

WYROK
z dnia 27 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2012 r. przez wykonawcę **IMPEL TECH SOLUTIONS Spółka z o.o., ul. Marsa 56A, 04-242 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Naczelny Sąd Administracyjny, ul. Gabriela Piotra Boduena 3/5, 00-011 Warszawa** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zapewnienie prawidłowego i bezawaryjnego działania infrastruktury technicznej w budynkach Naczelnego Sądu Administracyjnego” (znak PN-6/12)

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - **IMPEL TECH SOLUTIONS Spółka z o.o., ul. Marsa 56A, 04-242 Warszawa** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **IMPEL TECH SOLUTIONS Spółka z o.o., ul. Marsa 56A, 04-242 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

1

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie
do wyroku z dnia 27 grudnia 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2744/12

Zamawiający – Naczelny Sąd Administracyjny, ul. Gabriela Piotra Boduena 3/5, 00-011 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zapewnienie prawidłowego i bezawaryjnego działania infrastruktury technicznej w budynkach Naczelnego Sądu Administracyjnego” (znak PN-6/12).

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

W dniu 29.11.2012 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE.

W dniu 01.12.2012 r. ogłoszenie zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE Nr 2012/S 232-382047.

W dniu **01.12.2012 r.** ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE, zaś SIWZ zamieszczona na stronie internetowej.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **11.12.2012 r.**, w którym Odwołujący wskazał, że na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp składa odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy formułowaniu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz opisie sposobu oceniania ich spełnienia oraz przy żądaniu dokumentów na potwierdzenie ich spełnienia,
- 2) art. 22 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie prawidłowego określenia warunków udziału w postępowaniu oraz opisu ich spełnienia,
- 3) art. 22 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie warunków udziału w postępowaniu oraz opisu ich spełnienia na poziomie nieproporcjonalnym do opisu przedmiotu zamówienia,
- 4) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie opisu przedmiotu zamówienia,

3

5) art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp w związku z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, poprzez wadliwe opisanie warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów żądanych na potwierdzenie ich spełnienia oraz sposób ich oceny przez Zamawiającego.

Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji kwestionowanych przez Odwołującego postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego w odwołaniu.

Wskazanie interesu Odwołującego:

Odwołujący oświadczył, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu uniemożliwiają mu złożenie oferty i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, iż w dniu 1 grudnia 2012 r. zostało opublikowane ogłoszenie oraz SIWZ.

W ocenie Odwołującego postanowienia ogłoszenia oraz SIWZ są wadliwe, ograniczają uczciwą i swobodną konkurencję oraz preferują ograniczony krąg podmiotów kosztem pozostałych. Postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ naruszają, w jego ocenie, przepis art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 i 4, art. 29 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt. 5 i 6 ustawy Pzp w związku z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 31 grudnia 2009 r. nr 226 poz. 1817) i jak wskazał nie może zgodzić się z nimi.

I. Zgodnie z pkt. III.2.2.2 ogłoszenia o zamówieniu (por. VII.4.b) SIWZ) Zamawiający wskazał, że Wykonawcy są zobowiązani wykazać, iż „są ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na sumę ubezpieczenia nie mniejszą niż 20.000.000,00 zł., na potwierdzenie czego przedstawią aktualną polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności (...)”.

W ocenie Odwołującego wymóg Zamawiającego narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu. Wymóg Zamawiającego jako nadmierny narusza również przepis art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, według

4

którego opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z ogłoszeniem zamieszczonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2009/S 66-094321 w dniu 04.04.2009r. Zamawiający udzielił zamówienia publicznego

w poprzednim postępowaniu Wykonawcy: Dalkia Facility Management Sp. z o.o. za kwotę brutto w wysokości 4 762 156.00 PLN.

Nawet przyjmując, iż przedmiot zamówienia został zmodyfikowany w obecnym postępowaniu przetargowym przez Zamawiającego w taki sposób, iż aktualny zakres obejmuje więcej lokalizacji, to nie ma podstaw do uznania, aby wartość szacunkowa planowanej usługi została zwiększona aż czterokrotnie.

W rezultacie, mając na względzie wartość usługi, należy uznać, iż wymagana przez Zamawiającego suma ubezpieczenia na poziomie 20 mln złotych, jest warunkiem nieproporcjonalnym do wartości przedmiotu zamówienia, a przez to ograniczającym konkurencję w postępowaniu.

śądanie:

Odwolujący wniósł o modyfikację postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w następującym proponowanym brzmieniu:

„są ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na sumę ubezpieczenia nie mniejszą niż 6.000.000.00 zł., na potwierdzenie czego przedstawia aktualną polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności (...).

II. Zgodnie z pkt. III.2.3.1) ogłoszenia o zamówieniu (por. VII. 1.2 SIWZ) Zamawiający stanowi, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

1) *posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. wykażą się (przedstawią wykaz) wykonaniem (wykonywaniem) usług polegających na obsłudze eksploatacyjnej, serwisie technicznym oraz konserwacji infrastruktury technicznej budynków biurowych, realizowanych nieprzerwanie w czasie minimum 12 miesięcy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu zamówienia objętego usługą, dat rozpoczęcia i zakończenia wykonania tych usług, nazw i adresów obsługiwanych obiektów oraz nazw i adresów zamawiających, a także załączą dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należycie. Z przedstawionego wykazu usług musi wynikać, że Wykonawca posiadał w obsłudze w ww. okresie 12 miesięcy, w zakresie rzeczowym odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, co*

5

najmniej dwa budynki biurowe (klasa 1220 wg rozporządzenia Rady Ministrów z 30 grudnia 1999 roku w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych - Dz. U. Nr 112, poz. 1316 wraz ze zmianami z 2002 r. Dz. U. Nr 18, poz. 170) o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 10.000 m² każdy. Za zakres rzeczowy odpowiadający przedmiotowi zamówienia uznana zostanie obsługa eksploatacyjna, serwis techniczny oraz konserwacja infrastruktury technicznej budynków biurowych, obejmująca co najmniej systemy wymienione w kolumnie „Nazwa systemu” tabeli w załączniku nr 1A do SIWZ z wyłączeniem: pkt 1.5, 1.6. 1.12, 4, 6, 10.1, 12.2, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23. Każdy z pozostałych systemów, wymienionych w załączniku nr 1A do SIWZ, musi wystąpić w budynkach. spełniających wyżej podane wymagania, a wykazanych przez Wykonawcę w składanej ofercie, przynajmniej 1 raz. Wzór wymaganego do przedstawienia wykazu zrealizowanych usług zawarty jest w załączniku nr 7 do SIWZ.

W ocenie Odwołującego powyższy warunek również narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu. Wymóg Zamawiającego jako nadmierny narusza również przepis art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, według którego opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Po pierwsze, Zamawiający - mimo szczegółowego opisu warunku udziału w postępowaniu - nie określił wartości wymaganej usługi w zakresie doświadczenia.

Po drugie, Zamawiający nie sprecyzował, czy usługa ma dotyczyć dwóch budynków w ramach jednej umowy, czy też Wykonawca może wykazać doświadczenie na podstawie dwóch umów, w ramach których wykonał usługę dotyczącą każdorazowo jednego budynku.

Po trzecie. Zamawiający wymaga w sposób nadmierny, aby usługa obejmowała budynki biurowe (klasa 1220 wg rozporządzenia Rady Ministrów z 30 grudnia 1999 roku w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych- Dz. U. Nr 112, poz. 1316 wraz ze

zmianami z 2002 r. Dz. U. Nr 18, poz. 170). W ocenie Odwołującego za wystarczające w tym zakresie jest ogólne odniesienie do budynków użyteczności publicznej.

Po czwarte, wskazany przez Zamawiającego „zakres rzeczowy odpowiadający przedmiotowi zamówienia” jest nieczytelny a nadto również ogranicza konkurencję

Por. „Za zakres rzeczowy odpowiadający przedmiotowi zamówienia uznana zostanie obsługa eksploatacyjna, serwis techniczny oraz konserwacja infrastruktury technicznej budynków biurowych, obejmująca co najmniej systemy wymienione w kolumnie „Nazwa systemu” tabeli w załączniku nr 1A do SIWZ z wyłączeniem: pkt 1.5, 1.6, 1.12, 4, 6, 10.1, 12.2, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23. Każdy z pozostałych systemów, wymienionych w załączniku nr 1A do SIWZ, musi wystąpić w budynkach, spełniających wyżej podane wymagania, a wykazanych przez Wykonawcę w składanej ofercie, przynajmniej 1 raz. Wzór

wymaganego do przedstawienia wykazu zrealizowanych usług zawarty jest w załączniku nr 7 do SIWZ”.

Zarzuty dotyczą tutaj wielu aspektów. Wymóg, aby każdy z systemów wymienionych musiał wystąpić w budynkach sprawia, iż właściwe jest wyłącznie doświadczenie Wykonawcy uzyskane wyłącznie na obiektach Zamawiającego - organizatora niniejszego postępowania. W konsekwencji żaden inny Wykonawca, poza dotychczasowym Wykonawcą, który aktualnie wykonuje usługę na rzecz Zamawiającego - organizatora niniejszego postępowania, nie jest w stanie wykazać niezbędne doświadczenie.

śądanie:

Odwołujący wnosi o modyfikację postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w następującym proponowanym brzmieniu:

1) posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. wykażą się (przedstawią wykaz) wykonaniem (wykonywaniem) usług polegających na obsłudze eksploatacyjnej, serwisie technicznym oraz konserwacji infrastruktury technicznej budynków biurowych, realizowanych nieprzerwanie w czasie minimum 12 miesięcy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu zamówienia objętego usługą, dat rozpoczęcia i zakończenia wykonania tych usług, nazw i adresów obsługiwanych obiektów oraz nazw i adresów zamawiających, a także załączą dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należycie. Z przedstawionego wykazu usług musi wynikać, że Wykonawca posiadał w obsłudze w ww. okresie 12 miesięcy, dwa budynki użyteczności publicznej w zakresie kompleksowej obsługi technicznej lub w zakresie podobnym do przedmiotu zamówienia o łącznej powierzchni budynków 10 000 m na podstawie jednej umowy, która dotyczyła usług o wartości 3.000.000 zł. brutto.

III. Zgodnie z pkt. VI.3 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający stanowi, iż „przed przystąpieniem do sporządzania oferty Wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego o udostępnienie do wglądu dokumentacji technicznej obiektów. Możliwe jest również dokonanie wizji lokalnej obiektów, po uprzednim telefonicznym uzgodnieniu terminu z (...). Ze względu na charakter i rozmiar obiektów, dokumentacja i rysunki techniczne będą dostępne jedynie do wglądu w siedzibie Zamawiającego.”

Odwołujący stwierdza, że zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 ustawy 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.

Opis przedmiotu zamówienia winien zostać przez Zamawiającego precyzyjnie określony na etapie przygotowania postępowania w SIWZ, nie zaś w trakcie wizji lokalnej z Wykonawcą.

W konsekwencji wizja lokalnej nie jest wprowadzie obligatoryjna, ale Wykonawca, który nie weźmie w niej udziału, nie uzyska niezbędnych informacji do przygotowania rzetelnej oferty. Narusza zasadę pisemności postępowania przetargowego.

śądanie:

Odwołujący wnosi o skonkretyzowanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisu przedmiotu zamówienia bez konieczności odbywania wizji lokalnej.

Zamawiający pismem z dnia 14.12.2012 r. wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania wniesionego przez Impel Tech Solutions sp. z o.o. w dniu 11 grudnia 2012 r. oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa w postępowaniu odwoławczym.

W uzasadnieniu wskazał, co następuje.

Zarzuty podniesione przez Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie i stanowią w istocie próbę wymuszenia przez podmiot nie spełniający warunków udziału w postępowaniu obniżenia standardów określonych w SIWZ.

Wobec powyższego w pierwszej kolejności podnieść należy, że zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej poglądem to Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, w związku z czym dla zabezpieczenia prawidłowego jego przebiegu, zagwarantowania wykonania zamówienia w sposób należyty, zobowiązany jest do wymagania od potencjalnych wykonawców, starających się o udzielenie zamówienia publicznego spełnienia takich warunków udziału w postępowaniu, które będą adekwatne do tego przedmiotu: jego charakteru, skali oraz okresu trwania (np. wyrok KIO z dnia 7 marca 2011 r. /KIO 353/11/).

Przedmiotem niniejszego postępowania objęta jest obsługa dwóch budynków sądowych, w których realizowane są funkcje orzecznicze w udziałem publiczności, o wysokim stopniu nasycenia infrastrukturą techniczną, wybudowanych w standardzie tzw. „budynków inteligentnych”, tj. budynków wyposażonych w system czujników i detektorów oraz zintegrowane systemy zarządzania znajdującymi się w tych budynkach instalacjami, które tworzą swoisty system naczyń połączonych. Oznacza to, iż niewłaściwa obsługa poszczególnych instalacji może powodować negatywne oddziaływanie na inne zlokalizowane w budynku systemy, aż do całkowitego uniemożliwienia wykonywania pracy (np. awaria systemu wentylacji przy braku możliwości otwarcia okien). Nieprofesjonalna obsługa tych

8

złożonych systemów technicznych w określonych sytuacjach stwarza także poważne zagrożenie pożarowe, jak również generuje ryzyko zalania budynku sądowego.

Z uwagi więc na stopień zaawansowania i skomplikowania infrastruktury technicznej budynków, o wartości wyrażającej się w dziesiątkach milionów złotych, oraz potencjalne konsekwencje jej niewłaściwej obsługi Zamawiający zobligowany jest do określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób, który zapewni wyłonienie wykonawcy posiadającego odpowiedni potencjał i doświadczenie w realizacji tego typu czynności, co jest warunkiem niezbędnym dla zapewnienia prawidłowego funkcjonowania budynków sądowych, a tym samym możliwości realizowania konstytucyjnej misji sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez Naczelny Sąd Administracyjny.

Jak wielokrotnie podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie realizacja zasady konkurencji i równego traktowania wykonawców nie może być utożsamiana z obowiązkiem dopuszczenia do udziału w postępowaniu wszystkich wykonawców, którzy ewentualnie mogliby wykonać przedmiot zamówienia, bez sprawdzenia ich wiarygodności i zdolności należytego wykonania zamówienia. Z tego względu postawione przez Zamawiającego warunki nie mogą być zmieniane wyłącznie z uwagi na to, że nie spełnia ich dany wykonawca. Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 września 2012 r. /KIO 1948/12/ „nieuprawnionym jest wymaganie od zamawiającego, aby zrezygnował on z własnych interesów w postaci rękojmi należytego wykonania zamówienia, obniżając postawione wykonawcom wymogi w celu umożliwienia ubiegania się o przedmiotowe zamówienie wykonawcom nie posiadającym odpowiedniego doświadczenia”.

Odnosząc się zaś do poszczególnych zarzutów podniesionych przez Odwołującego Zamawiający stwierdził, co następuje.

Ad.1. - odnośnie zarzutu w zakresie wymaganej wartości polisy ubezpieczeniowej.

Postawiony przez Odwołującego zarzut jest nie zasadny i wynika z błędnego przyjęcia, iż wyznacznikiem dla potencjału ekonomicznego Wykonawcy, służącego do zweryfikowania jego zdolności do podolania przedmiotowi zamówienia, jest wyłącznie wartość wynagrodzenia przysługującego temu wykonawcy z tytułu realizacji danego zamówienia.

Należy wobec tego wskazać, że na obecnym etapie prowadzonego postępowania posiadanie przez Wykonawcę ubezpieczenia OC jest potwierdzeniem wiarygodności danego wykonawcy, dowodem jego zdolności do ubezpieczenia własnej działalności, pozytywnej weryfikacji ubezpieczonego przez ubezpieczyciela i udźwignięcia ciężarów z tym związanych (wyrok KIO z dnia 20 sierpnia 2012 r. /KIO 1676/12/), a zarazem służy wykazaniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy (wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2012 r. /KIO 2786/11/).

Zauważyć również należy, że stosownie do art. 22 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do tego przedmiotu. W niniejszym postępowaniu przedmiot zamówienia dotyczy powierzenia Wykonawcy obsługi budynków sądowych, obejmującego odpowiedzialność Wykonawcy za utrzymanie w należyтым stanie i bezpieczeństwie technicznym tych obiektów oraz znajdujących się w nich urządzeń instalacji i systemów.

Weryfikowana w ramach przywołanego warunku zdolność ekonomiczna Wykonawcy musi być zatem proporcjonalna do uwarunkowań przedmiotu zamówienia, na które składają się w szczególności powierzone Wykonawcy systemy infrastruktury technicznej oraz jego odpowiedzialność za potencjalne szkody mogące wynikać z ich niewłaściwej obsługi.

W tym stanie rzeczy zauważyć należy, że wartość samych systemów infrastruktury technicznej oraz pierwszego wyposażenia poszczególnych budynków sądowych objętych prowadzonym postępowaniem wynosi odpowiednio ok. 33 mln złotych dla pierwszego z nich i 14 mln złotych dla drugiego, co składa się na łączną wartość w wysokości ok. 47 mln złotych (gdyby zaś wziąć pod uwagę wartość odtworzeniową budynków, na wypadek wystąpienia - w efekcie niewłaściwej obsługi - szkód ingerujących w ich strukturę, wynik znacznie przekroczyłby 100 mln złotych).

Podkreślenia wymaga również, że Wykonawcy powierzona zostanie obsługa nie jakichkolwiek budynków biurowych, lecz budynków sądowych w których realizowane są funkcje orzecznicze Naczelnego Sądu Administracyjnego, do którego w ciągu tylko 2011 r. wpłynęło niemalże 15 000 skarg kasacyjnych, przy stale odnotowywanej tendencji wzrostowej w tym zakresie. Jednocześnie w skali roku w prowadzonych postępowaniach biorą udział dziesiątki tysięcy osób, w charakterze stron, uczestników, bądź tylko obserwatorów toczących się postępowań.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że niewłaściwa realizacja przedmiotu zamówienia, mającego newralgiczne znaczenie dla zapewnienia możliwości wypełniania konstytucyjnej misji sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez Naczelny Sąd Administracyjny, mogąca doprowadzić - z uwagi na specyfikę powierzanych zadań - do wystąpienia w tych budynkach ryzyka pożaru lub zalania, a tym samym zagrożenia bezpieczeństwa przebywających w nich osób, w tym uczestników postępowań sądowych, a także zniszczenia lub uszkodzenia akt spraw sądowych i uniemożliwienia rozpoznania spraw w przepisanych terminach nie tylko negatywnie oddziaływała będzie na realizację prawa obywateli do sądu ale także pociągnie za sobą wielomiliardowe finansowe skutki ekonomiczne w państwie, w szczególności jeżeli się zważy na następstwa stanowiące konsekwencje prawno-ekonomiczne niemożności rozpoznawania spraw w rozsądnych

terminach dotyczących danin publicznych, spraw gospodarczych, inwestycyjno-budowlanych, ładu przestrzennego, itd.

Postawiony przez Zamawiającego warunek w zakresie wysokości posiadanego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, mający potwierdzać sytuację finansową i ekonomiczną Wykonawcy na poziomie proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia, a zarazem jego potencjał umożliwiający sprawne wywiązanie się z powierzanego zakresu obowiązków i odpowiedzialności z tego tytułu, nie jest wygórowany, stanowiąc jedynie niewielki procent wartości powierzanych obsłudze Wykonawcy elementów infrastruktury technicznej, oraz znikomą wręcz wartość przy uwzględnieniu potencjalnych skutków niewłaściwej realizacji przedmiotu zamówienia.

Z powyższego jasno wynika, iż określając wymaganą wysokość polisy ubezpieczeniowej Zamawiający miał na uwadze konieczność zweryfikowania zdolności ekonomiczno - finansowej Wykonawcy do podolania realizacji zamówienia. Jednocześnie podkreślić należy, że określając szczegółowe warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający zobowiązany jest dokonać tego w taki sposób, aby w postępowaniu mogli uczestniczyć nie wszyscy Wykonawcy, a jedynie tacy, którzy swoimi właściwościami gwarantują odpowiedni poziom pewności, co do rzetelnego i prawidłowego wykonania zamówienia, z uwzględnieniem nie tylko jego wartości, ale również zakresu i stopnia skomplikowania.

Podkreślić przy tym należy, że jakkolwiek na tym etapie postępowania polisa ubezpieczeniowa służy potwierdzeniu potencjału ekonomicznego i finansowego Wykonawcy, to jej ewentualne obniżenie na tym etapie uniemożliwiłoby później uzyskanie odpowiedniego zabezpieczenia, z uwagi na nieposiadanie przez wyłonionego wykonawcę odpowiedniego potencjału w tym zakresie.

Zauważyć wobec tego należy, że ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej stanowi rodzaj ubezpieczenia majątkowego mającego na celu zagwarantowanie skutecznego i szybkiego naprawienia szkody powstałej w wyniku nienależytego wykonania umowy. Istota ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności polega na dodatkowym zobowiązaniu w drodze umowy, na mocy której zakład ubezpieczeń przejmuje na siebie ekonomiczne skutki wyrządzonych szkód, pod warunkiem że ubezpieczony jest zobowiązany do ich naprawienia na podstawie odpowiedzialności deliktowej (za czyny niedozwolone - art. 415 KC) lub kontraktowej (za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy - art. 471 KC), w tym szkód wyrządzonych przez osoby, za które ubezpieczony ponosi odpowiedzialność przewidzianą przepisami prawa cywilnego. Tym samym ustalana kwota sumy ubezpieczeniowej nie odnosi się do wartości planowanej usługi - wynagrodzenia, a rodzaju czynności w zakresie powierzonych do obsługi urządzeń, ich wartości oraz skutków jakie mogą powstać w przypadku działania lub zaniechania przez podmiot wykonujący umowę lub osoby którymi się posłużył w ramach swej działalności.

Ad. 2a. - odnośnie zarzutu dotyczącego nie wskazania przez Zamawiającego wartości wymaganej usługi w ramach doświadczenia.

Zgodnie z zapisem w części VIII ust. 1 pkt SIWZ Zamawiający określił warunki dotyczące posiadania przez wykonawców wiedzy i doświadczenia, na potwierdzenie których wykonawcy zobowiązani zostali do przedstawienia wykazu wykonanych usług, stosownie do przepisów § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Jednocześnie Zamawiający wyczerpująco i jednoznacznie opisał sposób oceny spełnienia tego warunku, odnosząc go do zakresu przedmiotowego wykazanych przez wykonawców usług, albowiem z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia dla oceny doświadczenia wykonawcy w tym zakresie istotniejszy jest rodzaj obsługiwanych systemów i charakter budynków, w których systemy te są wykorzystywane, aniżeli wartość realizowanej usługi, będąca zresztą prostą pochodną ww. czynników.

śaden przepis powszechnie obowiązującego prawa nie nakłada na Zamawiającego obowiązku dokonywania oceny spełniania warunków li tylko przez pryzmat wartości zrealizowanych usług.

Podnoszony przez Wykonawcę brak wskazania w SIWZ wymaganej w ramach doświadczenia wartości usług nie stoi zatem w sprzeczności z przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych, a oznacza jedynie, że skoro Zamawiający nie postawił żadnego warunku brzegowego co do wartości wykonywanych usług, nie może oceniać usług, którymi wykazują się wykonawcy, którzy złożyli oferty, przez pryzmat wartości przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie zauważyć należy, że Odwołujący we wniesionym odwołaniu, na potrzeby wnioskowanej przez niego wartości polisy ubezpieczeniowej, dokonał próby oszacowania wartości niniejszego zamówienia, mającej w jego przekonaniu być wyznacznikiem wartości polisy ubezpieczeniowej, ustalając ją na poziomie 6 mln złotych: „Nawet iż przedmiot zamówienia został w przyjmując, zmodyfikowany obecnym postępowaniu (...) to nie ma podstaw do uznania, aby wartość szacunkowa planowanej usługi została zwiększona aż czterokrotnie. W rezultacie, mając na względzie wartość usługi, należy uznać, iż wymagana przez Zamawiającego suma ubezpieczenia (...) jest warunkiem

nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówieni (...). Odwołujący wnosi o modyfikację postanowienia(...) w następującym proponowanym brzmieniu: są ubezpieczeni (...) na sumę ubezpieczenia nie mniejszą niż 6.000.000,00 zł (...) ". – str. 4 odwołania

Pomijając oczywisty fakt, że nie jest rolą wykonawcy ustalanie wartości szacunkowej zamówienia, okolicznością bez precedensu jest działanie Odwołującego polegające na oszacowaniu wartości zamówienia na kwotę 6 mln zł, a następnie pomijanie tego faktu i

12

wymuszanie ustalenia wartości wszystkich usług wykazywanych na potwierdzenie doświadczenia na poziomie dwukrotnie niższym od ustalonej przez siebie wartości: „Odwołujący wnosi o modyfikację (...) w następującym proponowanym brzmieniu: (...) Z przedstawionego wykazu usług musi wynikać, że Wykonawca posiadał w obsłudze (...) dwa budynki (...) o łącznej powierzchni budynków 10 000 m2 na podstawie jednej umowy, która dotyczyła usług o wartości 3.000.000 zł brutto, " - str. 7 odwołania

Powyższy przykład, w ocenie Zamawiającego, ewidentnie wskazuje, że wniesione odwołanie ma jedynie na celu umożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu przez podmiot nie mający wystarczającego doświadczenia w realizacji zamówień będących przedmiotem niniejszego postępowania, poprzez dopasowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ukierunkowanie jej zapisów stosownie do indywidualnych możliwości Odwołującego.

Ad. 2b - odnośnie zarzutu dotyczącego nie sprecyzowania przez Zamawiającego, czy usługa wykazywana w ramach doświadczenia ma dotyczyć dwóch budynków w ramach jednej umowy, czy też na podstawie dwóch umów.

Zamawiający w SIWZ jednoznacznie wskazał (część VIII ust. 1 pkt 2 SIWZ), że „(...) z przedstawionego wykazu usług musi wynikać, że Wykonawca posiadał w obsłudze w ww., okresie 12 miesięcy, w zakresie rzeczowym odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, co najmniej dwa budynki biurowe (...) o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 10.000 m każdy". Wynika z tego wprost, że miarodajne dla dokonania oceny spełnienia warunku jest zapewnienie przez wykonawcę obsługi wskazanych budynków bez względu na okoliczność, czy usługi te były realizowane w ramach jednej, czy też dwóch umów.

Zamawiający w ramach ww. warunku ocenia doświadczenie wykonawcy w zakresie realizacji konkretnych czynności związanych z przedmiotem zamówienia, dla ustalenia czego nie ma znaczenia w ramach ilu stosunków prawnych obsługa ta była dokonywana. Przedmiotem oceny nie jest bowiem sprawność wykonawcy w pozyskiwaniu kontraktów, lecz faktyczna zdolność do wykonania zakresu przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Zamawiającego nie ulega przy tym wątpliwości, że żaden przepis powszechnie obowiązującego prawa nie nakłada na zamawiającego obowiązku operowania w tym przypadku liczbą umów, w szczególności zaś przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817) wskazują wprost, że zamawiający mogą domagać się od wykonawców wykazu wykonanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia.

13

Ustalony w tym zakresie warunek nie narusza zatem postanowień ustawy - Prawo zamówień publicznych, przy czym nie jest warunkiem wygórowanym, w szczególności jeśli zważy się, iż przedmiot niniejszego zamówienia obejmuje zapewnienie jednoczesnej obsługi dwóch budynków sądowych o następujących parametrach:

- 1) budynek przy ul. Boduena 3/5:
 - powierzchnia netto - 14.566,60 m
 - powierzchnia użytkowa - 9.598,20 m
 - kubatura całkowita - 76.896,40 m
- 2) budynek przy ul. Jasnej 6:
 - powierzchnia netto - 5.397,39 m2
 - powierzchnia użytkowa - 3.627,33 m2
 - kubatura całkowita - 17.968,91 m3

a więc o łącznej powierzchni użytkowej przekraczającej 13 tys. m², przy czym powierzchnia użytkowa większego z nich oscyluje w granicach 10 tys. m². Postawiony w części VIII SIWZ warunek udziału w postępowaniu jest zatem adekwatny do przedmiotu zamówienia, w szczególności w świetle okresu, na który udzielone zostanie zamówienie, wynoszącego 48 miesięcy, podczas gdy wymagane doświadczenie, którym wykazać się mają Wykonawcy, dotyczy okresu 12 miesięcznego.

Zauważyć przy tym należy, że postawiony przez Zamawiającego warunek nie nastręcza trudności interpretacyjnych, dotyczy bowiem jasno określonej powierzchni użytkowej, który to zwrot Odwołujący proponuje zastąpić bliżej nieokreślonym sformułowaniem „powierzchnia”, bez uszczegółowienia o jaki rodzaj powierzchni chodzi (całkowita, użytkowa, etc).

Śądanie wykazania się przez potencjalnych wykonawców co najmniej dwoma realizacjami w przedmiotowym zakresie stanowi zaś wyznacznik posiadania przez wykonawcę odpowiedniego doświadczenia, które nie powinno opierać się na incydentalnym wykonaniu tego rodzaju czynności. Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej poglądem Zamawiający jest uprawniony do wymagania od wykonawców wykazania się doświadczeniem, jako pewną umiejętnością zdobytą i ugruntowaną w trakcie praktyki, a nie dokonaniem eksperymentem, czy też próbą, jak byłoby to w przypadku ograniczania się do wymagania zaledwie jednokrotnego wykazania tożsamyh prac lub czynności (np. wyrok KIO z dnia 19 II 2010 r. /KIO/UZP 1955/09, wyrok KIO z dnia 7 marca 2011 r./KIO 353/11/). Ad. 2c. - odnośnie zarzutu dotyczącego wymagania przez Zamawiającego, aby wykazane w ramach doświadczenia usługi dotyczyły budynków biurowych zdefiniowanych wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych.

W części VIII ust. 1 pkt 2 SIWZ Zamawiający wskazał, iż z „(...) z przedstawionego wykazu usług musi wynikać, że Wykonawca posiadał w obsłudze (...), co najmniej dwa

budynki biurowe (klasa 1220 wg rozporządzenia Rady Ministrów z 30 grudnia 1999 roku w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych - Dz. U. Nr 112, poz. 1316 wraz ze zmianami z 2002 r. Dz. U. Nr 18, poz. 170).

Zdaniem Zamawiającego nie sposób zgodzić się z sformułowaną przez Odwołującego tezą, jakoby sformułowanie to w jakikolwiek sposób naruszało zasady konkurencji, albowiem klasa ta, stosownie do przepisów przywołanego rozporządzenia, obejmuje;

- budynki wykorzystywane jako miejsce pracy dla działalności biura, sekretariatu lub innych o charakterze administracyjnym, np.: budynki banków, urzędów pocztowych, urzędów miejskich, gminnych, ministerstw, itp. lokali administracyjnych;
- budynki centrów konferencyjnych i kongresów, sądów i parlamentów.

Użyte przez Zamawiającego dla opisu sposobu oceny spełniania warunku sformułowanie jest zatem jednoznaczne, precyzyjnie określające rodzaje budynków mieszczących się w danej klasie, a zarazem adekwatne do charakteru budynków będących przedmiotem postępowania, klasa obejmuje bowiem budynki sądów.

Zauważyć przy tym należy, że sformułowany w ten sposób opis jest jednakowy dla wszystkich potencjalnych wykonawców i nie zawęża w sposób nieuzasadniony kręgu budynków, które mogą zostać uznane za spełniające wymogi określone w SIWZ.

W tym świetle nie sposób zgodzić się z tezą Odwołującego, który wnosi o zastąpienie tak sformułowanego zapisu, odwołującego się do obowiązującej klasyfikacji budynków i wyznaczającego stosunkowo szeroki zakres budynków o charakterze podobnym do budynków sądowych, zapisem dotyczącym „budynków użyteczności publicznej”, którego to pojęcia Odwołujący w żaden sposób nie zdefiniował.

Wprowadzenie zapisu postulowanego przez Odwołującego powodowałoby znaczne trudności w ocenie, czy dany budynek jest budynkiem użyteczności publicznej (wobec nie doprecyzowania tego pojęcia przez Odwołującego), z drugiej zaś strony, gdyby przyjąć na te potrzeby definicję używaną w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 75, poz. 690 z późn. zm.), prowadziłoby to do niczym nieuzasadnionego rozszerzenia katalogu budynków, w szczególności o obiekty kultu religijnego, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, a także budynki socjalne, które nie mają żadnego związku z budynkami sądowymi będącymi przedmiotem niniejszego postępowania, w których dominujące są funkcje orzecznicze o zdecydowanie specyficznym charakterze.

Zauważyć przy tym należy, iż wątpliwości interpretacyjne dotyczące zaliczania budynków do określonej klasy w rozumieniu przywołanego powyżej rozporządzenia Ministra Infrastruktury były już przedmiotem orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą, która dla ich wyjaśnienia sięgała właśnie do Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych, jak uczynił to

Zamawiający w niniejszym postępowaniu (np. wyrok KIO z dnia 2 lutego 2011 r. /KIO 129/11 i KIO 141/11/).

W tym stanie rzeczy należy domniemywać, iż całkowicie niezasadny zarzut podnoszony przez Odwołującego ma jedynie na celu umożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu przez podmiot nie mający wystarczającego doświadczenia w realizacji zamówień będących przedmiotem niniejszego postępowania. Ad. 2d. - odnośnie zarzutu dotyczącego wymagania przez Zamawiającego, aby każdy z wymienionych w SIWZ systemów wystąpił we wskazanych w ramach doświadczenia budynkach przynajmniej jeden raz.

We wniesiony odwołaniu Odwołujący podniósł, że „wymóg, aby każdy z systemów wymienionych musiał wystąpić w budynkach sprawia, iż właściwe jest wyłącznie doświadczenie Wykonawcy uzyskane na obiektach Zamawiającego. W konsekwencji żaden inny Wykonawca (...) nie jest w stanie wykazać niezbędne doświadczenie.”. Zarzut ten nie polega na prawdzie i wynika z niezrozumienia przez Odwołującego zapisów SIWZ.

Zgodnie z zapisem w części VIII ust. 1 pkt 2 SIWZ Zamawiający wskazał, iż „za zakres rzeczowy odpowiadający przedmiotowi zamówienia uznana zostanie obsługa eksploatacyjna, serwis techniczny oraz konserwacja infrastruktury technicznej budynków biurowych, obejmująca co najmniej systemy wymienione w kolumnie „Nazwa systemu” tabeli w załączniku nr 1A niniejszej specyfikacji z wyłączeniem: pkt 1.5, 1.6, 1.12, 4, 6, 10.1, 12.2, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23. Każdy z pozostałych systemów, wymienionych w załączniku nr 1A, musi wystąpić w budynkach, spełniających wyżej podane wymagania, a wykazanych przez Wykonawcę w składanej ofercie, przynajmniej 1 raz”.

Podkreślić przy tym należy, że we wskazanej powyżej tabeli, w kolumnie „Nazwa systemu”, systemy te zostały opisane rodzajowo (np. system sygnalizacji pożarowej), nie zaś poprzez określenie konkretnego systemu, konkretnego producenta (z zastrzeżeniem zintegrowanego systemu zarządzania budynkiem). Oznacza to, iż zamawiający wymaga, aby w każdym z budynków wystąpiły rozwiązania infrastruktury technicznej, określone ich zakresem funkcjonalnym, składające się na wskazaną na wstępie specyfikę budynku inteligentnego.

Ponieważ przedmiotem postępowania jest zapewnienie obsługi dwóch budynków inteligentnych nie może ulegać wątpliwości, że zamawiający jest uprawniony do żądania od wykonawców wykazania się doświadczeniem w obsłudze takich właśnie budynków.

Jednocześnie z uwagi na fakt, iż systemy te opisane zostały poprzez ich funkcjonalność twierdzenie Odwołującego, jakoby przywołane powyżej wymogi mógł spełnić tylko wykonawca realizujący uprzednio obsługę budynku Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia. Po pierwsze -występowanie tych systemów jest bowiem immanentną cechą budynku inteligentnego, po wtóre zaś w uprzednio przeprowadzonym w tym zakresie przez

Zamawiającego postępowaniu (na przełomie lat 2008 i 2009), kiedy to żaden z oferentów nie miał doświadczenia zdobytego na budynku Zamawiającego, z uwagi na fakt, iż był to budynek dopiero oddany do użytkowania, postawiony wymóg w zakresie wykazania się odpowiednim doświadczeniem był analogiczny do warunku stawianego w niniejszym postępowaniu.

Zauważyć również należy, że Zamawiający nie wymaga, aby każdy z systemów wymienionych w załącznikach do SIWZ wystąpił we wszystkich wykazywanych przez wykonawców realizacjach. Wymóg ten został ograniczony jedynie do systemów kluczowych z punktu widzenia specyfiki przedmiotu zamówienia, w pozostałym zaś zakresie Zamawiający uznał za wystarczające, aby dany system (również określony rodzajowo) wystąpił w tych budynkach co najmniej jeden raz, co istotnie poszerza krąg podmiotów mogących wziąć udział w postępowaniu. Należy przy tym podkreślić, iż w postępowaniu o zamówienie publiczne Zamawiający posiada uzasadniony interes w ocenie wiedzy i doświadczenia w aspekcie konkretnego zamówienia, nie zaś prowadzenia danego rodzaju działalności w ogóle

(wyrok KIO z dnia 11 lutego 2011 r. /KIO 173/11/).

Ad. 3. - odnośnie zarzutu dotyczącego opisanego przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego w sposób nie wyczerpujący.

Przedmiot zamówienia został opisany przez Zamawiającego w sposób wyczerpujący, w szczególności zaś Zamawiający precyzyjnie wyspecyfikował charakter i poziom techniczny systemów infrastruktury technicznej wchodzącej w zakres przedmiotowy zamówienia, wskazując informacyjnie określone co do tożsamości typy konkretnych urządzeń, których charakterystyka i standardy powinny być znane podmiotowi profesjonalnie uczestniczącemu w obrocie w tym zakresie. W przeciwnym przypadku postulat Odwołującego można by porównać do sytuacji, gdzie Zamawiający prowadząc postępowanie w przedmiocie dokonania naprawy samochodu osobowego konkretnej marki i typu, zobligowany byłby do podania w SIWZ nie tylko marki i typu pojazdu oraz zakresu zlecanych czynności naprawczych, lecz kompletnego projektu technicznego tego pojazdu.

Ponadto Zamawiający wskazał jakie działania składają się na obsługę ww. systemów, tj. obsługa eksploatacyjna, serwis techniczny i konserwacja infrastruktury technicznej budynków, jak również uszczegółowił każde z tych pojęć w § 1 załącznika nr 10 do SIWZ oraz szczegółowo, enumeratywnie rozpiął zakres czynności składających się na obsługę obiektów (§6 przywołanego załącznika).

Opis ten spełnia zatem wszystkie wymogi określone przepisami ustawy -Prawo zamówień publicznych, jest kompletny i jednoznaczny, a zarazem SIWZ zawiera wszystkie elementy wymagane zgodnie z art. 36 ww. ustawy.

Jednocześnie dodatkowo, w celu zapewnienia pełnej transparentności prowadzonego postępowania, Zamawiający zapewnił Wykonawcom, na jednakowych zasadach, możliwość

17

wglądu do dokumentacji technicznej wszystkich systemów. Dokumentacja ta, zgromadzona w kilkudziesięciu segregatorach i mająca objętość liczoną w tysiącach stron, nie jest częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia albowiem wgląd w nią nie jest niezbędny dla prawidłowego przygotowania oferty. Zamawiający określił wymogi w zakresie doświadczenia określając poszczególne systemy rodzajowo, wobec czego podmiot starający się uzyskanie przedmiotowego zamówienia powinien dysponować wiedzą w zakresie ich obsługi.

Podkreślić również należy, że Odwołujący nie sformułował w przedmiotowym zakresie żadnego konkretnego zarzutu, ograniczając się do stwierdzenia, że: „(...) wizja lokalna nie jest. wprowadzie obligatoryjna, ale Wykonawca, który nie weźmie w niej udziału, nie uzyska niezbędnych informacji do przygotowania rzetelnej oferty. Narusza zasadę pisemności postępowania przetargowego ”.

Należy wobec tego zauważyć, że ewentualne przeprowadzenia wizji lokalnej w niniejszym postępowaniu ma charakter fakultatywny i jedynie pomocniczy, pozostający bez wpływu na ocenę ofert, zaś sama możliwość jej przeprowadzenia w takim kształcie nie budzi wątpliwości na gruncie ustawy -Prawo zamówień publicznych.

Niezależnie więc od spełnienia wymogów formalnych Zamawiający dodatkowo zaoferował wszystkim oferentom możliwość dokonania wizji lokalnej, w zakresie obejmującym chociażby zapoznanie się z przedmiotem przyszłej realizacji usługi, co należy do dobrego obyczaju we wszelkiego rodzaju stosunkach prawnych.

Wobec braku innych zarzutów w tym zakresie zauważyć należy, że to na Wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania ewentualnych uchybień Zamawiającego, co wynika bezpośrednio z art. 180 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, jak i z przepisów Kodeksu cywilnego (art. 6), znajdującego zastosowanie do czynności Zamawiającego i Wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący nie dopełnił tego obowiązku, ponieważ podniesiony przez niego zarzut dotyczący fakultatywnej wizji lokalnej nie znajduje uzasadnienia, zaś innych okoliczności wskazujących na nieprawidłową czynność lub zaniechanie Zamawiającego w związku z opisem przedmiotu zamówienia Odwołujący nie wskazał.

Mając na uwadze powyższe Naczelny Sąd Administracyjny wnoszący jak na wstępie. Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zaś formułowane przez Niego zarzuty i żądania w swojej istocie zmierzają do umożliwienia wzięcia udziału w postępowaniu podmiotom nie mającym doświadczenia niezbędnego do prawidłowego zrealizowania umowy, wobec czego ich uwzględnienie byłoby sprzeczne z wynikającym z przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych celem formułowania i precyzowania warunków udziału w postępowaniu

odnoszących się do wiedzy i doświadczenia, którym jest umożliwienie składania ofert jedynie wykonawcom zdolnym do realizacji przedmiotu zamówienia w sposób

18

profesjonalny i gwarantujący wydatkowanie środków publicznych zgodnie z zasadami określonymi w ustawie o finansach publicznych, tj. w sposób celowy i oszczędny - gwarantujący zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów i w sposób umożliwiający terminową realizację zadań (wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2012 r. /KIO 2683/11/.

Zauważyć ponadto należy, że uwzględnienie żądań Odwołującego prowadziłoby w wielu wypadkach do zastąpienia precyzyjnych i stosunkowo łatwo mierzalnych zapisów SIWZ zapisami ogólnymi, które mogą powodować znaczne utrudnienia w ocenie ofert. Dotyczy to w szczególności propozycji zastąpienia opisu charakteru budynku jako budynku biurowego w rozumieniu Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych niezdefiniowanym przez Odwołującego pojęciem „budynek użyteczności publicznej”, jak i propozycji zastąpienia zapisu wymaganej powierzchni użytkowej tych budynków, to dotyczącego które sformułowanie Odwołujący proponuje zastąpić samym zwrotem „powierzchnia”, bez uszczegółowienia o jaki rodzaj powierzchni chodzi (całkowita, użytkowa, etc).

Na rozprawie Strony podtrzymały swoje stanowiska.

Izba ustaliła, iż przedmiotem odwołania jest czynność polegająca na dookreśleniu przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej oraz w zakresie wiedzy i doświadczenia, jak również dokonanie opisu przedmiotu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

19

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący wskazał bowiem, iż tak sformułowane warunki udziału w postępowaniu uniemożliwiają mu ubiegania się o zamówienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ wraz z załącznikami.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, zaś szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Przedmiotem niniejszego postępowania jest zapewnienie prawidłowego i

bezewaryjnego działania infrastruktury technicznej w budynkach Naczelnego Sądu Administracyjnego.

Izba ustaliła, w oparciu o pismo z dnia 05.10.2012 r., iż szacunkowa wartość postępowania została określona przez Zamawiającego na kwotę 7.413.635,08 zł netto.

Następnie Izba ustaliła, jak wynika z rozdziału III SIWZ zatytułowanego „Opis przedmiotu zamówienia”, że:

1. Przedmiotem zamówienia jest zapewnienie prawidłowego i bezawaryjnego działania infrastruktury technicznej w budynkach Naczelnego Sądu Administracyjnego przy ul. Jasnej 6 i przy ul. Boduena 3/5 w Warszawie, w szczególności poprzez świadczenie usług w zakresie prawidłowej obsługi eksploatacyjnej, serwisu technicznego i konserwacji tej infrastruktury oraz dostarczanie materiałów do wykonywania napraw na zasadach określonych w SIWZ, a także pełne zrealizowanie celu zamówienia polegającego na

20

1) zapewnieniu niezawodnego i zgodnego z przeznaczeniem działania urządzeń, instalacji i systemów infrastruktury technicznej;

2) skutecznym egzekwowaniu uprawnień przysługujących Zamawiającemu z tytułu udzielonych gwarancji i rękojmi na systemy, instalacje i urządzenia infrastruktury technicznej;

3) niedopuszczeniu do utraty gwarancji, o której mowa w pkt 2.

2. Budynek przy ul. Jasnej 6 jest objęty okresem gwarancyjnym przez cały okres obowiązywania umowy. Budynek przy ul. Boduena 3/5 jest objęty okresem gwarancyjnym do dnia 28 grudnia 2013 r. Wykonawca ponosi wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym dodatkowe koszty związane z zakończeniem okresu gwarancyjnego budynku przy ul. Boduena 3/5, z tym że w przypadku usterek i awarii w okresie pogwarancyjnym, usuwanych w ramach serwisu technicznego, koszty naprawy będą ponoszone następująco:

a. naprawa, której koszt materiałów niezbędnych do jej wykonania nie przekroczy kwoty 10.000 złotych brutto ponosi Wykonawca;

b. w przypadku naprawy, której koszt materiałów przekracza kwotę 10.000 złotych brutto Zamawiający poniesie koszt materiałów, po uprzednim przedłożeniu przez Wykonawcę kosztorysu i po zaakceptowaniu go przez Zamawiającego, z zastrzeżeniem, że jeżeli usterka lub awaria wystąpiła w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę, Wykonawca ponosi całkowite koszty naprawy we własnym zakresie. W obu przypadkach koszty robocizny i użytego sprzętu ponosi Wykonawca.

Zamawiający przewiduje możliwość przedłużenia gwarancji dla budynku przy ul. Boduena 3/5 w całości lub w odniesieniu do poszczególnych elementów infrastruktury tego budynku na dalszy czas określony. Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 1A i nr 1B do SIWZ.

3. Informacje o budynku: Boduena 3/5

- powierzchnia netto - 14.566,60 m²
- powierzchnia użytkowa - 9.598,20 m²
- kubatura całkowita - 76.896,40 m³
- ilość kondygnacji - 12, w tym 2 podziemne

4. Informacje o budynku: Jasna 6

- powierzchnia netto - 5.397,39 m²
- powierzchnia użytkowa - 3.627,33 m²
- kubatura całkowita - 17.968,91 m³
- ilość kondygnacji - 11, w tym 1 podziemna

21

5. Zamawiający zastrzega sobie możliwość przeniesienia wizualizacji niektórych systemów z budynku przy ul. Jasnej 6 do pomieszczenia BMS w budynku przy ul. Boduena 3/5 (systemy sterujące wentylacją, klimatyzacją i węzłem cieplnym).

6. Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmian w zakresie przyjętego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposobu i zakresu realizacji zamówienia oraz terminów, z przyczyn związanych z funkcjonalnością budynków (dostosowanie do zmiany warunków realizacji przedmiotu zamówienia, odpowiednio do potrzeb organizacyjnych Naczelnego

Sądu Administracyjnego, a także celowości wprowadzania innowacji technicznych) i sprawnością realizacji przedmiotu zamówienia, z przyczyn niezależnych od stron lub w przypadku wystąpienia okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy – na zasadach uzgodnionych odrębnie pomiędzy stronami umowy.

7. Zamawiający w szczególności uprawniony jest do dokonywania zmian zakresu obsługi poszczególnych urządzeń, instalacji i systemów infrastruktury technicznej, włączania do obsługi nowych urządzeń, instalacji i systemów, przeniesienia wizualizacji wybranych systemów pomiędzy budynkami, oraz zmniejszania lub zwiększania liczby osób zapewniających tą obsługę, z zastrzeżeniem, że działania te nie mogą powodować zwiększenia łącznego wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu umowy.

8. Oznaczenie wg CPV: 50700000-2.

Zamawiający w załączniku nr 1A oraz 1B do SIWZ dookreślił w sposób szczegółowy przedmiot zamówienia, w tym wyspecyfikował systemy, urządzenia i materiały znajdujące się w poszczególnych budynkach wskazując producenta, dostawcę oraz nazwę własną.

Zgodnie z pkt. III.2.2.2 ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziałem VIII pkt 4.b) SIWZ Wykonawcy są zobowiązani wykazać, iż „są ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na sumę ubezpieczenia nie mniejszą niż 20.000.000,00 zł., na potwierdzenie czego przedstawią aktualną polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności (...)”.

Zgodnie z pkt. III.2.3.1) ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziałem VIII SIWZ zatytułowanym „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” pkt 1.2 o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

1) posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. wykażą się (przedstawią wykaz) wykonaniem (wykonywaniem) usług polegających na obsłudze eksploatacyjnej, serwisie technicznym oraz konserwacji infrastruktury technicznej budynków biurowych, realizowanych nieprzerwanie w

22

czasie minimum 12 miesięcy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu zamówienia objętego usługą, dat rozpoczęcia i zakończenia wykonania tych usług, nazw i adresów obsługiwanych obiektów oraz nazw i adresów zamawiających, a także załączą dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należycie. Z przedstawionego wykazu usług musi wynikać, że Wykonawca posiadał w obsłudze w ww. okresie 12 miesięcy, w zakresie rzeczowym odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, co najmniej dwa budynki biurowe (klasa 1220 wg rozporządzenia Rady Ministrów z 30 grudnia 1999 roku w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych - Dz. U. Nr 112, poz. 1316 wraz ze zmianami z 2002 r. Dz. U. Nr 18, poz. 170) o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 10.000 m² każdy. Za zakres rzeczowy odpowiadający przedmiotowi zamówienia uznana zostanie obsługa eksploatacyjna, serwis techniczny oraz konserwacja infrastruktury technicznej budynków biurowych, obejmująca co najmniej systemy wymienione w kolumnie „Nazwa systemu” tabeli w załączniku nr 1A do SIWZ z wyłączeniem: pkt 1.5, 1.6. 1.12, 4, 6, 10.1, 12.2, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23. Każdy z pozostałych systemów, wymienionych w załączniku nr 1A do SIWZ, musi wystąpić w budynkach, spełniających wyżej podane wymagania, a wykazanych przez Wykonawcę w składanej ofercie, przynajmniej 1 raz. Wzór wymaganego do przedstawienia wykazu zrealizowanych usług zawarty jest w załączniku nr 7 do SIWZ.

Zgodnie z pkt. VI.3 ogłoszenia o zamówieniu „przed przystąpieniem do sporządzania oferty Wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego o udostępnienie do wglądu dokumentacji technicznej obiektów. Możliwe jest również dokonanie wizji lokalnej obiektów, po uprzednim telefonicznym uzgodnieniu terminu z (...). Ze względu na charakter i rozmiar obiektów, dokumentacja i rysunki techniczne będą dostępne jedynie do wglądu w siedzibie Zamawiającego.”

Na powyższą czynność odwołujący w dniu 11.12.2012 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania,

23

-
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia,

- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,

- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Ponadto zgodnie z ust. 4 ww. artykułu opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz powinien być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Należy zauważyć, iż warunki wskazane przez ustawodawcę w treści art. 22 ustawy Pzp mają charakter blankietowy, a ich konkretyzacja w świetle ustawy Pzp następuje poprzez dokonanie opisu sposobu dokonywania oceny ich spełniania.

Najistotniejszym, w niniejszym sporze jest treść przepisu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, który wskazuje że opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do niego. Konkretyzacja warunków z art. 22 ustawy Pzp ma służyć wyłonieniu wykonawców zdolnych do wykonania opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia, co oznacza, że powyższy opis powinien być również proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Powyższa proporcjonalność przejawiać się powinna w adekwatności do rozmiaru i wielkości przedsięwzięcia, jakim jest opisany przez zamawiającego przedmiot zamówienia. Powyższe oznacza nic innego, jak tylko skonkretyzowanie warunków z art. 22 ustawy Pzp, w taki sposób aby z jednej strony nie ograniczały zasady uczciwej konkurencji (nie były zbyt rygorystyczne dla wykonawców chcących przystąpić do postępowania), ale z drugiej strony pozwalały zamawiającemu wyłonić wykonawcę, który będzie w stanie podjąć opisanemu przedsięwzięciu. Tak też wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 1116/10). Biorąc pod uwagę powyższe ramy zadaniem podmiotu zamawiającego jest znalezienie tzw. „złotego środka” i niejako wpasowania warunków w ustalone przez ustawodawcę reguły i zasady. Choć ustawodawca nie określa minimalnego poziomu warunków, który może najwyżej zostać oceniony przez pryzmat racjonalności wydatkowania środków publicznych w oparciu o przepisy ustawy o **finansach publicznych**, to tworząc pewne klauzule generalne w ustawie Prawo zamówień publicznych limituje ich górny pułap.

Jak zostało wskazane w ww. orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający powinien na tyle przemyśleć czynność opisaną sposobu oceny spełniania warunków udziału, aby nie okazało się że wyłoniony wykonawca nie jest w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia, dlatego też opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków nie powinien być dokonywany automatycznie przez Zamawiającego, zaś w każdym przypadku powinien być przemyślany, a następnie kreowany i oceniany indywidualnie przez pryzmat przedmiotu zamówienia.

24

Zdaniem Izby dla oceny, czy nie doszło podczas czynności konkretyzacji warunków do wyjścia poza wspomniane wyżej ramy konieczna jest szczegółowa analiza przedmiotu zamówienia oraz okoliczności towarzyszących jego realizacji. Przedmiotem niniejszego postępowania jest, na co zwrócił uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, powierzenie obsługi (tj. utrzymanie w należytym stanie i bezpieczeństwie technicznym) instalacji, systemów i urządzeń dwóch budynków sądowych, w których realizowane są czynności orzecznicze z udziałem stron oraz publiczności. Budynki te cechują się wysokim stopniem nasycenia infrastrukturą techniczną i zostały wybudowane w standardzie tzw. „budyneków inteligentnych”, tj. budynków wyposażonych w system czujników i detektorów oraz zintegrowany system bezpieczeństwa i zarządzania wszystkimi systemami. Zamawiający wskazał ponadto, iż wartość infrastruktury technicznej, w którą zostały wyposażone ww. budynki, wyraża się kwotą 47 milionów złotych, zaś wartość odtworzeniowa

budynków przekracza 100 milionów złotych.

W ocenie Izby sprowadzanie przedmiotu zamówienia, przy tego rodzaju usługach, jedynie do należnego wykonawcy wynagrodzenia stanowiłoby znaczne uproszczenie nie odzwierciedlające charakteru i wagi czynności stanowiących przedmiot przyszłego świadczenia.

I. W ramach zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w odniesieniu do żądania wykazania się ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej Izba uznała, iż powyższe zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Wynikająca z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 31 grudnia 2009 r. nr 226 poz. 1817) możliwość żądania polisy ubezpieczeniowej lub innego dokumentu potwierdzającego opłacenie składki odnieść należy do zakreślonego w treści art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp warunku w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej. Nie można jednak pomijać roli i istoty polisy ubezpieczeniowej jako specyficznej umowy powodującej przejęcie przez podmiot trzeci – ubezpieczyciela odpowiedzialności majątkowej za pewien zakres działań ubezpieczonego i mogących z tego tytułu wyniknąć konsekwencji majątkowych.

Na gruncie niniejszego sporu Odwołujący nieproporcjonalność skarżonego warunku wywodzi z relacji pomiędzy sumą ubezpieczenia (ustaloną na poziomie 20.000.000,00 zł) a szacunkową wartością przedmiotu zamówienia, którą Odwołujący ustalił na 6.000.000,00 zł.

W ocenie Odwołującego wyrażona w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp nieproporcjonalność powyższego warunku ma swoje źródło w przekroczeniu przez żądaną sumę ubezpieczeniową (20.000.000,00 zł) wartości zamówienia udzielonego wykonawcy, który realizował dotychczas analogiczną usługę (4.762.156,00 PLN).

25

W ocenie Izby z powyższą tezą nie sposób się zgodzić z wielu względów.

Po pierwsze, ustalona przez Zamawiającego szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia przekracza wartość ustaloną przez Odwołującego, zaś po doliczeniu podatku od towarów i usług w stawce 23% osiąga wartość 9 mln zł.

Po drugie, biorąc pod uwagę rodzaj polisy i istotę umowy ubezpieczenia wskazać należy, iż żądana od wykonawcy polisa odnosi się do całokształtu prowadzonej przez wykonawcę działalności, zaś składka ubezpieczeniowa stanowi zazwyczaj wartość kilkudziesięciokrotnie niższą niż suma ubezpieczeniowa. Zatem sama żądana suma ubezpieczenia w wysokości 20.000.000,00 zł nie oznacza, iż wykonawca ten dysponuje realną zdolnością finansową na tym poziomie, co przy odniesieniu tej wartości do wartości samej usługi czyniłoby ją nadmierną – a zatem nieproporcjonalną.

Po trzecie rację należy przyznać Zamawiającemu, iż utożsamianie, na zasadzie proporcjonalności, wartości zamówienia jedynie z wartością samej usługi byłoby, w okoliczności niniejszej sprawy, niedopuszczalnym uproszczeniem. Przedmiot zamówienia obejmuje bowiem nadzór, kontrolę oraz utrzymanie systemów wartych kilkadziesiąt milionów złotych. Systemy te zaś mają gwarantować prawidłowe funkcjonowanie i bezpieczeństwo osób i mienia o wartości przekraczającej 100.000.000,00 zł. W tym oto wypadku nie sposób całkowicie oderwać, ze względu na znaczenie i istotę warunku, wysokości sumy ubezpieczeniowej i rolę polisy ubezpieczeniowej od wartości odtworzeniowej mienia objętego usługą i sprowadzenia go jedynie do czystej wartości świadczenia (tj. samej usługi). Takie pojmowanie proporcjonalności i sprowadzanie jej jedynie do relacji suma ubezpieczeniowa – kwota należna wykonawcy z tytułu wynagrodzenia pomija istotne elementy przedmiotu zamówienia, tj. mienie objęte usługą. Analogicznie jak w przypadku usługi ochrony osób i mienia przedmiotem są nie tylko same czynności – a więc „czysta” usługa, ale również dobra objęte tymi czynnościami, które to czynności mają na celu ich zabezpieczenie przed uszkodzeniem, naruszeniem lub utratą.

Nie jest wszakże wykluczone, iż posiadane przez wykonawcę na etapie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej będzie przez wykonawcę kontynuowane i może stanowić realne zabezpieczenie interesów podmiotu zamawiającego na etapie realizacji przedmiotu zamówienia. Powyższe założenie nadawałoby istocie warunków udziału w postępowaniu walor realny – a nie jedynie charakter formalny. Przeciwnie rozumienie stanowiłoby wszakże oderwanie czynności spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które mają potwierdzać zdolność wykonawcy do

realizacji przedmiotu zamówienia, od jego faktycznej zdolności spełnienia świadczenia mającego swoje źródło w przyszłej umowie. Wszakże tego rodzaju przeniesienie etapu spełnienia warunków na etap realizacji nie budzi już takich oporów w przypadku promesy kredytowej. Nie stanowi żadnego nadużycia oczekiwanie podmiotu zamawiającego, że jeżeli

instytucja finansowa na etapie spełnienia warunków udzieliła wykonawcy takiej promesy, to na etapie realizacji zamówienia wyposaży wykonawcę w realne środki finansowe, o ile będą one niezbędne dla należytego spełnienia świadczenia. Tym samym nie sposób podzielić argumentacji Odwołującego, reprezentowanej na rozprawie, iż zamawiający może żądać polisy wyłącznie na potwierdzenie warunku w zakresie zdolności finansowej oraz ekonomicznej i nie może żądać na etapie składania ofert dokumentu, który będzie stanowił ubezpieczenie obiektu, gdyż takiego dokumentu może żądać od wybranego wykonawcy, który ma podpisać umowę. Izba wskazuje, iż tego rodzaju rozumienie warunków zmierza do sprowadzenia ich do poziomu formalnego i oderwania od zasadniczego celu, który mają pełnić w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Mają one wszakże umożliwiać wybór wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia – i to zdolnego realnie, nie zaś jedynie formalnie. Ponadto wskazać należy, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie żąda ubezpieczenia budynków, jak sugeruje Odwołujący, lecz żąda ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w wysokości uwzględniającej powierzone wykonawcy mienie.

Ustawodawca, w ramach warunku dotyczącego zdolności ekonomicznej i finansowej określonego w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, przyjął założenie, że na rynku funkcjonują profesjonalne instytucje finansowe (banki, spółdzielcze kasy oszczędnościowo kredytowe oraz towarzystwa ubezpieczeniowe), które przed zaoferowaniem swoim klientom

- wykonawcom) produktów lub (przedsiębiorcom określonych finansowych ubezpieczeniowych weryfikują za pomocą wykwalifikowanej kadry i specjalistycznych mechanizmów analitycznych wiarygodność ekonomiczną i finansową swoich klientów. Posiadają one dużo większe możliwości w tym zakresie niż posiada Zamawiający. Zatem analogicznie jak w przypadku promesy kredytowej (zdolności kredytowej), którą należy uznać za skuteczną dla oceny wiarygodności ekonomicznej i finansowej pozwalającej na spełnienie warunku, uznać należy również polisę ubezpieczeniową lub inny dokument ubezpieczenia. Tak jak promesę kredytową przyrównać należy do przyrzeczenia banku otwarcia linii kredytowej lub ustanowienia debetu – tak też objęcie działalności gospodarczej wykonawcy ubezpieczeniem o określonym zakresie, wartości i przy określonej wysokości składki jest, co do skutku tej oceny, tożsame z promesą kredytową. Samo objęcie ubezpieczeniem, tak jak i promesa kredytowa pozwala uznać, iż instytucje finansowe, które wystawiły te dokumenty oceniły pozytywnie zdolność finansową podmiotu – a więc oceniły pozytywnie jego wiarygodność. Należy również wskazać, iż w przeciwieństwie do promesy kredytowej, objęcie ubezpieczeniem ma charakter realny, analogicznie jak w przypadku dysponowania przez wykonawcę środkami finansowymi.

Izba wskazuje, iż żądana w niniejszym postępowaniu przez Zamawiającego suma ubezpieczeniowa odnosi się do odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej przez wykonawcę działalności gospodarczej i nie zmierza do objęcia ubezpieczeniem budynków

Zamawiającego. To, że Zamawiający sumę ubezpieczenia ocenił przez pryzmat wartości mienia objętego usługą wynika z zupełnie innych okoliczności. Otóż ujawniona w rejestrze (w znaczeniu deklaracyjnym) działalność obejmująca zarządzanie nieruchomościami na zlecenie i faktycznie wykonywana przez Odwołującego działalność gospodarcza ma za swój przedmiot obsługę techniczną budynków, zaś sama istota odpowiedzialności cywilnej obejmuje wszelkiego rodzaju szkody, które mogą być wynikiem odpowiedzialności kontraktowej (*ex contractu*). Jeżeli zatem wykonawca realizując umowę cywilnoprawną, której przedmiotem jest usługa, może wyrządzić szkodę na zasadzie odpowiedzialności kontraktowej w mieniu podmiotu zamawiającego oznacza, iż odpowiedzialność cywilną w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, o której mowa w rozporządzeniu wykonawczym wydanym na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, należy i tym samym można pod względem wartościowym odnieść do wartości tego mienia, tj. ocenić jako związaną z przedmiotem zamówienia w rozumieniu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe żądanie przez Zamawiającego ubezpieczenia od

odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej z sumą ubezpieczenia wynoszącą 20.000.000,00 zł Izba uznała za proporcjonalne i adekwatne do przedmiotu zamówienia, a więc nie naruszające hipotezy normy prawnej wynikającej z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, jak również nie naruszającej art. 22 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Należy wskazać, iż zarzutem w rozumieniu art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, jest nie tylko wskazanie naruszonej normy (tj. wskazanie wzorca kontroli dla czynności, bądź zaniechania podmiotu zamawiającego), ale również dookreślenie podstawy faktycznej zarzutu. Tym samym Izba, będąc na mocy art. 192 ust. 7 ustawy Pzp związaną zarzutami zawartymi w odwołaniu, wskazuje jedynie na marginesie, iż określony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu jest obciążony wadą z innej przyczyny niż wskazana przez Odwołującego, ponieważ nie koresponduje z treścią § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia wydanego na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż pomija on w swojej treści zwrot „związanej z przedmiotem zamówienia”. Biorąc jednak pod uwagę powyższe Izba nie może wyjść poza przedstawione przez Odwołującego kwestie związane z sumą ubezpieczenia.

II. W ramach zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w odniesieniu do warunku dotyczącego doświadczenia i wiedzy Izba uznała, iż powyższe zarzuty również nie zasługują na uwzględnienie.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, iż przedmiotowy warunek w ustalonej przez Zamawiającego treści narusza zasadę uczciwej konkurencji i jest nieproporcjonalny do

28

przedmiotu zamówienia. Wszakże objęty przedmiotem zamówienia budynek jest budynkiem biurowym specjalnego przeznaczenia i taki też wymóg został zawarty w tymże warunku. Sam warunek zaś odnosi się do jego charakterystyki oraz infrastruktury. Nie sposób zatem uznać, iż warunek jest nieprecyzyjny, bądź też oderwany od przedmiotu zamówienia.

Na szczególną uwagę, w odniesieniu do powyższego zarzutu, zasługuje sformułowane przez Odwołującego żądanie zawierające propozycję warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Izba wskazuje, iż w ramach środków ochrony prawnej odnoszących się do postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ należy, w kontekście oceny zasadności zarzutów, brać pod uwagę również żądania formułowane przez odwołujących się wykonawców. Źródłem powyższego jest okoliczność, iż to żądania wskazują na intencje wykonawcy, który wnosząc odwołanie zmierza do nadania postanowieniom ogłoszenia oraz SIWZ odpowiedniej treści. Śądanie wszakże może zmierzać do nadania zaskarżonym postanowieniom treści zgodnej z prawem lub treści umożliwiającej wykonawcy uzyskanie przewagi w ramach danego postępowania. Pierwsza z tych sytuacji może stanowić podstawę uwzględnienia zarzutu, druga zaś przesądzać o jego oddaleniu. Zgodzić się należy z Odwołującym, iż na mocy art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie jest związana żądaniami a jedynie zarzutami zawartymi w odwołaniu, jednakże nie jest też zobligowana do kreowania postanowień ogłoszenia o zamówieniu lub treści SIWZ jeżeli odwołujący się wykonawca nie jest w stanie wskazać jakie, w jego cenie, postanowienia są zgodne z przepisami i ustalonym stanem faktycznym.

Wyrażone przez Odwołującego żądanie nie pozostawia żadnych wątpliwości, gdyż w ocenie Izby, pożądaną i stanowiącą dla Odwołującego cel sam w sobie „konkretyzację, doprecyzowanie warunku oraz usunięcie wątpliwości na przyszłość” odebrać można nie inaczej jak jego zaostrenie i zawężenie służące ograniczeniu konkurencji.

Wszakże teza Odwołującego, iż brak określenia w warunku dotyczącym wiedzy i doświadczenia wartości kwotowych, nie koresponduje z postawionym Zamawiającemu zarzutem naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ocenie Izby, to właśnie dookreślenie tej kwoty czyniłoby ten warunek bardziej rygorystycznym, zaś jej brak obejmuje swym zakresem szerszy krąg usług i tym samym samych wykonawców.

W odniesieniu do drugiego elementu zarzutu wskazać należy, iż zakres oddziaływania pojęcia „budynek biurowy” należy uznać za dużo szerszy od pojęcia „budynek użyteczności publicznej” a poza tym bardziej adekwatny do przedmiotu zamówienia. Wynika to z faktu, iż nie każdy budynek biurowy jest budynkiem użyteczności publicznej. A więc powyższy warunek prowadziłby do eliminacji z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy analogiczne usługi świadczyli w budynkach komercyjnych, co należałoby uznać za nieracjonalne wyłączenie.

Na taką samą ocenę zasługuje zaproponowane przez Odwołującego użycie w ramach proponowanej treści warunku zwrotu „(...) na podstawie jednej umowy (...)”. W ocenie Izby bez znaczenia pozostaje okoliczność, czy np. wykonawca realizował 1 usługę przez wymagany okres 12 miesięcy na podstawie jednej, czy też kilku umów cywilnoprawnych. Nie należy bowiem utożsamiać ciągłości i jednolitości usługi z formalnym ujęciem źródła zobowiązania wzajemnego w jednej umowie cywilnoprawnej.

W toku rozprawy Odwołujący uzasadniając swoje żądanie w zakresie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia wskazał ponadto, iż jest to jedynie propozycja zmierzająca do wyeliminowania rozbieżności przez np. doprecyzowanie dotyczące ilości budynków. Przywołał art. 48 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, który wskazuje, iż warunki te muszą być precyzyjnie dookreślone już w ogłoszeniu, zaś w jego ocenie w niniejszym stanie faktycznym analiza ogłoszenia dotyczącego warunków wymaga odniesienia zawartych tam treści do SIWZ powodując, że lektura, i tak skomplikowanego warunku, dodatkowo się komplikuje, co powoduje, iż wykonawcy mają podstawę do wątpliwości na etapie samooceny spełnienia warunku.

Jednakże, w ocenie Izby, powyższe elementy zarzutu uznać należy jedynie za formalne lub redakcyjne uchybienia w formułowaniu warunku, nie zaś za naruszające zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Nie mogą one zatem stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania, nawet gdy Odwołujący wskazał naruszony, jego zdaniem, art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp to nie sprecyzował w czym upatruje tego naruszenia. Sama konieczność „sięgnięcia” do załącznika nr 1A do SIWZ celem dokonania oceny warunku określonego w ogłoszeniu nie stoi na drodze do zamówienia. Wskazany zabieg redakcyjny umożliwia zainteresowanym wykonawcom ocenę spełnienia warunków, gdyż w przypadku warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia każdorazowo konieczna jest analiza przedmiotu zamówienia. Tego rodzaju redakcyjne ujęcie treści warunków może być również wynikiem ograniczonej pojemności formularzy ogłoszeniowych. Ponadto to zaproponowana przez Odwołującego treść warunku przez użycie zwrotu „(...) w zakresie kompleksowej obsługi technicznej lub w zakresie podobnym do przedmiotu zamówienia (...)” czyni ten warunek niejednoznaczny i blankietowym.

Izba jedynie na marginesie wskazuje, gdyż powyższa okoliczność nie stanowiła podstawy faktycznej zarzutu, iż z wprowadzonym przez Zamawiającego w przedmiotowym warunku pojęciem „budynek biurowy” koresponduje odesłanie do kolumny zatytułowanej „nazwa systemu” załącznika nr 1A do SIWZ i ujęte w przedmiotowym warunku wyłączenie pewnych systemów, charakterystycznych jedynie dla budynków sądowych (np. system nagłośnienia sali zgromadzeń, bramowy wykrywacz metali, rentgenowskie urządzenie do prześwietlania bagażu). Oznacza to, iż dzięki takiemu wyłączeniu warunek ten odnieść również należy do obiektów komercyjnych – czyniąc go bardziej otwartym i pozbawionym

30

pozornego charakteru. Wewnętrzna spójność warunku, zapewniona dzięki tym wyłączeniom przez Zamawiającego, jest racjonalna i wskazuje na otwarty charakter tego warunku.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż nie doszło do naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów.

III. W ramach zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia Izba uznała, iż powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący powyższy zarzut oparł na zawartej w ogłoszeniu o zamówieniu informacji, iż Zamawiający jest gotów udostępnić do wglądu w swojej siedzibie dokumentację techniczną obiektów oraz umożliwić dokonanie wizji lokalnej. Odwołujący z powyższego faktu wywiódł, iż opis przedmiotu zamówienia nie jest kompletny, a zatem nie jest wyczerpujący w rozumieniu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby zalecenie dokonania wizji lokalnej nie może, w kontekście art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, samoistnie przesądzać o naruszeniu tego przepisu. Odwołujący w najmniejszym stopniu nie wykazał, iż opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego jest nieprecyzyjny, niepełny - opierając swoją argumentację, i *de facto* cały zarzut na, w jego ocenie, logicznym założeniu – jeżeli Zamawiający zalecił dokonanie wizji lokalnej, to opis przedmiotu zamówienia jest obarczony brakami, które w toku tej wizji zostaną uzupełnione

przez wykonawcę.

Otóż Izba wskazuje, iż zapoznanie się wykonawców z warunkami i miejscem świadczenia usługi, dookreślonej i opisanej kompleksowo w SIWZ, jest zwyczajowo przyjętą metodą w wielu postępowaniach. Należy również wskazać, iż wszystkich warunków realizacji świadczenia, możliwych do oceny w wyniku wizji lokalnej, nie sposób zamieścić w dokumentacji postępowania. Izba zgadza się z tezą, iż wizja lokalna nie może stanowić zasadniczego opisu przedmiotu zamówienia, zastępować go lub stanowić ułatwienia dla zamawiającego uczynienia zadość obowiązкови jego doprecyzowania. Jednakże takiej roli wizja lokalna nie pełni w ramach przedmiotowego postępowania.

Może ona bowiem stanowić przydatne, z praktycznego punktu widzenia, uzupełnienie tego opisu. Nierzadko precyzyjnie dokonany opis przedmiotu zamówienia (czy to graficzny, czy też stricte opisowy) w połączeniu z wizją lokalną daje pełny obraz rozmiaru i trudności obowiązków wymaganych od wykonawcy na etapie realizacji świadczenia. Powyższa czynność ma również umożliwić wykonawcom formułowanie ewentualnych pytań do Zamawiającego dotyczących treści SIWZ.

Wizja lokalna może być narzędziem pomocnym w oddaniu niemożliwych do opisanie cech przedmiotu, które mogą mieć znaczenie w ocenie okoliczności towarzyszących

realizacji zamówienia. Trudno jest wszakże dokonać w opisowej formie i przedstawić ogrom obiektu, jego skomplikowany układ komunikacyjny, wyrazić jego reprezentacyjny charakter, zaprezentować jego trudne położenie komunikacyjne, jak również oddać te cechy przedmiotu zamówienia, które nie poddają się słownemu opisowi.

Jeżeli zatem wizja lokalna ma charakter subsydiarny do opisu, a taką rolę pełni w ramach niniejszego postępowania, i nie ma ona na celu niejako „zastąpienia” tego opisu i zdjęcia z braków zamawiającego obowiązku jego dookreślenia, a tego faktu Odwołujący w ramach niniejszego odwołania nie wykazał – należy uznać ją za w pełni dopuszczalną i zwyczajowo przyjętą narzędzie ułatwiające wykonawcom sporządzenie oferty.

Analogicznie należy ocenić umożliwienie przez Zamawiającego zapoznania się wykonawców z obszerną dokumentacją techniczną zainstalowanych w obiekcie Naczelnego Sądu Administracyjnego urządzeń i systemów. Zamawiający w tym zakresie podał w załączniku nr 1A oraz 1B do SIWZ nazwy własne systemów i urządzeń znajdujących się w budynkach. Profesjonalny wykonawca winien mieć podstawową wiedzę w zakresie właściwości tych elementów wyposażenia budynku, a jeżeli potrzebuje bardziej szczegółowych informacji Zamawiający umożliwił zapoznanie się wykonawcy z całą dokumentacją techniczną budynków.

W ocenie Izby ukonstytuowanych w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp obowiązków nie należy oceniać i interpretować w absolutny sposób - nie znajdujący żadnego racjonalnego miarkowania i ograniczenia. Izba wskazuje, iż nawet absolutny i bezwzględny obowiązek ma swoje możliwe do zakreszenia granice. Trudno jest wszakże wymagać od podmiotu zamawiającego, aby dokonując opisu przedmiotu zamówienia oddał w dokumentacji postępowania to czego oddać nie sposób. Trudno również zakładać, aby dołączył do opisu przedmiotu zamówienia instrukcje obsługi oraz dokumentację techniczną wszystkich systemów znajdujących się w budynku. Pisemność postępowania oraz obowiązek ujęcia w treści SIWZ wszystkich dostępnych podmiotowi zamawiającemu dokumentów, które nawet w sposób pośredni mogą mieć związek z przedmiotem zamówienia, nie ma charakteru nieograniczonego. Granice obowiązku wynikającego z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wyznacza w tym przypadku również charakter obiektu. Dostępność publiczna projektów, schematów oraz parametrów technicznych systemów i urządzeń, które służyć mają m.in. do ochrony obiektu przed włamaniem, nieuprawnionym dostępem oraz wtargnięciem do jego wnętrza osób uzbrojonych byłaby sytuacją niepożądaną.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na

wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....