

Sygn. akt: KIO 1336/16

**WYROK**

**z dnia 8 sierpnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2016 r. przez **Netia S.A. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale **T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Netia S.A. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) 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 – Bank Gospodarstwa Krajowego – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zapewnienie Centrum Kolokacji i migracja zasobów dla BGK*.

W dniu 19 lipca 2016 r. wykonawca Netia S.A. wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1-2, 4-5 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej: rozporządzenie w sprawie dokumentów).

### I. Warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia

Odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem VII.1 SIWZ oraz punktem III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu, warunek posiadania wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę będzie spełniony, gdy wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 1 zamówienie, którego przedmiotem była co najmniej jedna usługa (w ramach jednego zamówienia), o wartości nie mniejszej niż 600.000 PLN brutto i czasie trwania nie krótszym niż 1 rok, polegającą na kolokacji sprzętu teleinformatycznego na rzecz instytucji finansowej lub instytucji sektora finansowego.

Zdaniem Odwołującego wprowadzenie wymogu dotyczącego doświadczenia polegającego na realizacji usług podobnych (wartościowo i przedmiotowo) na rzecz ściśle określonych podmiotów jest wymogiem nadmiernym i dyskryminującym, bezzasadnie ograniczającym krąg wykonawców zdolnych do realizacji Zamówienia. Odwołujący podniósł, że Zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu ma za zadanie takie ukształtowanie tych warunków, które z jednej strony zagwarantuje mu realizację przedmiotu zamówienia w sposób prawidłowy i niezakłócony, mając na względzie posiadanie przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia, z drugiej jednak strony winien warunki te formułować w taki sposób by dopuścić do udziału w postępowaniu wszystkie podmioty obiektywnie zdolne do jego realizacji. Zamawiający powinien móc wykazać, że bez odnośnego doświadczenia, wykonawca nie będzie w stanie zrealizować zamówienia lub nie da Zamawiającemu należytej rękojmi właściwej realizacji zamówienia.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wyjaśnił, z jakiego powodu wykazanie kwalifikacji technicznych wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia miałyby ograniczać się do legitymowania się realizacją zamówienia podobnego na rzecz instytucji finansowej lub Instytucji sektora finansowego. Odwołującemu, jako podmiotowi mającemu doświadczenie w dziedzinie usług kolokacji sprzętu teleinformatycznego, nie są znane racjonalne podstawy takiego zastrzeżenia. Nie zachodzą techniczne uwarunkowania, które pozwalałyby zasadnie wyróżnić wśród wszystkich usług kolokacji sprzętu teleinformatycznego usługi tego rodzaju świadczone na rzecz instytucji finansowych. Przedmiotowy wymóg jest zatem całkowicie bezzasadny, bowiem nie ma znaczenia okoliczność, czy wykonawca realizuje określone zamówienie na rzecz podmiotu będącego instytucją finansową lub instytucją sektora finansowego, czy też dla innego podmiotu. Istotą doświadczenia wykonawcy jest bowiem wyłącznie świadczenie usług o określonych parametrach, zakresie, ewentualnie ich realizacji w określonych, szczególnych warunkach. Zamawiający może zatem żądać wykonania usług o określonej wartości, realizowanych w określonym odcinku czasu, może żądać by usługi te miały określone wysokie parametry techniczne (np. w zakresie parametrów jakościowych, ochrony informacji niejawnych, czy innych informacji stanowiących tajemnicę prawnie chronioną). Brak jednak jakiegokolwiek uzasadnienia dla zawężania kręgu wykonawców wyłącznie do takich, które posiadają odnośne doświadczenie wynikające ze współpracy z instytucjami finansowymi lub instytucją sektora finansowego. Ma to szczególne znaczenie w kontekście usług stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia, jakoś tych usług pozostaje bowiem jednakowa, bez względu na podmiot, na którego rzecz usługi są świadczone.

Odwołujący podniósł, że poprzez zawężenie warunku doświadczenia do usługi kolokacji świadczonej na rzecz instytucji finansowych lub instytucji sektora finansowego Zamawiający w istotny sposób ograniczył możliwość wzięcia udziału szeregu wykonawcom, którzy w swoim doświadczeniu realizowali już usługi będące przedmiotem zamówienia, ale na rzecz innych niż instytucje finansowe podmiotów. Powyższe stanowi czynność ograniczającą konkurencję oraz jest wyrazem nierównego traktowania wykonawców. Nie zachodzą bowiem żadne przesłanki usprawiedliwiające takie wyłączenie. Warunek wykazania się doświadczeniem w realizacji usługi z ograniczeniem do instytucji finansowych jest nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, w rozumieniu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, powinien być dokonywany przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć i być sformułowany w sposób obiektywny podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności. Dokonany przez zamawiającego opis

powinien wskazywać, że wykonawcy niespełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego. Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu winny być uzasadnione wartością, charakterystyką, złożonością i zakresem przedmiotu zamówienia. Warunku legitymowania się realizacją usługi na rzecz instytucji finansowych nie uzasadnia żadna z powyższych przesłanek. Usługi kolokacji sprzętu teleinformatycznego świadczone na rzecz instytucji finansowych nie stanowią w szczególności usług charakterystycznych, dających się wyróżnić wśród innych usług tego rodzaju.

W ocenie Odwołującego, warunek wykazania się doświadczeniem realizowanym na rzecz instytucji finansowych nie prowadzi również do zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielonego zamówienia w rozumieniu art. 22 ust. 5 ustawy Pzp. Do weryfikacji wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia odnosi się motyw 39 dyrektywy 2004/18/WE, zgodnie z którym *weryfikacja predyspozycji i kwalifikacja oferentów w procedurach otwartych (...) powinny mieć charakter przejrzysty. W tym celu należy wskazać niedyskryminacyjne kryteria, które instytucje zamawiające mogą wykorzystywać podczas kwalifikacji uczestników (...)*. Kwestionowany wymóg jest – zdaniem Odwołującego – wymogiem dyskryminującym, albowiem niezasadnie ogranicza dostęp do udziału w postępowaniu wielu podmiotów, zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia. Okoliczność, że usługa została zrealizowana na rzecz instytucji finansowej lub instytucji sektora finansowego nie przesądza o zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia zgodnie z wszelkimi parametrami, jakie zostały zawarte w opisie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w 2013 r. Zamawiający ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot był bardzo podobny do przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu: *Świadczenie usług kolokacji obejmujących najem powierzchni serwerowej, usługi transmisji światłowodowej do Centrali, usługi migracji i inne usługi powiązane* (sygnatura postępowania: BZP/131/DI/2012). W ramach tego postępowania w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawcy musieli legitymować się wykonaniem z należytą starannością 2 zamówień polegających na świadczeniu usług kolokacji o wskazanej wartości. Zamawiający nie wprowadził wymogu realizacji usług kolokacji na rzecz określonych podmiotów, najwyraźniej uznając, że takie ograniczenie nie jest konieczne.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu usunięcia z punktu VII. 1 SIWZ oraz w punkcie III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu słów *na rzecz instytucji finansowej lub instytucji Sektora finansowego*.

## II. Opis przedmiotu zamówienia

Odwołujący podniósł, że wymóg, by Centrum Kolokacji było zlokalizowane poza ścieżką podejścia samolotów do lotniska jest nieuzasadniony – nie ma racjonalnego usprawiedliwienia dla wprowadzenia przedmiotowego wymogu. Zdaniem Odwołującego umiejscowienie Centrum Kolokacji w obrębie ścieżki podejścia samolotów do lotniska nie będzie odbiegało od umiejscowienia Centrum poza taką ścieżką. Wprowadzenie powyższego wymogu skutkuje ograniczeniem konkurencji oraz prowadzi do nierównego traktowania wykonawców. Stanowi ono wymóg nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie nie pozwala na zweryfikowanie zdolności wykonawców do realizacji zamówienia, a zatem wprowadzenie tego warunku jest bezzasadne.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia punktu 2.1.h załącznika nr 1 do SIWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia).

## III. Dokumenty wymagane po wyborze oferty najkorzystniejszej

Odwołujący wskazał, że w punkcie XXX.3 SIWZ oraz punkcie VI.3.VI.3 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wymienił dokumenty, które wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, będzie zobowiązany do dostarczenia zamawiającemu przed podpisaniem umowy, w terminie i miejscu przez niego wskazanym. Wśród tych dokumentów znajdują się m.in.: zaświadczenie, że oferowane Centrum Kolokacji znajduje się poza strefą zalewową i jest zabezpieczone przed zalaniem wodami opadowymi i gruntowymi, oświadczenie, że oferowane Centrum Kolokacji mieści się w obiekcie podlegającym obowiązkowej ochronie oraz inne dokumenty w generalnym ujęciu zaświadczające, że obiekt Centrum Kolokacji jest zabezpieczony i chroniony (pkt d-f).

Zdaniem Odwołującego powyższe postanowienia nie pozwalają na zweryfikowanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wszystkich wykonawców na właściwym etapie postępowania. Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 1 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów, w celu oceny spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może, w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny, określić usługi, których dotyczy obowiązek wskazania przez wykonawcę w wykazie usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat lub złożenia poświadczeń, lub żądać wskazania w wykazie informacji o usługach niewykonanych lub wykonanych nienależycie, w celu zweryfikowania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawcy. Celem powyższego przepisu jest zapewnienie dopuszczenia do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców zdolnych do należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Nałożenie obowiązku przedstawienia dokumentów wykazujących kwalifikację wykonawcy do realizacji zamówienia wyłącznie na

wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, dopiero po wyborze tej oferty, jest niedopuszczalne. Dokumenty, których przedłożenia domaga się Zamawiający na tym etapie postępowania przesądzą bowiem o zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia. Okoliczność ta powinna zostać zweryfikowana już na etapie dopuszczenia potencjalnych wykonawców do udziału w postępowaniu, a kontrola tych okoliczności po wyborze najkorzystniejszej oferty jest spóźniona. W razie bowiem niedysponowania przez wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, wymaganymi dokumentami, dojdzie do sytuacji, w której wybrano podmiot niezdolny do realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia punktu XXX.3 SIWZ oraz punktu VI.3.VI.3 ogłoszenia o zamówieniu.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Ad I

Izba ustaliła, że zgodnie z punktem III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu i punktem VII.1 SIWZ, Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, iż w okresie ostatnich trzech (3) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedno (1) zamówienie, którego przedmiotem była co najmniej jedna usługa (w ramach jednego zamówienia), o wartości nie mniejszej niż 600 000 PLN brutto (sześćset tysięcy) i czasie trwania nie krótszym niż jeden rok (12 miesięcy), polegającą na kolokacji sprzętu teleinformatycznego na rzecz instytucji finansowej lub instytucji sektora finansowego. Zamawiający podał, że przez kolokację sprzętu informatycznego rozumie: udostępnienie powierzchni przystosowanej do eksploatacji sprzętu teleinformatycznego (serwery, aktywny sprzęt sieciowy, macierze dyskowe). Poprzez instytucję finansową lub instytucję sektora finansowego, Zamawiający rozumie: (i) banki (w tym banki krajowe oraz banki zagraniczne) oraz instytucje kredytowe, jak również instytucje finansowe oraz międzynarodowe instytucje finansowe – w rozumieniu ustawy z 29.8.1997 Prawo bankowe (Dz.U. 2015 poz.128, z późn.

zm.); (ii) spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe – w rozumieniu ustawy z 5.11.2009 roku o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (Dz.U. 2012, poz. 855, z późn. zm.) oraz podmioty, które prowadzą działalność analogiczną w oparciu o przepisy prawa innego niż prawo polskie.

Izba ustaliła również, że zgodnie z § 87 Istotnych postanowień umowy w celu realizacji umowy Zamawiający powierzy wykonawcy przetwarzanie danych osobowych klientów BKG w zakresie i na warunkach określonych postanowieniami umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych. Ponadto, zgodnie z § 90 Istotnych postanowień umowy (załącznik nr 2 do SIWZ) zawarta między stronami umowa będzie umową outsorsingową, wobec czego strony zobowiązują się do przestrzegania przepisów zawartych w art. 6a-6d Prawa bankowego. W rozdziale 10 Istotnych postanowień umowy określono m.in. obowiązki wykonawcy wobec Komisji Nadzoru Finansowego oraz wobec Zamawiającego, w tym związane z uprawnieniami kontrolnymi pod kątem zgodności działań wykonawcy z przepisami Prawa bankowego.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące m.in.: posiadania wiedzy i doświadczenia (pkt 2). Stosownie do art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Z kolei art. 22 ust. 5 ustawy Pzp stanowi, że warunki oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia.

Opis warunku udziału w postępowaniu należy do kompetencji Zamawiającego, który ma swobodę w jego ustalaniu, z uwzględnieniem ograniczeń wynikających z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, stanowiącego, że opis ten musi być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Proporcjonalność warunku należy rozumieć jako opisanie warunku na takim poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie wprowadza zaś – nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy – ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Opis warunków udziału w postępowaniu musi być ukierunkowany na dopuszczenie do postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przyszłej umowy i wyeliminowanie tych, których sytuacja podmiotowa takiej rękojmi nie daje. Wymogi, które nie służą osiągnięciu tego celu, należy uznać za nadmierne i niezgodne z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Opisany przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu jest niewątpliwie związany z przedmiotem zamówienia. W ocenie Izby jest on również proporcjonalny do

przedmiotu zamówienia, biorąc pod uwagę obowiązki, jakie zostaną na wykonawcę nałożone postanowieniami przyszłej umowy. Zamawiający w Istotnych postanowieniach umowy wskazał, że umowa będzie miała charakter outsourcingu bankowego, co nie zostało zakwestionowane w odwołaniu. Z powyższym wiąże się konieczność działania wykonawcy w szczególnym reżimie prawnym wynikającym z przepisów prawa bankowego i konieczność realizacji obowiązków związanych z bezpieczeństwem operacji finansowych i przetwarzania danych, które nie występują w przypadku wykonywania usług kolokacji sprzętu informatycznego na rzecz innych podmiotów niż instytucje finansowe czy instytucje sektora finansowego. Ponieważ wywiązanie się z tych obowiązków jest istotne z punktu widzenia zapewnienia prawidłowego działania banku, doświadczenie w wykonywaniu usług w tym reżimie może być uznane za istotne i uzasadniającego sformułowanie spornego wymogu w opisie warunku udziału w postępowaniu. Wymóg ten, jako mający uzasadnienie w zakresie przyszłych obowiązków wykonawcy, nie może być uznany za nieproporcjonalny i wprowadzony w celu ograniczenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Nie zasługuje na uwzględnienie przedstawiona przez Odwołującego argumentacja oraz złożone dowody wykazujące, że w innych postępowaniach dotyczących kolokacji sprzętu informatycznego banku nie był ustanawiany wymóg doświadczenia w realizacji tych usług na rzecz instytucji finansowych. Okoliczności te nie mogą być wzięte przez Izbę pod uwagę, Izba orzeka bowiem w konkretnej sprawie, nie ocenia natomiast prawidłowości opisanego warunków udziału w innych postępowaniach. Sposób sformułowania wymagań dotyczących doświadczenia w innych postępowaniach nie uprawnia do wniosku o nieprawidłowym określeniu takiego warunku w niniejszym postępowaniu.

O nieprawidłowym opisanym warunku udziału w postępowaniu nie świadczy również fakt, że rekomendacje D i M Komisji Nadzoru Finansowego (których kopie Odwołujący złożył do akt sprawy) nie zobowiązują banku do formułowania warunku udziału w postępowaniu w sposób, w jaki zrobił to Zamawiający. Rekomendacje te dotyczą: zarządzania obszarami technologii informacyjnej i bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego w bankach (rekomendacja D) oraz zarządzania ryzykiem operacyjnym w bankach (rekomendacja M). Zawierają one szereg wytycznych dotyczących sposobu działania banków, uzasadnionych specyfiką tych podmiotów, z czego można wywieść, że usługi kolokacji sprzętu informatycznego na rzecz banków wykonywane są w szczególnych warunkach, charakterystycznych dla działalności bankowej, co uzasadnia wymaganie od wykonawców, aby legitymowali się doświadczeniem w realizacji usług na rzecz takich instytucji.



Wobec powyższego należy stwierdzić, że opisując sposób dokonania oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp.

## Ad II

Izba ustaliła, że w załączniku nr 1 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) w punkcie 2.1 Zamawiający określił następujące wymagania dotyczące lokalizacji Centrum Kolokacji:

- a) Własność budynku lub prawo dysponowania nieruchomością – 10 lat;
- b) Budynek dedykowany na potrzeby działalności Data Center (dopuszcza się powierzchnię biurową z odseparowanym wejściem i odseparowanymi ciągami komunikacyjnymi);
- c) Brak w pobliżu instalacji przemysłowych, stacji benzynowych – minimalna odległość 91 m;
- d) Obiekt poza strefą zalewową (woda 100-letnia) i zabezpieczony przed zalaniem wodami opadowymi i gruntowymi, nie może być zlokalizowany na obszarze szczególnego zagrożenia powodzią w rozumieniu ustawy z dnia 18.07.2001 r. Prawo wodne (Dz. U. z 2012 r., poz. 145) wg studium obowiązującego w Regionalnym Zarządzie Gospodarki Wodnej Warszawa;
- e) Obiekt nie powinien znajdować się bezpośrednio przy magistralnych liniach kolejowych, autostradach i drogach ekspresowych – minimalna odległość 91 m;
- f) Obiekt nie powinien znajdować się bezpośrednio przy liniach kolejowych kategorii: pierwszorzędnej, drugorzędnej i znaczenia miejscowego – minimalna odległość 20 m;
- g) Obiekt nie powinien znajdować się bezpośrednio przy lotniskach – minimalna odległość 1,6 km;
- h) Obiekt powinien znajdować się poza ścieżką podejścia samolotów do lotniska;
- i) Obiekt nie powinien znajdować się bezpośrednio przy ogólnodostępnych parkingach – minimalna odległość 91 m;
- j) CK musi być oddalone od lokalizacji DC1 – minimalna odległość (w linii prostej) 6 km;
- k) Ogrodzenie stałe terenu.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu, że wymóg, aby Centrum Kolokacji było zlokalizowane poza ścieżką podejścia samolotów do lotniska narusza przepisy art. 22 ust. 4 i 5 oraz art. 7 ustawy Pzp, z czym nie sposób się zgodzić.

Po pierwsze wskazać należy, że kwestionowany wymóg jest elementem opisu przedmiotu zamówienia, tj. oczekiwań Zamawiającego co do sposobu realizacji umowy. Zamawiający nie ustanowił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania obiektem spełniającym określone wymagania. Tymczasem przepisy art. 22 ust. 4 i 5 ustawy Pzp dotyczą opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Stosownie natomiast do art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, warunki oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Spełnianie tych warunków (mających charakter podmiotowy) jest oceniane na dzień składania ofert. Jak stanowi art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 wykonawca jest zobowiązany na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym wykazać nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert.

Skoro Zamawiający nie opisał warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania obiektem, w którym będą świadczone usługi kolokacji sprzętu, to oczywistym jest, że ustanawiając wymaganie, aby Centrum Kolokacji było zlokalizowane poza ścieżką podejścia samolotów (wymaganie o charakterze przedmiotowym), Zamawiający nie mógł naruszyć przepisów art. 22 ust. 4 i 5 ustawy Pzp.

Nie sposób również dopatrzeć się w ustanowieniu takiego wymogu naruszenia art. 7 ustawy Pzp. Naruszenie takie nie zostało przez Odwołującego wykazane. Zamawiający ustanowił szereg wymogów mających dotyczących lokalizacji obiektu, w którym będą świadczone usługi. Wymogi te mają na celu zapewnienie bezpieczeństwa Centrum Kolokacji i przechowywanych w nim danych oraz wyeliminowanie czy zminimalizowanie potencjalnych zagrożeń. Odwołujący nie zakwestionował pozostałych wymogów związanych z lokalizacją obiektu, co należy rozumieć jako przyznanie, że lokalizacja tego obiektu winna spełniać restrykcyjne warunki dotyczące bezpieczeństwa. W szczególności Odwołujący nie zakwestionował wymogu, zgodnie z którym powinien znajdować się w odległości co najmniej 1,6 km od lotniska, z czego należy wnioskować, że Odwołujący nie kwestionuje ryzyka związanego z bliskością portu lotniczego i nasilenia odbywającego się w jego pobliżu ruchu lotniczego. Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z przedłożoną przez Odwołującego na rozprawie Rekomendacją D Komisji Nadzoru Finansowego, dotyczącą zarządzania obszarami technologii informacyjnej i środowiska teleinformatycznego w bankach, warunkiem nieprzerwanego i bezpiecznego funkcjonowania środowiska teleinformatycznego jest zapewnienie bezpieczeństwa fizycznego i środowiskowego w lokalizacjach, w których znajdują się kluczowe elementy infrastruktury teleinformatycznej, a bank powinien

identyfikować zagrożenia oraz analizować ich wpływ na bezpieczeństwo środowiska teleinformatycznego i ciągłość działania (pkt 15.10). Przeprowadzając analizę bank powinien uwzględnić w szczególności zagrożenia związane m.in. z lokalizacją i sąsiedztwem budynku, w tym znajdującymi się w jego okolicy lotniskami, obiektami wojskowymi itp. (pkt 15.11). Brak jest podstaw do uznania, że kwestionowane postanowienie OPZ nie wynika z dążenia do zminimalizowania ryzyka związanego z lokalizacją obiektu przy ścieżce podejścia samolotów, a jest próbą ograniczenia kręgu wykonawców mogących wykonać przedmiot zamówienia.

Jednocześnie podkreślić należy, że Izba nie oceniała spornego postanowienia pod kątem zgodności z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, tj. nie wypowiedziała się w kwestii jego precyzji i kryteriów przyszłej oceny co do zgodności oferty z tym wymaganiem, zarzut taki bowiem nie został podniesiony w odwołaniu. Odwołujący podniósł jedynie, że wymóg ten jest zbędny, jako ograniczający konkurencję i tylko w tych granicach zarzut mógł być przedmiotem rozpoznania, zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

### Ad III

Izba ustaliła, że zgodnie z punktem XXX.3 SIWZ, wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza zobowiązany jest do dostarczenia Zamawiającemu przed zawarciem umowy m.in.:

- b) zaświadczenia z Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej, że Centrum Kolokacji znajduje się poza strefą zalewową (woda 100-letnia) i zabezpieczony jest przed zalaniem wodami opadowymi i gruntowymi,
  - c) oświadczenia wykonawcy (na piśmie), że oferowane CK mieści się w obiekcie podlegającym obowiązkowej ochronie w rozumieniu ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia,
  - d) potwierdzonych za zgodność z oryginałem kserokopii: pierwszej strony planu ochrony obiektu siedziby CK oraz aktualnej koncesji MSWiA na świadczenie usług ochrony fizycznej wystawionej dla podmiotu świadczącego taką usługę na rzecz wykonawcy na podstawie odrębnych umów
- lub
- e) potwierdzonych za zgodność z oryginałem kserokopii: wewnętrznej instrukcji bezpieczeństwa oraz aktualnej koncesji MSWiA na świadczenie usług ochrony fizycznej dla podmiotu świadczącego taką usługę na terenie obiektu na podstawie odrębnych umów,

f) deklaracji zgodności funkcjonującego w obiekcie systemu sygnalizacji włamania i napadu (SSWiN) z wymaganiami dla co najmniej trzeciego stopnia zabezpieczenia wg normy PN-EN 50131-1.

Izba ustaliła również, że Zamawiający nie opisał warunku udziału w postępowaniu warunku w zakresie dysponowania potencjałem technicznym niezbędnym do realizacji zamówienia, w tym nie wymagał na dzień składania ofert dysponowania obiektem, w którym będzie wykonywany przedmiot zamówienia.

Odwołujący podniósł, że żądając określonych w punkcie XXX.3 SIWZ dokumentów dotyczących Centrum Kolokacji dopiero przed podpisaniem umowy Zamawiający naruszył art. 22 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz w zw. z § 1 ust. 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów i podniósł, że jest to niedopuszczalne, mając na względzie konieczność weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu wszystkich wykonawców na etapie dopuszczenia ich do udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do tego zarzutu należy stwierdzić, że jest on bezzasadny z tego powodu, że Zamawiający nie ustanowił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania obiektem przeznaczonym na Centrum Kolokacji. Dodatkowo zarzut został oparty m.in. na art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, którego treść jest całkowicie nieadekwatna do podstaw faktycznych zarzutu (przepis ten stanowi o możliwości zastrzeżenia dotyczącego poziomu zatrudnienia osób niepełnosprawnych).

Trudno również ustalić na czym miałyby polegać naruszenie przez Zamawiającego przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. W treści Odwołania jako naruszony przepis wskazano § 1 ust. 4 rozporządzenia, który stanowi, że zamawiający może, w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny, określić roboty budowlane, dostawy lub usługi, których dotyczy obowiązek wskazania przez wykonawcę w wykazie lub złożenia poświadczeń, lub żądać wskazania w wykazie informacji o robotach budowlanych, dostawach lub usługach niewykonanych lub wykonanych nienależycie, w celu zweryfikowania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawcy. Na rozprawie Odwołujący oświadczył, że w odwołaniu wystąpił, a jako naruszony przepis powinien być wskazany § 1 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia (przepis ten stanowi, że w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu zamawiający może żądać wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług lub robót budowlanych w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami). Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, że przepis wskazany w odwołaniu pozostaje oczywiście bez związku z podstawami faktycznymi zarzutu (dotyczy warunków udziału w postępowaniu dotyczących uprawnień do

wykonywania działalności oraz wiedzy i doświadczenia), trudno jednak uznać, że jego wskazanie jest wynikiem omyłki, gdyż w treści odwołania przywołano nie tylko jednostkę redakcyjną, ale również treść przepisu, a także przedstawiono wywód mający uzasadniać słuszność tezy o jego naruszeniu. Z kolei przepis wskazany podczas rozprawy nie mógł być przez Zamawiającego naruszony już choćby z tego powodu, że warunek udziału w postępowaniu nie został w tym zakresie opisany. Nie można więc zarzucić, że Zamawiający bezpodstawnie zaniechał żądania od wszystkich wykonawców złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, skoro takiego warunku nie opisał. Wymagane przez Zamawiającego przed podpisaniem umowy dokumenty dotyczące Centrum Kolokacji odnoszą się do wymagań przedmiotowych, tj. dotyczą sposobu realizacji przyszłej umowy, nie zaś potencjału wykonawcy. Natomiast w zakresie, w jakim Zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu (wymagania podmiotowe), sformułował żądanie załączenia do oferty dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków.

Dodatkowo zauważyć należy, że Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia zaskarżonych postanowień SIWZ. Sformułowane żądanie świadczy o tym, że Odwołujący nie zmierza do nałożenia na wszystkich wykonawców obowiązku złożenia dokumentów określonych XXX.3 lit. b-f SIWZ, co do zwolnienia z takiego obowiązku również wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana. Nie sposób więc przyjąć, nawet przy możliwie najszerszej interpretacji zarzutów odwołania i jego uzasadnienia, że przedmiotem zarzutu było w istocie nie zaniechanie żądania od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ale zaniechanie dokonania opisu takiego warunku.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....