

WYROK
z dnia 10 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2016 r. przez Becker-Warkop Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerklanach w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Katowicki Holding Węglowy Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach,

przy udziale:

- A. Elektrometal Spółka Akcyjna z siedzibą w Cieszynie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. Konstrukcje Jastrzębie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jastrzębie-Zdrój zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- C. ELTRANS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jastrzębie-Zdrój zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- D. SIEMAG TECBERG POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jastrzębie-Zdrój zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego wymagania bezpośredniej wymiany ciśnienia i ciepła w systemie równoważnym do systemu PES wskazanego w pkt 1 petitum odwołania i zarzutu dotyczącego wymagania posiadania systemu zarządzania jakością EN-ISO 9001:2008 wskazanego w pkt 6 petitum odwołania;
2. umarza postępowanie odwoławcze w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża Becker-Warkop Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerklanach i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Becker-Warkop Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerklanach tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Becker-Warkop Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerklanach na rzecz Katowicki Holding Węglowy Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 Katowicach.

Uzasadnienie

Zamawiający, Katowicki Holding Węglowy Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej

„ustawą” lub „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na budowę instalacji klimatyzacji centralnej o mocy chłodniczej 3 MW z możliwością rozbudowy do 6 MW w KHW S.A. KWK „Mysłowice-Wesoła”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz. Urz. UE nr 2016/S 135-243801 z dnia 15 lipca 2016 roku.

W dniu 25 lipca 2016 r. Becker-Warkop Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerklanach wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie:

1. sformułowanie w Rozdziale II Szczegółowe Wymagania Techniczne SIWZ w punkcie 5.1. lit.c) zdanie pierwsze wymogu, aby "Dołowa stacja centralnej klimatyzacji (urządzenia, wyposażenie) była wyposażona w trójkomorowy podajnik rurowy (system PES - Pressure Exchange System) lub równoważny system spełniający tą samą funkcję, jako układ bezpośredniej wymiany ciśnienia i ciepła i zaprojektowany na moc chłodniczą min. 3 MW z możliwością mobilnej rozbudowy do 6 MW".
2. sformułowanie w Rozdziale II Szczegółowe Wymagania Techniczne SIWZ w punkcie 5.1. lit.c) zdanie drugie wymogu wedle, którego Doboru typu oraz parametrów technicznych pracy systemu (m.in. wymiary takich elementów jak np.: siłowniki hydrauliczne, zawory zwrotne, zasuwki obejściowe, pojemność i wydajność agregatu instalacji hydraulicznej oraz czasy otwarcia siłowników i napełniania) należy dokonać w Projekcie Wykonawczym (wg branż),

3

-
3. sformułowanie w Rozdziale II Szczegółowe Wymagania Techniczne SIWZ w punkcie 6.1 lit. f) wymogu, aby "wszystkie rurociągi i kształtki standardowe obiegu wtórnego (np. kolana 90° należy wykonać z) tworzywa sztucznego PE, zbrojonego oplotem stalowym, pozostałe kształtki domiarowe niestandardowe należy wykonać, jako stalowe preizolowane, zabezpieczone antykorozyjnie - cynkować ogniowo",
 4. sformułowanie w Rozdziale II Szczegółowe Wymagania Techniczne SIWZ w punkcie 6.1 lit. k), wymogu aby " rurociągi wtórnego obiegu wody lodowej wykonane z materiału PE wzmocnionego oplotem stalowym, zasilające, jako preizolowane, powrotne w tym obiegu, jako nieizolowane",
 5. sformułowanie w Rozdziale II Szczegółowe Wymagania Techniczne SIWZ w punkcie 6.1 lit 1), wymogu , aby "płaszcz ochronny na rurociągach preizolowanych stanowiła rura z polietylenu o własnościach antyelektrostatycznych (rezystancja powierzchniowa $<1,0 \times 10^6 \text{ QJm}$) i trudnopalnych, gęstość pianki poliuretanowej typu PUR/T $>38 \text{ [kg/m}^3\text{]}$ lub równoważnej, współczynnik przewodzenia ciepła 0,024-0,028 $[\text{W/mK}]$,
 6. sformułowanie w Rozdziale II Szczegółowe Wymagania Techniczne SIWZ w punkcie 6.7. wymogu, aby Wykonawca rur posiadał system zarządzania jakością w zakresie projektowania, produkcji i sprzedaży rur i kształtek spełniający normę EN-ISO 9001:2008, udokumentowany certyfikatem wydanym przez niezależny, akredytowany podmiot zajmujący się poświadczaniem zgodności systemów zarządzania jakością z tą normą. Wykonawca rur może zamiast certyfikatu, o którym mowa powyżej, złożyć równoważne (potwierdzające stosowanie środków zapewnienia jakości objętych normą EN-ISO 9001:2008), zaświadczenia wystawione przez uprawnione do tego podmioty mające siedzibę w innym państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub inne dokumenty wydane przez uprawnione do tego podmioty, potwierdzające odpowiednio stosowanie przez wykonawcę

ruk środków zapewnienia jakości równoważnych z normą EN-ISO 9001:2008

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez przygotowanie • postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - sformułowanie wymagań technicznych określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 3 i • 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zamieszczenie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia postanowień określających przedmiot zamówienia w sposób pozwalający spełnić wymagania techniczne SIWZ tylko konkretnym, ściśle określonym wyrobom jednego producenta, a zatem w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 3 i • 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na jego pochodzenie, przy jednoczesnym braku uzasadnienia specyfiką przedmiotu zamówienia oraz braku dopuszczenia rozwiązania równoważnego.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji SIWZ polegającej na zmianie kwestionowanych postanowień poprzez:

- a. odnośnie sformułowania w Rozdziale II Szczegółowe Wymagania Techniczne SIWZ w punkcie 5.1. lit.c) zdanie pierwsze - usunięcie wyrażenia "bezpośredniej", tak aby otrzymał brzmienie : "Dołowa stacja centralnej klimatyzacji (urządzenia, wyposażenie) była wyposażona w trójkomorowy podajnik rurowy (system PES - Pressure Exchange System) lub równoważny system spełniający tą sama funkcję, jako układ wymiany ciśnienia i ciepła - zaprojektowany na moc chłodniczą min. 3 MW z możliwością mobilnej rozbudowy do 6 MW",

- b. odnośnie sformułowania w Rozdziale II Szczegółowe Wymagania Techniczne SIWZ w punkcie 5.1. lit.c) zdanie drugie - usunięcie wyrażenia (m.in. wymiary takich elementów jak np.: siłowniki hydrauliczne, zawory zwrotne, zasuwki obejściowe, pojemność i wydajność agregatu instalacji hydraulicznej oraz czasy otwarcia siłowników i napełniania) tak aby otrzymał brzmienie: Doboru typu oraz parametrów technicznych pracy systemu należy dokonać w Projekcie Wykonawczym (wg branż),
- c. odnośnie sformułowania w Rozdziale II Szczegółowe Wymagania Techniczne SIWZ w punkcie 6.1 lit. f) - usunięcie wymogu aby wszystkie rurociągi i kształtki standardowe obiegu wtórnego (np. kolana 90° były wykonane z tworzywa sztucznego PE, zbrojonego oplotem) stalowym, tak aby otrzymał on brzmienie : wszystkie rurociągi i kształtki standardowe obiegu wtórnego (np. kolana 90° należy wykonać z) tworzywa sztucznego lub innych materiałów,
- d. odnośnie sformułowania w Rozdziale II Szczegółowe Wymagania Techniczne SIWZ w punkcie 6.1 lit. k) - usunięcie wymogu, aby rurociągi wtórnego obiegu wody lodowej były wykonane z materiału PE wzmocnionego oplotem stalowym, tak aby otrzymał on brzmienie : rurociągi wtórnego obiegu wody lodowej wykonane z tworzywa sztucznego lub innych materiałów, zasilające, jako preizolowane, powrotne w tym obiegu, jako nieizolowane",
- e. odnośnie sformułowania w Rozdziale II Szczegółowe Wymagania Techniczne SIWZ w punkcie 6.1 lit. 1)) - usunięcie wymogu, aby

"płaszcz ochronny na rurociągach preizolowanych stanowiła tylko rura z polietylenu o własnościach antyelektrostatycznych, tak aby otrzymał on brzmienie płaszcza ochronny na rurociągach preizolowanych stanowiła rura z polietylenu lub innych materiałów o własnościach antyelektrostatycznych,

- f. odnośnie sformułowania w Rozdziale II Szczegółowe Wymagania Techniczne SIWZ w punkcie 6.7. usunięcie wymagania, aby Wykonawca rur posiadał system zarządzania jakością w zakresie projektowania, produkcji i sprzedaży rur i kształtek spełniający normę

6

EN-ISO 9001:2008, udokumentowany certyfikatem wydanym przez niezależny, akredytowany podmiot zajmujący się poświadczaniem zgodności systemów zarządzania jakością z tą normą. Wykonawca rur może zamiast certyfikatu, o którym mowa powyżej, złożyć równoważne (potwierdzające stosowanie środków zapewnienia jakości objętych normą EN-ISO 9001:2008), zaświadczenia wystawione przez uprawnione do tego podmioty mające siedzibę w innym państwie

Obszaru lub inne członkowskim Europejskiego Gospodarczego dokumenty wydane przez do tego uprawnione podmioty, potwierdzające odpowiednio stosowanie przez wykonawcę rur środków zapewnienia jakości równoważnych z normą EN-ISO 9001:2008.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

Wymagania techniczne określone przez Zamawiającego w Rozdziale II Szczegółowe Wymagania Techniczne do SIWZ w zakresie opisanym w punkcie I niniejszego odwołania ograniczają możliwość zachowania uczciwej konkurencji, gdyż wskazują jednoznacznie, że wykluczają rozwiązania materiałowe i techniczne stosowane przez Odwołującego w materiałach i urządzeniach składających się na przedmiot zamówienia, a jakie Odwołujący się zamierza zaoferować Zamawiającemu, pomimo zgodności rozwiązań stosowanych przez Odwołującego się z przepisami norm obowiązujących w odniesieniu do tego typu materiałów urządzeń. Zarzuty podniesione w odwołaniu wobec czynności Zamawiającego, niezgodnych z przepisami ustawy dotyczą następujących czynności Zamawiającego, jakie znalazły swój wyraz w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia : ad 1.1. i 2 Zamawiający w Rozdziale II Szczegółowe Wymagania Techniczne SIWZ w punkcie 5.1. lit.c) zdanie pierwsze wymaga, aby "Dołowa stacja centralnej klimatyzacji (urządzenia, wyposażenie) była wyposażona w trójkomorowy podajnik rurowy (system PES - Pressure Exchange System) lub równoważny system spełniający tę samą funkcję, jako układ bezpośredniej wymiany ciśnienia i ciepła - zaprojektowany na moc chłodniczą min. 3 MW z możliwością mobilnej rozbudowy do 6 MW", zaś w drugim zdaniu tej jednostki redakcyjnej wymaga Doboru typu oraz parametrów technicznych pracy systemu (m.in. wymiary takich elementów jak np.: siłowniki hydrauliczne,

7

zawory zwrotne, zasuwę obejściową, pojemność i wydajność agregatu instalacji hydraulicznej oraz czasy otwarcia siłowników i napełniania) należy dokonać w Projekcie Wykonawczym (wg branż). Trójkomorowy rurowy podajnik cieczy z układem bezpośredniej wymiany ciśnienia i ciepła jest rozwiązaniem specyficznym, produkowanym na światowym rynku górniczych urządzeń klimatyzacyjnych wyłącznie przez jeden podmiot - niemiecką spółkę Siemag Tecberg GmbH. Także podkreślone w cytowanym dalej zdaniu sformułowanie : Doboru typu oraz parametrów technicznych pracy systemu (m.in. wymiary takich elementów jak np.: siłowniki hydrauliczne, zawory zwrotne, zasuwę obejściową, pojemność i wydajność agregatu instalacji hydraulicznej oraz czasy otwarcia siłowników i napełniania) należy dokonać w Projekcie Wykonawczym (wg branż)- jednoznacznie wskazuje na produkt Siemag Tecberg GmbH, zatem dopuszczenie systemu równoważnego jest pustym stwierdzeniem, mającym stwarzać pozory możliwości zastosowania systemów

równoważnych w sytuacji, gdy takie nie istnieją, o czym Zamawiającym doskonale wie.

[...]

Ad l. 6. W treści SIWZ w pkt 6 Rurociągi w pkt 6.7 Zamawiający wskazał, że Wykonawca rur powinien posiadać system zarządzania jakością w zakresie projektowania, produkcji i sprzedaży rur i kształtek spełniający normę EN-ISO9001:2008. Zdaniem Odwołującego opisany wymóg jest nieuzasadniony, w szczególności co do wykonawcy rur, który może być jedynie dostawcą materiałów dla Wykonawcy lub jego podwykonawcą. Spośród krajowych producentów rur tylko niektórzy posiadają system zarządzania jakością w zakresie projektowania, produkcji i sprzedaży rur i kształtek spełniający normę EN-ISO9001:2008, co jednak żadną miarą nie oznacza, że nie posiadają certyfikatów bezpieczeństwa a ich wyroby nie spełniają wszelkich norm wymaganych dla wyrobów stosowanych w podziemnych zakładach górniczych. Producenci rur są z zasady z jednostką certyfikującą związani umową o nadzorze. Jednostki certyfikujące nie wymagają od producentów posiadania systemu ISO, gdyż umowa o nadzorze w pełni zapewnia jakość wyrobu i jego powtarzalność. Podkreślenia wymaga, że w żadnym z dotychczas przeprowadzanych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego nie było kwestionowanego wymogu, a dokumentami potwierdzającymi dla Zamawiających jakość wyrobu były opinie i listy referencyjne pochodzące od użytkujących wyroby

zakłady górnicze oraz certyfikaty potwierdzające możliwość ich stosowania w podziemnych zakładach górniczych. Dla przykładu można wskazać, że Zamawiający ogłaszając 17.03.2016 SIWZ do postępowania nr ZP/M/36/2016 pt.: „DOSTAWA RUR Z TWORZYW SZTUCZNYCH DO RUROCIĄGÓW GÓRNICZYCH DO KATOWICKIEGO HOLDINGU WĘGLOWEGO S.A. W OKRESIE 12 MIESIĘCY OD DNIA ZAWARCIA UMOWY” w szczegółowych wymaganiach technicznych nie ujął wymogu posiadania normy EN-ISO 9001:2008 przez wykonawcę rur a nazwy poszczególnych rur sprecyzowane były jako rury z tworzyw sztucznych (nie wskazywał na konkretny rodzaj tworzywa z jakich wykonane są rury) a po ogłoszeniu informacji dla Wykonawców o rozstrzygnięciu postępowania z dnia 16.06.2016 podpisał z oferentami umowy. Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż na potrzeby budowy instalacji klimatyzacji centralnej nie jest konieczne zaprojektowanie dla obiegu wtórnego rur skonstruowanych ze wzmocnieniem metalowym lub i to przez producenta posiadającego normę EN-ISO 9001:2008. Dotychczas bowiem, Zamawiający korzystał również z innych rozwiązań materiałowych, a ponadto, nie zgłaszał w tym zakresie żadnych zastrzeżeń.

[...]

Odwołujący się podkreśla, iż kwestionowane odwołaniem określenie przedmiotu zamówienia, w jego ocenie pozostaje w sprzeczności z art. 29 ustawy PZP który, to przepis zawiera zasady jakie musi spełniać poprawnie sporządzony opis przedmiotu zamówienia. W szczególności Odwołujący się zwraca uwagę, że przepis ten zawiera wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Oznacza to, że niedozwolone jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie na konkretny produkt, ale także w taki sposób, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Wskazanie wymagań nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego nosi znamiona naruszenia uczciwej konkurencji. Sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w powyższy sposób wyklucza możliwość zastosowania urządzeń i materiałów jakie zamierza zaoferować Odwołujący się. Zamawiający poprzez kwestionowane zapisy SIWZ nie dopuszcza bowiem do zaoferowania produktów równoważnych ani nie formułuje w SIWZ precyzyjnego określenia parametrów technicznych i wymogów jakościowych dotyczących ofert równoważnych, a nawet gdy je, jak w przypadku trójkomorowego podajnika rurowego (system PES - Pressure Exchange

System) jako układ bezpośredniej wymiany ciśnienia i ciepła dopuszcza, to jest to tylko stwierdzenie semantyczne wobec braku rozwiązań równoważnych w stosunku do produktu jedyne na rynku producenta. Odwołujący wskazuje także na dorobek orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, który w ocenie Odwołującego się potwierdza zasadność niniejszego odwołania. W szeregu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wskazywano na obowiązki, ale i prawa Zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności prawo do oczekiwania realizacji zamówienia poprzez dostawy czy roboty uwzględniające oczekiwania Zamawiającego w zakresie wymaganych przez zamawiającego parametrów. Jednakże każdorazowo Krajowa Izba Odwoławcza wskazywała na wymóg w postaci faktycznych, realnie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego „znajdujących wyraz w opisie przedmiotu zamówienia, za niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych uznając takie wymagania, które są nadmierne, zbyt rygorystyczne i nie znajdują uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego. Krajowa Izba Odwoławcza dała wyraz temu między innymi w wyroku z dnia 21 października 2014 r. sygn. akt KIO 2188/11, w jego uzasadnieniu stwierdzając „Warto podkreślić, że dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami Zamawiającego będzie uprawdopodobniać naruszenie uczciwej konkurencji”. Reasumując, kwestionowane przez Odwołującego zapisy w SIWZ nie wynikają z uzasadnionych – czy to przepisami prawa, czy to miejscem i warunkami eksploatacji przedmiotu zamówienia, czy posiadaną już przez Zamawiającego infrastrukturą techniczną – realnych potrzeb Zamawiającego. Określone przez Zamawiającego w treści SIWZ wymogi w zakresie przedmiotu zamówienia nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego faworyzowania jednych i tym samym dyskryminowania innych wykonawców i producentów. Każde odstępstwo od zasad udzielania zamówień publicznych należy uznać za działanie niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów. Jak bowiem stwierdził Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z dnia 09 listopada 2005 r. (sygn. akt II Ca 587/05): „Ważne jest również, by przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nie utrudniający uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 i 3 Prawa zamówień publicznych). Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę bądź eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby

10

bardziej uprzywilejowany od pozostałych”. Podobnie w wyroku z dnia 5 maja 2008 r. Sąd Okręgowy w Lublinie stwierdził, że: „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, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji” (sygn. IX Ga 44/08). [...]”

Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania opisane w pkt 2, 3, 4 oraz 5 *petitum* odwołania, a Wykonawcy przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie wnieśli sprzeciwu względem powyższego.

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

Do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, w związku z datą jego wszczęcia, znajdują zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020), a to

na zasadzie art. 18 ust. 1 tej ustawy.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie 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 niniejszej ustawy.

Podając, zgodnie z dyspozycją art. 196 ust. 4 Pzp podstawę prawną rozstrzygnięcia wraz z przytoczeniem przepisów prawa, odnośnie zakresu orzekania

11

w przedmiotowej sprawie, Izba wskazuje na dyspozycją art. 186, która stanowiła właściwie całość regulacji ustawowej dotyczącej instytucji uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego oraz sprzeciwu wykonawcy przystępującego po stronie zamawiającego.

Otóż zgodnie z kolejnymi jednostkami redakcyjnymi tego przepisu, w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia i znajdującym zastosowanie do rozpatrywanej sprawy:

Art. 186. 1. Zamawiający może wnieść odpowiedź na odwołanie. Odpowiedź na odwołanie wnosi się na piśmie lub ustnie do protokołu.

2. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

3. Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wnieśli sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

4. Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba rozpoznaje odwołanie.

5. Sprzeciw wnosi się na piśmie lub ustnie do protokołu.

6. Koszty postępowania odwoławczego:

1) w okolicznościach, o których mowa w ust. 2, znosi się wzajemnie;

2) w okolicznościach, o których mowa w ust. 3:

a) ponosi zamawiający, jeżeli uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu po otwarciu rozprawy,

12

b) znosi się wzajemnie, jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy;

3) w okolicznościach, o których mowa w ust. 4, ponosi:

a) odwołujący, jeżeli odwołanie zostało oddalone przez Izbę,

b) wnoszący sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę.

W świetle powyższej regulacji należy podkreślić, że ustawa nie przewiduje instytucji częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania oraz częściowego sprzeciwu względem uwzględnienia wszystkich zarzutów odwołania. Również kazuistyczne uregulowania dotyczące kosztów postępowania odwoławczego, zawarte w znajdujących zastosowanie w sprawie przepisach wykonawczych, nie przewidują tego typu sytuacji.

Powyższe prowadzi do konkluzji, że zastana regulacja „działa”

bezproblemowo jedynie w przypadku odwołań jednowątkowych, tzn. najlepiej jednozarzutowych i zwróconych przeciwko jednemu wykonawcy. W przypadku odwołań złożonych, zawierających szereg różnorodnych zarzutów i/lub zwróconych przeciwko wielu wykonawcom, umorzenie postępowania oraz określenie zakresu orzekania w danej sprawie budzi szereg kontrowersji. Kwestia ta omówiona została szerzej w Informacji rocznej KIO za rok 2012 (Załącznik nr 1 do uchwały nr 3/2013 Zgromadzenia Ogólnego Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lipca 2013 r. – Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2012 r.).

Pierwszym niezwykle trudnym do rozstrzygnięcia zagadnieniem proceduralnym kwestia przez zarzutów była uwzględnienia zamawiającego odwołania w przypadku, gdy jedynie część zarzutów była według niego zasadna. Uwzględnienie całości zarzutów odwołania (w tym niezasadnych) i umorzenie postępowania, przeważnie oznaczało konieczność dalszego działania zamawiającego wbrew żądaniom które uwzględnił. Natomiast odwołania, uwzględnienie przez zamawiającego jedynie części zarzutów (tych zasadnych) prowadziło do sytuacji, w której całe odwołanie było uwzględniane przez Izbę ze względu na zasadność zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego, a zamawiający ponosił koszty postępowania odwoławczego przegrywając sprawę; albo pozostawiano zarzuty uwzględnione poza zakresem orzekania, co powodowało, że

13

ich status pozostawał właściwie nieokreślony - nie zapadało w ich przedmiocie żadne rozstrzygnięcie procesowe znajdujące odzwierciedlenie w sentencji jakiegokolwiek orzeczenia Izby: uwzględnienie, oddalenie, ani umorzenie (vide ww. Informacja roczna Izby).

Odwołanie, a ściślej zarzuty przedmiotowego odwołania, dotyczą wielu różnych postanowień SIWZ. Zamawiający uwzględnił część tych zarzutów uznając je za zasadne i zapowiedział stosowną zmianę SIWZ w adekwatnym zakresie. Wykonawcy przystępujący po stronie Zamawiającego nie wnieśli sprzeciwów względem stanowiska Zamawiającego.

Orzekanie w zakresie uwzględnionym przez Zamawiającego byłoby więc rozstrzygnięciem zarzutów, co do których spór pomiędzy stronami właściwie nie istnieje – żaden z uczestników postępowania nie byłby zainteresowany przedstawianiem okoliczności faktycznych i argumentów zwalczających zarzuty odwołania. Izba byłaby w tym zakresie zmuszona prowadzić właściwie postępowanie inkwizycyjne, mające na celu ustalenie zgodności czynności Zamawiającego z przepisami prawa albo zarzuty te po prostu uwzględnić i zasądzić zgodnie z żądaniem odwołania. Tym samym pomimo, iż Zamawiający przyznawał się do błędu w określonym zakresie i chciał go skorygować, poniósłby koszty całości postępowania odwoławczego (nawet pomimo tego, że zarzuty sporne zostałyby uznane za niezasadne) – inaczej niż w sytuacji uwzględnienia odwołania w całości.

Opisana powyżej sytuacja i jej konsekwencje związane z brakiem instytucji częściowego uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania stanowi techniczną lukę w prawie, której brak wypełnienia prowadzi do procesowych skutków rażąco naruszających poczucie sprawiedliwości i zwykłą racjonalność w stosowaniu przepisów prawa. Lukę tę należało więc wypełnić posługując się analogiami do uregulowanych instytucji procesowych – uwzględnienia całości zarzutów odwołania i umorzenia z tego względu całości postępowania odwoławczego. Należało się również mieć przy tym na względzie sposób w jaki lukę tę wypełnił sam ustawodawca nowelą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020).

Z powyższych względów odwołanie rozpoznano tylko w zakresie zarzutów spornych, tj. tych, których Zamawiający nie uwzględnił. Natomiast pozostałe zarzuty odwołania, które zostały uwzględnione przez Zamawiającego (pkt 2-5 petitum

14

odwołania), nie podlegały rozpoznaniu i postępowanie w tym zakresie umorzono. Izba wydała w tym zakresie, wzorem praktyki sądowej, stosowne postanowienie pomieszczone w wyroku. W jej ocenie koresponduje to ze stanowiskiem Sądu

Najwyższego wyrażonym w uzasadnieniu uchwały z 17 lutego 2016 r. (sygn. akt III CZP 111/15) i pozostaje w zgodzie z wynikającym zeń postulatem, aby zakres i rodzaj orzeczenia w przedmiocie całości odwołania wynikał z sentencji orzeczeń Izby a nie dopiero z lektury ich uzasadnień.

Zarzuty rozpoznane uznano za niezasadne z opisanych niżej powodów.

Zarzut wskazany w pkt 1 *petitum* odwołania, dotyczący wymagania wykonania instalacji klimatyzacyjnej stosującej bezpośrednią wymianę ciśnienia i ciepła w ewentualnym systemie równoważnym do systemu PES (rozdz. II pkt 5.1. lit c SIWZ)

Kwestionowane w tym zakresie postanowienia SIWZ zostały zgodnie z rzeczywistością przytoczone w treści odwołania cytowanej powyżej.

Przytaczając przepisy stanowiące podstawę rozstrzygnięcia dotyczącego zarzutów odwołania, wskazać należy, iż 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. Zasada swobody umów posiada swój aspekt podmiotowy sprowadzający się do swobody wyboru kontrahenta. Natomiast w swoim aspekcie podmiotowym oznacza, iż to strony umowy decydują w jaki

15

sposób ukształtują swoje świadczenia wzajemne i jakich świadczeń od drugiej strony będą oczekiwać.

Jak wskazuje ww. przepis k.c. 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, płatnościach 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

16

nie sposób. Nie istnieje więc możliwość wytyczenia doktrynalnych i sztywnych rozgraniczeń, z góry przesądających 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 (warunków jego realizacji, nałożenie dodatkowych obowiązków umownych...etc.), postawienie dodatkowych warunków udziału w postępowaniu czy rozbudowanie kryteriów oceny ofert prowadzi do ograniczenia konkurencji. Poza przypadkami najprostszymi dostaw czy usług, postanowienia specyfikacji zawsze będą faworyzować niektórych wykonawców i dyskryminować innych. W szczególności, np. 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, z 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 opisanie 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

17

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 uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

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. Natomiast na Zamawiającym spoczywał będzie ciężar dowodu okoliczności, z których wywodził będzie

wnioski w przedmiocie konkurencyjności jego postępowania czy wszelkich okoliczności uzasadniających sformułowanie postanowień dokumentów przetargowych konkurencję ograniczających.

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 w ogóle braku obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje – powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi więc być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane.

Dla przykładu wskazać można, iż w szczególności dla wykazania możliwości naruszenia konkurencji nie jest wystarczające samo podniesienie, iż dla odwołującego dane

18

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 wystąpienia w doktrynie kwestionowania zasadności odwoływania się do ww. pojęcia, jako nie wynikającego z przepisów Pzp, zagadnienie to 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 (w tym przypadku z teorii i praktyki stosowania prawa), a następnie zastąpione innymi środkami opisu, lepiej spełniającymi postulaty „naukowości” (czy bardziej specyficznie w tym przypadku – odpowiadania przepisom prawa i jego prawidłowemu stosowaniu), takie jak adekwatność do opisywanego przedmiotu, koherentność z innymi pojęciami i założeniami, czy nawet (a może przede wszystkim) ze względu na postulat prostoty i praktycznej użyteczności danego pojęcia. Tego typu operacje wypierania jednym pojęciem przez inne, a nawet zastępowania całych teorii, odbywają się nawet w naukach empirycznych, tym bardziej mogą mieć miejsce w doktrynie czy praktyce prawa.

Natomiast 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

19

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, jakiegokolwiek 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 –

20

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. Natomiast stwierdzenie dopuszczalności tego typu ograniczeń warunkowane jest właśnie oceną różnorodnych 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 pełnej 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.

W przepisach ustawy brak jest podstawy prawnej do przymuszania zamawiającego do zawarcia umowy na warunkach, których treść mu nie odpowiada. Bez wyraźnej podstawy prawnej w tym zakresie, Krajowa Izba 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 płatności... etc. W

szczegółności 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.

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,

21

w tym ich przedmiotu i warunków umownych. Uprawnienia Izby są więc w tym zakresie niejako „eliminacyjne”. Jak wskazano wyżej, w przepisach ustawy brak jest materialnej podstawy do pozytywnego kształtowania szeroko pojętego opisu przedmiotu zamówienia za zamawiającego, w szczególności do przymuszania zamawiającego do dopuszczenia zakupów rzeczy czy świadczeń, których zakupić nie chce.

Zarzuty dotyczące postanowień SIWZ niejednokrotnie definiowane są również przez żądania, które wykonawca względem nich formułuje. Natomiast dopuszczalność żądań i możliwość ich przeprowadzenia często warunkuje możliwość uwzględnienia danego zarzutu. 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. Tego typu sytuacje występują najczęściej na etapie oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednakże wtedy kształt zapadających rozstrzygnięć przeważnie wprost wynika z przepisów obowiązującego prawa (które nakazują np. wezwanie do uzupełnienia, poprawienia, odrzucenia oferty, wykluczenie wykonawcy... etc.). Natomiast w przypadku żądań dotyczących brzmienia dokumentów przetargowych tak nie jest – żadne przepisy ustawy nie przesądzają tu kształtu czynności zamawiającego. Tym samym brak sformułowania możliwych do uwzględnienia żądań dotyczących dokumentów przetargowych (niemożliwych np. ze względu na nadmierną ingerencję w sferę dominium zamawiającego), w większości wypadków winien skutkować oddaleniem odwołania.

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 (zwłaszcza w zakresie przedmiotu umów). 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. Izba może natomiast, w przypadku stosownych wniosków odwołania w tym zakresie, nakazać unieważnienie postępowania, w którym opis przedmiotu zamówienia narusza przepisy ustawy, a dokonanie jego poprawienia egzekwowalnym wyrokiem Izby jest niemożliwe z powodów opisanych powyżej – i z takimi, adekwatnymi do zarzutów wnioskami winni występować odwołujący. W takiej sytuacji, unieważnienie postępowania przy pomocy egzekwowalnego wyroku Izby uniemożliwiłoby udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów prawa, a jednocześnie dałoby

22

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.

W szczególności w odniesieniu do przedmiotowego odwołania Izby uznała, że nakazanie Zamawiającemu dopuszczenia budowy w jego kopalni centralnej instalacji klimatyzacyjnej działającej na zasadzie pośrednich, wysokociśnieniowych wymienników ciepła, nie mieściłoby się w określonych wyżej ramach.

Odnosząc się do samego zarzutu naruszenia zasad konkurencji wynikających z art. 7 i 29 Pzp przez wskazany opis przedmiotu zamówienia Izba ustaliła, że wskazywane przez Odwołującego ograniczenie konkurencji w postępowaniu przez żądanie bezpośredniej wymiany ciepła w systemie chłodzenia zostało wykazane, a dopuszczenie rozwiązań równoważnych do systemu PES firmy Siemens jest pozorne. Opis przedmiotu zamówienia w

zakresie wymiany ciepła wskazuje więc li tylko na urządzenia jednego producenta, a przynajmniej Zamawiający i Wykonawcy przystępujący po jego stronie nie wykazali okoliczności przeciwnej.

Powyższe ustalono na podstawie oceny dowodów przedkładanych przez strony: patentu nr PL208252 przedłożonego przez Odwołującego oraz przedłożonego przez Zamawiającego artykułu prof. Nikodema Ślązaka pt. „Sposoby redukcji ciśnienia hydrostatycznego w instalacjach klimatyzacji centralnych kopalń podziemnych”, w którym kompleksowo opisuje się poszczególne rozwiązania techniczne stosowane w centralnych instalacjach klimatyzacyjnych oraz wskazuje się na ochronę patentową poszczególnych rozwiązań klimatyzacyjnych.

Jedynym dostępnym i stosowanym na rynku polskim rozwiązaniem opartym na bezpośredniej wymianie ciepła jest rozwiązanie wykorzystujące trójkomorowy podajnik rurowy firmy Siemag, której przysługują w tym zakresie prawa wyłączne z patentu. Turbiny Peltona czy Francisa, spełniające postulat „bezpośredniości” wymiany ciepła, nie są w kontekście przedmiotowego zamówienia alternatywą realną, a tym samą wartością powoływania i rozważania w kontekście rozpatrywanego zarzutu.

Nawet jak wynika z zawartego w odpowiedzi na odwołanie spisu zrealizowanych na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat centralnych instalacji klimatyzacyjnych w polskich kopalniach, wszystkie pracują w oparciu o system bezpośredniej wymiany ciepła z zastosowaniem urządzenia Siemag.

23

Fakt ograniczenia konkurencji w postępowaniu do rozwiązania jednego producenta jest więc w tym przypadku ewidentny. Natomiast okoliczność, iż wszyscy wykonawcy projektujący i wykonujący instalacje klimatyzacyjne w kopalniach mogą zakupić od Siemag trójkomorowy podajnik rurowy stanowiący element tych instalacji, nic w tym zakresie nie zmienia, i nie wiadomo z jakich względów i w jakim celu była przez Przystępującego Siemag powoływana. Zarzut odwołania nie dotyczył braku konkurencji wśród dystrybutorów i użytkowników produktu Siemag, ale ograniczenia konkurencji przez konieczność zastosowania jej produktu.

W świetle powyższych ustaleń, co do ograniczenia konkurencji przez dopuszczenie wykonania instalacji pracującej w oparciu o system chroniony patentem, ocena dopuszczalności takiego ograniczenia winna odbyć się w odniesieniu do potrzeb zamawiającego – ustalenia przemożnych okoliczności, które takie ograniczenie usprawiedliwiają i wyłączają jego bezprawność.

Oceny wymagały więc powoływane przez Zamawiającego względy, dla których chce zamówić i użytkować w swojej kopalni instalację działającą na zasadzie bezpośredniej wymiany ciepła a instalacji z wymianą pośrednią nie dopuszcza.

W zakresie oceny powyższego Izba oparła się przede wszystkim na powoływanym wyżej artykule „Sposoby redukcji ciśnienia hydrostatycznego w instalacjach klimatyzacji centralnych kopalń podziemnych”. W tekście tej publikacji przedstawiono kompleksowe porównanie działania instalacji klimatyzacyjnych w różnych aspektach. Natomiast dowody powoływane przez Odwołującego: fragmenty publikacji pt. „Warunki klimatyczne w kopalniach głębokich” oraz „Klimatyzacja kopalń podziemnych – systemy chłodnicze” oraz schemat instalacji pośredniej nie wnosyły nic istotnego dla oceny powyższego. Wynikało z nich jedynie, że centralne instalacje pośredniej wymiany ciepła wykorzystujące wymienniki wysokociśnieniowe były budowane w Europie kilkadziesiąt lat temu oraz że spełniają one takie same funkcje jak instalacje stosujące bezpośrednią wymianę ciepła wraz z chłodziwem. W publikacjach tych nie przeprowadzono natomiast porównania wad i zalet różnych typów instalacji.

W świetle powyższego Izba za wykazaną uznała okoliczność, że wysokociśnieniowe wymienniki ciepła są z zasady mniej sprawne od systemu PES, co rzutuje na sprawność całej instalacji oraz ekonomiczne koszty jej eksploatacji. Pośrednia wymiana ciepła wymaga dostarczenia znacznie większej energii dla osiągnięcia tych samych efektów chłodniczych, co wraz z koniecznością utrzymania dwóch oddzielnych obiegów chłodziwa podraża koszty działania klimatyzacji.

24

Jednakże same względy ekonomiczne nie uzasadniałyby tak drastycznego ograniczenia konkurencji w postępowaniu, jakim jest wymaganie określonego, opatentowanego rozwiązania jednego producenta. Dla ich osiągnięcia wystarczające i uzasadnione byłyby preferencje realizowane przy pomocy odpowiedniego doboru kryteriów oceny ofert, które mogłyby ustanowić odpowiedni bilans ceny nabycia do kosztów eksploatacji w okresie życia produktu. Ewentualnie możliwe byłoby postawienie stosownych wymagań związanych ze sprawnością całego układu lub jego energochłonnością, których zresztą prawdopodobnie układy oparte na wymiennikach pośrednich nie byłyby w stanie spełnić bez nieproporcjonalnie wielkich nakładów, co z kolei powodowałoby kolejne odwołania dotyczące tego typu wymagań.

Bardziej przemożne od względów ekonomicznych są tu względy organizacyjne związane z ruchem zakładu górniczego Zamawiającego i warunkami jego eksploatacji. Niestety względów takich Zamawiający nie wykazał. Nie wykazał np., że w jego korytarzach nie ma miejsca na rurociągi o przekroju koniecznym dla utrzymania poziomu chłodzenia w instalacji pośredniej dla zakładanego zwiększenia jej mocy.

Względami przeważającymi są natomiast w tym przypadku powiązane ze sobą okoliczności wygody eksploatacji, prostoty systemu, jego znajomości przez Zamawiającego oraz przede wszystkim bezpieczeństwa.

Nie potrzeba żadnej pogłębionej analizy oraz wiadomości specjalnych dla stwierdzenia, że większa ilość elementów układu, dwa obiegi chłodziwa ze wszystkimi układami wspomagającymi, większa ilość urządzeń zabudowanych pod ziemią zakładu górniczego... etc., jakkolwiek nie są niebezpieczne same w sobie i mogłyby zostać dopuszczone, to jednak zmniejszają bezpieczeństwo eksploatacji zakładu, innymi słowy – nie służą maksymalizacji bezpieczeństwa w kopalni. Waga prostoty i ergonomii systemu jest w tym zakresie trudna do przecenienia. Również zastosowanie glikolu lub innych środków przeciwko zamarzaniu wody koniecznych dla optymalizacji procesu chłodzenia w warunkach dołowych jest w tym przypadku niedopuszczalne (vide: „Sposoby redukcji ciśnienia...”).

Odwołujący nie był w stanie wykazać stosowania na świecie na przestrzeni ostatnich 30 lat centralnych instalacji klimatyzacyjnych (a nie grupowych) opartych o pośrednie wymienniki ciepła. Bezsprzeczna jest też okoliczność, iż nie zainstalowano żadnej tego typu instalacji w Polsce. Instalacje pośrednie, zwłaszcza oparte o nowe typy wymienników ciśnieniowych, których możliwość zastosowania deklarował Odwołujący, nie są więc znane i nie mogą być znane Zamawiającemu. Jak wynika z publikacji prof. Ślązaka dopiero rozważa

się powrót do stosowania tego typu rozwiązań. Biorąc pod uwagę specyfikę górnictwa węgla kamiennego, ów ewentualny powrót winien odbyć się raczej poprzez świadomą decyzję zamawiających, rozważających uprzednio wszelkie względy związane przede wszystkim z bezpieczeństwem, wygodą i ekonomią eksploatacji, a nie na drodze administracyjnego przymusu. Dopuszczenie w tym przypadku konkurencji dwóch chronionych patentami rozwiązań w obszarze, gdzie w grę wchodzi ochrona ludzkiego życia, nie może odbywać się li tylko na zasadzie stosowania abstrakcyjnych konstrukcji prawnych, ale winno zostać dokonane przede wszystkim w drodze decyzji poprzedzonej pogłębioną analizą własnych możliwości i potrzeb, którą podjąć może sam zakład górniczy i za którą weźmie pełną odpowiedzialność. Jak już wskazano powyżej, nakazanie Zamawiającemu dopuszczenia budowy w jego kopalni centralnej instalacji klimatyzacyjnej działającej na zasadzie pośredniej wymiany ciepła wykracza poza dopuszczalne ramy ingerencji w *dominium* Zamawiającego.

Dowód dotyczący zmian treści SIWZ na wykonanie instalacji klimatyzacyjnej w kopalni Zofiówka pominięto jako nie wnoszący nic do sprawy i tym samym bezprzedmiotowy. Jak wynikało z wyjaśnień Przystępującego Konstrukcje Jastrzębie Sp. z o.o., zamawiający w tamtym postępowaniu, Jastrzębska Spółka Węglowa, wyłączył system PES z zamówienia i zakupił go poza przetargiem. Postępowanie dotyczyło więc zaprojektowania i wykonania instalacji z wykorzystaniem trójkomorowego podajnika firmy Siemag dostarczonego przez zamawiającego. Na marginesie lżba wskazuje, że takie samo rozwiązanie co do kształtu przedmiotu jego zamówienia mógłby rozważyć Zamawiający w tym postępowaniu.

Zarzut opisany w pkt 6 petitum odwołania dotyczący rozdz. II SIWZ w pkt 6.7. – wymaganie, aby Wykonawca rur posiadał system zarządzania jakością w zakresie rurociągów spełniający normę EN-ISO 9001:2008

Przepis § 6 ust. 1 pkt 6 znajdującego zastosowanie do przedmiotowego postępowania rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, wprost stanowi, że w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli zamawiający odwołują się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich normach europejskich. Natomiast Odwołujący nie wykazał żadnych okoliczności związanych z kształtem

26

odnośnego rynku, które mogłyby świadczyć, że kwestionowane wymaganie prowadzące się do uzyskania przez Zamawiającego podwyższonych gwarancji jakości stosowanych na jego zamówieniu produktów, nadmiernie ogranicza konkurencję.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencjach.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10, art. 186 ust. 6 Pzp 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) – w brzmieniu znajdującym zastosowanie do niniejszego postępowania.

W myśl art. 186 ust. 6 pkt 2 lit b ustawy koszty w sytuacji uwzględnienia zarzutów odwołania i braku sprzeciwów znoszą się wzajemnie – przy orzekaniu o kosztach postępowania nie były więc brane pod uwagę zarzuty uwzględnione, co do których nie wniesiono sprzeciwów i o których nie orzekano. Na zasadzie art. 192 ust. 10 Pzp kosztami postępowania obciążono więc Odwołującego ze względu na wynik postępowania w zakresie zarzutów rozpoznanych i ich oddalenie.

.....

27