

**WYROK**  
**z dnia 31 sierpnia 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:     Aneta Mlącka**

**Protokolant:         Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne TELBUD S.A., Kabe Systemy Alarmowe Sp. z o.o., Agtes Sp. z o.o., ul. Krauthofera 23, 60-203 Poznań**, w postępowaniu prowadzonym przez **Port Lotniczy Poznań-Ławica Sp. z o.o., ul. Bukowska 285, 60-189 Poznań**,

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne TELBUD S.A., Kabe Systemy Alarmowe Sp. z o.o., Agtes Sp. z o.o., ul. Krauthofera 23, 60-203 Poznań** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne TELBUD S.A., Kabe Systemy Alarmowe Sp. z o.o., Agtes Sp. z o.o., ul. Krauthofera 23, 60-203 Poznań**, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne TELBUD S.A., Kabe Systemy Alarmowe Sp. z o.o., Agtes Sp. z o.o., ul. Krauthofera 23, 60-203 Poznań** na rzecz **Portu Lotniczego Poznań-Ławica Sp. z o.o., ul. Bukowska 285, 60-189 Poznań** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą

koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający - Port Lotniczy Poznań - Ławica Sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie, dostawę i wdrożenie zintegrowanego systemu bezpieczeństwa portu lotniczego Poznań – Ławica. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26.02.2011r. pod numerem 2011/S 40-065808.

Odwołujący - Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne „TELHUD” S.A. (lider), KABE Systemy Alarmowe Sp. z o.o., AGTES Sp. z o.o., (zwani dalej razem: Odwołującym), wnieśli odwołanie wobec ostatecznej treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). przekazanej przez Zamawiającego w dniu 4 sierpnia 2011 r.

W dniu 4 sierpnia 2011 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu - jako jednemu z Wykonawców zaproszonych do składania ofert ostatecznych - ostateczną treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), której integralną część stanowił ostateczny wzór umowy.

Odwołujący w szczególności podniósł zarzuty wobec wzoru umowy, stanowiącej załącznik do SIWZ. Artykuł 16 umowy stawiał wymóg posiadania przez Wykonawcę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywania działalności będącej przedmiotem niniejszej umowy na sumę gwarancyjną nie niższą niż 10 milionów złotych dotyczącą wyłącznie przedmiotu niniejszej umowy (§ 16 ust. 1 i 2 wzoru umowy).

W tym artykule wzoru umowy (załączonego do SIWZ) Zamawiający wskazał, że „Wykonawca zobowiązany jest do posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywania działalności będącej przedmiotem Umowy na sumę gwarancyjną nie niższą niż 10 mln złotych równoważącą tę kwotę) na jedno i wszystkie zdarzenia”, natomiast w § 16 ust. 2 wzoru umowy zaznaczył, że „Obowiązek, o którym mowa w ust. 1 powyżej, oznacza, że Wykonawca zobowiązany jest przedstawić Zamawiającemu polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, o którym mowa w ust. 1 powyżej, dotyczącą wyłącznie przedmiotu Umowy.”

W piśmie z dnia 11 sierpnia 2011 r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie (nr 36) zadane przez Odwołującego, wskazał, że „(...) Posiadanie przez potencjalnych wykonawców określonego ubezpieczenia na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu miało na celu potwierdzenie wiarygodności ekonomicznej każdego z wykonawców na dzień składania wniosków (a nie zabezpieczenie realizacji zamówienia).

Natomiast zawarty w umowie w sprawie zamówienia publicznego obowiązek posiadania określonego ubezpieczenia (ubezpieczenia wykonania przedmiotu zamówienia) dotyczyć będzie już wyłącznie wykonawcy z którym zostanie zawarta ta umowa i będzie jednym z wielu jego obowiązków umownych (a nie warunkiem udziału w postępowaniu)(...)”

W ocenie Odwołującego, postawiony przez Zamawiającego w § 16 wymóg posiadania przez Wykonawcę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywania działalności będącej przedmiotem niniejszej umowy na sumę gwarancyjną nie niższą niż 10 milionów złotych dotyczącą wyłącznie przedmiotu umowy, narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, a w szczególności wyrażoną w art. 7 ust. 1 PZP zasadę uczciwej konkurencji.

Zdaniem Odwołującego zastosowany przez Zamawiającego formalny zabieg ogranicza w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji dostęp wykonawców do uzyskania zamówienia, prowadzi do ograniczenia konkurencji, a zatem naruszenia art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Eliminuje z możliwości realizacji zamówienia przez podmioty, których nie stać na wykup i utrzymywanie tego rodzaju polisy, mimo iż podmioty te spełniają warunki udziału w postępowaniu i posiadają wiedzę i doświadczenie pozwalające na prawidłowe wykonanie zamówienia.

Wymóg wynikający z § 16 wzoru umowy, jest zdaniem Odwołującego, nowym rodzajem warunku progowego dla wykonawców, w sposób nieuzasadniony ograniczającym uczciwą konkurencję”.

Ponadto Odwołujący podkreślił, iż żądane przez Zamawiającego ubezpieczenie z dużym prawdopodobieństwem przekracza o kilkadziesiąt procent wartość brutto prac objętych przedmiotem umowy. Utrzymywanie tego rodzaju ubezpieczenia w całym okresie gwarancji wydaje się być wymogiem pozbawionym związku z jakimkolwiek racjonalnie dającymi się uzasadnić potrzebami Zamawiającego, czy możliwymi do wyobrażenia szkodami spowodowanymi w trakcie realizacji umowy.

Odwołujący wskazał, iż wymóg postawiony w § 16 wzoru umowy jest nieracjonalny i dalece wykracza poza dozwolony prawem zamówień publicznych zakres zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zgodnie z art. 150 ustawy Prawo zamówień publicznych, kwota zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie może przekraczać 10% całkowitej ceny podanej w ofercie. Ubezpieczenie kontraktu stanowi dodatkowe zabezpieczenie jego należytego wykonania i rodzajowo oraz funkcjonalnie niczym nie różni się od zabezpieczenia, określonego w art. 147 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stawiając wymóg posiadania przez Wykonawcę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywania działalności będącej przedmiotem niniejszej umowy na sumę gwarancyjną nie niższą niż 10 milionów złotych dotyczącą wyłącznie przedmiotu niniejszej

umowy, Zamawiający naruszył wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zasadę uczciwej konkurencji, poprzez niedopuszczalne i bezzasadne ograniczanie konkurencyjności i dostępu wykonawców do postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, iż w punktach I i II SIWZ Zamawiający sformułował warunki techniczne, których spełnienie nie jest możliwe lub nie jest możliwe zweryfikowanie spełnienia tych warunków, zgodnie z obecnym stanem wiedzy i techniki. W szczególności odnosi się to do następujących zapisów SIWZ: Odwołujący wskazał, iż jego zdaniem, nie jest możliwe wykonanie systemu odpornego na próby wandalizmu (punkt I.5 SIWZ).

Przyjęta przez Zamawiającego definicja fałszywych alarmów obejmuje wszystkie fałszywe i przypadkowe alarmy, które nie są wynikiem świadomego działania człowieka. Zgodnie z tak przyjętą definicją fałszywych alarmów, zdaniem Odwołującego, nie jest możliwe zrealizowanie wymogu opisanego w punkcie I.13, w zakresie dopuszczalnej ilości nie więcej niż jednego fałszywego alarmu/miesiąc z odcinka 800m, dla systemu o zakładanej skuteczności wykrywania 99%.

Zdaniem Odwołującego, nie ma technicznej możliwości wykonania systemu gwarantującego 100% skuteczność wykrywania, a taki wymóg wynika z zapisów punktu II. 3.

Odwołujący zaznaczył, iż Zamawiający nie sprecyzował wymaganej dokładności lokalizacji wtargnięć (punkt I.7 SIWZ), zatem odbiór końcowy zależy wyłącznie od arbitralnej decyzji Zamawiającego. Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na te okoliczności.

Odwołujący podniósł, także, że Wykonawcy zobowiązani są do przygotowania samodzielnie testów odbiorczych. Zgodnie z treścią §6 punkt 5c Wykonawca w terminie 10 tygodni od podpisania umowy powinien przedstawić projekt, w którym będzie zawarty opis testów odbiorczych. „Zamawiający może w terminie 7dni od daty przekazania projektu zgłosić uwagi, poprawki lub zastrzeżenia”. Zamawiający ma prawo sformułować zastrzeżenia i uwagi do tych testów w trakcie realizacji przedmiotu umowy. Zatem w ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, jeśli wobec każdego z nich mogą być zastosowane inne kryteria odbioru, przyjęte po etapie udzielenia zamówienia.

Powyższe zapisy wzoru umowy, zdaniem Odwołującego, dają możliwość Zamawiającemu takiego wyboru sposobu przeprowadzenia testów żeby wykonany ZSB został lub nie został zaakceptowany przez Zamawiającego. Tym samym, zdaniem Odwołującego, nie zostało zagwarantowane równe traktowanie wykonawców, skoro z każdym z nich mogą być zastosowane inne kryteria odbioru, nie tylko przyjęte już po udzieleniu zamówienia, ale indywidualnie uzgodnione z zainteresowanym.

Wobec powyższego Odwołujący sformułował zarzut naruszenia artykułu 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegający na „prowadzeniu postępowania w sposób niezgodny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez niedopuszczalne i bezzasadne ograniczanie konkurencyjności i dostępu wykonawców do uzyskania zamówienia publicznego, a także stworzenie możliwości przeprowadzenia oceny jakości wykonanego zamówienia w oparciu o kryteria uzgadniane indywidualnie z wybranym wykonawcą.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści wzoru umowy stanowiącego załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez wykreślenie z § 16 umowy wymogu posiadania przez Wykonawcę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywania działalności będącej przedmiotem niniejszej umowy na sumę gwarancyjną nie niższą niż 10 milionów złotych dotyczącą wyłącznie przedmiotu niniejszej umowy, nakazanie Zamawiającemu zmiany punktu I i II SIWZ poprzez usunięcie warunków, których spełnienie nie jest możliwe w obecnym stanie wiedzy i techniki; nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia w SIWZ przejrzystych, z góry ustalonych skonkretyzowanych i jednolitych dla wszystkich kryteriów oceny wykonanego zamówienia, obciążenie Zamawiającego kosztami niniejszego postępowania.

Do niniejszego postępowania przystąpienie zgłosił wykonawca Sprint SA Oddział Warszawa. Izba postanowiła uwzględnić zgłoszoną przez Zamawiającego opozycję co do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przez Sprint SA Oddział Warszawa. Artykuł 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego, Wykonawca jest zobowiązany do wskazania strony, do której przystępuje, jak również interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłaszający przystąpienie nie wskazał w treści przystąpienia, jaki jest jego interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłasza przystąpienie. Ponadto nie stawiał się na rozprawę i nie złożył w tym przedmiocie stosowanego oświadczenia. Zatem Izba uznała przystąpienie za nieskuteczne, niezgodne z wymaganiami ustawy.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba uznała, iż Odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego

odwołania. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.”

W niniejszym postępowaniu wprowadzenie przez ustawodawcę polisy ubezpieczenia OC jako dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku ekonomicznego w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej miało na celu potwierdzenie wiarygodności ekonomicznej wykonawcy, który ubezpieczając swoją działalność z jednej strony wykazuje się odpowiedzialnością profesjonality dbającego o bezpieczeństwo własne i swoich kontrahentów, a z drugiej wykazuje, że znajduje się w sytuacji finansowej i ekonomicznej pozwalającej mu na poniesienie kosztów ubezpieczenia. Wymóg posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na etapie składania ofert nie służy zabezpieczeniu realizacji zamówienia. Ubezpieczenie wykonania przedmiotu zamówienia może być żądane przy zawarciu umowy, z czego Zamawiający skorzystał wprowadzając w treści projektu umowy stosowne zobowiązanie. Wymóg ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej dotyczącego wyłącznie przedmiotu umowy zawartej z Zamawiającym nie stanowi dodatkowego warunku udziału w postępowaniu, a jedynie dodatkowe zobowiązanie umowne. Wprowadzenie takiego zobowiązania, którego celem jest zabezpieczenie ewentualnych roszczeń Zamawiającego do wykonawcy, związanych z realizacją umowy przez wykonawcę, uznać należy w świetle uregulowań ustawy Prawo zamówień publicznych za dopuszczalne. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zakazuje wprowadzenia takiego zabezpieczenia do treści umowy.

Ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej, które jest sprawdzane w trakcie procedury oceny wniosków wykonawców, jest ubezpieczeniem działalności tego wykonawcy i może mieć termin znacznie krótszy niż termin wykonania całego zamówienia. W ocenie Izby zasadnym jest twierdzenie Zamawiającego, że chce on mieć pewność, że wykonawca ubezpieczy umowę przez cały czas trwania umowy i ubezpieczenie to obejmie wyłącznie tę umowę. Postawienie wymogu, aby ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej obejmowało wyłącznie umowę zawartą z Zamawiającym, w ocenie Izby jest uzasadnione. Stawiając ten wymóg, Zamawiający chciał uniknąć sytuacji, w której pomimo posiadania przez wykonawcę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, Zamawiający pozbawiony zostałby możliwości zaspokojenia swoich roszczeń, gdy suma ubezpieczenia wykonawcy zostałaby wyczerpana wypłatami odszkodowania wynikającymi z innych umów zawartych przez wykonawcę. Postawienie wymogu zawarcia odrębnego ubezpieczenia umowy z Zamawiającym pozwala na uniknięcie takiej sytuacji i jednocześnie zwiększa prawdopodobieństwo, iż w przypadku

wystąpienia szkody po stronie Zamawiającego, szkoda ta zostanie pokryta. Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej ułatwia i upraszcza dochodzenie odszkodowania, jednocześnie zwiększając prawdopodobieństwo jego uzyskania przez Zamawiającego.

Izba uznała także, iż Zamawiający miał prawo żądać ubezpieczenia w takiej wysokości. Podkreślenia wymaga, że żądana przez Zamawiającego minimalna kwota ubezpieczenia zbliżona jest do szacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia. Biorąc pod uwagę tę okoliczność, jak również fakt, iż realizacja umowy z wykonawcą odbywać ma się z zachowaniem normalnego funkcjonowania lotniska (co wiąże się z podwyższonym ryzykiem wystąpienia szkód w trakcie realizacji umowy), żądanie ubezpieczenia działalności wykonawcy związanej z realizacją umowy na rzecz Zamawiającego, Izba uznała za uzasadnione. Z kolei biorąc pod uwagę potencjalną wysokość szkód, jakie mogą wystąpić na działającym lotnisku, w ocenie Izby wymóg Zamawiającego dotyczący wysokości ubezpieczenia nie może zostać uznany za wygórowany.

Wymóg posiadania ubezpieczenia był znany wykonawcom już na etapie sporządzenia pierwszej wersji SIWZ. Tym bardziej nie można mówić, iż jest to dodatkowy warunek, który utrudnia wykonawcom na tym etapie zamówienia wzięcie udziału w postępowaniu.

Wszystkim wykonawcom ten wymóg umowy był znany i wszyscy podlegają tym samym regułom. Dlatego postawienie tego wymogu nie może zostać uznane za naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, jak podnosi Odwołujący.

Ponownie bowiem należy podkreślić, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zakazuje wprowadzania takich wymogów. Dlatego też niezasadny jest zarzut Odwołującego, iż wymóg ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej ogranicza dostęp wykonawców do postępowania.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego, dotyczących wymagań technicznych w zakresie przedmiotu zamówienia przede wszystkim podnieść należy, iż wymagania te dotyczą wszystkich wykonawców. Dlatego też w tym zakresie wszyscy wykonawcy traktowani są w jednakowy sposób i dlatego też nie ma mowy o naruszeniu przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców. Izba związana jest przedmiotem zarzutu, a Odwołujący podniósł, iż Zamawiający naruszył art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zarzut ten nie znalazł potwierdzenia w trakcie postępowania.

Izba wzięła pod uwagę fakt, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą wymagań funkcjonalnych, nie zaś parametrów technicznych. Zamawiający dał wolną rękę wykonawcom w zaprojektowaniu i wykonaniu systemu zabezpieczeń według pomysłu i



koncepcji wykonawców, bowiem zgodnie z wiedzą Zamawiającego (uzyskaną także po zapoznaniu się z ofertami wstępnymi wykonawców) istnieje wiele rozwiązań, które pozwolą spełnić postawione przez niego wymagania funkcjonalne.

Odwołujący zarzucił w odwołaniu, że Zamawiający nie sformułował w sposób ściśle określony procedury dokonywania odbioru przedmiotu umowy, w szczególności nie określił, w jaki sposób będą przeprowadzane testy odbiorcze. Odwołujący zwrócił uwagę na to, że zgodnie z treścią wzoru umowy, wykonawca jest zobowiązany w terminie 10 tygodni od dnia zawarcia umowy sporządzić i przedstawić Zamawiającemu projekt systemu ZSB, który będzie zawierał m.in. opis testów odbiorczych, potwierdzających spełnienie wszystkich wymagań funkcjonalnych określonych w SIWZ wraz ze sposobem spełniania w/w wymagań. Zamawiający zgodnie z treścią umowy może zgłaszać uwagi, poprawki lub zastrzeżenia w trakcie realizacji umowy i poprawki te, uwagi i zastrzeżenia wykonawca zobowiązany będzie uwzględnić. Zdaniem Odwołującego „powyższe zapisy umowy dają możliwość Zamawiającemu takiego wyboru sposobu przeprowadzenia testów, żeby wykonany ZSB został zaakceptowany lub nie. Tym samym nie zostaje zagwarantowane równe traktowanie wykonawców, skoro z każdym z nich mogą być zastosowane inne kryteria odbioru, nie tylko przyjęte już po udzieleniu zamówienia, ale indywidualnie uzgodnione z zainteresowanym.”

W ocenie Izby powyższy zarzut nie jest uzasadniony. Odwołujący przede wszystkim pomija okoliczność, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie, dostawa i wdrożenie zintegrowanego systemu bezpieczeństwa. Oznacza to, że wybrany przez Zamawiającego wykonawca ma najpierw system ten zaprojektować, a następnie dostarczyć i wdrożyć. W chwili wszczęcia procedury przetargowej nie istniał więc projekt systemu. Zamawiający w SIWZ zamieścił jedynie wymogi, jakie zaprojektowany i wdrożony system powinien spełniać. Ponieważ więc przedmiotem przetargu jest wykonanie m.in. projektu systemu, tym samym wykonawcy dysponują pewnym zakresem swobody w zakresie szczegółowych rozwiązań projektowych, związanych m.in. z zastosowanymi rozwiązaniami technicznymi i technologicznymi. Tym samym możliwa jest sytuacja, w której systemy zaprojektowane przez różnych wykonawców, spełniające wszystkie wymogi SIWZ, będą jednak systemami różniącymi się rozwiązaniami zastosowanymi przez poszczególnych wykonawców. W ocenie Izby okoliczność ta przesądza, iż na etapie formułowania treści SIWZ, w sytuacji, gdy nie istniał nawet wstępny projekt systemu, nie było możliwe sformułowanie procedur związanych z przeprowadzeniem testów w taki sposób, aby testy te – po zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu – pozwoliły na zweryfikowanie rzeczywistych możliwości systemu i spełnienia wymogów określonych w SIWZ. W sytuacji, gdy nie jest znany projekt systemu i wszystkie rozwiązania, jakie mają zostać w tym systemie zastosowane, nie jest możliwe opracowanie

procedur testowych, gwarantujących faktycznie sprawdzenie możliwości systemu pod kątem spełnienia wymogów SIWZ. Określenie zakresu testów i szczegółowych procedur testowych już w SIWZ wymagałoby de facto uwzględnienia przez Zamawiającego wszelkich możliwych rozwiązań, jakie wykonawcy mogliby potencjalnie zastosować w systemie określenie procedur sprawdzających te rozwiązania – co w ocenie Izby nie jest realne.

Powyższe stanowisko Izby potwierdził sam Odwołujący w złożonej ofercie wstępnej. W ofercie tej Odwołujący oświadczył, iż „plan testów zostanie uszczegółowiony i rozbudowany odpowiednio do ostatecznie przyjętego rozwiązania technicznego.” Tym samym Odwołujący potwierdził, iż określenie, w jaki sposób mają zostać przeprowadzone testy oraz jaki ma być ich zakres, możliwe jest dopiero po przyjęciu określonego rozwiązania technicznego przez wybranego wykonawcę.

Nadto należy zauważyć, że brak takiego uprawnienia Zamawiającego mógłby doprowadzić do sytuacji, w której wykonawca opracowałby testy na tyle mało rygorystyczne, że niezależnie od rzeczywistych możliwości systemu, system zawsze przeszedłby te testy pozytywnie. W takiej sytuacji nie byłoby możliwe faktycznie zweryfikowanie, czy wykonany przez wykonawcę system spełnia wymogi SIWZ.

Zadaniem testów jest udowodnienie Zamawiającemu, że odbierany system wykonany został zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego, niezależnie od tego, który z wykonawców wykonywać będzie system. Tym samym, podstawowym kryterium odbioru systemu jest wykazanie za pomocą testów (zaprojektowanych przez Wykonawcę), że zaoferowany system bezpieczeństwa jest zgodny z wymaganiami funkcjonalnymi określonymi w SIWZ. Kryterium to Zamawiający stosuje zawsze, niezależnie od tego, który z wykonawców będzie projektował i wdrażał system. Sytuacją normalną jest natomiast, że samo sprawdzenie, czy system spełnia wymagania funkcjonalne może odbyć się z zastosowaniem różnych metod. Wybór metody uzależniony jest przede wszystkim od tego, jaki system będzie testowany i jakie rozwiązania techniczne zostaną w nim zastosowane.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 Prawo zamówień publicznych Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Rozpatrując powyższy zarzut, Izba wzięła zatem pod uwagę okoliczności podniesione przez Odwołującego w odwołaniu.

Odnosząc się do pozostałych okoliczności, Izba miała na uwadze fakt, że Zamawiający opisał przedmiot niniejszego zamówienia za pomocą cech funkcjonalnych, jakie oferowany system bezpieczeństwa lotniska ostatecznie ma spełniać.

Odwołujący podniósł zarzut, iż nie jest możliwe wykonanie systemu odpornego na próby wandalizmu. Wskazał, iż tego rodzaju zapis znalazł się w pkt. I.5 SIWZ.

Jednakże Zamawiający przedstawił twierdzenie przeciwne, argumentując, iż jest możliwe zastosowanie stworzenie systemu bezpieczeństwa odpornego na próby sabotowania przez pracowników lotniska, gdyż w świetle jego wiedzy, którą posiadał m.in. na podstawie dotychczas prowadzonego postępowania w zakresie oceny ofert wstępnych, istnieją systemy, które sygnalizują próbę nieuprawnionej ingerencji w działanie systemu. W zakresie powyższego zarzutu Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że istnieje rozwiązanie opisane przez niego w SIWZ, z którym spotkał się na etapie przedstawiania przez Wykonawców rozwiązań technicznych. Odwołujący istnienia tego rodzaju rozwiązania zakwestionował. Biorąc pod uwagę art. 6 kodeksu cywilnego, Odwołujący winien wykazać lub uprawdopodobnić, że przyjęte rozwiązania, w tym przedstawione przez Zamawiającego nie są możliwe. Kwestionowane zapisy są oparte jedynie na krótkich twierdzeniach Odwołującego, stąd Izba uznała, że nie zostały udowodnione.

Odwołujący podniósł, że nie jest możliwe zrealizowanie systemu bezpieczeństwa, który nie przekroczy ilości jednego fałszywego alarmu (rozumianego jako przypadkowy alarm, który nie jest wynikiem świadomego działania człowieka) w przeciągu jednego miesiąca na odcinku 800 m. Brak możliwości zrealizowania systemu spełniającego ten wymóg, związany jest, zdaniem Odwołującego, z wysoką czułością systemu, który może reagować na wiele zewnętrznych, nieprzewidzianych zdarzeń, które powodować mogą aktywację alarmu, jak np. małe zwierzęta, czy porwana przez wiatr folia.

Odnosząc się do tego zarzutu, należy podnieść, iż Zamawiający zwrócił uwagę, że długość ogrodzenia strefy chronionej wynosi ponad 12.000 m, zatem w przeciągu miesiąca może wystąpić 15 fałszywych alarmów. Ponadto twierdzenie Odwołującego podważyła treść oferty wstępnej, jaką złożył Odwołujący. W ofercie wstępnej znalazło się wstępne autorskie opracowanie systemu bezpieczeństwa, jaki proponował Zamawiającemu Odwołujący. W ofercie wstępnej Odwołujący oświadczył, że proponowany przez niego system bezpieczeństwa ma być odporny na zmianę warunków atmosferycznych, takich jak deszcz, szadź, opady śniegu, mgłę, zalegający śnieg, szron, wiatr, spadające liście i zmieniające się oświetlenie. W ocenie Izby, skoro, jak twierdzi Odwołujący w ofercie wstępnej, system ma być odporny na działanie czynników o działaniu tak delikatnym, jak mgła, czy deszcz, to podważa to zawarte w odwołaniu twierdzenie, że wysoka czułość czujników systemu może powodować częste aktywowanie fałszywych alarmów. Skoro, jak twierdzi Odwołujący, system ma być odporny na wzbudzenie fałszywych alarmów spowodowanych czynnikami atmosferycznymi, to tym bardziej powinien być odporny na wzbudzenie fałszywych alarmów spowodowanych czynnikami o charakterze zdecydowanie bardziej inwazyjnym, takim jak działanie małych zwierząt. Co więcej, jak oświadczył Odwołujący w ofercie wstępnej,

proponowany przez niego system ma rozpoznawać obiekty podchodzące do zewnętrznego ogrodzenia obszaru chronionego (predetekcja). W ocenie Izby, możliwość rozpoznania takich obiektów może pozwolić na znaczące obniżenie ilości fałszywych alarmów, poprzez uniknięcie wzbudzenia alarmów w przypadkach, w których obiekty podchodzące do zewnętrznego ogrodzenia obszaru chronionego zostaną sklasyfikowane przez system jako obiekty nie stanowiące zagrożenia.

Odwołujący podniósł, że nie ma możliwości technicznej wykonania systemu gwarantującego 100 % skuteczności wykrywania, co stanowił wymóg zawarty w treści SIWZ. Zamawiający wyjaśnił, iż zgodnie z treścią odpowiedzi na pytanie nr 34, udzielonego w trakcie procedury przetargowej, podany przez Zamawiającego współczynnik 100/100 skuteczności wykrywania jest współczynnikiem, który musi zostać osiągnięty podczas wykonywania testów. W ocenie Izby stuprocentowa skuteczność systemu podczas przeprowadzania testów nie jest niemożliwa do osiągnięcia, a wymogi dotyczące wyników testów nie oznaczają postawienia takich samych wymogów w trakcie normalnej eksploatacji systemu. W świetle powyższego uznać należy, że powyższe wymaganie jest warunkiem surowym, ale nie niemożliwym do osiągnięcia. Biorąc zaś pod uwagę przedmiot zamówienia i obiekt, który ma być objęty ochroną systemu, postawienie tego warunku uznać należy za uzasadnione.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający nie sprecyzował wymaganej dokładności lokalizacji wtargnięć, zatem odbiór końcowy przedmiotu zamówienia zależy wyłącznie od arbitralnej decyzji Zamawiającego.

Zamawiający wyjaśnił, iż nie sprecyzował wymaganej dokładności lokalizacji wtargnięć z uwagi na przyjętą formułę określenia przedmiotu zamówienia, polegającą na podaniu wymagań funkcjonalnych, a nie wymagań technicznych. Zamawiający w ramach odpowiedzi na pytanie doprecyzował, iż wymagany system radarowo – kamerowy z chwilą wykrycia naruszenia przez system ochrony obwodowej ma zostać automatycznie skierowany do obserwacji miejsca naruszenia, a dokładność miejsca ma pozwalać na rozpoznanie.

Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego w tym zakresie. W ocenie Izby przedmiot zamówienia, przewidujący zaprojektowanie, wdrożenie i dostarczenie systemu oraz związany z tym przedmiotem sposób opisu systemu poprzez wskazanie jego cech funkcjonalnych, a nie wymagań technicznych, uzasadnia przyjętą przez Zamawiającego formułę lokalizacji wtargnięć. Jak podniósł Zamawiający, lokalizacja wtargnięć powinna być na tyle dokładna, aby pozwolić na rozpoznanie. Oznacza to, że elementem przesądającym o dokładności lokalizacji wtargnięcia jest możliwość identyfikacji wtargnięcia.

W świetle powyższego, izba uznała zarzuty podniesione w odwołaniu za nieuzasadnione.

Izba postanowiła oddalić wniosek Odwołującego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, z uwagi na brak sprecyzowania okoliczności, które potwierdzić miałyby opinia biegłego. Tym samym Odwołujący nie określił przedmiotu ewentualnej opinii biegłego i tezy, którą opinia ta miałyby udowodnić. Odwołujący nie wskazał także, z zakresu jakiej specjalności miałyby zostać powołany biegły, ani jakimi wiadomościami specjalnymi biegły miałyby dysponować. Powyższe okoliczności przesądziły o oddaleniu wniosku Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:** .....