

**Sygn. akt: KIO 3478/22**

**WYROK**  
**z dnia 11 stycznia 2023 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie **w dniu 10 stycznia 2023 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 grudnia 2022 r.** przez wykonawcę **OTIS Sp. z o.o., ul. Konstruktorska 13, 02-673 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Metro Warszawskie Sp. z o.o., ul. Wilczy Dół 5, 02-798 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **MP PROLIFT Sp. z o.o., ul. Kościelna 21, 60-536 Poznań** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu dotyczącego:**

**a) zarzutu nr 2, tj. warunku udziału w postępowaniu - urządzenia do diagnozowania oraz monitorowania, tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MP PROLIFT Sp. z o.o., ul. Kościelna 21, 60-536 Poznań, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 9.1.1. ppkt 2) Specyfikacji Warunków Zamówienia; ewentualnie: art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j.**

Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) poprzez zaniechanie wezwania MP PROLIFT Sp. z o.o., ul. Kościelna 21, 60-536 Poznań do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w pkt 11.2.1 pkt 1) Specyfikacji Warunków Zamówienia; ewentualnie: art. 128 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) poprzez zaniechanie wezwania MP PROLIFT Sp. z o.o., ul. Kościelna 21, 60-536 Poznań do wyjaśnień podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w pkt 11.2.1 pkt 1) Specyfikacji Warunków Zamówienia; art. 16 pkt 1) i art. 17 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MP PROLIFT Sp. z o.o., ul. Kościelna 21, 60-536 Poznań, pomimo wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy, szczegółowo opisane przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania, ewentualnie zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty MP PROLIFT Sp. z o.o., ul. Kościelna 21, 60-536 Poznań jako najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710);

b) zarzutu nr 4, tj. warunek udziału w postępowaniu - Wykaz Usług oraz dowody, tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MP PROLIFT Sp. z o.o., ul. Kościelna 21, 60-536 Poznań, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 9.1.2 Specyfikacji Warunków Zamówienia; ewentualnie: art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) poprzez zaniechanie wezwania MP PROLIFT Sp. z o.o., ul. Kościelna 21, 60-536 Poznań do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, o którym mowa w pkt 11.2.1 pkt 3) i 4) Specyfikacji Warunków Zamówienia; art. 16 pkt 1) i art. 17 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MP PROLIFT Sp. z o.o., ul. Kościelna 21, 60-536 Poznań, pomimo wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy, szczegółowo opisane przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania, ewentualnie zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupeł-

nienia podmiotowych środków dowodowych, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty MP PROLIFT Sp. z o.o., ul. Kościelna 21, 60-536 Poznań jako najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), z uwagi na ich wycofanie.

2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu 1, tj. naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) poprzez zaniechanie wezwania MP PROLIFT Sp. z o.o., ul. Kościelna 21, 60-536 Poznań do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w pkt 11.2.1 pkt 1) Specyfikacji Warunków Zamówienia, tj. Wykazu Wyposażenia (pracownia projektowa, urządzenia do diagnozowania oraz monitorowania), jak i art. 16 pkt 1) i art. 17 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy MP PROLIFT jako najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) oraz zarzutu 5, tj. naruszenia tj. art. 18 ust. 1, 2 i 3, art. 74 ust. 1 i 2, art. 16 pkt 1 i pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) w zw. z art. 61 Konstytucji RP poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia złożonych przez MP PROLIFT w postępowaniu dokumentów, które nie spełniają wszystkich przesłanek umożliwiających ich skuteczne, całościowe zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa, co prowadzi do naruszenia przepisów o jawności i przejrzystości postępowania o zamówienie publiczne oraz zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, z uwagi na potwierdzenie się wskazanych wyżej zarzutów

i nakazuje Zamawiającemu: Metro Warszawskie Sp. z o.o., ul. Wilczy Dół 5, 02-798 Warszawa unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 15.12.2022 r. dla Zadania 1, jak również nakazuje powtórzenie badania i oceny ofert, w ramach którego nakazuje Zamawiającemu na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) wezwania MP PROLIFT Sp. z o.o., ul. Kościelna 21, 60-536 Poznań do uzupełnienia

podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w pkt 11.2.1 pkt 1) Specyfikacji Warunków Zamówienia, tj. Wykazu Wyposażenia (pracownia projektowa, urządzenia do diagnozowania oraz monitorowania) w zakresie zasobów własnych umożliwiających realizację zamówienia. Dodatkowo, nakazuje Zamawiającemu: **Metro Warszawskie Sp. z o.o., ul. Wilczy Dół 5, 02-798 Warszawa** odtajnienie dokumentów **MP PROLIFT Sp. z o.o., ul. Kościelna 21, 60-536 Poznań**, tj. wyjaśnień z 24.11.2022 r. dotyczących ceny łącznie niskiej wraz z dowodami złożonymi do tych wyjaśnień.

**W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**

3. Kosztami postępowania obciąża **Metro Warszawskie Sp. z o.o., ul. Wilczy Dół 5, 02-798 Warszawa** i:

3.1 zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **OTIS Sp. z o.o., ul. Konstruktorska 13, 02-673 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od **Metro Warszawskie Sp. z o.o., ul. Wilczy Dół 5, 02-798 Warszawa** na rzecz **OTIS Sp. z o.o., ul. Konstruktorska 13, 02-673 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wpisu oraz wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) 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:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wykonanie napraw i konserwacji dźwigów osobowych, platform i schodów ruchomych zainstalowanych na I i II linii Metra oraz dźwigów osobowych zainstalowanych na terenie STP Kabaty w podziale na 5 Zadań”, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 05.10.2022 r. pod nr 2022/S 192-545420 przez Metro Warszawskie Sp. z o.o., ul. Wilczy Dół 5, 02-798 Warszawa zwana dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), zwana dalej: „NPzp” albo „PZP”.

W dniu 15.12.2022 r. (za pośrednictwem Platformy Zakupowej Zamawiającego) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej – Zadanie nr 1: MP PROLIFT Sp. z o.o., ul. Kościelna 21, 60-536 Poznań zwana dalej: „MP PROLIFT Sp. z o.o.” albo „MP PROLIFT” albo „Przystępującym po stronie Zamawiającego”. Drugą pozycję – Zadanie nr 1: w rankingu zajęła oferta OTIS Sp. z o.o., ul. Konstruktorska 13, 02-673 Warszawa zwana dalej: „OTIS Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”. W dniu 16.12.2022 r. (za pośrednictwem Platformy Zakupowej Zamawiającego) Zamawiający udostępnił korespondencje z MP PROLIFT Sp. z o.o. w zakresie, w którym nie była zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Dnia 27.12.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 15 i 16.12.2022 r. złożył OTIS Sp. z o.o. Zamawiającemu zarzucił naruszenie następujących przepisów:

[Zarzut#1 - warunek udziału w postępowaniu - dysponowanie pracownią projektową]

a. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MP PROLIFT, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 9.1.1. ppkt 1) Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ”;

ewentualnie:

art. 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania MP PROLIFT do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w pkt 11.2.1 pkt 1) SWZ;

ewentualnie:

art. 128 ust. 4 PZP poprzez zaniechanie wezwania MP PROLIFT do wyjaśnień podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w pkt 11.2.1 pkt 1) SWZ;

b. art. 16 pkt 1) i art. 17 ust. 2 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MP PROLIFT, pomimo wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy, szczegółowo opisane przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania, ewentualnie zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia lub wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy MP PROLIFT jako najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami PZP;

[Zarzut#2 - warunek udziału w postępowaniu - urzędnika do diagnozowania oraz monitorowania]

c. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MP PROLIFT, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 9.1.1. ppkt 2) SWZ;

ewentualnie:

art. 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania MP PROLIFT do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w pkt 11.2.1 pkt 1) SWZ;

ewentualnie:

art. 128 ust. 4 PZP poprzez zaniechanie wezwania MP PROLIFT do wyjaśnień podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w pkt 11.2.1 pkt 1) SWZ;

d. art. 16 pkt 1) i art. 17 ust. 2 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MP PROLIFT, pomimo wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy, szczegółowo opisane przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania, ewentualnie zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy MP PROLIFT jako najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami PZP;

[Zarzut #3 - warunek udziału w postępowaniu i obowiązek zatrudnienia- Wykaz Osób]

e. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MP PROLIFT, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 9.1.1. ppkt 3) lit. a) SWZ;

ewentualnie:

art. 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania MP PROLIFT do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w pkt 11.2.1 pkt 2) SWZ;

f. art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MP PROLIFT, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia dotyczącymi obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, o którym mowa w pkt 4.5 SWZ (str. 5 SWZ);

g. art. 16 pkt 1) i art. 17 ust. 2 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) i pkt 5) PZP oraz art. 128 ust. 1 PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MP PROLIFT, pomimo wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy, szczegółowo opisane przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania, ewentualnie zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy MP PROLIFT jako najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami PZP;

[Zarzut #4 - warunek udziału w postępowaniu - Wykaz Usług oraz dowody]

h. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MP PROLIFT, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 9.1.2 SWZ;

ewentualnie:

art. 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania MP PROLIFT do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, o którym mowa w pkt 11.2.1 pkt 3) i 4) SWZ;

i. art. 16 pkt 1) i art. 17 ust. 2 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MP PROLIFT, pomimo wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy, szczegółowo opisane przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania, ewentualnie zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy MP PROLIFT jako najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami PZP;

[Zarzut#5 - tajemnica przedsiębiorstwa]

j. art. 18 ust. 1, 2 i 3 PZP, art. 74 ust. 1 i 2 PZP, art. 16 pkt 1 i pkt 2 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) (dalej: „UZNK”) w zw. z art. 61 Konstytucji RP poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia złożonych przez MP PROLIFT w postępowaniu dokumentów, które nie spełniają wszystkich przesłanek umożliwiających ich skuteczne, całościowe zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa, co prowadzi do naruszenia przepisów o jawności i przejrzystości postępowania o zamówienie publiczne oraz zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

[Zarzut #6 - rażąco niska cena oraz czyn nieuczciwej konkurencji]

k. art. 226 ust. 1 pkt 7) i 8) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- a. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy MP PROLIFT jako najkorzystniejszej;
- b. odtajnienia dokumentów złożonych przez MP PROLIFT, to jest:
  - i. wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny;
  - ii. dowodów złożonych do wyjaśnień oraz do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa;
- c. dokonania ponownego badania i oceny ofert,
- d. odrzucenia oferty MP PROLIFT oraz wykluczenie MP PROLIFT z postępowania; ewentualnie:  
wezwania MP PROLIFT do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu;  
ewentualnie:  
wezwania MP PROLIFT do wyjaśnień treści złożonych dokumentów podmiotowych;
- e. wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Na podstawie art. 538 ust. 1-3 PZP wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z następujących świadków:

- 1) K.N., adres do wezwań: MP PROLIFT, ul. Kościelna 21, 60-536 Poznań, numer telefonu/ adres e-mail: +48 61 845 59 00, pl.info@mplifts.com, +48 22 490 36 66
- 2) M. D., adres do wezwań: MP PROLIFT, ul. Kościelna 21, 60-536 Poznań,
- 3) P.W., adres do wezwań: MP PROLIFT, ul. Kościelna 21, 60-536 Poznań,
- 4) M.P., adres do wezwań: MP PROLIFT, ul. Kościelna 21, 60-536 Poznań,
- 5) R. S., adres do wezwań: MP PROLIFT, ul. Kościelna 21, 60-536 Poznań,
- 6) Andrzej Wójcicki, adres do wezwań: MP PROLIFT, ul. Kościelna 21, 60-536 Poznań,
- 7) J. Ł., adres do wezwań: MP PROLIFT, ul. Kościelna 21, 60-536 Poznań,
- 8) P.K., adres do wezwań: MP PROLIFT, ul. Kościelna 21, 60-536 Poznań,
- 9) A. T., adres do wezwań: MP PROLIFT, ul. Kościelna 21, 60-536 Poznań,
- 10) M. G., adres do wezwań: MP PROLIFT, ul. Kościelna 21, 60-536 Poznań,
- 11) K. K., adres do wezwań: MP PROLIFT, ul. Kościelna 21, 60-536 Poznań,
- 12) P. L., adres do wezwań: MP PROLIFT, ul. Kościelna 21, 60-536 Poznań, na okoliczność wykazania następujących faktów:
  - i. niedysponowania przez MP PROLIFT osobami wskazanymi w Wykazie Osób (Załącznik nr 5b) w zakresie zgodnym z pkt 9.1.1. ppkt 3) SWZ i tym samym niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
  - ii. wskazanie w Wykazie Osób (Załącznik nr 5b) osób, które nie posiadają uprawnień



określonych w pkt 9.1.1. ppkt 3) SWZ i tym samym niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

Na podstawie §19 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej: „Rozporządzenie”) wnosił o zawiadomienie ww. świadków o terminie i miejscu rozprawy oraz wnosząc o zobowiązanie MP PROLIFT do poinformowania ww. osób o konieczności stawienia się na rozprawie w celu ich przesłuchania w przypadku braku możliwości ustalenia adresów do doręczeń ww. świadków. Mając na uwadze fakt, że świadkowie są osobami wskazanymi przez MP PROLIFT w Wykazie Osób, którymi powinien dysponować jako ich pracodawca, Odwołujący jako adres do wezwań wskazuje adres siedziby MP PROLIFT, tj. adres ich pracodawcy.

Wnosił ponadto o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z fakturą, która zostanie przedłożona na rozprawie.

1.1. Zamawiający wszczął postępowanie, którego przedmiotem jest wykonanie napraw i konserwacji dźwigów osobowych, platform i schodów ruchomych zainstalowanych na I i II linii Metra oraz dźwigów osobowych zainstalowanych na terenie STP Kabaty w podziale na 5 Zadań. Zgodnie z informacją z otwarcia ofert, w postępowaniu na Zadanie (część) 1 oferty złożyło dwóch wykonawców: MP PROLIFT oraz Odwołujący.

1.2. Na wstępie należy wskazać wagę przedmiotowego postępowania w zakresie Zadania 1. Zadanie 1 obejmuje wykonanie napraw i konserwacji dźwigów osobowych, platform i schodów ruchomych zainstalowanych na:

- I linia metra: 10 szt. dźwigów osobowych zainstalowanych na stacjach A20-A23 oraz 29 szt. schodów ruchomych zainstalowanych na stacjach A6, A7, A13, A20- A23, zgodnie z zał. nr 1 i zał. nr 2 do Specyfikacji Technicznej (ST) stanowiącej zał. nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ);

- II linia metra: 75 szt. dźwigów osobowych, 3 szt. platform oraz 115 szt. schodów ruchomych zainstalowanych na stacjach C6-C18 zgodnie z zał. nr 3 i zał. nr 4 do ST;

- STP Kabaty - 7 szt. dźwigów osobowych zgodnie z zał. nr 5 do ST.

Łącznie Zamówienie obejmuje 239 urządzeń transportu pionowego.

1.3. W celu zobrazowania jak istotne jest to, aby wykonawca posiadał odpowiednie doświadczenie oraz zasoby, umożliwiające mu należyłą (w tym terminową) realizację Zamówienia, Odwołujący zamieszcza przykładowe informacje o liczbie pasażerów wychodzących ze stacji metra, objętych Zadaniem nr 1:

*W tym miejscu odwołania znajduje się tabela przedstawiająca liczbę pasażerów wychodzących ze stacji metra.*

1.4. Mając na uwadze powyższe dane (nawet ponad 50.000 osób dziennie na jednej stacji)

łatwo wyobrazić sobie skutki braku naprawy schodów ruchomych i dźwigów osobowych (wyłączenia schodów i wind z użycia. Ponadto, niektóre stacje metra nie posiadają ogólnego dostępu do schodów stałych na poziomie peronu (A13, C11, C12, C13), przez co awaria wind i schodów ruchomych może spowodować obowiązek korzystania przez pasażerów jedynie z wyjść ewakuacyjnych (w miejscach gdzie znajdują się schody stałe). Z tej formy komunikacji (schodów ruchomych i dźwigów osobowych) korzysta także wiele osób z niepełnosprawnościami oraz osób starszych, zatem dłuższe awarie powodują całkowity brak możliwości skorzystania przez takie osoby ze stacji. (transportu metrem).

1.5. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający powinien zachować najwyższą staranność w badaniu oferty wykonawcy, któremu zamierza powierzyć realizację Zadania 1.

Z udostępnionych przez Zamawiającego dokumentów oraz ceny oferty MP PROLIFT wynika, że wykonawca ten nie posiada doświadczenia i zasobów umożliwiających mu realizację Umowy. Ponadto, cena którą zaoferował wskazuje na to, że wykonawca nie przewidział wszystkich kosztów związanych z realizacją Zamówienia. Natomiast Zamawiający odstąpił od szczegółowego badania oferty MP PROLIFT, wybierając wykonawcę, który nie daje rękojmi należytego (w tym terminowego) wykonania Zamówienia.

1.6. Odwołujący w dalszej części uzasadnienia niniejszego Odwołania szczegółowo odniesie się do podniesionych zarzutów.

2. Zarzut #1 - warunek udziału w postępowaniu - dysponowanie pracownią projektową

2.1. Zamawiający w pkt 9.1.1 pkt 1) SWZ (str. 6) postawił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, który uzna za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że: „ 9.1.1 Dysponuje (i będzie dysponował przez cały okres realizacji Przedmiotu Zamówienia) lub będzie dysponował przez cały okres realizacji Przedmiotu Zamówienia: 1) pracownią projektową do rozwiązywania problemów napraw, modernizacji i tworzenia oprogramowania dla urządzeń transportu pionowego (dla części, które nie są już produkowane)".

2.2. Pracownia projektowa jest zasobem, w ramach którego wykonawca powinien dysponować *know how* oraz specjalistami (inżynierami i projektantami) na potrzeby rozwiązywania problemów napraw, modernizacji i tworzenia oprogramowania. Świadczy o tym także sposób opisanego przez Zamawiającego Załącznika nr 5a, w którym Zamawiający wskazał, że w ramach dysponowania pracownią projektową, wykonawca zobowiązany jest złożyć oświadczenie o podstawie dysponowania pracownią projektową, to jest czy jest to dysponowanie pośrednie czy bezpośrednie. Zamawiający wyjaśnił, że (Załącznik nr 5a, dół strony): „W przypadku, gdy Wykonawca wykazując spełnianie warunku polega na osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów, i wskaże inną niż „dysponowanie bezpośrednio” formę dysponowania - zobowiązany jest udowodnić, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pi-

*semne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Z dysponowaniem bezpośrednim mamy do czynienia, gdy tytułem prawnym do powołania się przez Wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy Wykonawcą a osobami, na dysponowanie którymi Wykonawca się powołuje. Bez znaczenia jest tutaj charakter prawny takiego stosunku, tj. może to być umowa o pracę, umowa zlecenia, umowa przedwstępna, czy też samozatrudnienie się osoby fizycznej prowadzącej działalność".*

2.3. Z powyższego wynika, że z dysponowaniem bezpośrednim w zakresie pracowni projektowej mamy do czynienia w sytuacji, gdy wykonawcę z pracownikami pracowni projektowej łączy bezpośredni stosunek prawny. Tym samym, skoro z jednej strony MP PROLIFT oświadczył, że będzie dysponował bezpośrednio pracownią projektową, a z drugiej wskazał, że będzie korzystał z zasobów grupy kapitałowej, to Zamawiający powinien powziąć wątpliwości w tym zakresie, i w konsekwencji co najmniej wezwać MP PROLIFT do wyjaśnień lub do uzupełnienia Wykazu Wyposażenia, a następnie odrzucić ofertę MP PROLIFT ze względu na to, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie, o którym mowa w pkt 9.1.1 pkt 1) oraz 11.2.1 pkt 1) SWZ.

2.4. Należy jednoznacznie podkreślić, że skoro MP PROLIFT na etapie składania ofert oświadczył, że nie będzie korzystał z udostępnionych zasobów, to nie może w tym zakresie powoływać się na takie zasoby dopiero na etapie badania jego oferty. Powyższe wynika zarówno z przepisów prawa jak i samej treści SWZ. W pkt 9.8 SWZ Zamawiający wskazał, że *Wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających*. Ponadto, powołanie się na zasoby podmiotów trzecich w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu łączy się z obowiązkiem weryfikacji podmiotowej takiego podmiotu (pkt 9.4 i 9.6 SWZ). Tym samym, skoro MP PROLIFT z jednej strony oświadczył, że dysponuje pracownią projektową „bezpośrednio” a z opisu wynika, że nie dysponuje nią bezpośrednio i korzysta z zasobów grupy kapitałowej (bez znaczenia przy tym jest fakt, czy MP PROLIFT korzysta z zasobów spółki ze swojej grupy kapitałowej czy ze spółki zewnętrznej, gdyż w każdej sytuacji jest to zasób zewnętrznej spółki, z którą są zawarte umowy zasobów składających się na pracownię projektową, a nie wykonawcy, tj. MP PROLIFT Sp. z o.o.).

2.5. Powyższe potwierdza stanowisko doktryny oraz Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo na M. Jaworska w komentarzu do PZP z 2022 r. wskazała, że: „Z obowiązku udowodnienia zamawiającemu możliwości dysponowania udostępnionym potencjałem na etapie reali-

zacji zamówienia nie zwalnia wykonawców samo powołanie się na fakt przynależności do tej samej grupy kapitałowej, co podmiot udzielający wsparcia. Podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej są również podmiotami trzecimi w relacji zamawiający wykonawco. Teza, że spółki z tej samej grupy kapitałowej z zasady udzielają sobie niezbędnego wsparcia, nie znajduje bowiem uzasadnienia w realiach związanych z funkcjonowaniem tych spółek. Należy zauważyć, że przepisy PZP dopuszczają możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia spółek z tej samej grupy kapitałowej w jednym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, pod warunkiem że nie zawarli porozumienia zakłócającego konkurencję (art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP). W praktyce spółki z tej samej grupy kapitałowej - jako podmioty samodzielne - nierzadko rywalizują między sobą, dążąc do wypracowania jak najlepszego wyniku finansowego. Nie istnieje domniemanie, że podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej korzystają z wiedzy i doświadczenia innych podmiotów należących do tej grupy (por. KIO w wyr. z 18.9.2014 r., KIO 1840/14, Legalis). Z samego faktu przynależności podmiotów do jednej grupy kapitałowej nie wynika, że podmioty te udostępniają sobie wzajemnie swoje potencjały. W każdym razie okoliczność ta nie zwalnia z obowiązku udowodnienia zamawiającemu, że wykonawca, posługujący się udostępnionym przez podmiot trzeci potencjałem, będzie faktycznie nim dysponował w trakcie realizacji zamówienia. (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, wyd. 4, Legalis 2022).

2.6. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający naruszył przepisy PZP poprzez zaniechanie wezwania MP PROLIFT do wyjaśnień i uzupełnienia Wykazu Wyposażenia i zaniechanie odrzucenia oferty MP PROLIFT w sytuacji, gdy ze złożonego Wykazu Wyposażenia wynika, że MP PROLIFT nie posiada zasobów umożliwiających mu realizację Zamówienia.

3. Zarzut #2 - warunek udziału w postępowaniu - urządzenia do diagnozowania oraz monitorowania

3.1. Zamawiający w 9.1.1. pkt 2) SWZ postawił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, który uzna za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje i będzie dysponował przez cały okres realizacji Przedmiotu Zamówienia lub będzie dysponował przez cały okres realizacji Przedmiotu Zamówienia urządzeniami do diagnozowania usterek oraz monitorowania pracy urządzeń producentów, których urządzenia obejmują odpowiednie Zadanie.

3.2. MP PROLIFT wskazał w wykazie Wyposażenia (Załącznik nr 5a) następujące informacje:

		Zadanie nr 1	
2	Wykonawca dysponuje (i będzie dysponował przez cały okres realizacji Przedmiotu Zamówienia) lub będzie dysponował przez cały okres realizacji Przedmiotu Zamówienia urządzeniami do diagnozowania usterek oraz monitorowania pracy urządzeń producentów których urządzenia obejmują odpowiednie Zadanie	1) Dysponuję urządzeniem GAA21750AK3 produkcji OTIS	
		2) Dysponuję urządzeniem GBA21750S1 produkcji OTIS	
		3) Dysponuję urządzeniem KM878240G02 produkcji KONE	1 I dysponowanie pośrednie
		4) Dysponuję urządzeniem KM878240G01 produkcji KONE	1*1 dysponowanie bezpośrednie
		5) Dysponuję urządzeniem Tester FUD Bołecin produkcji FUD Bołecin	
		6) Dysponuję urządzeniem Tester LIFT SERVICE produkcji LIFT SERVICE	

3.3. Z wykazu wynika zatem, że MP PROLIFT będzie dysponował dwoma urządzeniami OTIS, których numery wskazał w wykazie Wyposażenia. Odwołujący, będący spółką producentką (z grupy kapitałowej producenta urządzeń OTIS) oświadcza, że wskazane urządzenia GAA21750AK3 oraz GBA21750S1 są jedynie urządzeniami do diagnozowania usterek i nie posiadają funkcjonalności ciągłego monitorowania urządzeń.

3.4. Ponadto, Odwołujący zweryfikował u spółki odpowiedzialnej m.in. za sprzedaż urządzeń OTIS, że MP PROLIFT nie posiada u niej konta klienckiego umożliwiającego zakup oryginalnych wyżej wskazanych urządzeń, oficjalnym kanałem sprzedaży, co powoduje uzasadnione wątpliwości, czy zaoferowane urządzenia są oryginalne (tj. czy są *urządzeniami producentów* urządzeń, których dotyczy Zadanie nr 1). Należy także wskazać, że Zamówienie obejmuje 229 urządzeń OTIS co oznacza, że dysponowanie zaledwie dwoma urządzeniami do diagnostyki będzie niewystarczające (przy takiej skali niezbędne jest dysponowanie co najmniej 6-cioma urządzeniami), co oznacza, że MP PROLIFT nie dysponuje zasobami umożliwiającymi mu realizację Zamówienia.

3.5. Zamawiający posiadając spis urządzeń i ich numery powinien zweryfikować prawdziwość powyższego wykazu zwracając się bezpośrednio do producentów ww. urządzeń na podstawie art. 128 ust. 5 PZP, a nie polegać jedynie na oświadczeniu MP PROLIFT, a co najmniej wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia lub wyjaśnienia złożonego wykazu, a następnie odrzucić ofertę MP PROLIFT, ze względu na to, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie, o którym mowa w pkt 9.1.1 pkt 2) oraz 11.2.1 pkt 1) SWZ.

4. Zarzut #3 - warunek udziału w postępowaniu i obowiązek zatrudnienia- Wykaz Osób

4.1. Zamawiający w pkt 9.1.1 pkt 3) SWZ postawił wymaganie dysponowania osobami, które zostaną oddelegowane wyłącznie do obsługi urządzeń zainstalowanych w obiektach Zamawiającego, posiadającymi uprawnienia w zakresie konserwacji dźwigów i schodów ruchomych. Natomiast zgodnie z pkt 4.5 SWZ Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących w trakcie realizacji Zamówienia czynności związanych z wykonywaniem konserwacji i napraw dźwigów osobowych, platform i schodów ruchomych. Zgodnie z pkt 8 SWZ, Przedmiot Zamówienia miał być realizowany od 1 stycznia 2023 r. przez 24 miesiące. Oznacza to, że na dzień 1 stycznia 2023 r. MP PROLIFT powinien posiadać zawarte umowy o pracę z osobami wskazanymi w Wykazie Osób (osoby te muszą posiadać status pracownika MP PROLIFT).

4.2. Wykonawca MP PROLIFT aktywnie prowadził rekrutację w celu realizacji przedmiotowego Zamówienia zwracając się również w mediach społecznościowych (poprzez wiadomości) oraz bezpośrednio (telefonicznie) do pracowników i współpracowników Odwołującego jeszcze na początku grudnia bieżącego roku (czyli miesiąc po terminie składania ofert - wiadomość od rekrutera pochodzi z dnia 2 grudnia 2022 r.). Rekruter podczas rozmowy po-

twierdził, że szuka osób do serwisu (tj. czynności, o których mowa w pkt 9.1.1 pkt 3) SWZ) w Metrze Warszawskim.

4.3. Z faktu, że informację z otwarcia ofert Zamawiający opublikował dnia 9 listopada 2022 r., wynika, że MP PROLIFT dopiero po otwarciu ofert i uzyskaniu informacji, że jego cena jest najkorzystniejsza, rozpoczął poszukiwania zasobów do realizacji Zamówienia, nie dysponując nimi (ani nie posiadając żadnego zobowiązania od tych osób) w dniu składania ofert.

4.4. Odwołujący zweryfikował Wykaz Osób złożony przez MP PROLIFT, z którego wynika, że niektóre ze wskazanych osób nie posiadają wymaganych uprawnień, a niektóre nie zamierzają współpracować z MP PROLIFT (posiadają własną działalność w innym mieście lub są zatrudnione u innego pracodawcy). Odwołujący zwrócił się do Urzędu Dozoru Technicznego z prośbą o weryfikację uprawnień wskazanych w Wykazie Osób przez MP PROLIFT. W odpowiedzi Odwołujący uzyskał informację, że P. K. nie posiada uprawnień w zakresie konserwacji schodów ruchomych (Tabela nr 1 Lp. 8 - Załącznik nr 5 do odwołania). Już sam fakt, że jedna z osób nie posiada wymaganych uprawnień oznacza, że MP PROLIFT nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu (nie dysponuje 12 osobami posiadającymi wymagane uprawnienia) i już na tej podstawie Zamawiający powinien co najmniej wezwać wykonawcę do wyjaśnień lub uzupełnienia Wykazu Osób.

4.5. Niezależnie od braku uprawnień P. K., z telefonicznych rozmów z innymi osobami, których dane zamieszczono w Wykazie Osób wynika, że część osób nawet nie wiedziała, że MP PROLIFT zobowiązało się do ich zatrudnienia na potrzeby realizacji Zamówienia i nie mają w planach podjęcia takiego zatrudnienia. W związku z powyższym, w celu potwierdzenia argumentacji Odwołującego został złożony wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków na okoliczności wskazane w pkt IV niniejszego odwołania. Przesłuchanie świadków umożliwi potwierdzenie, czy MP PROLIFT wykazał (na dzień składania ofert) spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami, które zostaną oddelegowane do realizacji Zamówienia.

4.6. Reasumując, skoro MP PROLIFT oświadczył, że będzie dysponował osobami posiadającymi odpowiednie uprawnienia, to Zamawiający powinien zweryfikować te osoby oraz zakres ich uprawnień, a nie polegać jedynie na oświadczeniu MP PROLIFT, tj. co najmniej wezwać MP PROLIFT do wyjaśnień lub do uzupełnienia Wykazu osób, a następnie odrzucić ofertę MP PROLIFT ze względu na to, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie, o którym mowa w pkt 9.1.1 pkt 3) oraz 11.2.1 pkt 2) SWZ.

4.7. Odnosząc się po kolei do wskazanych w Wykazie Osób personelu, Odwołujący wskazuje, że poniższe osoby nie powinny znaleźć się w Wykazie Osób, ponieważ albo nie posiadają odpowiednich uprawnień (co potwierdziło UDT), albo nie zamierzają podjąć zatrudnienia u MP PROLIFT od 1.01.2023 r. na okres realizacji Zamówienia albo nawet nie wiedziały, że

znalazły się w Wykazie Osób jako pracownicy oddelegowani do realizacji przedmiotowego Zamówienia i zostały w nim wskazane bez zgody a co za tym idzie - bez zobowiązania do podjęcia zatrudnienia u MP PROLIFT, co wskazuje, że nie MP PROLIFT nie dysponuje takim osobami. Poniższej Odwołujący odniesie się szczegółowo do osób, które budzą największe wątpliwości:

4.7.1.A.W. (lp. 6) - z informacji telefonicznej uzyskanej przez Odwołującego wynika, że A. W. pracuje za granicą i zmienił branżę oraz nie zamierza podjąć pracy dla MP PROLIFT w Warszawie. Prowadzi lub prowadził własną firmę Lu-Lift Zakład Montażu Urządzeń Dźwigowych M.A. W. (woj. Lubelskie), ul. Gościnną 7 lok.21, 20-532 Lublin.

4.7.2.P. K. (lp.8) - z oficjalnie otrzymanych od UDT informacji wynika, że P. K. nie posiada uprawnień w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, tj. nie posiada uprawnień w zakresie konserwacji schodów ruchomych (Załącznik nr 5a i Załącznik 5b do odwołania).

4.7.3.M.G. (lp. 10) - z informacji uzyskanych telefonicznie wynika, że M. G. nie posiada informacji i jest zaskoczony, że został wskazany w Wykazie Osób w ramach niniejszego postępowania i nie zamierza podjąć pracy w Warszawie przy realizacji Zamówienia.

4.7.4.K. K. (lp. 11) - posiada firmę w Szczecinie, z informacji uzyskanych telefonicznie wynika, że nic nie wie o przedmiotowym Zamówieniu i nie zobowiązywał się do podjęcia zatrudnienia u MP PROLIFT.

4.8. Z informacji ogólnodostępnych (LinkedIn, stron internetowych) wynika, że pozostałe osoby albo są zatrudnione albo prowadzą działalność gospodarczą poza Warszawą, co budzi podejrzenie (mając na uwadze fakt, że osoby, z którymi skontaktował się Odwołujący w ogóle nie wiedziały o „swoim uczestnictwie” w Zamówieniu), że osoby te także nie zobowiązały się do podjęcia zatrudnienia przez MP PROLIFT i realizacji przedmiotowego Zamówienia.

*W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieszcza podsumowanie weryfikacji Wykazu Osób*

5. Zarzut#4 - warunek udziału w postępowaniu - Wykaz Usług oraz dowody

5.1. Zamawiający w pkt 9.1.2 SWZ postawił następujące wymaganie dotyczące doświadczenia wykonawców: *„W okresie ostatnich 3 lat przed upływem składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) należycie wykonywał (lub nadal wykonuje) nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy usługę polegającą na przeprowadzeniu napraw oraz konserwacji urządzeń transportu pionowego w budynkach użyteczności publicznej przeznaczonych na potrzeby obsługi pasażerów w transporcie kolejowym i/lub drogowym i/lub lotniczym i/lub morskim lub wodnym śródlądowym lub w innych budynkach przeznaczonych do wykonywania podobnych funkcji, w ilości urządzeń nie mniejsze niż: a) Zadanie 1 - 50 szt. u jednego Zamawiającego”.*

5.2. MP PROLIFT w Wykazie Usług zamieścił opis czterech usług, z których trzy nie spełniają wymagania pod kątem liczby urządzeń:

a. Usługa nr 1 (MPK w Poznaniu) - za małą liczbą urządzeń (37 sztuk, zamiast wymaganych 50 sztuk);

b. Usługa nr 3 (PKP PLK) - za małą liczbą urządzeń (2 sztuki, zamiast wymaganych 50 sztuk);

c. Usługa nr 4 (PKP PLK) - za małą liczbą urządzeń (2 sztuki, zamiast wymaganych 50 sztuk).

5.3. Już samo wskazanie trzech usług, które mają nieporównywalnie mniejszą skalę niż przedmiotowe Zamówienie wskazuje, że MP PROLIFT nie ma realnie doświadczenia w realizacji takich umów jak przedmiotowe Zamówienie.

5.4. Wykonawca MP PROLIFT jako Usługę nr 2 wskazał realizację zamówienia na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego w Poznaniu Sp. z o.o. na podstawie umowy z dnia 30.12.2020 r., nr AL.0141.119.202, polegającą na „*przeprowadzeniu napraw i konserwacji urządzeń transportu pionowego w budynkach użyteczności publicznej przeznaczonych na potrzeby obsługi pasażerów w transporcie drogowym*”. Wykonawca wskazał 65 sztuk urządzeń podlegających naprawom i konserwacjom. Jako miejsce wykonywania usługi wykonawca ten podał: „Dworzec Zachodni w Poznaniu, Centrum Przesiadkowe Rondo Kaponiera w Poznaniu, Trasa Franowo”.

5.5. Zamawiający powinien jednak powziąć poważne wątpliwości co do realizacji wyżej wskazanego zamówienia. Należy bowiem wyraźnie podkreślić, że pomimo przedstawienia referencji, z publicznie dostępnych informacji prasowych jednoznacznie wynika, że usługa nie była wykonywana należycie.

5.6. Należy podkreślić, że o tym, czy wykonawca posiada doświadczenie dające rękojmię należytej realizacji przedmiotowego Zamówienia świadczy należyte wykonanie wcześniejszej umowy. Dowód złożony przez wykonawcę MP PROLIFT może być skutecznie obalony poprzez złożenie dowodu przeciwnego, a Zamawiający nie może dać wiary wyłącznie złożonemu przez wykonawcę MP PROLIFT dokumentowi (podpisanemu przez Dyrektora ds. Infrastruktury, wobec którego nie załączono dowodu potwierdzającego, że osoba podpisująca referencje jest uprawniona do reprezentacji MPK w Poznaniu w zakresie wystawienia referencji i posiada realną wiedzę o realizacji umowy) w sytuacji, gdy z publicznie dostępnych informacji jednoznacznie wynika, że usługa nie była należycie wykonywana.

5.7. Należy podkreślić, że nie dość, że w ramach realizacji wyżej wskazanego zamówienia dochodziło do wyłączenia schodów ruchomych z użycia na wiele tygodni, to wykonawca MP PROLIFT nieprawidłowo i w sposób niewystarczający zabezpieczał schody ruchome. Z ogólnodostępnych informacji wynika, że przed większość czasu schody ruchome wyłączone z użycia nie były w ogóle zabezpieczone,

5.8. Odwołujący wskazuje, że wyłączenie z użycia schodów ruchomych na długie okresy miało miejsce zarówno w 2019 r., 2020 r. jak i 2021 r., to jest wtedy, gdy za naprawę oraz



konserwację odpowiedzialny był MP PROLIFT (referencje zostały wystawione za okres od 2018 roku, to jest okres, w którym schody były tygodniami wyłączane z użycia, były nieprawidłowo zabezpieczane oraz nieprawidłowo konserwowane).

[facebook]

5.9. Powstała nawet specjalna grupa na portalu społecznościowym o nazwie: „*Czy schody ruchome na Kaponierze działają?*” obserwowana przez 6,3 tys. osób (<https://www.facebook.com/schody.ruchome.kaponiera/>), na której pierwsze posty dotyczące niedziałających schodów pojawiły się dnia 22 lutego 2020 r. (MP PROLIFT zajmuje się naprawą i konserwacją - zgodnie z Wykazem Usług - od 1.01.2020 r.). Z informacji zamieszczanych na portalu wynika, że użytkownicy sami zgłaszali niedziałające schody oraz przysyłali zdjęcia w celu potwierdzenia wyłączonych z użycia schodów ruchomych. Z zamieszczanych zdjęć wynika także, że schody nie były zabezpieczane w czasie, w którym były wyłączane z użycia.

5.10. Kolejne informacje o niedziałających schodach, zamieszczano codziennie od 22 lutego 2020 r. (wraz ze zdjęciami ukazującymi niedziałające schody) aż do kwietnia 2020 r., a następnie co kilka dni, przy czym z każdej informacji aż do 20 kwietnia wynikało, że schody ruchome nie działały. Oznacza to, że naprawa schodów zajęła co najmniej 2 miesiące. Z informacji na stronie nie wynika, czy schody zostały naprawione pomiędzy kwietniem a majem 2020 r., natomiast z publikacji (posta) zamieszczonej dnia 8 maja 2020 r. wynika, że schody w tym dniu nie działały. Po tym okresie nastąpiła przerwa w publikacji postów (nie wiadomo czy schody działały, czy tylko administratorzy przestali zamieszczać posty), ale dnia 9 czerwca 2021 r. zamieszczono informację: „tak jak codziennie przynajmniej część schodów na Kaponierze nie działa”. Należy zwrócić uwagę także na komentarze oraz liczbę osób, obserwujących stronę, z których wynika, że problem z niedziałającymi schodami był permanentny.

[Głos Wielkopolski]

5.11. Na portalu *Głos Wielkopolski* zamieszczono w dniu 26 czerwca 2021 r. artykuł (<https://gloswielkopolski.pl/ruchome-schodv-na-kaponierze-nie-dzialaia-problem-stary-iak-swiat-a-jego-rozwiazania-wciaz-nie-ma-zobacz-wideo/ar/c1-15773604>), w którym wskazano (wraz ze zdjęciami oraz nagraniami wideo niedziałających schodów), że część schodów jest wyłączona z użytku od dnia 22 czerwca 2021 r. i ich naprawa powinna zająć nie więcej niż dwa tygodnie. Nie ma natomiast informacji, że schody te zostały rzeczywiście w tym czasie naprawione, natomiast z artykułu wynika, że problem jest notoryczny: „*Ruchome schody na rondzie Kaponiera psują się notorycznie.*” „*Ruchome schody na Kaponierze? Nie działają. Problem stary jak świat, a jego rozwiązania wciąż nie ma*”.

[TVP3 Poznań]

5.12. Na stronie TVP3 Poznań w dniu 4 listopada 2019 r. (w okresie objętym wystawionymi przez MPK w Poznaniu referencjami) zamieszczono artykuł ([17](https://poznan.tvp.pl/45174498/wiecznie-</a></p></div><div data-bbox=)

zepsute-ruchome-schody-na-kaponierze-poznaniacy-traca-cierpliwosc) o tytule: „*Wiecznie zepsute ruchome schody na Kaponierze. Poznaniacy tracą cierpliwość*”. W artykule tym wskazano: „*Ruchome schody na rondzie Kaponiera po raz kolejny są zepsute. W sumie jest tam 26 ciągów, większość z nich nie działa. Nie wiadomo kiedy zostaną naprawione, ponieważ wciąż nie jest znana przyczyna zepsucia. Do takiej sytuacji poznaniacy zdążyli się już przyzwyczaić, bo problemy ze schodami zaczęły się prawie od razu po remoncie ronda. Jednak mieszkańcy Poznania powoli tracą cierpliwość.*”

[Poznań.NaszeMiasto.pl]

5.13. Na stronie Poznań Nasze Miasto (<https://poznan.naszemiesto.pl/ruchome-schody-na-kaponierze-znow-nie-dzialaia-teraz-nie/ar/c1-7533851>) zamieszczono w dniu 2 lutego 2020 r. informację, że: „*Mieszkańcy wciąż skarżą się na częste awarie ruchomych schodów pod Kaponierą. Od wielu miesięcy nie zostały one skutecznie naprawione.*”

5.14. Na tej samej stronie - Poznań Nasze Miasto - w dniu 11 lutego 2022 r. zamieszczono w artykule (<https://poznan.naszemiesto.pl/dworzec-ppk-w-poznaniu-od-10-lat-jest-zmora-dla-pasazerow/ar/c1-8673855>) , w którym wskazano, że: „*Niedziałające windy oraz ruchome schody to nie tylko niechlubna wizytówka ronda Kaponiera. To także ogromna zmora podróżnych na dworcu w Poznaniu.*”

[YouTube]

5.15. Na platformie YouTube użytkownicy zamieszczają nagrania audio i wideo, które pokazują nieprawidłowe działania schodów:

1) <https://www.youtube.com/watch?v=LRSzO-F7DzI> (27 września 2021 r.)

2) <https://www.youtube.com/watch?v=96R2q3eJumw> (1 września 2019 r.)

3) [https://www.youtube.com/watch?v=u06wuRJ3\\_HQ](https://www.youtube.com/watch?v=u06wuRJ3_HQ) (25 maja 2019 r.)

5.16. Już z samych powyższych informacji prasowych wynika, że usługa nie była należycie świadczona od co najmniej 2019 roku. Tym samym, informacje przedstawione w dokumencie „referencje” nie są wiarygodne. Zamawiający posiadając powyższe informacje powinien dochować należytej staranności w weryfikacji doświadczenia wykonawcy, którego ofertę wybrał jako najkorzystniejszą i skonfrontować informacje o ciągłym niedziałaniu schodów ruchomych (wyłączeniu schodów z użytku na co najmniej dwa miesiące) z informacjami znajdującymi się w referencjach.

5.17. Ponadto, należy wziąć także pod uwagę skalę i wagę przedmiotowego Zamówienia. Jeżeli MP PROLIFT będzie w taki sam sposób świadczyło usługi dla Metra Warszawskiego jak dla MPK w Poznaniu, to istnieje realne ryzyko, że schody ruchome będą wyłączone z użycia na wiele tygodni na stacjach, z których dziennie korzysta kilkadziesiąt tysięcy osób (zgodnie z informacją uzyskaną od Metra Warszawskiego, przywołaną w pkt 0 Odwołania nawet ponad 50.000 osób). Taka awaria może spowodować poważny paraliż komunikacyjny skutkujący nawet koniecznością wyłączenia całej stacji (w szczycie metro jeździ co 2-3 min , co oznacza, że w przypadku braku działania ruchomych schodów może być problem z bieżącym opuszczaniem stacji metra przez ludzi wysiadających z metra przed przyjazdem

kolejnego metra), a tym samym nawet stworzyć zagrożenie dla życia i zdrowia pasażerów.

5.18. Niezależnie od faktu nienależytej naprawy (permanentnego wyłączenia schodów ruchomych z użycia), schody nie były także prawidłowo konserwowane (na co wskazują dźwięki zamieszczone na wideo na portalu YouTube). Ponadto, schody w czasie napraw nie były zabezpieczane w sposób niewystarczający, który stwarzał zagrożenia dla zdrowia pasażerów.

5.19. Z publicznie dostępnych zdjęć wynika, że schody ruchome w czasie naprawy są zabezpieczane w nieprawidłowy sposób. *W tym miejscu odwołania przykładowe zdjęcia schodów zabezpieczono wyłącznie taśmami.*

5.21. Powyższe zabezpieczenia są w ocenie Odwołującego niewystarczające i stwarzają ryzyko dla bezpieczeństwa i zagrożenie dla zdrowia użytkowników. Prowadzenie jakiegokolwiek prac na schodach ruchomych powoduje zazwyczaj ich wyłączenie z eksploatacji. W świetle przepisów budowlanych, schody ruchome stojące nie spełniają wymogów dotyczących schodów w ciągu komunikacyjnym i jako takie, mogą służyć do chodzenia tylko w wyjątkowej sytuacji, gdy jest to niezbędne dla ewakuacji ludzi i przy zachowaniu wzmożonej ostrożności. Parametry dla schodów definiuje Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. W sytuacji wyłączenia, schody ruchome powinny być zatem odpowiednio zabezpieczone przed dostępem, w sposób uniemożliwiający korzystanie z nich, gdyż nie mogą być traktowane jako schody w ciągu komunikacyjnym.

5.22. Niezależnie od sposobu zabezpieczenia schodów, nie sposób jest twierdzić, że MP PROLIFT posiada doświadczenie dające gwarancję należytego wykonania umowy w sytuacji, gdy z wielu, powszechnie dostępnych źródeł wynika, że umowa, na którą się powołuje, była przez niego nienależycie wykonywana. Naprawy schodów ruchomych trwały bardzo długo (powodując wyłączenie schodów z użycia na okres liczony w tygodniach) a efekt naprawy i konserwacji był niezadowalający (nawracające usterki oraz hałas i skrzypienie schodów).

5.23. Tym samym Zamawiający powinien zweryfikować otrzymane referencje i Wykazu Usług, wezwać MP PROLIFT do ich uzupełnienia, a w przypadku nieuzupełnienia ww. referencji i Wykazu Usług - odrzucić ofertę MP PROLIFT z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) PZP.

5.24. Jak już wyżej wskazano, referencje posiadają jedynie domniemanie prawdziwości, które można obalić poprzez złożenie dowodu przeciwnego. Krajowa Izba Odwoławcza w ramach postępowania odwoławczego wielokrotnie badała prawdziwość złożonych referencji. Oznacza to, że samo oświadczenie wiedzy, znajdujące się w treści „referencji” nie musi oznaczać, że zamówienie zostało należycie wykonane, jeżeli ze stanu faktycznego (obiektywnych okoliczności) wynika co innego. Przykładowo w wyroku z dnia 12 sierpnia

2012 r., sygn. akt: KIO 1454/19.

5.25. Ponadto z informacji uzyskanych od MPK w Poznaniu wynika, że aktualnie MP PROLIFT naprawia i konserwuje tylko 47 urządzeń, co budzi wątpliwości, czy w okresie wskazanym w Wykazie Usług faktycznie wykonawca naprawił i konserwował minimum 50 urządzeń zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu.

#### 6. Zarzut #5 - tajemnica przedsiębiorstwa

6.1. Jedną z głównych zasad zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, powiązana z zasadą przejrzystości. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego są świadomi tego, że złożone przez nich dokumenty mogą zostać ujawnione, a brak ujawnienia dotyczy wyłącznie szczególnych przypadków związanych z ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy oraz konkretnych informacji, a nie całych dokumentów.

6.2. Zamawiający nie udostępnił wykonawcy złożonych przez MP PROLIFT wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w żadnym zakresie ani nie udostępnił dokumentów mających potwierdzić treść wyjaśnień, skuteczność uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i wysokość rzeczywiście ponoszonych przez MP PROLIFT kosztów wykonania Zamówienia. Należy wskazać, że Zamawiający wprost wezwał MP PROLIFT do złożenia dowodów do wyjaśnień.

6.3. Zamawiający, utrzymując zastrzeżenie ww. dokumentów, całkowicie zignorował nie tylko przepisy PZP, ale także dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej ogłoszony dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie o sygn. C-54/21 w odpowiedzi na pytania prejudycjalne zadane przez Krajową Izbę Odwoławczą.

6.4. W przedmiotowym wyroku podniesiono, że praktyka polegająca na uwzględnianiu przez zamawiających zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez danego wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia co do wszystkich informacji, których ujawnienia konkurującym z nim oferentom taki wykonawca sobie nie życzy, może naruszać nie tylko równowagę między zasadą przejrzystości a ochroną poufności, ale także wymogi skutecznej ochrony sądowej, jak również ogólną zasadę dobrej administracji, z której wynika obowiązek uzasadnienia. Tym samym, zaznaczono, że „instytucja zamawiająca powinna nie tylko uzasadnić decyzję o uznaniu niektórych danych za poufne, lecz powinna również przekazać w neutralnej formie, na ile to możliwe i w zakresie, w jakim takie przekazanie pozwala na zachowanie poufnego charakteru określonych elementów tych danych, w odniesieniu do których ochrona jest z tego tytułu uzasadniona, zasadniczą treść tychże danych odrzuconemu oferentowi, który ich żąda, a w szczególności treść danych dotyczących tych elementów decyzji i wybranej oferty, które mają kluczowe znaczenie”.

6.5. Analogiczne stanowisko zajmuje w tym zakresie orzecznictwo KIO. Dla przykładu,

w wyroku KIO z dnia 20 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 880/22.

6.6. Należy wskazać, że zgodnie z art. 11 ust. 2 UZNK oraz ugruntowaną linią orzecniczą KIO oraz sądów administracyjnych, w celu zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa konieczne jest łączne spełnienie dwóch przesłanek: materialnej i formalnej.

6.7. Przesłanka materialna polega na dysponowaniu przez przedsiębiorcę informacjami przedsiębiorstwa (m.in. technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi) posiadającymi wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób.

6.8. Z kolei o zaistnieniu przesłanki formalnej świadczy wola utajnienia danych informacji, przejawiająca się czynnościami, które przedsiębiorca przedsięwziął, by zapewnić poufność określonych danych (Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 3 października 2019 r., sygn. akt IV SA/Po 606/19). Wykonawca powinien złożyć dowody na potwierdzenie powyższego.

6.9. Jednocześnie, w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że *„tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby - z istoty rzeczy - nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu, zwłaszcza w kontekście dążenia do uzyskania zamówienia publicznego i ryzykiem weryfikacji przez innych wykonawców prawidłowości interpretacji wymagań zamawiającego zawartych w SWZ, a w konsekwencji dokumentów złożonych w postępowaniu. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli)”* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1306/22).

6.10. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający nie ma podstaw do utajnienia całości dokumentu zawierającego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Przykładowo, nie sposób uznać, że rodzaj (spis) uwzględnionych kosztów realizacji Zamówienia posiada wartość gospodarczą, gdyż to, jakie koszty zobowiązany jest ponieść wykonawca wynika z przedmiotu Zamówienia oraz praktyki. Koszty, które wynikają z opisu przedmiotu zamówienia są jawne (wynikają z jawnej dokumentacji postępowania), natomiast pozostałe koszty (ich spis) nie posiadają wartości gospodarczej, gdyż każdy podmiot przystępujący do realizacji Zamówienia będzie musiał je ponieść. Taką wartość mogłyby ewentualnie posiadać informacje o konkretnej wysokości kosztu w powiązaniu z informacją w jaki sposób wykonawca uzyskał konkretną cenę, o ile zastosowanie znajdą także pozostałe przesłanki określone w art. 11 ust. 2 UZNK, to jest wykonawca podjął działania w celu zachowania takiej

informacji w poufności i informacja ta nie została wcześniej ujawniona.

6.11. Ponadto nie sposób także uznać, że wszystkie dowody (wraz ze spisem dowodów) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy. Wykonawca zobowiązany jest wraz z wyjaśnieniami złożyć zarówno dowody potwierdzające wysokość ponoszonych kosztów jak i dowody potwierdzające skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 stycznia 2021 r., sygn. KIO 3483/20: *„Zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. (...) W art. 8 ust. 3 p.z.p. ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca "wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa". Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem "wykazał", co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie "oświadczenia", czy "deklarowania", ale stanowi znacznie silniejszy wymóg "udowodnienia". Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw "wykazać", czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziszczyły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k" (Analogicznie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2020 r. sygn. KIO 1152/20).*

6.12. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o nakazanie ujawnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załączonymi do nich dowodami.

7. Zarzut #6 - rażąco niska cena oraz czyn nieuczciwej konkurencji Rażąco niska cena oferty

7.1. Jak już wskazano w Zarzucie #5, Zamawiający bezzasadnie odmówił Odwołującemu wglądu w treść wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz złożonych przez MP PROLIFT dowodów.

7.2. W związku z tym, Odwołujący nie ma możliwości zapoznania się z informacjami zawartymi w wyjaśnieniach wykonawcy MP PROLIFT, a tym samym szczegółowego, konkretnego odniesienia się do zastrzeżonych wyjaśnień ceny oferty.

7.3. Łączna wartość oferty na konserwację 239 urządzeń z Zadania 1 złożona przez wykonawcę MP PROLIFT wynosi 4.422.240,00 zł netto (5.439.355,20 zł brutto). Całkowita cena oferty MP PROLIT za Zadanie nr 1 wynosi netto: 12.747.240,00 złotych (brutto: 15.679.105,20 złotych).

7.4. Zamawiający w treści wezwania MP PROLIFT do wyjaśnień ceny oferty wskazał, że w zakresie Zadania nr 1, istotnym elementem składowym ceny oferty MP PROLIFT jest łączna cena ofertowa konserwacji, która to cena brutto jest aż o 51,48% niższa od szacunkowej wartości ustalonej przez Zamawiającego oraz aż o 45,46% niższa od średniej

arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

7.5. Pomimo braku wglądu w treść wyjaśnień, z wiedzy i doświadczenia Odwołującego wynika, że wykonawca MP PROLIFT nie jest w stanie zrealizować Zamówienia za ta niską cenę.

7.6. Biorąc pod uwagę swoje dotychczasowe doświadczenie, Odwołujący wskazuje, że tak niska cena wskazuje, że MP PROLIFT nie uwzględnił w ofercie wszystkich kosztów realizacji Zamówienia, to jest przykładowo:

7.6.1.kosztów magazynu - w tym kosztów utrzymania magazynów przez cały okres realizacji zamówienia, ubezpieczenia, kosztów obsługi magazynów, co stanowi średnio koszt około 10 000 złotych miesięcznie netto, czyli 240000 złotych netto przez cały okres realizacji Zamówienia, mając na uwadze, że miejscem realizacji Zamówienia jest Warszawa.

7.6.2.kosztów części zamiennych - w przypadku MP Prolift możemy założyć, że kupując części oryginalne poniesie koszty zbliżone do standardowego cennika OTIS stąd można przyjąć koszt w przedziale 1 000 000 - 1 400 000 złotych brutto. Wykonawca MP PROLIFT nie jest spółką producencką (z Grupy kapitałowej producenta części zamiennych), więc posiada wyższe koszty zakupu niż gdyby sam je produkował, i musi opierać się na cenach cennikowych, które uwzględniają marże producentów i dystrybutorów.

7.6.3.kosztów dojazdów (leasingu/ najmu/ zakupu) - tj. m.in. koszty leasingu samochodów, opłaty za połączenia telefoniczne pracowników, koszt paliwa, koszt parkingu to koszt około 20.000,00 złotych miesięcznie (x 24 = 480 000 złotych), wykorzystanie samochodów jest niezbędne do prawidłowego wykonania Zamówienia, tj. przywiezienia materiałów, sprzętu lub narzędzi (odkurzacz, części zamienne, torby, parawany zabezpieczające) i szybkiego przyjazd na miejsce awarii lub przetransportowania zepsutego sprzętu do magazynu. (około 5 do 10 dostępnych na stałe samochodów np. gdy awarii ulegnie jednocześnie kilka stacji).

7.6.4.rezerw na ryzyka związane z wahaniami kursu walut i inflacją - mając na uwadze fakt, że większość (ok. 80%) części zamiennych niezbędnych do realizacji Zamówienia wymaga zakupu/dostawy z zagranicy. Wykonawca powinien uwzględnić ryzyko związane ze zmiennym kursem walut oraz rosnącą inflacją przynajmniej w wysokości około 5% kosztu zakupu materiałów.

7.6.5.koszty zatrudnienia - MP PROLIFT aktywnie prowadzi rekrutację zamieszczając w portalach społecznościowych i kontaktując się z pracownikami oraz współpracownikami Odwołującego oferując im wynagrodzenie w kwocie 10.000,00 zł netto, co oznacza, że koszt pracodawcy wynosi ok. 18.000,00 zł (dokładnie biorąc pod uwagę koszty w 2022 r.: 17 985,19 zł), co przy 12 pracownikach przez 24 miesiące daje koszt ponad 5 milionów złotych (dokładnie, biorąc pod uwagę koszty w 2022 r.: 5.179.734,72 zł). Oznacza to także, że na dzień otwarcia ofert, tj. 9 listopada 2022 r. nie dysponował osobami, które będą realizowały Zamówienie, a tym samym nie mógł skalkulować prawidłowo w cenie oferty

kosztów w tym zakresie, które to koszty stanowią główny koszt realizacji całego Zamówienia. Oprócz ww. 12 osób, MP PROLIFT powinien dysponować także innymi pracownikami (z pracowni projektowej, inżynierami, administracją, osobami nadzorującymi pracę itp.);

7.6.6. rezerw na ryzyka związane z karami umownymi, koszty nieprzewidziane - Zamawiający przewidział wysokie kary umowne oraz krótkie czasy reakcji co powoduje, że wykonawcy powinni uwzględnić w cenie oferty skalkulowane na podstawie dotychczasowego doświadczenia koszty ryzyka związane z realizacją Zamówienia;

7.6.7. koszty administracyjne, ubezpieczenie, tj. dodatkowe koszty pracy w trudnych warunkach (bony żywieniowe ok. 1500 zł x 12 X 2 lata), koszty BHP pracownicze (środki czystości ok 400 złotych), parawany (ok. 20 000 - 40 000 złotych), ubrania robocze, buty i koszt pralni (ok. 1000-2000 złotych), bilety miejskie (ok. 9000 złotych - 27 000 złotych, koszty utylizacji (ok. 15 000 złotych), dyżury, nadgodziny, koszty relokacji pracowników, którzy obecnie pracują poza Warszawą (3 osoby wskazane w Wykazie osób pracują w oddziale firmy w Poznaniu) (w tym m.in. koszt wynajmu mieszkania dla 3 osób to ok. 3.000,00 - 4.000,00 złotych miesięcznie x 24 miesiące -> 72 000 - 96.000,00 złotych,

7.6.8. koszty pracowni projektowej.

7.7. Jak już wskazywał Odwołujący, Wykonawca MP PROLIFT nadal aktywnie poszukuje pracowników do realizacji Zamówienia. Na stronie linkedin.pl zostało zamieszczone ogłoszenie w sprawie poszukiwania pracownika na stanowisko konserwatora schodów ruchomych w metrze (warszawskim) i oferowanym wynagrodzeniu na poziomie 10.000,00 złotych netto. Z informacji pozyskanych przez Odwołującego, firmą dla której poszukiwani są pracownicy w ramach tego ogłoszenia jest właśnie wykonawca MP PROLIFT. Potwierdza to także fakt, że ogłoszenie zostało udostępnione na stronie linkedin.pl pracownika MP PROLIFT. Ogłoszenie na dzień składania niniejszego odwołania nadal jest aktualne.

(źródło: [https://www.lmkedm.com/feed/update/urml:activity:7009128118510600193/?updateEntityUm=um%3Ali%3Afs\\_feedUpdate%3A%28V2%2Cum%3Ali%3Aactivity%3A7009128118510600193%29](https://www.lmkedm.com/feed/update/urml:activity:7009128118510600193/?updateEntityUm=um%3Ali%3Afs_feedUpdate%3A%28V2%2Cum%3Ali%3Aactivity%3A7009128118510600193%29))

7.8. Jeżeli zatem przyjmiemy zgodnie powyższymi informacjami, że MP PROLIFT zatrudnia (zgodnie z ogłoszeniem oraz warunkami przetargowymi) osoby z wynagrodzeniem 10 000 zł netto na umowę o pracę, to dla wykonawcy MP PROLIFT jest to koszt około 17 985,19 zł x 12 osób x 24 miesiące = 5 179 734,72 złotych. W związku z tym wysokość kosztu zatrudnienia pracowników (bez wszystkich pozostałych kosztów, w tym kosztów dojazdów, kosztów ryzyka, kosztów magazynu, kosztów części zamiennych) wskazuje, że zaoferowana przez MP PROLIFT cena nie może zostać uznana za cenę realną.

7.9. W ocenie Odwołującego wyjaśnienia i złożone dowody (o ile zostały złożone) nie mogły być zatem być wystarczające do uznania przez Zamawiającego, że zaoferowana przez wykonawcę MP PROLIFT cena nie jest rażąco niska, a wykonawca ten jest w stanie za tę cenę w sposób należyty zrealizować przedmiot zamówienia.



7.10. Cena oferty MP PROLIFT w ocenie Odwołującego jest nierealna, odbiega od rzeczywistej wartości realizacji Zamówienia i wskazuje na fakt wykonania Zamówienia poniżej jego kosztów, nieprawidłowej kalkulacji ceny oferty lub niedopuszczalnego na gruncie przepisów PZP zaniżania lub przerzucania kosztów realizacji Zamówienia w zakresie poszczególnych jego etapów lub elementów.

7.11. Biorąc pod uwagę, tak niską cenę oferty MP PROLIFT w stosunku do szacunkowej wartości Zamówienia, w takiej sytuacji w pełni uzasadnionym było szczegółowe wyjaśnienie ceny, w tym cen jednostkowych, cen za realizację poszczególnych części zamówienia przez Zamawiającego. Niezbędne było przedstawienie przez wykonawcę MP PROLIFT sposobu kalkulacji ceny oferty w zakresie cen jednostkowych i wskazanych powyżej przez Odwołującego kosztów. Cena oferty za realizację konkretnego zamówienia ma uwzględniać wszelkie koszty związane z jego realizacją oraz zakładany zysk lub marżę i jak potwierdza wskazane poniżej orzecznictwo.

7.12. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. KIO 39/11) Izba wskazała, że *„niezależnie od zastosowanych obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty, to właśnie zaoferowana przez wykonawcę cena powinna pokrywać koszty realizacji zamówienia”*.

7.13. Natomiast w uchwale z dnia 4 lutego 2014 r. sygn. (KIO/KD 5/14) Krajowa Izba Odwoławcza wyraźnie podkreśliła, że *„Ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie cena odbiegającą od jego rynkowej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, danego zamówienia wykonać. Cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie występującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających”*.

7.14. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24 września 2014 r. (sygn. KIO 1844/14) *„Z uwagi na to, że to ceny jednostkowe będą stanowiły podstawę do obliczenia ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy, każda z tych cen powinna zostać obliczona w sposób realny, rynkowy. Z uwagi na powyższe analizowanie zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu cen jednostkowych pod kątem rażąco niskiej ceny jest w pełni uprawnione”*.

7.15. Natomiast w wyroku z dnia 24 sierpnia 2012 r. (sygn. KIO 1734/12) Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że *„ceny jednostkowe mają, zatem cechy samodzielnych cen za*

*wykonanie poszczególnych dostaw składających się na złożone zamówienie. Wobec powyższego, ceny jednostkowe, jako ceny do zapłaty, mogą być rozpatrywane w kategorii rażąco niskiej ceny w odniesieniu do danego elementu dostawy" (stanowisko wyrażone w wyroku KIO 1734/12 zostało podtrzymane przez SO w Olsztynie w wyroku z dnia 15 listopada 2012 r., V Ga 106/12). Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza wskazała w wyroku z dnia 7 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2473/17, że (...) badanie ofert pod kątem rażąco niskiej ceny należy odnieść również do cen jednostkowych, czy istotnych pojedynczych elementów kształtujących cenę oferty. Zatem o rażąco niskiej cenie można również mówić, gdy rażąco niskie okażą się jedynie pewne ceny jednostkowe lub ceny za poszczególne pojedyncze prace, niezależnie czy przekładają się na rażąco niską cenę w odniesieniu do całego zamówienia".*

Czyn nieuczciwej konkurencji

7.16. Nadto, tak niska cena oferty MP PROLIFT wskazuje na to, że oferta tego wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

7.17. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 czerwca 2017 r. (sygn. akt: KIO 1123/17) *„Ustalenie cen na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to, aby uzyskać zamówienie, narusza dobre obyczaje kupieckie i może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie za czyn nieuczciwej konkurencji uznać należy takie zachowanie wykonawcy, który swoim działaniem (które może w pewnych okolicznościach być uznane za co najmniej niezgodne z zasadami współżycia społecznego lub przepisami prawa) utrudnia innym wykonawcom dostęp do rynku”.*

7.18. Niewątpliwie, zaniżanie kosztów wykonania zamówienia na potrzeby uzyskania niższej ceny całkowitej brutto i wyższej punktacji w kryterium cena prowadzi do naruszenia interesów Odwołującego składającego ofertę na warunkach rynkowych i adekwatnych do charakteru przedmiotu Zamówienia.

7.19. Nie ulega również wątpliwości, że takie działanie MP PROLIFT narusza dobre obyczaje kupieckie. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24 sierpnia 2016 r. (sygn. akt KIO 1449/16, KIO 1501/16) *„Dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą”.*

7.20. Powyższe uzasadnienie można w pełni odnieść do zachowania wykonawcy MP PROLIFT składającego ofertę znacznie poniżej ceny kalkulowanej w oparciu o aktualne realia rynkowe i sytuację gospodarczą. W ocenie Odwołującego powyższe potwierdza, że złożenie oferty z celowo zaniżoną ceną stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i narusza

dobre obyczaje kupieckie.

Zamawiający w dniu 28.12.2022 r. (za pośrednictwem Platformy Zakupowej Zamawiającego) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 30.12.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) MP PROLIFT Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: MP PROLIFT Sp. z o.o.

W dniu 05.01.2023 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W ramach odpowiedzi stwierdził: „(...) *Odwołujący zgłosił dowód z przesłuchania w charakterze świadków 12 osób wskazanych w Odwołaniu oraz w zał. 5b do Oferty Przystępującego w zakresie zadania 1. Zamawiający oponuje przeciwko dopuszczeniu tego dowodu, który w jego ocenie został zgłoszony jedynie w celu przedłużenia postępowania odwoławczego. Zgodnie z przepisem art. 534 ust. 1 PZP na Odwołującym ciąży ciężar przeprowadzenia dowodów potwierdzających zasadność zarzutów odwołania. Przystępujący, zapewne przedstawi przed KIO dowody potwierdzające spełnienie warunku co do personelu. W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący w zakresie powołanych świadków używa zwrotów prawdopodobnie, wątpliwe itd. W tym zakresie Zamawiający szerzej odniesie się w dalszej części niniejszego pisma.*

*Zamawiający nie zgadza się z zarzutami naruszenia w przedmiotowym postępowaniu jakichkolwiek przepisów PZP, w szczególności mających wpływ na wynik postępowania. Zamawiający podnosi, że zarzuty zgłoszone w odwołaniu wniesionym przez Odwołującego są bezpodstawne i mają na celu jedynie przedłużenie postępowania. Zamawiający poniżej odnosi się szczegółowo do poszczególnych zarzutów i żądań sformułowanych przez Odwołującego.*

*Odwołujący przedstawił w swoim odwołaniu (informacje wstępne) argumenty świadczące o tym jak ważna jest prawidłowa realizacja Zamówienia, z czym Zamawiający nie polemizuje. Faktycznie największa liczba dźwigów osobowych, schodów ruchomych oraz platform ujęta została w Zadaniu 1, co wiąże się również z najwyższym kosztem realizacji tego zadania.*

*Uwzględniając znaczenie prawidłowej realizacji zamówienia, Zamawiający wskazał warunki udziału w postępowaniu, których spełnienie gwarantuje należyte wykonanie zamówienia, w szczególności: dysponowanie pracownią projektową, urządzeniami do*

diagnozowania usterek oraz monitorowania pracy urządzeń, osobami posiadającymi określone uprawnienia (pkt 9.1.1. SWZ). Ponadto w trakcie realizacji usługi Wykonawca będzie zobowiązany utworzyć, prowadzić i na bieżąco uzupełniać magazyn główny i magazyn podręczny części zamiennych o minimalnej wartości wskazanej w SWZ przez Zamawiającego. Zwracam uwagę Wysokiej Izby, iż w przedmiotowym Postępowaniu nie wpłynęło żadne odwołanie na treść SWZ. Zarówno Odwołujący jak i Przystępujący oświadczyli w swoich ofertach, iż „zapoznaliśmy się z dokumentami postępowania: Specyfikacją Warunków Zamówienia (SWZ), i jego załącznikami, w tym Specyfikacją Techniczną i Wzorem Umowy. Zamówienia wykonamy zgodnie z wymaganiami określonymi w w/w dokumentach”. (...)

Odnosząc się do zgłoszonych zarzutów Zamawiający podnosi ich bezzasadność, co argumentuje następująco:

Ad. ZARZUT #1 - dysponowanie pracownią projektową

Zamawiający w pkt 9 SWZ określił warunki udziału w Postępowaniu w następujący sposób:

9.1 Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

9.1.1 Dysponuje (i będzie dysponował przez cały okres realizacji Przedmiotu Zamówienia) lub będzie dysponował przez cały okres realizacji Przedmiotu Zamówienia:

1) pracownią projektową do rozwiązywania problemów napraw, modernizacji i tworzenia oprogramowania dla urządzeń transportu pionowego (dla części które nie są już produkowane).

Przystępujący w załączniku nr 5a do SWZ (Wykaz wyposażenia) wskazał, iż podstawą jego dysponowania pracownią projektową jest dysponowanie bezpośrednie. Również w Ofercie oraz JEDZ oświadczył, iż całość zamówienia zrealizuje samodzielnie.

Powyższe oświadczenia są spójne i nie budzą wątpliwości. Zamawiający wskazuje, że treść oświadczenia Przystępującego o posiadaniu dostępu do pracowni projektowej (oraz badawczej) nie stoi w sprzeczności z oświadczeniem Przystępującego o samodzielnym wykonaniu zamówienia i dysponowaniu bezpośrednim. Dysponowanie może wynikać z różnych tytułów prawnych, nie tylko z prawa własności (np. z umowy najmu, użyczenia czy leasingu). Posiadanie tytułu prawnego pozwalającego na korzystanie i zapewniającego dostęp do pracowni uprawnia wykonawcę do wskazania dysponowania bezpośredniego.

W wyjaśnieniach do formularza zał. 5a do SWZ Zamawiający podał:

„W przypadku, gdy Wykonawca wykazując spełnianie warunku polega na osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów, i wskaże inną niż „dysponowanie bezpośrednie” formę dysponowania - zobowiązany jest udowodnić, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych

zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Z dysponowaniem bezpośrednim mamy do czynienia, gdy tytułem prawnym do powołania się przez Wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy Wykonawcą a osobami, na dysponowanie którymi Wykonawca się powołuje.

Bez znaczenia jest tutaj charakter prawny takiego stosunku, tj. może to być umowa o pracę, umowa zlecenia, umowa przedwstępna, czy też samozatrudnienie się osoby fizycznej prowadzącej działalność."

W powyższych wyjaśnieniach występuje oczywista pomyłka, nie chodzi bowiem o osoby a o zasoby, urządzenia. Prawdziwe jest oświadczenie Przystępującego w zakresie dysponowania bezpośredniego pracownią, jeżeli będzie istniał stosunek prawny np. umowa, umowa przedwstępna uprawniająca do korzystania z pracowni.

W żadnym miejscu Przystępujący nie oświadczył jak błędnie twierdzi Odwołujący, iż „Przystępujący będzie korzystał z zasobów grupy kapitałowej”, przez co nie będzie dysponowania bezpośredniego. Przystępujący oświadczył, iż: „jako część grupy kapitałowej (...) posiada dostęp do należącej do grupy kapitałowej pracowni projektowej”.

Użycie sformułowania „posiada dostęp” oznacza, że Przystępujący może samodzielnie, bezpośrednio korzystać z pracowni. Fakt, iż pracownia jest własnością grupy kapitałowej nie wyklucza bezpośredniego dysponowania pracownią np. na podstawie umowy najmu, użyczenia.

Zamawiający nie wymagał, aby wykonawcy wykazali się prawem własności pracowni ani nie wymagał w tym zakresie przedstawienia dowodów potwierdzających oświadczenie wykonawców co do dysponowania bezpośredniego.

Ponieważ Przystępujący nie wskazał na dysponowanie pośrednie, wywody Odwołującego w tym zakresie jak i dotyczące możliwości zmiany dysponowania bezpośredniego na pośrednie są bezprzedmiotowe, bo nic takiego nie miało miejsca w Postępowaniu.

Ad. ZARZUT #2 - urządzenia do diagnozowania oraz monitorowania

9.1 Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

9.1.1 Dysponuje (i będzie dysponował przez cały okres realizacji Przedmiotu Zamówienia) lub będzie dysponował przez cały okres realizacji Przedmiotu Zamówienia:

2) urządzeniami do diagnozowania usterek oraz monitorowania pracy urządzeń producentów, których urządzenia obejmują odpowiednie Zadanie;

Zamawiający podnosi, iż błędnie i nieprawdziwie twierdzi Odwołujący na stronie 10 odwołania w pkt 3.3., iż wskazane urządzenia produkcji OTIS nie posiadają funkcji monitorowa przez co jakoby nie spełniały warunku SWZ. W żadnym miejscu SWZ Zamawiający nie wymagał, aby urządzenia do diagnozowania usterek oraz monitorowania

pracy urządzeń posiadały funkcjonalność pozwalającą na ciągłe monitorowanie urządzeń. Faktycznie Odwołujący posiada i w ramach realizowanych umów u Zamawiającego korzystał z urządzeń pozwalających na ciągłe monitorowanie urządzeń. Jest to jednak bez znaczenia, wobec nie postawienia takiego wymogu w Postępowaniu. Zamawiający nie określił w warunkach udziału wymagania posiadania urządzeń pozwalających na ciągłe monitorowanie. Co więcej Zamawiający ocenił przygotowując dokumentację Postępowania taki wymóg za ograniczający dostęp do zamówienia w sposób nieuzasadniony.

Ponadto Przystępujący w zał. 5a Wykaz wyposażenia wskazał 6 urządzeń, w śród nich 2 urządzenia produkcji Otis. Tak jak podniósł Odwołujący „(przy tej skali niezbędne jest dysponowanie co najmniej 6-cio, urządzeniami)” Przystępujący wskazał, iż będzie dysponował 6 urządzeniami, choć Zamawiający nie określił wymagań co do liczny urządzeń dla zadania 1. W formularzu (wzorzec) - stanowiącym zał. 5a do SWZ Wykaz wyposażenia nie ma informacji o wymaganej liczbie urządzeń, tym samym rozważania Odwołującego co do liczny urządzeń są bezprzedmiotowe. (...)

Dziś nie ma ograniczenia w dokonywaniu zakupów urządzeń do diagnozowania i monitorowania. Zamawiający ustalił, że istnieje możliwość zakupu urządzeń, o których mowa pkt 3.4 (str. 10 Odwołania) bez zakładania konta klienckiego w Otis. Na potwierdzenie powyższego, Zamawiający wkleja poniżej zrzuty ekranu oferty firmy MPPR oferującej części do dźwigów, dźwignic oraz schodów i chodników ruchomych produkcji polskiej i zagranicznej, gdzie można dokonać zakupu bez posiadania konta, o którym mowa w odwołaniu. Firma ta dostarcza części i urządzenia diagnostyczne do każdego typu dźwigów (OTIS, Kone, Schindler, Orona czy ThyssenKrupp). Zamawiający dokonywał zakupów w MPPR, nie zakładając i nie posiadając konta klienckiego w Otis.

Otis nie jest jedynym miejscem zakupu urządzeń, testerów jego produkcji. (...)

Nie ma racji Odwołujący twierdząc, iż Zamawiający „powinien zweryfikować prawdziwość powyższego wykazu zwracając się bezpośrednio do producentów ww. urządzeń na podstawie art. 128 ust. 5 PZP, a nie polegać jedynie na oświadczeniu MP PROLIFT”. Zgodnie z przepisem art. 128 ust 5 PZP jeżeli złożone przez wykonawcę (...) podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. Zamawiający w ramach badania ofert i dokumentów dostarczonych na wezwanie Zamawiającego w zakresie Zadania 1, dokonując analizy dokumentów dot. dysponowania urządzeniami do diagnozowania i monitorowania nie powziął wątpliwości dot. spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu a tym samym Zamawiający nie wystąpił i nie powinien występować do odpowiednich podmiotów.

Ponownego podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający nie wskazał w SWZ w warunkach ilości wymaganych urządzeń do diagnozowania i monitorowania.

Dla odrzucenia oferty konieczne jest ustalenie przez Zamawiającego, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą Przystępującego a warunkami zamówienia polega. W Postępowaniu nie występuje taka niezgodność.

Przystępujący wykazał dysponowanie konkretnymi urządzeniami do diagnozowania i monitorowania, tym samym spełnił warunek z pkt 9.1.1 ppkt 2) SWZ.

Ad. ZARZUT #3 - Wykaz osób

9.1 Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

9.1.1 Dysponuje (i będzie dysponował przez cały okres realizacji Przedmiotu Zamówienia) lub będzie dysponował przez cały okres realizacji Przedmiotu Zamówienia:

3) osobami, które zostaną oddelegowane wyłącznie do obsługi urządzeń zainstalowanych w obiektach Zamawiającego, posiadającymi uprawnienia w zakresie konserwacji dźwigów i schodów ruchomych wydane przez Transportowy Dozór Techniczny lub inny organ właściwej jednostki dozoru technicznego zgodnie z art. 22 ust. 3b ustawy z dnia 21 grudnia 2010 roku o dozorze technicznym (tj.: Dz.U. z 2022 r, poz. 1514), w liczbie nie mniejszej niż:

a) Zadanie nr 1 - 12 osób,

Zamawiający wymaga oddelegowania wyłącznie do obsługi urządzeń zainstalowanych w obiektach metra w Zadaniu 1 w liczbie 12 osób. Faktycznie Zamawiający stosując się do przepisów prawa w pkt 4.5 SWZ postawił wymóg zatrudnienia na podstawie umów o pracę. Jednak Zamawiający nie wymaga zatrudnienia 12 osób realizujących Zadanie 1 na pełen etat. SWZ nie określa wielkości etatu i nie stawia w tym zakresie żadnych wymagań.

Zgodnie z pkt 4.5 SWZ Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks Pracy (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1510 t.j.) przez Wykonawcę lub Podwykonawcę osób wykonujących w trakcie realizacji Przedmiotu Zamówienia czynności związane z wykonywaniem konserwacji i napraw dźwigów osobowych, platform i schodów ruchomych. Szczegółowy opis dotyczący sposobu weryfikacji spełnienia przedmiotowego w trakcie realizacji zamówienia wymogu określa Wzór Umowy (zał. nr 3 do SWZ, § 8). (...)

Wymóg zatrudnienia na podstawie umów o pracę dotyczy etapu realizacji Umowy i musi być spełniony w okresie jej trwania. Przed zawarciem umowy każdy wykonawca powinien ale nie musi mieć podpisanych umów o pracę. Powinien się zabezpieczyć, tak aby ten warunek spełnić np. zawierając umowy przedwstępne.

Nie jest rolą i obowiązkiem Zamawiającego w Postępowaniu weryfikować w inny sposób niż poprzez oświadczenie wykonawców kwestie zatrudnienia osób na umowę o pracę przy warunku sformułowanym tak jak w pkt 9.1.1 ppkt 3) SWZ. Inaczej wygląda to

już podczas realizacji Umowy.

Zamawiający - zdając sobie sprawę, iż występują rotacje wśród pracowników - nie wymagał zapewnienia niezmienności personelu, czy też nie wprowadził ograniczeń w zakresie rotacji pracowników. To obowiązkiem wykonawców jest zaoferowanie takich warunków pracy, aby zapewnić sobie prawidłową realizację przedmiotowego zamówienia, nawet przy rotacji pracowników, co jest normalnym zjawiskiem.

W błędzie jest Odwołujący twierdząc, iż niektóre a dokładnie jedna z osób tj. P. K. nie posiada wymaganych uprawnień. Błędności tego twierdzenia dowodzi załączone do odwołania- pismo Urzędu Dozoru Technicznego z dnia 23.12.2022 roku, znak: OAF/ 5212 /22/WB na pierwszej stronie tabeli w każdej z 12 pozycji udzielono odpowiedzi TAK/TAK, z wyjątkiem lp. 8 gdzie udzielono odpowiedzi TAK/NIE. Pozycja 28 dotyczy Pana P. K. (wynika to z zapytania i odwołania).

Zamawiający wskazuje i dowodzi, że Pan P. K. posiada uprawnienia wydane przez UDT w zakresie schodów i chodników ruchomych. Dowód:

Zdjęcie zaświadczenia kwalifikacyjnego UDTnr K/27/00329/12

Scryny ekranu ze strony wyszukiwarki UDT dla P. K. posiadającego ważne uprawnienia o nr: K/27/00172/11 i K/27/00329/12 oraz K/27/00102/09. (...)

Fakt nie posiadania przez Pana P. K. uprawnień w zakresie dźwigów wydanych przez UDT (choć jak wskazują informacje ze strony UDT Pan P. K. posiada ważne uprawnienia nr K/27/00329/12 oraz nr K/27/00172/11 oraz K/27/00102/09) nie jest dowodem na niespełnienie warunku, ponieważ ten Pan może posiadać uprawnienia w tym zakresie wydane przez inny organ właściwej jednostki dozoru technicznego zgodnie z art. 22 ust. 3b ustawy z dnia 21 grudnia 2010 roku o dozorcze technicznym (tj.: Dz.U. z 2022 r, poz. 1514). Dowodu w tym zakresie Odwołujący nie przedstawił. Wobec potwierdzenia ważności uprawnień w wyszukiwarce UDT przysługujących P. K. przez Zamawiającego zarzuty odwołania w tym zakresie są bezprzedmiotowe.

Zamawiający zwraca uwagę, iż Odwołujący przytoczył w odwołaniu zapis pkt 9.1.1 ppkt 3 SWZ w brzemieniu sprzed zmiany dokonanej pismem nr 1 z dnia 17.10.2022 roku, znak: WP.25.00169.S.P.PAWA. czyli na warunek inaczej sformułowany w dokumentacji Postępowania na dzień składania ofert.

Fakt poszukiwania przez wykonawców, pracowników czy osób do personelu przez wykonawców po uzyskaniu informacji, że ich oferta jest najkorzystniejsza jest zjawiskiem zaobserwowanym przez Zamawiającego. Powyższe wskazuje jedynie na podjęte przez Odwołującego działania celem zwiększenia swoich zasobów personalnych.

Nie oznacza niejako z automatu jak próbuje twierdzić Odwołujący, że Przystępujący nie jest w stanie należycie wykonać zamówienia a tym bardziej że nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu.



Z informacji przedstawionych przez Odwołującego z portali społecznościowych, wydruków ze stron internetowych wynika jedynie, że Odwołujący poszukiwał na nich informacji o osobach korzystających z oznaczenia konkretnym imieniem i nazwiskiem. Nie są to dowody na to, że Przystępujący nie spełnia warunku udziału jak próbuje wywodzić Odwołujący, sam wskazując, że to budzi jego wątpliwości.

W zakresie obowiązku, powinności zweryfikowania przez Zamawiającego wskazanych w załączniku nr 5b z imienia i nazwiska osób, podtrzymuje argumentację przytoczoną odnośnie zarzutu nr 2# urzędnika do diagnozowania oraz monitorowania, bez powielania jej w tym miejscu.

Dla odrzucenia oferty konieczne jest ustalenie przez Zamawiającego, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą Przystępującego a warunkami zamówienia polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia. W przypadku oferty Przystępującego nie występuje jakakolwiek niezgodność z SWZ a Odwołujący nie wykazał jej istnienia.

Ad. Zarzut#4- Wykaz Usług oraz dowody

9.1 Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

9.1.2 W okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) należycie wykonywał (lub nadal wykonuje) nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy usługę polegającą na przeprowadzeniu napraw oraz konserwacji urządzeń transportu pionowego w budynkach użyteczności publicznej przeznaczonych na potrzeby obsługi pasażerów w transporcie kolejowym i/lub drogowym i/lub lotniczym i/lub morskim lub wodnym śródlądowym lub w innych budynkach przeznaczonych do wykonywania podobnych funkcji, w ilości urządzeń nie mniejszej niż:

a) Zadanie 1 - 50 szt. u jednego Zamawiającego.

Przystępujący w załączniku nr 6 do SWZ Wykaz usług w zadaniu nr 1 wskazał usługę realizowaną na podstawie umowy z dnia 30.12.2020 roku nr AL.0141.119.2020 zawartej z Miejskim Przedsiębiorstwem Komunikacyjnym w Poznaniu sp. z o.o. realizowaną w okresie od dnia 01.01. do dnia 31.12.2021 roku, co stanowi spełnienie warunku określonego w pkt 9.1.2 SWZ. Przedstawione referencje wskazują na wykonywanie usługi konserwacji i pogotowia dźwigowego dla 66 urządzeń. Z punktu widzenia spełnienia tego warunku z Postępowania wystarczające jest, iż Przystępujący wykaże wykonywanie usługi napraw oraz konserwacji urządzeń transportu pionowego w budynkach użyteczności publicznej przeznaczonych na potrzeby obsługi pasażerów dla 50 urządzeń.

Odwołujący nie podał w odwołaniu przedstawieniu dowodu przeciwnego, świadczącego o nienależytej realizacji umowy nr AL.0141.119.2020. Fakt wyłączenia

urządzeń z użytkowania, które uległy awarii z eksploatacji jest normalną konsekwencją awarii i niesprawności urządzenia. Usuwanie awarii to proces wymagający czasu, o czym Odwołujący doskonale wie, jako że sam realizował dla Zamawiającego wcześniej takie umowy w latach 2019-2022 o nr:

- a) WP.022.00100.2019.PLM z dnia 25.02.2019 (w okresie od 01.03.2019 do 31.12.2022) - Stacje A1-A13, A20-A23 (M1) oraz C9-C15 (M2) Konserwacja i Naprawy,
- b) WP.022.00394.2020.PLM z dnia 17.08.2020 (w okresie od podpisania umowy do 31.12.2022) - Stacje C9-C15 (M2) Konserwacja i Naprawy,
- c) WP.022.00043.2022.PLMz dnia 07.02.2022 - Stacje A1-A13, A20-A23 (M1) oraz C9- C15 (M2) Naprawy.

Rozważania Odwołującego zawarte w tym zarzucie wychodzące poza okres od 01.01. do 31.12.2021 roku są bezprzedmiotowe wobec wyraźnego wskazania przez Odwołującego okresu dotyczącego tylko i wyłącznie całego roku 2021.

Jakość oraz zakres naprawy jest innym zagadnieniem niż jakość zrealizowanej inwestycji i stan danego urządzenia np. schodów czy wind. Zarówno Odwołujący jak i Zamawiający wie, na których stacjach w metrze występują częste „problemy”. Nie zawsze owe problemy są następstwem nienależycie wykonanej naprawy, mogą wynika z różnych przyczyn np. stopnia zużycia danego urządzenia, aktów wandalizmu, wypadku z udziałem Pasażera, zdarzeń losowych np. zalania.

Również bez znaczenia jest zarzut z pkt 5.25 odwołania, sprowadzający się do informacji, że „aktualnie MP PROLIFT naprawia i konserwuje tylko 47 urządzeń”. Przystępujący nie wykazywał doświadczenia pracami z roku 2022.

Ad. Zarzut#5- Tajemnica Przedsiębiorstwa

Zamawiający zdaje sobie sprawę z wagi i znaczenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyrażonej w przepisie art. 18 ust. 1 PZP, szanuje tą zasadę czemu daje wyraz w swoich działaniach.

Podzielając pogląd wyrażany zarówno przez KIO jaki i Trybunał Sprawiedliwości UE, Zamawiający nie uznał za możliwe skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa np. dla KRS Przystępującego czy Wykazu urządzeń, do których Odwołujący sformułował zarzut np. w pkt 3.2, str. 10 odwołania.

Zasadnie Odwołujący podnosi w pkt 6.10 odwołania, że informacjami, które wykonawcy mogą skutecznie zastrzec są dane o konkretnej wysokości kosztu oraz sposobu w jaki Przystępujący skalkulował i uzyskał ceny pozwalające na zaoferowanie realizacji zamówienia za ceny podane w jego ofercie (z uwzględnieniem dokonanych zmian przez Zamawiającego). Zwracam uwagę Wysokiej Izby, iż Przystępujący dokładnie przedstawił sposób kalkulacji, uzyskiwane ceny i koszty oraz sposób w jaki zorganizował proces świadczenia usług napraw i konserwacji i na czym jego optymalizacja polega.

Przystępujący wykazał, iż podjął działania w celu zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa w poufności oraz wskazał, że informacje te nie są powszechnie dostępne, co potwierdza odwołanie i brak wiedzy w tym zakresie przez jego konkurenta rynkowego OTIS. Udostępnienie informacji dotyczących uzyskiwanych cen, stosowanych rozwiązań czy też marż Przystępującego naruszyłoby jego uzasadniony interes prawny i spowodowałoby utratę konkurencyjności, poprzez umożliwienie np. Odwołującemu powielenie indywidualnie wypracowanych rozwiązań jak i kontraktów przez konkurującego Przystępującego. (...)

*Ad. Zarzut#6 - rażąco niska cena oraz czyn nieuczciwej konkurencji*

Informacje wskazane w pkt 7.3 (str. 23) odwołania stanowią przytoczenie informacji podanych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 18.11.2022 roku (pkt 4 ppkt 1) w zakresie zadania nr 1 str. 3). Powyższe uzasadnia wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w tym dowodów. Obowiązek ten Przystępujący wykonał poprawnie.

Dla oceny występowania rażąco niskiej ceny istotne znaczenie mają zapisy SWZ, w szczególności pkt 22.2 ppkt 2); pkt 24.11; pkt 4.6, które stanowią:

4.6 Zamawiający informuje, że maksymalne kwoty przeznaczone na naprawy wraz z rozliczeniem części zamiennych, które będą wykorzystane do wykonania napraw w okresie realizacji Przedmiotu Zamówienia wynoszą:

1) dla Zadania nr 1: 8 325 000,00 zł netto, 10 239 750,00 zł brutto;

2) (...)

22.2 W Formularzu Oferty (wypełnianym na Platformie Zakupowej Zamawiającego) Wykonawca wskaże:

1) W pozycji wartości i części „Konserwacja” - łączną wartość konserwacji (...);

2) W pozycji wartości i części „Naprawy” - łączną maksymalną wartość napraw (za cały okres realizacji Zadania) równą maksymalnej kwocie przeznaczonej przez Zamawiającego na naprawy wraz z rozliczeniem części zamiennych, które będą wykorzystane do wykonania napraw w okresie realizacji danego Zadania, określonej dla każdego Zadania w pkt 4.6 SWZ.

24.11 Za istotne części składowe ceny, o których mowa w pkt 24.7 SWZ, należy uznać poszczególne ceny jednostkowe określone w Formularzu Oferty.

Zamawiający przygotowując SWZ i mając doświadczenie w zakresie pomyłek wykonawców podczas sporządzania ofert dokładnie wskazał, co stanowi istotne elementy składowe oferty.

Powyższą argumentację z powołaniem powyższych postanowień SWZ przytoczył Zamawiający w swoim piśmie z dnia 18.11.2022 roku (pkt 4 str. 3). (...)

Ponadto, powszechną praktyką wykonawców jest wykupywanie polis OC od prowadzonej działalności, a zamawiający rzadko wymagają polis OC dedykowanych konkretnemu postępowaniu. Również nierzadką sytuacją rynkową jest prowadzenie rekrutacji i zwięższanie zasobów osobowych, w sytuacji gdy oferta wykonawcy jest najwyżej

oceniona. Takie działanie nie dowodzi wystąpienia rażąco niskiej ceny.

*Skoro Przystępujący wykazał nie występowanie w jego ofercie rażąco niskiej ceny, poprzez wskazanie swoje marży, sposobu kalkulacji, indywidualnie ustalanych cen i wynagrodzeń, wysokości rezerwy kosztowej (koszty nieplanowane) itd., nie doszło do złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. (...)*

W dniu 09.01.2023 r. (e-mailem) Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Zamawiającemu. Przystępujący stwierdził: „(...) Zarzutu#1 - warunek udziału w Postępowaniu - dysponowanie pracownią projektową

*Zgodnie z pkt 9.1.1 ppkt 1) SWZ Wykonawca zobowiązany był wykazać, że: „Dysponuje (...) pracownią projektową do rozwiązywania problemów napraw, modernizacji i tworzenia oprogramowania dla urządzeń transportu pionowego (dla części, które nie są już produkowane)”*

*Co dodatkowo w tym miejscu istotne, fakt dysponowania pracownią projektową miał zostać potwierdzony przez wykonawcę w drodze złożenia stosownego Wykazu wyposażenia (Załącznik nr 5a do SWZ), a nie Wykazu osób (Załącznik nr 5b do SWZ); co oznacza, iż wymóg ten dotyczył miejsca i sprzętu, a nie jak sugeruje Odwołujący zasobu, w ramach którego wykonawca powinien dysponować know how oraz specjalistami (inżynierami i projektantami)” (vide pkt 2.2. uzasadnienia odwołania).*

*Osoby (specjaliści) nie stanowią „wyposażenia”, zarówno w języku prawniczym, jak i potocznym.*

*Powyższe jest o tyle istotne, iż pracownią projektową (w rozumieniu miejsca i sprzętu) wykonawca może dysponować bezpośrednio nie tylko na podstawie prawa własności, ale i na podstawie innego rodzaju stosunków cywilnoprawnych.*

*Z taką też sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie.*

*Przystępujący („MP Pro lift” Sp. z o.o.) od 2017 roku jest spółką wchodzącą do międzynarodowej grupy kapitałowej MAC PUAR. W ramach uzgodnień wewnątrz grupy kapitałowej, MP Prolift jako spółka zależna, bez jakichkolwiek ograniczeń, może korzystać z pracowni projektowej prowadzonej przez spółkę dominującą (MAC PUAR CIM S.L. z siedzibą w Sewilli, Hiszpania). Wynikające z tych uzgodnień uprawnienie do dysponowania przez Przystępującego pracownią projektową trwa w sposób nieprzerwany od wielu lat i służy Przystępującemu do bieżącego rozwiązywania problemów napraw, modernizacji i tworzenia oprogramowania dla urządzeń transportu pionowego (dla części, które nie są już produkowane). Mając na uwadze nieograniczony zakres prawa do korzystania, jak też jego ogólny i długotrwały charakter, Przystępujący miał prawo uznać, iż dysponuje bezpośrednio pracownią na podstawie stosunku cywilnoprawnego o charakterze trwałym. W załączeniu*

Przystępujący składa Pismo Mac PUAR potwierdzające zakres i warunki prawa dysponowania z pracowni projektowej przez Przystępującego (dowód - Pismo Mac PUAR wraz z dokumentami potwierdzającymi umocowanie osoby podpisującej).

W tym miejscu warto wskazać następujące poglądy doktryny PZP i orzecznictwo KIO:

a. Dysponowanie bezpośrednio polega na możliwości korzystania z zasobów jak właściciel, najemca, dzierżawca, leasingobiorca na potrzeby prowadzonej przez wykonawcę działalności (Zamówienia publiczne. Akty wykonawcze. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Legalis 2023).

b. "W obrocie powszechnie spotykane jest, że poszczególne podmioty - nie będąc właścicielami rzeczy dysponują nimi przykładowo jako użytkownicy, najemcy, dzierżawcy lub też leasingobiorcy. Rzeczy te nie są jednak wtedy uznawane za zasoby osób trzecich, gdyż istnienie stosunku zobowiązaniowego uprawniającego dany podmiot do posiadania i używania danej rzeczy jest wystarczające do uznania, że dysponuje on nią w rozumieniu ustawy pzp" (wyr. SO w Warszawie z 08.04.2011 r., IV Ca 180/11, Legalis).

c. „Dysponowanie urządzeniem na innej podstawie niż prawo własności, np. najem, jest uprawnione i brak jest podstaw do utożsamienia tego dysponowania z korzystaniem z potencjału innego podmiotu na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.)” (wyr. KIO z 24.10.2015 r. KIO 2086/14, Legalis).

d. „Zarówno umowa dzierżawy jak i umowa leasingu zapewniają wystarczający tytuł do dysponowania rzeczą. Wobec istnienia bezpośredniego uprawnienia wykonawcy do dysponowania rzeczą brak jest podstaw do uznania, iż rzeczy te stanowią potencjał innego podmiotu w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907ze zm.). Istnienie takiego stosunku zobowiązaniowego, który uprawnia wykonawcę do władania rzeczą, korzystania z niej w sposób zgodny z jej przeznaczeniem, używania jej, będzie wystarczające do uznania, że dysponuje nią w rozumieniu wskazanej ustawy i nie będzie to wówczas dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego.” (wyr. KIO z 17.07 2014 r. KIO 1379/14).

e. „Odwołujący nie musi się posiłkować potencjałem podmiotu trzeciego, bowiem na podstawie załączonej do oferty umowy dzierżawy sam dysponuje odpowiednią bazą.” (wyr. KIO z 15.07.2013 r. KIO 1588/13, Legalis)

f. „Izba zauważa w tym miejscu, iż w obecnym stanie prawnym ustawodawca zamiast posiadania przez wykonawców potencjału technicznego wymaga dysponowania nim. Należy wskazać, że posiadanie zgodnie przepisami kodeksu cywilnego jest to stan faktyczny władztwa nad rzeczą, przy czym art. 336 k.c. wyróżnia posiadanie samoistne („posiadaczem rzeczy jest ten, kto włada nią jak właściciel”) oraz posiadanie zależne („ten, kto włada nią jak

użytkownik, zastawnik, najemca lub mający inne prawo, z którym wiąże się określone władztwo nad cudzą rzeczą"). Z przytoczonego przepisu wynika, iż na posiadanie składają się dwa elementy: fizyczne władztwo nad rzeczą i zamiar władania nią „dla siebie”. Zaznaczyć należy, iż posiadanie nie jest prawem, lecz stanem faktycznym. Posiadanie nie musi więc być związane z jakimkolwiek prawem do rzeczy. W odróżnieniu od posiadania, dysponowanie nie jest uregulowane wprost przepisami kodeksu cywilnego. Należy je jednak zdefiniować jako realną możliwość skorzystania z rzeczy. W związku z tym określenie to dotyczy zupełnie innej sytuacji niż posiadanie. Posiadanie zawiera bowiem zawsze w swojej treści dysponowanie rzeczą, natomiast nie w każdej sytuacji dysponowanie musi być tożsame z posiadaniem” Mając na względzie wskazaną różnicę między pojęciami „posiadanie” a „dysponowanie” nie jest niezbędne, aby środki te stanowiły własność wykonawcy. Wykonawca może bowiem posiadać środki na podstawie innego stosunku prawnego, np. najmu, dzierżawy, leasingu. Dysponowanie narzędziami i sprzętem niezbędnym do wykonywania zamówienia wykonawca zagwarantować może np. przez umowę współpracy zawartą z innym podmiotem gospodarczym. Zawarcie takiej umowy niewątpliwie potwierdza spełnienie warunku dysponowania potencjałem technicznym niezbędnym do wykonania zamówienia. W ocenie Izby przystępujący dostatecznie wykazał, iż dysponuje wymaganym przez zamawiającego potencjałem technicznym i jednocześnie potwierdził zgodnie z postanowieniami SIWZ spełnianie warunków udziału w postępowaniu (wyr. z 28.06.2010 r. KIO/UZP 1147/10).

g. „Istnienie takiego stosunku zobowiązaniowego, który uprawnia wykonawcę do władania rzeczą, korzystania z niej w sposób zgodny z jej przeznaczeniem, używania jej, będzie wystarczające do uznania, że dysponuje nią w rozumieniu właściciela i nie będzie to wówczas dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego. W przypadku dysponowania sprzętem na podstawie umowy najmu nie sposób twierdzić o udostępnieniu zasobów w rozumieniu art. 22a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych” (wyr. KIO z dnia 09.11.2020 r. KIO 2664/20).

h. „Dysponowanie może bowiem oznaczać nie tylko prawo własności, ale również jego posiadanie w ramach dzierżawy, najmu, leasingu i innych umów umożliwiających przeniesienie prawa do posiadania rzeczy.” (wyr. KIO z dnia 14.12.2020 r. KIO 3097/20).

i. „W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości fakt, że wykonawca, który powołuje się na dysponowanie bezpośrednio konkretnymi urządzeniami musi posiadać prawo do władania nimi. Jednocześnie podstawą władania nie musi być własność, lecz także inne prawo do rzeczy np. umowa najmu, dzierżawy czy leasingu, które w sposób jednoznaczny zapewnia tytuł do dysponowania danym sprzętem” (wyr. KIO z dnia 22 marca 2018 r. KIO 447/18).

Należy podkreślić, że w/w poglądy potwierdzają otwarty katalog stosunków cywilnoprawnych, na podstawie których może dochodzić do dysponowania wyposażeniem.

Z daleko posuniętej ostrożności, ubocznie dla powyższych wyjaśnień, Przystępujący wskazuje, iż Zamawiający nie mógł dopuścić się bezpośredniego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MP PROLIFT, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu określonych w pkt 9.1.1. ppkt 1) SWZ (jak wskazuje Odwołujący w pkt II lit. a Odwołania). Jak bowiem należy podkreślić, odrzucenie oferty na wymienionej podstawie musi być poprzedzone wezwaniem do uzupełnienia dokumentów, skierowanym do wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 PZP. Zamawiający nie ma może odgórnie odrzucić oferty, bez umożliwienia wykonawcy naprawienia swojego błędu. Jak słusznie wskazuje w tym zakresie Krajowa Izba Odwoławcza „Czynność zamawiającego dotycząca odrzucenia oferty (przy niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu) musi być poprzedzona (jeżeli zajdą takie okoliczności) procedurą wyjaśniania lub uzupełniania dokumentów i/lub oświadczeń (art. 128 ust. 1 Prawa zamówień publicznych). Tym samym nie jest możliwe nakazanie zamawiającemu przez Izbę odrzucenia oferty wykonawcy bez wcześniejszego wyczerpania procedury z art. 128 ust. 1 ww. ustawy” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 czerwca 2022 r., KIO 1517/22, Legalis).

Ad. Zarzutu#2 - warunek udziału w Postępowaniu - urządzenia do diagnozowania oraz monitorowania

Zgodnie z pkt 9.1.1 ppkt 2) SWZ Wykonawca zobowiązany był wykazać, że: "Dysponuje (i będzie dysponował przez cały okres realizacji Przedmiotu Zamówienia) lub będzie dysponował przez cały okres realizacji Przedmiotu Zamówienia (...) urządzeniami do diagnozowania usterek oraz monitorowania pracy urządzeń producentów których urządzenia obejmują odpowiednie Zadanie"

Na potrzeby poparcia swojego zarzutu Odwołujący usiłował wprowadzić Izbę w błąd i rozszerzył zacytowany warunek o:

- wymóg, aby wykazane przez wykonawcę urządzenia posiadały funkcjonalność „ciągłego” monitorowania urządzeń (vide pkt 3.3 uzasadnienia odwołania), w sytuacji, gdy pkt 9.1.1 ppkt 2) SWZ wymaga jedynie „monitorowania”;
- wymóg, aby wykonawca wykazał jakąś bliżej nieokreśloną liczbę urządzeń (wg Odwołującego w przypadku sprzętu diagnostycznego dot. urządzeń OTIS powinno to być co najmniej 6 urządzeń - vide pkt 3.3. uzasadniania odwołania), podczas gdy, pkt 9.1.1 ppkt 2) SWZ nie wskazuje na jakąkolwiek wymaganą do wykazania liczbę urządzeń; co więcej, SWZ w ogóle nie wymaga, aby wykonawca już na etapie składania ofert dysponował urządzeniami diagnostycznymi w liczbie odpowiedniej dla realizacji całości Przedmiotu Zamówienia (co nakazuje uznać, iż wystarczające było wykazanie co najmniej po jednym urządzeniu dla każdego rodzaju objętych Przedmiotem Zamówienia urządzeń, co miało potwierdzić, iż wykonawca ma wiedzę, jakie urządzenia diagnostyczne są wymagane oraz, że ma do nich

dostęp);

- wymóg „oryginalności” wykazywanych urządzeń diagnostycznych (vide 3.4 uzasadnienia odwołania), w sytuacji, gdy pkt 9.1.1 ppkt 2) SWZ w żadnej postaci nie wskazuje takiego zastrzeżenia;

- wymóg, aby wykazane urządzenia diagnostyczne były wyprodukowane przez producentów urządzeń, których urządzenia obejmują odpowiednie Zadanie (vide 3.4 uzasadnienia odwołania), podczas gdy, literalna wykładnia treści pkt 9.1.1 ppkt 2) SWZ („Dysponuje (...) urządzeniami do diagnozowania usterek oraz monitorowania pracy urządzeń producentów których urządzenia obejmują odpowiednie Zadanie”) nakazuje uznać, iż same urządzenia do diagnozowania/monitorowania nie muszą być wyprodukowane przez „producentów których urządzenia obejmują odpowiednie Zadanie” (sformułowanie to dookreśla urządzenia które mają być diagnozowane/ monitorowane, a nie same urządzenia do diagnozowania/monitorowania).

Mając na uwadze brak możliwości rozszerzenia treści SWZ, w tym w szczególności w zakresie warunków udziału w postępowaniu na etapie badania i oceny ofert, zastosowanie do oceny oferty Przystępującego wymogów stworzonych na obecnym etapie przez Odwołującego powinno być uznane za oczywiście bezpodstawne.

Jednocześnie, Przystępujący oświadcza, że bezpośrednio dysponuje (prawo własności) wymienionymi w Wykazie oryginalnymi urządzeniami do diagnozowania usterek oraz monitorowania pracy urządzeń producentów których urządzenia obejmują Zadanie 1.

Przystępujący wskazuje jednocześnie, że Odwołujący nie zaprzecza, iż urządzenia oznaczone nr GAA21750AK3 i GBA21750S1 posiadają funkcję monitorowania pracy (wymaganą w pkt 9.1.1 ppkt 2 SWZ). Odwołujący wskazuje jedynie, że funkcja ta nie polega na „ciągłym” monitorowaniu (co jest wymogiem nieprzewidzianym w SWZ).

Z daleko posuniętej ostrożności, ubocznie dla powyższych wyjaśnień, Przystępujący wskazuje, iż Zamawiający nie mógł dopuścić się bezpośredniego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MP PROLIFT, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu określonych w pkt 9.1.1. ppkt 2) SWZ (jak wskazuje Odwołujący w pkt II lit. c Odwołania). Jak bowiem należy podkreślić, odrzucenie oferty na wymienionej podstawie musi być poprzedzone wezwaniem do uzupełnienia dokumentów, skierowanym do wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 PZP. Zamawiający nie ma może odgórnie odrzucić oferty, bez umożliwienia wykonawcy naprawienia swojego błędu. Jak słusznie wskazuje w tym zakresie Krajowa Izba Odwoławcza „Czynność zamawiającego dotycząca odrzucenia oferty (przy niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu) musi być poprzedzona (jeżeli zajdą takie okoliczności) procedurą wyjaśniania lub uzupełniania dokumentów i/lub oświadczeń (art. 128 ust. 1 Prawa zamówień publicznych). Tym samym nie jest możliwe nakazanie zamawiającemu przez Izbę



odrzućenia oferty wykonawcy bez wcześniejszego wyczerpania procedury z art. 128 ust. 1 ww. ustawy." (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 czerwca 2022 r., KIO 1517/22, Legalis).

Ad. Zarzutu#3 - warunek udziału w Postępowaniu i obowiązek zatrudnienia- Wykaz Osób  
Zgodnie z pkt 9.1.1 ppkt 3) SWZ Wykonawca zobowiązany był wykazać, że: "Dysponuje (i będzie dysponował przez cały okres realizacji Przedmiotu Zamówienia) lub będzie dysponował przez cały okres realizacji Przedmiotu Zamówienia (...) osobami, które zostaną oddelegowane wyłącznie do obsługi urządzeń zainstalowanych w obiektach Zamawiającego, posiadającymi uprawnienia w zakresie konserwacji dźwigów i schodów ruchomych wydane przez Transportowy Dozór Techniczny lub inny organ właściwej jednostki dozoru technicznego zgodnie z art. 22 ust. 3b Ustawy z dnia 21 grudnia 2000 r. o dozorcze technicznym (tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 1514), ..."

Jak wskazuje zacytowana treść SWZ, Odwołujący myli się, że „na dzień 1 stycznia 2023 r. MP PROLIFT powinien posiadać zawarte umowy o pracę z osobami wskazanymi w Wykazie Osób (osoby te muszą posiadać status pracownika MP PROLIFT)” (vide pkt 4.1 uzasadnienia Odwołania). Przystępujący, także w przypadku dysponowania bezpośredniego, może zatrudnić wymagane do realizacji zamówienia osoby dopiero po ostatecznym uzyskaniu zamówienia i zawarciu umowy z Zamawiającym. Zamawiający w sposób wyraźny dopuścił bowiem ewentualność, że wykonawca „będzie dysponował” odpowiednim zespołem osób dopiero na etapie realizacji.

W ramach dalszego ustosunkowania się do zarzutów Odwołującego, Przystępujący potwierdza - tak, prowadzi obecnie rekrutację nowych pracowników na stanowisko konserwatorów. Nie powinno to jednak nikogo dziwić. W chwili obecnej Przystępujący konserwuje ok. 2.000 urządzeń transportu pionowego, w tym 600 urządzeń w samej Warszawie. Tak duża skala działalności serwisowej implikuje konieczność bieżącego monitorowania rynku pracy. W każdej chwili Przystępujący może bowiem zostać postawiony przed koniecznością dokonania zmian w swoim personelu. Rozpoczęcie rekrutacji nowych pracowników dopiero „po fakcie” byłoby działaniem mało profesjonalnym. Co więcej, „MP Prolift” Sp. z o.o. cały czas stara się rozszerzyć zakres swojej działalności, zwiększając portfolio serwisowanych przez siebie urządzeń. Okoliczność ta również uzasadnia ciągłe starania o zatrudnienia nowych, wartościowych pracowników. Co do sugerowanego przez Odwołującego łączenia rekrutacji nowych pracowników z uzyskaniem przedmiotowego zamówienia publicznego, Przystępujący pragnie zauważyć, iż składany na etapie postępowania Wykaz osób nie stanowi załącznika do umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wzór umowy nie nakłada również na Wykonawcę zobowiązania do realizacji zamówienia w oparciu o personel wskazany na etapie postępowania (wzór umowy stawia warunki wyłącznie co do ilości i uprawnień delegowanych do realizacji zamówienia osób -

vide. §4 ust. 4 i 5 wzoru Umowy). W związku z tym, uznać należy, iż Przystępujący będzie w pełni uprawniony do dokonania zmian w zakresie personelu delegowanego do realizacji zamówienia po zawarciu umowy. W tym kontekście, prowadzenie rekrutacji nowych pracowników także pod tym kątem jest także w pełni uzasadnione. Profesjonalny wykonawca powinien cały czas monitorować możliwość wprowadzenia lepszych opcji realizacji zamówienia, jak też mieć w tym zakresie odpowiedni plan B (np. na wypadek gdyby któraś z obecnych osób zrezygnowała).

Przystępujący potwierdza także, iż P.K. posiada uprawnienia w zakresie konserwacji schodów ruchomych, na dowód czego w załączeniu niniejszego pisma przedkładane są Zaświadczenie kwalifikacyjne nr K/27/00329/12. Treść wskazanego dokumentu jednoznacznie potwierdza, że zakres uprawnień obejmuje „urządzenia wyposażone w mechanizmy z napędem ręcznym oraz zespoły mechaniczne, włącznie z układami hydraulicznymi i pneumatycznymi przENOŚniki osobowe i towarowe (schody i chodniki ruchome)” (dowód - Zaświadczenie kwalifikacyjne nr K/27/00329/12). Składane zaświadczenie jest ważne, co jest możliwe do potwierdzenia w ramach strony UDT (dowód - wydruk ze strony internetowej <https://www.udt.gov.pl/kwalifikacje-osob/wyk-zaw-kwa>). Posiadanie i ważność tych swoich uprawnień potwierdził również na piśmie sam zainteresowany (dowód- Oświadczenie P. K.). Odnosząc się do faktu (rzekomych) rozmów Odwołującego z osobami wskazanymi przez Przystępującego w Wykazie osób, Przystępujący nie wie z kim rozmawiał Odwołujący (być może doszło tu do rozmów z innymi niż wskazane przez Przystępującego osobami, o tożsamy dla nich imionach i nazwiskach, co rzeczywiście mogło doprowadzić do efektu „nic nie wiem o sprawie”) oraz w jaki sposób przeprowadził takie rozmowy, niemniej „MP Prolift” Sp. z o.o. może oświadczyć, iż każda z wymienionych przez niego osób zgłosiła gotowość do udziału w realizacji zamówienia na rzecz Metra Warszawskiego Sp. z o.o., co było podstawą do stworzenia Wykazu osób. W załączeniu niniejszego pisma Przystępujący przedkłada oświadczenia, złożone przez wymienione w Wykazie osoby (dowód - komplet oświadczeń), których treść jednoznacznie potwierdza prawidłowość przygotowania Wykazu osób.

Z daleko posuniętej ostrożności, ubocznie dla powyższych wyjaśnień, Przystępujący wskazuje, iż Zamawiający nie mógł dopuścić się bezpośredniego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MP PROLIFT, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu określonych w pkt 9.1.1. ppkt 3) lit a) SWZ (jak wskazuje Odwołujący w pkt II lit. e Odwołania). Jak bowiem należy podkreślić, odrzucenie oferty na wymienionej podstawie musi być poprzedzone wezwaniem do uzupełnienia dokumentów, skierowanym do wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 PZP. Zamawiający nie ma może odgórnie odrzucić oferty, bez umożliwienia wykonawcy

naprawienia swojego błędu. Jak słusznie wskazuje w tym zakresie Krajowa Izba Odwoławcza „Czynność zamawiającego dotycząca odrzucenia oferty (przy niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu) musi być poprzedzona (jeżeli zajdą takie okoliczności) procedurą wyjaśniania lub uzupełniania dokumentów i/lub oświadczeń (art. 128 ust. 1 Prawa zamówień publicznych). Tym samym nie jest możliwe nakazanie zamawiającemu przez Izbę odrzucenia oferty wykonawcy bez wcześniejszego wyczerpania procedury z art. 128 ust. 1 ww. ustawy.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 czerwca 2022 r., KIO 1517/22, Legalis).

-Ad. Zarzutu#4 – warunek udziału w Postępowaniu - Wykaz Usług oraz dowody

Zgodnie z pkt 9.1.2 SWZ, Wykonawca powinien wykazać p/w doświadczenie: „W okresie ostatnich 3 lat przed upływem składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) należycie wykonywał (lub nadal wykonuje) nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy usługę polegającą na przeprowadzeniu napraw oraz konserwacji urządzeń transportu pionowego w budynkach użyteczności publicznej przeznaczonych na potrzeby obsługi pasażerów w transporcie kolejowym i/lub drogowym i/lub lotniczym i/lub morskim lub wodnym śródlądowym lub w innych budynkach przeznaczonych do wykonywania podobnych funkcji, w ilości urządzeń nie mniejsze niż: (...) 50 szt. u jednego Zamawiającego”.

W ramach wykazania spełnienia zacytowanego warunku, Przystępujący przedstawił w Wykazie Usług informacje o wykonaniu na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego w Poznaniu Sp. z o.o., w okresie od 01.01.2021 r. do 31.12.2021 r. usługi polegającej na przeprowadzeniu napraw i konserwacji urządzeń transportu pionowego w budynkach użyteczności publicznej przeznaczonych na potrzeby obsługi pasażerów w transporcie drogowym (Umowa nr AL.0141.119.2020).

Odwołujący zakwestionował możliwość powołania się przez Przystępującego na przedmiotowe zamówienie referencyjne, zgłaszając w tym zakresie dwa zastrzeżenia. Po pierwsze - co do ilości obsługiwanych urządzeń (poniżej 50 szt.). Po drugie - co do rzekomego nienależytego wykonania przez Przystępującą zleconych mu usług.

Żadne z tych zastrzeżeń nie może być jednak uznane za uzasadnione.

Odnosząc się do kwestii wymaganej ilości urządzeń, Przystępujący wskazuje, iż przedstawiona w Wykazie Usług ilość urządzeń wynika wprost z treści Umowy nr AL.0141.119.2020 (dowód - Umowa nr AL.0141.119.2020 z załącznikami). Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do umowy, umowa obejmowała usługę polegającą na przeprowadzeniu napraw oraz Konserwacji 65 szt. urządzeń transportu pionowego działających na Dworcu Zachodnim w Poznaniu, Centrum Przesiadkowym Rondo Kaponiera w Poznaniu i Trasie Franowo. Umowa nie była w tym zakresie aneksowana.

W zakresie zarzutów Odwołującego sugerujących nienależyłą realizację przez

*Przystępującego Umowy nr AL.0141.119.2020, wskazać należy, iż argumentacja Odwołującego bazuje na bardzo dużym uproszczeniu, zakładającym, iż w przypadku wadliwości urządzeń dźwigowych, podmiotem odpowiedzialnym za ten stan rzeczy musi być podmiot serwisujący. Otóż nie. Źródłem wadliwości urządzeń transportu pionowego mogą być wady konstrukcyjne, materiałowe lub montażowe urządzeń, jak też wady wynikające z uszkodzeń mechanicznych lub nieprawidłowego użytkowania. Za żadną z tych okoliczności nie odpowiada podmiot świadczący usługę konserwacji. Podobnie szybkość usunięcia danej awarii zależy od dostępności części zamiennych, obiektywnych możliwości technicznych i technologicznych oraz uzgodnień ze zleceniodawcą. W konsekwencji, bardzo często, to co dla osoby zewnętrznej, dostrzegającej jedynie efekt końcowy (w szczególności osoby nie znającej realiów oraz problemów danej branży - np. przedstawicieli mediów, czy osób korzystających z urządzeń dźwigowych) może być postrzegane jako brak profesjonalizmu firmy serwisującej urządzenia, w rzeczywistości stanowi efekt szeregu niezależnych od wykonawcy czynników, za które nie może odpowiadać. W związku z opisaną specyfiką świadczenia usług konserwacji i naprawy urządzeń transportu pionowego to nie doniesienia „społeczne” powinny służyć ocenie jakości pracy wykonawcy, ale informacje pochodzące od zamawiającego, który ma dostęp do wszystkich okoliczności świadczenia usługi. W okolicznościach danej sprawy, zamawiający (Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Poznaniu Sp. z o.o.) bez żadnych zastrzeżeń potwierdziło należyte wykonanie świadczonych na rzecz tego podmiotu przez Przystępującego usług (w tym usług realizowanych w okresie od 01.01.2021 r. do 31.12.2021 r. na podstawie Umowy nr AL.0141.119.2020).*

*W uzupełnieniu przedstawionego już na etapie postępowania Listu Referencyjnego z dnia 14.10.2022 r., Przystępujący oświadcza, że Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Poznaniu Sp. z o.o. nie naliczyło jakiegokolwiek kary umownej z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy nr AL.0141.119.2020 (które to zostały zastrzeżone w §8 Umowy). W ramach potwierdzenia rzetelności wskazanego oświadczenia, Przystępujący przedstawia uzyskaną w drodze dostępu do informacji publicznej od Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego w Poznaniu Sp. z o.o. informację, zgodnie z którą zamawiający ten nie zaksięgował ani jednej kary umownej z tytułu Umowy nr AL.0141.119.2020 (dowód - Wiadomość e-mail z wnioskiem o dostęp do informacji publicznej z dnia 28 grudnia 2022 r. oraz Pismo Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego w Poznaniu Sp. z o.o. z dnia 30 grudnia 2022 r.). W tym miejscu podkreślenia wymaga, że w przypadku dopuszczenia się przez Przystępującego nienależytego wykonania Umowy nr AL.0141.119.2020, MPK w Poznaniu Sp. z o.o., przestrzegając zasad wynikających z dyscypliny finansów publicznych, zobowiązany byłby do dochodzenia stosownej kary umownej.*

Dodać w tym miejscu warto, iż brak naliczenia Przystępującemu przez MPK w Poznaniu Sp. z o.o. kar z Umowy nr AL.0141.119.2020 niewątpliwie świadczy o tym, że „MP Prolift” Sp. z o.o. realizował tę umowę znacznie lepiej niż Odwołujący, który w latach 2019-2022 realizował na rzecz Metra Warszawskiego Sp. z o.o. dwie umowy obejmujące konserwację i naprawy urządzeń transportu pionowego na I i II linii metra. Jak wynika bowiem z załączonego Pisma Metra Warszawskiego Sp. z o.o. z dnia 05.01.2023 r., Zamawiający naliczył OTIS Sp. z o.o. w ramach tych zamówień ponad 160.321,41 PLN kar umownych (dowód- Pismo Zamawiającego z dnia 05.01.2023 r.).

Z daleko posuniętej ostrożności, ubocznie dla powyższych wyjaśnień, Przystępujący wskazuje, iż Zamawiający nie mógł dopuścić się bezpośredniego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MP PROLIFT, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu określonych w pkt 9.1.2. SWZ (jak wskazuje Odwołujący w pkt II lit. h Odwołania). Jak bowiem należy podkreślić, odrzucenie oferty na wymienionej podstawie musi być poprzedzone wezwaniem do uzupełnienia dokumentów, skierowanym do wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 PZP. Zamawiający nie ma może odgórnie odrzucić oferty, bez umożliwienia wykonawcy naprawienia swojego błędu. Jak słusznie wskazuje w tym zakresie Krajowa Izba Odwoławcza „Czynność zamawiającego dotycząca odrzucenia oferty (przy niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu) musi być poprzedzona (jeżeli zajdą takie okoliczności) procedurą wyjaśniania lub uzupełniania dokumentów i/lub oświadczeń (art. 128 ust. 1 Prawa zamówień publicznych). Tym samym nie jest możliwe nakazanie zamawiającemu przez Izbę odrzucenia oferty wykonawcy bez wcześniejszego wyczerpania procedury z art. 128 ust. 1 ww. ustawy.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 czerwca 2022 r., KIO 1517/22, Legalis)

*Ad. Zarzutu#5 - tajemnica przedsiębiorstwa*

*Wykonawca w pełni podtrzymuje argumenty podniesione w Uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (Załącznik nr 1 do Wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny).*

*W tym miejscu dodatkowo dostrzec należy, iż treść uzasadnienia Odwołania z dnia 27 grudnia 2022 r. najlepiej świadczy o niewątpliwiej wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Jak wprost wskazuje Odwołujący, bez dostępu do utajnionych dokumentów, nie jest on w stanie nawet ogólnie wyjaśnić w jaki sposób, Przystępujący był w stanie zaoferować tak atrakcyjną cenę. Świadczy to o niewątpliwiej wartości gospodarczej przygotowanych przez Przystępującego na potrzeby złożenia oferty założeń i kalkulacji. Gdyby Odwołujący uzyskał dostęp do zastrzeżonych dokumentów z całą pewnością spróbowałby wykorzystać opracowane przez Przystępującego rozwiązania na poczet kolejnych postępowań, co doprowadziłoby do utraty przez Przystępującego istotnej przewagi rynkowej. Dodatkowo, jak wskazuje treść uzasadnienia Zarzutu#3, Odwołujący nie ma najmniejszego problemu z bezpośrednim kontaktem z pracownikami*

podmiotów konkurencyjnych. Znając treść przygotowanej przez Przystępującego kalkulacji cenowej, Odwołujący uzyskałby w ten sposób dostęp do informacji o zakładanej wysokości wynagrodzenia pracowników Przystępującego, co znacznie ułatwiłoby próbę ich przejęcia przez Odwołującego.

Ponadto Odwołujący błędnie wskazuje, że wykonawca zobowiązany jest wraz z wyjaśnieniami złożyć dowody potwierdzające skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa (vide pkt 6.1.1. Odwołania). Z powyższym nie sposób się jednak zgodzić, bowiem art. 18 ust. 3 PZP nakłada na wykonawcę jedynie obowiązek „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przepis ten nie wymaga złożenia dowodów (jak np. przepis art. 224 ust. 1 PZP). Pogląd ten znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która wskazuje, iż „na gruncie art. 18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych istotne jest wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie można przy tym utożsamiać „wykazania” z „udowodnieniem”, zwłaszcza w sytuacji, gdy ww. ustawa zawiera regulacje o charakterze materialnoprawnym, które literalnie formułują obowiązek udowadniania określonych okoliczności. Niewątpliwie „wykazanie” jest pojęciem szerszym od „udowodnienia”, jednakże wykazanie polega na wiarygodnym przedstawieniu okoliczności

uzasadniających określone stanowisko [...], ocena prawidłowości skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zależy od indywidualnego stanu danej sprawy i powinna uwzględniać przede wszystkim charakter i rodzaj zastrzeganych informacji, adekwatność uzasadnienia zastrzeżenia oraz podane przez zastrzegającego środki służące weryfikacji argumentów zawartych w tym uzasadnieniu.” (wyr. KIO z 17.01.2022 r. KIO 3730/21).

Ad. Zarzutu#6 - rażąco niska cena oraz czyn nieuczciwej konkurencji

W odniesieniu do zarzutu dot. rażąco niskiej ceny, Przystępujący wskazuje, że w Wyjaśnieniach z dnia 24.11.2022 r. w sposób szczegółowy przedstawił sposób kalkulacji zaoferowanej ceny. Zauważyć przy tym należy, iż o tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. W konsekwencji, należy odrzucić automatyczne przyjmowanie, że cena poniżej pewnego poziomu (co sugeruje Odwołujący w realiach niniejszej sprawy) jest ceną rażąco niską. Stanowisko to potwierdził również Sąd Okręgowy w Katowicach w wyr. z 21.06.2010 r. (Sygn.. Akt XIX Ga 175/10) stwierdzając, że: „Dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu.”

Niezależnie od powyższego, wskazać należy, iż w ramach przedstawionych założeń i kalkulacji, Przystępujący uwzględnił wymienione przez Odwołującego w pkt 7.6 uzasadnienia Odwołania koszty, o ile miały one faktycznie zastosowanie do oferty Przystępującego. Podnoszenie przez Odwołującego jakichkolwiek pominięć na tym polu jest zatem całkowicie niezasadne.

Dodać w tym miejscu również warto, iż treść skierowanego do Przystępującego Wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 i 3 PZP nie zawierała zobowiązania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie kosztów, o których mowa w pkt 7.6 uzasadnienia Odwołania. Zgodnie z jednoznacznym brzmieniem Wezwania z dnia 18.11.2022 r., Przystępujący był zobowiązany do „złożenia wyjaśnień co najmniej w zakresie określonym w ppkt 4) i 6) powyżej”. Zgodnie z ppkt 4) Przystępujący miał złożyć wyjaśnienia w zakresie „zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;” - co też uczyniono; Przystępujący jednoznacznie wykazał, że zamierza zatrudnić konserwatorów za wynagrodzeniem znacznie przewyższającym wynagrodzenie minimalne. Zgodnie z kolei ppkt 6) Przystępujący miał złożyć wyjaśnienia w zakresie „zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie” - co także uczynił.

W kontekście poprzedniego pkt warto wskazać na poniższe poglądy KIO:

a. „ W odpowiedzi na wezwanie wykonawca powinien w rzetelny i jak najpełniejszy sposób wykazać, również poprzez złożenie dowodów odpowiadających wyjaśnianym składnikom ceny, że zaoferowane przez niego ceny nie noszą znamion rażąco niskich. Co jednak kluczowe, wyjaśnienia wykonawcy muszą odpowiadać wezwaniu, szczególnie w sytuacji, gdy zamawiający precyzuje szczegółowo, jakie elementy ceny budzą jego wątpliwości” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2022 r., KIO 519/22, Legalis);

b. „W tym miejscu należy wskazać, że Zamawiający jest zobligowany do precyzyjnego określenia swoich wątpliwości w treści wezwania skierowanego do wykonawcy i ciężaru tego nie można przenosić na wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy jest udzielenie wyczerpujących wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie, jednak do obowiązków zamawiającego należy jednoznaczne sformułowanie treści wezwania.” (Wyrok KIO z dnia 4 maja 2022 r. KIO 989/22, Legalis);

c. „Przepisy p.z.p. nie określają ani treści samego wezwania, które należy skierować do wykonawcy, stopnia jego szczegółowości, nie precyzują również, jaki powinien być zakres

czy też treść udzielonych wyjaśnień. Zatem, przy ocenie samych wyjaśnień uwzględniać należy treść wezwania skierowanego do wykonawcy. To rolą zamawiającego jest ustalenie i weryfikacja czy elementy i okoliczności wskazane przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rzeczywiście istnieją, mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych i na podstawie jakich założeń wykonawca przyjmuje realność wystąpienia tych szczególnych czynników i sprzyjających okoliczności" (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2022 r., KIO 58/22, LEX);

d. „złożone wyjaśnienia powinny stanowić adekwatną odpowiedź na skierowane do wykonawcy wezwanie. W ocenie Izby skierowane do wykonawcy ROMI wezwanie miało charakter ogólny, na co wskazuje użycie zwrotu "w szczególności" oraz odwołanie się do treści art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, który również stanowi jedynie przykładowy zakres wyjaśnień. Zamawiający w treści wezwania nie wyszczególnił żadnych konkretnych okoliczności które mają zostać wyjaśnione, w tym nie zażądał szczegółowego rozbicia ceny. Mając powyższe na uwadze nie sposób uznać jakoby udzielone przez wykonawcę ROMI wyjaśnienia nie stanowiły odpowiedzi na to wezwanie, w tym wykonawca odniósł się do elementów oferty mających w jego przekonaniu korzystny wpływ na zaoferowaną cenę (...). Po drugie, Izba rozpoznając zarzut miała na uwadze okoliczności podniesione w odwołaniu, gdzie Odwołujący argumentował, że wykonawca ROMI "pomiął kwestię gwarancji", nie wykazał upustów i rabatów oraz nie wyjaśnił czy i na jakim poziomie osiągnie zysk. Jednak zauważyć należy, że wezwanie z 28 stycznia 2022 r. nie precyzowało aż tak szczegółowego zakresu wyjaśnień. Ponadto skoro z treści oferty (vide: formularz oferty złożony przez wykonawcę ROMI) wprost wynika że wykonawca ten zaoferował gwarancję, co dostrzega również i sam Odwołujący to nie sposób następnie uważać, że tylko z uwagi na "pominięcie" tego elementu ceny w wyjaśnieniach, są one skazane na negatywną ocenę. Dlatego też złożony przez Odwołującego dowód 1 zawierający wyliczenie kosztów gwarancji miał dla rozstrzygnięcia sprawy znikomą wartość dowodową i nie mógł przesądzić o uwzględnieniu odwołania. Kwestia wysokości i sposobu kalkulacji kosztu gwarancji mogła by być ewentualnie przedmiotem dalszych wyjaśnień, jednak taki zarzut, tj. zaniechania wezwania wykonawcy ROMI przez Zamawiającego do wyjaśnienia tego elementu ceny, nie został w odwołaniu sformułowany." (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2022 r., KIO 557/22, LEX)

W związku z powyższym, nawet jeśli Przystępujący w swoich wyjaśnieniach literalnie nie wymienił wszystkich kosztów sugerowanych przez Odwołującego, mając na uwadze, że Zamawiający w treści Wezwania nie zobowiązał Przystępującego do ich wyjaśnienia, nie można na tym polu czynić Przystępującemu jakiegokolwiek zarzutu.

Co dodatkowo istotne, zakres Odwołania nie obejmuje zaskarżenia zaniechania czynności



wezwania Przystępującego do dodatkowych wyjaśnień, co wyklucza możliwość rozpoznania tej kwestii w ramach niniejszej sprawy (art. 555 PZP).

W ramach ustosunkowania się do argumentu poszukiwania przez MP Prolift nowych pracowników, Przystępujący wyjaśnił tę okoliczność już w odpowiedzi na Zarzut #3 (s. 7-8 niniejszego pisma). W tym miejscu Przystępujący uzupełniająco wskazuje, iż założona przez Przystępującego kwota wynagrodzenia konserwatorów delegowanych do realizacji zamówienia została wskazana w treści Wyjaśnień z dnia 24.11.2022 r., a jej realność została potwierdzona w ramach załączonej do wskazanych Wyjaśnień umowy o pracę z dnia 31.07.2009 r. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu dla wykazania faktu, iż założona przez Przystępującego wartość jest nierealna i niemożliwa. Zamiast tego, Odwołujący bazuje na informacji z ogłoszenia o pracy (którego autorem nie jest Przystępujący), z którego rzekomo wynika propozycja wynagrodzenia na poziomie 10.000 zł netto. Fakt, iż w sieci Internet spotkać można tak lukratywne (jak na standard rynkowy usług konserwacji) oferty pracy wcale nie oznacza, iż nie jest możliwe zatrudnienie przez Przystępującego na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia pracowników po wskazanych w Wyjaśnieniach wartościach (Przystępujący wykazał zresztą realność zatrudnienia konserwatorów na takich warunkach poprzez przedstawienie zawartej i obowiązującej umowy o pracę).

Warto również dostrzec pewną manipulację w pkt 7.8 uzasadnienia Odwołania, (cyt.):

„Jeżeli zatem przyjmujemy zgodnie powyższymi informacjami, że MP PROLIFT zatrudnia (zgodnie z ogłoszeniem oraz warunkami przetargowymi) osoby z wynagrodzeniem 10 000 zł netto na umowę o pracę, to dla wykonawcy MP PROLIFT jest to koszt około 17 985,19 zł x 12 osób x 24 miesiące = 5 179 734,72 złotych. W związku z tym wysokość kosztu zatrudnienia pracowników (bez wszystkich pozostałych kosztów, w tym kosztów dojazdów, kosztów ryzyka, kosztów magazynu, kosztów części zamiennych) wskazuje, że zaoferowana przez MP PROLIFT cena nie może zostać uznana za cenę realną.”

Odwołujący z jednej strony symuluje łączne koszty zatrudnienia pracowników Przystępującego związane z realizacją całego przedmiotu zamówienia. Z drugiej zaś, zestawia tak ustaloną, hipotetyczną kwotę (5.179 734,72 PLN) wyłącznie z wynagrodzeniem za realizację części zamówienia (tj. wynagrodzeniem za konserwację, wynoszącym 5.439.355,20 PLN), co tworzy wrażenie niedoszacowania oferty Przystępującego. Odwołujący pomija w tym zakresie, iż oprócz świadczenia usług konserwacji, przedmiot zamówienia obejmuje również świadczenie usług napraw, które podlegać będą odrębnemu rozliczeniu. Maksymalna wartość usług naprawy wynosi w ofercie 10.239.750,00 PLN. Mając na uwadze, że usługi naprawy będą realizowane przez tych samych pracowników, co usługi konserwacji, w ramach tego samego wynagrodzenia, przyjęcie nawet tak wysokiego wynagrodzenia miesięcznego pracowników, którego oczekuje Odwołujący nie doprowadzi do

*nierentowności umowy. Suma wynagrodzenia Przystępującego z tytułu realizacji usług konserwacji i naprawy przewyższy bowiem nadal związane z tym koszty.*

*/ Wnioski dowodowe /*

*W uzupełnieniu ww. argumentacji, wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z:*

*1. Pismo Mac PUAR wraz z dokumentami potwierdzającymi umocowanie osoby podpisującej - dla wykazania faktu posiadania przez Przystępującego bezpośredniego i nieograniczonego prawa do korzystania z pracowni projektowej na potrzeby rozwiązywania problemów napraw, modernizacji i tworzenia oprogramowania dla urządzeń transportu pionowego (dla części, które nie są już produkowane).*

*2. Zaświadczenie kwalifikacyjne nr K/27/00329/12, Wydruk ze strony internetowej <https://www.udt.gov.pl/kwalifikacje-osob/wyk-zaw-kwa> oraz Oświadczenie P.K.*

*- dla wykazania faktu posiadania przez P. K. ważnych uprawnień w zakresie konserwacji schodów ruchomych, wydanych przez Urząd Dozoru Technicznego.*

*3. Oświadczenia złożone przez osoby wymienione w Wykazie osób - dla wykazania faktu pozostawania przez osoby wskazane przez Przystępującego w Wykazie osób w gotowości do udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia przez MP Prolift.*

*4. Umowa nr AL.0141.119.2020 z załącznikami - dla wykazania faktu: (1) realizacji przez Przystępującego na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego w Poznaniu Sp. z o.o., w okresie od 01.01.2021 r. do 31.12.2021 r. usługi polegającej na przeprowadzeniu napraw i konserwacji 65 szt. urządzeń transportu pionowego w budynkach użyteczności publicznej przeznaczonych na potrzeby obsługi pasażerów w transporcie drogowym, (2) zastrzeżenia w §8 Umowy nr AL.0141.119.2020 na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego w Poznaniu Sp. z o.o. kar umownych z tytułu zaistnienia przypadków nienależytego wykonania usługi przez Przystępującego;*

*5. Wiadomość e-mail z wnioskiem o dostęp do informacji publicznej z dnia 28 grudnia 2022 r. oraz Pismo Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego w Poznaniu Sp. z o.o. z dnia 30 grudnia 2022 r. - dla wykazania faktu braku naliczenia przez MPK w Poznaniu Sp. z o.o. kar z tytułu nienależytego wykonania Umowy nr AL.0141.119.2020;*

*6. Pismo Metra Warszawskiego Sp. z o.o. z dnia 05.01.2023 r. - dla wykazania faktu naliczenia Odwołującemu przez Metro Warszawskie Sp. z o.o. ponad 160.321,41 PLN kar umownych z tytułu nienależytej realizacji umów na konserwację i naprawy urządzeń transportu pionowego produkcji OTIS na I i II linii metra. (...)"*

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz**

**Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący którego oferta uplasowała się na drugim miejscu w rankingu złożonych ofert dla zadania 1 w wypadku potwierdzenie się zarzutów miał szanse na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności postanowienia SWZ, modyfikacje SWZ (pismo 1 z 17.10.2022 r.) wraz z zaktualizowanym załącznikiem nr 5 b do SWZ, załącznika nr 5 a do SWZ, załącznik nr 6 do SWZ, wzoru Umowy – załącznik nr 3 do SWZ, oferty Przystępującego oraz Odwołującego, Jedz-a Przystępującego, wykazu wyposażenia, wykazu osób, wykazu usług wraz z dowodami, wezwania do wyjaśnień Przystępującego w zakresie ceny rażąco niskiej z 18.11.2022 r., wyjaśnień Przystępującego z 24.11.2022 r. wraz z dowodami (tajemnica przedsiębiorstwa), uzasadnienia Przystępującego z 24.11.2022 r. zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej, protokołu nr 1 i 2 Komisji Przetargowej oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 1 z 15.12. 2022 r., jak i pisma udostępniającego dokumentację postępowania w określonym zakresie z 16.12.2022 r.

Izba zmieniła postanowienie KIO z 02.01.2023 r., oddalając wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków, tj. 12 osób zawarty w odwołaniu. Nadto, Izba oddała wniosek o przesłuchanie 5 osób wskazanych na rozprawie na okoliczności wskazane również w odwołaniu, jak również 3 dodatkowych osób.

W zakresie 3 dodatkowych osób – oddając wniosek Izba uznała, że pierwsze dwie osoby miałyby zeznawać na okoliczność rekrutacji prowadzonej przez Przystępującego, a jest to okoliczność przyznana przez Przystępującego i jest to normalny proceder każdego z wykonawców. Co do trzeciej osoby, należy wskazać na podwójny charakter tej osoby również jako pełnomocnik. Zasadą jest zakaz łączenia świadka z funkcją pełnomocnika. Jednocześnie nie ma żadnej pewności, iż te osoby nie będą zeznawać odnośnie zad. 3, 4 i 5, gdyż również w tych zadaniach Przystępujący uzyskał zamówienie u tego samego Zamawiającego nie tylko w zadaniu 1.

Względem zmiany postanowienia KIO z 02.01.2023 r. Izba uznała, że taki dowód nie jest przydatny wobec takiego a nie innej treści postanowień warunku udziału postępowania, o czym więcej w dalszej części uzasadnienia. Podobnie względem wniosku o przesłuchanie 5 osób. Nadto, Izba wskazuje że w zakresie uprawnień jedynym wiarygodnym dokumentem poświadczającym uprawnienia jest zaświadczenie kwalifikacyjne, jednocześnie takie przesłuchanie ma na celu rozszerzenie zakresu zarzutu co do osób którym nie zarzucano ich brak wprost jak miało to miejsce wobec konkretnej osoby, o czym dalej w dalszej części uzasadnienia.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego na okoliczności wskazane w piśmie:

- 1) Kopię korespondencji z Urzędem Dozoru Technicznego – pismo z 19.12.2022 r., odpowiedź z 23.12.2022 r.;
- 2) Zestawienie informacji ze stron internetowych oraz mediów społecznościowych Osób wskazanych w Wykazie Osób.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego wklejone do odpowiedzi na odwołanie przez Odwołującego na okoliczności wskazane w piśmie:

- 1) Zrzuty ekranu oferty firmy MPPR oferującej części do dźwigów;
- 2) Zdjęcie zaświadczenia kwalifikacyjnego UDT nr K/27/00329/12;
- 3) Screenshoty ekranu ze strony wyszukiwarki UDT dla P. K. posiadającego ważne uprawnienia o nr: K/27/00172/11 i K/27/00329/12 oraz K/27/00102/09.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego załączone do pisma procesowego Przystępującego na okoliczności wskazane w piśmie:

- 1) Pismo Mac PUAR wraz z dokumentami potwierdzającymi umocowanie osoby podpisującej;
- 2) Zaświadczenie kwalifikacyjne nr K/27/00329/12;
- 3) Wydruk ze strony internetowej <https://www.udt.gov.pl/kwalifikacje-osob/wyk-zaw-kwa;>
- 4) Oświadczenia złożone przez osoby wymienione w Wykazie osób;
- 5) Umowa nr AL.0141.119.2020 z załącznikami;
- 6) Wiadomość e-mail z wnioskiem o dostęp do informacji publicznej z dnia 28 grudnia 2022 r.;
- 7) Pismo Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego w Poznaniu Sp. z o.o. z dnia 30 grudnia 2022 r.;
- 8) Pismo Metra Warszawskiego Sp. z o.o. z dnia 05.01.2023 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożoną na rozprawie przez Odwołującego:

- 1) Oświadczenie p. G. P.;

- 2) Oświadczenie p. K. K.;
- 3) Pismo z 04.01.2023 r. Urzędem Dozoru Technicznego;
- 4) Wydruk ze strony: <https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:7009128118510600193/>;
- 5) Pendrive Odwołującego wraz z wersją elektroniczną oświadczenia p. G. P. oraz pisma z 04.01.2023 r. Urzędu Dozoru Technicznego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu 1 i 5.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego:

[Zarzut#1 - warunek udziału w postępowaniu - dysponowanie pracownią projektową]

a. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MP PROLIFT, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 9.1.1. ppkt 1) SWZ;

ewentualnie:

art. 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania MP PROLIFT do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w pkt 11.2.1 pkt 1) SWZ;

ewentualnie:

art. 128 ust. 4 PZP poprzez zaniechanie wezwania MP PROLIFT do wyjaśnień podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w pkt 11.2.1 pkt 1) SWZ;

b. art. 16 pkt 1) i art. 17 ust. 2 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MP PROLIFT, pomimo wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy, szczegółowo opisane przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania, ewentualnie zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia lub wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy MP PROLIFT jako najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami PZP;

[Zarzut#2 - warunek udziału w postępowaniu - urzędzenia do diagnozowania oraz monitorowania]

c. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MP PROLIFT, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 9.1.1. ppkt 2) SWZ;

ewentualnie:

art. 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania MP PROLIFT do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w pkt 11.2.1 pkt 1) SWZ;

ewentualnie:

art. 128 ust. 4 PZP poprzez zaniechanie wezwania MP PROLIFT do wyjaśnień podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w pkt 11.2.1 pkt 1) SWZ;

d. art. 16 pkt 1) i art. 17 ust. 2 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MP PROLIFT, pomimo wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy, szczegółowo opisane przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania, ewentualnie zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy MP PROLIFT jako najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami PZP;

[Zarzut #3 - warunek udziału w postępowaniu i obowiązek zatrudnienia- Wykaz Osób]

e. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MP PROLIFT, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 9.1.1. ppkt 3) lit. a) SWZ;

ewentualnie:

art. 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania MP PROLIFT do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w pkt 11.2.1 pkt 2) SWZ;

f. art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MP PROLIFT, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia dotyczącymi obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, o którym mowa w pkt 4.5 SWZ (str. 5 SWZ);

g. art. 16 pkt 1) i art. 17 ust. 2 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) i pkt 5) PZP oraz art. 128 ust. 1 PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MP PROLIFT, pomimo wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy, szczegółowo opisane przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania, ewentualnie zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy MP PROLIFT jako najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami PZP;

[Zarzut #4 - warunek udziału w postępowaniu - Wykaz Usług oraz dowody]

h. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MP PROLIFT, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 9.1.2 SWZ;

ewentualnie:

art. 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania MP PROLIFT do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, o którym mowa w pkt 11.2.1 pkt 3) i 4) SWZ;

i. art. 16 pkt 1) i art. 17 ust. 2 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MP PROLIFT, pomimo wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy, szczegółowo opisane przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania, ewentualnie zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy MP PROLIFT jako najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami PZP;

[Zarzut#5 - tajemnica przedsiębiorstwa]

j. art. 18 ust. 1, 2 i 3 PZP, art. 74 ust. 1 i 2 PZP, art. 16 pkt 1 i pkt 2 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) (dalej: „UZNK”) w zw. z art. 61 Konstytucji RP poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia złożonych przez MP PROLIFT w postępowaniu dokumentów, które nie spełniają wszystkich przesłanek umożliwiających ich skuteczne, całościowe zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa, co prowadzi do naruszenia przepisów o jawności i przejrzystości postępowania o zamówienie publiczne oraz zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

[Zarzut #6 - rażąco niska cena oraz czyn nieuczciwej konkurencji]

k. art. 226 ust. 1 pkt 7) i 8) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego wraz z przywołaną tam treścią pkt 9.1.1 ppkt 1), 2), 3), jak i pkt 4.5 SWZ, treścią załącznika nr 5 a i 5 b do SWZ, załącznika nr 3 do SWZ (Wzór umowy - § 8). Nadto, wezwania do wyjaśnień Przystępującego w zakresie ceny rażąco niskiej z 18.11.2022 r.: „(...) 1. Zamawiający zweryfikował formularz oferty oraz załączone do formularza oferty formularze cenowe, tj. formularz cenowy konserwacji i formularz cenowy - cennik części zamiennych w zakresie Zadania nr 1. Zgodnie art. 223 ust. 2 ppkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 - dalej „ustawa Pzp”) Zamawiający informuje o dokonaniu poprawy następujących oczywistych omyłek pisarskich:

Wykonawca wpisał w pozycji „Zadanie 1 - Naprawy” formularza ofertowego kwoty: 469 630,00 PLN netto, 577 644,90 PLN brutto, tj. łączną cenę za części zamienne przeniesioną z podsumowania cennika części zamiennych. Zgodnie z pkt 22.2 ppkt 1) SWZ w tej pozycji Wykonawca powinien wpisać łączną maksymalną wartość napraw (za cały

okres realizacji Zadania nr 1) równą maksymalnej kwocie przeznaczanej przez Zamawiającego określonej dla Zadania nr 1 w pkt 4.6 SWZ, tj. w kwocie 8 325.000,00 zł netto, 10 239 750,00 zł brutto. Zgodnie z uwagą do pkt 22.2 SWZ „jeżeli Wykonawca określi w Formularzu Oferty łączną maksymalną wartość napraw inną niż wskazana w pkt 22.1 ppkt 2) SWZ, Zamawiający poprawi ofertę zgodnie z procedurą poprawy oczywistej omyłki pisarskiej, o której mowa w pkt 24 ppkt 1) SWZ, tj. określi łączną maksymalną wartość napraw zgodnie z postanowieniami pkt 22.1 ppkt 2) SWZ.”

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 223 ust. 2 ppkt 1) ustawy Pzp, Zamawiający poprawił w ofercie nr 3 oczywistą omyłkę pisarską w sposób opisany w uwadze do pkt 22.2 SWZ, tj. w następujący sposób:

W pozycji „Zadanie 1 - Naprawy” w kolumnach „Cena jednostkowa” i „Wartość”:

- było: netto: 469 630,00 PLN, brutto 577 644,90 PLN,

- jest: netto: 8 325 000,00 PLN, brutto 10 239 750,00 PLN .

W konsekwencji poprawy oczywistej omyłki pisarskiej, łączna wartość oferty w zakresie Zadania nr 1 została ustalona w następujący sposób:

- było: netto: 4 891 870,00 PLN, brutto 6 017 000,10 PLN,

- jest: netto: 12 747 240,00 PLN, brutto 15 679 105,20 PLN.

2. Zamawiający zweryfikował formularz oferty oraz załączone do formularza oferty formularze cenowe, tj. formularz cenowy konserwacji i formularz cenowy - cennik części zamiennych w zakresie Zadania nr 3. Zgodnie art. 223 ust. 2 ppkt 1) ustawy Pzp Zamawiający informuje o dokonaniu poprawy następujących oczywistych omyłek pisarskich:

Wykonawca wpisał w pozycji „Zadanie 3 - Naprawy” Formularza Ofertowego kwoty: 273 015,00 PLN netto, 335 808,45 PLN brutto, tj. łączną cenę za części zamienne przeniesioną z podsumowania cennika części zamiennych. Zgodnie z pkt 22.2 ppkt 1) SWZ w tej pozycji Wykonawca powinien wpisać łączną maksymalną wartość napraw (za cały okres realizacji Zadania nr 3) równą maksymalnej kwocie przeznaczanej przez Zamawiającego określonej dla Zadania nr 3 w pkt 4.6 SWZ, tj. w kwocie 1 045 000,00 zł netto, 1 285 350,00 zł brutto. Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 223 ust. 2 ppkt 1) ustawy Pzp, Zamawiający poprawił w ofercie nr 3 oczywistą omyłkę pisarską zgodnie z uwagą do pkt 22.2 SWZ, tj. w następujący sposób:

W pozycji „Zadanie 3 - Naprawy” w kolumnach „Cena jednostkowa” i „Wartość”:

- było: netto: 273 015,00 PLN, brutto 335 808,45 PLN,

- jest: netto: 1 045 000,00 PLN, brutto 1 285 350,00 PLN.

W konsekwencji poprawy oczywistej omyłki pisarskiej, łączna wartość oferty w zakresie Zadania nr 3 została ustalona w następujący sposób:

- było: netto: 739 335,00 PLN, brutto 909 382,05 PLN,

- jest: netto 1 511 320,00 PLN, brutto 1 858 923,60 PLN.



3. Zamawiający zweryfikował formularz oferty oraz załączone do formularza oferty formularze cenowe, tj. formularz cenowy konserwacji i formularz cenowy - cennik części zamiennych w zakresie Zadania nr 4 i Zadania nr 5 i ustali, co następuje:

Pismem nr 3 z 04.11.2022 r. Zamawiający skorygował oznaczenie nagłówek formularzy cenowych konserwacji w zakresie dot. Zadania nr 4 i Zadania nr 5. Zamawiający stwierdził, że Wykonawca złożył ofertę w zakresie Zadania nr 4 i Zadania nr 5 na formularzach cenowych konserwacji nie uwzględniających ww. korekty. Ponieważ oznaczenia urządzeń w formularzach cenowych konserwacji (nr TDT) w zestawieniu z wykazami urządzeń dla poszczególnych Zadań zawartymi w załącznikach do Specyfikacji Technicznej (zał. nr 1 do SWZ) pozwalają na jednoznaczne przypisanie formularzy cenowych do Zadań (bez konieczności odwoływania się w tym zakresie do wyjaśnień Wykonawcy), Zamawiający zakwalifikował przedmiotowe omyłki jako „inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty”, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Ponadto, zgodnie z pkt 22.2 ppkt 1) SWZ, w pozycjach Formularza Ofertowego: „Zadanie 4 - Naprawy” i „Zadanie 5 - Naprawy” Wykonawca powinien wpisać łączne maksymalne wartości napraw (za cały okres realizacji Zadania nr 4 i 5) równe maksymalnym kwotom przeznaczonym przez Zamawiającego określonym w pkt 4.6 SWZ.

W związku z powyższym, na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawił „inne omyłki” w ofercie w następujący sposób:

- a) formularz cenowy konserwacji oznaczony jako Zadanie nr 4 został oznaczony jako Zadanie nr 5,
- b) formularz cenowy konserwacji oznaczony jako Zadanie nr 5 został oznaczony jako Zadanie nr 4,
- c) w pozycji „Zadanie 4 - Konserwacja ” w kolumnach „Cena jednostkowa” i „Wartość”:
  - było: netto: 62 400,00 PLN, brutto 76 752,00 PLN,
  - jest: netto: 93.600,00 PLN, brutto 115.128,00 PLN.
- d) w pozycji „Zadanie 5 - Konserwacja ” w kolumnach „Cena jednostkowa” i „Wartość”:
  - było: netto: 35 200,00 PLN, brutto 43 296,00 PLN,
  - jest: netto: 62.400,00 PLN, brutto 76.752,00 PLN.
- e) w pkt 9 Formularza Oferty w części dot. Zadania nr 4 (Łączna cena brutto wykonania konserwacji)
  - było: 76 752,00 (zł),
  - jest: 115.128,00 (zł)
- f) w pkt 9 Formularza Oferty w części dot. Zadania nr 5 (Łączna cena brutto wykonania konserwacji)
  - było: 115 128,00 (zł),

- jest: 76 752,00 (zł)

g) w pozycji „Zadanie 4 - Naprawy” w kolumnach „Cena jednostkowa” i „Wartość”:

- było: netto: 35 200,00 PLN, brutto 43 296,00 PLN,

- jest: netto: 29 000,00 PLN, brutto 35 670,00 PLN,

h) w pozycji „Zadanie 5 - Naprawy” w kolumnach „Cena jednostkowa” i „Wartość”:

- było: netto: 93 600,00 PLN, brutto 115 128,00 PLN,

- jest: netto: 88 000,00 PLN, brutto 108 240,00 PLN,

i) łączna wartość oferty w zakresie Zadania nr 4 zostaje ustalona w następujący sposób:

- było: netto: 97 600,00 PLN, brutto : 120 048,00 PLN,

- jest: netto 122 600,00 PLN, brutto: 150 798,00 PLN,

j) łączna wartość oferty w zakresie Zadania nr 5 zostaje ustalona w następujący sposób:

- było: netto: 128 800,00 PLN, brutto 158 424,00 PLN,

- jest: netto 150 400,00 PLN, brutto 184 992,00 PLN.

Zgodnie z art. 223 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający wyznacza Wykonawcy w pkt 5 niniejszego pisma termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie ww. omyłek lub zakwestionowanie ich poprawienia.

Uwaga: Zgodnie z art. 223 ust. 3 ustawy Pzp brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki. W przypadku zakwestionowania poprawienia „innej omyłki” przez Wykonawcę jego oferta - zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 11) ustawy Pzp zostaje odrzucona.

4. Zamawiający przeprowadził badanie ofert pod kątem ewentualnego wystąpienia Rażąco Niskiej Ceny (RNC). Zamawiający dokonał przeliczeń cen złożonych ofert oraz cen jednostkowych poszczególnych pozycji formularza oferty tj. „istotnych części składowych” w rozumieniu pkt 24.11 SWZ i ustalił, co następuje:

Zgodnie z pkt 24.11 SWZ za istotne elementy składowe oferty należy uznać poszczególne ceny jednostkowe określone w formularzu oferty. Zamawiający uwzględnił powyższe oraz fakt, że elementami składowymi sumującymi się na łączną wartość oferty są jedynie ceny z „Listy pozycji” Formularza Oferty, tj. dwie pozycje: łączna cena napraw i łączna cena konserwacji. Ceny poddane w części formularza oferty pn. „Kryteria” służą jedynie do porównania ofert w Kryterium nr 2 (cennik części zamiennych) i Kryterium nr 3 (cena 1 roboczogodziny) i nie sumują się do łącznej wartości oferty, nie są więc istotnymi częściami składowymi ceny w rozumieniu pkt 24.11 SWZ. Ponadto - zgodnie z pkt 22.2 ppkt 1) SWZ - łączna cena napraw określona przez Wykonawców jest równa maksymalnym kwotom przeznaczonym przez Zamawiającego na naprawy w poszczególnych Zadaniach, określonym w pkt 4.6 SWZ, w związku z czym również nie podlega badaniu RNC. Uwzględniając powyższe Zamawiający stwierdził, że jedynie łączna cena ofertowa

konserwacji stanowi istotną część składową ceny oferty w rozumieniu pkt 24.11 SWZ i jako taka podlega badaniu RNC. Zamawiający ustalił zatem, co następuje:

1) w zakresie Zadania nr 1 - istotny element składowy ceny oferty nr 3, złożonej przez MP PROLIFT Sp. z o.o., tj. łączna cena brutto konserwacji jest o 51,48 % niższa od szacunkowej wartości ustalonej przez Zamawiającego z należytą starannością oraz o 45,46 % niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert,

2) w zakresie Zadania nr 5 - istotny element składowy ceny oferty nr 3, złożonej przez MP PROLIFT Sp. z o.o., tj. łączna cena brutto konserwacji jest o 41,13 % niższa od szacunkowej wartości ustalonej przez Zamawiającego z należytą starannością oraz o 42,86 % niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, w związku z czym Zamawiający stwierdził, że ww. ceny jednostkowe wydają się rażąco niskie w stosunku do Przedmiotu Zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania Przedmiotu Zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ.

W związku z powyższym, Zamawiający - działając na podstawie art. 224 ust. 1 w związku z ust. 3 ustawy Pzp oraz na podstawie pkt 24.7 SWZ - wzywa Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień W TYM ZŁOŻENIA

DOWODÓW w zakresie wyliczenia ww. istotnych części składowych ceny, z uwzględnieniem przyczyn zaoferowania tak niskiej ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez Wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. Zgodnie z art. 224 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień co najmniej w zakresie określonym w ppkt 4) i 6) powyżej.

5. Zgodę na poprawienie w ofercie omyłek, o których mowa w pkt 3 niniejszego pisma (lub zakwestionowanie ich poprawienia) oraz wyjaśnienia RNC (w tym dowody), o którym mowa

w pkt 4 niniejszego pisma, należy złożyć do dnia 24.11.2022 r., w sposób określony w SWZ, tj. za pomocą platformy zakupowej Zamawiającego: <https://postepowania.metro.waw.pl/servlet/HomeServlet>, w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. (..)”; wyjaśnień Przystępującego z 24.11.2022 r. wraz z dowodami (tajemnica przedsiębiorstwa), uzasadnienia Przystępującego z 24.11.2022 r. zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej: „(...) Zgodnie z art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z 08.10.2020 r., Dz.U. z 2020 r. poz. 1913) „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności”.

Jak wskazuje doktryna (zob. Art. 11 ZNKU red. Szwaja 2019, wyd. 5/Sołtysiński/Gogulski, Legalis), aby uznać daną informację za „tajemnicę przedsiębiorstwa” w rozumieniu zacytowanego przepisu wymagane jest łączne spełnienie trzech przesłanek, tj.:

- a) informacja powinna być poufna, tj. niedostępna łatwo nawet dla osób z danej branży,
- b) informacja posiada wartość gospodarczą
- c) informacja jest poddana odpowiednim (rozsądnym) działaniom w celu zachowania stanu poufności.

W okolicznościach niniejszej sprawy, kumulatywnie spełniono ww. przesłanki.

Ad. a)

Zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumenty przedstawiają szczegółową kalkulację ceny zaoferowanej przez Wykonawcę w ramach niniejszego postępowania. Podstawowym elementem wskazanych wyliczeń są szacowane wynagrodzenia osób, które mają być delegowane przez Wykonawcę do realizacji Zamówienia. Kwoty tych wynagrodzeń, zostały ustalone w ramach poufnych, dwustronnych negocjacji pomiędzy Wykonawcą, a poszczególnymi osobami. Informacje o wyniku tych negocjacji nie były w żaden sposób upubliczniane, zarówno przez Wykonawcę, jak też przez osoby, z którymi Wykonawca współpracuje, bądź z którymi prowadził negocjacje. Z całą też pewnością, informacje te nie są możliwe do samodzielnego ustalenia przez „osoby z branży”. Za podobnie nie oczywistą wiedzę uznać należy informacje o założonym przez Wykonawcę sposobie organizacji realizacji Zamówienia (w tym organizacji pogotowani dźwigowego i magazynów), który został szczegółowo opisany w zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentach.

Ad. b)

O stopniu rentowności realizacji Zamówienia decydują koszty, które dany wykonawca jest zobowiązany ponieść przy zaangażowaniu odpowiednich specjalistów, jak też sposób orga-

nizacji ich pracy. Ponadto istotne znaczenie mają zastosowane przez wykonawcę rozwiązania optymalizujące koszty organizacji pogotowia dźwigowego i wymaganych magazynów części zamiennych). Zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumenty przedstawiają gotowe rozwiązania w powyższym zakresie, które zostały wypracowane przez Wykonawcę w oparciu o jego know-how. W sytuacji uzyskania przez konkurentów Wykonawcy informacji o wypracowanych przez niego sposobach obniżenia kosztów realizacji zamówienia lub zwiększenia rentowności kontraktu, mogą oni podjąć próbę ich powielenia, co doprowadzi do utraty przez Wykonawcę atutu, decydującego o jego przewadze rynkowej.

Ad. c)

Informacje ujęte w zastrzeżonych dokumentach poddane zostały (i nadal są) odpowiednim (rozsądnym) działaniom w celu zachowania stanu ich poufności. Po pierwsze - każdy z pracowników/współpracowników, który ma jakikolwiek dostęp (choćby hipotetyczny) do przedmiotowych informacji zobowiązany jest do zachowania poufności, a każda z umów o pracę/współpracę, zawartych z takimi osobami zawiera stosowną, restrykcyjną klauzulę poufności. Zgodnie z najlepszą wiedzą Wykonawcy, żaden z pracowników/współpracowników, mający (choćby hipotetyczny) dostęp do zastrzeganych informacji nie został zwolniony

z wiążącego go zobowiązania do zachowania bezwzględnej tajemnicy. Wykonawcy nie ma również wiedzy o jakimkolwiek naruszeniu tego zobowiązania. Po drugie - zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumenty w wersji „papierowej” znajdują się w chronionym, zamkniętym na klucz pomieszczeniu zlokalizowanym w siedzibie Wykonawcy. W przedsiębiorstwie Wykonawcy obowiązuje zakaz wnoszenia przedmiotowych dokumentów poza jego siedzibę (zarówno w oryginale, jak też w kopii). Po trzecie - dostęp do zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów w wersji „elektronicznej” ograniczony jest hasłem, do którego dostęp mają wyłącznie osoby odpowiedzialne za udział Wykonawcy w ramach niniejszego postępowania, które bez wyjątku zobowiązane są do zachowania bezwzględnej tajemnicy (vide pierwszy argument). (...).

Jednocześnie, Odwołujący na posiedzeniu wycofał zarzut 2 i 4, w konsekwencji w tym zakresie postępowanie zostało umorzone.

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Względem zarzutu pierwszego, Izba uznała, że podlega niniejszy zarzut uwzględnieniu. W tym zakresie, Izba uwzględniła niniejszy zarzut w zakresie zaniechania wezwania do

uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, tj. Wykazu wyposażenia i naruszenia w tym kontekście zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania.

W ocenie Izby, mamy w przedmiotowym stanie faktycznym, oceniając oświadczenie przedstawione wraz z pismem procesowym przez Przystępującego (Pismo Mac PUAR wraz z dokumentami potwierdzającymi umocowanie osoby podpisującej), do czynienia z klasycznym udostępnieniem zasobów podmiotu trzeciego przez spółkę „matkę” spółce „córce”, tj. Przystępującemu. W żadnym wypadku Przystępujący nie wykazał, że mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim, a nie pośrednim. Izba wskazuje że zgodnie z art. 63 dotyczy - Poleganie na zdolności innych podmiotów - ust. 1 ostatni akapit (ostatnie zdanie) dyrektywy PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych: „*Na tych samych warunkach grupa wykonawców, o której mowa w art. 19 ust. 2, może polegać na zdolności członków tej grupy lub innych podmiotów*”. Niewątpliwe podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej są również podmiotami trzecimi w relacji Zamawiający – Wykonawca.

Z przedstawionego dokumentu wraz z pismem procesowym przez Przystępującego (Pismo Mac PUAR wraz z dokumentami potwierdzającymi umocowanie osoby podpisującej) w żaden sposób nie wynika, że może Przystępujący dysponować daną pracownią, jak właściciel, a to jest podstawą dysponowania bezpośredniego, także z innych tytułów prawnych, tj. najemca, dzierżawca, leasingobiorca, czy też użytkownik.

Jeśli byłoby tak, że łączy Przystępującego z jego spółką „matką” pewnego rodzaju umowa nienazwana oparta na prawie hiszpańskim, to taka umowa winna zostać złożona, tym bardziej, że jak się stwierdza w tym oświadczeniu, ten stan rzeczy trwa od 2017 r.

Przedstawione oświadczenie (Pismo Mac PUAR wraz z dokumentami potwierdzającymi umocowanie osoby podpisującej) to udostępnienie, nie wynika z niego, że mamy do czynienia ze stosunkiem zbliżonym do użytkowania na prawie polskim. Tym bardziej, że dalej wskazuje się, że ma to miejsce w ramach grupy spółek, do której należy również Przystępujący. Nadto, wskazuje się w nim na rzecz jakich projektów pracownia została udostępniona, w tym także na rzecz zadania u Zamawiającego.

Z uwagi na zaistniałe wątpliwości i brak wykazania, że mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim, Izba nakazała stosowne wezwanie, gdyż nie został wyczerpany tryb wynikający z art. 128 ust. 1 PZP. Skutkowało to też wynikowym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Jednocześnie, Izba stwierdza, że ewentualne uzupełnienie nie może dotyczyć udostępnienia pośredniego, gdyż na takie udostępnienie nie wskazywał Przystępujący w ofercie, czy też Jedz-u, jak i złożonym Wykazie Wyposażenia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem zarzutu trzeciego, Izba uznała, że podlega niniejszy zarzut oddaleniu.

W tym zakresie należy przywołać postanowienia SWZ z pkt 9.1.1. ppkt 3 lit. a SWZ (po zmianie z 17.10.2022 r. – pismo nr 1): *„Dysponuje (i będzie dysponował przez cały okres realizacji Przedmiotu Zamówienia) lub będzie dysponował przez cały okres realizacji Przedmiotu Zamówienia (...) osobami, które zostaną oddelegowane wyłącznie do obsługi urządzeń zainstalowanych w obiektach Zamawiającego, posiadającymi uprawnienia w zakresie konserwacji dźwigów i schodów ruchomych wydane przez Transportowy Dozór Techniczny lub inny organ właściwej jednostki dozoru technicznego zgodnie z art. 22 ust. 3b Ustawy z dnia 21 grudnia 2000 r. o dozorcze technicznym (tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 1514), w liczbie nie mniejszej niż a) zadanie nr 1 – 12 osób”.* Nadto, w pkt 11.2.1 W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, opisanych w pkt 9.1.1 i 9.1.2 SWZ, Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć: *„(...) 2) Wykaz Osób jakim dysponuje/będzie dysponował Wykonawca, które zostaną oddelegowane wyłącznie do obsługi urządzeń zainstalowanych w obiektach Zamawiającego (zgodny z treścią zał. nr 5b do SWZ) wraz z podaniem uprawnień niezbędnych do wykonania Przedmiotu Zamówienia, oraz ze wskazaniem podstawy do dysponowania tymi osobami, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału postępowaniu określonego w pkt 9.1.1 ppkt 3) SWZ; (...)”.* Jednocześnie, zgodnie z pkt 4.5 SWZ: *„Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks Pracy (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1510 t.j ) przez Wykonawcę lub Podwykonawcę osób wykonujących w trakcie realizacji Przedmiotu Zamówienia czynności związane z wykonywaniem konserwacji i napraw dźwigów osobowych, platform i schodów ruchomych. Szczegółowy opis dotyczący sposobu weryfikacji spełnienia przedmiotowego wymogu określa Wzór Umowy (zał. nr 3 do SWZ).”.*

Izba oddalił zarzut wychodząc z literalnego brzmienia warunku wskazanego powyżej, który dopuszczał: *„(...) lub będzie dysponował przez cały okres realizacji Przedmiotu Zamówienia (...) osobami (...)”.* Inaczej mówiąc Przystępujący mógł dysponować wskazanymi osobami w wykazie osób przez cały okres realizacji zamówienia, w konsekwencji Izba nie mogła zastosować rygoru, jaki oczekiwał Odwołujący (w terminie składnia ofert). Tym bardziej, że wymagany dokument został złożony i co do zasady Przystępujący w wymaganym terminie zadeklarował określoną liczbę, tj. wymagane 12 osób, jako te którymi będzie dysponował przez cały okres realizacji zamówienia na wyłączność Zamawiającego. W konsekwencji przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków, także na okoliczność rekrutacji prowadzonej przez Przystępującego, było zbędne, tym bardziej, że Przystępujący tej okoliczności nie zaprzeczał. Kwestia dla której części jest irrelevantna, wobec takiego, a nie innego brzmienia warunku.

Podobnie, należy rozpatrywać posiadanie uprawnień oczekiwanych przez Zamawiającego. Przy czym, Izba przychyliła się do stanowiska Przystępującego, iż jedynym wiarygodnym dokumentem poświadczającym uprawnienia jest zaświadczenie kwalifikacyjne, takie jakie załączył do pisma procesowego Przystępujący. Jednocześnie, Izba wskazuje, że w materiale dowodowym znajdują się oświadczenia 12 osób z 29.12.2022 r., co do deklaracji pracy na rzecz Zamawiającego i posiadania stosownych uprawnień. Jednakże, nie na nich Izba oparła swoje oddalenie. Podobnie znajdują się oświadczenia dwóch osób złożone przez Odwołującego na rozprawie oraz pismo Urzędu Dozoru Technicznego. Ten materiał nie miał znaczenia wobec takiego, a nie innego brzmienia warunku. Niewątpliwie, w toku realizacji umowy, muszą te osoby być zatrudnione na umowę o pracę.

Jednocześnie, Izba podkreśla, że w rzeczywistości, Odwołujący w sposób wymierny kwestionował w odwołaniu brak uprawnień p. P. K., co wobec przedłożonego zaświadczenia było nietrafne. Izba traktuje kwestionowanie na rozprawie uprawnień innych osób z 12 wskazanej w odwołaniu za rozszerzenie zarzutu. Odwołanie w tym zakresie odnosiło się konkretnie do p. P. K., co do pozostałych miało charakter ogólnych przypuszczeń i dywagacji. Podobnie, Izba za rozszerzenie uważa twierdzenia Odwołującego, że p. P. K. ma uprawnienia do konserwacji schodów ruchomych, a nie ma do konserwacji dźwigów, to zmiana wobec zarzutu z odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem zarzutu piątego, Izba uznała, że podlega niniejszy zarzut uwzględnieniu.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z 08.10.2020 r., Dz.U. z 2020 r. poz. 1913) „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności”.

Tym samym, określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełniają łącznie trzy warunki:

- mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą,
- informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób
- podjęto w stosunku do nich działania w celu zachowania poufności.



Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00).

Ciężar dowodzenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa.

W tej sprawie przedstawiono uzasadnienie Przystępującego z 24.11.2022 r. zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej. Niewątpliwie te informacje mogą mieć charakter uzasadniający objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednakże, Przystępujący nie wykazał, iż w stosunku do zastrzeżonych informacji podjął działania w celu zachowania ich poufności.

Izba stoi na stanowisku, iż użyte przez ustawodawcę w art. 18 ust. 3 PZP zdanie pierwsze sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek „dowiedzenia”, że informacje te mają właśnie taki charakter. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą ograniczenia prawa jawności. Mogłoby to prowadzić do zastrzegania zawsze tajemnicy przedsiębiorstwa, gdy to jest korzystne dla Wykonawcy.

Przystępujący dokonanego zastrzeżenia nie udowodnił. Nie złożono żadnego dowodu, co do obowiązujących u Przystępującego klauzul poufności, chociażby w zawieranych umowach o pracę. Przykładowa umowa o pracę wraz z aneksem przedłożona do wyjaśnień ceny rażąco niskiej (przywołana na rozprawie przez Przystępującego na potrzeby innego zarzutu) nie zawiera takiej klauzuli. Nie przedstawiono żadnego regulaminu obowiązującego u Przystępującego i regulującego kompleksowo zagadnienia poufności, co jest częstym przypadkiem przy tego typu sprawach. Nie przedstawiono żadnego zarządzenia, ogólnika wskazującego, czy też określającego konieczność zastrzegania dokumentów elektronicznych hasłem, czy też stanowiących zakaz wnoszenia dokumentów poza siedzibę.

Izba w tym zakresie powołuje się na wyrok KIO z 17.12.2019 r., sygn. akt: KIO 2440/19: „(...) *Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje.*

*Przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Ocena ma być dokonana ex ante, a nie ex post. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja*

pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W przedmiotowym postępowaniu przystępujący złożył wyjaśnienia na okoliczność wykazania zasadności dokonanych zastrzeżeń. W ocenie Izby informacje, których ujawnienia żąda odwołujący, mogą mieć charakter uzasadniający objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Przystępujący nie wykazał jednak przy tym, iż w stosunku do zastrzeżonych informacji podjął działania w celu zachowania ich poufności.

Izba stoi na stanowisku, iż użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy P.z.p. sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek „dowiedzenia”, że informacje te mają właśnie taki charakter. Podkreślić należy, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorących udział w postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznałoby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i – jako takie – byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Tym samym stwierdzić należy, iż art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. nakłada na wykonawcę obowiązek dokonania zastrzeżenia informacji w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i jednoczesnego złożenia dowodów uzasadniających dokonane zastrzeżenie. Tymczasem przystępujący dokonane zastrzeżenia w wyznaczonym terminie nie udowodnił. Przystępujący wraz z ofertą złożył jedynie zobowiązania podmiotów trzecich udostępniających mu swe zasoby, w których podmioty te zobowiązały przystępującego do zachowania w poufności zawartych w zobowiązaniach informacji. Przystępujący nie udowodnił jednak, że z nałożonego na niego zobowiązania w jakikolwiek sposób się wywiązał.

Dopiero na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą przystępujący złożył do akt sprawy dokumenty w celu wykazania, że dokonane przez niego zastrzeżenie informacji było prawidłowe i skuteczne, tj. oświadczenia o zachowaniu poufności, dokument - polityka bezpieczeństwa informacji, umowy o zachowaniu poufności, zobowiązania do oddania do dys-

pozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, zobowiązanie do zachowania poufności oraz korespondencję mailową dotyczącą postępowania. Dokumenty te zostały opatrzone datami, które wskazują, że zostały sporządzone w terminach umożliwiającym ich złożenie wraz z ofertą. (...)”, czy też na wyrok z dnia 13.03.2018 r., sygn. akt: KIO 315/18: "(...) zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego Wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji. Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże. A przynajmniej jeśli istnieją określone ograniczenia /okoliczność takich ograniczeń przywołana/ co do możliwości dowodowych w tym zakresie, winny być one, tj. określone dowody także przywołane z nazwy w uzasadnieniu - np. dany dokument, regulacja, zarządzenie, polityka bezpieczeństwa - w sposób pozwalający na uznanie że ta informacja jest wiarygodna, a dany dokument rzeczywiście istnieje. Albo złożony w ograniczonym zakresie - fragmentu, wyciągu, pierwsza strona, bez podania danych osobowych, z klauzulą poufności.(...)”. Z kolei, w wyroku z 10.03.2016 r., sygn. akt: KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16, KIO 228/16 Izba wskazała, że: "Dla prawidłowego wykazania, o którym mowa w tym przepisie, nie wystarczą jedynie gołosłowne i ogólnikowe twierdzenia, bez odniesienia się do konkretnych faktów, działań itd. Na konieczność wykazania jednoznacznie wskazywano w toku prac nad znowelizowaniem tego przepisu m.in. podczas prac podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia: poselskich projektów ustaw o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych - plik wideo z 21.03.2014 r. - plik wideo z 10.VII.2014 r.", czy też za wyrokiem KIO z 01.06.2020 r., sygn. akt: KIO 477/20: "(...) zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji. Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże" - podkreślając, że niniejsze stanowisko ma charakter przeważający w orzecznictwie i jest nadal aktualne pod rządami obecnej ustawy PZP.

Izba także wskazuje, że część załączników do wyjaśnień ceny rażąco niskiej, stanowi dokument jawny np. załącznik nr 6, 9, 10 (a, b, c) i 13. Nadto, na rozprawie Przystępujący upublicznił do protokołu dane osobowe wynikające z załącznika nr 3 i 7.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem zarzutu szóstego, Izba uznała, że podlega niniejszy zarzut oddaleniu.

W tym zakresie, izba uznała, że zarzut jest przedwczesny, gdyż Odwołujący nie znał treści wyjaśnień ceny rażąco niskiej Przystępującego i dowodów z uwagi na ich zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Dopiero po ich odtajnieniu, tj. wyjaśnień ceny rażąco niskiej Przystępującego i dowodów będzie Odwołującemu biegł termin na ich zaskarżenie. Izba w tym zakresie kierował się orzeczeniem TSUE z 17.11.2022 r., sygn. akt: C-54/21: „(...)Do sądu należy zapewnienie, by usunięto wszelkie ewentualnie stwierdzone naruszenia prawa

do skutecznego środka prawnego. Celem odwołania jest usunięcie naruszeń na etapie, na którym jest to możliwe przed zawarciem umowy. Bieg terminu na wniesienie odwołania od danej decyzji rozpoczyna się dopiero w dniu, w którym wnoszący odwołanie dowiedział się o naruszeniu prawa. Gdyby prawo krajowe nie pozwalało sądowi na zastosowanie w toku postępowania środków przywracających poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego, sąd ten powinien – jeżeli okaże się, że bezprawnie dokonano zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa – albo uchylić decyzję o udzieleniu zamówienia albo uznać, że odwołujący się może ponownie wnieść odwołanie od już podjętej decyzji o udzieleniu zamówienia w terminie liczonym od dnia uzyskania dostępu do wszystkich bezprawnie zastrzeżonych informacji. (...)”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Jednocześnie obciążając kosztami Zamawiającego i zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwoty 15 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonych rachunków, uznając że zaistniały podstawy określone w § 7 ust. 5 rozporządzenia wskazanego poniżej do odstąpienia od stosunkowego rozdzielnia kosztów. Jednocześnie w odniesieniu do kosztów Izba dodatkowo podkreśla, że mimo uwzględnienia dwóch zarzutów, mają one istotne znaczenie, gdyż skutkują koniecznością powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zadaniu 1.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień 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).

**Przewodniczący:**

.....