające mogą i powinny przeciwstawić się dokonaniu przez zamawiającego zakupów niezgodnych z prawem, nie mogą jednakże za zamawiającego i wbrew jego woli, narzucić, co winien zakupić w zamian i w jaki sposób lub z jakich zamówień zrezygnować.

Zamawiający w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie działają bynajmniej jako organy administracji publicznej realizujące jakiekolwiek swoje władcze uprawnienia w stosunku do wykonawców, ale jako równoprawni uczestnicy cywilnoprawnego obrotu. Jakkolwiek przy pomocy zamówień publicznych zamawiający przeważnie realizują różnorakie cele i zadania publiczne, jednakże czynią to przy pomocy instrumentów typowo cywilnoprawnych, działając w sferze prawa cywilnego, a więc zwierając umowy, w ramach których nabywają potrzebne im dobra i usługi (vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 września 2001 r., IV CKN 381/00 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10

kwietnia 2003 r., III CKN 1320/00). Wybory i decyzje zamawiających co do sposobu realizacji swoich statutowych czy ustawowych zadań w ramach i poprzez zamówienia publiczne (np. który odcinek autostrady zbudować i jak go poprowadzić, w jakiej formule, z jaką nawierzchnią; albo np. jaki kształt elektrycznego systemu dozoru skazanych przyjąć lub jakie zasady przepływów finansowych i płatności za powyższe przewidzieć, a nawet jakie macierze zakupić), pozostają ograniczane jedynie przez szczególne przepisy dotyczące ich działalności, względnie przez wolę podmiotów, którym są hierarchicznie czy politycznie podległe. W przepisach ustawy brak natomiast materialnych norm, które pozwalałyby powyższe zamawiającym narzucać. Ograniczenia swobody kontraktowania po stronie zamawiającego wynikające z przepisów ustawy mają inny aspekt, zakres i charakter (omawiany powyżej) – nie przekładają się natomiast na możliwość pozytywnego decydowania o kształcie zakupów zamawiającego.
Przy czym skład orzekający Izby bynajmniej generalnie i doktrynalnie nie przesądza o bezwzględnym zakazie jakiejkolwiek ingerencji w czynności zamawiającego kształtujące stosunki umowne nawiązywane pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami, wykraczające poza stwierdzenie ich niezgodności z prawem i następującym po tym, nakazie ich unieważnienia lub powtórzenia. W pewnych wypadkach może być uznane za dopuszczalne, nakazanie zamawiającemu dokonania określonych modyfikacji warunków przetargu (w tym opisu przedmiotu zamówienia czy warunków umowy). W szczególności, po wysłuchaniu stron, w tym zamawiającego w przedmiocie określenia jego potrzeb i motywów, do których zaspokojenia zmierza przy pomocy danego zamówienia, ze względu na ekonomikę postępowania o udzielenie zamówienia, a także z powołaniem na pewne trudne do przecenienia, kształtujące się od początku funkcjonowania arbitrażu, tradycje czy nawet zwyczaje orzecznicze, możliwe będzie nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia dokładnie podyktowanych zmian SIWZ. Zwłaszcza jeżeli dane zmiany sprowadzały się będą li tylko do eliminacji niedopuszczalnych ograniczeń konkurencji w warunkach zamówienia, a nie zmieniały będą istoty zamówienia, jego zakresu i rodzaju, i jednocześnie nie będą nadmiernie ingerowały w sferę *dominium* zamawiającego lub będą przez niego akceptowane.

Można więc przyjąć i wskazać, że organy orzekające, związane zasadą legalizmu, a także działając w warunkach obowiązywania zasady swobody umów i w systemie prawnym na tej zasadzie opartym, a nie w warunkach gospodarki nakazowo-rozdzielczej, winny ze szczególną ostrożnością i w ograniczonym zakresie kształtować stosunki umowne pomiędzy stronami obrotu cywilnoprawnego. Tym samym w celu narzucenia zamawiającemu konkretnego kształtu i zakresu jego zamówienia, wykonawcy winni zwracać się do instytucji, którym dany zamawiający jest organizacyjnie lub politycznie podległy (o ile takie występują), a nie do organów orzekających w sprawach zgodności czynności zamawiającego z przepisami ustawy.
Kolejną okolicznością ważącą na możliwym kształcie orzeczeń Izby jest wynikający z art. 197 ustawy, postulat ich egzekwowalność. Oczywiście przez wyrok Izby należy rozumieć w tym przypadku sentencję wyroku, a nie jego uzasadnienie. Tak więc to sentencje wyroków muszą być konkretne i jasne, tak aby możliwe było nadanie im klauzuli wykonalności, przymuszenie zamawiającego do ich wykonania, a następnie stwierdzenie, że to uczynił. W przepisach ustawy nie ma instytucji odwołania od niewykonania lub nieprawidłowego wykonania wyroku Izby. Prawomocne wyroki Izby się egzekwuje, a nie skarży ich niewykonanie.
Jak już wskazano, Izba nie może wyręczyć zamawiającego i w wyroku nakazać konkretny opis przedmiotu zamówienia w sposób, który nie narusza konkurencji i jednocześnie odpowiada potrzebom zamawiającego, a następnie nakazać dokonania tak opisanego zakupu. Natomiast jedynie pozornym rozwiązaniem powyższego problemu jest ogólne nakazywanie w wyroku dokonania takiej modyfikacji postanowień SIWZ, aby stały się zgodne z przepisami, zrozumiałe czy otwarte na konkurencję, etc… Wyrok z sentencją tego typu pozostaje nieegzekwowalny w rozumieniu art. 197 ustawy i tym samym wyklucza zastosowanie ww. przepisu. Ponadto samo wykonanie takiego wyroku przez zamawiającego będzie niedookreślone, dowolne i ocenne, co następnie budzić będzie wątpliwości związane z zaistnieniem przesłanki odrzucenia odwołania z art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp.
Należy więc postulować, aby w miarę możliwości unikać formułowania orzeczeń niekonkretnych, ale w przypadku niemożliwości sensownego nakazania poprawienia danych naruszeń przepisów, nakazywać raczej usunięcie postanowień, z których owe naruszenia wynikają, a w skrajnych przypadkach nakazywać nawet unieważnienie całego postępowania o udzielenie zamówienia.
Izba może natomiast, w przypadku adekwatnych wniosków odwołania w tym zakresie, nakazać usunięcie określonych postanowień niezgodnych z przepisami prawa lub unieważnienie postępowania, w którym opis przedmiotu zamówienia narusza przepisy ustawy, a dokonanie jego poprawienia

egzekwowalnym wyrokiem Izby jest niemożliwe z powodów opisanych powyżej. W takiej sytuacji, unieważnienie postępowania przy pomocy egzekwowalnego wyroku Izby uniemożliwiłoby udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów prawa, a jednocześnie dałoby zamawiającemu możliwość odpowiedniego, zgodnego z jego potrzebami, poprawienia opisu własnego przedmiotu zamówienia, albo rezygnację z zakupu, którego zgodnie z przepisami prawa przeprowadzić nie chce, nie może lub nie potrafi. Również nakazanie wykreślenia określonych postanowień SIWZ umożliwia powyższe, a poza tym nie ma tak daleko idącego skutku, jak konieczność rozpoczynania postępowania od początku. W takiej sytuacji nie zachodzą żadne kontrowersje i niejasności co do sposobu wykonania wyroku Izby – wykonaniem wyroku jest samo wykreślenie wskazanej części tekstu SIWZ, który uznany został za niezgodny z prawem. Natomiast jakie postanowienia zamawiający wprowadzi na jego miejsce dla utrzymania sensowności opisu przedmiotu zamówienia czy całego zakupu, pozostaje od sentencji wyroku niezależne i pozostaje sprawą zamawiającego. Będą to postanowienia nowe, względem których wykonawcom przysługiwały będą normalne środki ochrony prawnej, i co do których zamawiający nie będzie mógł twierdzić, że stanowią wykonanie wyroku Izby.
Reasumując: w związku z opisanymi wyżej ograniczonymi możliwościami narzucania zamawiającemu określonych rozwiązań, a także koniecznością formułowania egzekwowalnych sentencji wyroków, należy raczej postulować nakazywanie usuwania wskazanych postanowień SIWZ lub unieważnianie całych postępowań, w przypadku gdy naruszenia konkurencji są zbyt rozległe aby możliwe było zidentyfikowanie i usunięcie wszystkich postanowień SIWZ, z których naruszenia przepisów wynikają. Jednakże dla powyższego konieczne są stosowne żądania odwołania w tym zakresie.
Odnośnie żądań odwołania, generalnie wskazać należy, iż zarzuty dotyczące postanowień SIWZ niejednokrotnie definiowane są również właśnie przez żądania, które wykonawca względem nich formułuje. Natomiast dopuszczalność żądań i możliwość ich przeprowadzenia często warunkuje możliwość uwzględnienia danego zarzutu. Co prawda w pewnych przypadkach Izba, uwzględniając zarzuty odwołania, których zakresem jest związana (art. 192 ust. 7 Pzp) i jednocześnie nie będąc związana żądaniami odwołania, może orzec inaczej aniżeli wnosił odwołujący. Jednakże tego typu sytuacje występują przeważnie na etapie oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty – wtedy kształt zapadających rozstrzygnięć wprost wynika z przepisów obowiązującego prawa (które nakazują np. wezwanie do uzupełnienia, poprawienia, odrzucenia oferty, wykluczenie wykonawcy... etc.). Natomiast w przypadku orzekania o zgodności z przepisami brzmienia dokumentów przetargowych taka sytuacja nie zachodzi. Klauzule generalne ustawy dotyczące zakazu ograniczania konkurencji nie przesądzają, jak ma wyglądać rozstrzygnięcie w przypadku stwierdzenia naruszeń przepisów przez dane

postanowienia SIWZ. W przypadku niemożliwości zasądzenia danych żądań odwołania dotyczących brzmienia dokumentów przetargowych, zupełnie dowolna kreacja ich treści poza wolą stron, doznaje ograniczeń. Tym samym brak żądań odwołania związanych z danym zarzutem lub ich niedopuszczalność, właściwie uniemożliwia Izbie jego uwzględnienie i dokonanie stosownego zasądzenia w sentencji wyroku. W związku z art. 198d ustawy, również Sąd Okręgowy orzekający w wyniku skargi na orzeczenie Izby nie będzie mógł zasądzić żądań w odwołaniu niezgłoszonych.
Ostatnią kwestią ogólną konieczną do poruszenia przy przedmiotowym rozstrzygnięciu jest wskazanie na skutki modyfikacji postanowień SIWZ dokonywanych w trakcie postępowania odwoławczego.
Tego typu powtórzenie lub zmiana czynności zamawiającego dokonywana po wniesieniu odwołania pozostaje czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia a nie czynnością procesową, a więc działaniem dokonywanym poza postępowaniem odwoławczym, które jednak wywiera wpływ na rozstrzygnięcie odwołania przez dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy.
W tym zakresie, za uzasadnieniem wyroku Izby z dnia 8 kwietnia 2010 r., sygn. akt. KIO 415/10, wskazać należy, iż ustawa nie nakazuje *de lege lata* zamawiającemu powstrzymania się z dokonaniem czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia w razie uwzględnienia, czy raczej uznawania za zasadne, części zarzutów podniesionych w odwołaniu. Zamawiający zatem, po ocenie związanego z tym ryzyka, może kontynuować postępowanie, z ograniczeniem wynikającym jedynie z art. 183 ust. 1 ustawy – brakiem możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu ogłoszenia orzeczenia przez Izbę.
W takim przypadku, tj. przy zmianie czy wykonaniu czynności postulowanych w odwołaniu – co m.in. wskazała Izby w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 kwietnia 2011 r. , sygn. akt KIO 707/11 – należałoby za niezasadne uznać przyjęcie do orzekania stanu faktycznego już nieistniejącego w jego trakcie, bowiem na ten moment nie istniałyby kwestionowane czynności czy zaniechania zamawiającego i

brak byłoby faktycznej podstawy sporu w tym zakresie – zarzuty tego typu należałoby pozostawić bez rozpoznania. Powyższe należy również zakwalifikować jako przypadek podpadający pod dyspozycję art. 192 ust. 2 Pzp – nawet potwierdzenie podtrzymywanych przez odwołującego zarzutów i naruszeń, w odniesieniu do czynności (postanowień SIWZ) już nieistniejących i niewywierających skutków prawnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia w związku z ich uprzednią zmianą dokonaną przez zamawiającego, nie mogłoby posłużyć uwzględnieniu odwołania jako niemające wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

18

W związku z powyższym w trakcie orzekania należało wziąć pod uwagę wszelkie wprowadzone przez Zamawiającego zmiany w postanowieniach dokumentów przetargowych, których zarzuty odwołań dotyczyły. Natomiast ocena zgodności z prawem samej nowej treść SIWZ wprowadzonej przez zamawiającego, znalazła się poza oceną Izby, a to na zasadzie art. 192 ust. 7 Pzp – nowe postanowienia SIWZ nie były (i nie mogły być) zarzutami rozpatrywanego odwołania objęte.

Opisane wyżej względy i okoliczność, zdeterminowały kształt zapadłego rozstrzygnięcia. Uwzględniając powyższe, odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania, Izba stwierdziła, co następuje.
Odnośnie wszystkich zarzutów za ustaloną i niesporną Izba uznała okoliczność, że kumulatywnie wymagania Zamawiającego mogą spełnić trzy obecne na rynku rozwiązania produkcji firm: EMC, HP i HDS. Przy czym w świetle wymagań opisanych w kwestionowanych punktach SIWZ produkty HP i HDS mogą zostać zaoferowane po dodatkowym wyposażeniu lub oprogramowaniu.

Zarzut 1 dotyczący wymagania WMD.10
Zarzut jest niezasadny.
W pkt WMD.10 rozdziału 4 Zał. nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia" Zamawiający wymagał aby oferowana macierz dyskowa posiadała możliwość propagacji informacji dotyczących warstwowego rozłożenia danych do drugiej, zapasowej macierzy dyskowej spiętej zdalną replikacją danych w celu uzyskania optymalnej dystrybucji danych pomiędzy warstwami na wypadek przełączenia pracy do ośrodka zapasowego. Zamawiający zaznaczył, że w przypadku, w którym nie jest możliwe uzyskanie takiej funkcjonalności, dla uzyskania podobnej wydajności wymagane jest zrealizowanie żądanej pojemności na dyskach SSD większą o połowę liczbą dysków.
Jak wynika z uzasadnienia odwołania zarzut w tym przypadku dotyczy kwestionowania zasadności i potrzeby wymagania opisanej funkcjonalności propagacji danych, ponieważ Zamawiający nie wymaga, aby oferowane macierze pracowały w klastrze aktywny-aktywny.
Modyfikacją treści SIWZ z dnia 25 września br. Zamawiający dodał do pkt WMD.10 następujące zdanie: „Zamawiający zakłada wykorzystanie klastra macierzy w trybie aktywny-aktywny".

19

Modyfikację tego typu należy potraktować jako wymaganie skonfigurowania macierzy (a przynajmniej zapewnienia możliwości takiej konfiguracji) w trybie aktywny-aktywny. Odpada więc w tym przypadku podnoszona w odwołaniu okoliczność braku w SIWZ ww. wymagań. Natomiast niemożliwość wykorzystania funkcjonalności przez macierz zapasową w przypadku awarii z uwagi na zmianę charakterystyki pracy systemu pozostała nieudowodniona przez Odwołującego, który tego typu twierdzenie podnosił. Przy czym Izba zaznacza, iż dowodzenie powyższego nie jest dowodem negatywnym (na nieistnienie), ale dowodem określonych cech technicznych macierzy czy całego systemu.
Ponadto wymaganie ww. funkcjonalności macierzy nie jest wymaganiem wykluczającym zaoferowanie innych produktów, ale dopuszczalne jest osiągnięcie zakładanej wydajności przez zwiększenie ilości dysków. Tym samym tego typu ograniczenie konkurencji ma charakter względny i niewielki – sprowadza się do konieczności oferowania rozwiązania droższego. Tym samym w zastanych okolicznościach sprawy jest dopuszczalne.
Izba wskazuje również, że Odwołujący nie sformułował w odwołaniu żadnych konkretnych i jasnych żądań, co do oczekiwanej zmiany treści SIWZ, a jedynie poprzestawał na ogólnikowym żądaniu realnego dopuszczenia rozwiązań równoważnych.

Zarzut 2 dot. wymagania WMD.14
Zarzut oddalono w związku z brakiem materialnej podstawy zarzutu – postanowień SIWZ, których dotyczył.
W pkt WMD.14 lit. a) Zał. nr 1 (rozdz. 4) Zmawiający wymagał, aby oferowana macierz była

wyposażona w co najmniej 96 dysków SSD o pojemności 200GB.
Modyfikacją treści SIWZ z dnia 25 września 2015 r. Zamawiający zrezygnował z żądania określonej ilości dysków, ale wskazał ich łączną minimalną pojemność (19200 GB) i dodał żądanie określonej przepustowości interfejsów. Tymczasem w odwołaniu kwestionowano wskazanie określonej ilości dysków, natomiast zarzutów dotyczących pojemności i przepustowości interfejsów w odwołaniu nie sformułowano.

Zarzut 3 dot. wymagania WMD.25
Zarzut jest niezasadny.
Zamawiający ma prawo opisywać i zamawiać rozwiązania dlań optymalne. Natomiast twierdzenia Odwołującego kwestionujące ich przydatność pozostają nieudowodnione.
Ponadto wymaganie wskazanego typu auto tieringu nie jest wymaganiem wykluczającym zaoferowanie innych produktów, ale dopuszczalne jest osiągnięcie zakładanej wydajności przez zwiększenie pojemności dyskowej. Tym samym tego typu ograniczenie konkurencji ma charakter względny i niewielki – sprowadza się do konieczności oferowania rozwiązania droższego. Tym samym w zastanych okolicznościach sprawy jest dopuszczalne.
Izba wskazuje również, że Odwołujący nie sformułował w odwołaniu żadnych konkretnych i jasnych żądań, co do oczekiwanej zmiany treści SIWZ, a jedynie poprzestawał na ogólnikowym żądaniu realnego dopuszczenia rozwiązań równoważnych.

Zarzut 4 dot. wymagania WMD.43
Zarzut jest niezasadny.
Zamawiający ma prawa zakupić kompletne rozwiązanie wraz z oprogramowaniem zarządzającym. Co więcej, każdy wykonawca, może takie oprogramowanie zakupić u nieograniczonej ilości podmiotów zewnętrznych, które nie są producentami macierzy. Tym samym tego typu ograniczenie konkurencji ma charakter względny i niewielki – sprowadza się do konieczności poniesienia dodatkowych nakładów przez niektórych wykonawców.
Uwzględniając powyższe, orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowań orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....