



PIERÓG & Partnerzy

— KANCELARIA PRAWNA —

Warszawa, 12 grudnia 2023 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Zamawiający:

Skarb Państwa - Komendant Wojewódzki Policji w Łodzi

Komenda Wojewódzka Policji w Łodzi

ul. Lutomska 108/112, 91-048 Łódź

NIP 726-000-44-58

REGON 470754976

<http://przetargi.lodzka.policja.gov.pl/>

https://platformazakupowa.pl/pn/kwp_lodz

e-mail: zampub@ld.policja.gov.pl

tel. 47 841 22 95, 47 841 20 78

Odwołujący:

Wegner Sp. z o.o. sp. k.

ul. Bukowska 177, 60-196 Poznań

KRS: 0000466602, NIP: 7842295471

Tel: +48 692 934 637

wegner@wegner.pl

reprezentowany przez:

r.pr. Paweł Skrodzki

Kancelaria Prawna Pieróg & Partnerzy

Nowogrodzka 42 lok. 41

00-695 Warszawa

e-mail: kancelaria@pierog.pl, tel. 22 598 93 00

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym bez negocjacji 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” (Nr postępowania: FZ-2380/56/23/RK)

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem nr 2023/BZP 00539263/01 w dniu 7 grudnia 2023 r.

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710, dalej jako: „Pzp”) działając w oparciu o udzielone pełnomocnictwa (w załączeniu), w imieniu Wegner Sp. z o.o. spółka komandytowa (dalej jako: „Odwołujący”) wnoszę odwołanie **wobec treści dokumentów zamówienia, w tym projektowanych postanowień umowy** niezgodnych z przepisami ustawy Pzp, tj.

- 1) 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 maszty antenowego;
- 2) sformułowania 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 wyjaśnia, 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.

Zarzucam 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 maszty 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. 353¹ KC** poprzez skonstruowanie projektowanych postanowień Umowy w sposób, który powoduje – niezasadnione 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;

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

Z uwagi na powyższe wnoszę 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.

INTERES I SZKODA

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 dnia 7 kwietnia 2016 roku, KIO 443/16; wyrok KIO z dnia 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.

ZACHOWANIE TERMINU I WYMOGÓW FORMALNYCH

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 7 grudnia 2023 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na stronie internetowej Zamawiającego. W związku z powyższym, 5-dniowy termin na wniesienie odwołania określa się na podstawie art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy i upływa on 12 grudnia 2023 r.

Odwołujący wniósł wpis od odwołania w wymaganej wysokości (**10 000 PLN**). Dowód wniesienia wpisu stanowi załącznik do niniejszego Odwołania.

Wraz z wniesieniem niniejszego odwołania **przekazano jego kopię Zamawiającemu**, na co przedstawia się dowód stanowiący załącznik do niniejszego Odwołania.

Uwzględniając powyższe okoliczności oraz to, że niniejsze Odwołanie złożone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **12 grudnia 2023 r.**, należy stwierdzić, że zostały spełnione wszystkie wymagania formalne jego wniesienia.

UZASADNIENIE

Uzasadnienie dot. warunku udziału w postępowaniu

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 opisanie, 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 (czytany 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 niniejszego odwołania. Z związku z tym, należy podnieść w tym miejscu jedynie uwagi ogólne.

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 szczególnie 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. 353¹ 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 należyty 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 ciężących 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. 353¹ 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. 353¹ 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 negatywnej 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.

Z uwagi na powyższe, wnoszę jak na wstępie.

r.pr. Paweł Skrodzki

Załączniki:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w kwocie 10.000,00 zł;
- 2) dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu;
- 3) odpis pełnomocnictwa wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
- 4) aktualne odpisy z KRS (Wegner Sp. z o.o. oraz Wegner Sp. z o.o. sp. k.)