

Warszawa, dnia 9 października 2020 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17a  
02-676 Warszawa

**Zamawiający:**

**Uniwersytet Śląski w Katowicach**

40-007 Katowice, ul. Bankowa 12  
e-mail: malgorzata.wroblewska@us.edu.pl  
Tel.: +48 323591925  
Faks: +48 323592048

**Odwołujący:**

**DGP Security Partner Sp. z o.o.**

ul. Jesionowa 9a, 40-159 Katowice

reprezentowany przez radcę prawnego Iwonę Januszewską

**adres do doręczeń dla Odwołującego**

59-220 Legnica, ul. Najświętszej Marii Panny 5e  
tel. 76 856 76 00, fax: 76 856 76 09  
e-mail: i.januszewska@dozorbud.pl

**Dotyczy:** *postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonym na: „Usługę ochrony obiektów Uniwersytetu Śląskiego zlokalizowanych w Katowicach/Boguchwałowicach, Sosnowcu, Chorzowie, Cieszynie”, o wartości zamówienia przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, Numer referencyjny: DZP.381.041.2020.UG*

**Ogłoszenie o zamówieniu:** opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem **2020/S 189-456709** w dniu 29 września 2020 r.

**ODWOŁANIE**

Działający w imieniu DGP Security Partner sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) jako pełnomocnik, na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn.zm.; dalej: „Pzp”), art. 180 ust. 1 Pzp, art. 182 ust. 2 pkt 1 niniejszym wnoszę odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w wyżej wymienionym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegających na:

I. W zakresie części A:

1. określeniu warunków realizacji zamówienia dla Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w sposób nieuzasadniony charakterem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia,

II. w zakresie części A-D:

2. wprowadzeniu do projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień nadmiernie ograniczających konkurencję, niejednoznacznych oraz sprzecznych z przepisami prawa, tj. od treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) w postępowaniu o udzielenie powyższego zamówienia publicznego.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego **zarzucam naruszenie:**

I. w zakresie części A:

- 1) art. 23 ust. 6 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez określeniu warunków realizacji zamówienia dla Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w sposób nieuzasadniony charakterem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia tj. wymaganie, aby każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w części A spełniał wymóg dotyczący posiadania przez Wykonawcę, który złoży ofertę w zakresie części A świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego co najmniej II stopnia wymaganego na podstawie ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz.U. z 2019 poz. 742) w sytuacji, gdy wymóg ten postawiony jest w związku z ewentualnym możliwym dostępem do informacji niejawnych o klauzuli poufne, gdy zajdzie potrzeba sporządzenia, modyfikacji i uzgodnienia planu ochrony z Komendantem Wojewódzkiej Policji w Katowicach dla obiektu- Pracowni Zbiorów Specjalnych i Biblioteki UŚ podlegającego obowiązkowej ochronie w myśl ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (t.j. Dz.U. z 2020 poz. 838). WW. obiekt jest jednym z 20 (21 – różne wartości podane przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania) obiektów objętych usługą w ramach części A. Innymi słowy zakres wykorzystania uprawnień związanych z dostępem o informacji niejawnych jest znikomy w stosunku do całości przedmiotu zamówienia objętego częścią A i wystarczającym dla charakteru zamówienia, proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia byłoby oczekiwanie posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego co najmniej II stopnia o klauzuli poufne od jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tego który faktycznie będzie dokonywał określonych czynności w ramach realizowanego przedmiotu zamówienia.

Tym samym prowadzenie postępowania w sposób, który narusza zasady rządzące postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego w szczególności narusza zasadę równego traktowania Wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji jak i zasadę proporcjonalności. Zastosowany przez Zamawiającego środek (określenie warunków realizacji w opisanej powyżej postaci) jest nieadekwatne do celu jakiemu ma służyć czyli wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5 Pzp złożonej przez Wykonawcę zdolnego do wykonania zamówienia, dającego rękojmię jego należytego wykonania zgodnie z oczekiwaniami i potrzebami Zamawiającego.

II. w zakresie części A-D:

- 2) art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego (dalej: „Kc”) w zw. z art. 483 § 1 Kc w zw. z art. 484 § 2 Kc w zw art. 5 Kc, poprzez: określenie kar umownych w treści § 15 wzoru umowy stanowiącego załącznik od nr 3 do SIWZ, na poziomie nieadekwatnym do wartości zamówienia, w wysokości rażąco wygórowanej, na poziomie nieadekwatnym do okoliczności, które mogą stanąć u podstaw powstania roszczenia Zamawiającego o jej zapłatę; ponadto ustanowienie automatyzmu w naliczaniu kar umownych bez uprzedniego wezwania wykonawcy do wprowadzenia działań naprawczych, przewidzenie kar umownych w przypadkach opóźnienia podczas gdy Wykonawca powinien ponosić odpowiedzialność jedynie za zwłokę tj. kwalifikowane opóźnienie powstałe z przyczyn leżących po jego stronie, a tym samym określenie kar umownych w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszające zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Wskazując na powyższe zarzuty, **wnoszę o:**

I. w zakresie części A:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ/ogłoszenia poprzez:
  - a) zastąpienie brzmienia postanowieniom rozdziału II punkt 6 SIWZ o treści:  
*„W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w części A, spełnienie wymogu dotyczącego posiadania przez Wykonawcę świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego co najmniej II-go stopnia powinno zostać wykazane przez każdego z Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.”*  
Na brzmienie:  
*„W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w części A, spełnienie wymogu dotyczącego posiadania przez Wykonawcę świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego co najmniej II-go stopnia powinno zostać wykazane przez jednego z Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.”*
  - b) ogłoszenia poprzez nadania mu nowego brzmienia zgodnie z wnioskiem powyżej niniejszego odwołania,
  - c) dokonanie stosownej modyfikacji postanowień SIWZ będącej konsekwencją uwzględnienia wniosku powyżej,

II. w zakresie części A-D

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ/ogłoszenia poprzez:
  - a) obniżenie o 50% wysokości każdej z kar umownych określonych w § 15 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ,
  - b) zmianie w treści § 15 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ użytych pojęć z „opóźnienia” na „zwłokę”,
  - c) dokonanie stosownej modyfikacji postanowień SIWZ będącej konsekwencją uwzględnienia wniosku powyżej,

ponadto wnoszę o:

obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

### **Termin:**

Stosownie do przepisu art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 września 2020 r.. Mając powyższe na uwadze termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 9 października 2020 r.. Niniejsze odwołanie jest wnoszone w dniu 9 października 2020 r., co oznacza, iż Odwołujący uczynił zadość wymaganiom określonym w art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp.

### **Interes:**

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Zgodnie z powyższym, aby wykonawca był

legitymowany do wniesienia środków ochrony prawnej muszą łącznie wystąpić dwie przesłanki materialno-prawne wskazane w ww. przepisie:

- wykonawca musi posiadać interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz
- wykonawca poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ jest przedsiębiorcą w zakresie będącym przedmiotem niniejszego postępowania. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia, zaś sformułowane przez Zamawiającego niezgodnie z prawem treść ogłoszenia i specyfikacji, uniemożliwia Odwołującemu skuteczne ubieganie się o udzielenie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania niniejszego zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji. Zgodnie z przyjętym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed otwarciem ofert, każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia, co do zasady, posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Jak wskazano m.in. w: wyroku KIO z dnia 22 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO 282/12), w wyroku KIO z dnia 1 kwietnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 527/14, wraz z cytowanym tam orzecnictwem), w wyroku KIO z dnia 31 lipca 2015 r. lex 1771700) w odwołaniu od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami ustawy oferty.

Tym samym krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Wobec powyższego, w związku z naruszeniem przez Zamawiającego przywołanych przepisów Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, albowiem nieprawidłowe sformułowanie postanowień SIWZ i postanowień ogłoszenia o zamówieniu będzie utrudniało mu dostęp do zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest dokonać wyboru oferty zgodnej z SIWZ, wobec czego winien zadbać o to, aby warunki określone w tym dokumencie odpowiadały przepisom prawa. Jednocześnie szkoda, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, może mieć charakter nie tylko bezpośredni, ale również hipotetyczny. W pierwszym przypadku wykonawca traci bezpośrednio możliwość otrzymania zamówienia, w drugim szanse na jego uzyskanie.

### **Uzasadnienie**

Przedmiotem zamówienia jest:

- 1) świadczenie usług bezpośredniej ochrony fizycznej obiektów Uniwersytetu Śląskiego zlokalizowanych w Katowicach, Sosnowcu, Chorzowie, Cieszynie, realizowanych w formie posterunków stałych i doraźnych, patroli oraz konwojowania wartości pieniężnych;
- 2) świadczenie usług ochrony technicznej monitorowania sygnałów przychodzących z systemów SSWiN zainstalowanych w obiektach Zamawiającego, nadzoru nad ww. systemami oraz świadczenie usług grup interwencyjnych, zlokalizowanych w Katowicach, Sosnowcu, Chorzowie, Cieszynie.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowią załączniki nr 2A–D (będące opisami) oraz załączniki nr 2E–I do SIWZ (będące regulaminami obowiązującymi u Zamawiającego).

W trakcie realizacji umowy Wykonawca może mieć dostęp do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „Poufne”, wobec czego wymagane jest posiadanie przez Wykonawcę świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego co najmniej II. stopnia wydanego na podstawie ustawy – dotyczy cz. A.

*Odnośniki odnoszą się do postawionych zarzutów*

Ad.1 dotyczy części A

W rozdziale II SIWZ punkt 6 Zamawiający informuje, iż posiada obiekt - Pracownię Zbiorów Specjalnych Biblioteki UŚ - podlegający obowiązkowej ochronie w myśl ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (t.j.Dz.U. z 2020 poz. 838), a co za tym idzie posiada plan ochrony dla w/w obiektu, który został wpisany do ewidencji Wojewody Śląskiego. Wykonawca zobowiązuje się, gdy zajdzie taka potrzeba, do sporządzenia, modyfikacji i uzgodnienia planu z Komendantem Wojewódzkim Policji w Katowicach, zgodnie z art. 7 ustawy o ochronie osób i mienia. Jak stanowi art. 26 ust. 2 pkt 1 cytowanej ustawy osoba wpisana na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej jest uprawniona do opracowania planu ochrony w zakresie bezpośredniej ochrony fizycznej, o której mowa w art. 3 pkt 1 ustawy o ochronie osób i mienia. W trakcie realizacji umowy – zgodnie z Zarządzeniem nr 108 Rektora Uniwersytetu Śląskiego z dnia 19 października 2016 r. w sprawie wprowadzenia w życie dokumentacji związanej z ochroną informacji niejawnych w Uniwersytecie Śląskim w Katowicach wraz z Planem ochrony informacji niejawnych w Uniwersytecie Śląskim w Katowicach, stanowiącym załącznik nr 1 do ww. zarządzenia – Wykonawca może mieć dostęp do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „Poufne”, wobec czego wymagane jest posiadanie przez Wykonawcę, który złoży ofertę w zakresie części A świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego co najmniej II-go stopnia wydanego na podstawie Ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz.U. z 2019 poz. 742).

[ we wskazanym zakresie powiel oczekiwanie w treści załącznika nr 2a do SIWZ zawierającego OPZ dla części A punkt 16]

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w części A, spełnienie wymogu dotyczącego posiadania przez Wykonawcę świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego co najmniej II-go stopnia powinno zostać wykazane przez każdego z Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

W rozdziale XII SIWZ w punkcie 6 Zamawiający informuje, że „Wykonawca zobowiązany jest najpóźniej w chwili zawarcia umowy, dostarczyć Zamawiającemu kserokopię świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego co najmniej II-go stopnia<sup>4</sup> albo I stopnia (zgodnie z oświadczeniem złożonym w ust. 15 formularza oferty stanowiącego załącznik nr 1A do SIWZ) wydanego na podstawie Ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j.Dz.U.2019, poz. 742), poświadczoną za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę. Niedochowanie powyższego obowiązku skutkować będzie nałożeniem sankcji przewidzianych we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ.”

W § 15 ust. 1 pkt 7 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ wskazuje się, iż „Bez względu na to czy Zamawiający doznał szkody, w przypadku niewykonania lub niewłaściwego wykonania umowy Wykonawca zobowiązany jest wypłacić Zamawiającemu karę umowną: w sytuacji nie dopełnienia obowiązku wynikającego ze złożonego oświadczenia w związku z § 7 ust 1 pkt 2- w wysokości 1% wartości umowy w danej części;”

§ 7 ust. 1 pkt 1 i 2 wzoru umowy otrzymała brzmienie:

1. Wykonawca oświadcza, iż:

1) posiada ważne świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego co najmniej II-go stopnia wydane na podstawie ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz.U.2019.742),

Albo<sup>26</sup>

2) posiada ważne świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego I-go stopnia wydane na podstawie ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz.U.2019.742)<sup>27</sup>.

2. Wykonawca zobowiązany jest najpóźniej w chwili zawarcia umowy, dostarczyć Zamawiającemu kserokopię świadectwa, o którym mowa w ust. 1 pkt 1 poświadczoną za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę. W razie niedochowania tego obowiązku Zamawiający może odstąpić od umowy,

Albo<sup>28</sup>

Wykonawca zobowiązany jest najpóźniej w chwili zawarcia umowy, dostarczyć Zamawiającemu kserokopię świadectwa, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 poświadczoną za zgodność z oryginałem przez

*Wykonawcę. W razie niedochowania tego obowiązku Zamawiający może nałożyć karę umowną, zgodnie z postanowieniami §15 ust.1 pkt 7."*

Wymóg zachowania proporcjonalności opisu w stosunku do przedmiotu zamówienia oznacza zakaz formułowania przez Zamawiającego warunków realizacji zamówienia nieproporcjonalnych do oceny możliwości należytej realizacji zamówienia w okolicznościach danego postępowania. Opis warunków realizacji zamówienia zależy od rodzaju prowadzonego postępowania, stopnia jego złożoności, zakresu wymaganych wiadomości, pożądanych umiejętności specjalnych, czy też rozmiaru udzielanego zamówienia.

Jednocześnie pamiętać należy, iż przepis art. 29 ust. 2 Pzp i art. 23 ust. 6 Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek takiego kształtowania warunków, aby nie dyskryminować podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia poprzez wprowadzanie warunków nadmiernych. Ocenę zasadności takiego warunku i jego zgodności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy zatem rozpatrywać w kontekście jego adekwatności do przedmiotu zamówienia, tj. warunek musi zagwarantować należyte wykonanie zamówienia, przy jednoczesnym zachowaniu niedyskryminującego charakteru. Wszelkie ograniczenia, zaostżenia w określeniu warunków realizacji zamówienia w stosunku do Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, muszą być związane z przedmiotem zamówienia i być proporcjonalne. Przedmiotu zamówienia w tym warunków realizacji nie można opisać w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Dlatego też, rozwiązania zastosowane przez Zamawiającego muszą być adekwatne do zakładanego celu ich wprowadzenia czyli wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę zdolnego do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z potrzebami Zamawiającego. Ponadto nie mogą doprowadzić do faworyzowania jednych a tym samym dyskryminacji innych wykonawców.

Wobec powyższego, konieczne jest zapewnienia równowagi między interesem Zamawiającego polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można z góry eliminować z udziału w postępowaniu poprzez wprowadzanie nadmiernych i nieadekwatnych wymagań.

W tym miejscu podkreślić należy, wymóg posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego postawiony jest w związku z ewentualnym możliwym dostępem do informacji niejawnych o klauzuli poufne, gdy zajdzie potrzeba sporządzenia, modyfikacji i uzgodnienia planu ochrony z Komendantem Wojewódzkiej Policji w Katowicach dla obiektu- Pracowni Zbiorów Specjalnych i Biblioteki UŚ podlegającego obowiązkowej ochronie w myśl ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (t.j. Dz.U. z 2020 poz. 838). WW. obiekt jest jednym z 20 (21 – różne wartości podane przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania) obiektów objętych usługą w ramach części A. Innymi słowy zakres wykorzystania uprawnień związanych z dostępem o informacji niejawnych jest znikomy w stosunku do całości przedmiotu zamówienia objętego częścią A i wystarczającym dla charakteru zamówienia, proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia byłoby oczekiwanie posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego co najmniej II stopnia o klauzuli poufne od jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tego który faktycznie będzie dokonywał określonych czynności w ramach realizowanego przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 23 ust. 6 Pzp Zamawiający może określić warunki realizacji zamówienia przez wykonawców, o których mowa w ust. 1, w inny sposób niż w przypadku pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne.

Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej aby ustalić czy określone działania podejmowane przez zamawiającego nie naruszają zasady proporcjonalności konieczne jest określenie celu, jaki zamawiający zamierza osiągnąć podejmując określone czynności.

Oznacza to, że opis warunków realizacji zamówienia winien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę dorobek orzecznictwa TSUE można powiedzieć, że ocena, czy ustalony warunek nie jest nadmierny wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu.

Określenie wymaganego warunku realizacji zamówienia na poziomie zaproponowanego przez Zamawiającego tj. w zakresie posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego przez każdego członka konsorcjum, należy uznać za nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia jak i nieuzasadnione charakterem przedmiotu zamówienia, ponieważ nie ma powodu, aby Zamawiający preferował taki właśnie poziom. Nie ulega wątpliwości, że posiadanie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego przez jednego z członków konsorcjum tego, który faktycznie będzie realizował tę część zamówienia jest wystarczające do uzyskania przez Zamawiającego pewności, że wykonawca z takim uprawnieniem prawidłowo wykonana zamawianą usługę. Nadto ze specyfiki przedmiotowego zamówienia nie wynika, dlaczego akurat posiadanie wspomnianego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego II stopnia o klauzuli poufne, ma być miernikiem uprawnienia odpowiedniego do wykonania zamówienia.

Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), w którym wskazał, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z 27 października 2005 r. w sprawie Contse SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (C-234/03) orzekł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który powinni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Zgodnie ze stanowiskiem UZP: *„Należy pamiętać, że jeżeli chodzi o warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1b pkt -3 ustawy Pzp, dotyczące zdolności ekonomicznej, finansowej, technicznej, zawodowej (tzw. warunki pozytywne), w przypadku konsorcjum, co do zasady, mogą być one spełnione łącznie. Taka wykładania wynika z samej istoty konsorcjum, które tworzone jest właśnie w celu łączenia zdolności technicznych, zawodowych, ekonomicznych i finansowych. Dlatego też potencjały te, co do zasady, podlegają sumowaniu.*

*Pogląd ten zachowuje swoją aktualność również w zakresie regulacji art. 23 ust. 6 Pzp należy bowiem pamiętać w jakim celu ustawa dopuszcza wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia. Z istoty konsorcjum wynika możliwość łączenia potencjałów. Pamiętać należy, iż art. 23 ust. 6 Pzp stanowi wyjątek od reguły i jako taki musi być traktowany zawężająco. Już w samej treści przepisu obwarowany jest ograniczeniem tzn. Zamawiający może skorzystać ze wskazanego uprawnienia o ile będzie to usprawiedliwione z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia i adekwatne do towarzyszących mu okoliczności.*

W sytuacji, gdy przedmiot zamówienia w zakresie części A obejmuje tylko w niewielkim zakresie dokonywania czynności, z którymi związane jest posiadanie Świadectwa Bezpieczeństwa Przemysłowego, taki warunek realizacji stanowi naruszenie konkurencyjnych reguł postępowania.

Ponadto podkreślić należy iż naczelnymi zasadami, którymi powinni kierować się Zamawiający zgodnie z ustawą o finansach publicznych są zasady określone w art. 44 ust 3 ustawy tj.:

„Wydatki publiczne powinny być dokonywane:

1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:

- a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,
- b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów"

Pozostawienie ww. wymogu żądania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego może spowodować otrzymanie ofert wyższych cenowo. Na tej zasadzie żądanie Odwołującego w zakresie postawienia przez Zamawiającego warunku realizacji zamówienia w przedmiocie posiadania uprawnień do ochrony informacji niejawnych jest w pełni zasadne.

#### Ad.2. dotyczy części A-D

W procedurze udzielania i realizacji zamówień publicznych to zamawiający jest w pozycji uprzywilejowanej względem wykonawców, umożliwiając mu narzucanie warunków dotyczących realizacji zamówienia, jednak powinien on tak kształtować treść umowy, aby realizacja zamówienia w ogóle była możliwa. Zatem zastrzeganie kar umownych nie powinno być celem samym w sobie, ale środkiem dyscyplinującym wykonawcę. Wielokrotnie wskazywała na to Krajowa Izba Odwoławcza, m.in. w wyroku z dnia 5 marca 2014 r., sygn. akt KIO 283/14.

Jeśli wykonawca uzna określone zapisy wzoru umowy za sprzeczne z prawem – czy to z ustawą PZP, czy też z Kodeksem cywilnym – może skorzystać ze środków ochrony prawnej, tzn. wnieść do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z art. 182 ust. 2 Pzp. Należy zwrócić uwagę, że KIO często uwzględnia takie odwołania, jeśli zamawiający przykładowo określił niewspółmiernie wysokie kary umowne, czy też nieprecyzyjnie opisał zasady odpowiedzialności wykonawcy. Przywołać można m.in. wyrok w sprawach KIO 1626/16; KIO 1632/16; KIO 1636/16, w którym Izba przyjęła, iż „*Mimo, że umowy w sprawie zamówienia publicznego zbliżone są w swojej naturze do umów adhezyjnych, w których ograniczenie zasady równości stron kontraktu jest szczególnie widoczne, to przyzwolenie na nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie może być nieograniczone. Za rażąco niesprawiedliwe należy uznać obciążenie wykonawcy działającego z należytą starannością oraz zgodnie z wymaganiami zamawiającego opisanymi w PFU konsekwencjami działania podmiotów trzecich. Zamawiający mając faktyczną przewagę nad wykonawcami, nie może narzucać im warunków umowy, które są dla nich widocznie krzywdzące. Takie działanie narusza zasady współżycia społecznego, przez co jest sprzeczne z art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego*”.

W ocenie Odwołującego Zamawiający próbuje wykorzystać swoją pozycję dominującą w przetargu i wbrew zasadom współżycia społecznego, wprowadzić do umowy rażąco wygórowaną karę umowną, która z uwagi na swą konstrukcję, może mieć zastosowanie zarówno w przypadku drobnego uchybienia, nieskutkującego powstaniem jakiegokolwiek szkody po stronie Zamawiającego, jak i w przypadku niewykonania zobowiązania w znacznej części. Nie można również zapominać, że podstawową funkcją kary umownej jest naprawienie szkody (zryczałtowane odszkodowanie), a zatem stawka kary umownej nie powinna być ustalona abstrakcyjnie, lecz z uwzględnieniem przewidywanej szkody, jaka może powstać po stronie Zamawiającego. Jednakże postanowienie projektu umowy nie zostało oparte na powyższych założeniach, stąd wnioski o jego zmianę.

W zakresie samej kary umownej należy wskazać, iż kara umowna ma charakter wyłącznie odszkodowawczy i kompensacyjny. Na gruncie przepisów prawa cywilnego nie ma podstaw do uznania kary umownej jako środka prewencyjnego, którego celem jest silne oddziaływanie na niesolidnych wykonawców w sposób zapewniający należyte wykonanie umowy. Zatem ustalenie przez Zamawiającego zbyt wygórowanych kar umownych stanowi rażące naruszenie prawa. Rażąco wygórowane kary prowadzą do sprzeczności celu umowy z zasadami współżycia społecznego, której skutkiem jest bezwzględna nieważność czynności prawnej (art. 353<sup>1</sup> Kc w zw. z art. 58 § 1 Kc).

Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego prawo Zamawiającego do ustalenia warunków umowy ma swoje ograniczenie - Zamawiający nie może prawa podmiotowego nadużywać. Wynika



to m.in. z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 Kc, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Zamawiający konstruuując wskazane kary umowne dopuścił się naruszenia art. 5 Kc.

Zaproponowane przez Odwołującego obniżenie wysokości kar umownych ma z jednej strony zapewnić, iż w dalszym ciągu kary umowne będą spełniały funkcję represyjną, z drugiej zaś, że zaczną spełniać funkcję odszkodowawczą oraz prewencyjną, a nie „zarobkową”. Słuszność powyższego stanowiska poparła również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 grudnia 2015 r., sygn. akt KIO 2546/15. Zmiany, których Odwołujący oczekuje w SIWZ są również powodowane koniecznością zapobieżenia określonym działaniom Zamawiającego polegającym na nadużyciu prawa do obciążania wykonawcy karami umownymi (kary umowne nie powinny służyć wzbogaceniu Zamawiającego).

Uzasadniając wniosek o obniżenie wysokości kar umownych, wskazać należy, iż w przypadku gdy określone zachowanie się wykonawcy obwarowane jest sankcją zapłaty kary umownej, niezwykle istotnym staje się obowiązek Zamawiającego jasnego, wyraźnego i jednoznacznego formułowania postanowień SIWZ, którego integralną częścią jest projekt umowy. W okolicznościach omawianego przypadku przejawia się to poprzez zweryfikowanie okoliczności, stanowiących podstawę naliczenia kary umownej. Tak rygorystyczne określenie okoliczności uzasadniających naliczenie kary umownej należy uznać, za nadużycie pozycji dominującej przez zamawiającego i określenie sankcji zbyt daleko idącej a tym samym nadmiernej np. jednokrotne „małe przewinienie” może skutkować naliczeniem wysokiej kary umownej.

Zmiany, które Odwołujący oczekuje w SIWZ są również powodowane koniecznością zapobieżenia określonym działaniom Zamawiającego polegającym na nadużywaniu prawa do obciążania wykonawcy karami umownymi (kary umowne nie powinny służyć wzbogaceniu Zamawiającego) tj. nakładania na wykonawcę kar umownych za uchybienia (nawet nieistotne) bez uprzedniego wezwania wykonawcy do przystąpienia do czynności naprawczych.

Reasumując, należy uznać, iż czynności dokonane przez Zamawiającego, opierające się na wskazanych powyżej błędach i zaniechaniach, są nieprawidłowe i w sposób bezsporny naruszają przepisy ustawy Pzp. W związku z powyższym, niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie, dlatego też wnoszę jak w petitum.

.....  
r. pr. Iwona Januszewska  
(nr wpisu WA-11144)  
pełnomocnik Odwołującego

**Załączniki:**

1. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Odwołującego;
2. pełnomocnictwo do złożenia odwołania;
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.