sygn. akt: **KIO 3740/23**

WYROK

z dnia 29 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Emil Kuriata

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2023 r. przez **Wegner sp. z o.o. sp. k., ul. Bukowska 177, 60-196 Poznań**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Komendant Wojewódzki Policji w Łodzi, Komenda Wojewódzka Policji w Łodzi, ul. Lutomierska 108/112; 91-048 Łódź**,

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów lp 1 i lp 5 załącznika nr 1 do odwołania.**
2. **W pozostałym zakresie oddala odwołanie**.
3. Kosztami postępowania obciąża **Wegner sp. z o.o. sp. k., ul. Bukowska 177, 60-196 Poznań** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Wegner sp. z o.o. sp. k., ul. Bukowska 177, 60-196 Poznań,** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie**.**

Przewodniczący:……

sygn. akt: **KIO 3740/23**

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Komendant Wojewódzki Policji w Łodzi, Komenda Wojewódzka Policji w Łodzi - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na kontynuację budowy w ramach zadania inwestycyjnego *„Rewitalizacja Centrum Miasta Łodzi w obiekcie Policji przy ul. Tuwima 12 a oraz przy ul. Sienkiewicza 28/30 realizowanego w ramach projektu „Rewitalizacja obszarowa Centrum Łodzi - Projekt 2" współfinansowanego z środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego województwa łódzkiego na lata 2014-2020"*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP w dniu 7 grudnia 2023 roku, pod nr 2023/BZP 00539263/01.

12 grudnia 2023 roku, Wegner sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Poznaniu (dalej „*Odwołujący*") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści dokumentów zamówienia, w tym projektowanych postanowień umowy niezgodnych z przepisami ustawy Pzp, tj.

1) sfomułowania w pkt. 10.2.4.1. SWZ (Uwagi pkt 4 lit. d) warunku udziału zamówienia, który jest warunkiem nieproporcjonalnym i nadmiarowym w zakresie, w jakim zamawiający wymaga, aby w zakresie budowy, przebudowy, rozbudowy, remontu lub modernizacji wymaganych dwóch obiektów użyteczności publicznej były zrealizowane elementy w postaci masztu antenowego;

2) sfomułowania w pkt. 10.2.4.1. SWZ (Uwagi pkt 4 lit. f) warunku udziału zamówienia, który jest warunkiem nieproporcjonalnym i nadmiarowym w zakresie, w jakim zamawiający wymaga, aby w zakresie budowy, przebudowy, rozbudowy, remontu lub modernizacji wymaganych dwóch obiektów użyteczności publicznej były zrealizowane elementy w postaci „strefy bezpieczeństwa akredytowanej przez ABW";

3) sformułowanie projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający równowagę stron, zasadę swobody kontraktowania, właściwość (naturę) stosunku zobowiązaniowego, powszechnie obowiązujące przepisy prawa, w sposób prowadzący do nadużycia pozycji dominującej zamawiającego.

Odwołujący wskazał, iż – w celu zapewnienia lepszej czytelności odwołania – treść kwestionowanych postanowień, treść zarzutów oraz szczegółowe uzasadnienie dotyczące kwestionowanych postanowień projektowanych postanowień umownych wraz z żądaniem ich zmiany zaprezentowane zostało w Załączniku nr 1 - Tabeli nr 1, która stanowi integralną część odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez sformułowanie w pkt. 10.2.4.1. SWZ (Uwagi pkt 4 lit. d) nieproporcjonalnego i nadmiarowego warunku udziału

w postępowaniu w postaci doświadczenia w zakresie, w jakim zamawiający wymaga, aby w zakresie budowy, przebudowy, rozbudowy, remontu lub modernizacji wymaganych dwóch obiektów użyteczności publicznej były zrealizowane elementy

w postaci masztu antenowego,

2.art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp oraz poprzez sformułowanie w pkt. 10.2.4.1. SWZ (Uwagi pkt 4 lit. f) nieproporcjonalnego i nadmiarowego warunku udziału

w postępowaniu w postaci doświadczenia w zakresie, w jakim zamawiający wymaga, aby w zakresie budowy, przebudowy, rozbudowy, remontu lub modernizacji wymaganych dwóch obiektów użyteczności publicznej były zrealizowane elementy

w postaci strefy bezpieczeństwa akredytowanej przez ABW;

3.art. 16 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego (dalej: KC) oraz art. 353^1 KC poprzez skonstruowanie projektowanych postanowień Umowy w sposób, który powoduje – nieuzasadnione potrzebami zamawiającego - uprzywilejowanie pozycji zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych;

4.oraz innych przepisów wskazanych szczegółowo w Załączniku nr 1 – Tabeli nr 1 do odwołania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz:

1)nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji treści warunku udziału

w postępowaniu w pkt. 10.2.4.1. SWZ (w zakresie: Uwagi pkt 4 lit. d) poprzez wykreślenie wymogu, aby w zakresie budowy, przebudowy, rozbudowy, remontu lub modernizacji wymaganych dwóch obiektów użyteczności publicznej były zrealizowane elementy w postaci masztu antenowego;

2)nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji treści warunku udziału

w postępowaniu w pkt. 10.2.4.1. SWZ (w zakresie: Uwagi pkt 4 lit. f) poprzez wykreślenie wymogu, aby w zakresie budowy, przebudowy, rozbudowy, remontu lub modernizacji wymaganych dwóch obiektów użyteczności publicznej były zrealizowane elementy w postaci „strefy bezpieczeństwa akredytowanej przez ABW";

3)nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji treści projektowanych postanowień umowy w sposób określony w kolumnie trzeciej Tabeli nr 1 – Załączniku nr 1 do odwołania;

4)na podstawie art. 573 Pzp zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, iż na etapie wnoszenia odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu lub wobec treści dokumentów zamówienia, nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie niewłaściwych sformułowań treści dokumentów zamówienia oraz naruszenia obowiązujących przepisów Pzp prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do uzyskania zamówienia (co też odwołujący uczynił) lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem; interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu. W tym względzie orzecznictwo Izby wydane na tle obowiązywania ustawy Pzp z 2004 r. zachowuje aktualność (m.in. wyrok KIO z 7 kwietnia 2016 roku, KIO 443/16; wyrok KIO z 28 lutego 2012 roku, KIO 229/12; KIO 238/12; KIO 239/12; KIO 242/12; KIO 245/12; KIO 247/12).

Skoro odwołujący uważa, że wyrażone w dokumentach zamówienia oczekiwania zamawiającego nie są możliwe do spełnienia, winien wnieść odwołanie w terminie przewidzianym w Pzp, co też czyni. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do eliminacji zapisów naruszających zasadę uczciwej konkurencji i przestanie ograniczać krąg potencjalnych wykonawców.

Odwołujący wskazał, co następuje.

<u>Uzasadnienie dot. warunku udziału w postępowaniu.</u>

Ustawodawca ogranicza jednak swobodę zamawiającego i dowolność w kształtowaniu warunków udziału, z uwagi na fakt, że każdy taki warunek prowadzi do ograniczenia dostępu do udziału w postępowaniu oraz do ograniczenia konkurencji. Ograniczenia takie są dopuszczalne, gdy jest to uzasadnione koniecznością oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Zamawiający może więc określić wyłącznie takie warunki udziału w postępowaniu, które są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a zatem dotyczą zdolności niezbędnych do należytego wykonania zamówienia. Stosując zasadę proporcjonalności przy ustanawianiu warunków udziału w postępowaniu, zamawiający ma obowiązek takiego ich opisania, aby były one uzasadnione: wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Zamawiający musi mieć także na uwadze, aby ich konstrukcja nadmiernie nie ograniczyła konkurencji. Ograniczenie to dopuszczalne jest jedynie w jak najmniejszym stopniu, tj. tylko takim, który jest niezbędny i odpowiedni do osiągnięcia celu (wyrok KIO 16.08.2019 r., KIO 1500/19, Legalis).

W warunku opisanym w pkt. 10.2.4.1. SWZ (czytanym wraz z uwagą nr 4 zamieszczoną pod warunkiem) zamawiający nadmiernie ograniczył konkurencję poprzez wymaganie, aby w zakresie budowy, przebudowy, rozbudowy, remontu lub modernizacji wymaganych dwóch obiektów użyteczności publicznej były zrealizowane elementy w postaci masztu antenowego oraz „strefy bezpieczeństwa akredytowanej przez

ABW".

Nie ulega wątpliwości, że zainstalowanie masztu antenowego nie stanowi żadnego wyzwania o charakterze organizacyjnym, technicznym czy technologicznym dla standardowego wykonawcy. Zamieszczenie tego jako elementu warunku udziału dotyczącego doświadczenia znacząco jednak ogranicza krąg wykonawców, którzy są w stanie ten warunek spełnić. Maszt antenowy nie występuje jednak w większości budynków użyteczności publicznej. Z drugiej strony jego montaż jest czynnością stosunkowo mało wymagającą, stąd jego wykonanie nie może być dowodem na rzetelność wykonawcy. W ocenie odwołującego za wystarczające uznać należy wymaganie, by potencjalni wykonawcy okazali się doświadczeniem w realizacji inwestycji szczegółowo opisanych przez zamawiającego
z pominięciem wskazanego warunku.

W odniesieniu do „strefy bezpieczeństwa akredytowanej przez ABW" – w ocenie odwołującego warunek ten jest nie tylko nieproporcjonalny, nadmiarowy, ale wręcz – niemożliwy do spełnienia. Ustawa o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 756) nie zna pojęcia, jakim posługuje się zamawiający. Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego (ani żadna inna służba) nie dokonuje akredytacji stref bezpieczeństwa, dokonuje natomiast akredytacji systemu teleinformatycznego, w którym mają być przetwarzane informacje niejawne (art. 48 ustawy o ochronie informacji niejawnych). Ustawodawca wyjaśnił, że system teleinformatyczny to zespół współpracujących ze sobą urządzeń informatycznych i oprogramowania, zapewniający przetwarzanie i przechowywanie, a także wysyłanie i odbieranie danych poprzez sieci telekomunikacyjne za pomocą właściwego dla danego rodzaju sieci telekomunikacyjnego urządzenia końcowego w rozumieniu ustawy – Prawo telekomunikacyjne, w którym mają być przetwarzane informacje niejawne. Systemy te z woli ustawodawcy podlegają akredytacji bezpieczeństwa teleinformatycznego. Potwierdzeniem tego toku rozumowania jest fakt, że do definicji systemu teleinformatycznego podanej w ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną odsyła ustawodawca w art. 2 pkt 6 ustawy o ochronie informacji niejawnych (tzw. słowniczek pojęć). Prawidłowa organizacja systemu ochrony informacji niejawnych jest warunkiem udzielenia świadectwa bezpieczeństwa systemu teleinformatycznego. Jednym z obowiązków jednostki jest organizacja stref ochronnych, tj. wydzielonych części obiektu, poddanych kontroli w zakresie wejść i wyjść ludzi. Zastosowane w strefie ochronnej urządzenia i wyposażenie służące ochronie informacji niejawnych (m.in. drzwi, szafy na dokumenty, systemy dostępu do pomieszczeń) muszą posiadać odpowiednie certyfikaty. Kontrolę nad bezpieczeństwem
w strefie ochronnej m.in. w zakresie przemieszczania się pracowników powierza się zazwyczaj pracownikom ochrony obiektu, którzy w celu zapewnienia właściwego poziomu bezpieczeństwa mogą stosować odpowiednie środki techniczne, m.in. prowadzić kontrolę wydawania kluczy do pomieszczeń, wykorzystywać monitoring wizyjny czy kontrolować wnoszony bagaż w zakresie substancji i przedmiotów, których nie można wnieść do strefy ochronnej (np. broń palna, materiały wybuchowe).

Wobec niejasności, nieprecyzyjności i abstrahowania od zapisów ustawowych ww. warunku uniemożliwia on wypełnienie ustawowego celu, tj. dokonanie oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W ocenie odwołującego warunek ten,
w zakresie w jakim zamawiający wymaga, aby w zakresie budowy, przebudowy, rozbudowy, remontu lub modernizacji wymaganych dwóch obiektów użyteczności publicznej zrealizowano element w postaci „strefy bezpieczeństwa akredytowanej przez ABW", powinien zostać wykreślony.

Uzasadnienie dot. projektowanych postanowień umowy.

Szczegółowe uzasadnienie poszczególnych zarzutów odwołujący zawarł w Załączniku nr 1 – Tabeli nr 1 do odwołania. Nie ulega wątpliwości, iż specyfikacja warunków zamówienia jest dokumentem zamówienia o kluczowym znaczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wyznacza ona obowiązki stron stosunku zobowiązaniowego, w tym obowiązki wykonawców obciążające ich na wypadek ewentualnego uzyskania zamówienia oraz warunki, jakie muszą spełniać w związku z zamiarem ubiegania się o udzielenie zamówienia. Z uwagi na powyższe na zamawiających ciąży szczególny wymóg sporządzenia SWZ w sposób jasny i precyzyjny celem zapewnienia wykonawcom możliwości złożenia oferty oraz – w przyszłości – niezakłóconej realizacji zamówienia. Podkreślenia wymaga fakt, iż - jakkolwiek pozycja zamawiającego niewątpliwie ma charakter uprzywilejowany – to jednak treść stosunku umownego powinna być tak ukształtowana, aby po pierwsze umożliwić złożenie ofert potencjalnie szerokiemu kręgowi wykonawców oraz – w dalszej kolejności – umożliwić realizację zamówienia. Odwołujący podkreśla, iż jest świadomy, że celem postępowania
o zamówienie publiczne jest przede wszystkim realizacja uzasadnionych potrzeb zamawiającego, zaś nie każde niekorzystne – w ocenie wykonawców – postanowienie umowne może być uznane za sprzeczne z art. 16 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5
i art. 353^1 Kodeksu cywilnego. Odwołującemu znana jest również argumentacja Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którą zamawiający nie ma możliwości swobodnego wyboru kontrahenta, co jest rekompensowane przez przysługujące

mu prawo jednostronnego ukształtowania warunków umowy, zaś wykonawca brak wpływu na kształt zawieranej umowy i ryzyka, jakimi jest obciążony może rekompensować sobie poprzez właściwą wycenę oferty.

Celem odwołującego nie jest doprowadzenie do ukształtowania warunków realizacji przedmiotu zamówienia jak najbardziej dogodnych dla wykonawców, niezależnie od potrzeb zamawiającego. Celem odwołującego jest by postępowanie zostało przeprowadzone
a zamówienie zostało udzielenie z poszanowaniem przepisów prawa, zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania stron oraz zachowania równowagi stron umowy na realizację zamówienia, co daje gwarancje jego należytego wykonania i osiągnięcia zamierzonych celów zarówno przez zamawiającego zainteresowanego otrzymaniem robót budowlanych o wysokiej jakości, jak i po stronie wykonawcy zainteresowanego należytym wykonaniem zamówienia i w konsekwencji uzyskaniem doświadczenia niezbędnego do prowadzenia działań na rynku zamówień publicznych oraz osiągnięciem zysku i profitów finansowych w postaci odpowiedniego wynagrodzenia, co pozostaje w zgodzie z istotą prowadzenia działalności gospodarczej i odpłatnym charakterem zamówienia publicznego. Konieczność realizacji uzasadnionych potrzeb zamawiającego w oczywisty sposób wpływa na ograniczenie zasady swobody umów w obszarze zamówień publicznych, niemniej jednak należy dostrzec, iż swoboda zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umowy nie jest nieograniczona. Należy zwrócić uwagę na treść orzeczenia Sądu Okręgowego
w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych: "*Obowiązkiem zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. Jednak nie może on jednak korzystać z prawa oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą, zatem obowiązku współpracy*" (SO w Warszawie w wyr. 11.03.2022 r., XXIII Zs 146/21, Legalis). Z kolei Izba w wyroku z 25.04.2022 r. (KIO 914/22, Legalis) wskazała,
że "*uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swojego prawa podmiotowego nadużywać. Jest on ograniczony w szczególności treścią art. 353[1] KC oraz dyrektywą wynikającą z art. 5 KC. Dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu, rzetelnego postępowania, lojalności i zaufania w stosunkach kontraktowych*".

Odwołujący, w ślad za stanowiskiem zaprezentowanym przez Izbę wskazuje,
iż „*Uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym projektowanych postanowień umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy*
w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. Zamawiający
w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353[1] oraz art. 5 k.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie" (wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 roku, sygn. akt: KIO 2177/14).

Podkreślić należy, iż Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10 stwierdził, iż negatywne ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji
w postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko zamawiającego, ale również wykonawcy.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uznaje odwołanie w części. Zamawiający wskazał, co następuje.

Zamawiający nie uznaje zarzutów odwołującego zawartych w odwołaniu, dotyczących nieproporcjonalności warunków udziału w postępowaniu, tj. sformułowania w pkt. 10.2.4.1. SWZ (Uwagi pkt 4 lit. d) warunku udziału zamówienia, który jest warunkiem nieproporcjonalnym i nadmiarowym w zakresie, w jakim zamawiający wymaga, aby w zakresie budowy, przebudowy, rozbudowy, remontu lub modernizacji wymaganych dwóch obiektów użyteczności publicznej były zrealizowane elementy w postaci masztu antenowego.

Zamawiający wyjaśnił, iż dla realizacji łączności w sieciach radiowych Policji, na potrzeby stanowisk kierowania Policji, koniecznym jest uwzględnienie w projektowanych lub modernizowanych obiektach Policji infrastruktury dla radiokomunikacyjnych urządzeń stacjonarnych. Wymagane jest wyposażenie projektowanego budynku w odpowiedni maszt antenowy, posadowiony na jego dachu lub wybudowanie bezpośrednio w jego sąsiedztwie, wolnostojącego masztu antenowego (wieży antenowej). W budynku w pobliżu masztu antenowego, należy przewidzieć odpowiednie pomieszczenie techniczne dla zainstalowania urządzeń radiokomunikacyjnych (radiotelefonów). Pomieszczenie to

powinno zostać wyposażone w instalację zasilającą oraz niezbędne okablowanie strukturalne dla potrzeb zdalnego sterowania radiotelefonów oraz klimatyzację. Przyjęcie danego rozwiązania dotyczącego masztu antenowego, powinno brać pod uwagę lokalne uwarunkowania odnoszące się do propagacji fal radiowych, w tym położenie budynku oraz ukształtowanie terenu na obszarze działania danej jednostki, powinno zmierzać do zapewnienia wymaganego pokrycia zasięgiem radiowym obszaru działania jednostki Policji. Rozwiązanie powinno być każdorazowo opracowane przez projektanta w uzgodnieniu ze służbami łączności. Maszty antenowe i pozostałe elementy infrastruktury radiokomunikacyjnej (anteny, przewody antenowe, itp.) muszą zostać wyposażone w odpowiednią ochronę odgromową, zgodnie
z obowiązującymi w tym zakresie normami oraz przepisami.

Konstrukcja masztu musi spełniać następujące warunki:

-posiadać stopnie wejściowe,

-posiadać drabinkę kablową,

-dla konstrukcji rurowej musi posiadać – odpowiednią ilość poziomów odciągów.

Kable antenowe na zewnątrz budynków powinny być prowadzone na wspornikach, natomiast wewnątrz z wykorzystaniem dedykowanych tuneli dla kabli antenowych do wszystkich pomieszczeń. W KMP w Łodzi maszty antenowe wykorzystywane są do montażu systemów radioliniowych, które stanowią redundantne połączenia sieci OST112. Na potwierdzenie zamawiający złożył „Wytyczne nr 3/2013 Komendanta Głównego Policji
w sprawie standardów technicznych, funkcjonalnych i użytkowych obowiązujących
w obiektach służbowych Policji".

W zakresie sfomułowania w pkt. 10.2.4.1. SWZ (Uwagi pkt 4 lit. f) warunku udziału zamówienia, który jest warunkiem nieproporcjonalnym i nadmiarowym w zakresie, w jakim zamawiający wymaga, aby w zakresie budowy, przebudowy, rozbudowy, remontu lub modernizacji wymaganych dwóch obiektów użyteczności publicznej były zrealizowane elementy w postaci „strefy bezpieczeństwa akredytowanej przez ABW", zamawiający wskazał, iż doprecyzował ten przepis w następujący sposób: „*f) Strefa ochronna, w której będą lub są wykorzystywane akredytowane systemy przetwarzania informacji niejawnych - legitymowanie się doświadczeniem w realizacji zamówień obejmujących budowę, rozbudowę lub przebudowę obiektów, w których funkcjonują systemy przeznaczone do przetwarzania informacji niejawnych w oparciu o obowiązujące przepisy, a w szczególności par. 3 ust. 1, par. 4 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29 maja 2012 r. w sprawie środków bezpieczeństwa fizycznego stosowanych do zabezpieczania informacji niejawnych (Dz.U. 2012 poz. 683) oraz art. 48 Ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 756 ze zm.), które następnie uzyskały akredytację ABW lub SKW dopuszczającą system niejawne do użytku zgodnie z procedurą określoną w Zarządzeniu 35 Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego z dnia03.08.2021 roku w sprawie certyfikacji przez Agencje Bezpieczeństwa Wewnętrznego urządzeń, narzędzi oraz środków przeznaczonych do ochrony informacji niejawnych*".

Odnosząc się do zarzutów odwołującego zawartych w załączniku nr 1 do odwołania zamawiający wskazał, co następuje.

Zarzut lp. 1. Zamawiający uznaje zarzut odwołującego dotyczący terminów zakończenia realizacji przedmiotu postępowania, który został wskazany w SWZ oraz we wzorze umowy zmieniając odpowiednio: pkt. 9 SWZ oraz § 2 ust. 1 projektowanych postanowień umowy.

Zarzut lp. 2. Zamawiający odnosząc się do zarzutów dotyczących zapisów umowy
o „odbiorach bez wad" dokonuje uzupełnienia w § 2 ust. 2 umowy poprzez dodanie wyrazu „wadami". Zapis § 2 ust. 2 otrzymuje brzmienie: „*2. Za dotrzymanie terminu zakończenia realizacji przedmiotu Umowy – całego zadania inwestycyjnego, uważa się dostarczenie Zamawiającemu protokołu końcowego odbioru robót budowlanych (dopuszczalny jest odbiór końcowy przedmiotu umowy z wadami/usterkami nieistotnymi, nie mającymi wpływu na użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem) wraz z kompletem dokumentów odbiorowych wymaganych obowiązującymi przepisami prawa, w tym pozwolenia na użytkowanie obiektu, wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą techniczną*".

W § 13 dodaje się jako ust. 2, zapis o treści: „*2. Ilekroć w nin. umowie jest mowa o „odbiorze przedmiotu umowy lub jego części bez wad lub usterek", rozumie się przez to odbiór bez wad istotnych, tj. mających wpływ na użytkowanie przedmiotu umowy lub danej jego części zgodnie z przeznaczeniem, wymaganymi standardami funkcjonowania lub celem umowy, lub wad polegających na niezgodności z projektem lub zasadami wiedzy technicznej*".

Dotychczasowe oznaczenia ustępów w § 13 otrzymują odpowiednio zmienione oznaczenia (ust. 3 i następne).

Zamawiający zmienia zapis pkt. 5.10 SWZ oraz w pkt. 4 Formularza ofertowego – załącznik nr 1 do SWZ, które otrzymują brzmienie: „*5.10. Wymagany okres gwarancji- minimum 61 miesięcy, maksymalnie 120 miesięcy od dnia odbioru przedmiotu umowy bez wad lub usterek*".

„*Okres gwarancji ustalamy na ..... (min.61 - maks.120) miesięcy /należy podać w pełnych miesiącach/ od daty odbioru końcowego tych robót bez wad/usterek*".

Zarzut lp. 3. Zamawiający odnosząc się do zarzutów dotyczących wypłaty zaliczek uwzględnia zarzut odwołującego poprzez nadanie § 12^1 ust. 1 następującego brzmienia:
„*1. Zamawiający dopuszcza możliwość udzielenia na pisemny wniosek Wykonawcy zaliczki na poczet wykonania zamówienia (wykonania dokumentacji, robót i zakupu materiałów budowlanych) w wysokości do 20% łącznej wartości umowy brutto, o której mowa w § 11 ust. 1*".

Zarzut lp. 4.

1) Zamawiający odnosząc się do zarzutów dotyczących wniesienia przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający uzupełnia pkt 23 SWZ poprzez dodanie zapisu: „*Doświadczenie Zamawiającego pozyskane podczas wykonywania umowy przez pierwotnego wykonawcę, wskazuje, że realizacja zamówienia wiąże się w wysokim ryzykiem powstania zaległości płatniczych względem podwykonawców robót. ZNWU w wysokości 10% wartości kontraktu ma zabezpieczyć zamawiającego przed „osobistym" regulowaniem należności podwykonawców w ramach bezpośrednich płatności z PZP lub solidarnej odpowiedzialności z art. 647 (1) KC. Elementem wpływającym na poziom ryzyka kontraktu po stronie zamawiającego, również wpływającym na wysokość ZNWU jest fakt, że umowa obejmuje dokończenie robót, zamawiający może wielokrotnie spotkać się z twierdzeniami o nienależytym wykonaniu robót zastanych i konieczności ich poprawy*".

Na potwierdzenie powyższego wymogu zamawiający załączył zestawienie 87 niezaspokojonych podwykonawców zgłoszone przez poprzedniego wykonawcę inwestycji.

W związku z uzupełnieniem zapisu w pkt 23 SWZ zapisy § 13 ust. 7 (wg nowej numeracji, po wstawieniu nowego ust. 2) pozostają bez zmian.

2) Zamawiający odnosząc się do zarzutów dotyczących fragmentu § 11 ust. 10 umowy (drugie zdanie) – usuwa kwestionowane zdanie, i po dotychczasowym zdaniu trzecim dodaje zapis: „*Art. 465 ust. 5 uPzp stosuje się*".

Zarzut lp. 5. Zamawiający uwzględnia zarzut odwołującego (§ 13 ust. 10, po zmianie numeracji), który otrzymuje nowe brzmienie: „Część zabezpieczenia w wysokości 30 % służąca do pokrycia roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub roszczeń z gwarancji, zostanie zwrócona w ciągu 15 dni po upływie okresu rękojmi (lub gwarancji – zależnie od tego, który okres jest dłuższy), na pisemny wniosek Wykonawcy".

Zarzut lp. 6 Zamawiający nie uwzględnia zarzutu dotyczącego zastosowania terminu „opóźnienie" - posłużenie się terminem zwłoka jest przemyślane, zamierzone i uzasadnione:

- odnośnie do § 15 ust. 1 pkt 7 (nieterminowa zapłata podwykonawcom) - doświadczenie zamawiającego pozyskane podczas wykonywania umowy przez pierwotnego wykonawcę, wskazuje, że realizacja zamówienia wiąże się z wysokim ryzykiem powstania zaległości płatniczych względem podwykonawców robót (dowód do odpowiedzi na odwołanie: zestawienie 87 niezaspokojonych podwykonawców poprzedniego generalnego wykonawcy – pismo z dnia 06.06.2023r.), zastosowanie „opóźnienia" ma mobilizować generalnego wykonawcę do terminowej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom,

-odnośnie do § 17 ust. 2 pkt 4 (opóźnienie z wykonaniem przedmiotu umowy w stosunku do terminów Harmonogramu rzeczowo-finansowego) – dotrzymanie terminu wykonania umowy jest dla zamawiającego bardzo istotne, wynika z faktu długotrwałości budowy (od stycznia 2021), pracownicy zamawiającego pracują w bardzo niekomfortowych warunkach, przeniesieni do innych obiektów, na małych powierzchniach, zapis przewiduje uprzednie wyznaczenie przez zamawiającego dodatkowego terminu do nadrobienia zaległości; wykonawca z natury ma możliwość wykazania przyczyn niedotrzymania terminu wykonywania umowy, zamawiający natomiast ma bardzo ograniczone możliwości wykazywania winy wykonawcy. Zamawiający w pozostałych przypadkach (np. § 15 ust. 1 pkt 1 i 2) posługuje się terminem zwłoka zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Zarzut lp. 7. Zamawiający nie uwzględnia zarzutu dotyczącego żądania wprowadzenia kar umownych nakładanych na zamawiającego. Brak takich zapisów jest powszechnie akceptowany przez organy kontroli zamówień publicznych, nie narusza zasady swobody umów ani zasad współżycia społecznego, w praktyce Jednostek Sektora Finansów Publicznych nie wprowadza się zapisów nakładających kary umowne na zamawiających a brak kar umownych nie narusza art. 16 PZP.

Zarzut lp. 8. Zamawiający nie uwzględnia zarzutu dotyczącego limitu kar umownych (20 %). Limit kar umownych jakimi zamawiający może obciążyć wykonawcę nie jest wysoki. Zamawiający pozostawia bez zmian zapis § 15 ust. 3 „naliczoną karę umowną Zamawiający może potrącić z należności Wykonawcy objętej fakturą za wykonanie Umowy" – zapis nie jest sprzeczny z ustawą Pzp, ani zasadami współżycia społecznego, jest w pełni akceptowalny w orzecznictwie organów kontrolujących zamówienia publiczne, potrącenie należności jest regulowane w przepisach KC i nawet brak tego zapisu umożliwiałby zamawiającemu dokonanie potrącenia po zaistnieniu przesłanek.

Zarzut lp. 9. Zamawiający nie uwzględnia zarzutów dotyczących zapisów § 10 ust. 5 i 7 projektowanych postanowień umowy. Zapisy te zmierzają do uzyskania pożądanego, zamierzonego efektu umowy, budynku nadającego się do

zamierzonego użytkowania, są usprawiedliwione dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu umowy. Jednocześnie w sposób oczywisty są uzasadnione potrzebą zamawiającego, która polega na oczekiwaniu należytego wykonania przedmiotu umowy, nie naruszają, jak twierdzi odwołujący, przepisów KC o rękojmi (nie mogą naruszać, bo § 10 ust. 5 nie znajduje się w etapie odpowiedzialności wykonawcy z tytułu rękojmi, a jest przed odbiorem, „w etapie" nienależytego wykonania umowy).

Zarzut lp. 10. Zamawiający nie uwzględnia zarzutów dotyczących zapisów § 7 ust. 5 projektowanych postanowień umowy. Zapisy są zgodne z zasadą swobody umów, nie naruszają zasad współżycia społecznego. Powołanie się w zarzucie na przepisy ustawy
o dostępie do informacji publicznej zamawiający ocenia jako nieadekwatne. Przepisy tej ustawy znajdują zastosowania do podmiotów wykonujących władzę publiczną, dysponujących środkami publicznymi – zamawiający byłby zobowiązany do udostępnienia umowy, gdyby zwrócił się o to ktokolwiek, natomiast zamawiający nie znajduje uzasadnienia, aby wykonawca mógł planować ujawnianie danych dotyczących zamawiającego lub inwestycji, w tym danych finansowych lub projektowych – zwłaszcza, że dotyczą obiektu policji.

Jednakże zamawiający w celu dookreślenia zapisów modyfikuje § 7 ust. 5 projektowanych postanowień umowy stanowiących załącznik nr 11 do SWZ poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „*5. Wykonawca zobowiązuje się traktować jako poufne wszelkie informacje dotyczące Zamawiającego lub inwestycji pozyskane w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, a w szczególności dane finansowe, projektowe (w tym dane obejmujące organizację komórek organizacyjnych użytkownika obiektu). Nie dotyczy to wykonywania obowiązków wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa lub nakazu jakiegokolwiek organu państwowego, jak również sytuacji niezbędnych do należytego wykonania nin. umowy, w szczególności udostępnienia danych w ramach umowy zawartej
z podwykonawcą. W sytuacjach budzących wątpliwości Wykonawca jest zobowiązany uzyskać pisemną zgodę zamawiającego na posłużenie się w/wym. danymi. Postanowienie to będzie uwzględnione we wszystkich umowach zawieranych z podwykonawcami lub osobami, którymi wykonawca posługuje się przy wykonywaniu niniejszej Umowy. W razie ich ujawnienia Zamawiający obciąży Wykonawcę karą umowną, o której mowa w § 15 ust. 1 pkt 4*".

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych
w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła,

iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów opisanych jako lp 1 i lp 5 załącznika do odwołania ze względu na okoliczność, iż zamawiający uwzględnił odwołanie
w tej części, a odwołujący z tą czynnością się zgodził.

Do rozpoznania na rozprawie zostały skierowane pozostałe zarzuty odwołania.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości stanowisko zamawiającego (za wyrokiem SO w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „*Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów*"), wskazuje, co następuje.

Zarzuty dotyczące SWZ.

W warunku opisanym w pkt. 10.2.4.1. SWZ (czytanym wraz z uwagą nr 4 zamieszczoną pod warunkiem) zamawiający postawił wymaganie, aby w zakresie budowy, przebudowy, rozbudowy, remontu lub modernizacji wymaganych dwóch obiektów użyteczności publicznej były zrealizowane elementy w postaci masztu antenowego oraz „strefy bezpieczeństwa akredytowanej przez ABW".

Izba wskazuje, iż stosownie do obowiązujących zasad prawa zamówień publicznych, w tym także wynikających z orzecznictwa KIO, to zamawiający jako gospodarz postępowania określa swoje uzasadnione potrzeby. W sytuacji, gdy opis przedmiotu zamówienia jest podyktowany uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a nie zamiarem faworyzowania konkretnego wykonawcy i dyskryminowania innych wykonawców, nie jest możliwe skuteczne ingerowanie w określony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji decydowanie za zamawiającego,

jakie rozwiązania ma dopuścić (wyrok KIO z 28.03.2023 r. KIO 704/23). Pod pojęciem uzasadnionych potrzeb zamawiającego należy rozumieć pewne oczekiwania zamawiającego odnoszące się do nabywanego dobra, których spełnienie pozwoli na uzyskanie określonych efektów. Przy czym należy mieć na uwadze, że potrzeby te mogą się zmieniać w czasie. Zamawiający udzielając licznych zamówień nabywa stosowne doświadczenie i wnioski dotyczące dokonywanych zakupów. Nie można zatem odmówić mu prawa do tego, że na podstawie dokonywanych na bieżąco analiz z pewnych rozwiązań, które do tej pory stosował rezygnuje (wyrok KIO z 24.03.2023 r. KIO 603/23). Zamawiający ma prawo tak określić przedmiot zamówienia, aby opisać go adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm i precyzję w formułowaniu swoich potrzeb. Nie narusza przepisów p.z.p. sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, który uwzględnia potrzeby zamawiającego, nawet jeżeli utrudnia lub uniemożliwia niektórym podmiotom dostęp do zamówienia. Obowiązek zachowania zasady uczciwej konkurencji nie oznacza,
iż zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w sposób odzwierciedlający jego potrzeby (wyrok KIO z 19.01.2023 r. KIO 3536/22).

Tym samym, okoliczności związane z opisem warunku udziału w postępowaniu, należy przyjąć przez analogię.

Wskazać należy, iż odwołujący bardzo pobieżnie, wręcz lakonicznie odwołuje się do kwestionowanych postanowień SWZ. Zdaniem Izby, odwołujący nie wykazał/nie udowodnił zasadności stawianego zarzutu. Co prawda na rozprawie odwołujący wniósł
o przeprowadzenie dowodu z protokołów inwentaryzacyjnych, lecz zdaniem Izby pozostają one bez znaczenia dla oceny postawionego zarzutu.

Ponadto odwołujący nie udowodnił w jakim zakresie kwestionowany warunek ogranicza konkurencję w postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, że zainstalowanie masztu antenowego nie stanowi żadnego wyzwania o charakterze organizacyjnym, technicznym czy technologicznym dla doświadczonego wykonawcy. Zdaniem Izby, zamawiający jako jednostka realizująca zadania publiczne w krytycznym obszarze bezpieczeństwa ma prawo żądać od wykonawców, aby w zakresie budowy, przebudowy, rozbudowy, remontu lub modernizacji wymaganych dwóch obiektów użyteczności publicznej zrealizowano element w postaci masztu antenowego oraz „strefy bezpieczeństwa akredytowanej przez ABW".

Zarzuty dotyczące PPU.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego dotyczące postanowień projektowanych postanowień umowy, są niezasadne. Zdaniem Izby, zamawiającemu jako podmiotowi, któremu zależy na udzieleniu zamówienia publicznego wykonawcy sprawdzonemu, doświadczonemu i posiadającemu odpowiedni potencjał, przysługują określone uprawnienia, które zostają uzewnętrznione w dokumentacji przetargowej. Dlatego też zamawiający, opisując wymagania, względem potencjalnych wykonawców, w sposób szczegółowy zobowiązany jest je w taki sposób sprecyzować, aby były one zrozumiałe
i jednoznaczne. Nie ulega wątpliwości, że zamawiający jako podmiot sektora finansów publicznych, stojący na straży prawidłowego wydatkowania środków publicznych, stoi na pozycji bardziej uprzywilejowanej niż wykonawcy. Stąd ocena prawidłowości postanowień SWZ, PFU, PPU musi uwzględniać wskazaną wyżej pozycję zamawiającego. Oczywiście nie jest możliwe usankcjonowanie takich postanowień, które są wprost sprzeczne z aktualnie obowiązującymi przepisami prawa. Badanie i prawidłowe ustalenie zgodności postanowień dokumentacji przetargowej daje bowiem pewność obrotu gospodarczego, uwarunkowanego zachowaniem równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

W przedmiotowym postępowaniu odwołujący zarzucił zamawiającemu szereg naruszeń, które w ocenie odwołującego taką konkurencję naruszają, powodują nierównowagę stron, czy też są nadmierne, nieuzasadnione potrzebami zamawiającego.

Ze stanowiskiem odwołującego nie sposób się zgodzić. Zdaniem Izby, wszystkie naruszenia wskazywane przez odwołującego, nie są tego typem naruszeń, które uniemożliwiają czy też utrudniają skonstruowanie i wycenę oferty wykonawcy, a co najważniejsze nie preferują określonego wykonawcy (odwołujący okoliczności tej nie wykazywał). To, że niektóre z postanowień PPU odwołujący uznaje za nieprawidłowe stanowi jedynie jego subiektywne odczucie, nie znajdujące oparcia w przepisach. Zwrócić należy uwagę na fakt, iż to wykonawca oceniając możliwość przystąpienia do danego zamówienia publicznego jest w stanie ocenić ryzyka związane z jego realizacją a co za tym idzie ma możliwość stosownej wyceny takich ryzyk. I tak dla przykładu zarzuty opisane w załączniku nr 1 do odwołania w pozycjach (lp): 3, 4, 6, 7, 8 czy 9 stanowią zwykłe ryzyko kontraktowe, które profesjonalny wykonawca jest w stanie prawidłowo zidentyfikować i przy dołożeniu należytej staranności wyeliminować z zastosowania. Rzetelny wykonawca nie ma bowiem podstaw do obawy, że zostaną uruchomione procedury, wynikające z umowy.

Dlatego też Izba stwierdziła, że zarzuty odwołujący stanowią jedynie próbę polepszenia sytuacji odwołującego w postępowaniu, nie stanowią zaś naruszenia prawa.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:……