

WYROK
z dnia 23 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 października 2015 r.** w Warszawie odwołania z dnia **9 października 2015 r.** wniesionego przez wykonawcę **Venessa Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie, ul. Farbiarska 33 02-862 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa,**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje dokonanie:

1) zmiany treści:

a) **pkt 7.3.3.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia i sekcji III.2.2 pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu:**

»uzyskał średni przychód za ostatnie 3 lata obrotowe (na podstawie „rachunków zysku i strat” pozycja „przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi”) w wysokości nie mniejszej niż:

- CZĘŚĆ I – 2.500.000,00 zł (słownie: dwa miliony pięćset tysięcy złotych),
- CZĘŚĆ II – 2.500.000,00 zł (słownie: dwa miliony pięćset tysięcy złotych),
- CZĘŚĆ III – 2.500.000,00 zł (słownie: dwa miliony pięćset tysięcy złotych),
- CZĘŚĆ IV – 2.500.000,00 zł (słownie: dwa miliony pięćset tysięcy złotych).

W przypadku złożenia oferty na więcej niż jedną część zamówienia, wymagany średni przychód stanowić będzie sumę przychodów z poszczególnych części.«.

b) **pkt 7.3.3.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia i sekcji III.2.2 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu:**

»jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia na wartość co najmniej:

- CZEŚĆ I – 1.500.000,00 zł (słownie: jeden milion pięćset tysięcy złotych),
- CZEŚĆ II – 1.500.000,00 zł (słownie: jeden milion pięćset tysięcy złotych),
- CZEŚĆ III – 1.500.000,00 zł (słownie: jeden milion pięćset tysięcy złotych),
- CZEŚĆ IV – 1.500.000,00 zł (słownie: jeden milion pięćset tysięcy złotych).

W przypadku złożenia oferty na więcej niż jedną część zamówienia, należy zsumować odpowiednie pozycje.«;

- 2) zmiany terminu składania ofert, jeśli okaże się to niezbędne;

2. W pozostałym zakresie Izba oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Venessa Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, ul. Farbiarska 33 02-862 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa** na rzecz wykonawcy **Venessa Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, ul. Farbiarska 33 02-862 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, 478 i 605) 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:

Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Stołeczne Warszawa Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Konserwacja urządzeń sygnalizacji świetlnej na terenie m.st. Warszawa w czterech niezależnych obszarach«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **30.09.2015 r.** pod nrem **2015/S 189-343226**.

Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, 478 i 605) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Wykonawca Venessa Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, ul. Farbiarska 33 02-862 Warszawa, zgodnie z **art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp**, wniósł **9.10.2015 r.** do Prezesa KIO odwołanie na treść ogłoszenia o zamówieniu oraz wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej SIWZ lub specyfikacją bez bliższego określenia) sformułowanych przez **zamawiającego** niezgodnie z ustawą Pzp.

Odwołujący zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

- 1) **art. 22 ust. 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 5 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** przez opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności **wykonawcy** do należytego wykonania zamówienia, a co za tym idzie w sposób naruszający uczciwą konkurencję;
- 2) **art. 29 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania **zamawiającego**;
- 3) **art. 29 ust. 2 Pzp** przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- 4) **art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ Kc** przez **wprowadzenie do istotnych postanowień umowy postanowień niekorzystnych dla wykonawców**,

naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzących do nadużycia prawa podmiotowego wykonawców;

- 5) **art. 7 ust. 1 Pzp** przez przygotowanie i prowadzenie postępowania zamówieniowego w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w szczególności przez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający ww. zasady;
- 6) ***inne wskazane w uzasadnieniu odwołania.***

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie **zamawiającemu** dokonania zmiany treści **specyfikacji** w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania;
- 3) nakazanie **zamawiającemu** zmiany terminu składania ofert, jeśli okaże się to niezbędne.

Argumentacja **odwołującego**

Na podstawie **art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 Pzp odwołujący** wnosi odwołanie wobec postanowień specyfikacji niezgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający ustalił treść **specyfikacji** w sposób naruszający przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, w szczególności w zakresie [1] warunku ekonomicznego, [2] kryterium oceny ofert, a także w zakresie oraz ustalania warunków przyszłego stosunku zobowiązaniowego.

1. Warunki udziału w postępowaniu

Zamawiający w **pkt 7.3.3 SIWZ** wymagał, aby **wykonawca** w celu oceny spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej wykazał, że:

a) »uzyskał średni przychód za ostatnie 3 lata obrotowe (na podstawie „rachunków zysku i strat” pozycja „przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi”) w wysokości nie mniejszej niż:

CZĘŚĆ I – 5.000.000,00 zł (słownie: pięć milionów złotych);

CZĘŚĆ II – 5.000.000,00 zł (słownie: pięć milionów złotych);

CZĘŚĆ III – 5.000.000,00 zł (słownie: pięć milionów złotych);

CZĘŚĆ IV – 5.000.000,00 zł (słownie: pięć milionów złotych).

W przypadku złożenia oferty na więcej niż jedna część zamówienia, wymagany średni przychód stanowić będzie sumę przychodów z poszczególnych części«.

Warunek ten nie jest precyzyjny, bo brak jednoznacznego stwierdzenia, że wymagany uśredniony poziom przychodu – **5 mln zł** dotyczy każdego roku obrotowego. Jednak użycie terminu „średni przychód” świadczy o tym, że **zamawiający** wymaga aby **wykonawca** uzyskiwał tak wysoki przychód w każdym roku. Natomiast za niewystarczające będzie legitymowanie się przychodem na poziomie **5 mln zł** zsumowanym **za ostatnie 3 lata**.

b) »jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia, na wartość co najmniej:

CZĘŚĆ I – 2.500.000,00 zł (słownie: dwa miliony pięćset tysięcy złotych);

CZĘŚĆ II – 2.500.000,00 zł (słownie: dwa miliony pięćset tysięcy złotych);

CZĘŚĆ III – 2.500.000,00 zł (słownie: dwa miliony pięćset tysięcy złotych);

CZĘŚĆ IV – 2.500.000,00 zł (słownie: dwa miliony pięćset tysięcy złotych).

W przypadku złożenia oferty na więcej niż jedna część zamówienia, należy zsumować odpowiednie pozycje«.

Celem zastrzeżenia w specyfikacji warunków ekonomicznych jest zweryfikowanie kondycji ekonomicznej wykonawcy w celu zagwarantowania **zamawiającemu** aby wybrany **wykonawca** był **wykonawcą** o ustabilizowanej sytuacji materialnej, zdolny do ponoszenia wydatków związanych z realizacją zamówienia, zwłaszcza przez okres, przez który nie otrzymuje rekompensaty finansowej w postaci należnego wynagrodzenia. Na cel, jakiemu ma służyć stawianie przez **zamawiającego** warunki udziału w postępowaniu, wskazuje w szczególności **art. 22 ust. 5 zdanie pierwsze Pzp**, który stanowi, że warunki udziału w postępowaniu, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełnienia mają na celu zweryfikowanie zdolności **wykonawcy** do należytego wykonania udzielanego zamówienia.

Warunki te nie mogą być kształtowane w sposób dowolny. Zgodnie z **art. 22 ust. 4 Pzp** opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinien być **związany z przedmiotem** zamówienia oraz **proporcjonalny do przedmiotu zamówienia**.

Opis warunków proporcjonalny do przedmiotu zamówienia powinien być dokonywany przez pryzmat wskazanego celu, jakiemu ma służyć, a więc zapewnieniu wyboru **wykonawcy**, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Dokonany przez **zamawiającego** opis powinien wskazywać, że **wykonawcy** niespełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi prawidłowej realizacji zamówienia publicznego (tak: uchwała KIO z 6 maja 2015 r., sygn. akt KIO/KD 24/15).

Odwołujący podkreślił, że poza **art. 22 ust. 4 i 5 Pzp** formułując warunek udziału w postępowaniu **zamawiający** powinien wziąć przede wszystkim pod uwagę wyrażone w **art. 7 Pzp** zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasada ta przejawia się w szczególności w obowiązku zapewnienia przez **zamawiającego** możliwie najszerzego dostępu do zamówienia wykonawców, którzy są w stanie właściwie zrealizować zamówienie.

Opis spełnienia warunku nie może być narzędziem do sztucznego ograniczenia konkurencji lub bezpodstawnego wyeliminowania niektórych podmiotów z udziału w postępowaniu.

Pierwszy z warunków sformułowany w **pkt 7.3.3.1 siwz** – warunek legitymowania się przez potencjalnego **wykonawcę** średnim rocznym przychodem na poziomie 5 mln zł – w sposób rażąco narusza przepisy ustawy, ponieważ stanowi warunek nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz dyskryminujący tj. w sposób sztuczny eliminujący **wykonawców**, którzy są zdolni zrealizować zamówienie w sposób należyty.

Również drugi z warunków ekonomicznych sformułowany w **pkt 7.3.3.2 siwz** (dot. posiadania polisy ubezpieczeniowej) należy uznać za nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Nie jest on adekwatny do celu, jakim ma spełniać, a jedynie stanowi nadmierne obciążenie dla **wykonawców**, którzy zamierzają ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący jest podmiotem wyspecjalizowanym w świadczeniu usług konserwacji urządzeń sygnalizacji świetlnej. Od ponad dwudziestu lat **odwołujący** wykonuje tego rodzaju zamówienia dla **zamawiającego** – m.st. Warszawa. **Odwołujący** posiada zatem nie tylko potencjał wymagany do realizacji zamówienia, ale również wiedzę i doświadczenie niezbędne do oceny ryzyka związanego z realizacją zamówienia.

Niestety z uwagi na zawyżone wymagania w zakresie poziomu uzyskiwanych przychodów **odwołujący** nie będzie w stanie złożyć oferty. Bezspornym jest, że poziom przychodów na poziomie **5 mln zł za każdą część ogranicza konkurencję jedynie do dużych**, często międzynarodowych podmiotów, eliminując średnich lub małych przedsiębiorców, działających regionalnie, którzy od lat z sukcesem świadczą usługi konserwacji dla **zamawiającego**.

Wartość poszczególnych części zamówienia kształtuje się na **poziomie ok. 1,5 złotych rocznie za każdą z części zamówienia**. Szacunek ten został oparty na doświadczeniu **odwołującego** oraz wynika z analizy uzyskiwanych przez **zamawiającego** ofert w uprzednio prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na zbliżony przedmiot. Odwołanie się do poprzednich postępowań jest zasadne i miarodajne z uwagi na fakt, że przedmiot rozpoznawanego zamówienia został rozszerzony jedynie nieznacznie w stosunku do podobnych zamówień prowadzonych w 2009 r. i 2012 r. Dodatkowe prace ujęte w

przedmiocie zamówienia (przeprogramowanie i położenie kabla) stanowią dodatkowy koszt na poziomie nie wyższym niż **ok. 100.000 zł** rocznie w każdym z rejonów.

W postępowaniu prowadzonym w **2012 r. zamawiający** przeznaczył średnio na każdy rejon kwotę **1 450 000 zł brutto** (od 1.241.617,37 zł w rejonie II do 1.871.403,08 w rejonie IV). Natomiast ceny, jakie uzyskał kształtowały się na średnim poziomie **1.347.962.28 zł brutto** rocznie za jeden rejon.

Jeszcze niższe ceny **zamawiający** uzyskał w przetargu na konserwację sygnalizacji świetlonej na terenie Warszawy w czterech niezależnych obszarach prowadzonym w 2009 r. Wówczas średnia cena za roczną konserwację sygnalizacji świetlonej w jednym rejonie kształtowała się na poziomie **1.171.651.40 zł brutto**.

Szacunek ten potwierdza również budżet zamawiającego, który w 2015 r. przeznaczył na realizację całości zamówienia kwotę **5.832.000 zł na wszystkie 4 rejony**, czyli średnio **ok. 1.458.000 zł brutto** na każdy rejon. Trudno byłoby przyjąć, że przy zachowaniu oszczędnego i celowego wydatkowania przy podobnym przedmiocie zamówienia kwota ta miała wzrosnąć niemalże czterokrotnie.

Ponadto realizacja zamówienia nie wiąże się z jego finansowaniem przez **wykonawcę** przez długi czas co mogłoby ujemnie wpływać na kondycję finansową **wykonawcy**. Zgodnie z **§§ 3-5 projektu umowy** usługi stanowiące przedmiot zamówienia będą rozliczane miesięcznie. **Zamawiający** zastrzegł w **§ 3 ust. 6 umowy**, że za okres rozliczeniowy przyjmuje się okres miesiąca kalendarzowego, a podstawą rozliczenia przy uwzględnieniu pozostałych **postanowień § 3** będą prace konserwacyjne faktycznie zrealizowane przez **wykonawcę** w danym okresie rozliczeniowym przyjęte przez **zamawiającego** w trybie określonym **postanowieniami § 4**. Natomiast w kolejnych postanowieniach wzoru umowy **zamawiający** przewidział szczegółowe zasady rozliczania w tym przewidział prawo **wykonawcy** do żądania odsetek ustawowych za bezzasadne opóźnienie w zapłacie wymaganych należności (**§ 5 ust. 4 wzoru umowy**).

Warunki, jakie **zamawiający** formułował w poprzednich latach. I tak w **2009 r.** za wystarczający **zamawiający** uznał średnioroczny przychód na poziomie **1.500.000 zł** w każdym rejonie. Natomiast w **2012 r. zamawiający** uzależnił warunek posiadania odpowiedniego przychodu od rejonu wymagając przychodu na poziomie **2.000.000 zł** w **rejonie I i III**, na poziomie **1.900.000 zł** w **rejonie II** oraz na poziomie **2.500.000 zł** w **rejonie IV**. Przytoczenie tych wymagań jest o tyle istotne, że na ich podstawie wyłoniono **wykonawców**, którzy do tej pory rzetelnie i zgodnie z umowami świadczą usługi konserwacji sygnalizacji świetlonej. Tym samym warunki te były wystarczające dla osiągnięcia celu, jakiemu zgodnie z ustawą Pzp mają służyć.

Zamawiający organizując postępowanie w **2012 r.** ograniczył możliwość składania ofert jedynie do dwóch rejonów. Tym samym w sposób naturalny ograniczył przychody, które

odwołujący potencjalnie mógłby osiągnąć świadcząc tego usługi objęte przedmiotem zamówienia.

Sformułowane przez **zamawiającego** wymagania dot. potencjału ekonomicznego wykonawców są nadmierne i niezwiązane z charakterystyką przedmiotu zamówienia. Zastrzeżone wartości przychodów niemalże czterokrotnie przekraczają roczny koszt realizacji zamówienia. Co więcej z uwagi na systematyczne, miesięczne rozliczenia usług objętych przedmiotem zamówienia zastrzeżenie warunku na poziomie rocznej wartości kontraktu wydaje się w sposób maksymalny zabezpieczać interes **zamawiającego**. Nie ulega wątpliwości, że specyfika realizacji przedmiotu zamówienia oraz dotychczasowe doświadczenia wykazują, że realizacja zamówienia nie wymaga zaangażowania wyłącznie dużych, międzynarodowych koncernów.

Nie można pominąć skutków, jakie decyzja **zamawiającego** pociąga dla przyszłości **wykonawców**, którzy świadczą obecnie dla **zamawiającego** usługi objęte przedmiotem postępowania. Wyłączając możliwość ubiegania się o przedmiotowe zamówienia przez mniejsze podmioty z uwagi na nadmierny wymóg średnich przychodów **zamawiający** nie tylko spowoduje trudną sytuację ekonomiczną **wykonawców**, ale również właściwie wyeliminuje z rynku zamówień publicznych na usługi konserwacji sygnalizacji. Z uwagi na fakt, że umowa będzie zawierana na **4 lata**, a zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych **wykonawca** ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego musi legitymować się doświadczeniem uzyskanym najdalej na **3 lata** przed składaniem ofert, to **wykonawca** działający regionalnie – na terenie Warszawy właściwie na stałe utraci szanse na uzyskanie zamówienia w przyszłości. Działanie takie jest nie do pogodzenia z jednym z celów zamówień publicznych jakim jest wspieranie rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw.

Oczywiście **odwołujący** dostrzega konieczność zabezpieczenia w sposób pełny interesów **zamawiającego** oraz fakt, że w porównaniu do ubiegłych lat **zamawiający** nieznacznie rozszerzył przedmiot zamówienia wobec tego nie wymaga aby **zamawiający** obniżył warunki do poziomu z **2009 r.** lub **2012 r.** W ocenie rozwiązaniem kompromisowym, uwzględniającym tak interes **zamawiającego** będzie obniżenie warunku średniego przychodu co najmniej o **50%**, tj. do poziomu maksymalnie **2.500.000 zł**.

Odwołujący wnosi o zmianę **pkt 7.3.3.1 siwz** oraz sekcji III.2.2. pkt 1 ogłoszenia o zamówienia przez nadanie mu następującego brzmienia:

»uzyskał średni przychód za ostatnie 3 lata obrotowe (na podstawie „rachunków zysku i strat” pozycja „przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi”) w wysokości nie mniejszej niż:

CZĘŚĆ I – 2.500.000,00 zł (słownie: dwa miliony pięćset tysięcy złotych);

CZĘŚĆ II – 2.500.000,00 zł (słownie: dwa miliony pięćset tysięcy złotych);

CZĘŚĆ III – 2.500.000,00 zł (słownie: dwa miliony pięćset tysięcy złotych);

CZĘŚĆ IV – 2.500.000,00 zł (słownie: dwa miliony pięćset tysięcy złotych).

W przypadku złożenia oferty na więcej niż jedna część zamówienia, wymagany średni przychód stanowić będzie sumę przychodów z poszczególnych części«.

Odnosząc się do **warunku ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej** w zakresie prowadzonej odpowiedzialności **odwołujący** podkreślił, że warunek ten wydaje się zbędny z uwagi na fakt, że potencjał ekonomiczny jest w sposób wystarczający weryfikowany na podstawie warunku odnoszącego się do średniorocznych przychodów **wykonawców**. Ponadto nawet uznając prawo **zamawiającego** do wszechstronnego badania **wykonawców** ubiegających się o udzielenie zamówienia nie można zgodzić się z faktem, że **zamawiający** ma prawo do dowolnego kształtowania wysokości wymaganego ubezpieczenia. Zastrzeżone w **specyfikacji** ubezpieczenie w żaden sposób nie odnosi się do wartości przedmiotu zamówienia ani jego charakteru. Maksymalna wartość kontraktu w danym rejonie nie przekracza **1.500.000 zł rocznie**. Realizacja umowy jest oparta na comiesięcznym rozliczeniu świadczonych usług, a zatem również na cyklicznej weryfikacji pracy **wykonawców**. Usługi wykonawcy sprowadzają się do czynności związanych z konserwacją urządzeń będących własnością **zamawiającego** i jedynie w tym zakresie **wykonawca** ponosi odpowiedzialność. Uszkodzenia konserwowanych urządzeń związane z siłą wyższą są przedmiotem umowy ubezpieczenia, którą zawiera sam **zamawiający**. Tym samym ubezpieczenie na poziomie **2.500.000 zł** nie stanowi ekwiwalentu wartości zamówienia ani nie odpowiada ocenie ryzyk związanych z wykonaniem umowy. Ubezpieczenie stanowi warunek nadmierny w stosunku do celu, jakiemu ma służyć.

Dodatkowo ubezpieczenie weryfikowane na etapie składania ofert ma być kontynuowane w tej samej wysokości na etapie realizacji umowy. Zgodnie z **§ 8 projektu umowy** »wykonawca na okres od zawarcia umowy, aż do jej zakończenia będzie kontynuował umowę ubezpieczenia w zakresie prowadzonej działalności, w tym ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej o sumie ubezpieczenia nie niższej niż ...«. Właściwa kwota ubezpieczenia będzie przepisana z polisy **wykonawcy**, który złoży ofertę najkorzystniejszą i zostanie zaproszony do zawarcia umowy. Będzie to zatem kwota odpowiadająca warunkowi postawionemu w **specyfikacji**. Koszt tak wysokiego ubezpieczenia i jego kontynuacji przez kolejne **4 lata realizacji zamówienia** w sposób negatywny wpłynie na oferty **wykonawców**. Mali i średni przedsiębiorcy będą zmuszeniu »doubezpieczyć« się i dodatkowe koszty wkalkulować do ceny ofert. Celem **zamawiającego** powinno być uzyskanie ofert jak najkorzystniejszych pod względem ekonomicznym stąd też stawianie wymagań nieuzasadnionych potrzebami **zamawiającego**, a wprost

przekładającymi się na ceny złożonych ofert jest wątpliwe z uwagi na oszczędność i celowość wydatkowania środków publicznych.

Kwestionowany warunek ma również charakter dyskryminujący. Jedyne duże podmioty gospodarcze z uwagi na skalę prowadzonej przez siebie działalności są, co do zasady, ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej na wysokie kilkumilionowe kwoty. Podmioty te nie będą zatem musiały ponosić dodatkowych wydatków związanych wyłącznie z ubieganiem się o przedmiotowe zamówienia. To nie tylko wpływa na szybsze podjęcie decyzji o złożeniu oferty, ale przede wszystkim na złożenie oferty o niższej cenie i stawia ich w lepszej sytuacji, mimo że nie zachodzą żadne obiektywne okoliczności, które usprawiedliwiłyby tego rodzaju preferencje.

Ponadto, podobnie jak ma to miejsce w przypadku warunku dot. przychodów również wymóg posiadania odpowiedniego ubezpieczenia został w sposób **radykałny podwyższony** w stosunku do lat poprzednich, podczas gdy zakres usług stanowiących przedmiot zamówienia zmienił się nieznacznie. W postępowaniu na „Konserwację sygnalizacji świetlanej na terenie m.st. Warszawa w czterech niezależnych obszarach” prowadzonym w 2012 r. **zamawiający** wymagał ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na poziomie **od 900.000 zł do 1.100.000 zł** w zależności od rejonu. Niezrozumiałe jest ponad dwukrotne zwiększenie wymaganego poziomu ubezpieczenia.

Odwołujący wnosi o zmianę **pkt 7.3.3.2 siwz** oraz **sekcji III.2.2 pkt 2 ogłoszenia** o zamówienia przez nadanie mu następującego brzmienia:

»jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem niniejszego zamówienia, na wartość co najmniej:

CZĘŚĆ I – 1.500.000,00 zł (słownie: milion pięćset tysięcy złotych);

CZĘŚĆ II – 1.500.000,00 zł (słownie: milion pięćset tysięcy złotych);

CZĘŚĆ III – 1.500.000,00 zł (słownie: milion pięćset tysięcy złotych);

CZĘŚĆ IV – 1.500.000,00 zł (słownie: milion pięćset tysięcy złotych).

W przypadku złożenia oferty na więcej niż jedną część zamówienia, należy zsumować odpowiednie pozycje.«.

II. Warunki realizacji przedmiotu zamówienia

Odwołujący nie kwestionuje prawa **zamawiającego** do ukształtowania treści **Specyfikacji Technicznej** oraz projektu umowy w sprawie zamówienia. Jednak niezależnie od przysługującej **zamawiającemu** wiodącej pozycji, **zamawiający** powinien tak ukształtować treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego, aby realizacja zamówienia była możliwa. Celem **zamawiającego** powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. **Zamawiający** nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na liczbę złożonych w przetargu ofert, czy też w sposób utrudniający realizację

zamówienia poszczególnym **wykonawcom**, pozostający w sprzeczności z powszechnie przyjętą praktyką działania na danym rynku. Postanowienia **specyfikacji** powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby **wykonawca** był w stanie określić cenę ofertową, a jednocześnie powinny mieścić się w graniach kompetencji **zamawiającego** wyznaczonych przepisami prawa. Jednocześnie, warunki realizacji zamówienia powinny być tak wyznaczone, by dawały możliwość wywiązania się z zobowiązania jak najszerszemu kręgowi potencjalnych **wykonawców**.

W pkt II lit B.4 **Specyfikacji Technicznej zamawiający** zastrzegł, że koszty usunięcia awarii ponosi **wykonawca**. **Wykonawca** będzie upoważniony do zwrotu poniesionych kosztów jedynie do wysokości odszkodowania przyznanego **zamawiającemu** przez ubezpieczyciela odpowiadającego sumie kosztów i wydatków poniesionych przez konserwatora oraz wynagrodzenia **wykonawcy** zaakceptowanych przez ubezpieczyciela. Jednocześnie **zamawiający** zobowiązał **wykonawcę** do współpracy z ubezpieczycielem w zakresie niezbędnym do prawidłowego i terminowego oszacowania szkód powstałych wskutek awarii i wypłaty odszkodowania.

Postanowienie to w sposób nieuprawniony przerzuca wszelkie ryzyka związane z posiadaną przez **zamawiającego** sygnalizacją na **wykonawcę**, w tym ryzyka wynikłe z działania siły wyższej, a zatem zupełnie od **wykonawcy** niezależne. **Wykonawca** na gruncie umowy jest zobowiązany do niezwłocznego podjęcia działań i naprawy awarii będącej wynikiem działania siły wyższej. Następnie rolą **wykonawcy** jest podjęcie kroków zmierzających do uzyskania odszkodowania wynikającego z działania siły wyższej. Nawet jednak przy dołożeniu najwyższej staranności i dopełnieniu wszystkich wymaganych umową czynności **wykonawca** nie ma gwarancji zwrotu poniesionych wydatków. Wysokość jego **wynagrodzenia** zależy od podmiotu trzeciego, z którym nie ma żadnego stosunku zobowiązaniowego tj. od ubezpieczyciela.

Takie uregulowanie zasad płatności wynagrodzenia nie odpowiada zasadzie równości stron, ponieważ wszelkie ryzyka związane z wystąpieniem zdarzeń, których wystąpienia nie można przewidzieć i które są niezależne od stron obciążają **wykonawcę**. **Zamawiający**, którego sprzęt uległ awarii w wyniku działań siły wyższej, nie ponosi żadnego ryzyka. Podkreślenia wymaga, że jedynie **zamawiający**, a nie **wykonawca** jest stroną umowy ubezpieczenia, na której podstawie przysługuje zwrot kosztów naprawy. **Wykonawca** nie może być stroną sporu z ubezpieczycielem o wypłatę odszkodowania, co może niweczyć szanse **wykonawcy** na uzyskanie zwrotu wynagrodzenia w sytuacji zaniechania przez **zamawiającego** podjęcia czynności związanych z zaskarżeniem decyzji ubezpieczyciela.

Ponadto **wykonawca** na tym etapie postępowania nie ma żadnej wiedzy o zakresie i warunkach umowy ubezpieczenia, którą zawarł **zamawiający**. Nie może zatem w sposób właściwy wycenić ryzyk związanych z kwestionowanym postanowieniem.

Niezależnie od tego, w **§ 19 ust. 4 projektu umowy zamawiający** opisał sposób wyceny kosztów naprawy, zgodnie z którym koszty powinny zostać określone przez **wykonawcę** w oparciu o katalog nakładów rzeczowych zawarty w cennikach **Sekocenbud** z uwzględnieniem średnich cen obowiązujących na danym okresie, a w przypadku składników, które mają być wykorzystane, a nie zostaną ujęte w zeszytach **Sekocenbud** przy uwzględnieniu cen rynkowych. „W przypadku braku danej pozycji w cennikach **Sekocenbud wykonawca** zobowiązany jest do złożenia kopii faktury zakupu po cenach nie odbiegających jednak od cen rynkowych. Zastosowana przy wycenach stawka roboczogodziny musi być zgodna ze średnimi stawkami przedstawionymi w zeszytach **Sekocenbud**”. Nie ulega wątpliwości, że przedmiotowe postanowienie w sposób wystarczający ogranicza dowolną wycenę napraw przez **wykonawców** i zabezpiecza interes **zamawiającego**.

Odwołujący wnosi o wykreślenie **pkt II lit B.4 Specyfikacji Technicznej** lub o zmodyfikowanie tego punktu w ten sposób, że wynagrodzenie **wykonawcy** ograniczone będzie w sposób wskazany w **§ 19 projektu umowy**.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 09.10.2015 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp)**.

Zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej **09.10.2015 r. (art. 185 ust. 1 in fine Pzp)**.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez odwołującego:

- 1) (dowód nr 1) plik referencji za lata 1994-2013 roku z m.st. Warszawa dla odwołującego – na dowód, że odwołujący właściwie wykonywał podobne zamówienia z lat wcześniejszych i że jest podmiotem zdolnym do wykonywania w dalszym ciągu tego zamówienia;
- 2 i 3) (dowody nr 2 i 3) specyfikacje z 2009 r. i 2012 r. tego samego zamawiającego na wykazanie, że są to podobne zakresy zamówienia, a poprzednie warunki były o wiele niższe;
- 4) (dowód nr 4) zestawienie przychodów odwołującego na potwierdzenie, że dotychczasowe przychody z tytułu współpracy z zamawiającym nie przekraczały ok. 1 mln zł na poszczególne części zamówienia;
- 5) (dowód nr 5) protokół ZP na rozpoznawane zamówienie na wykazanie, że w rubryce 2 ust. 3 protokołu jest pokazane, że zamawiający ustalił wartość

obecnego zamówienia na podstawie dotychczas obowiązujących stawek i zgodnie z art. 34 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 3 lit. b Pzp;

6 i 7) (dowody nr 6 i 7) powiadomienia o wyborach najkorzystniejszych ofert w 2009 r. i 2012 r. co jednocześnie stanowi zestawienie cen w latach 2009 i 2012 na około 3 000 000 zł za okresy trzyletnie w zasadzie na to samo świadczenie;

8) (dowód nr 8) wydruk ze strony internetowej „Budżet Miasta”, wskazujący, że na usługi remontowe zamawiający będzie przeznaczać w 2015 r. około 5 000 000 zł rocznie na całe cztery obszary, a więc już w budżecie jest pokazane, że wartość przedmiotu zamówienia nie wzrosła tak znacznie;

9 i 10) (dowody nr 9 i 10) dowód nr 9 cennik usług wykonawcy Swarco Trafic Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na określenie kosztu przeprogramowania akomodacyjnego za około 75 000 zł oraz ceny drugiej usługi – dowód nr 10 – oferta wykonawcy Preta W. R. z Warszawy na wymianę kabli za około 30 000 zł, a więc zakres wartościowy usługi zwiększy się maksymalnie o około 100 000 zł rocznie

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w **art. 179 ust. 1 Pzp**, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez **zamawiającego**, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie **Izby**, zarzut pierwszy naruszenia **art. 22 ust. 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 5 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** – przez opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności **wykonawcy** do należytego wykonania zamówienia, a co za tym idzie w sposób naruszający uczciwą konkurencję – zasługuje na uwzględnienie.

Przepisy **art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 4, art. 22 ust. 4 i 5 Pzp** brzmią:

- 1) **art. 7 pkt 1 Pzp** »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców«;
- 2) **art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp** »O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące [...] sytuacji ekonomicznej i finansowej«;
- 3) **art. 22 ust. 4 Pzp** »Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w **ust. 1**, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówieni«;
- 4) **art. 22 ust. 5 Pzp** »Warunki, o których mowa w **ust. 1**, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. W postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia«.

Izba stwierdza, że przedmiotem zamówienia jest konserwacja urządzeń i przedmiot ten nie jest bezpośrednio związany z wartością obiektów, które będą konserwowane. Ze względu na nowocześniejsze rozwiązania techniczne urządzeń podlegających konserwacji wprost zmniejszy się wartość tej usługi, co stwierdził na rozprawie pełnomocnik **zamawiającego** cyt. »Zmniejszy się liczba ewentualnych odliczeń ze względu na awarie żarówek, ze względu na nowocześniejsze rozwiązania techniczne«. Ogólnie **zamawiający** nie wykazał ani udokumentował znaczącego wzrostu wartości zamówienia ani nawet **zamawiający** nie udokumentował zwykłego wzrostu wartości zamówienia.

Izba stanęła na stanowisku, że ważnym argumentem za określeniem warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy musi być wzięcie pod uwagę dotychczasowego wykonywania umowy, jakie miało miejsce w tym konkretnym postępowaniu na kontynuację świadczenia usługi konserwacji. Obecny **wykonawca**, który spełnia swoje świadczenia na więcej niż zadowalającym poziomie (świadczą o tym referencje wystawione przez zamawiającego – **dowód nr 1**) nie jest w stanie wykazać się spełnieniem warunku bycia w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej, mimo że okoliczności w zasadzie nie zmieniły się w porównaniu z poprzednimi postępowaniami prowadzonymi w **2009 i 2012 r.** przez tego samego **zamawiającego** (**dowody nr 2 i 3 – specyfikacje z 2009 i 2012 r.**). Również na możliwość uzyskania przychodów, których wysokość powinna być szczególnie brana pod uwagę podczas określania warunków udziału

w postępowaniu, wskazuje **dowód nr 4** zestawienie przychodów **odwołującego**. Dowód wykazuje, że **odwołujący** nie miał możliwości uzyskać większych przychodów ze współpracy z **zamawiającym** niż około **1.000.000 zł rocznie**.

Ponadto odwołujący wskazał w **rubryce 2 ust. 3 protokołu ZP** na podobny sposób obliczania wartości zamówienia jak w poprzednich postępowaniach (**dowód nr 5**). Również **dowody nr 6 i 7** pokazujące ceny – na w zasadzie ten sam przedmiot zamówienia (**około 3 000 000 zł** za okresy trzyletnie) uzyskane w poprzednich postępowaniach – wskazują na wartość zamówienia, od której niejako pochodną jest poziom finansowy rozpoznawanego warunku.

Odwołujący także wykazał **dowodem nr 8** (Budżet Miasta), że na usługi remontowe **zamawiający** przeznacza w **2015 r.** około **5 000 000 zł na wszystkie cztery obszary**, a więc na jeden obszar około 1.300.000 zł, czyli już w budżecie jest pokazane, że wartość przedmiotu zamówienia nie wzrosła tak znacznie w **2015 r.**, a powszechnie jest wiadome, że wartość rozpoznawanego zamówienia nie wzrosła w ostatnim czasie kilukrotnie, co również wynika z cytowanego stanowiska zajętego na rozprawie przez **zamawiającego**. To właśnie **odwołujący** wykazał **dowodami 9 i 10** (przeprogramowania akomodacyjne za kwotę ok. 75.000 zł i wymiana kabli za około 30.000 zł), które świadczenia zwiększają wartość zamówienia w stosunku do uprzednich zamówień o około 100.000 zł. Wynika z tego, że wartość nie wzrosła radykalnie, a wzrost wartości rzędu 10% nie może wpłynąć na tak znaczne zwiększenie kwot koniecznych do wykazania spełnienia warunków finansowych.

Z tych względów Izba musi stwierdzić, że opracowany przez **zamawiającego** opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie również takie przygotowanie zamówienia przez **zamawiającego** nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z wykazaniem przez **odwołującego** naruszenia przez **zamawiającego art. 22 ust. 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 5 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** Izba stwierdza, że zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie oparł na rozprawie zarzutu szóstego, w związku z czym Izba odstąpiła od rozpoznawania tego zarzutu.

Natomiast w zakresie zarzutów od drugiego do piątego **odwołujący** bądź nie wywodził ich zaistnienia lub dokonał tego na bardzo ogólnym poziomie. W efekcie **odwołujący** wniósł o zmodyfikowanie **pkt II lit B.4 Specyfikacji Technicznej** w ten sposób, że wynagrodzenie **wykonawcy** ograniczone będzie w sposób wskazany w **§ 19 projektu (wzoru) umowy**.

Izba stwierdza, że niedokładności w **specyfikacji** nie mogą być interpretowane na niekorzyść **wykonawcy**, dlatego jeżeli w jednej specyfikacji **odwołujący** ustanowił różniące się postanowienia, to w trakcie badania i oceny ofert **zamawiający** będzie musiał kierować się postanowieniami względniejszymi dla **wykonawcy**.

Ponadto po wyborze najkorzystniejszej oferty będzie między stronami (**zamawiającym** i **wykonawcą**) obowiązywać umowa sporządzona na podstawie **wzoru (projektu) umowy** załączonego do **specyfikacji**. W związku z tym między stronami będzie obowiązywać **m.in. § 19 projektu (wzoru) umowy**, o którego stosowanie wnosił **odwołujący**. Tak więc zamawiający będzie musiał stosować w stosunku do **wykonawców** podczas badania i oceny ofert m.in. **§ 19 projektu (wzoru) umowy**, a następnie ten właśnie **§ 19 projektu (wzoru) umowy** będzie obowiązywać między **zamawiającym** a wybranym **wykonawcą**, z którym **zamawiający** zawrze umowę o wykonanie rozpoznawanego zamówienia publicznego.

W związku z tym zgodnie z **art. 192 ust. 2 Pzp** Izba nie może uwzględnić odwołania w tym zakresie, gdyż naruszenie przepisów nie ma ani nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Przepis **art. 192 ust. 2 Pzp** brzmi »Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia«.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez odwołującego.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie **3 600,00 zł** zgodnie z **§ 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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).

Przewodniczący: