

Sygn. akt: KIO 1201/15

WYROK

z dnia 25 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 17 i 23 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 czerwca 2015 r. przez M.O. Spółka Jawna z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Województwo Lubelskie z siedzibą w Lublinie,

przy udziale KONSBUD AUDIO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie M.O. Spółka Jawna z siedzibą we Wrocławiu,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Województwu Lubelskiemu z siedzibą w Lublinie dokonanie modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków udziału w postępowaniu na dostawę i montaż wyposażenia Centrum Spotkania Kultur w Lublinie w zakresie sprzętu nagłośnieniowego i kinowego - przez określenie terminu końcowego ochrony ubezpieczeniowej, o której mowa w Zał. nr 1 pkt 10 (str. 6),
2. kosztami postępowania obciąża Województwo Lubelskie z siedzibą w Lublinie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez M.O. Spółka Jawna z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Województwa Lubelskiego z siedzibą w Lublinie na rzecz M.O. Spółka Jawna z siedzibą we Wrocławiu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 Lublinie.

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Województwo Lubelskie w Lublinie, 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 dostawę i montaż wyposażenia Centrum Spotkania Kultur w Lublinie w zakresie sprzętu nagłośnieniowego i kinowego.

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 27.05.2015 r. w Dz. Urz. UE Nr 2015/S 100-182095.

W dniu 5 czerwca 2015 r. M.O. Spółka Jawna z siedzibą we Wrocławiu wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy formułowaniu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisu przedmiotu zamówienia oraz kryteriów oceny ofert. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretne produkty, tym samym czyniąc wbrew obowiązkowi prowadzenia postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i uczciwą konkurencję. Ponadto zamawiający opracował kryteria oceny ofert w sposób dyskryminujący wykonawców, którzy zdecydują się zaoferować produkt równoważny do pośrednio wskazanego przez zamawiającego, utrudniając konkurencję poprzez nie przekazanie modelu akustycznego, który służy do porównywania ofert w ramach kryterium „Parametry akustyczne” określonego w pkt. XIII.II Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

2. art 22 ust 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 3 ustawy, poprzez ustalenie warunków udziału w przetargu niezwiązanych z opisem przedmiotu zamówienia oraz nie proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia,
3. art 29 ust 1-3 ustawy, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia przez pośrednie wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia oraz w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, poprzez dobór parametrów i rozwiązań technicznych charakterystycznych dla wyrobów konkretnego producenta, czym uniemożliwia złożenia oferty przez Odwołującego, Ponadto Zamawiający w zakresie istotnych elementów związanych z określeniem ceny realizacji zamówienia nie sprecyzował w sposób należyty opisu przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez Odwołującego postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, opisu warunków udziału w przetargu oraz kryteriów oceny ofert, w sposób wskazany w treści uzasadnienia odwołania, tak aby zmodyfikowane zapisy siwz były zgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in. (referowane w zakresie zarzutów potrzymanych przez Odwołującego):

„[...]”

1. Zarzuty dotyczące warunków udziału w przetargu.

Zamawiający wymaga zgodnie z zapisem SIWZ w dz. V ust. 1. pkt 3 ppkt a) ppkt 2a) dysponowania *"specjalistą posiadającym doświadczenie w montażu i strojeniu oferowanych urządzeń nagłośnienia (minimum 2 realizacje, gdzie dokumentacja końcowa zawierała dane z pomiarów akustycznych działającego systemu)"*.

Zgodnie z przepisami ustawy PZP (art. 22 ust. 4) opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w przetargu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Tymczasem opis wymogów wskazany powyżej jest wymogiem w tym postępowaniu nadmiernym i nie związanym z przedmiotem zamówienia gdyż zakres przedmiotu

zamówienia został określony w załączniku nr 1 do SIWZ w dziale Ogólne warunki Zamawiający wymaga:

„pkt. 2.1. wykonanie projektu warsztatowego i uzyskanie akceptacji dokumentacji przez Zamawiającego przed przystąpieniem do prac instalacyjnych, pkt. 2.2. dostawa urządzeń/systemów

pkt. 2.3. wykonanie niezbędnych instalacji kablowych dla poprawnego podłączenia urządzeń/systemów

pkt. 2.4. montaż, uruchomienie, programowanie, kalibracja i strojenie poszczególnych urządzeń/systemów,

pkt. 2.5. przeszkolenie personelu Zamawiającego z obsługi dostarczonych systemów

Reasumując: zakres przedmiotu zamówienia nie wymaga wykonania dokumentacji powykonawczej (końcowej) oraz pomiarów akustycznych działającego systemu, w konsekwencji opis sposobu spełniania warunków zawarty w dz. V ust. 1. pkt 3 ppkt a) ppkt 2a) SIWZ narusza przepisy art. 22 ust. 4 ustawy PZP.

2. Naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz wymogów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia.

Ustawa PZP w art. 29 ust. 1 nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, zapewniając tym samym realizację ustawowych zasad uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy PZP. Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 ustawy PZP, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realne uniemożliwienie takiej konkurencji (tak min.: wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt: II Ca 693/5; wyrok KIO z dnia 1 października 2008 r. sygn. akt: KIO/ UZP 984/08). W tym miejscu wskazać należy, iż w granicach zakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję zawiera się zarówno dokonywanie opisu poprzez wskazanie

określonego produktu jak również szczegółowe opisanie produktu, wpływające na konkurencję na rynku.

Zgodnie z piśmiennictwem dotyczącym wyżej wskazanych norm ustawy PZP przedmiot zamówienia nie może być określony poprzez podanie parametrów ograniczających konkurencję do jednego, konkretnego modelu urządzenia produkowanego przez konkretnego producenta. Decydująca przy tym jest tzw. perspektywa wykonawcy, który musi mieć możliwość zaoferowania produktu jemu dostępnego, spełniającego wymogi SIWZ ale wymogi sporządzone w sposób obiektywny a nie ukierunkowane na wybór konkretnego produktu bez możliwości zaoferowania produktu równoważnego.

Tymczasem opracowana przez Zamawiającego SIWZ określa przedmiot zamówienia zgodnie z wyżej wskazanymi przepisami ustawy PZP jedynie w sposób pozorny.

Odwołujący poniżej wskazuje na zapisy zawarte w SIWZ, które naruszają zarówno normy wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy PZP jak i w art. 29 ust. 1 - 3 tej ustawy.

2.1. Zamawiający w Opisie przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1 (załącznik nr 1a do SIWZ) na stronie 2 (strona stanowi Załącznik „A1” do niniejszego odwołania) poinformował, że przyłączy energetyczne do zasilania systemu głównego znajduje się na galerii technicznej nad widownią na poziomie +5 budynku. W tej samej lokalizacji znajdują się przetworniki systemu dystrybucji dźwięku (szafa sprzętowa SS-CA szczegółowa lokalizacja uwidoczniła w pliku EA026 znajdującym się w załączniku nr 1a - odrębne archiwum ZIP. Ze względu na ograniczone miejsce na montaż wzmacniaczy w przypadku dostawy systemu pasywnego Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć czterokanałowe wzmacniacze mocy w obudowie nie wyższej niż 2U dopasowane do zaoferowanych zestawów głośnikowych

Tymczasem zapisy SIWZ nie są zgodne z informacjami wynikającymi z treści dokumentu stanowiącego Załącznik „a” do niniejszego odwołania. Wskazujemy, że zamawiający w treści dokumentu określił lokalizację jedynie dla przetworników systemu dystrybucji dźwięku. Przywołany w wyżej wskazanym postanowieniu SIWZ rys. EA026 (Załącznik „A2” do niniejszego odwołania) nie zawiera wskazania lokalizacji szafy SS-CA. Powyższy brak opisu przedmiotu zamówienia uniemożliwia prawidłowe sporządzenie oferty przetargowej.

Ponadto Zamawiający w cytowanym powyżej zapisie SIWZ informuje o ograniczonym miejscu na montaż wzmacniaczy. Brak jest jednak wskazania w zapisach SIWZ lokalizacji dla przewidywanych wzmacniaczy wraz z szafą sprzętową lub szafami. Wskazany brak ma istotne znaczenie dla realizacji przedmiotu zamówienia (w tym dokonania prawidłowej wyceny

wartości zamówienia) ponieważ waga wzmacniaczy szacowana wg obliczeń Odwołującego wyniesie ok. 200 kg bez ciężaru własnego szafy co jest niewątpliwie istotnym obciążeniem dla pomostu technicznego nad widownią, zatem wskazanie w dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego miejsca na możliwą lokalizację szaf ma istotne znaczenie dla prawidłowego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do treści wskazanego powyżej zapisu SIWZ Zamawiający wymaga wyłącznie wzmacniaczy czterokanałowych o wysokości 2U nie dopuszczając takim zapisem zastosowania wzmacniaczy dwukanałowych o wysokości 1U lub innych wielokanałowych o wysokości „U” nie większej niż ilość kanałów podzielona przez dwa. Uzasadnienie dla wskazanego wymogu SIWZ nie wynika z innych zapisów zawartych w jej treści, które uzasadniały by tego rodzaju ograniczenie konkurencji wśród potencjalnych dostawców urządzeń możliwych do zamontowania i funkcjonowania w obiekcie.

Dodatkowo wskazać należy na Załącznik nr 2a do SIWZ - formularz ofertowy dla zadania 1.pdf - (patrz Załącznik „3” do niniejszego odwołania) gdzie w poz. 27 Zamawiający zawarł dodatkowe ograniczenie: "dopuszcza się zastosowanie maksymalnie dwóch typów wzmacniaczy na potrzeby nagłośnienia widowni". Tego rodzaju dookreślenie, w połączeniu z parametrami zamawianego sprzętu zawartymi w innych postanowieniach SIWZ, wpływa jedynie na zmniejszenie ilości potencjalnych wykonawców przedmiotowego zamówienia i prowadzi do ograniczenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co czyni uzasadnionym wniesienie niniejszego odwołania.

2.2. Zamawiający poprzez zapisy SIWZ zawarte dla Zadania nr 1 w treści Załącznika nr 1a do SIWZ posłużył się indywidualnie dobranymi parametrami zamawianego sprzętu, które wprost wskazują na produkty jednego producenta tj. firmę L'Acoustic. Dla udowodnienia powyższej tezy wskazujemy na zapisy SIWZ odnoszące się zarówno do wymagań w zakresie poszczególnych urządzeń jak i całego zamawianego systemu nagłośnienia.

2.2.1. Zamawiający w opisie „Główny system line array” dla prawego i lewego grona ograniczył długość grona do 4 metrów co jest ograniczeniem nie znajdującym uzasadnienia w świetle zapisów dokumentów SIWZ.

Z rysunku nr A05 (plik: akustyka\A05.pdf) (patrz Załącznik „C” do niniejszego odwołania) wynika wysokość górnej krawędzi okna portalowego i wynosi 795mm, natomiast z zawartej w zał. Nr 1a do SIWZ w dziale „Wymagania dotyczące symulacji komputerowych systemu nagłośnienia widowni Sali Dużej Centrum Spotkań Kultur w Lublinie” w pkt 2 w tabeli 3 „Ustawienia EASE” poz. 17 (patrz: Załącznik „D” do niniejszego odwołania) wskazano, iż

grono jest zaczepione na wysokości 13.600mm. Biorąc pod uwagę przedstawione uwarunkowania techniczne jednoznacznie wynika, że „wolna” przestrzeń dla wiszącego grona wynosi $13.600\text{mm} - 795\text{mm} = 565\text{mm}$ przy korzystnym dla Zamawiającego założeniu (które nie wynika z treści SIWZ), że dolna część grona nie przesłania okna portalowego.

Wobec powyższego zapisy SIWZ nakładające konieczność ograniczenia długości grona do 4 metrów wskazuje na zamiar Zamawiającego aby ofertę można było złożyć na pojedyncze grono składające się z 11 modułów szerokopasmowych model KARA wraz z dwoma urządzeniami niskotonowymi model S18 produkcji firmy L'Acoustic.

2.2.2. Zamawiający w opisie „Główny system line array” dla prawego i lewego grona ograniczył ciężar grona do 450 kg co jest ograniczeniem nie znajdującym uzasadnienia w świetle zapisów dokumentów SIWZ. Z rysunku nr A05 (plik: akustyka\A05.pdf) (patrz Załącznik „C” do niniejszego odwołania) wynika, że projekt przewiduje obciążenie 650kg. Tymczasem ograniczenie ciężaru grona wraz z ramami do 450 kg umożliwi złożenie oferty na pojedyncze grono składające się z 11 modułów szerokopasmowych model KARA wraz z dwoma urządzeniami niskotonowymi model S18 produkcji firmy L'Acoustic.

[...]

2.2.4. W rozdziale „Dodatkowe szerokopasmowe zestawy głośnikowe pełniące następujące funkcje:” (SIWZ zał. 1a, strona 5 - patrz Załącznik „E” do niniejszego odwołania) zamawiający opisuje zestawy niskotonowe w sposób wskazujący na model S28 firmy L'Acoustic (wymienione parametry, wartość oraz sposób określenia poziomu ciśnienia akustycznego („w półsfery”), konstrukcja (dwa głośniki 18” w jednej obudowie o wadze < 100kg).

Tymczasem oczekiwane przez Zamawiającego parametry akustyczne można uzyskać, przy zachowaniu pozostałych obostrzeń wynikających z uwarunkowań technologicznych opisanych postanowieniami SIWZ, zastępując jedno urządzenie dwugłośnikowe - dwoma urządzeniami z pojedynczymi 18” głośnikami.

2.2.5. Na stronie 5 zał. 1a do SIWZ (patrz karta stanowiąca Załącznik „F” do niniejszego odwołania) Zamawiający zastrzegł, że „Nie dopuszcza się stosowania zestawów głośnikowych różnych producentów do nagłośnienia widowni - niemożność uzyskania spójnego brzmienia ” Zapis ten nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym. Jego wprowadzenie do treści SIWZ prowadzi jedynie do ograniczenia konkurencji wśród podmiotów mogących ubiegać się o uzyskanie zamówienia.

2.2.6. Zamawiający w zapisie zawartym na końcu strony 3 i początku strony 4 zał. 1a do SIWZ (patrz: Załącznik „G” do niniejszego odwołania) stawia wymóg aby w gronie centralnym użyte zostały 4 szt. urządzeń głośnikowych. Tymczasem wskazany wymóg nie jest konieczny dla uzyskania parametrów dźwięku określonych postanowieniami SIWZ. Możliwe jest bowiem zastosowanie mniejszej ilości urządzeń głośnikowych w gronie uzyskując jednocześnie nie gorsze parametry dźwięku niż opisane w SIWZ.

2.2.7. Zapisy zamieszczone na str. 3 Załącznika nr 1a do SIWZ (patrz: Załącznik „H” do niniejszego odwołania) nakładające na wykonawcę obowiązek dostarczenia po 11 modułów szerokopasmowych w prawym i lewym gronie głośnikowym ograniczają konkurencję wśród podmiotów ubiegających się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Wskazany powyżej zapis SIWZ narzuca ilość zestawów głośnikowych niezbędnych do dostarczenia. Tymczasem na stronie 7 w Załączniku nr 1a do SIWZ (patrz: Załącznik „J” do niniejszego odwołania) Zamawiający informuje, że w rozdziale 2 Opis modelu akustycznego "model posłuży do zaprojektowania urządzeń systemu nagłośnienia frontального oraz jego oceny, czy zaprojektowany przez wykonawcę system spełnia założenia projektowe dotyczące wyników symulacji akustycznych", Użyte przez Zamawiającego sformułowanie "zaprojektowany przez wykonawcę" stoi w sprzeczności z wyżej wskazanym zapisem zawartym na str. 3 Załącznika 1a do SIWZ. Podany przez Zamawiającego wymóg dostarczenia 11 modułów szerokopasmowych (czyli narzucenie konieczności zastosowania konkretnych rozwiązań, konkretnych produktów i w wymaganych ilościach i konfiguracjach) ogranicza konkurencję i nie daje możliwości takiego dobrania ilości urządzeń aby możliwe było poprzez ich konfigurację uzyskanie parametrów modelu akustycznego określonego przez Zamawiającego.

2.2.8. Zamawiający zobowiązany jest - na podstawie art 29 ust 1 ustawy PZP - do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Wskazany wymóg nie został przez Zamawiającego dotrzymany.

Postanowienia SIWZ nie zawierają pełnego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie prac koniecznych do wykonania. Wskazujemy, że załączona do SIWZ dokumentacja nie zawiera informacji jaki zakres prac związanych z instalacją kablówką został wykonany przez poprzednich wykonawców a jakie prace konieczne do wykonania będą obciążały podmiot wybrany w wyniku rozstrzygnięcia aktualnie prowadzonego przetargu.

Odwołujący podkreśla, że opis przedmiotu zamówienia nie zawiera określenia co w ramach zrealizowanej instalacji kablowej z załączonej dokumentacji zostało zgodnie z nią już wykonane a co pozostaje do wykonania. Tymczasem na stronie 12-tej zał. Nr 1a do SIWZ (patrz: Załącznik „J” do niniejszego odwołania) zamawiający wymaga: „W ramach niniejszego zadania istnieje konieczność dostosowania zastanego okablowania. Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć wszelkie dodatkowe kable i akcesoria nie wymienione w SIWZ a konieczne do funkcjonowania systemu.” Brak przekazania w treści SIWZ informacji nt inwentaryzacji tras kablowych istotnych dla przygotowania oferty, uniemożliwia rzetelne określenie kosztów (naruszając nie tylko art. 29 ust. 1 ustawy PZP ale również art. 7 ust. 1 tej ustawy, poprzez preferowanie wykonawców ubiegających się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia, którzy jako dotychczasowi wykonawcy robót zleconych wcześniej znają stan zaawansowania ich wykonania). Bezsprzecznie za istotne naruszenie zasad opisu przedmiotu zamówienia wynikających z przepisów ustawy PZP uznać należy poza wyżej wskazanymi również:

- brak zwymiarowanych rzutów i przekrojów, co uniemożliwia dokładne określenie dodatkowych długości tras kablowych niezbędnych do wykonania przy realizacji przedmiotu zamówienia,
- brak informacji o możliwości wykorzystania istniejących tras kablowych w celu poprowadzenia dodatkowego okablowania
- brak informacji czy należy prowadzić nowe trasy kablowe wraz z korytami i drabinkami czy można dołożyć przewody i kable do istniejących.

2.2.9. Treść SIWZ w Załączniku nr 1a na str. 5 (patrz: Załącznik JC” do niniejszego odwołania) zawiera wymóg aby „ramy i uchwyty do zawieszania pochodziły z seryjnej produkcji - nie dopuszcza się rozwiązań warsztatowych”. Wskazany zapis nie znajduje uzasadnienia merytorycznego związanego z przedmiotem udzielanego zamówienia. Zamawiający poprzez wskazany zapis narusza przepisy ustawy PZP w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz zasady uczciwej konkurencji. Odwołujący podnosi że zapisy SIWZ określają konkretne rozwiązania dotyczące np. rozstawu lin wciągarek, gabarytów zamawianych urządzeń, możliwe do wykorzystania przestrzenie i powierzchnie. Powyższe powoduje, iż dla uwzględnienia powyższych ograniczeń wprowadzanych przez Zamawiającego konieczne jest zastosowanie rozwiązań indywidualnych w zakresie ram i uchwytów przeznaczonych dla montażu dostarczanego sprzętu. Narzucenie wskazanego powyżej wymogu prowadzi jedynie do niczym nie uzasadnionego ograniczania konkurencji,

podczas gdy na rynku funkcjonują podmioty wyspecjalizowane w projektowaniu rozwiązań dotyczących mocowania sprzętu nagłaśniającego a jednocześnie dających wymagane przez zamawiającego certyfikaty co nie pomniejsza jakości, funkcjonalności i użyteczności wyrobów wykonanych na indywidualne zamówienie.

2.2.10. Z załączonego do SIWZ Opisu ogólnych warunków i wykazu istotnych funkcji dla zadań 1-5 (Załącznik nr 1 do SIWZ) wynika obowiązek (pkt 10 na stronie 6), iż "zakres prac jak również strefy prowadzenia robót wykonywanych przez Innego Wykonawcę winny być objęte ubezpieczeniem i ochroną od wszelkich ryzyk związanych z ich realizacją i jego funkcjonowaniem od dnia przejęcia placu budowy do dnia odbioru końcowego całej inwestycji realizowanej przez generalnego Wykonawcę" (patrz: Załącznik „L” do niniejszego odwołania) Wskazany zapis narusza zasady jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien określić jednoznaczny termin (data zakończenia realizacji umowy podpisanej w wyniku rozstrzygnięcia przetargu znak: OP-IV.272.34.2015.AGP) objęcia wskazaną powyżej ochroną ubezpieczeniową. Brak takiego określenia uniemożliwia w szczególności sporządzenie kalkulacji ceny oferty.

[...]

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

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

W trakcie wyrokowania Izba uwzględniła w charakterze dowodów i oceniła przedkładane przez Zamawiającego na odwód okoliczności, że produkty D&B spełniają wymagania SIWZ:

- 1) wydruk z instrukcji obsługi urządzenia Y-SUB (str.7),
- 2) wydruk ze strony internetowej NEUMANN GmbH,
- 3) wydruk z programu predykcyjnego D&B ArrayCalc,
- 4) wyciąg z karty katalogowej głośnika S5 pochodzący ze strony internetowej producenta wraz z tłumaczeniem wskazanych fragmentów.

- 5) wyciąg z karty katalogowej głośnika głośnik D&B model 12S-D pochodzący ze strony producenta wraz z tłumaczeniem wskazanych fragmentów.
- 6) wyciąg z karty katalogowej głośnika D&B B2 SUB pochodzący ze strony producenta wraz z tłumaczeniem wskazanych fragmentów oraz zestawienie parametrów głośnika podpisane przez producenta i jego polskiego przedstawiciela w którym producent oświadcza – wg zamawiającego, jakie jest pasmo przenoszenia głośnika; a także wyciąg z instrukcji obsługi głośnika wraz z tłumaczeniem wskazanych fragmentów
- 7) wyciąg z karty katalogowej głośnika D&B model 8S pochodzący ze strony producenta wraz z tłumaczeniem wskazanych fragmentów.
- 8) wyciąg z karty katalogowej głośnika D&B model M4 pochodzący ze strony producenta wraz z tłumaczeniem wskazanych fragmentów.

Izba uwzględniła i oceniła również przedkładane przez Odwołującego:

- 1) wyciąg z karty katalogowej D&B dla subwoofera B2 wraz z tłumaczeniem wskazanych fragmentów oraz wyciąg z instrukcji obsługi tego urządzenia (str.7) wraz z tłumaczeniem.
- 2) wyciąg z karty katalogowej D&B dla urządzenia Y-SUB wraz z tłumaczeniem wskazanych fragmentów.

Wszelkie zestawienia tabelaryczne oraz opinie składane przez strony potraktowano i oceniono jako stanowiska stron i ich twierdzenia na temat okoliczności faktycznych, a nie jako dowody w sprawie.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Następnie, w ramach generalnego wprowadzenia do rozpoznania odwołania, którego przedmiotowy wyrok dotyczy, Izba wskazuje na szereg okoliczności i ograniczeń (zarówno faktycznych, jak i prawnych), które wpływają na kształt rozstrzygnięcia dotyczącego postanowień SIWZ oraz warunkują jego dopuszczalny zakres i treść. Poniżej, na potrzeby niniejszego rozstrzygnięcia i dla jego

uzasadnienia, pokrótce omówione zostaną m.in.: normy, zasady i klauzule generalne wynikające z obowiązujących przepisów, które postanowienia SIWZ winny uwzględniać; znaczenie swobodnego uznania zamawiającego w opisanu i realizacji zaspakajanych przy pomocy zamówień potrzeb, a także zakres dopuszczalnej ingerencji w powyższe przez wykonawców i organy orzekające; skutki orzeczenia dla brzmienia i sensu kształtowanych w ten sposób dokumentów przetargowych; egzekwowalność i wykonalność wyroków Izby dotyczących treści SIWZ... etc...

Zestawienie powyższych okoliczności, ich wzajemne powiązanie i konieczność każdorazowego brania pod uwagę przy orzekaniu o treści specyfikacji, sprawia, iż brzmienie sentencji wyroku w tym przedmiocie pozostaje sprawą specyficzną i formalnie znacznie bardziej skomplikowaną niż w stosunku do zarzutów i żądań dotyczących innych czynności zamawiającego (np. czynności wykluczenia wykonawcy czy odrzucenia oferty).

W szczególności we wstępie do rozpatrzenia zarzutów dotyczących ukształtowania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), zwłaszcza opisu przedmiotu zamówienia, w tym przyszłych stosunków umownych pomiędzy zamawiającym a wykonawcą realizującym zamówienie, należy wskazać na podstawowe regulacje Pzp stanowiącą niejako miernik i punkt odniesienia większości zarzutów odwołań – mianowicie zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Następnie zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a zgodnie z ust. 1 tego przepisu przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Przy czym przed rozpatrzeniem zarzutów odwołania powołać również należy podstawową zasadę prawa cywilnego, a nawet całego porządku prawnego – zasadę swobody umów. Zgodnie z art. 353¹ Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się naturze stosunku, przepisom prawa bądź zasadom współżycia społecznego. Oprócz wymiaru przedmiotowego (dot. np. tego, co strony chcą kupić/sprzedać), dodatkowo zasada swobody umów posiada również aspekt podmiotowy, sprowadzający się do swobody wyboru kontrahenta, z którym strona zechce nawiązać stosunki prawne. Co do zasady więc, to strony umowy decydują na jakich warunkach, z kim i czy w ogóle zechcą do umowy przystąpić.

Jak wskazuje ww. przepis zasada swobody umów doznaje ograniczeń wynikających z odpowiednich przepisów. Ograniczenia tego typu wynikały będą z przepisów samego Kodeksu cywilnego, jak też z regulacji Pzp (przykład takiego ograniczenia wskazany został w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2004 r., V CK 97/03), która w tym zakresie może być traktowana jako *lex specialis* w stosunku do regulacji k.c., jako podstawowego aktu prawnego regulującego problematykę stosunków cywilnoprawnych, w tym umów (*vide* art. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 Pzp oraz generalne odesłania do stosowania przepisów Kc zawarte w art. 14 i 139 ustawy). Zamówienia publiczne udzielane więc będą wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust 3), postępowania o udzielenie zamówienia przygotowywane i przeprowadzane będą w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1), a w szczególności przedmiot zamówienia nie będzie opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2). Z ogólnych zasad ustawy, jak i całości jej przepisów, wynika szereg materialnoprawnych ograniczeń zasady swobody umów – zarówno w odniesieniu do swobody zamawiającego w wyborze kontrahenta, jak i swobody ukształtowania stosunku umownego/przedmiotu zamówienia. Co do zasady jednak, to wciąż zamawiający będzie decydował o swoim przedmiocie zamówienia (rodzaju, parametrach, zakresie, warunkach jego realizacji, czy innych obowiązkach umownych etc..) lub sposobie wyłonienia wykonawcy zamówienia (np. kryteriach oceny ofert, trybie postępowania...).

Pomijając szczegółowe przepisy ustawy określające sposób postępowania zamawiającego w poszczególnych trybach udzielania zamówienia, podstawową materialną miarę i ograniczeniem swobodnego kształtowania sposobu realizacji jego potrzeb w postanowieniach specyfikacji (w tym treści umowy i przesądzenia sposobu wyboru odpowiadającego mu wykonawcy) stanowi wskazana wyżej zasada zachowania uczciwej konkurencji. Odnośnie jej interpretacji i stosowania należy zastrzec, że nie istnieje i nie może być postulowana jako wynikająca z przepisów jakakolwiek konkurencyjność absolutna, a tym samym dopuszczalność czy niedopuszczalność jej ograniczania na gruncie prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest stopniowalna. Jak w przypadku wielu zasad ogólnych, tak i ta została sformułowana w przepisach w sposób wyraźny, ale też maksymalnie nieostry. Oznacza to, iż istnieją przypadki, o których można bez wątpliwości orzec, iż zasadę uczciwej konkurencji naruszają, a także sytuacje, w których naruszenia konkurencji nie występują – ostrej granicy pomiędzy tego typu przypadkami wyznaczyć jednak nie sposób. Nie istnieje więc możliwość wytyczenia doktrynalnych i sztywnych rozgraniczeń, z góry przesądzających o kwalifikacji konkretnych czynności postępowania o udzielenie zamówienia w świetle wypełnienia zasady zachowania konkurencji (nie można wyznaczyć granic czy stopnia dopuszczalnego ograniczenia konkurencji). Ocenę tego typu należy więc przeprowadzać w odniesieniu do konkretnych okoliczności i sytuacji danego postępowania.

Uzasadniając przyjęte wyżej założenie o stopniowalnym charakterze dopuszczalności ograniczeń konkurencji wskazać należy, iż każde uszczegółowienie przedmiotu zamówienia (np. opisanie parametrów dostawy, określenie warunków jego realizacji, nałożenie dodatkowych obowiązków umownych...etc.), postawienie dodatkowych warunków udziału w 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 na przykład nie istnieje taki opis przedmiotu zamówienia, który na równi odpowiadałby wszystkim wykonawcom obecnym na rynku. W każdym z takich przypadków będą wykonawcy, którzy w związku z właściwościami podmiotowymi czy profilem ich oferty, nie będą mogli w ogóle konkurować o uzyskanie zamówienia lub ich szanse uzyskania zamówienia będą relatywnie mniejsze, np. wymagany sposób i zakres jego realizacji będzie dla nich mniej opłacalny lub w ogóle nie do przyjęcia.

Jak już wskazano, każde ograniczenie konkurencji występujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia (nawet to z pozoru naturalne i nieodzowne), podlegają badaniu i ocenie pod względem dopuszczalności stopnia takiego ograniczenia, jak i ich ogólnej, materialnej zgodności z przepisami.

Reasumując powyższe, stwierdzić należy, iż jednej strony nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy, uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich 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 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.

Ponadto zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, iż to na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia naruszenia zasad uczciwej konkurencji wyrażonej w ustawie, a konkretnie udowodnienia okoliczności faktycznych, które pozwolą takie naruszenie stwierdzić.

Zasad rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym nie zmienia brzmienie art. 29 ust. 2 Pzp stanowiące nie o naruszeniu konkurencji, ale o możliwości naruszenia konkurencji. Modalne sformułowanie hipotezy przepisu nie jest wcale okresem warunkowym tworzącym domniemanie faktyczne lub prawne jakoby każdy opis przedmiotu zamówienia winien być uznawany za opis naruszający dyspozycję ww. przepisu dopóki zamawiający nie udowodni, że jest inaczej, czyli nie następuje tu wcale „automatyczne” przerzucenie ciężaru dowodzenia okoliczności przeciwnych na zamawiającego. Jednakże w świetle sformułowania powoływanej normy prawnej, przepis art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga wcale pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, ale wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc jakiegoś realnego stopnia prawdopodobieństwa jego wystąpienia. Powyższe znaczące osłabienie „celu dowodowego” nie oznacza jednak, że w ogóle brak jest obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje – powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi więc być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane.

Dla przykładu wskazać można, iż w szczególności dla wykazania możliwości naruszenia konkurencji nie jest wystarczające samo podniesienie, iż dla odwołującego dane warunki realizacji zamówienia są niewygodne lub nawet nie do przyjęcia. Jak wskazano powyżej, fakt, że na rynku występują wykonawcy, którzy tak opisanego przedmiotu zamówienia nie mogą wykonać lub dla których jego realizacja jest utrudniona, niewygodna czy nieopłacalna, nie przesądza wcale o możliwości powstania naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia takiego naruszenia, jak już wskazano, niezbędne jest zbadanie i ocena, co najmniej kilku okoliczności związanych z danym zamówieniem, w szczególności takich jak kształt i specyfika rynku, którego zamówienie dotyczy, rodzaj i charakter danego

ograniczenia konkurencji oraz jego skutki dla potencjalnych wykonawców, a z drugiej strony waga potrzeb zamawiającego, których realizacji takie ograniczenie służy.

W związku z faktem odwoływania się w niniejszym uzasadnieniu do pojęcia „uzasadnionych potrzeb zamawiającego”, a także w związku z możliwością kwestionowania zasadności odwoływania się do ww. pojęcia, jako nie wynikającego z przepisów Pzp, kwestia ta wymaga dodatkowego omówienia.

„Uzasadnione potrzeby zamawiającego” nie są pojęciem wprost wskazanym w przepisach ustawy. Pojęcie to zostało natomiast wypracowane już w orzecznictwie Zespołów Arbitrów i składa się na jego niepodważalny dorobek, przejmowany w tym zakresie nieomal bez zmian do orzecznictwa Sądów Okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej.

Uzasadnione potrzeby zamawiającego stanowią jak najbardziej racjonalną kategorię, służącą ocenie stopnia dopuszczalności danego ograniczenia konkurencji wynikającego z zastanego opisu przedmiotu zamówienia. Oczywiście jak każde pojęcie teoretyczne, służące opisowi pewnych zjawisk, na które składają się określone kryteria i dystynkcje, „uzasadnione potrzeby zamawiającego” mogą być wyeliminowane z zasobu pojęć danej nauki lub działalności, czy ściślej – teorii i praktyki stosowania Pzp, a następnie zastąpione innym środkiem opisu, lepiej spełniającymi postulaty „naukowości” (czy bardziej specyficznie w tym przypadku – odpowiadania przepisom prawa i jego prawidłowemu stosowaniu). Postulaty te to adekwatność do opisywanego przedmiotu, koherentność z innymi pojęciami i założeniami, czy nawet (a może przede wszystkim) postulat prostoty i praktycznej użyteczności danego pojęcia. Tego typu operacje wypierania jednym pojęć przez inne, a nawet zastępowania całych teorii, odbywają się nawet w naukach empirycznych, tym bardziej mogą mieć miejsce w doktrynie czy praktyce prawa.

Jednakże w tym przypadku, skład orzekający Izby nie widzi potrzeby wypracowywania innych pojęć czy kategorii, które ww. pojęcie mogłyby skutecznie zastąpić, a także racji dla postulatów, aby przy ocenie stopnia ograniczenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia w ramach danego opisu przedmiotu zamówienia, z używania tego pojęcia w ogóle zrezygnować. W ocenie Izby, żadne inne pomocnicze pojęcia, stosowane dla oceny i kwalifikacji danego opisu przedmiotu zamówienia, nie są tak poznawczo doniosłe, nie oddają w takim stopniu istoty problemu oraz równie celnie i całościowo nie opisują i nie oddają kryteriów oceny powyższego.

Jak już wskazano, właściwie każdy opis przedmiotu zamówienia niesie ze sobą ograniczenie konkurencji, pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców obecnych na rynku i dyskryminując innych. Siłą rzeczy w zamówieniach publicznych, nie ma i nie będzie nigdy konkurencyjności absolutnej – zawsze ograniczenie konkurencji w jakimś stopniu występuje. Natomiast

właśnie jednym z najbardziej celnych i adekwatnych sposobów oceny dopuszczalności owego stopnia danego ograniczenia konkurencji, jest właśnie kwalifikacja powyższego w odniesieniu do „uzasadnionych potrzeb zamawiającego”. Kategoria ta umożliwia, z uwzględnieniem specyfiki danego zamówienia i zamawiającego, przeprowadzenie pełnej oceny względów, którymi zamawiający kierował się przyjmując określony kształt i zakres przedmiotu zamówienia. Przy czym dodać należy, że odwołanie do „uzasadnioność” 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 – 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.*), określanym zbiorczo jako „uzasadnione potrzeby zamawiającego”. Właśnie przez wskazanie i ocenę wagi potrzeb zamawiającego można najskuteczniej i najbardziej obiektywnie ocenić dany stopień ograniczenia konkurencji wynikający z zastanego opisu przedmiotu zamówienia, stwierdzając na przykład, iż jest on

dopuszczalny ze względu na istnienie adekwatnych doń potrzeb zamawiającego, których realizacji służy (*i vice versa* – że wykazane potrzeby zamawiającego nie mogą stanowić podstawy do ograniczenia konkurencji i dostępu do zamówienia w zakresie przewidzianym przez zamawiającego). W skrajnych przypadkach waga i nagromadzenie potrzeb zamawiającego może nawet prowadzić do zupełnej eliminacji konkurencji z postępowania, prowadząc do konieczności udzielenia zamówienia tylko jednemu wykonawcy, co w przepisach ustawy opisywane jest w ramach przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia podlegają ocenie nie tylko pod względem zachowania zasad ustawy, ale oceniane być mogą również w świetle innych przepisów. W szczególności niedopuszczalne jest ustanowienie wzoru umowy czy innych części specyfikacji kształtujących przyszłe stosunki umowne zamawiającego i wykonawcy w sposób niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne. Postanowienia wzoru umowy kształtowane przez zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, będą w tym zakresie podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności, czy to z przepisami o charakterze *iuris cogentis* regulującymi stosunku umowne danego typu, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami generalnymi i zasadami ogólnymi Kc, w szczególności wynikającymi z art. 5, art 58 i art 353¹ k.c..

Jak już wskazywano powyższej, zgodnie z art 353¹ k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrejonalny kształtuje większość *essentialiae* i *incidentaliae negotii* przygotowując własną SIWZ. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona – przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają może do tego typu stosunku umownego – co jest jego fundamentalnym uprawnieniem – w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z tak sformułowanej umowy w sprawie zamówienia.

Jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, gdzie np. w art. 473 § 1 stanowi się, iż dłużnik może przez umowę przyjąć (a więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależniać od tego możliwość zawarcia z nim umowy) odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Oczywiście realizacja tego typu uprawnień podlegała będzie ocenie w świetle klauzul i zasad ogólnych Kc, m.in. tych wskazanych w niniejszym uzasadnieniu.

Miernikiem proporcjonalności czy „odpowiedniości” świadczeń, o którym mowa w *definiendum* definicji umów wzajemnych zawartej w art. 287 § 2 k.c., nie jest również norma tego przepisu. Norma ta nie ustanawia żadnych materialnych, obiektywnych odniesień dla porównania wartości lub zakresów świadczeń wzajemnych, ale odnosi odpowiadanie świadczeń do decyzji stron zawartych w umowie, tzn. wszystkie świadczenia są swoimi odpowiednikami jeżeli strony umowy wzajemnej umówiły się, że świadczenia te kompensują się wzajemnie w ramach ich stosunku zobowiązaniowego.

W żadnym razie samo ukształtowanie nieproporcjonalnych praw i obowiązków w ramach stosunku umownego nie narusza zasady swobody umów – konieczne jest tu wykazanie, iż nieproporcjonalność ta narusza konkretny przepis prawa, przekreśla naturę stosunku lub jej stopień przekracza dopuszczalny poziom wynikający z zasad współżycia społecznego obowiązującego przy stosunkach danego rodzaju. Ograniczenie uprawnień podmiotowych (np. dowolnego ukształtowania treści stosunku zobowiązaniowego) w oparciu o klauzule generalne typu zasady współżycia społecznego, jak postuluje doktryna prawa cywilnego, powinno odbywać się w sposób możliwie niearbitralny, w oparciu i z uwzględnieniem wszelkich okoliczności danej sprawy, którym w świetle wypracowanych w doktrynie i orzecznictwie kryteriów przypisać można określone znaczenia dla kwalifikacji prawnej sprawy. W szczególności jednak samo abstrakcyjne odwołanie się do klauzul generalnych, bez jednoczesnego odniesienia do norm prawnych wynikających z innych przepisów lub przynajmniej konkretnych i pewnych standardów wynikających ze stosunków danego rodzaju, należy uznać za niewystarczający normatywny wzorzec kontroli czynności prawnych.

Niejako w podsumowaniu powyższych wywodów i na ich poparcie, Izba przywołuje tu stanowisko zawarte w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 314/11), w którym wskazano: „Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać

Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353¹ k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy”.

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

Natomiast zakończyć powyższe można tezą sformułowaną w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 września 2008 r. (sygn. akt I ACa 544/08) – „Z wyrażonej w art. 353¹ k.c. zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy. Nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga, więc co do zasady istnienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały, skoro stanowi ona wyraz woli stron.”

Jak wynika z powyższego o zasadzie swobody umów w systemie prawa cywilnego i zamówieniach publicznych, wielokrotnie w swoich orzeczeniach wypowiadały się sądy powszechne. Jakkolwiek większość orzecznictwa w tym kontekście dotyczy poszczególnych postanowień czy warunków umownych, to wskazać tu należy, iż znajduje ono zastosowanie również do przedmiotu umów.

Postanowienia umowy, które przewiduje zamawiający w swojej SIWZ, stanowią integralną część warunków zamówienia (w szerszym znaczeniu składają się na opis przedmiotu zamówienia). Albo inaczej: w wymiarze przedmiotowym zasady swobody umów mieści się również opis przedmiotu zamówienia *sensu stricte* – to strony umowy decydują, co ma być jej przedmiotem, co chcą w jej ramach sprzedać lub kupić oraz w jaki sposób powyższe ma być zrealizowane.

Tym samym, skoro powołane wyżej wyroki sądów okręgowych dotyczące kształtowania warunków umowy, mogą zostać odniesione również do kształtowania samego opisu i zakresu zamówienia (a więc przedmiotu umowy). Wskazywany brak podstawy prawnej do przymuszania zamawiającego do zawarcia umowy na warunkach, których treść mu nie odpowiada, odnosi się również do przymuszania zamawiającego do zakupu rzeczy czy świadczeń, których zakupić nie chce lub przyjęcia ich wykonania w terminie, który jest dla niego nieakceptowany. Bez wyraźnej podstawy prawnej w tym zakresie, Krajowa 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 budżetu i przepływów finansowych zamawiającego... *etc.* W szczególności wskazanie w art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy, iż uwzględniając odwołanie, Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, nie może stanowić oparcia dla powyższego. Organy orzekające mogą i powinny przeciwstawić się dokonaniu przez zamawiającego zakupów niezgodnych z prawem, nie mogą jednakże za zamawiającego i wbrew jego woli, narzucić, co winien zakupić w zamian i w jaki sposób lub z jakich zamówień zrezygnować.

Zamawiający w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie działają bynajmniej jako organy administracji publicznej realizujące jakiegokolwiek swoje władcze uprawnień w stosunku do wykonawców, ale jako równoprawni uczestnicy cywilnoprawnego obrotu. Jakkolwiek przy pomocy zamówień publicznych zamawiający przeważnie realizują różnorakie cele i zadania publiczne, jednakże czynią to przy pomocy instrumentów typowo cywilnoprawnych, działając w sferze prawa cywilnego, a więc zawierając umowy, w ramach których nabywają potrzebne im dobra i usługi (vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 września 2001 r., IV CKN 381/00 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 kwietnia 2003 r., III CKN 1320/00). Wybory i decyzje zamawiających co do sposobu realizacji swoich statutowych czy ustawowych zadań w ramach i poprzez zamówienia publiczne (np. który odcinek autostrady zbudować i jak go poprowadzić, w jakiej formule, z jaką nawierzchnią; albo np. jaki kształt elektrycznego systemu dozoru skazanych przyjąć lub jakie zasady przepływów finansowych i płatności za powyższe przewidzieć), pozostają ograniczane jedynie przez szczególne przepisy dotyczące ich działalności, względnie przez wolę podmiotów, którym są hierarchicznie czy politycznie podległe. W

przepisach ustawy brak natomiast materialnych norm, które pozwalałyby powyższe zamawiającym narzucać. Ograniczenia swobody kontraktowania po stronie zamawiającego wynikające z przepisów ustawy mają inny aspekt, zakres i charakter (omawiany powyżej) – nie przekładają się natomiast na możliwość pozytywnego decydowania o kształcie zakupów zamawiającego.

Przy czym skład orzekający Izby bynajmniej generalnie i doktrynalnie nie przesądza o bezwzględnym zakazie jakiegokolwiek ingerencji w czynności zamawiającego kształtujące stosunki umowne nawiązywane pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami, wykraczające poza stwierdzenie ich niezgodności z prawem i następującym po tym, nakazie ich unieważnienia lub powtórzenia. W pewnych wypadkach może być uznane za dopuszczalne, nakazanie zamawiającemu dokonania określonych modyfikacji warunków przetargu (w tym opisu przedmiotu zamówienia czy warunków umowy). W szczególności, po wysłuchaniu stron, w tym zamawiającego w przedmiocie określenia jego potrzeb i motywów, do których zaspokojenia zmierza przy pomocy danego zamówienia, ze względu na ekonomikę postępowania o udzielenie zamówienia, a także z powołaniem na pewne trudne do przecenienia, kształtujące się od początku funkcjonowania arbitrażu, tradycje czy nawet zwyczaje orzecznicze, możliwe będzie nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia dokładnie podyktowanych zmian SIWZ. Zwłaszcza jeżeli dane zmiany sprowadzały się będą li tylko do eliminacji niedopuszczalnych ograniczeń konkurencji w warunkach zamówienia, a nie zmieniały będą istoty zamówienia, jego zakresu i rodzaju, i jednocześnie nie będą nadmiernie ingerowały w sferę *dominium* zamawiającego lub będą przez niego akceptowane.

Można więc przyjąć i wskazać, że organy orzekające, związane zasadą legalizmu, a także działając w warunkach obowiązywania zasady swobody umów i w systemie prawnym na tej zasadzie opartym, a nie w warunkach gospodarki nakazowo-rozdzielczej, winny ze szczególną ostrożnością i w ograniczonym zakresie kształtować stosunki umowne pomiędzy stronami obrotu cywilnoprawnego. Tym samym w celu narzucenia zamawiającemu konkretnego kształtu i zakresu jego zamówienia, wykonawcy winni zwracać się do instytucji, którym dany zamawiający jest organizacyjnie lub politycznie podległy (o ile takie występują), a nie do organów orzekających w sprawach zgodności czynności zamawiającego z przepisami ustawy.

Kolejną okolicznością ważącą na możliwym kształcie orzeczeń Izby jest wynikający z art. 197 ustawy, postulat ich egzekwowalność. Oczywiście przez wyrok Izby należy rozumieć w tym przypadku sentencję wyroku, a nie jego uzasadnienie. Tak więc to sentencje wyroków muszą być konkretne i jasne, tak aby możliwe było nadanie im klauzuli wykonalności, przymuszenie zamawiającego do ich wykonania, a następnie stwierdzenie, że to uczynił. W przepisach ustawy nie ma instytucji odwołania od

niewykonania lub nieprawidłowego wykonania wyroku Izby. Prawomocne wyroki Izby się egzekwuje, a nie skarży ich niewykonanie.

Jak już wskazano, Izba nie może wyręczyć zamawiającego i w wyroku nakazać konkretny opis przedmiotu zamówienia w sposób, który nie narusza konkurencji i jednocześnie odpowiada potrzebom zamawiającego, a następnie nakazać dokonania tak opisanego zakupu. Natomiast jedynie pozornym rozwiązaniem powyższego problemu jest ogólne nakazywanie w wyroku dokonania takiej modyfikacji postanowień SIWZ, aby stały się zgodne z przepisami, zrozumiałe czy otwarte na konkurencję, etc... Wyrok z sentencją tego typu pozostaje nieegzekwowalny w rozumieniu art. 197 ustawy i tym samym wyklucza zastosowanie ww. przepisu. Ponadto samo wykonanie takiego wyroku przez zamawiającego będzie niedookreślone, dowolne i ocenne, co następnie budzić będzie wątpliwości związane z zaistnieniem przesłanki odrzucenia odwołania z art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp.

Należy więc postulować, aby w miarę możliwości unikać formułowania orzeczeń niekonkretnych, ale w przypadku niemożliwości sensownego nakazania poprawienia danych naruszeń przepisów, nakazywać raczej usunięcie postanowień, z których owe naruszenia wynikają, a w skrajnych przypadkach nakazywać nawet unieważnienie całego postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba może natomiast, w przypadku adekwatnych wniosków odwołania w tym zakresie, nakazać usunięcie określonych postanowień niezgodnych z przepisami prawa lub unieważnienie postępowania, w którym opis przedmiotu zamówienia narusza przepisy ustawy, a dokonanie jego poprawienia egzekwowalnym wyrokiem Izby jest niemożliwe z powodów opisanych powyżej. W takiej sytuacji, unieważnienie postępowania przy pomocy egzekwowalnego wyroku Izby uniemożliwiłoby udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów prawa, a jednocześnie dałoby zamawiającemu możliwość odpowiedniego, zgodnego z jego potrzebami, poprawienia opisu własnego przedmiotu zamówienia, albo rezygnację z zakupu, którego zgodnie z przepisami prawa przeprowadzić nie chce, nie może lub nie potrafi. Również nakazanie wykreślenia określonych postanowień SIWZ umożliwia powyższe, a poza tym nie ma tak daleko idącego skutku, jak koniczność rozpoczynania postępowania od początku.

W takiej sytuacji nie zachodzą żadne kontrowersje i niejasności co do sposobu wykonania wyroku Izby – wykonaniem wyroku jest samo wykreślenie wskazanej części tekstu SIWZ, który uznany został za niezgodny z prawem. Natomiast jakie postanowienia zamawiający wprowadzi na jego miejsce dla utrzymania sensowności opisu przedmiotu zamówienia czy całego zakupu, pozostaje od sentencji wyroku niezależne i pozostaje sprawą zamawiającego. Będą to postanowienia nowe, względem których wykonawcom przysługiwały będą normalne środki ochrony prawnej, i co do których zamawiający nie będzie mógł twierdzić, że stanowią wykonanie wyroku Izby.

Reasumując: w związku z opisanymi wyżej ograniczonymi możliwościami narzucania zamawiającemu określonych rozwiązań, a także koniecznością formułowania egzekwowalnych sentencji wyroków, należy raczej postulować nakazywanie usuwania wskazanych postanowień SIWZ lub unieważnianie całych postępowań, w przypadku gdy naruszenia konkurencji są zbyt rozległe aby możliwe było zidentyfikowanie i usunięcie wszystkich postanowień SIWZ, z których naruszenia przepisów wynikają. Jednakże dla powyższego konieczne są stosowne żądania odwołania w tym zakresie.

Odnośnie żądań odwołania, generalnie wskazać należy, iż zarzuty dotyczące postanowień SIWZ niejednokrotnie definiowane są również właśnie przez żądania, które wykonawca względem nich formułuje. Natomiast dopuszczalność żądań i możliwość ich przeprowadzenia często warunkuje możliwość uwzględnienia danego zarzutu. Co prawda w pewnych przypadkach Izba, uwzględniając zarzuty odwołania, których zakresem jest związana (art. 192 ust. 7 Pzp) i jednocześnie nie będąc związana żądaniem odwołania, może orzec inaczej aniżeli wnoszący odwołujący. Jednakże tego typu sytuacje występują przeważnie na etapie oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty – wtedy kształt zapadających rozstrzygnięć wprost wynika z przepisów obowiązującego prawa (które nakazują np. wezwanie do uzupełnienia, poprawienia, odrzucenia oferty, wykluczenie wykonawcy... etc.). Natomiast w przypadku orzekania o zgodności z przepisami brzmienia dokumentów przetargowych taka sytuacja nie zachodzi. Klauzule generalne ustawy dotyczące zakazu ograniczania konkurencji nie przesądzają, jak ma wyglądać rozstrzygnięcie w przypadku stwierdzenia naruszeń przepisów przez dane postanowienie SIWZ. W przypadku niemożliwości zasądzenia danych żądań odwołania dotyczących brzmienia dokumentów przetargowych, zupełnie dowolna kreacja ich treści poza wolą stron, doznaje ograniczeń. Tym samym brak żądań odwołania związanych z danym zarzutem lub ich niedopuszczalność, właściwie uniemożliwia Izbie jego uwzględnienie i dokonanie stosownego zasądzenia w sentencji wyroku. W związku z art. 198d ustawy, również Sąd Okręgowy orzekający w wyniku skargi na orzeczenie Izby nie będzie mógł zasądzić żądań w odwołaniu niezgłoszonych.

Ostatnią kwestią ogólną konieczną do poruszenia przy przedmiotowym rozstrzygnięciu jest wskazanie na skutki modyfikacji postanowień SIWZ dokonywanych w trakcie postępowania odwoławczego.

Tego typu powtórzenie lub zmiana czynności zamawiającego dokonywana po wniesieniu odwołania pozostaje czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia a nie czynnością procesową, a więc działaniem dokonywanym poza postępowaniem odwoławczym, które jednak wywiera wpływ na rozstrzygnięcie odwołania przez dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy.

W tym zakresie, za uzasadnieniem wyroku Izby z dnia 8 kwietnia 2010 r., sygn. akt. KIO 415/10, wskazać należy, iż ustawa nie nakazuje *de lege lata* zamawiającemu powstrzymania się z dokonaniem czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia w razie uwzględnienia, czy raczej uznawania za zasadne, części zarzutów podniesionych w odwołaniu. Zamawiający zatem, po ocenie związanego z tym ryzyka, może kontynuować postępowanie, z ograniczeniem wynikającym jedynie z art. 183 ust. 1 ustawy – brakiem możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu ogłoszenia orzeczenia przez Izbę.

W takim przypadku, tj. przy zmianie czy wykonaniu czynności postulowanych w odwołaniu – co m.in. wskazała Izba w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 707/11 – należałoby za niezasadne uznać przyjęcie do orzekania stanu faktycznego już nieistniejącego w jego trakcie, bowiem na ten moment nie istniałyby kwestionowane czynności czy zaniechania zamawiającego i brak byłoby faktycznej podstawy sporu w tym zakresie – zarzuty tego typu należałoby pozostawić bez rozpoznania. Powyższe należy również zakwalifikować jako przypadek podpadający pod dyspozycję art. 192 ust. 2 Pzp – nawet potwierdzenie podtrzymywanych przez odwołującego zarzutów i naruszeń, w odniesieniu do czynności (postanowień SIWZ) już nieistniejących i niewywierających skutków prawnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia w związku z ich uprzednią zmianą dokonaną przez zamawiającego, nie mogłoby posłużyć uwzględnieniu odwołania jako niemające wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

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

Opisane wyżej względy i okoliczność, zdeterminowały kształt zapadłego rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania. Uwzględniając powyższe, odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania, Izba stwierdziła, co następuje.

Zarzut 1.

W ocenie Izby zarzut jest niezasadny.

Na podstawie brzmienia uzasadnienia odwołania właściwie nie sposób stwierdzić na czym zarzut względem nieproporcjonalności wskazanego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego specjalisty

polega i na czym się zasadza. Na podstawie lakonicznego opisu stanu faktycznego zawartego w odwołaniu domyślać się jedynie można, iż chodziło tu o zakres doświadczenia wskazanego specjalisty dookreślony jako *realizacje, gdzie dokumentacja końcowa zawierała dane z pomiarów akustycznych działającego systemu*. W pozostałym zakresie i innym wymiarze wymaganego doświadczenia nie kwestionowano.

W uzasadnieniu odwołania nie sformułowano również żądań, które wskazywałyby, jakie postanowienia SIWZ (rozumiane jako konkretne, materialne wymagania, a nie jednostki redakcyjne zawierające wiele różnych, w tym nie kwestionowanych, wymagań) oraz w jaki sposób powinny zostać zmienione. Pomimo, iż w *petitum* odwołania odwołujący deklaruwał, że wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ w sposób wskazany w treści uzasadnienia odwołania.

Przede wszystkim jednak wobec dokonanych w dniu 16 czerwca br. modyfikacji Zał. nr 1 do SIWZ (str. 2) nie zachodzą żadne wątpliwości, co do proporcjonalności kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 22 ust. 4 Pzp, zgodnie z którym opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

W świetle całokształtu postanowień SIWZ, a także wobec wykładni autentycznej tego dokumentu dokonywanej przez Zamawiającego, nie budzi wątpliwości Izby, że opisywane w kwestionowanym warunku doświadczenie dotyczy pomiarów elektroakustycznych i w taki sposób każdy profesjonalny wykonawca może i powinien ten warunek rozumieć.

Przechodząc do uzasadnienia rozstrzygnięcia zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia należy wskazać, iż zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp 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 zgodnie z ust. 2 tego przepisu, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zarzuty opisane w pkt 2.1 uzasadnienia odwołania.

W treści SIWZ nie określono dokładnej lokalizacji szafy SS-CA (przynajmniej takiej okoliczności Zamawiający przed Izba nie wykazał) oraz ewentualnej lokalizacji szafy sprzętowej na wzmacniacze.

Przy czym brak podania lokalizacji szafy SS-CA, której budowa nie jest objęta przedmiotem zamówienia, nie jest okolicznością, która uniemożliwia skalkulowanie i złożenie oferty w rozumieniu art. 29 ust. 1 Pzp i tym samym nie narusza tego przepisu. Wykonawca może przyjąć i skalkulować niezbędne długości kabli dla jakiegokolwiek jej położenia, a tego typu nieoznaczoność może zostać zakwalifikowana jako niewielkie ryzyko związane z wyceną wykonania przedmiotu zamówienia.

Natomiast brak podania wymaganej lub dopuszczalnej lokalizacji szaf wzmacniaczy, które zabudowuje wykonawca w ramach opisu przedmiotu zamówienia należy uznać za brak w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający, w przypadku gdy nie narzuca dokładnego miejsca posadowienia szafy wzmacniaczy, powinien w SIWZ przynajmniej zgrubnie wskazać miejsca/obszary w swoim budynku, gdzie posadowienie szafy ewentualnie dopuszcza, a wybór w tym zakresie pozostawić wykonawcom kierującym się specyfiką projektowanego przez siebie systemu. Wykonawcy nie mogą zakładać możliwości lokalizacji szafy w miejscach, które następnie Zamawiający z jakichś względów wykluczy na etapie przygotowywania projektu warsztatowego.

Jednakże w treści odwołania nie zawarto żadnych żądań związanych z powyższym zarzutem, co uniemożliwiło ich uwzględnienie i nakazanie adekwatnych zmian w treści SIWZ.

Zarzut w zakresie ograniczenia konkurencji przez wymogi dotyczące wzmacniaczy 4-kanalowych o wysokości 2U jest zasadny. Tego typu zestawienie cechy konstrukcyjnej i rozmiaru jest niezrozumiałe i nieuzasadnione w kontekście faktu, że taką samą funkcjonalność i taki sam rozmiar będą miały np. wzmacniacze 2-kanalowe o wysokości 1 U lub inne wzmacniacze wielokanałowe o wysokości „U” nie większej niż ilość kanałów podzielona przez dwa.

Powody dla wprowadzenia ww. sztywnego wymogu podawane przez Zamawiającego (dot. awaryjności i funkcjonalności takich urządzeń) są niewiarygodne i nie uzasadniają ograniczenia konkurencji w takim zakresie.

Przy czym zaznaczyć należy, iż powoływaną przez Zamawiającego okoliczność jakoby wzmacniacze 4-kanalowe o wysokości 2U miało w swojej ofercie wielu producentów

systemów nagłośnieniowych należy rozpatrywać w kontekście wszystkich innych wymagań OPZ. To zestawienie i nagromadzenie różnych parametrycznych czy konstrukcyjnych wymagań SIWZ prowadzi do ograniczenia konkurencji.

Odnosnie powyższego należy podnieść, iż Zamawiający potrafił wskazać jedynie dwa systemy spełniające wszystkie wymagania jego opisu przedmiotu zamówienia (l'Acoustic i D&B). Przy czym dla osiągnięcia aż takiego stopnia konkurencji w postępowaniu (tj. aby system D&B mieścił się w wymaganiach SIWZ) Zamawiający musiał dokonywać modyfikacji SIWZ (np. w zakresie wagi zestawów niskotonowych) na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego, a także „wyliczać” parametry poszczególnych komponentów systemu i je „wyprowadzać”, gdyż w kartach katalogowych urządzeń i powszechnie dostępnych dokumentach informacyjnych niektórych takich parametrów bynajmniej nie podawano.

Powyższe okoliczności wynikają z dowodów przedkładanych przez strony, a także z dokonanej w dniu 16 czerwca br. modyfikacji SIWZ.

W powyższym kontekście szczególnie konsekwentnie należałoby eliminować wszelkie wymagania Zamawiającego, które nie mają realnego oparcia w jego uzasadnionych i obiektywnych potrzebach.

Jednakże w treści odwołania nie zawarto żadnych żądań związanych z powyższym zarzutem, co uniemożliwiło ich uwzględnienie i nakazanie adekwatnych zmian w treści SIWZ.

Zarzut dotyczący ograniczenia zastosowania maksymalnie dwóch typów wzmacniaczy na potrzeby nagłośnienia widowni jest niezasadny. Wymaganie tego typu samo w sobie w żaden sposób nie ogranicza konkurencji. Ponadto należy je uznać za uzasadnione oczywistą wygodą serwisowania i posługiwania się tylko jednym czy dwoma typami urządzeń zamiast nieograniczoną ilością typów.

Zarzut 2.1.1.

Zarzut dotyczący zastanego ograniczenia długości grona głośnikowego do 4 m. jest oczywiście zasadny.

Wskazana przez Zamawiającego długość jest arbitralna i niczym nieuzasadniona, a znacząco ogranicza konkurencję w dostępie do zamówienia i możliwości oferowania systemów różnych producentów. Zamawiający był w stanie wskazać jedynie dwóch producentów spełniających ten wymóg (w zestawieniu ze spełnianiem innych wymogów

SIWZ), przy czym system D&B dopuścili do zaoferowania dopiero modyfikacje SIWZ dokonane po wniesieniu odwołania (np. w Zał. nr 1a, str. 5 – w zakresie wagi pojedynczego elementu zestawu głośnikowego w zestawach niskotonowych).

Względy estetyczne nie mogły w tym przypadku stanowić uzasadnienia dla tak drastycznego ograniczenia konkurencji. Tym bardziej, że zwiększenie dopuszczalnej długości grona o kilkadziesiąt cm. z pewnością nie zachwiałyby estetyką sali zamawiającego, a znacząco rozszerzyłyby konkurencję w postępowaniu. Zasadne byłoby więc w tym przypadku nakazanie wykreślenia kwestionowanego parametru, tak aby umożliwić Zamawiającemu znalezienie odpowiedniejszych proporcji pomiędzy jego wymaganiami estetycznymi i funkcjonalnymi a konkurencją na rynku systemów nagłośnieniowych.

Jednakże w treści odwołania nie zawarto żadnych żądań związanych z powyższym zarzutem, co uniemożliwiło ich uwzględnienie i nakazanie adekwatnych zmian w treści SIWZ.

Zarzut 2.2.2.

Zarzut dotyczący zastanego ograniczenia ciężaru grona głośnikowego do 450 kg. był oczywiście zasadny.

Analogicznie jak w przypadku długości grona, uzasadnienia dla takiego poziomu ograniczenia wagi brak, a stanowi ono drastyczne ograniczenie konkurencji w postępowaniu (Zamawiający był w stanie wskazać jedynie dwa systemy spełniające tego typu wymaganie).

Przyjęcie sztywnej granicy maksymalnej wagi grona nie da się uzasadnić ani spodziewaną przez Zamawiającego wagą zestawu montażowego (lin i zaczepów) ani domniemanym zapasem na rozbudowę. Jeżeli Zamawiający rzeczywiście chciał sobie taki zapas zapewnić, to powinien go wyraźnie wskazać w odniesieniu do dopuszczalnego udźwigu instalacji. Np. wskazując, że łączna waga grona z zestawem montażowym nie może przekroczyć określonej wagi w celu pozostawienia określonej rezerwy przewidzianej na ewentualną rozbudowę grona. Tymczasem przy zastanych postanowieniach SIWZ wystarczy, że wykonawca zastosuje szczególnie ciężkie liny i nawet spełniając arbitralne wymagania Zamawiającego co do wagi głośników, żadna rezerwa na rozbudowę Zamawiającemu nie pozostanie. Twierdzenia w tym przedmiocie należy więc traktować jako argumentację sformułowaną na potrzeby postępowania odwoławczego, a nie obiektywne zabezpieczenie potrzeb Zamawiającego.

Jednakże w treści odwołania nie zawarto żadnych żądań związanych z powyższym zarzutem, co uniemożliwiło ich uwzględnienie i nakazanie adekwatnych zmian w treści SIWZ.

Zarzut 2.2.3 został wycofany przez Odwołującego.

Zarzut 2.2.4

Zarzut rozumiany jako kwestionowanie wymagania jednego urządzenia z dwoma pojedynczymi głośnikami 18" jest niezasadny.

Zamawiający nie przedstawił żadnych rzeczowych i przemożnych uzasadnień dla żądania tego typu konstrukcji zestawów, a eliminacji np. urządzeń z pojedynczymi głośnikami 18" w takiej samej liczbie.

Jeżeli Zamawiający ma jakieś szczególne wymagania co do poziomu przenoszenia jak najniższego zakresu częstotliwości, to winien postawić stosowne i konkretne parametrowe wymagania w tym zakresie, a nie usiłować powyższe osiągać pośrednio, przez wymagania konstrukcyjne.

Również wymagania, co do rozmiarów obudów można formułować przy pomocy wymiernych parametrów, które spełnić mogą zarówno urządzenia podwójna, jak i pojedyncze.

Jednakże w tym przypadku konkurencja dostępnych rozwiązań rynkowych jest tak znaczna (jak wynika z zestawień tabelarycznych Odwołującego i dowodów Zamawiającego dotyczącego produktów D&B istnieje co najmniej 8 zestawów niskotonowych różnych producentów spełniających wymagania Zamawiającego), że do stwierdzenia dopuszczalności zakupu, jakiego chce dokonać zamawiający, wystarczają właściwie owe pośrednie względy wskazywane przez Zamawiającego, a nawet wystarczyłyby argumenty i potrzeby estetyczne.

Zarzut 2.2.5

Zarzut jest niezasadny.

Żądanie zestawów głośnikowych jednego producenta jest uzasadnione względami związanymi ze spójnością rozwiązań konstrukcyjnych, estetycznych, brzmieniowych, serwisowych... *etc.*, a tym samym jest dopuszczalne. Oczywiście pod warunkiem, że inne postanowienia SIWZ nie eliminują rzeczywistej konkurencji pomiędzy kompletnymi systemami głośnikowymi różnych producentów.

Jednakże nawet w takiej sytuacji skutkować to winno raczej nakazaniem unieważnienia całego postępowania niż zmuszaniem Zamawiającego do dopuszczenia zakupu zestawu eklektycznego, którego zakupu nie chce.

Zarzut 2.2.6.

Zarzut jest niezasadny.

Fakt, iż określone parametry dźwiękowe można uzyskać przy pomocy mniejszej ilości głośników niż założył Zamawiający, nie oznacza, że Zamawiający nie ma prawa zakupu takiej ilości głośników jaką chce i planuje. Tym bardziej, że jak wynika z zestawień tabelarycznych Odwołującego i dowodów Zamawiającego dotyczących produktów D&B, istnieje co najmniej 8 różnych producentów grom głośnikowych (centralnych) spełniających wymagania Zamawiającego.

Zarzut 2.2.7

Zarzut jest niezasadny.

Zamawiający jest co do zasady uprawniony do żądania dostawy dowolnej ilości urządzeń, nawet nadmiarowych. Jednakże wymaganie to nie powinno ograniczać konkurencji w zestawieniu z innymi elementami opisu przedmiotu zamówienia. W tym przypadku wymaganie dostarczenia i zestawienia minimalnej ilości głośników w gronie, nie powinno być np. łączone z zastanymi ograniczeniami rozmiaru i wagi grona, co skutkuje rzeczywistym i nadmiernym ograniczeniem konkurencji.

Zarzut 2.2.8.

Zarzut w zakresie inwentaryzacji kabli jest niezasadny.

Zamawiający nie ma obowiązku inwentaryzowania położonych przewodów, chociaż wykonanie powyższego z pewnością przyczyniłoby się do otrzymania tańszych ofert. Wykonawca, jeżeli nie jest w stanie ustalić jakie kable zostały już położone oraz uzyskać zobowiązania, co do tego które kable będzie mógł wykorzystać, winien skalkulować ofertę z pełnym zakresem ryzyka konieczności położenia wszystkich kabli własnych.

Natomiast dla powyższego wykonawca winien posiadać informacje na temat wymiarów pomieszczeń (np. w postaci zwymiarowanych rzutów i przekrojów, których Zamawiający

przed Izbą nie okazał), a także informacje o możliwości wykorzystania istniejących tras kablowych w celu poprowadzenia dodatkowego okablowania (dołożenia przewodów i kabli do istniejących) lub konieczności prowadzenia nowych tras kablowych wraz z korytami i drabinkami. Ww. informacji w SIWZ zabrakło – Zamawiający informacje o możliwości wykorzystania tras położonych przez wykonawcę robót budowlanych i zaznaczonych w dokumentacji projektowej podawał dopiero na rozprawie.

Jednakże w treści odwołania nie zawarto żadnych żądań związanych z powyższym zarzutem, co uniemożliwiło ich uwzględnienie i nakazanie adekwatnych zmian w treści SIWZ.

Zarzut 2.2.9.

Zarzut ograniczenia konkurencji przez żądanie zastosowania wskazanych ram i uchwytów pochodzących z seryjnej produkcji jest niezasadny. Powyższe samo w sobie nie narusza konkurencji i tak samo dotyka wszystkich rozwiązań obecnych na rynku (wątpliwe jest przyjęcie założenia, iż jakkolwiek producent produkuje uchwyty dokładnie dostosowane do rozmieszczenia i rozstawu lin zastanego w sali Zamawiającego).

Jednakże przy dosłownej interpretacji postanowień SIWZ w tym zakresie producenci powinni wdrożyć seryjną produkcję określonych elementów montażowych koniecznych do zamontowania systemu nagłośnienia w ramach tego zamówienia lub zrezygnować ze składania oferty, gdyż żadne elementy montażowe niezbędne dla powyższego nie będą mogły być wykonane „warsztatowo”.

Powyższe wymagania SIWZ są po prostu niejasne ze względu na możliwość ich rozumienia i rozciągania na wszystkie elementy montażowe (uchwyty) – wbrew twierdzeniom Zamawiającego, że przecież stosowania warsztatowych „elementów przejściowych” nigdzie nie wyłączył. Zamawiający winien więc raczej wyrazić powyższe pozytywnie w treści SIWZ, tak aby usunąć wszelkie wątpliwości, co do zakresu swojego wymagania aby ramy i uchwyty do zawieszania pochodziły z seryjnej produkcji.

Zarzut 2.2.10.

Zarzut uznano za zasadny.

W treści SIWZ nie określono terminu zakończenia wskazanych obowiązków umownych wykonawcy, a dotyczących utrzymywania ubezpieczenia prac. Określenie powyższego jako

„dnia odbioru końcowego całej inwestycji realizowanej przez generalnego Wykonawcę” nie jest podaniem terminu w rozumieniu prawa cywilnego. Dla przypomnienia: termin jest zdarzeniem przyszłym i pewnym, najczęściej określanym kalendarzowo przez odniesienie do nieuchronnego upływu czasu. Natomiast okoliczność, że cała inwestycja w ogóle zostanie zakończona i formalnie odebrana wcale pewna nie jest – pomimo solennych zapewnień i niewątpliwych starań Zamawiającego w tym zakresie.

Powyższe stanowi naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 4 Pzp, według którego w treści SIWZ należy podać termin wykonania zamówienia.

Przyjmując, że wskazanie w treści odwołania, że Zamawiający ww. termin powinien określić, jest wystarczającym sformułowaniem konkretnego żądania, co do sposobu modyfikacji SIWZ, nakazano Zamawiającemu podanie powyższego w SIWZ.

Pozostałe zarzuty odwołania wycofano.

Uwzględniając powyższe, orzeczono jak w sentencji.

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

.....