Sygn. akt: KIO 2760/12

WYROK
z dnia 28 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2012 r. przez BIOGRADEX - Holding Sp. z o.o. w Elblągu w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Miejskie Wodociągi i Kanalizacja Sp. z o.o. w Ostrowcu Świętokrzyskim,

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża BIOGRADEX - Holding Sp. z o.o. w Elblągu i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez BIOGRADEX - Holding Sp. z o.o. w Elblągu tytułem wpisu od odwołania,

---

   2.2. zasądza od BIOGRADEX - Holding Sp. z o.o. w Elblągu na rzecz Miejskie Wodociągi i Kanalizacja Sp. z o.o. w Ostrowcu Świętokrzyskim 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 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 Kielcach.

Sygn. akt: KIO 2760/12

UZASADNIENIE

Zamawiający, Miejskie Wodociągi i Kanalizacja Sp. z o.o. w Ostrowcu Świętokrzyskim, 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 budowę trzeciego reaktora biologicznego wraz z modernizacją dwóch reaktorów istniejących.
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 04.12.2012 r. w Dz.Urz. UE Nr 2012/S 233-383034.

W dniu 14.12.2012 r. BIOGRADEX - Holding Sp. z o.o. w Elblągu wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie określenia przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców oraz zapewnienia uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp), a także przez określenie przedmiotu zamówienia bez możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych (art. 29 ust. 3 Pzp).
Ponadto odwołujący zarzucił zamawiającemu, że określił warunki udziału w postępowaniu w

zakresie kwalifikacji technicznych (posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia) w sposób utrudniający uczciwą konkurencję (art. 7 ust. 1 Pzp) oraz w sposób nieuzasadniony przedmiotem zamówienia. W konsekwencji odwołujący nie może wziąć udział w przetargu, mimo że jest w stanie wykonać zamówienie opisane w sposób poprawny z punktu widzenia rzeczywistego celu tego zamówienia, którym jest osiągnięcie efektywności oczyszczania ścieków powyżej 100000 RLM.
Odwołujący wskazał, że ma interes w zmianie określenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu, albowiem dysponuje konkurencyjną opatentowaną technologią oraz niezbędną wiedzą know-how dla modernizacji oczyszczalni przy jednoczesnym spełnieniu oczekiwać zamawiającego.

3

Odwołujący wniósł o:

1. Unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na określeniu w ogłoszeniu oraz SIWZ przedmiotu zamówienia jedynie jako: Budowę trzeciego reaktora biologicznego wraz z modernizacją dwóch reaktorów istniejących i nakazanie określenia przedmiotu zamówienia jako alternatywę Budowy trzeciego reaktora biologicznego wraz z modernizacją dwóch reaktorów istniejących lub innych technologicznie skutecznych i praktycznie stosowanych sposobów, z zastrzeżeniem osiągnięcia efektywności oczyszczania ścieków zgodnie z wymaganiami jak dla oczyszczalni o wielkości powyżej 100 000 RLM i dla przepływów określonych przy projekcie rozbudowy polegającej na zastosowaniu zaprojektowanego zbiornika, potwierdzone badaniami jakości ścieków przez akredytowane laboratorium.
2. Unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na określeniu w ogłoszeniu oraz SIWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie kwalifikacji technicznych (posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia) poprzez wykazanie wykonania w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert,, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej jedną robotę budowlaną o wartości netto minimum 8.000.000 złotych, polegającą na budowie, rozbudowie, przebudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków o przepustowości minimum 10.000 m3/d oraz wykonać w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej jedną dokumentację projektową o wartości netto minimum 100 000 złotych budowy, rozbudowy, przebudowy lub modernizacji oczyszczalni ścieków o przepustowości minimum 10 000 m3/d, i nakazanie określenia warunków udziału w zakresie kwalifikacji technicznych poprzez rozłączne traktowanie wartości robót budowlanych (względnie zniesienia kryterium wartości jako nie odnoszącego się do kwalifikacji technicznych) oraz wielkości przepustowości oczyszczalni, a także zniesienie warunku określenia wartości prac projektowych, ponieważ w tym postępowaniu powinny prace projektowe powinny wyłącznie odnosić się rozmiaru przedsięwzięcia, a więc do oczyszczalni o przepustowości minimum 10 000 m3/d.
3. W konsekwencji odwołujący wniósł o odpowiednie obniżenie kwalifikacji wymaganych od osób wykonujących zamówienie.

4

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in.:
„[…]
W zaskarżonym ogłoszeniu oraz siwz zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób abstrahujący od jego prawdziwych potrzeb, a także od potrzeb lokalnej zbiorowości, a w konsekwencji wbrew interesowi publicznemu. Istotą bowiem przy parametryzowaniu oczyszczalni ścieków jest jej zdolność do oczyszczania ścieków mierzona względem lokalnych potrzeb. W krótkim opisie przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał, że należy osiągnąć efektywność oczyszczania ścieków zgodnie z wymaganiami jak dla oczyszczalni o wielkości powyżej 100 000 RLM, potwierdzone badaniami jakości ścieków przez akredytowane laboratorium (Pkt 11.1.5-2 lit.s ogłoszenia oraz korespondujący z tym fragment

siwz). Parametr ten jest kluczowy i jedyny, który powinien określać przedmiot zamówienia. Osiągnięcie bowiem efektywności oczyszczania na poziomie powyżej 100000 RLM możliwe jest w różny sposób - poprzez rozbudowę istniejącej oczyszczalni, bądź też poprzez jej modyfikację w wyniku zastosowanie technologii zwiększającej efektywność oczyszczania. Tymczasem zamawiający ograniczył się do zarządzania rozbudowy poprzez budowę trzeciego reaktora biologicznego. Istotny jest fakt, że zamiarem zamawiającego jest osiągnięcie efektywności oczyszczania na poziomie powyżej 100000 RLM, a-z informacji udzielonych przez D…… G……. (ustanowionego jako osoba do kontaktów z zamawiającym w kwestiach merytorycznych) wynika, że obecny poziom efektywności, tj. przy istniejących dwór reaktorach wynosi 87150 przy 85% RLM. Biogradex-Ho!ding sp. z o.o. w Elblągu posiada - na podstawie umowy licencyjnej zawartej z autorem patentu - Panem A…….. G……. - prawo do stosowania na zasadzie wyłączności technologii Biogradex, która zwiększa efektywność oczyszczania bez potrzeby rozbudowy oczyszczalni o kolejne reaktory, lecz jedynie poprzez zastosowanie tej technologii na istniejących reaktorach przez ok. dwukrotne zwiększenie biomasy w 1 m3 czyli o 80-100%.
Dowód: umowa licencyjna pomiędzy Biogradex-Holding sp. z o.o. w Elblągu a Panem A…….. G……..; patent na technologię Biogradex.
Powyższe oznacza, że wcale nie ma potrzeby budowy nowego reaktora, jako jedynego rozwiązania prowadzącego do osiągnięcia pożądanej przez zamawiającego efektywności oczyszczania ścieków. Alternatywą może być zastosowanie technologii Biogradex i osiągnięcie efektywności oczyszczania - nie wdając się w szczegółowe wyliczenia - bez problemu na poziomie 150000 RLM, a więc znacznie powyżej oczekiwań zamawiającego. Stąd też zamawiający nie może ograniczać uczciwej konkurencji poprzez narzucenie konkretnego rozwiązania, tj. budowy dodatkowego reaktora. Jest to tym bardziej uzasadnione, że sam zamawiający dopuszcza możliwość stworzenia całkowicie nowej

---

dokumentacji projektowej (a więc w domyśle zakłada też inne niż zaprojektowane rozwiązania).
Technologia Biogradex stosowana jest na wielu oczyszczalniach. Przykładem może być oczyszczalnia ścieków w Częstochowie, gdzie dobowa przepustowość wynosi ponad 40.000 m3 przy RLM o 220.000 mieszkańców.
Dowód: umowa na modernizacje oczyszczalni w Częstochowie.
Jak widać, umowa ta podpisana jest na niższą kwotę niż wymagane przez zamawiającego 8.000.000 min zł, a jednak przekracza przepustowości 10.000 m3/d. Stąd też kwestionowanie warunku udziału w zakresie kwalifikacji technicznych opisanego na wstępie i żądanie rozdziału tych parametrów, albowiem technologia Biogradex zwykle kosztuje mniej niż budowa nowych reaktorów, a przy tym może być stosowana na oczyszczalniach o dużej przepustowości dobowej.
Technologia ta stosowana jest także w oczyszczalniach w Gdańsku (Lotos SA), a nadto w Pekinie (Chiny) 120000 m3/d, RLM = 400000 ; w Gorzowie Wielkopolskim 28000 m3/d, RLM = 240000.
Na dowód efektywności technologii Biogradex przedstawiam w załączeniu dokumenty z pomiarów z oczyszczalni ją stosujących, gdzie jednoznacznie wykazano poziom wzroku efektywności oczyszczania ścieków mierzonej w RLM bez potrzeby ich rozbudów.
Wykonawca kwestionuje także warunek udziału w postępowaniu dotyczący konieczności wykonania dokumentacji projektowej o wartości netto minimum 100.000 złotych budowy, rozbudowy, przebudowy lub modernizacji oczyszczalni ścieków o przepustowości minimum 10.000 m3/d. Zamawiający nie może stosować kryterium dotyczącego wartości projektu, ponieważ projekt powinien być oceniany raczej pod kątem wielkości przedsięwzięcia (tutaj oczyszczalnia o przepustowości 10.000 m3/d), albowiem cena jest tylko pochodną wielkości projektu i nie zawsze projekt na oczyszczalnię o przepustowości 10.000 m3/d. Przykładem może być przedłożona umowa na oczyszczalnię w Częstochowie. Ponadto projekt zakładający zastosowanie technologii Biogradex jest zwykle mniej obszerny od projektu zakładającego budowę nowych reaktorów, a w konsekwencji tańszy. Zwrócić też trzeba uwagę, że zamawiający jako kryterium oceny stosuje cenę bez rozbicia na składniki (w tym wartość projektu), stąd też nie ma żadnego uzasadnienia określanie projektu przez pryzmat ceny.
Z ostrożności odwołujący wnosi o powołanie biegłego celem oceny możliwości osiągnięcia porównywalnych efektów oczyszczania ścieków przy zastosowaniu technologii Biogradex i

przy rozbudowie oczyszczalni o dodatkowy reaktor.

6

Kończąc, odwołujący pragnie wskazać, że technologia Biogradex została uznana przez Rząd Polski jako konkurencyjna i innowacyjna w ramach Programu GreenEvo, i w konsekwencji jako taka jest promowana przez władze polskie na świecie.
[…]”

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, co następuje.

Odwołujący w treści odwołania zgodnie ze stanem faktycznym wskazał kwestionowane postanowienia SIWZ, co zostało zreferowane powyżej.
Przedmiot zamówienia opisano w niniejszym postępowaniu (pkt 4. SIWZ), nie funkcjonalnie czy parametrowo (w odniesieniu do efektów ekologicznych czy parametrów oczyszczania), ale przez wskazanie konkretnego zakresu usług i robót, które zleca do wykonania zamawiający w z góry przewidzianym zakresie (weryfikacja i aktualizacja posiadanej dokumentacji projektowej we wskazanym zakresie, budowa nowego reaktora działającego w oparciu o technologię wykorzystywaną przez zamawiającego oraz modernizacja obecnie eksploatowanych).
W trakcie wyrokowania Izba nie uwzględniła dowodów wnioskowanych przez odwołującego, a zmierzających do wykazania okoliczności, w jaki sposób działa technologia Biodegradex, że jest to technologia opatentowana, stosowana na rynku i gwarantująca zachowanie wszelkich efektów oczyszczania zakładanych przez zamawiającego (wniosku o powołanie biegłego, wydruku z strony internetowej Urzędu Patentowego RP, wydruku ze strony internetowej PWiK Sp z o.o. w Gorzowie Wielkopolskim oraz dowodów wskazanych w treści odwołania). Powyższe okoliczności były pomiędzy stronami właściwie bezsporne – zamawiający nie podważał jakości i funkcjonalnych zalet ww. technologii, a także sposobu jej implementacji i zasad działania, co najwyżej wyrażał w tym zakresie niepewność i deklarował brak rozeznania. Przede wszystkim jednak powyższe okoliczności uznano za pozbawione znaczenia dla zapadłego rozstrzygnięcia.

7

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej według 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.
Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów dotyczących ukształtowania w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia oraz opisu warunków udziału w postępowaniu, należy wskazać na podstawowe regulacje Pzp stanowiącą niejako miernik i punkt odniesienia zarzutów odwołania – 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. Ponadto ust. 3 tego przepisu stanowi, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.
Według art. 22 ust. 1 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:
1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;

2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.
Następnie w art. 22 ust. 4 Pzp zastrzega się, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Przy czym przed rozpatrzeniem zarzutów 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. Dodatkowo, oprócz wprost wynikającego z ww. przepisu aspektu przedmiotowego, 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 niej przystąpić.
Jak wskazuje ww. przepis, zasada swobody umów doznaje ograniczeń wynikających z odpowiednich przepisów. Ograniczenia tego typu wprowadzać będą przepisy samego Kodeksu cywilnego, jak regulacje też Pzp, która w tym zakresie traktowana jest jako *lex specialis* w stosunku do regulacji k.c., jako aktu prawnego generalnie regulującego problematykę stosunków cywilnoprawnych, w tym umów (art. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 Pzp). 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, w istocie proceduralnych, 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, warunkach udziału w postępowaniu, trybie postępowania…).
Pomijając szczegółowe przepisy ustawy określające sposób postępowania zamawiającego w poszczególnych trybach udzielania zamówienia, podstawową materialną miarę i ograniczenie 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 w przepisach 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 (w znaczeniu wyraźności i ostrości pojęć przyjmowanym na gruncie logiki formalnej). 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 (szczególnych parametrów, warunków jego realizacji, nałożenie konkretnych 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. Tak więc konkurencyjność rozumiana jako umożliwienie jak najszerszego dostępu do zamówienia podmiotom obecnym na rynku, może zostać z różnych względów ograniczona. W skrajnych przypadkach, konieczność dokonania określonych zakupów prowadzić może nawet do udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym.
Jak już wskazano, tego typu ograniczenia konkurencji są niejako w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego naturalne i nieodzowne. Podlegają jednak 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 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 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 konkurencji 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.
Następnie 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 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. Innymi słowy, posługując się tu dopuszczalnym uproszczeniem, można sprowadzić powyższe obowiązki dowodowe do konieczności uprawdopodobnienia przez odwołującego naruszenia konkurencji przez dany opis przedmiotu zamówienia.
Przy czym 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 występuje wykonawca, który tak opisanego przedmiotu zamówienia nie może wykonać lub dla którego jego realizacja jest utrudniona, niewygodna czy nieopłacalna, nie przesądza wcale o możliwości powstania naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia takiego naruszenia, jak już wskazano powyżej, niezbędne jest przedstawienie 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.
Dodatkowo wskazać należy, iż w przedmiocie znaczenia zasady swobody umów w systemie prawa cywilnego (w tym także w odniesieniu do umów zawieranych w ramach zamówień publicznych) wielokrotnie w swoich orzeczeniach wypowiadały się sądy powszechne (dla przykładu: wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r., sygn. akt X Ga 67/08, czy wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 września 2008 r., sygn. akt I ACa 544/08). 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.
Niejako w podsumowaniu powyższych wywodów i na ich poparcie, można powołać 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”.*
Wskazane w wyżej cytowanym uzasadnieniu znaczenie braku podstawy prawnej do przymuszania zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada, odnosi się również do przymuszania zamawiającego do zakupienia rzeczy czy świadczeń, których kupić nie chce i nie zamierza. Bez wyraźnej podstawy prawnej w tym zakresie, Krajowa Izby Odwoławcza i sądy

---

powszechne, nie mogą wziąć na siebie odpowiedzialności za określenie sposobu zaspokojenia potrzeb zamawiającego. W przepisach Pzp brak oparcia dla opisywania za zamawiającego jego przedmiotu zamówienia, określania umownych warunków jego realizacji, kształtowania budżetu 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.
Izba doktrynalnie nie wyklucza i nie przesądza o bezwzględnym zakazie jakiejkolwiek ingerencji w czynności zamawiającego kształtujące stosunki umowne (w tym w zakresie przedmiot umowy) nawiązywane pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami, wykraczające poza stwierdzenie ich niezgodności z prawem i następującym po tym, nakazie ich unieważnienia lub powtórzenia. W niektórych przypadkach, jak najbardziej dopuszczalne czy nawet wskazane będzie 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, a także 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 (który w ramach zamówień publicznych nie działa bynajmniej jako organ administracji publicznej).

Można więc przyjąć i wskazać, że organy orzekające, związane zasadą legalizmu, a także działając w warunkach 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.
W szczególności, w rozpatrywanym przypadku i odnośnie przedmiotowego odwołania, Izba uznała, iż uwzględnienie żądań odwołania zmierzających do nakazania zamawiającemu dopuszczenia zakupu takiego sposobu oczyszczania ścieków, jaki zaoferować chce odwołujący, zamiast lub obok budowy

---

kolejnego reaktora (co wobec różnic kosztowych sprowadzałoby się właściwie do faktycznej rezygnacji budowy dodatkowego reaktora), nie mieści się w zakreślonych wyżej ramach. Nie jest możliwe nakazanie zamawiającemu wbrew jego woli i potrzebom (deklarowanym na rozprawie i w pismach procesowych) aby dopuścił zakup przedmiotu zamówienia w zupełnie innym kształcie, niż zamierza. Przy czym przedmiot zamówienia, którego kształt przyjął i opisał zamawiający, nie narusza zasad wyrażonych w art. 7 i 29 Pzp. Przede wszystkim nie został w tym przypadku opisany i wcale nie musiał być opisany przez cele, jakie osiągnąć ma przez jego realizację zamawiający, ale jest konkretnym opisem rozwiązań i zakresów czynności projektowych i robót budowlanych (zawartych i opisanych zgodnie z przepisami w PFU). Zamawiający wskazał po prostu, że zamawia zbudowanie nowego reaktora, działającego w technologii jaką obecnie stosuje, co czego w świetle przepisów Pzp jest uprawniony. Opis tego typu nie narusza konkurencji i zasad równego traktowania wykonawców. Przedmiot zamówienia nie jest w tym przypadku chroniony patentami ani możliwy do wykonania tylko przez formalnie ograniczoną grupę wykonawców. Każdy wykonawca obecny na rynku może właściwie przystąpić do tak opisanego zamówienia i je wykonać, oczywiście z uwzględnieniem wymaganego poziomu kwalifikacji i doświadczenia. Przynajmniej żadnych okoliczności przeciwnych odwołujący w tym przypadku nie wykazał, wskazując jedynie, iż realizacja takiego przedmiotu zamówienia nie jest dostępna dla niego, ze względu na fakt, iż obejmuje rozwiązania inne niż chciałby zastosować i zaoferować.
Wobec wskazanego powyżej, znacznego stopnia otwarcia zamówienia na konkurencję, potrzeby zamawiającego – służące do wyboru zamawianego rozwiązania i wykluczenia innych rozwiązań dostępnych na rynku, które chcieliby zaoferować obecni na nim wykonawcy (przynajmniej jeden – odwołujący) – mogłyby być nawet relatywnie obniżone. Jakkolwiek powody i uzasadnienie dla przyjęcia określonego kształtu przedmiotu zamówienia, jakie podawał zamawiający, nie były w tym przypadku przemożne (zamawiający nie wykazał wcale dlaczego przedmiot zamówienia musi opierać się o rozbudowę systemu reaktorów biologicznych oczyszczalni, a nie może dopuszczać zwiększenia jej przepustowości innymi, bardziej innowacyjnymi metodami), to jednak nie były również błahe. Należy podkreślić w tym zakresie przede wszystkim długotrwały proces przygotowania i ewaluacji całej inwestycji. Jak wskazał zamawiający, prowadzi on wieloletni proces inwestycyjny, poprzedzany opracowaniami studialnymi, ekspertyzami czy postępowaniami o udzielenie zamówienia na opracowanie koncepcji modernizacji oczyszczalni. Uzyskano w tym zakresie dofinansowanie zewnętrzne i akceptację instytucji finansujących, a także organów założycielskich spółki. Po wyborze tego typu koncepcji (realizowanej w ramach niniejszego zamówienia), podjęto starania o uzyskanie pozwoleń

---

administracyjnych i uzgodnień (załączone do PFU) i zrealizowano jej pierwsze etapy (modernizacja istniejących reaktorów w pewnym zakresie). Tym samym obecnie, dopuszczenie technologii Biodegradex (co właściwie, jak już wskazano, przesądziłoby o jej zastosowaniu) oznaczałoby całkowitą zmianę koncepcji modernizacji oczyszczalni i wstrzymałoby cały proces inwestycyjny. Zmiana tego typu nie mogłaby zostać przeprowadzona *ad hoc,* tylko przez formalną zmianę w postanowieniach niniejszej SIWZ, np. przez dopuszczenie rozwiązań równoważnych czy wariantowych. Zamawiający musiałby przekonstruować całą dokumentację przetargową, na nowo przemyśleć stawiane w niej wymagania, a przede wszystkim przeanalizować pod kątem swoich potrzeb i właściwości,

możliwości zastosowania ww. technologii, ocenić jej zalety i ryzyka, a także dopuszczalne i optymalne warunki jej wdrożenia, których winien wymagać. Potrzeby zamawiającego wyrażają się więc w tym zakresie w aspekcie czasowym i organizacyjnym przygotowania inwestycji.
Odmienną kwestią, nie podlegającą regulacji przepisów ustawy, jest ocena tego typu działań zamawiającego w świetle zasad systemu finansów publicznych, tj. postulowanego celowego i gospodarnego wydatkowania środków publicznych. Nie jest w tym zakresie wykluczone, iż lepsze efekty względem czynionych nakładów, przy jednoczesnym osiągnięciu wszystkich zakładanych celów inwestycji, zamawiający uzyskałby przez zastosowanie technologii Biodegradex (polegającej na montażu na użytkowanych reaktorach dodatkowych, względnie tanich, instalacji podnoszących efektywność procesu oczyszczania), niż przez prowadzenie rozległych robót budowlanych, polegających na kosztochłonnej budowie nowych reaktorów biologicznych. Ocena wypełniania ww. zasad znajduje się jednak poza kognicją Izby.
Z opisanych wyżej względów zarzuty naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 i 3 Pzp w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia uznano za niezasadne.
Konsekwentnie, za niezasadne uznano również zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu, których postawienie było w tym kontekście wtórne w stosunku do zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. Przedmiotowe warunki udziału w postępowaniu pozostają związane z zastanym opisem przedmiotu zamówienia i są doń proporcjonalne, i jako takie zgodne z art. 22 ust. 4 Pzp. Tym samym w związku z faktem, iż nie uwzględniono żądań odwołującego w stosunku do przedmiotu zamówienia, niezmienione pozostały warunki udziału w postępowaniu. Wykonawcy dopuszczeni do udziału w postępowaniu powinni legitymować się doświadczeniem i potencjałem kadrowym adekwatnych do wymagań związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia.

15

Ponadto Izba wskazuje, iż wobec analogicznych zarzutów i żądań tego samego odwołującego, w podobnym stanie faktycznym, wypowiedział się Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 12 stycznia 2005 (sygn. akt UZP/ZO/0-2369/04) oddalając odwołanie wykonawcy.

O kosztach postępowań orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 2 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).

.....

16