Sygn. akt: KIO 959/21; KIO 1205/21

WYROK
z dnia 24 maja 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Poprawa
Członkowie: Magdalena Rams
Ewa Sikorska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 maja 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 26 marca 2021 r. (KIO 959/21) oraz
B.w dniu 22 kwietnia 2021 r. (KIO1205/21)

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Konsorcjum spółek (1) ZID-COM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (2) HOLDING HUNTERS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, (3) HUNTERS 24 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, (4) Business Solutions Center Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, adres dla pełnomocnika ul. Srebrna 6 00-810 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie ul. Chmielna 120 00-801 Warszawa**

orzeka:

1.umarza postępowanie o sygnaturze akt KIO 959/21 w zakresie zarzutów wskazanych w pkt 1, 4 i 5 odwołania,
2.w pozostałym zakresie oddala odwołanie o sygnaturze akt KIO 959/21,
3.oddala odwołanie o sygnaturze akt KIO 1205/21,
4. kosztami postępowania obciąża odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Konsorcjum spółek (1) ZID-COM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (2) HOLDINC HUNTERS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, (3)HUNTERS 24 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, (4) Business Solutions Center Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i:**

4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisów od obu odwołań,
4.2.zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę **7 200 zł 00** gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty obu postępowań poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……..
Członkowie: ……..
……..

Sygn. akt KIO 959/21; KIO 1205/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „**Kompleksowe usługi konserwacji i naprawy urządzeń dźwigowych przy obiektach inżynierskich na terenie m. st. Warszawy**". Numer postępowania nadany przez Zamawiającego: ZDM/UM/DZP/4/PN/1/21 (dalej jako postępowanie).

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) (dalej jako „ustawa Pzp" lub „ustawa"). Wartość zamówienia jest większa od progów unijnych określonych w art. 3 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 Ustawy Pzp w odniesieniu do usług.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 marca 2021 r. pod Numerem 2021/S 052-131098.

W dniu 26 marca 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum spółek: (1) ZID-COM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, (2) HOLDING HUNTERS Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim, (3) HUNTERS24 Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, (4) Business Solutions Center Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako Odwołujący) oznaczone sygnaturą akt KIO 959/21, od:

1.treści specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), tj. od Rozdziału 7 SWZ – Warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia, pkt 7.2.3.1. ppkt 1 oraz od treści ogłoszenia o zamówieniu, tj. od sekcji III.1.3 ust. 1 pkt 1, w zakresie w jakim przewidują,
że wykonawca musi posiadać doświadczenie w zakresie konserwacji urządzeń dźwigowych ogólnie dostępnych na zewnątrz obiektów inżynierskich na kwotę min
10 000 000,00 PLN; tj. co najmniej 3 usługi/prace o łącznej kwocie 6 000 000,00 PLN brutto dotyczące konserwacji urządzeń dźwigowych dla osób niepełnosprawnych ogólnie dostępnych przy obiektach inżynieryjnych oraz co najmniej 2 usługi/prace o łącznej kwocie 200 000,00 PLN na naprawę, modernizację lub konserwację schodów ruchomych ogólnie;
2.treści formularza cenowego (lp. 3) i opisu przedmiotu zamówienia (OZP), tj. ust. III pkt 3 OPZ; w zakresie w jakim nie określa jakie założenia wykonawcy powinni przyjąć przy dokonywaniu wyceny naprawy uszkodzeń urządzeń

dźwigowych spowodowanych dewastacjami, kradzieżami i przypadkami losowymi;
3. treści specyfikacji warunków zamówienia, tj. od Rozdziału 4 SWZ – Opis przedmiotu zamówienia, oferty częściowe podwykonawcy, pkt 4.2 jak również od treści ogłoszenia o zamówieniu, tj. od sekcji II.1.6) w zakresie w jakim nie przewidują podziału zamówienia na części oraz od zaniechania dokonania przez Zamawiającego podziału zamówienia na części;
4. treści specyfikacji warunków zamówienia, tj. od Rozdziału 7 SWZ – Warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia, pkt 7.2.1 ppkt 3 oraz od treści ogłoszenia o zamówieniu, tj. od sekcji III.1.1) pkt 3 w zakresie w jakim przewidują obowiązek posiadania przez wykonawców uprawnień Transportowego Dozoru Technicznego na konserwację urządzeń dźwigowych;
5. treści specyfikacji warunków zamówienia, tj. od Rozdziału 13 swz – Miejsce i termin składania ofert, pkt. 13.1 oraz od ogłoszenia o zamówieniu, tj. od sekcjiIV.2.2), w zakresie w jakim przewidują one termin składania ofert przypadający na dzień 31.03.2021 r.

Mając na względzie powyższe, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:
1) naruszenie art. 112 ust. 1 w związku z art. 116 Pzp w związku z art. 16 pkt 1 Pzp przez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ograniczający uczciwą konkurencję, co wyklucza możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawców obiektywnie zdolnych i przygotowanych do jego realizacji;
2) naruszenie art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp w związku z art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, a to przez nałożenie na wykonawcę obowiązku uwzględnienia w ofercie zdarzeń niemożliwych do przewidzenia, tj. wyceny naprawy urządzeń dźwigowych spowodowanych dewastacjami, kradzieżami i przypadkami losowymi;
3) naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez nieuzasadnione i ograniczające konkurencję odstąpienie od udzielenia zamówienia w częściach, w sytuacji braku obiektywnych przyczyn przemawiających za udzieleniem zamówienia w jednej części;
4) naruszenie art. 112 ust. 1 w związku z art. 116 ust. Pzp w związku z art. 16 pkt 1 Pzp przez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ograniczający uczciwą konkurencję, co wyklucza możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawców obiektywnie zdolnych i przygotowanych do jego realizacji;
5) naruszenie art. 138 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 16 pkt 1. Pzp w związku z art. 16 pkt 1 Pzp przez wyznaczenie terminu składania ofert wynoszącego 15 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, pomimo tego, że skrócenie terminu oferty nie było uzasadnione.

Mają na względzie przedstawione wyżej zarzuty Odwołujący wniósł o:
1) uznanie odwołania za zasadne;
2) nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści SWZ, OPZ i ogłoszenia o zamówieniu, tj.:
   a) zmiany Rozdziału 7 SWZ – Warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia, pkt 7.2.3.1. ppkt 1 oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, tj. sekcji III.1.3) ust. 1 pkt 1 poprzez nadanie im następującej treści:
   „Wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje) następujące zamówienia:
   1) zakresie konserwacji urządzeń dźwigowych ogólnie dostępnych na zewnątrz obiektów budowlanych - co najmniej 3 usługi o łącznej kwocie 1.000.000,00 zł brutto";
   b) doprecyzowania ust. III pkt 3 opisu przedmiotu zamówienia poprze wskazanie jakie założenia wykonawcy powinni przyjąć przy dokonywaniu wyceny naprawy urządzeń dźwigowych spowodowanych dewastacjami, kradzieżami i przypadkami losowymi, tak aby wszystkie składane oferty były porównywalne;
   c) zmiany Rozdziału 4 SWZ - Opis przedmiotu zamówienia, oferty częściowe, podwykonawcy, punktu 4.2, jak również ogłoszenia o zamówieniu, tj. sekcji II.1.6) poprzez nakazanie Zamawiającemu dokonania podziału przedmiotu zamówienia przynajmniej na dwie części o zbliżonym zakresie przedmiotowym lub terytorialnym oraz na wydzieleniu pkt 5 i 6 OPZ:
      [5]utrzymanie czystości (sprzątanie, mycie, usuwanie reklam, graffiti, plakatów oraz innych nieczystości) urządzeń dźwigowych (dalej jako utrzymanie czystości) oraz
      [6]ochrona mienia z całodobowym monitoringiem wizyjnym (dalej jako ochrona mienia jako odrębnych części zamówienia;
   d) zmiany Rozdziału 7 SWZ – Warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia, pkt 7.2.1. ppkt 3 oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, tj. sekcji III.1.1) pkt 3 poprzez ich usunięcie;
   e) zmiany Rozdziału 13 SWZ – Miejsce i termin składania ofert, pkt. 13.1 oraz ogłoszenia o zamówieniu, tj. sekcji IV.2.2), poprzez wskazanie, że termin składania ofert upływa w dniu 14 kwietnia 2021 r.;
3) nakazanie Zamawiającemu, aby dokonaną zmianę SWZ przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SWZ, oraz aby zamieścił zmianę SWZ także na stronie internetowej, na której SWZ jest udostępniona;
4) nakazanie Zamawiającemu, aby przedłużył termin składania ofert przynajmniej o dwa tygodnie.

Dodatkowo Odwołujący wniósł o obciążenie kosztami Zamawiającego na rzecz Wykonawcy, poprzez zasądzenie kwoty 18 600 zł, stanowiącej uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Podczas posiedzenia Odwołujący wycofał zarzuty dotyczące naruszeń przez Zamawiającego przepisów prawa, w zakresie wskazanym w pkt 1, 4 i 5 oraz odpowiadające im żądania, wymienione w pkt 2a), d), e) i 4).

W uzasadnieniu, Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

W odniesieniu do zarzutu naruszenie art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp w związku z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny

i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ
na sporządzenie oferty, a to przez nałożenie na wykonawcę obowiązku uwzględnienia
w ofercie zdarzeń niemożliwych do przewidzenia, tj. wyceny naprawy urządzeń dźwigowych spowodowanych dewastacjami, kradzieżami i przypadkami losowymi, Odwołujący podniósł, że w formularzu cenowym Zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek wyceny „Naprawy uszkodzeń urządzeń dźwigowych spowodowanych dewastacjami, kradzieżami, przypadkami losowymi oraz zużyciem eksploatacyjnym podzespołów i materiałów zgodnie z opisem w ust. III w pkt. 3 OPZ".
Oczywistym jest, że wykonawcy nie mogą przewidzieć jakie będą koszty tego typu napraw,
nie można bowiem przewidzieć z jaką częstotliwością będą występowały dewastacje, kradzieże lub przypadki losowe, jak również jakie uszkodzenia powstaną w ich następstwie.
Taki opis przedmiotu zamówienia stoi w sprzeczności z wymogami wynikającymi z art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w związku z art. 16 pkt 1 Pzp. Przepisy te nakładają na Zamawiającego obowiązek opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jednocześnie art. 99 ust. 4 Pzp zakazuje takie opisywania przedmiotu zamówienia, którym mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.
W konsekwencji niemożliwym jest porównanie ofert.
W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (KIO, Izba), na gruncie art. 29 Pzp. [którego odpowiednikiem jest art. 99 Pzp.] (zob. wyrok KIO z dnia 17 października
2018 r., sygn. akt KIO 1985/18, 18, opubl. Lex), prezentowany jest pogląd zgodnie
z którym „Nałożenie na przedsiębiorców obowiązku przewidzenia i wyceny sytuacji niemożliwych do przewidzenia nie wpisuje się w przesłankę pełnego opis przedmiotu zamówienia, zgodnie z regułami określonymi w art. 29 [art. 99] ustawy Pzp. Wówczas
bowiem każdy z wykonawców w odmienny sposób zakreśli katalog okoliczności podlegających
wycenie, co doprowadzi do nieporównywalności ofert. Co więcej, na etapie oceny ofert Zamawiający w żaden wymierny sposób nie będzie mógł prawidłowości takiego katalogu zweryfikować".
Tożsamy pogląd został wyrażony również w innych orzeczeniach KIO, jak chociażby w wyroku z dnia 13 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1494/18, opubl. Lex. W uzasadnieniu którego Izba stwierdziła, że „nałożenie na wykonawców obowiązku uwzględnienia w ofercie zdarzeń nadzwyczajnych i nieprzewidywalnych stanowi o niejednoznacznym i niewyczerpującym opisie przedmiotu zamówienia, dokonanym wbrew dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten zobowiązuje bowiem zamawiającego do uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia, a więc i w warunkach kontraktu określającego przedmiot i sposób wykonania zamówienia, wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty".
W wyroku z dnia 30 października 2018 r., sygn. akt KIO 2115/18, opubl. Lex powtórzyła
przywoływany wyżej pogląd („Nałożenie na wykonawców obowiązku uwzględnienia w ofercie zdarzeń nadzwyczajnych i nieprzewidywalnych stanowi o niejednoznacznym
i niewyczerpującym opisie przedmiotu zamówienia, dokonanym wbrew dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy Pzp") stwierdzając jednocześnie, że tego typu praktyki Zamawiającego prowadzą do nieporównywalności ofert.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez nieuzasadnione i ograniczające konkurencję odstąpienie od udzielenia zamówienia
w częściach, w sytuacji braku obiektywnych przyczyn przemawiających za udzieleniem zamówienia w jednej części, Odwołujący wskazał, że w Rozdziale 4 SWZ – Opis przedmiotu zamówienia, oferty częściowe, podwykonawcy, w punkcie 4.2 SWZ, Zamawiający
nie dopuścił składania ofert częściowych, jak również, że zamówienie nie zostało podzielone na części.
Uzasadniając swoją decyzję o odmowie podziału zamówienia na części, Zamawiający wskazał, że *„[zamówienie nie zostało podzielone na części z następujących powodów:*
Podział na części mógłby zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia z uwagi na różnego rodzaju urządzenia dźwigowe, a co za tym idzie brak możliwości przewidzenia, które z nich będą wymagały częstszych napraw co spowodowałoby szybkie wykorzystanie środków na dany rodzaj urządzeń dźwigowych. Ponadto podział na kilku Wykonawców znacznie wydłużyłby czas zgłoszenia usterki Wykonawcy, a w rezultacie wydłużyłoby to czas naprawy, co doprowadziłoby do nadmiernych trudności technicznych oraz nadmiernych kosztów wykonania zamówienia".

Odwołujący podnosi, że wskazane wyżej przyczyny nie maja obiektywnego charakteru, są w części niezrozumiałe oraz wskazują na niedociągnięcia organizacyjne po stronie Zamawiającego. W przypadku udzielenia zamówienia w częściach Zamawiający mógłby stworzyć grupy urządzeń tego samego rodzaju i podzielić cały obszar na rejony łatwe
do obsługi ze względu na sprawniejsze dojazdy do urządzeń. Ponadto, aby zapobiec rzekomemu szybkiemu wykorzystaniu środków na dany rodzaj urządzeń dźwigowych Zamawiający mógłby skorzystać z prawa opcji w szerszym zakresie.

Nie sposób również zgodzić się z argumentem, że podział na kilku Wykonawców znacznie wydłużyłby czas zgłoszenia usterki Wykonawcy, a w rezultacie czas naprawy.
Argument ten jest w ogóle niezrozumiały. W sytuacji, w której przykładowo Zamawiający podzieliłby zamówienie na dwie części i do każdego z wykonawców przypisałby określoną grupę urządzeń lub określony rejon, zgłoszenie usterki wiązałoby się jedynie z minimalnie większą czasochłonnością niż ma to miejsce w przypadku jednego wykonawcy, a być może nawet ze skróceniem tego czasu (należałoby bowiem jedynie ustalić który z dwóch wykonawców odpowiada za konserwację i naprawę danego urządzenia i skierować do niego stosowne zgłoszenie). Nawet przy wykorzystaniu bardzo prostych narzędzi (w postaci pakietu MS Office) można zoptymalizować taki proces, a co dopiero w sytuacji posługiwania się profesjonalnymi narzędziami, które mogą być w dyspozycji Zamawiającego. Ponadto zgodnie z przepisami i wymogami Zamawiającego w każdej kabinie urządzenia a także na drzwiach wejściowych lub dojściach do np. schodów ruchomych, w widocznym miejscu, musi znajdować się informacja o numerze telefonu pogotowia dźwigowego i nazwie firmy konserwującej. Prawie wszystkie zgłoszenia o awariach są przekazywane przez osoby korzystające
z urządzeń, a te osoby numer telefonu biorą z naklejek w kabinie lub otoczeniu. Ponadto większość kabin wyposażonych jest obecnie w przycisk automatycznie łączący uwięzioną osobę z pogotowiem dźwigowym. Właściwy numer do połączeń jest wprogramowany przez konserwatora przejmującego urządzenie w konserwacje.

Podział na części służyłby przy tym zwiększeniu konkurencji, a konsekwencji zmniejszeniem wydatków do poniesienia których zobowiązany jest Zamawiający.

W orzecznictwie KIO (zob. wyrok z dnia 11 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1219/19, opubl. Lex) zaprezentowany został pogląd, zgodnie z którym „*co do zasady przepis art. 36aa ust. 1 Pzp. [odpowiednikiem tego przepisu jest art. 91 ust. 1 Pzp]nie formułuje bezwzględnego nakazu umożliwiającego składanie ofert częściowych. Jednakże przepis ten nie może funkcjonować w oderwaniu od innych norm prawnych ujętych w ustawie Pzp,*
w szczególności norm konstytuujących zasady systemu zamówień publicznych. (…)
W konkretnych sytuacjach powyższe może oznaczać, że uprawnienie podmiotu zamawiającego przeistacza się w jego obowiązek, jeżeli konkretne i specyficzne realia rynkowe przemawiają za tym, że jedynym sposobem otwarcia zamówienia
na konkurencję jest umożliwienie wykonawcom składania ofert częściowych".
W ocenie Odwołującego, w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający w sposób
przedwczesny i nieuzasadniony podjął decyzję o odmowie podziału zamówienia na części.
W orzecznictwie KIO zaprezentowany został pogląd (zob. wyrok KIO z dnia 1 października
2020 r., sygn. akt KIO 2223/20, opubl. Lex) zgodnie z którym „*Zamawiający, podejmując decyzję o przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ma bowiem obowiązek zbadać, czy przedmiot zamówienia jest podzielny, czy podział zamówienia na części znajduje swoje racjonalne uzasadnienie i czy podział zamówienia przyniesie lub może przynieść wymierne korzyści finansowe. Decyzja zamawiającego musi uwzględniać sytuację podmiotową wykonawców, tj. zamawiający zobowiązany jest zbadać, czy jego decyzja nie naruszy zasad wyrażonych w przepisie art. 7 ust. 1 p.z.p. tj. zasady konkurencyjności i zasady równego traktowania wykonawców.*
Swoboda zatem zamawiającego o podziale zamówienia na części jest ograniczona zasadą uczciwej konkurencji. Należy zatem badać czy w konkretnych okolicznościach decyzja co do podziału zamówienia, co do ilości części nie naruszy konkurencji poprzez ograniczenie możliwości ubiegania się o nie". Na marginesie należy wskazać, że tożsamy pogląd został wyrażony w wyroku z dnia 31 sierpnia 2020 r. , sygn. akt KIO1680/20, opubl. Lex.

W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający w ogóle nie zastosował
się do wytyczny wynikających z przywołanego wyżej wyroku. Pomimo tego, że przedmiot zamówienia jest podzielny (obejmuje bowiem naprawę i konserwację ponad 100 urządzeń)
Zamawiający całkowicie pominął racjonalność takiego podziału i związane z tym korzyści
finansowe. Zamawiający „nie dostrzegł", że tylko dwa podmioty złożyły oferty w poprzednim postępowaniu (tj. w Postępowaniu z 2020 r.) i że w sytuacji zaostrzenia warunków udział
w postępowaniu i odmowy podziału zamówienia na części otrzyma On najprawdopodobniej tylko jedną ofertę, której cena – tak jak miało to miejsce w 2020 r
– może przewyższać kwotę którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie
zamówienia.
Zamawiający „nie dostrzegł" również, że jego decyzja o odmowie podziału zamówienia na części ma istotne znaczenie dla biegu postępowania, w tym w szczególności na umożliwienie udziału w postępowaniu szerszemu gronu podmiotów, specjalizujących się w danym przedmiocie zamówienia. Wydaje się, że Zamawiający bez głębszej refleksji nie dokonał podziału zamówienia na części bądź też celowo nie dokonał podziału zamówienia na części, kierując się bliżej nieuzasadnionym interesem własnym. Można pokusić się o stwierdzenie,
że mając na względzie doświadczenia z poprzedniego postępowania (tj. z Postępowania
z 2020 r. w którym wpłynęły dwie oferty z których jedna została odrzucona, druga zaś przekroczyła „budżet" Zamawiającego o prawie 6 milionów złotych), Zamawiający nie tylko,
że był uprawniony do podziału zamówienia, co wręcz był do tego zobowiązany. Do takiego wniosku prowadzi lektura wyroku KIO z dnia 12 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1022/18, opubl. Lex, w uzasadnieniu którego stwierdzono, że „ww. uprawnienie zamawiającego
[tj. uprawnienie do podziału zamówienia na części] niejednokrotnie będzie przekształcało się w obowiązek podziału zamówienia na części, w szczególności w sytuacji, gdy brak takiego podziału będzie na ruszał konkurencję między wykonawcami zainteresowanymi danym zamówieniem.
Zatem w kontekście powyższego stwierdzić należy, iż zasadą w zamówieniach publicznych
jest podział zamówienia na części, o ile nie wystąpią szczególne okoliczności, które
uzasadniają brak takiego podziału".

Z taką właśnie sytuacją (tj. z sytuacją naruszenia konkurencji między wykonawcami zainteresowanymi przedmiotowym zamówieniem) mamy do czynienia w okolicznościach
niniejszej sprawy. Doszło bowiem do sytuacji, w której wykonawcy obiektywnie zdolni
i przygotowani do jego realizacji, nie mogą złożyć oferty, nie spełniają bowiem warunków
udziału w postępowaniu.

W tym miejscu należy również wskazać, że za podziałem zamówienia na części przemawia pewna praktyka rynkowa. Przykładowo tożsame przetargi na kolei organizowane
są w ten sposób, że nie organizuje się jednego dużego przetargu tylko kilkanaście, a być może nawet kilkadziesiąt mniejszych, tak aby zwiększyć konkurencyjność i zmniejszyć obszar, który musi pokryć dany wykonawca. Ponadto spotyka się również praktykę, w której poszczególni zamawiający zawierają umowy ramowe i zlecają wykonanie usługi temu podmiotowi, który zaoferuje lepsze warunki jej wykonania.
Dowód: na okoliczność dokonywania podziału zamówień przez Zamawiających Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu ze wskazanych niżej stron internetowych:

https://ztmwaw.ezamawiajacy.pl/pn/ztmwaw/demand/notice/public/15091/details
https://platformazakupowa.plk-sa.pl/app/demand/notice/public/4870/details
https://platformazakupowa.plk-sa.pl/app/demand/notice/public/4891/details
https://platformazakupowa.plk-sa.pl/app/demand/notice/public/1201/details

Na zakończenie należy wskazać, że na zasadność podziału zamówienia na części pośrednio wskazuje sam Zamawiający. W Rozdziale 16 SWZ – Opis kryteriów oceny ofert
Zamawiający przewidział dwa kryteria oceny ofert: [1] kryteriów ceny lub koszty (60%) oraz
[2] kryterium jakościowe (40%). W ramach kryteriów jakościowego (zob. pkt 16.2.2.SWZ) ocenie punktowej podlega czas dojazdu od momentu otrzymania zgłoszenia do dojazdu
do urządzenia dźwigowego w celu uwolnienia osób bądź usunięcia zagrożenia życia lub zdrowia. Zamawiający wskazuje, że wykonawcy, którzy zaoferują czas dojazdu wynoszący
15 minut otrzymają 40 punktów, zaś ci którzy zaoferują 30-minutowy czas dojazdu otrzymają 0 punktów (w przypadku dłuższego czasu dojazdu oferta zostaje odrzucona) Z powyższych kryteriów jasno wynika, że czas dojazdu do

urządzenia dźwigowego jest dla Zamawiającego niezwykle istotny, jak bowiem wskazał sam Zamawiający ma on w szczególności wpływ
na usunięcie zagrożenia życia lub zdrowia. Zamawiający ma więc świadomość odpowiedzialności, która na nim spoczywa.

Bezspornym jest więc to, że Zamawiającemu zależy na tym, aby wykonawca,
po uzyskaniu zgłoszenia, jak najszybciej dojechał do urządzenia dźwigowego w celu uwolnienia osób bądź usunięcia zagrożenia życia lub zdrowia (czemu Zamawiający dał wyraz ustalając takie a nie inne kryteria oceny ofert). Oczywistym jest, że ten cel bardzo łatwo osiągnąć dokonując podziału zamówienia na części.

W związku z powyższym – właśnie z uwagi na wspomnianą przez Zamawiającego konieczność „usunięcia zagrożenia życia lub zdrowia" – należy dokonać podziału zamówienia
na części (nawet pomimo trudności organizacyjnych po stronie Zamawiającego
z tym związanych). Pozostawienie aktualnego status quo może prowadzić do tragicznych
w skutkach sytuacji, których da się jednak uniknąć (a przynajmniej zminimalizować ryzyko
ich wystąpienia) dokonując podziału zamówienia na części. Dokonanie podziału zamówienia na części będzie bowiem skutkowało tym, że możliwe będzie – jak oczekuje tego Zamawiający – dojechanie do urządzenia w ciągu 15 minut.
Podział zamówienia na części bezspornie przyczyni się zarówno do poprawy bezpieczeństwa
(pozwoli dużo szybciej dojechać do poszczególnych urządzeń w celu uwolnienia osób bądź usunięcia zagrożenia życia lub zdrowia), jak również zmniejszy koszty po stronie Zamawiającego (w oczywisty sposób przyczyni się do wzrostu konkurencyjności,
a co za tym idzie również do spadku cen).

Co istotne podział zamówienia na części będzie skutkował również i tym, że wykonawcy
wreszcie zaczną konkurować w ramach kryterium jakościowego. W postępowaniu z 2020 r. obaj wykonawcy złożyli bowiem oferty, w których wskazali najdłuższy z możliwych czasów przejazdu. Powyższe pokazuje, że kryterium to ma obecnie jedynie charakter iluzoryczny (skoro wszyscy wykonawcy wskazuję ten sam czas).

Dowód: Informacja z otwarcia ofert w Postępowaniu z 2020 r.

Brak dokonania podziału zamówienia na części będzie wskazywał na to,
że Zamawiający nie podejmuje wszystkich możliwych (a przy tym ekonomicznie uzasadnionych działań) w celu usunięcia zagrożenia życia lub zdrowia osób korzystających
z urządzeń nad którymi pieczę sprawuje Zamawiający.
Co istotne podział zamówienia powinien przyjąć nie tylko postać podziału na określone urządzenia czy rejony Miasta Stołecznego Warszawy, ale powinien również przejawiać
się w wydzieleniu jako odrębnych części dwóch zakresów prac opisanych w pkt 5 i 6 OPZ, tj.
[5] utrzymanie czystości (sprzątanie, mycie, usuwanie reklam, graffiti, plakatów oraz innych nieczystości) urządzeń dźwigowych (dalej jako utrzymanie czystości) oraz
[6] ochrona mienia z całodobowym monitoringiem wizyjnym (dalej jako ochrona mienia).

Należy zwrócić uwagę na fakt, że Zamawiający powiązał w jednym postępowaniu bardzo różne rodzaje usług, tj. konserwację i naprawę urządzeń dźwigowych, utrzymanie czystości
i ochronę mienia.
Na rynku nie ma wykonawców, którzy samodzielnie – bez zawiązywania konsorcjum –
mogliby zrealizować cały przedmiot zamówienia. Firmy zajmujące się naprawą i konserwacją urządzeń co do zasady nie świadczą bowiem usług utrzymania czystości, ani ochrony mienia. W związku z powyższym chcąc wziąć udział w postępowaniu konieczne jest tworzenie konsorcjów składających się z wielu firm. Część podmiotów w ogóle nie chce brać udziału
w takich konsorcjach. Tworzy się więc swoistego rodzaju bariera organizacyjna, która ogranicza konkurencję.

Wydzielenie jako odrębnych zadań usług utrzymania czystości i ochrony mienia (zob.
pkt 5 i 6 opz) niewątpliwie przyczyniłoby się do olbrzymiego wzrostu konkurencyjności,
jak również do spadku cen. Gdyby utrzymanie czystości i ochrona stanowiły odrębne części, to Zamawiający mógłby otrzymać na same te zadania pewnie od 3 do nawet 8 ofert. Podobnie, gdyby zakres dotyczący konserwacji i naprawy urządzeń stanowił odrębną część, to wówczas również liczba ofert byłaby niewątpliwie większa.
W dniu 22 kwietnia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum spółek: (1) ZID-COM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, (2) HOLDING HUNTERS Sp. z o.o. Sp.k.
z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim, (3) HUNTERS24 Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą
w Grodzisku Wielkopolskim, (4) Business Solutions Center Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako Odwołujący) oznaczone sygnaturą akt KIO 1205/21, od:
treści specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), tj. od Rozdziału 7 SWZ - Warunki udziału
w postępowaniu i podstawy wykluczenia, pkt 7.2.3.1. ppkt 1 oraz od treści ogłoszenia
o zamówieniu, tj. od sekcji III. 1.3 ust. 1 pkt I, w zakresie w jakim przewidują, że wykonawca musi posiadać doświadczenie w zakresie konserwacji urządzeń dźwigowych ogólnie dostępnych na zewnątrz na kwotę min 2 400 000,00 zł brutto, w tym:
-co najmniej 2 usługi/prace o łącznej kwocie 1 900 000,00 zł brutto dotyczące konserwacji urządzeń dźwigowych dla osób niepełnosprawnych ogólnie dostępnych - zewnętrznych (przejścia podziemne, tunele, dworce, węzły przesiadkowe komunikacji zbiorowej);
-co najmniej 2 usługi/prace o łącznej kwocie 365 000,00 zł brutto na naprawę, modernizację lub konserwację schodów ruchomych ogólnie dostępnych przy obiektach inżynierskich (przejścia podziemne, tunele, dworce, węzły przesiadkowe komunikacji zbiorowej).

Mając na względzie powyższe, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 112 ust. 1 w związku z art. 116 ust. Pzp w związku z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp przez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ograniczający uczciwą konkurencję, co wyklucza możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawców obiektywnie zdolnych
i przygotowanych do jego realizacji.
Mając na względzie przedstawiony wyżej zarzut, Odwołujący wniósł o:
1)uznanie odwołania za zasadne;
2)nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści SWZ i ogłoszenia o zamówieniu, tj.:
a) zmiany Rozdziału 7 SWZ - Warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia, pkt 7.2.3.1. ppkt I oraz treści

ogłoszenia o zamówieniu, tj. sekcji III. 1.3) ust. 1 pkt I poprzez nadanie im następującej treści:
„Wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał (w przypadku świadczeń okresowych łub ciągłych również wykonuje) następujące zamówienia:
1)w zakresie konserwacji urządzeń dźwigowych na zewnątrz obiektów budowlanych - co najmniej 3 usługi o łącznej kwocie 1.000,000,00 zł brutto ",

3)nakazanie Zamawiającemu, aby dokonaną zmianę SWZ przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SWZ, oraz aby zamieścił zmianę SWZ także na stronie internetowej, na której SWZ jest udostępniona;

4)nakazanie Zamawiającemu, aby przedłużył termin składania ofert przynajmniej o dwa tygodnie, (żądanie zostało wycofane na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 19 maj 2021 r.);

5)oraz o obciążenie kosztami Zamawiającego na rzecz Wykonawcy, poprzez zasądzenie kwoty 18 600 zł, stanowiącej uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

Odwołujący wskazał, że w dniu 16 marca 2021 r. na stronie internetowej:
https ://zdm-waw.ezamawiaiacy.pl/pn/zdm-waw/demand/notice/public/24459/details .
Zamawiający opublikował specyfikację warunków zamówienia na ,,Kompleksowe usługi konserwacji i naprawy urządzeń dźwigowych przy obiektach inżynierskich na terenie m. st. Warszawy" - sprawa nr ZDM/UM/DZP/4/PN/ 1/21
W Rozdziale 7 SWZ, określającym warunku udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia, w punkcie 7.2.3.1 ppkt 1 Zamawiający wskazał, że:
„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy. którzy spełniają wskazane niżej warunki udziału w postępowaniu, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj.;
„7.2.3.1 Wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje) następujące zamówienia:
1)w zakresie konserwacji urządzeń dźwigowych ogólnie dostępnych na zewnątrz obiektów inżynierskich na kwotę min 10 000 000,00 zł. tj.:
-co najmniej 3 usługi/prace o łącznej kwocie 6 000 000.00 zł brutto dotyczące konserwacji urządzeń dźwigowych dla osób niepełnosprawnych ogólnie dostępnych przy obiektach inżynierskich:
-co najmniej 2 usługi/prace o łącznej kwocie 200 000,00 zł na naprawę, modernizację lub konserwacje schodów ruchomych ogólnie dostępnych przy obiektach inżynierskich (przejścia podziemne, tunele, dworce, węzły przesiadkowe komunikacji zbiorowej)".
W tym miejscu należy wskazać, że w 2020 r. Zamawiający przeprowadzał tożsame postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, tj. postępowanie na „Kompleksowe usługi konserwacji i naprawy urządzeń dźwigowych przy obiektach inżynierskich na terenie m.st. Warszawy ", nr. ZDM/UM/DZP/90/PN/79/20 (Postępowanie z 2020 r.).
Dowód: dokumentacja postępowania na ,,Kompleksowe usługi konserwacji i naprawy urządzeń dźwigowych przy obiektach inżynierskich na terenie m.st. Warszawy",
nr. ZDM/UM/DZP/9 O/PN/79/20.
W Postępowaniu z 2020 r. Zamawiający również określił warunki udziału w postępowaniu, przy czym Zamawiający wskazał (zob. pkt 7.2.3.1 ppkt 1 SIWZ w Postępowaniu z 2020 r.),
że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawca, który:
„7.2.3.1. w okresie ostatnich 3 łat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy ~ w tym okresie wykonał (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje) następujące zamówienia:
1) w zakresie konserwacji urządzeń dźwigowych ogólnie dostępnych na zewnątrz obiektów budowlanych - co najmniej 3 usługi o łącznej kwocie 1.500.000,00 zł brutto"
Dowód: SIWZ z Postępowaniu z 2020 r. (pkt. 7.3.2.1)
Jak więc widać Zamawiający w bardzo istotny sposób zaostrzył warunki udziału
w przedmiotowym postępowaniu w stosunku do tych które obowiązywały w Postępowaniu
z 2020 r. Zamawiający nie wyjaśnił jednak czym spowodowana jest taka zmiana.
Co istotne w Postępowaniu z 2020 r. zostały złożone tylko dwie oferty. Były to oferty:

[1]Konsorcjum: BK Dźwig sp. z o.o. - Lider oraz SIGHT M. Cz. (tj. podmiotu który obecnie świadczy usługi na rzecz Zamawiającego) oraz

[2]Konsorcjum w skład którego wchodził Odwołujący, a które składało się z: ZID-COM
sp. z o.o., HOLDING HUNTERS sp. z o.o. sp.k., HUNTERS24 sp. z o.o. sp.k,, Business Solutions Center sp. z o.o.

Bardzo istotne zaostrzenie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu skłoniło Odwołującego do wniesienia odwołania na treść SWZ.
Pomimo tego, że Zamawiający nie uwzględnił odwołania, to jednak w dniu 12 kwietnia 2021 r. dokonał zmiany SWZ w Rozdziale 7.2.3.1 i nadał mu następujące brzmienie:
„7.2.3.*1 Wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wykonał (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje) następujące zamówienia:*
1) w zakresie konserwacji urządzeń dźwigowych ogólnie dostępnych na zewnątrz na kwotę min 2 400 000,00 zł brutto, w tym:
-co najmniej 2 usługi/prace o łącznej kwocie 1 900 000,00 zł brutto dotyczące konserwacji urządzeń dźwigowych dla osób niepełnosprawnych ogólnie dostępnych — zewnętrznych (przejścia podziemne, tunele, dworce, węzły przesiadkowe komunikacji zbiorowej);
-co najmniej 2 usługi/prace o łącznej kwocie 365 000,00 zł brutto na naprawę, modernizację lub konserwację schodów ruchomych ogólnie dostępnych przy obiektach inżynierskich (przejścia podziemne, tunele, dworce, węzły przesiadkowe komunikacji zbiorowej).
2)w zakresie ochrony obiektów - co najmniej 2 usługi/prace o łącznej kwocie 1 000 000,00 zł brutto, w tym jedna usługa w/w na kwotę min. 500 000,00 zł brutto,
3) w zakresie utrzymania czystości - co najmniej 2 usługi/prace o łącznej kwocie 700 000,00 *zł brutto, w tym jedna usługa w/w na kwotę min. 400 000,00 zł brutto.*
Co istotne udzielając odpowiedzi na pytania postawione przez Odwołującego, Zamawiający zdefiniował co rozumie pod pojęciem urządzeń „na zewnątrz" oraz, które urządzenia uznaje za ogólnodostępne (zob. odpowiedź na pytanie nr 3 z dnia 16 kwietnia 2021 r.). Zamawiający wskazał, że *Urządzenia "na zewnątrz" rozumiane są jako urządzenia, na które*

mają bezpośredni wpływ warunki atmosferyczne (słońce, deszcz, śnieg, grad, wiatr, niska i wysoka temperatura), sól drogowa, piasek, błoto pośniegowe, itp. Dodatkowo urządzenie takie jest ogólnodostępne. Każdy użytkownik może z niego skorzystać (bez specjalnego przeszkolenia: brak kart dostępu, kluczyków itp.) w każdej chwili (z wykluczeniem awarii) bez koniecznego udziału osób trzecich (np. portier, ochroniarz, konserwator). Jeśli urządzenie spełnia powyższą definicję będzie traktowane jako będące na zewnątrz. Dopuszczalna jest sytuacja, w której urządzenie będzie uznane jako będące „na zewnątrz" jeśli choćby fragmentaryczna cześć konstrukcji szybu dźwigowego narażona jest na działanie wszystkich wyżej wymienionych czynników, gdyż posiadamy takie urządzenia. Jeśli urządzenie nie spełnia ww. wymogów, różnicą w obsłudze jest wpływ na nie wyżej wymienionych czynników.
Niemniej jednak Zamawiający wskazał również, że będzie uwzględniał tylko i wyłącznie referencje dotyczące urządzeń znajdujących się w przejściach podziemnych, tunelach,
na dworcach oraz w węzłach przesiadkowych komunikacji zbiorowej (zob. odpowiedź na pytanie nr 9 z dnia 16 kwietnia 2021 r.). Udzielając odpowiedzi na postawione wyżej pytanie Zamawiający wprost stwierdził, że *Wymienione w nawiasie miejsca instalacji urządzeń*
są jedynymi akceptowanymi przez Zamawiającego. Tym samym Zamawiający wykluczył możliwość przedkładania referencji dotyczących innych urządzeń.
W celu usunięcia wszelkich wątpliwości co do intencji Zamawiającego należy wskazać, że On sam stwierdził, że *Intencją Zamawiającego jest posiadanie przez potencjalnego Wykonawcę doświadczenia w zakresie specyficznych obiektów tj.: przejścia podziemne, Tunele, dworce, węzły przesiadkowe komunikacji zbiorowej, a nie wszystkich powyżej wymienionych (*zob. odpowiedź na pytanie nr 10 z dnia 16 kwietnia 2021 r.).

Powyższe skutkuje tym, że wykonawcy obiektywnie zdolni do wykonania zamówienia, posiadający doświadczenie przy konserwacji i naprawie urządzeń znajdujących się „na zewnątrz", tj. przykładowo w elektrowniach warszawskich, kopalniach, dużych zakładach pracy (fabrykach itp.), budynkach użyteczności publicznej (urzędach, szpitalach), galeriach handlowych, parkingach podziemnych zlokalizowanych w innych miejscach niż dworce, czy węzły przesiadkowe komunikacji zbiorowej) nie mogą złożyć oferty, a to z uwagi na fakt, że nie mogą wykazać się - tak jak tego oczekuje Zamawiający - doświadczeniem w zakresie specyficznych obiektów takich jak przejścia podziemne, tunele, dworce czy węzły przesiadkowe komunikacji zbiorowej, jak również z uwagi na fakt, że część tych obiektów nie jest „ogólnie dostępna" (jak chociażby urządzenia w elektrowniach, kopalniach, czy dużych zakładach pracy.
W związku z powyższym wprowadzenie powyższej zmiany, pomimo pozornego złagodzenia wymagań skutkuje tym, że Konsorcjum, w skład którego wchodził Odwołujący nie spełnia już warunków udziału w postępowaniu, a co za tym idzie nie może złożyć swojej oferty.
W konsekwencji w ocenie Odwołującego może zaistnieć sytuacja, w której jedynym podmiotem który będzie spełniał te warunku jest konsorcjum: BK Dźwig sp. z o.o. - Lider oraz SIGHT M. Cz.
Pomimo, że Odwołujący jest obiektywnie zdolny i przygotowany do realizacji przedmiotowego postępowania to jednak, na skutek określonych przez Zamawiającego warunków udziału
w postępowaniu Odwołujący nie może wziąć w nim udziału.
Jak to już wyżej wskazywano w 2020 r. Zamawiający organizował tożsame przedmiotowo postępowanie. W postępowaniu tym - pomimo tego, że warunki udziału były mniej rygorystyczne - złożono tylko dwie oferty. Oferta Odwołującego została wówczas odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę, zaś samo postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. I pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych.
Warunku udziału sformułowane przez Zamawiającego w obecnym postępowaniu zostały ukształtowane w taki sposób, że Odwołujący już ich nie spełnia. W związku z powyższym istnieje bardzo duże prawdopodobieństwo, że tylko jeden wykonawca będzie spełniał warunki udziału w postępowaniu.
W związku z powyższym Odwołujący stoi na stanowisku, że warunki udziału w postępowaniu zostały określone w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ograniczający uczciwą konkurencję.
Określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu wykluczają możliwość ubiegania się Odwołującego o zamówienie, podczas gdy jest On obiektywnie zdolny
i przygotowany do jego realizacji.
W ocenie Odwołującego z wyjątkiem Konsorcjum: BK Dźwig sp. z o.o. - Lider oraz SIGHT M. CZ., na rynku nie ma podmiotu który spełniałby warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego.
Odwołujący wskazuje, że spółka Zid-Com sp. z o.o. jest liczącym się podmiotem
w zakresie konserwacji i napraw urządzeń dźwigowych, działającym na rynku od kilkudziesięciu lat. Pomimo to nie jest w stanie spełnić wymogów określonych przez Zamawiającego (spełniała jednak warunku określone w Postępowaniu z 2020 r.), a nawet nie może wskazać podmiotów, które działając w Konsorcjum spełniałyby te warunki.
Wprowadzając wymóg zgodnie z którym wykonawca ma się wykazać doświadczeniem w zakresie konserwacji urządzeń „ogólnie dostępnych", tj. takich gdzie „każdy użytkownik może z nich skorzystać bez specjalnego przeszkolenia; brak kart dostępu, kluczyków itp.)
w każdej chwili (z wykluczeniem awarii) bez koniecznego udziału osób trzecich (np. portier, ochroniarz, konserwator), Zamawiający ograniczył dostęp do zamówienia podmiotom, które wykonują konserwacje urządzeń w elektrowniach, kopalniach, czy dużych zakładach pracy. We wszystkich tych miejscach powszechnym standardem jest bowiem stosowanie „kart/kart inteligentnych" bez użycia których - ze względów bezpieczeństwa - nie można wejść na teren, na którym znajdują się dostępne bez ograniczeń urządzenia dźwigowe.
Wprowadzając zaś wymóg posiadania referencji dotyczących konserwacji tylko
i wyłącznie urządzeń znajdujących się w przejściach podziemnych, tunelach, na dworcach oraz w węzłach przesiadkowych komunikacji zbiorowej, Zamawiający ograniczył dostęp
do zamówienia wszystkim tym wykonawcom, którzy wykonują konserwację urządzeń dźwigowych w budynkach użyteczności publicznej (urzędach, szpitalach), galeriach handlowych, parkingach podziemnych zlokalizowanych w innych miejscach niż dworce, czy węzły przesiadkowe komunikacji zbiorowej.
Zamawiający wprost bowiem stwierdził, że *Wymienione w nawiasie miejsca instalacji [tj. przejścia podziemne, tunele, dworce, węzły przesiadkowe komunikacji zbiorowej] urządzeń sa jedynymi akceptowanymi przez Zamawiającego*. Tym samym Zamawiający wykluczył możliwość przedkładania referencji dotyczących innych lokalizacji urządzeń.
W celu usunięcia wszelkich wątpliwości co do intencji Zamawiającego należy wskazać, że On sam stwierdził, że *„Intencją Zamawiającego jest posiadanie przez potencjalnego Wykonawcę doświadczenia w zakresie specyficznych obiektów tj.: przejścia podziemne. tunele. dworce, węzły przesiadkowe komunikacji zbiorowej, a nie wszystkich powyżej wymienio*nych " (zob. odpowiedź na pytanie nr 10 z dnia 16 kwietnia 2021 r.).

Takie działanie Zamawiającego stanowi naruszenie podstawowych zasad prawa zamówień publicznych. Z punktu widzenia doświadczenia wykonawcy, a co za tym idzie z punktu widzenia możliwości realizacji zamówienia bez znaczenia jest okoliczność czy urządzenie dźwigowe znajduje się w przejściu podziemnym, czy w kopalni, elektrowni lub w dużym zakładzie pracy, we wszystkich tych miejscach działają na nie warunki atmosferyczne, piasek, błoto pośniegowe, czy jeszcze inne substancje. Również bez znaczenia dla doświadczenia wykonawcy jest to czy urządzenie jest ogólnie dostępne, czy też nie (w wielu bowiem przypadkach jest tak, że urządzenia dźwigowe w kopalniach, elektrowniach czy dużych zakładach pracy mogą być intensywnej eksploatowane niż urządzenia ogólnodostępne wskazane przez Zamawiającego).
Powyższe skutkuje tym, że wykonawcy obiektywnie zdolni do wykonania zamówienia, posiadający doświadczenie przy konserwacji i naprawie urządzeń znajdujących się „na zewnątrz", tj. przykładowo w elektrowniach warszawskich, kopalniach, dużych zakładach pracy (fabrykach itp.), budynkach użyteczności publicznej (urzędach, szpitalach), galeriach handlowych, parkingach podziemnych zlokalizowanych w innych miejscach niż dworce, czy węzły przesiadkowe komunikacji zbiorowej) nie mogą złożyć oferty, a to z uwagi na fakt, że nie mogą wykazać się - tak jak tego oczekuje Zamawiający - doświadczeniem w zakresie specyficznych obiektów takich jak przejścia podziemne, tunele, dworce czy węzły przesiadkowe komunikacji zbiorowej, jak również z uwagi na fakt, że część tych obiektów nie jest „ogólnie dostępna" (jak chociażby urządzenia w elektrowniach, kopalniach, czy dużych zakładach pracy.
Co istotne uprawnienia niezbędne do konserwacji urządzeń nadawane przez Urząd Dozoru Technicznego są takie same dla urządzeń, które są ogólnodostępne,
jak i dla urządzeń, które takie nie są. Podobnie rzecz się ma z urządzeniami „na zewnątrz"
i tymi, które są wewnątrz obiektów. Skoro uprawnienia dla tych urządzeń nie różnią się, to tym samym również Zamawiający nie powinien wprowadzać tutaj dodatkowych dystynkcji.
Odwołujący nie kwestionuje przy tym uprawnienia Zamawiającego do określania wymogów podmiotowych jakie muszą spełniać wykonawcy biorący udział w postępowaniu. Chcąc jednak pozyskać wykonawców mających doświadczenie w konserwacji urządzeń
„na zewnątrz", Zamawiający powinien dopuścić do udziału w postępowaniu nie tylko wykonawców „ze swojego podwórka", lecz również tych, którzy takie zewnętrzne urządzenia konserwują również w innych miejscach niż wskazane przez Zamawiającego w pkt 7.2.3.1 (tj. bez względu na to w jakim miejscu urządzenia te są zlokalizowane). Jeżeli bowiem dane urządzenie znajduje się w zakładzie przemysłowym, na parkingu czy przy wejściu do galerii handlowej, tj. w miejscach, gdzie działają na te urządzenia warunki atmosferyczne (wysokie
i niskie temperatury), piasek, błoto pośniegowe, gdzie urządzenia te są zalewane, zapylane, poddane działaniu środków chemicznych, korozji itp., to wykonawca zajmujący
się konserwacją takich urządzeń niewątpliwe będzie umiał przeprowadzić konserwację urządzeń będących w posiadaniu Zamawiającego.
Zamawiający powinien ewentualnie wykluczyć lokalizacje takie jak zamknięte klatki schodowe z ochroną lub domofonem a nie - jak ma to miejsce obecnie - np. urządzenia
w kopalniach, które są użytkowane przez wielu ludzi, w tym brygady zewnętrznych
i wewnętrznych pracowników, są zalewane, poddawane działaniu niskich i wysokich temperaturach, zapylane, niszczone przez środki chemiczne czy też przez korozję itp. Konserwacja takich urządzeń praktycznie niczym nie różni się od konserwacji urządzeń Zamawiającego.
W związku z powyższym Zamawiający nie powinien - jak ma to miejsce obecnie - preferować tylko i wyłącznie tych wykonawców, którzy mają doświadczenie w konserwacji dokładnie takich samych urządzeń (zlokalizowanych w tych samych miejscach) co urządzenia Zamawiającego, lecz tak opisać warunki udziału w postępowaniu, aby mogli wziąć w nim udział również ci wykonawcy, którzy mają doświadczenie w konserwacji urządzeń „na zewnątrz",
bez względu na to, czy urządzenia te są ogólnodostępne czy też nie.
Ta druga okoliczność (tj. ogólnodostępność urządzeń) nie przekłada się bowiem na doświadczenie wykonawcy, a skutkuje drastycznym ograniczeniem konkurencji, a co za tym idzie równie drastycznym wzrostem cne. Nic nie stoi również na przeszkodzie ku temu, aby chcąc mieć większą pewność wykonania usług z należytą starannością Zamawiający postawił wymóg, aby wykonawcy posiadali uprawnienia również na naprawy (a nie tylko
na konserwację). Ponadto Zamawiający może - przy odrobinie dobrej woli dokonać podziału zamówienia na części, co również przełoży się na większa konkurencyjność i zwiększy szanse na prawidłową realizację usług.
W ocenie Odwołującego mając na względzie fakt, że w Postępowaniu z 2020 r. wzięło udział tylko dwóch Wykonawców, Zamawiający nie powinien był zaostrzać warunków udziału w postępowaniu w stosunku do tych, które były pierwotnie ustalone (tj. tych z 2020 r.). Doprowadził bowiem do sytuacji, w której podmioty obiektywnie zdolne i przygotowane do jego realizacji (tak jak Odwołujący) nie mogą złożyć ofert.
W ocenie Odwołującego określone przez Zamawiającego warunki udziału
w postępowaniu naruszają zasadę proporcjonalności (mając na względzie liczbę ofert złożonych w Postępowaniu w 2020 r. z bardzo dużym prawdopodobieństwem można bowiem stwierdzić, że tylko jeden Wykonawca będzie spełniał określone przez Zamawiającego warunki).
Jak słusznie zwróciła uwagę Izba w wyroku z dnia 9 września 2020 r., sygn. akt KIO 1988/20, opubl. Lex,*Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub sposobem realizacji. Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza zatem, że mają one być adekwatne*
do osiągnięcia celu, a wiec wyboru wykonawcy dającego rękojmie należytego wykonania umowy. Obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie do przedmiotu zamówienia, ale tez ocena sytuacji rynkowej. (...). Niemniej zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu.
Mając na względzie treść przywołanego wyżej wyroku można stwierdzić, że Zamawiający naruszył zasadę proporcjonalności. Zamawiający w ogóle nie odniósł się do sytuacji rynkowej (tj. nie dostrzegł, że wprowadzając w punkcie 7.2.3.1 ppkt 1 SWZ rygorystyczne warunki udziału w postępowaniu doprowadza do sytuacji, której skutkiem jest praktyczne wyeliminowanie konkurencji i uniemożliwienie złożenia oferty innym podmiotom niż dotychczasowy wykonawca, tj. innym wykonawcom niż konsorcjum BK Dźwig sp. z o.o. - Lider oraz SIGHT M. Cz.).
Na obowiązek uwzględnienia przez zamawiającego sytuacji rynkowej Krajowa Izba Odwoławcza zwracała uwagę również w innych orzeczeniach (zob. wyroku z dnia 4 października 2019 r., sygn. akt KIO 1859/19, opubl. Lex). W

przywoływanym wyroku Izba wskazała, że *obowiązkiem zamawiającego przy ustalaniu wymagań stawianych wykonawcom nie jest wyłącznie odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale również ocena sytuacji rynkowej. Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zamawiający przy konstruowaniu warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do postawionych zarzutów nie odniósł się do sytuacji rynkowej jaka ukształtowała się w związku z postawionymi warunkami przez*
co ograniczył dostęp do zamówienia wykonawcom mogącym dać rękojmię należytego jego wykonania.
W wyroku tym Izba wskazała ponadto, że *za minimalne poziomy zdolności należy uznać takie wartości, wielkości lub wymagania, które nie mogą utrudniać uczciwej konkurencji (umożliwiać ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego tylko jednemu wykonawcy lub wąskiemu gronu wykonawców, podczas gdy zamówienie mogliby należycie wykonać także inni wykonawcy).* Z wyroku tego można wysnuć wniosek, że w ocenie Izby niedopuszczalna jest więc sytuacja, w której warunki udziału w postępowaniu zostały ukształtowane w taki sposób, że tylko jeden wykonawca może ubiegać się o udzielenie zamówienia.
Ponadto Zamawiający nie zachował niezbędnej równowagi pomiędzy swoim interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców (w tym Odwołującego), których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Skoro Zamawiający, organizując Postępowanie w 2020 r. uznał, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się
wykonawca, który wykonał w zakresie konserwacji urządzeń dźwigowych 3 usługi o łącznej kwocie 1.500.000 zł brutto, to dlaczego organizując tożsame postępowanie w roku 2021 r. tak dalece zaostrzył warunki udziału w postępowaniu?! Wydaje się, że wprowadzona zmiana kompletnie zaburzyła równowagę pomiędzy interesem Zamawiającego, a interesem wykonawców obiektywnie zdolnych i przygotowanych do realizacji zamówienia.
Na zakończenie wywodu - za wyrokiem Izby z dnia 12 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2737/17, opubl. Lex - należy stwierdzi, że *Biorąc pod uwagę dorobek orzecznictwa TSUE można powiedzieć, że ocena czy ustalony warunek udziału w postępowaniu nie jest nadmierny*
wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne
i konieczne do osiągnięcia wybranego celu (por, np. wyrok z 16 września 1999 r. w sprawie
C- 414/97 Komisja Wspólnot Europejskich u Królestwo Hiszpanii, LEX nr 84270).
Z wyroku tego można wysnuć wniosek, że ciężar przeprowadzenia testu proporcjonalności spoczywa na Zamawiającym, a nie na Wykonawcy (Odwołującym). Izba uwzględniając odwołanie stwierdziła bowiem, że *Zamawiający w żaden sposób nie wykazał dlaczego pułap 1,5 min wozokilometrów jest właściwszy niż 1.2 min wozokilometrów, czyli nie był w stanie przedstawić w sposób spójny i wiarygodny swoich potrzeb w tym zakresie.*
Izba nie przeczy, że powoływał się na rozprawie na określone wyliczenia, jednakże
te stanowisko było gołosłowne i nie zostało poparte nawet stosownym opracowaniem własnym lub dokumentem potwierdzającym oparcie się na tego rodzaju wyliczeniu przy konstruowaniu wymogu. Powoływał się także Zamawiający na swoje długoletnie doświadczenie. Izba również nie przeczy powyższemu, jednakże Zamawiający w żaden sposób nie potwierdził,
że przywołany w wymogu pułap wozokilometrów stanowi minimalny poziom zdolności gwarantujący realizacje zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Nadto, nakazana
w sentencji zmiana, w ocenie Izby, poszerzy krąg podmiotów, które złożą ofertę
w postępowaniu, także w kontekście tabeli złożonej przez Zmawiającego na rozprawie
i informacji tam zawartych dotyczących innych tego typu postępowań poprzednio przez niego prowadzonych, w rezultacie wpłynie pozytywnie na konkurencje w postępowaniu.
W świetle przywołanego wyżej wyroku KIO. w okolicznościach niniejszej sprawy ciężar dowodu, że warunki udziału w postępowaniu są proporcjonalne obciąża Zamawiającego
i to On powinien przedstawić dowody na tą okoliczność. W przypadku braku przedstawienia takich dowodów, Izba powinna uwzględnić odwołanie.
Mając na względzie przedstawione wyżej argumenty Odwołujący stoi na stanowisku,
że nie jest wystarczający powrót do warunków udziału w Postępowaniu z 2020 r. (w którym - jak to już wyżej wskazywano - złożono tylko dwie oferty), lecz warunki te powinni zostać zliberalizowane, tak aby udział w postępowaniu mogła wziąć większa liczba wykonawców.
Określony przez Zamawiającego wymóg skutkuje ograniczeniem konkurencji. Konserwacja urządzeń na zewnątrz i wewnątrz obiektów inżynierskich, dla osób sprawnych i niepełnosprawnych wiąże się co do zasady z wykorzystaniem tej samej technologii. Wykonawca, który konserwuje urządzenia wewnątrz obiektów ma również kompetencje do konserwacji urządzeń na zewnątrz obiektów inżynierskich, podobnie z urządzeniami dla osób sprawnych i niepełnosprawnych. Problem polega na tym, że firmom zajmującym się świadczeniem usług objętych przedmiotem postępowania trudno jest wykazać się doświadczeniem żądanym przez Zamawiającego, albowiem żadne inne miasto (ani też żaden inny podmiot w Warszawie) nie dysponuje tyloma urządzeniami na zewnątrz obiektów inżynierskich co Zamawiający. Podmiot, który obecnie świadczy usługi na rzecz Zamawiającego jest więc w uprzywilejowanej pozycji, tylko bowiem On spełnia wymogi określone przez Zamawiającego. Zgodnie z wiedzą Odwołującego żaden inny podmiot samodzielnie ich nie spełnia.
Gdyby Zamawiający zrezygnował z wymogu doświadczenia w zakresie urządzeń
„na zewnątrz" i dla „osób niepełnosprawnych*' to zdecydowanie zwiększyłaby się liczba wykonawców zainteresowanych wzięciem udziału w postępowaniu.
W związku z powyższym, w niesienie odwołania, zdaniem Odwołującego, stało się konieczne i uzasadnione.
Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu obu odwołań, bowiem od wielu lat prowadzi działalność gospodarczą w zakresie konserwacji i naprawy urządzeń dźwigowych przy obiektach inżynierskich, w tym na terenie m. st. Warszawy, jak również w zakresie usług sprzątania i ochrony.
W ramach prowadzonej działalności Odwołujący bierze udział w przetargach na konserwację i naprawę urządzeń dźwigowych, jak również w przetargach na usługi sprzątania i ochrony,
w tym organizowanych przez Zamawiającego. Dowodem potwierdzającym powyższą okoliczność jest fakt, że Odwołujący w 2020 r. wziął udział w organizowanych przez Zamawiającego postępowaniu na „Kompleksowe usługi konserwacji i naprawy urządzeń dźwigowych przy obiektach inżynierskich na terenie rn.st. Warszawy",
nr ZDM/UM/DZP/90/PN/79/20.
Odwołujący (członkowie Konsorcjum) - w oparciu o umowy zawarte na podstawie Pzp - świadczą usługi w zakresie konserwacji i naprawy urządzeń dźwigowych, jak również
w zakresie sprzątania i ochrony na rzecz różnych Zamawiających,

Interes Odwołującego w złożeniu przedmiotowych odwołań wynika z faktu,
że w przypadku, w którym Zamawiający nie dokona zmiany treści SWZ, to tym samym Odwołujący nie będzie spełniał warunków udziału w postępowaniu, a co za tym idzie jego oferta nie będzie mogła zostać wybrana, co w konsekwencji doprowadzi do niemożności zawarcia umowy o udzielenie przedmiotowego zamówienia.
Oczywistym więc jest, że w przypadku braku dokonania zmiany treści SWZ, Odwołujący będzie mógł ponieść szkodę, a to z uwagi na fakt, że nie będzie On mógł uzyskać przedmiotowego zamówienia. Należy zaznaczyć, że w przypadku zmiany treści SWZ, zgodnie z żądaniem przedstawionym w niniejszym odwołaniu, Odwołujący będzie mógł złożyć ofertę i uzyskać prawo realizacji przedmiotowego zamówienia.
Podsumowując należy stwierdzić, że interes Odwołującego w złożeniu przedmiotowego odwołania wynika z faktu, że jest On zainteresowany w złożeniu oferty w przedmiotowym postępowaniu, przy czym brak dokonania zmiany treści SWZ skutkuje brakiem spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.
W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (KIO), ugruntowany jest pogląd, zgodnie
z którym *na tym etapie postępowania - odwołania od treści postanowień SIWZ, krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie*
*lub wykonawcy mogącego wspólnie w ramach konsorcjum ubiegać się o udzielenie zamówienia (*zob. wyrok KIO z dnia z 18 września 2017 r., sygn. akt KIO 1776/17, opubl Lex).
Mając zatem na uwadze powyższe należy stwierdzić, że w stanie faktycznym sprawy zachodzą wszystkie okoliczności, wskazujące na spełnienie przesłanek wniesienia środków ochrony prawnej opisane w art. 505 Pzp.
W dnie 18 maja 2021 r. Zamawiający wniósł Odpowiedź na odwołanie, w której wniósł
o oddaleniu obu odwołań jako całkowicie bezzasadnych oraz o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postepowania według spisu kosztów przedłożonego na rozprawie.
Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożonej
do akt sprawy, odpowiedzi na odwołanie, zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:
Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia
oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa
w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.
Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba ustaliła co następuje:
Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie w dniu 16 marca 2021 r. wszczął postepowanie o udzielenia zamówienia publicznego pn.” Kompleksowe usługi konserwacji i naprawy urządzeń dźwigowych przy obiektach inżynierskich na terenie m.st. Warszawy”.
W treści ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale 4 SWZ , w pkt 4.2 Zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych. Zamawiający wskazał, *że zamówienie nie zostało podzielone na części z następujących powodów: podział na części mógłby zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia z uwagi na różnego rodzaju urządzenia dźwigowe,*
a co za tym idzie brak możliwości przewidzenia, które z nich będą wymagały częstszych napraw co spowodowałoby szybkie wykorzystanie środków na dany rodzaj urządzeń dźwigowych. Ponadto podział na kilku Wykonawców znacznie wydłużyłby czas zgłoszenia usterki Wykonawcy, a w rezultacie wydłużyłoby to czas naprawy, co doprowadziłoby
do nadmiernych trudności technicznych oraz nadmiernych kosztów wykonania zamówienia.
W Formularzu ofertowym wykonawcy winni wycenić prace utrzymaniowe i inne elementy
w poz. 3: *Naprawy uszkodzeń urządzeń dźwigowych spowodowanych dewastacjami, kradzieżami, przypadkami losowymi oraz zużyciem eksploatacyjnym podzespołów*
*i materiałów zgodnie z opisem w ust. III w pkt. 3 OPZ*dla 124 urządzeń, z podaniem ceny jednostkowej netto, wartości za okres 1 miesiąca (netto) oraz wartości za okres 30 miesięcy obowiązywania umowy (netto).

W treści ogłoszenia o zamówienie oraz w treści SWZ w Rozdziale 7 Warunki udziału
w postępowaniu w pkt. 7.2.3.1. Zamawiający ustanowił warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, polegające na tym, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który:
w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje) następujące zamówienia:
1) w zakresie konserwacji urządzeń dźwigowych ogólnie dostępnych na zewnątrz obiektów inżynierskich na kwotę min 10 000 000,00 zł, tj.:
- co najmniej 3 usługi/prace o łącznej kwocie 6 000 000,00 zł brutto dotyczące konserwacji urządzeń dźwigowych dla osób niepełnosprawnych ogólnie dostępnych przy obiektach inżynierskich;
- co najmniej 2 usługi/prace o łącznej kwocie 200 000,00 zł na naprawę, modernizację lub konserwację schodów ruchomych ogólnie dostępnych przy obiektach inżynierskich (przejścia podziemne, tunele, dworce, węzły przesiadkowe komunikacji zbiorowej)
2) w zakresie ochrony obiektów - co najmniej 3 usługi/prace o łącznej kwocie 400 000,00 zł brutto, w tym jedna usługa w/w na kwotę min. 200 000,00 zł brutto.
Zamawiający 12 kwietnia 2021 r. dokonał zmiany treści SWZ, m.in. w zakresie warunku udziału w postepowaniu określonego w treści SWZ w Rozdziale 7 w pkt. 7.2.3.1.
W wyniku zmiany, treść warunku określonego w ww. pkt przyjęła następujące brzmienie:
Wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje) następujące zamówienia:
1) w zakresie konserwacji urządzeń dźwigowych ogólnie dostępnych na zewnątrz na kwotę
min 2 400 000,00 zł brutto, w tym:

- co najmniej 2 usługi/prace o łącznej kwocie 1 900 000,00 zł brutto dotyczące konserwacji urządzeń dźwigowych dla osób niepełnosprawnych ogólnie dostępnych – zewnętrznych (przejścia podziemne, tunele, dworce, węzły przesiadkowe komunikacji zbiorowej);

-co najmniej 2 usługi/prace o łącznej kwocie 365 000,00 zł brutto na naprawę, modernizację lub konserwację schodów ruchomych ogólnie dostępnych przy obiektach inżynierskich (przejścia podziemne, tunele, dworce, węzły przesiadkowe komunikacji zbiorowej).

2) w zakresie ochrony obiektów - co najmniej 2 usługi/prace o łącznej kwocie 1 000 000,00 zł brutto, w tym jedna usługa w/w na kwotę min. 500 000,00 zł brutto.

3)w zakresie utrzymania czystości - co najmniej 2 usługi/prace o łącznej kwocie 700 000,00 zł brutto, w tym jedna usługa w/w na kwotę min. 400 000,00 zł brutto.

W dniu 12 kwietnia 2021 r. Zamawiający zamieścił również na stronie internetowej Tabelę zgłoszeń 2018-2020

W wyniku odpowiedzi na pytanie wykonawców, pisma z dnia 16 kwietnia 2012 r. Zamawiający odpowiedział m.in. na następujące pytania:

Pytanie 2. Dotyczy 7.2.3.1. 1)

Proszę o podanie definicji wyrażenia "na zewnątrz"

Odpowiedź 2. *Urządzenia "na zewnątrz" – urządzenia, na które mają bezpośredni wpływ warunki atmosferyczne (słońce, deszcz, śnieg, grad, wiatr, niska i wysoka temperatura), sól drogowa, piasek, błoto pośniegowe, itp. Dodatkowo urządzenie takie jest ogólnodostępne. Każdy użytkownik może z niego skorzystać (bez specjalnego przeszkolenia; brak kart dostępu, kluczyków itp.) w każdej chwili (z wykluczeniem awarii) bez koniecznego udziału osób trzecich (np. portier, ochroniarz, konserwator).*

Pytanie 3.

Czy urządzenie znajdujące się na peronie podziemnym dworca mieści się w państwa określeniu "na zewnątrz", a jeśli nie to jakie są różnice w obsłudze tych urządzeń a urządzeń w Państwa wykazie ?

Odpowiedź 3. *Urządzenia "na zewnątrz" rozumiane są jako urządzenia, na które mają bezpośredni wpływ warunki atmosferyczne (słońce, deszcz, śnieg, grad, wiatr, niska i wysoka temperatura), sól drogowa, piasek, błoto pośniegowe, itp. Dodatkowo urządzenie takie jest ogólnodostępne. Każdy użytkownik może z niego skorzystać (bez specjalnego przeszkolenia; brak kart dostępu, kluczyków itp.) w każdej chwili (z wykluczeniem awarii) bez koniecznego udziału osób trzecich (np. portier, ochroniarz, konserwator). Jeśli urządzenie spełnia powyższą definicję będzie traktowane jako będące na zewnątrz. Dopuszczalna jest sytuacja, w której urządzenie będzie uznane jako będące „na zewnątrz" jeśli choćby fragmentaryczna cześć konstrukcji szybu dźwigowego narażona jest na działanie wszystkich wyżej wymienionych czynników, gdyż posiadamy takie urządzenia. Jeśli urządzenie nie spełnia ww. wymogów, różnicą w obsłudze jest wpływ na nie wyżej wymienionych czynników.*

Pytanie 9.

Czy w nawiasie "(przejścia ..... zbiorowej)" jest to spis przykładowych miejsc czy też w tym nawiasie określone są tylko i wyłącznie miejsca zamontowania urządzeń, których maja dotyczyć referencje a jeśli tak to dlaczego konserwacja urządzeń ogólnodostępnych na zewnątrz w innych usytuowaniach nie spełni państwa oczekiwań szczególnie że zakres prac konserwacyjnych, naprawczych i modernizacyjnych jest identyczny jak w przypadku urządzeń zlokalizowanych w wymienionych przez Państwo w nawiasie?

Odpowiedź 9. *Wymienione w nawiasie miejsca instalacji urządzeń są jedynymi akceptowanymi przez Zamawiającego. Są to obiekty spełniające wymagania zawarte w określeniu „ogólnie dostępnych – zewnętrznych".*

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzoną w sprawie dokumentację, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła,
iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie**.**

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez ukształtowanie zapisów w treści specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Odwołanie o sygn. akt: KIO 959/21

... Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenie art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp w związku z art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, a to przez nałożenie na wykonawcę obowiązku uwzględnienia w ofercie zdarzeń niemożliwych do przewidzenia, tj. wyceny naprawy urządzeń dźwigowych spowodowanych dewastacjami, kradzieżami i przypadkami losowymi.

... Odwołujący zarzuca Zamawiające naruszenie powyższych przepisów, poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku wyceny naprawy uszkodzeń urządzeń dźwigowych spowodowanych dewastacjami, kradzieżami, przypadkami losowymi oraz zużyciem eksploatacyjnym podzespołów i materiałów zgodnie z opisem w ust. III w pkt 3 opis przedmiotu zamówienia (OPZ), których wystąpienie, częstotliwość, typ napraw wykonawca będzie musiał sam przewidzieć. Taki opis przedmiotu zamówienia stoi w sprzeczności w wymaganiami wynikającymi z art. 99 ust. 1 i 4 Pzp, w związku z art. 16 pkt 1 Pzp, bowiem opis przedmiotu zamówienia nie został dokonany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W konsekwencji, tak sporządzony opis przedmiotu zamówienia doprowadzi do złożenia ofert niemożliwych do porównania. Jednocześnie Odwołujący wnosi o doprecyzowanie OPZ, poprzez wskazanie jakie założenia wykonawcy powinni przyjąć przy dokonywaniu wyceny naprawy uszkodzeń urządzeń dźwigowych spowodowanych dewastacjami, kradzieżami i przypadkami losowymi, tak aby wszystkie składowe oferty były porównywalne.

...

... Odwołujący opiera zarzut wskazując na naruszeniu art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp oraz art. 16 ust. 1 Pzp. Zgodnie z treścią art. 99 ust. 1 Pzp *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z kolei zgodnie z ust. 4 tego art. przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę,*

*jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. A*rt. 16 ust. 1 Pzp zakłada*, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

...

... Izba wskazuje, że sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia to prerogatywa Zamawiającego, a zarazem jeden z jego kluczowych obowiązków związanych
z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający jest gospodarzem postępowania i ma prawo, wyznaczając cel, jaki zamierza zrealizować,
tak określić przedmiot zamówienia, aby osiągnąć wyznaczony cel, zachowując jednocześnie obiektywizm w formułowaniu opisu swoich potrzeb oraz wytyczne wynikające z przepisów.
Ponadto, wskazać należy, iż w przypadku odwołań na treść postanowień specyfikacji warunków zamówienia ramy postępowania odwoławczego zakreśla nie tylko wskazanie konkretnych uchybień, ale też oczekiwań Odwołującego. Skład orzekający podziela prezentowany szeroko w orzecznictwie KIO pogląd, iż w przypadku zaskarżenia brzmienia treści postanowień SWZ dalsza kreacja ich treści poza żądaniem wskazanym w odwołaniu, winna doznawać ograniczeń. Izba nie może domniemywać treści wprost nie wskazanych
w zarzutach i żądaniach Odwołującego. Takie postępowanie stanowić mogłoby naruszenie zasady równości stron w postępowaniu odwoławczym, gdyż to Izba, a nie Odwołujący kreowałaby treści zmian w SWZ. To rolą Odwołującego jest, aby formułując swoje żądania wskazać, jakie rozstrzygnięcie czynią zadość jego interesom. Przypomnienia wymaga,
że pełne przedstawienie zarzutów i żądań w odwołaniu ma znaczenie nie tylko dla zachowania ustawowego, zawitego terminu na jego wniesienie ale także - wobec obowiązku przekazania kopii odwołania Zamawiającemu - służy zapewnieniu możliwości analizy jego zasadności
i podjęcia na podstawie podniesionych zarzutów wraz z korespondującymi z nimi żądaniami ewentualnej decyzji o jego uwzględnieniu w całości lub części.
Dodatkowo podniesione żądania winny być na tyle precyzyjne, aby można było w wyroku
- w przypadku uznania ich zasadności nakazać Zamawiającemu dokonanie konkretnej, a nie blankietowej zmiany treści SWZ. Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym, a zatem to strony postępowania wyznaczają zakres rozpoznania sprawy, składając odpowiednie wnioski o charakterze dyspozytywnym, które znajdują wyraz
w stawianych zarzutach oraz w odpowiadających im żądaniach. Jest to szczególne istotne
w postępowaniu odwoławczym, którego przedmiotem są postanowienia SWZ lub ogłoszenia, to żądania bowiem wyznaczają zakres dokonywanej ewentualnie modyfikacji postanowień SWZ lub ogłoszenia. Zpowyższego wynika, iż po pierwsze żądania wprowadzenia zmian
w postanowieniach SWZ powinny zostać w odwołaniu w sposób jasny i precyzyjny wyartykułowane, a po drugie żądania te powinny być właściwie skorelowane z podnoszonymi zarzutami i znajdować oparcie w przedstawianym uzasadnieniu faktycznym zarzutów.
Co równie istotne, stawiane żądania w zakresie modyfikacji postanowień SWZ powinny prowadzić do eliminacji niezgodności z przepisami ustawy Pzp, a nie do udogadniania warunków realizacji zamówienia wykonawcom podnoszącym te żądania.

... Tymczasem, w przedmiotowej sprawie, Odwołujący w zakresie stawianych żądań
co do zmiany SWZ nie formułuje żadnych jasnych i precyzyjnych oczekiwań, lecz odwołuje się do bliżej nieokreślonych ogólników co do wyceny, które według niego Zamawiający winien ująć w Opisie Przedmiotu Zamówienia.

Odnosząc się do treści analizowanego zarzutu, Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że kradzieże czy dewastacje urządzeń, należą do kategorii zdarzeń niemożliwych do przewidzenia. Kradzieże i dewastacje urządzeń, to typowe przypadki wandalizmu, którym nie można przypisać ani cech nadzwyczajnych a tym bardziej nieprzewidywalnych. Niemożliwe do przewidzenia mogą być jedynie okoliczności, dotyczące ich częstotliwości i rozmiaru. Jednakże, sam fakt ich wystąpienia, graniczy niemal ze stu procentowym prawdopodobieństwem zaistnienia. Zatem, nie znajduje zastosowania argumentacja Odwołującego co do nałożenia na wykonawcę obowiązku przewidzenia i wyceny sytuacji niemożliwych do przewidzenia, przywołana na tą okoliczność w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, które zapadły w okolicznościach odmiennych do rozpoznawanej sprawy.

... Ponadto, rozstrzygając o zasadności zarzutu, Izba nie mogła pominąć okoliczności,
że w dniu 12 kwietnia 2021 r. Zamawiający uzupełnił dokumentację postępowania o tabelę zgłoszeń, które miały miejsce w okresie od 1 stycznia 2018 do 31 grudnia 2020 r., co w ocenie Izby miało wpływ na ocenę podnoszonego zarzutu. Tabela ta, stanowi bowiem obraz rzeczywistych aktów wandalizmu, które miały miejsce na obiektach Zamawiającego. Zawiera informacje na temat ich częstotliwości, miejsca zdarzenia, identyfikacji uszkodzonego urządzenia, zakresu szkody i sposobu naprawy, zatem może stanowić istotny punk odniesienia w kalkulacji kosztów oferty.

... Odwołujący podnosi, że nie można przewidzieć z jaką częstotliwością będą występowały dewastacje, kradzieże lub przypadki losowe, jak również jakie uszkodzenia powstaną w ich następstwie. Jednakże w ocenie Izby, opierając się na danych historycznych wynikających z załączonej tabeli zgłoszeń, Odwołujący w sposób wysoce precyzyjny jest
w stanie oszacować dane, których bak podnosi w odwołaniu. Dane podane w tabeli stanowią obraz faktycznych, rzeczywistych aktów wandalizmu u Zamawiającego, stanowią zatem istotną informację, w oparciu o którą należy dokonać kalkulacji ceny w pkt 3 Formularza ofertowego. Daje ona wykonawcom możliwość oszacowania ryzyka zdarzeń, w oparciu
o te same dane historyczne. W konsekwencji, wykonawcy zainteresowani złożenie oferty
w postępowaniu, będą dokonywać kalkulacji kosztów, uwzględniając dane podane przez Zamawiającego, a nie jak twierdzi Odwołujący, w oparciu o własne przypuszczenia.

... Zważywszy, że Odwołujący nie sformułował precyzyjnej i konkretnej treści stawianego żądania co do zmiany brzmienia postanowień OPZ, a żądał wskazania założeń, które wykonawcy winni przyjąć przy dokonywaniu wyceny, w okolicznościach w których Zamawiający podał dane rzeczywiste co do aktów wandalizmu za lata 2018-2020 argumentacja, że informacje zawarte w tabeli nie dają dokładnej odpowiedzi co do szacowania kosztów, nie może zostać uwzględniona jako zasadna.
Wobec powyższego Izba uznała zarzut za niezasadny.

... Odnosząc się do zarzutu naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez nieuzasadnione i ograniczające konkurencję odstąpienie od udzielenia zamówienia
w częściach, w sytuacji braku obiektywnych przyczyn przemawiających za udzieleniem zamówienia w jednej części, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp *Zamawiający może udzielić zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia, lub dopuścić możliwość składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia, określając zakres i przedmiot części oraz wskazując, czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia.*
Izba wskazuje, że z treści ww. przepisu wynika uprawnienie dla Zamawiającego
co do możliwości podziału zamówienia na części, a nie obowiązek podziału zamówienia na części, a tym samym wykonawca nie może domagać się od Zamawiającego dopuszczenia składania ofert częściowych. Za takim uprawnieniem przemawia również wykładnia ust. 2 tegoż artykułu, zgodnie z którym z*amawiający wskazuje w dokumentach zamówienia powody niedokonania podziału zamówienia na części*, który to przepis nakłada na Zamawiającego jedynie obowiązek uzasadnienia decyzji o braku podziału na części. Co za tym idzie,
w przypadku udzielenia zamówienia, w którym Zamawiający nie dokonuje podziału zamówienia na części, zobowiązany jest on do wskazania uzasadnienia braku podziału zamówienia na części.
Dokonanie podziału zamówienia na części będzie zależne od decyzji Zamawiającego uzasadnionej każdorazowo od analizy okoliczności dotyczących konkretnego przedmiotu zamówienia. Zamawiający podejmując decyzję o przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma bowiem obowiązek zbadać, czy przedmiot zamówienia jest podzielny, czy podział zamówienia na części znajduje swoje racjonalne uzasadnienie i czy podział zamówienia przyniesie lub może przynieść wymierne korzyści finansowe. Decyzja zamawiającego musi również uwzględniać sytuację podmiotową wykonawców,
tj. zamawiający zobowiązany jest zbadać, czy jego decyzja nie naruszy zasady wyrażonej
w przepisie art. 16 ust. 1 Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Jednakże podkreślenia wymaga, że zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie można postrzegać w ten sposób, że dogodne dla wykonawców warunki wykonania zamówienia czy jego zakres mogą przysłonić uzasadnione potrzeby zamawiającego (tj. zapewnienie korzystania ze sprawnych, czystych i bezpiecznych urządzeń).Sam fakt, iż przedmiot zamówienia jest podzielny biorąc pod uwagę poszczególne jego elementy składowe, tj. usługi składające się na przedmiot zamówienia oraz jego różny zakres terytorialny, nie oznacza, że podział zamówienia na części będzie uzasadniony pod względem celowości realizacji danego zamówienia jako celu publicznego, rozumianego jako realizacja obiektywnych potrzeb ogółu społeczeństwa lub lokalnych społeczności, jakiemu
ma służyć wykonanie danego zamówienia. Zgodnie z art. 2 pkt 4 ustawy o planowaniu
i zagospodarowaniu przestrzennym (tj. z dnia 31 marca 2021 r. Dz.U. z 2021 r. poz. 741) przez interes publiczny należy rozumieć uogólniony cel dążeń i działań, uwzględniających zobiektywizowane potrzeby ogółu społeczeństwa lub lokalnych społeczności, związanych
z zagospodarowaniem przestrzennym).
Nawet jeśli poszczególne usługi składające się na przedmiot zamówienia obiektywnie mogą być zrealizowane w drodze odrębnych umów, nie oznacza to jeszcze, że tak wykonywane umowy zapewnią osiągnięcie interesu publicznego, który zostanie zaspokojony tylko poprzez łączną realizację wszystkich elementów, składających się na przedmiot zamówienia.
Nadmienić należy, że zgodnie z motywem 78 preambuły do dyrektywy klasycznej
w przypadku, gdy instytucja zamawiająca zdecyduje, że podział zamówienia na części nie byłby właściwy, stosowne indywidualne sprawozdanie lub dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie głównych przyczyn decyzji instytucji zamawiającej. Powyższy motyw preambuły wymienia następujące przykładowe przyczyny: instytucja zamawiająca mogłaby stwierdzić, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia. Ustawodawca europejski założył więc zasadność udzielenie zamówienia bez podziału na części, z tym jednak,
że za okoliczność uzasadniającą rezygnację z podziału na części uznał jedynie nadmierne trudności czy koszty oraz brak koordynacji, skutkujący poważną groźbą nieprawidłowej realizacji zamówienia. Jednakże zastrzec należy, że ocena ta powinna być dokonywana każdorazowo z uwzględnieniem wszystkich okoliczności danego przypadku.
W analizowanym stanie faktycznym, interes publiczny będzie związany z zawarciem umowy o zamówienie publiczne polegającej na świadczeniu kompleksowych usług konserwacji i napraw urządzeń dźwigowych, utrzymania czystości urządzeń dźwigowych oraz ochrony mienia. Z uzasadnienia Zamawiającego zawartego w SWZ wynika, że: *Podział*
na części mógłby zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia z uwagi na różnego rodzaju urządzenia dźwigowe, a co za tym idzie brak możliwości przewidzenia, które z nich będą wymagały częstszych napraw co spowodowałoby szybkie wykorzystanie środków na dany rodzaj urządzeń dźwigowych. Ponadto podział na kilku Wykonawców znacznie wydłużyłby czas zgłoszenia usterki Wykonawcy, a w rezultacie wydłużyłoby to czas naprawy,
co doprowadziłoby do nadmiernych trudności technicznych oraz nadmiernych kosztów wykonania zamówienia.
Odwołujący podnosi, że wskazane przyczyny nie mają obiektywnego charakteru,
są w części niezrozumiałe oraz wskazują na niedociągnięcia organizacyjne po stronie Zamawiającego.
Izba nie podziela argumentacji Odwołującego. Za zasadną, Izba uznała argumentację Zamawiającego, popartą własnym doświadczeniem co do podziału zamówienia na części
z którego wynika, że realizacja przedmiotowego zamówienia na które składają się różne usługi powiązane ze sobą, uzasadnia konieczność traktowania ich jako jedną całość. Zamawiający udzielając zamówienia, oczekuje uzyskania efektu, w postaci posiadania czystych, sprawnych,
i działających urządzeń, bezpiecznych i chronionych w sposób należyty. Zamawiający wskazał, ze efekt taki mógłby nie zostać osiągnięty, jeżeli Zamawiający wyodrębnił
by ww. usługi jako osobne części zamówienia, a wybór wykonawcy w poszczególnych częściach nastąpiłby w różnym czasie (z uwagi na przedłużającą się procedurę w danej części)
lub w związku z unieważnieniem postępowania w danej części, nie doszłoby do wyboru wykonawcy.
Zamawiający uzasadnił, dlaczego w przedmiotowym postępowaniu usługi naprawy, konserwacji, czystości i ochrony są ze sobą wzajemnie powiązane i nie mogą być wykonywane osobno, co przekłada się na konieczność braku podziału zamówienia na części. Przykładowo, rozstrzygnięcie części zamówienia obejmującej sprzątanie, bez rozstrzygnięcie części
w zakresie konserwacji i ochrony, nie wypełni celu zamówienia jakim jest posiadanie sprawnych, czystych i bezpiecznych urządzeń. Z kolei rozstrzygnięcie części w zakresie konserwacji i naprawy, bez rozstrzygnięcia części w zakresie ochrony, znacznie zwiększy koszty Zamawiającego, wynikające z napraw spowodowanych dewastacjami

urządzeń. Dotyczy to również zakresu związanego z utrzymanie czystości, które ma przełożenie na sprawność urządzeń i bezpieczeństwo oraz estetykę osób z nich korzystających. Ponadto, podział zamówienia na części może prowadzić do sporów, w zakresie odpowiedzialności co do niewłaściwego wykonania umów, np. niewłaściwa konserwacja, czy brak utrzymania należytej czystości urządzeń, może prowadzić do konieczność częstych napraw, to z kolei generuje dodatkowe koszty. Konieczność ponoszenia dodatkowych kosztów po stronie wykonawcy, za generowanie których odpowiedzialność ponoszą inni wykonawcy, przekłada się na spory pomiędzy wykonawcami i w efekcie końcowym przekłada się na problemy związane z koordynacją działań pomiędzy wykonawcami.

Jako niezasadny Izba uznała również argument dotyczący podziału zamówienia na części pod względem terytorialnym. W sytuacji, w której Zamawiający posiada urządzenia o różnym stopniu zużycia i eksploatacji, o różnym stopniu kosztowności, a dysponuje jednym budżetem przeznaczonym na realizację całości zamówienia, podział taki rodzi znaczne trudności techniczne i organizacyjne. Dodatkowo podkreślić należy, że podział usług na kilku wykonawców, na kilka umów, generuje zwielokrotnienie u Zamawiającego kosztów stałych, związanych z obsługą każdej umowy, jak np. koszty pracowników skierowanych do obsługi umów, koszty księgowe, koszty zaplecza technicznego dla każdej umowy itp.

Za brakiem podziału zamówienia na części przemawia również konieczność zapewnienia jednolitej obsługi zamówienia bez szkody dla interesów Zamawiającego, czy też konieczność uniknięcia sporów dotyczących wzajemnych roszczeń wykonawców realizujących różne usługi na tym samym obiekcie.

Za niezasadna Izba uznała również argumentację Odwołującego, wskazującą że za podziałem zamówienia na części przemawia kryterium oceny ofert, ustanowione przez Zmawiającego w zakresie czasu dojazdu do urządzenia. Podkreślenia wymaga, że kryteria oceny ofert służą wyborowi oferty najkorzystniejszej i nie mają żadnego związku z podziałem zamówienia na części. Bez względu na to czy zamówienie udzielane jest w całości czy z dopuszczeniem składania ofert częściowych, kryteria oceny ofert mogą być tożsame, bowiem ich celem jest wybór oferty najkorzystniejszej dla całości zamówienia, jak również w poszczególnych częściach. Zatem, przekładanie kryteriów oceny ofert na konieczność podziału zamówienia na części jest całkowicie niezasadne.

Izba wskazuje, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie można mówić o naruszeniu konkurencyjności w postępowaniu. Jeżeli na rynku istnieje ograniczona ilość wykonawców, którzy mogą zrealizować samodzielnie cały zakres zamówienia, nie ma przeszkód, aby wykonawcy złożyli ofertę jako podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie. Przykładem takiego wykonawcy jest sam Odwołujący, który w celu złożenia oferty w postępowaniu zawiązał konsorcjum, w skład którego wchodzą wykonawcy realizujący usługi objęte przedmiotem zamówienia. Co więcej, podczas rozprawy Odwołujący wskazał, że w wizji lokalnej uczestniczyli inni wykonawcy, którzy jeśli przystąpią do postępowania, to złożą oferty jako konsorcjum. Ponadto, w postępowaniu które Zamawiający przeprowadził w 2020 r. obaj wykonawcy którzy przystąpili do postępowania, złożyli oferty jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, zawiązując konsorcja.

Podkreślenia wymaga, że zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie można postrzegać w ten sposób, że dogodne dla wykonawców warunki wykonania zamówienia czy też możliwość wykonania zamówienia jedynie w jakimś zakresie będą decydowały o kształcie zamówienia, w oderwaniu od uzasadnionych potrzeb zamawiającego, których realizacja stanowi odpowiedź na potrzeby i cele publiczne.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, w której tylko poprzez całościowe i kompleksowe wykonanie zakresu objętego przedmiotem zamówienia, zostanie zapewnione osiągnięcie celu dla którego zamówienie jest udzielane, podział zamówienia na części stwarza ryzyko, iż Zamawiający udzielając zamówienia w poszczególnych częściach, wydając środki publiczne, nie zapewni kompleksowego świadczenia usługi stanowiącej przedmiot zamówienia. Okoliczności te, w ocenie Izby stanowią obiektywne przesłanki uzasadniające brak dopuszczenia zamówienia na części.

Odnosząc się do wyroków przywołanych w odwołaniu, podkreślenia wymaga, że pomimo iż wskazują one zasadność podziału zamówienia na części to zawierają zastrzeżenie, że podział zamówienia na części nie jest bezwzględnym nakazem dla Zamawiającego, a decyzję w tym zakresie Zamawiający podejmuje w okolicznościach konkretnego zamówienia, które mogą uzasadniać brak konieczności podziału zamówienia na części – jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Izba za bez znaczenia dla sprawy uznała dowody złożone przez Odwołującego, potwierdzające praktyki innych Zamawiających przy udzielaniu podobnych zamówień publicznych. Decyzja o podziale zamówienia na części stanowi indywidualną decyzję każdego zamawiającego, podjętą w okolicznościach konkretnego zamówienia. Zatem odmienne praktyki stosowane u innych Zamawiających, nie mogą dowodzić, że działania Zamawiającego podjęte w okolicznościach badanej sprawy, stanowią naruszenie Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższego zarzut należy uznać za niezasadny.

<u>Odwołanie o sygn. akt: KIO 1205/21</u>

... Izba oddaliła również zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 w związku z art. 116 Pzp w związku z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp przez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ograniczający uczciwą konkurencję, co wyklucza możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawców obiektywnie zdolnych i przygotowanych do jego realizacji.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp *Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.*

Zgodnie z art. 116 ust. 1 Pzp 1. *W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu*

lub w dokumentach zamówienia.
Ust. 2 Oceniając zdolność techniczną lub zawodową, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.
Natomiast zgodnie z art. 16 pkt. 1, 2, i 3 Pzp *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:* zapewniający *zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w sposób przejrzysty i proporcjonalny*.

Tytułem wstępu wskazać należy, że Zamawiający uprawniony jest do określenia
w każdym postępowaniu o zamówienie publiczne takich warunków udziału w postępowaniu, jakie są adekwatne i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a jednocześnie umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Zamawiający ustawia warunki udziału w postępowaniu w sposób, który zapewni wybór wykonawcy zdolnego
do wykonania przedmiotowego zamówienia, rzetelnego i profesjonalnego, dającego rękojmię jego należytego wykonania, z zastrzeżeniem, że warunki muszą być proporcjonalne
do przedmiotu zamówienia oraz określone w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności poprzez wyrażenie minimalnych poziomów tej zdolności. Zamawiający musi więc opisać warunki udziału
w postępowaniu w taki sposób, aby zaspokoić powyższe wymagania. W tym celu niezbędna jest analiza tego, jakie m.in. uprawnienia, sytuacja finansowa, sprzęt, czy doświadczenie
i kwalifikacje osób skierowanych do realizacji zamówienia, są niezbędne do należytego wykonania zamówienia. Ocena, co jest niezbędne, musi być dokonana z uwzględnieniem
m.in. rodzaju, wartości, zakresu, stopnia skomplikowania i trudności, czy sposobu wykonania zamówienia.

W analizowanym stanie faktycznym Odwołujący kwestionuje ustanowiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej
i zawodowej wykonawcy, podnosząc że jest on nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia
oraz że ogranicza uczciwą konkurencję, co wyklucza możliwość ubiegania, się o zamówienie wykonawców obiektywnie zdolnych i przygotowanych do jego realizacji, wnosząc o obniżenie wartości i zakresu posiadanego przez wykonawcę doświadczenia.

Wskazać należy, że Odwołujący stawiając zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 Pzp w żaden sposób że wykazał, że kwestionowany warunek udziału w postępowaniu w zakresie wartości i zakresu nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także, że nie opiera
się na minimalnych poziomach zdolności wymaganych do należytego wykonania zamówienia. Wnosi o obniżenie doświadczenia do poziomu konserwacji urządzeń dźwigowych na zewnątrz obiektów budowlanych i wykazania się realizacją 3 takich usług o łącznej kwocie 1.000,000,00 zł brutto, bez żadnego uzasadnienie, że wykonawca legitymujący się doświadczenia na takim poziomie i o takim zakresie będzie gwarantował Zamawiającemu realizację przedmiotowego zamówienia w sposób rzetelny i profesjonalny, zapewniając rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Z wyjaśnień Zamawiającego wynika, że powyższy warunek udziału został ustanowiony na poziomie 20% wartości zamówienia, a obliczona tak wartość zmniejszona z kwoty 6.000.000,00 zł na 1.900.000,00 zł została przyjęta jako minimalny poziom zdolności
z zachowaniem zasady proporcjonalności. Dodać należy, iż wymagana wartość została zmniejszona przez Zamawiającego w wyniku odwołania wniesionego przez Odwołującego (sygn. akt KIO 959/21, zarzut 1, który został wycofany).
Odwołujący w zakresie wymaganej wartości doświadczenia, poza żądaniem jej obniżenia
do wnioskowanego poziomu, nie przedstawił żadnej argumentacji, na potwierdzenie braku proporcjonalności w zakresie warunku udziału w postępowaniu, ani uzasadnienia, że wartość ta przekracza minimalny poziom zdolności do należytego wykonania zamówienia.
Odnosząc się do kwestionowanego zakresu wymaganego doświadczenia, polegającego na wymogu wykazania się konserwacją urządzeń dźwigowych dla osób niepełnosprawnych, ogólnodostępnych, zewnętrznych (przejścia podziemne, tunele, dworce, węzły przesiadkowe komunikacji zbiorowej) wnosząc o odstąpienie od wymogu konserwacji urządzeń dźwigowych ogólnodostępnych dla osób niepełnosprawnych, wskazać należy na jego niezasadność. Kwestią bezsporna jest okoliczność, iż przedmiot zamówienia obejmuje konserwację urządzeń dźwigowych dla niepełnosprawnych, znajdujących się w miejscach ogólnodostępnych. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podkreślił znaczenie doświadczenia nabytego
w konserwacji urządzeń ogólnodostępnych w stosunku do urządzeń znajdujących
się w obiektach z ograniczonym dostępem, bowiem urządzenia takie są narażone na częstsze, rozległe dewastacje i uszkodzenia związane z nieumiejętnym korzystaniem i obsługą,
niż te o ograniczonym dostępie. Przekłada się to na inny sposób działania firmy konserwującej sprzęt, inny sposób dbania o sprzęt, jego częstszych napraw i sposobu konserwacji. Dlatego wykonawca posiadający doświadczenie przy naprawie i konserwacji urządzeń z ograniczonym dostępem użytkowników, urządzeń zamontowanych w obiektach o stałym nadzorze
lub obsługiwanych przez operatorów (jak np. w fabrykach, elektrowniach, kopalniach, budynkach użyteczności publicznej itp.) nie będzie w stanie prawidłowo oszacować kosztów eksploatacji urządzeń ogólnodostępnych, jak też i kosztów związanych z aktami wandalizmu, które wykonawca również winien ująć przy szacowaniu wartości składanej oferty.
Również konserwacja urządzeń dźwigowych przeznaczonych dla osób niepełnosprawnych, ze względu na charakterystykę tych urządzeń różni się od obsługi standardowych dźwigów.

Za wiarygodne Izba uznała wyjaśnienie Zamawiającego, wskazujące na istotność
w zakresie wymaganego doświadczenia, wymogu konserwacji urządzeń ogólnodostępnych, jako stanowiącego kluczowy dla Zamawiającego wyznacznik zdolności technicznej wykonawcy.

Wobec powyższego, biorąc pod uwagę obiektywne, uzasadnione potrzeby Zamawiającego związane z zapewnieniem należytej realizacji zamówienia, Izba nie uznała zasadności odstąpienia od wymogu posiadania doświadczenia w konserwacji urządzeń ogólnodostępnych. Podkreślenia również wymaga, że argument dotyczący jednakowych uprawnień nadawanych przez Urząd Dozoru Technicznego co do obsługi urządzeń jest tutaj bez znaczenia, bowiem Zamawiający nie mówi o kwalifikacjach niezbędnych do wykonywania danej usługi a o niezbędnym doświadczeniu, którego nabycie (poza wymaganymi dokumentami) gwarantuje należytą realizację zamówienia.

Reasumując, wskazać należy, że odwołanie dotyczące zapisów treści SWZ poza wskazanymi uchybieniami ze strony Zamawiającego winno wskazywać konkretne oczekiwanie Odwołującego, co do zmiany postanowień jej treści i tylko one wyznaczają granice rozpoznania odwołania. Izba samodzielnie nie może nakazywać modyfikacji zapisów SWZ, wykraczając poza granice zakreślone żądaniem odwołania. Co równie istotne, stawiane żądania w zakresie modyfikacji postanowień SWZ powinny prowadzić do eliminacji niezgodności z przepisami ustawy Pzp, a nie do wprowadzania udogadniania warunków udziału w postępowaniu wykonawcom podnoszącym takie żądania. Odwołujący winien wykazać, dlaczego określona przez Zamawiającego treść SWZ narusza przepisy Pzp, oraz wskazać uzasadnienie dla proponowanej przez siebie modyfikacji, której wprowadzenie doprowadzi do stanu zgodności z przepisami ustawy Pzp.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że ustanowione warunki udziału w postępowaniu naruszają przepisy Pzp. Nie wykazał aby Zamawiający naruszył zasadę proporcjonalności ani, że ustanowił je na poziomie naruszającym minimalne poziomy zdolności. Cała argumentacja podnoszona w odwołaniu odnosi się do obniżenia warunków, ponieważ Odwołujący, który uważa że jest w stanie wykonać przedmiotowe zamówienia,
ich nie spełnia. Jednakże w argumentacji Odwołującego zabrakło uzasadnienia, wykazującego, że ustanowienie warunków udziału w postępowaniu na poziomie i o wartości wnioskowanej w odwołaniu, zapewni Zamawiającemu wybór wykonawcy, dającego rękojmie należytego wykonania zamówienia.

W odniesieniu na zarzutu naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, Odwołujący upatruje ich naruszenia jedynie w okolicznościach braku możliwości złożenia własnej oferty. Jednakże, w celu spełnienia warunków udziału w postepowaniu, wykonawca może złożyć ofertę łącznie z innym podmiotem jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienia. Ponadto Izba podkreśla, że zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie można postrzegać w ten sposób, że dogodne dla wykonawców warunki wykonania zamówienia
czy ich zakres mogą przysłonić uzasadnione potrzeby Zamawiającego. Tymczasem w ocenie Izby stawiane żądania zmierzają jedynie do zaspokojenia potrzeb Odwołującego,
a nie do sanowania niezgodności postanowień SWZ z ustawą Pzp - których Odwołujący nie wykazał.

Izba wskazuje, że warunki udziału w postępowaniu, ustanowione przez Zamawiającego w postępowaniu w 2020 r. nie maja znaczenia dla rozpoznawanej sprawy. Zamawiający nie jest związany warunkami udziału w postępowaniu, ustanowionymi w innych postępowaniach o tożsamym zakresie, tym bardziej że postępowanie to zostało unieważnione. W ramach nowego postępowania, warunki takie mogą ulegać modyfikacji, z zastrzeżeniem
iż nie mogą wykraczać poza granice wyznaczone przez stosowne przepisy prawa.

Izba nie uwzględniła dowodu A - złożonego przez Odwołującego, na okoliczność braku spełnienie warunku udziału w postępowaniu, bowiem odnosi się on do nieistniejącego
już warunku udziału w postępowaniu, zmienionego przez Zamawiającego w dniu 23 kwietnia 2021 r.

W stosunku do zarzutów podniesionych w odwołaniu o sygn. akt KIO 959/21 wskazanych w pkt. 1, 4 i 5 oraz odpowiadającym im żądaniom Odwołującego, z uwagi
na ich wycofanie przez Odwołującego, Izba umorzyła postępowania odwoławcze.

W świetle powyższych okoliczności, należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania
z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: …..……..

Członkowie: ……..……..

……..