

WYROK

Warszawa, dnia 13 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2024 r. przez wykonawcę Piotra Szulborskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Savicon P.S. z siedzibą w Płocku,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polskie Porty Lotnicze spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Dimark spółki akcyjnej z siedzibą w Złotkowie i Anglosec spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów wskazanych w pkt II. 1. a) *tiret* 4, pkt II. 1. b) *tiret* 4 i *tiret* 5 oraz pkt II.1. c) *petitum* odwołania, wobec ich uwzględnienia przez Zamawiającego i braku zgłoszenia sprzeciwu przez uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego.

2. Oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 2539/24

Uzasadnienie

Polskie Porty Lotnicze spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, sektorowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę pn.: „Dostawa, instalacja i uruchomienie 4 szt. urządzeń systemu EDS (Explosive Detection System) minimum normy 3.1 wraz z integracją z systemem BHS”, nr postępowania: 53/PN/ZP/TLZZ/24.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 10 maja 2024 r. nr ogłoszenia 275713-2024, numer wydania Dz.U. S: 91/2024.

W postępowaniu tym P.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P.S. z siedzibą w Płocku (dalej: „Odwołujący”) 18 lipca 2024 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

1) czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu i kwalifikacji podmiotowej Wykonawcy: Konsorcjum w składzie Dimark S.A. i Anglosec sp. z o.o., którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie niepodlegania wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie zaniechania w ogóle przez Zamawiającego dokonania kwalifikacji podmiotowej Konsorcjum w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu;

2) czynności wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej;

3) zaniechania wezwania Konsorcjum do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia złożonych niekompletnych lub

zawierających błędy podmiotowych środków dowodowych, w celu potwierdzenia niepodlegania wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 128 ust. 1 i 6 ustawy Pzp i art. 70 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2 i 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415 z późn. zm.), § 6 ust. 2 i 3 pkt 1 i § 7 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. poz. 2452), przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia złożonych niekompletnych lub zawierających błędy podmiotowych środków dowodowych, w celu potwierdzenia niepodlegania wykluczeniu z postępowania oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, to jest:
- a) Wykazu dostaw wraz z załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane należycie, o którym mowa w Rozdz. VII ust. 2 pkt 2.1 lit. a SWZ, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret pierwsze SWZ, niekompletnego i zawierającego błędy z następujących względów:
- Z uzasadnienia wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, zawartego w piśmie Zamawiającego z dnia 05.07.2024, w ogóle nie wynika, aby Zamawiający stwierdził spełnienie przez tego Wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu.
 - Wykaz dostaw zawiera błędne oświadczenie potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. a SWZ, zamiast w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret pierwsze SWZ;
 - w Wykazie dostaw zostało wskazane jedno zamówienie pn. „Dostawa, instalacja i uruchomienie 4 szt. jednakowych urządzeń systemu EDS (Explosive Detection System) minimum normy 3.1 wraz z integracją z systemem BHS”, które nie zostało wykonane przez Konsorcjum należycie z uwagi na przekroczenie terminu realizacji zamówienia, niezgodność wykonanego przedmiotu zamówienia z SWZ (Opisem Przedmiotu Zamówienia) oraz jego liczne wady i awarie, skutkujące skorzystaniem przez Zamawiającego z uprawnień wynikających z gwarancji i rękojmi;
 - załączony do Wykazu dostaw protokół odbioru końcowego przedmiotu umowy i przekazania do użytkowania nie potwierdza należytego wykonania zamówienia referencyjnego (m.in. zawiera stwierdzenie o istnieniu wad i przedłużeniu terminu realizacji zadania) oraz zamówienie to faktycznie nie zostało przez Konsorcjum wykonane należycie;
 - Wykaz dostaw oraz załączony do niego protokół odbioru końcowego, zostały podpisane w imieniu Konsorcjum przez Pana Marcina Idziorka, który nie posiadał stosownego umocowania do reprezentowania Konsorcjum (nie posiadał umocowania do reprezentowania Anglosec sp. z o.o.);
- b) Wykazu osób realizujących zamówienie, o którym mowa w Rozdz. VII ust. 2 pkt 2.1 lit. b SWZ, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret drugie SWZ, niekompletnego i zawierającego błędy z następujących względów:
- Wykaz osób zawiera błędne oświadczenie, dotyczące potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, opisanego w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret drugie SWZ, o treści: Potwierdzając spełnianie warunku na „Dostawa, instalacja i uruchomienie 4 szt. urządzeń systemu EDS (Explosive Detection System) minimum normy 3.1 wraz z integracją z systemem BHS” oświadczamy, że wykonaliśmy następujące zamówienia (...), podczas gdy warunkiem udziału w postępowaniu było wykazanie dysponowania przez Wykonawcę i skierowania do realizacji zamówienia kierownika projektu, kierownika robót elektrycznych, kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych i kierownika robót sanitarnych, posiadających doświadczenie lub uprawnienia, opisane w treści warunku udziału w postępowaniu;
 - Wykaz osób nie zawiera informacji o podstawie do dysponowania osobami wskazanymi w Wykazie przez Konsorcjum;
 - opis doświadczenia kierownika projektu, wskazanego w Wykazie osób, jest niezgodny z treścią warunku udziału w postępowaniu, opisanego w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret drugie ppkt i. SWZ;
 - opis uprawnień kierownika robót sanitarnych, wskazanego w Wykazie osób, jest niezgodny z treścią warunku udziału w postępowaniu, opisanego w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret drugie ppkt iv. SWZ;
 - Wykaz osób został podpisany w imieniu Konsorcjum przez Pana Marcina Idziorka, który nie posiadał stosownego umocowania do reprezentowania Konsorcjum (nie posiadał umocowania do reprezentowania Anglosec sp. z o.o.);
- c) Oświadczenia Wykonawcy w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, tj. o braku przynależności do tej samej

grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji konsumentów (Dz. U. z 2020r. poz. 1076 i 1086), z innym Wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego Wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej, o którym mowa w Rozdz. VII ust. 2 pkt 2.2 lit. f SWZ, zawierającego błąd, polegający na podpisaniu Oświadczenia (złożeniu oświadczenia o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej z innym Wykonawcą, który złożył ofertę w Postępowaniu) w imieniu Konsorcjum przez Pana Marcina Idziorka, który nie posiadał stosownego umocowania do reprezentowania Konsorcjum (nie posiadał umocowania do reprezentowania Anglosec sp. z o.o.);

2)art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, art. 57 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a – c ustawy Pzp, przez wybranie oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy wybór tej oferty został dokonany niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, gdyż Wykonawca ten nie wykazał niepodlegania wykluczeniu z Postępowania oraz spełniania warunków udziału w Postępowaniu, a co więcej z uzasadnienia wyboru jego oferty przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej, w ogóle nie wynika, aby Zamawiający stwierdził spełnianie przez Konsorcjum warunków udziału w Postępowaniu.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienie czynności badania i oceny ofert;
- 2)unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej;
- 3)wezwanie Konsorcjum do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia, w wyznaczonym terminie, złożonych niekompletnych lub zawierających błędy podmiotowych środków dowodowych, w celu potwierdzenia niepodlegania wykluczeniu z postępowania oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, to jest:
 - a)Wykazu dostaw wraz z załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane należyście, o którym mowa w Rozdz. VII ust. 2 pkt 2.1 lit. a SWZ, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret pierwsze SWZ, poprzez:
 - zawarcie w Wykazie dostaw oświadczenia o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu, opisanego w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret pierwsze SWZ (zamiast błędnie wskazanego w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. a SWZ);
 - uzupełnienie Wykazu dostaw o co najmniej jedno zamówienie, potwierdzające spełnianie przez Konsorcjum warunku udziału w postępowaniu, opisanego w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret pierwsze SWZ, które zostało wykonane należyście;
 - złożenie dowodów określających czy zamówienia wskazane w Wykazie dostaw zostały wykonane należyście, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego zamówienia zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy;
 - podpisanie Wykazu dostaw oraz poświadczenia za zgodność z oryginałem cyfrowego odwzorowania dokumentów stanowiących dowody określające czy zamówienia wskazane w Wykazie dostaw zostały wykonane należyście, jeżeli zostały one wystawione w postaci papierowej – przez osobę upoważnioną do reprezentowania Konsorcjum;
 - b)Wykazu osób realizujących zamówienie, o którym mowa w Rozdz. VII ust. 2 pkt 2.1 lit. b SWZ, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret drugie SWZ, poprzez:
 - zawarcie w Wykazie osób prawidłowego oświadczenia o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu, opisanego w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret drugie SWZ, tj. dysponowaniu przez Wykonawcę i skierowaniu do realizacji 6 zamówienia osób posiadających doświadczenie lub uprawnienia opisane w treści warunku udziału w postępowaniu;
 - uzupełnienie Wykazu osób o informacje o podstawie do dysponowania osobami wskazanymi w Wykazie przez Konsorcjum;
 - uzupełnienie Wykazu osób o kierownika projektu, posiadającego doświadczenie zgodne z treścią warunku udziału w postępowaniu, opisanego w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret drugie ppkt i. SWZ;
 - uzupełnienie Wykazu osób o kierownika robót sanitarnych, posiadającego uprawnienia zgodne z treścią warunku udziału w postępowaniu, opisanego w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret drugie ppkt iv. SWZ;
 - podpisanie Wykazu osób przez osobę upoważnioną do reprezentowania Konsorcjum;
 - c)Oświadczenia Wykonawcy w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, tj. o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji konsumentów (Dz. U. z 2020r. poz. 1076 i 1086), z innym Wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego Wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej, o którym mowa w Rozdz. VII ust. 2 pkt 2.2 lit. f SWZ, poprzez złożenie

takiego Oświadczenia podpisanego przez osobę uprawnioną do reprezentowania Anglosec sp. z o.o.;

4) ponowne badanie i ocenę ofert;

Ponadto Odwołujący wniósł o:

1) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z właściwymi przepisami, ewentualnie, w przypadku wniesienia sprzeciwu, zasądzenie tych kosztów od Przystępującego;

2) na podstawie art. 531 Pzp, art. 534 ust. 1 Pzp, art. 536 Pzp, o zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia następujących dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania, a po ich przedstawieniu przez Zamawiającego, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z tych dokumentów, na okoliczność nienależytego wykonania przez Konsorcjum zamówienia wskazanego w złożonym Wykazie dostaw:

a) Protokoły z testów i uruchomienia urządzeń EDS normy 3.1, dostarczonych przez Konsorcjum w wykonaniu zadania pn. „Zakup i instalacja 4 szt. urządzeń EDS (Explosive Detection System) co najmniej normy 3.1 do Sortowni 1 (Strefa AB) wraz z integracją z systemem BHS”, Nr ref: 134/PN/ZP/TLLZP/22;

b) Projekt wykonania instalacji wody lodowej odprowadzającej ciepło z maszyn EDS normy 3.1 dostarczonych przez Konsorcjum w wykonaniu zadania pn. „Zakup i instalacja 4 szt. urządzeń EDS (Explosive Detection System) co najmniej normy 3.1 do Sortowni 1 (Strefa AB) wraz z integracją z systemem BHS”, Nr ref: 134/PN/ZP/TLLZP/22;

c) Protokoły z testów urządzeń EDS normy 3.1, dostarczonych przez Konsorcjum w wykonaniu zadania pn. „Zakup i instalacja 4 szt. urządzeń EDS (Explosive Detection System) co najmniej normy 3.1 do Sortowni 1 (Strefa AB) wraz z integracją z systemem BHS”, Nr ref: 134/PN/ZP/TLLZP/22, po naprawie łożysk, na których obraca się zestaw detektorów i źródło promieniowania;

d) Książki serwisowe oraz karty gwarancyjne z dokonanymi wpisami dotyczącymi wad, usterek, awarii i napraw urządzeń EDS normy 3.1, dostarczonych przez Konsorcjum w wykonaniu zadania pn. „Zakup i instalacja 4 szt. urządzeń EDS (Explosive Detection System) co najmniej normy 3.1 do Sortowni 1 (Strefa AB) wraz z integracją z systemem BHS”, Nr ref: 134/PN/ZP/TLLZP/22;

e) Pisma Zamawiającego do Konsorcjum dotyczące realizacji przez Zamawiającego uprawnień z tytułu gwarancji lub rękojmi za wady przedmiotu zamówienia wykonanego przez Konsorcjum w ramach realizacji zamówienia pn. „Zakup i instalacja 4 szt. urządzeń EDS (Explosive Detection System) co najmniej normy 3.1 do Sortowni 1 (Strefa AB) wraz z integracją z systemem BHS”, Nr ref: 134/PN/ZP/TLLZP/22;

3) na podstawie art. 531 Pzp, art. 534 ust. 1 Pzp, art. 538 ust. 1 Pzp, art. 539 ust. 1 i 2 Pzp, o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu geodezji, na okoliczność ustalenia tego czy na Lotnisku im. F. Chopina w Warszawie, w strefie SORT AB, w przestrzeni pod urządzeniami EDS normy 3.1, została zapewniona wysokość przejazdu minimum 236 cm, zgodnie z punktem 7.2 Opisu Przedmiotu Zamówienia [Załącznik nr 1 do Umowy, str. 58 SWZ postępowania pn. „Zakup i instalacja 4 szt. urządzeń EDS (Explosive Detection System) co najmniej normy 3.1 do Sortowni 1 (Strefa AB) wraz z integracją z systemem BHS”, Nr ref: 134/PN/ZP/TLLZP/22], celem wykazania nienależytego wykonania przez Konsorcjum zamówienia wskazanego w złożonym Wykazie dostaw, przy czym Odwołujący wskazał, że dokumentację niezbędną do sporządzenia opinii przez biegłego, o której mowa w art. 539 ust. 1 Pzp, stanowią zdaniami Odwołującego następujące dokumenty załączone do odwołania: Specyfikacja Warunków Zamówienia (SWZ) dla przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn. „Zakup i instalacja 4 szt. urządzeń EDS (Explosive Detection System) co najmniej normy 3.1 do Sortowni 1 (Strefa AB) wraz z integracją z systemem BHS”, Nr ref: 134/PN/ZP/TLLZP/22 [dokładnie punkt 7.2 Opisu Przedmiotu Zamówienia: Załącznik nr 1 do Umowy, str. 58 SWZ]; Załącznik nr 7 do SWZ tego postępowania – Operat geodezyjny i Szkic z pomiaru spodu rzędnych belek stalowych z dnia 1.09.2023 r. (pomiar powykonawczy wykonany na zlecenie Konsorcjum), obrazujące przestrzeń pod zainstalowanymi przez Konsorcjum urządzeniami EDS normy 3.1 w strefie SORT AB na Lotnisku im. F. Chopina w Warszawie; dokumentacja zdjęciowa z pomiarów wykonanych przez Odwołującego (4 szt. zdj.).

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę.

Następnie Odwołujący przedstawił uzasadnienie powołanych w odwołaniu zarzutów oraz załączył dowody.

W piśmie procesowym z 23 lipca 2024 r. Odwołujący wskazał, że w związku ze zgłoszonym w odwołaniu wnioskiem dowodowym co do przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego geodety, poczynił starania celem ustalenia, którzy biegli sądowi mogliby podjąć się sporządzenia takiej opinii. Odwołujący załączył na tę okoliczność listę biegłych sądowych Sądu Okręgowego w Warszawie; zapytanie do biegłych z listy biegłych sądowych Sądu Okręgowego w Warszawie w dziedzinie geodezji o możliwość sporządzenia opinii; odpowiedzi udzielone przez biegłych na zapytanie o możliwość sporządzenia opinii.

W złożonej pismem z 2 sierpnia 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i

przedstawił argumentację wobec zarzutów odwołania.

W piśmie procesowym z 2 sierpnia 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Dimark spółka akcyjna z siedzibą w Złotkowie i Anglosec spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wnieśli o oddalenie odwołania oraz przedstawili swoje stanowisko wobec zarzutów odwołania. Do pisma załączono dowody.

W piśmie procesowym z 8 sierpnia 2024 r. Odwołujący zawarł swoje stanowisko wobec argumentacji Zamawiającego i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Dimark spółki akcyjnej z siedzibą w Złotkowie i Anglosec spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zawartej w ww. pismach procesowych.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Dimark spółka akcyjna z siedzibą w Złotkowie i Anglosec spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”).

Wobec uwzględnienia zarzutów odwołania wskazanych w pkt II. 1. a) *tiret* 4, pkt II. 1. b) *tiret* 4 i *tiret* 5 oraz pkt II.1. c) *petitum* odwołania, przy jednoczesnym braku zgłoszenia sprzeciwu przez Przystępującego, Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w tym zakresie. W pozostałym zakresie odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na rozprawie.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydykcyjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest z uwzględnieniem przepisu art. 139 ustawy Pzp (*vide* rozdział II pkt 3 SWZ).

Warunki udziału w postępowaniu zostały opisane w rozdziale V SWZ. Zamawiający w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, w spornym zakresie, opisał warunek w sposób następujący:

„• w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie zrealizowali co najmniej jedno zamówienie (umowa) obejmujące dostawę oraz montaż urządzeń EDS wraz z integracją z systemem transportu bagażu o wartości nie mniejszej jak 25 000 000 PLN brutto.

• wykażą, że dysponują i skierują do realizacji zamówienia:

i. kierownika projektu, który posiada doświadczenie w kierowaniu robotami polegającymi na instalacji i uruchomieniu urządzeń EDS, tj. który w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, kierował robotami polegającymi na dostawie oraz montażu urządzeń EDS wraz z integracją z systemem transportu bagażu o wartości zamówienia nie mniejszej jak 25 000 000 PLN brutto. (...).”

Jak wynika z rozdziału VII pkt 2.1. SWZ – w celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, wykonawca miał złożyć:

„a) Wykaz dostaw wykonanych w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdz. V ust. 1 pkt 2) a) SWZ wraz z podaniem przedmiotu, 1 Jeżeli dotyczy Wykonawcy, który zaoferował integrację zgodnie z pkt. 3 Formularza Oferty jego wartości, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane. Jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty.

b) Wykaz osób realizujących zamówienie zgodnie z warunkiem opisanym w rozdziale V.1.2) d) *tiret* drugi SWZ”.

W postępowaniu złożone zostały dwie oferty, tj. przez Odwołującego i przez Przystępującego.

Oferta Przystępującego została sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert, co skutkowało skierowaniem do Przystępującego wezwania z 19 czerwca 2024 r., w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych. W zakresie spornym wezwanie miało następującą treść:

„1. W celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu: a) Wykazu dostaw wykonanych

w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdz. V ust. 1 pkt 2) a) SWZ wraz z podaniem przedmiotu, jego wartości, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane. Jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty. b) Wykaz osób realizujących zamówienie zgodnie z warunkiem opisanym w rozdziale V.1.2) d) tiret drugi SWZ”. Do ww. wezwania zostały załączone następujące załączniki: 1. Wzór oświadczenia o aktualności JEDZ 2. Wzór wykazu dostaw 3. Wzór oświadczenia o grupie kapitałowej. 4. Wzór wykazu osób realizujących zamówienie.

W piśmie przewodnim z 1 lipca 2024 r., stanowiącym odpowiedź na powyższe wezwanie, Przystępujący wskazał m.in.: „I. W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu tj. zdolności technicznej lub zawodowej: 1) Wykaz dostaw - zgodnie z załącznikiem nr 2 do wezwania (2 pliki). 2) Wykaz osób realizujących zamówienia – zgodnie z załącznikiem nr 4 do wezwania (1 plik).”.

Przystępujący ponadto załączył do ww. pisma m.in. wykaz dostaw wraz z protokołem odbioru przedmiotu umowy i przekazania do użytkowania W10-PS-INWEST-01 z 31 października 2023 r. oraz wykaz osób.

W zakresie wykazu dostaw, Izba ustaliła, że Przystępujący posłużył się wzorem stanowiącym załącznik nr 2 do wezwania, w treści którego Zamawiający zawarł następujący wzór oświadczenia: „Potwierdzając spełnienie warunku na „Dostawa, instalacja i uruchomienie 4 szt. urządzeń systemu EDS (Explosive Detection System) minimum normy 3.1 wraz z integracją z systemem BHS” oświadczamy, że wykonaliśmy następujące zamówienia, spełniające warunek opisany rozdz. V ust. 1 pkt 2) lit. a) SWZ:”.

W zakresie wykazu osób, Izba ustaliła, że Przystępujący posłużył się wzorem stanowiącym załącznik nr 4 do wezwania, w treści którego Zamawiający zawarł następujący wzór oświadczenia: „Potwierdzając spełnienie warunku na „Dostawa, instalacja i uruchomienie 4 szt. urządzeń systemu EDS Explosive Detection System) minimum normy 3.1 wraz z integracją z systemem BHS” oświadczamy, że wykonaliśmy następujące zamówienia, spełniające warunek opisany rozdz. V ust. 1 pkt 2) d) tiret drugi SWZ:” Ponadto Izba ustaliła, że kolumna „Funkcja osoby realizującej zamówienie zgodnie z warunkiem rozdz. V ust. 1 pkt 2) d) tiret drugi SWZ” miała zostać wypełniona przez wykonawców. Przystępujący w spornym zakresie wskazał w wykazie osób w poz. 1 pana Mateusza Nogę – Kossowskiego na pełnienie funkcji kierownika projektu wypełniając sporną kolumnę w następujący sposób: „Posiadający doświadczenie jako Kierownik projektu podczas realizacji zadania: „Dostawa, instalacja i uruchomienie 4 szt. jednakowych urządzeń systemu EDS (Explosive Detection System) minimum normy 3.1 wraz z integracją z systemem BHS” w okresie 01.12.2022 roku - 31.10.2023 roku. Wartość zamówienia 45.833.222,79 PLN brutto”.

Pismem z 5 lipca 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego. Wybór został poprzedzony przeprowadzeniem aukcji elektronicznej. Zamawiający poinformował, że w kryterium „Cena brutto” Przystępujący uzyskał 47,72 pkt, a w kryterium „Integracja ze systemem EDS Zamawiającego” 40 pkt, razem 87,72 pkt. Oferta Odwołującego w kryterium dotyczącym ceny uzyskała 60 pkt a w drugi, kryterium 0 pkt.

Izba zważyła co następuje.

Przepisy powołane jako podstawa prawna stawianych zarzutów, mają następujące brzmienie:

art. 17 ust. 2 ustawy Pzp

2. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

art. 57 pkt 1 i 2 ustawy Pzp

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

1) nie podlegają wykluczeniu;

2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego.

art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę:

5) jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie;

art. 128 ust. 1

1. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania

art. 239 ustawy Pzp

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

§9 ust. 1 pkt 2 i 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej: „rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych”)

1. W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: (...)

2) wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy;

3) wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami; (...)

Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Ad wykazu dostaw

Odwołujący zarzucił, że wykaz dostaw złożony przez Przystępującego:

- zawiera błędne oświadczenie potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. a SWZ, zamiast w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret pierwsze SWZ;
- w Wykazie dostaw zostało wskazane jedno zamówienie pn. „Dostawa, instalacja i uruchomienie 4 szt. jednakowych urządzeń systemu EDS (Explosive Detection System) minimum normy 3.1 wraz z integracją z systemem BHS” które nie zostało wykonane przez Konsorcjum należycie z uwagi na przekroczenie terminu realizacji zamówienia, niezgodność wykonanego przedmiotu zamówienia z SWZ (Opisem Przedmiotu Zamówienia) oraz jego liczne wady i awarie, skutkujące skorzystaniem przez Zamawiającego z uprawnień wynikających z gwarancji i rękojmi;
- załączony do Wykazu dostaw protokół odbioru końcowego przedmiotu umowy i przekazania do użytkowania nie potwierdza należytego wykonania zamówienia referencyjnego (m.in. zawiera stwierdzenie o istnieniu wad i przedłużeniu terminu realizacji zadania) oraz zamówienie to faktycznie nie zostało przez Konsorcjum wykonane należycie;

Następnie Odwołujący w odniesieniu do pierwszej stwierdzonej nieprawidłowości wyjaśnił, że złożony przez Przystępującego wykaz referuje do warunku, który nie został opisany. Natomiast warunek, na potwierdzenie którego wykaz miał zostać złożony został opisany w rozdziale V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret pierwsze SWZ.

W odniesieniu do drugiej nieprawidłowości, Odwołujący wskazał, że w jego ocenie przedstawiony protokół odbioru końcowego nie potwierdza należytego wykonania zamówienia wskazanego w wykazie dostaw, ponieważ zawiera stwierdzenie o istnieniu wad i przedłużeniu terminu realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego przedmiot zamówienia, który zawiera wadę nie może być uznany za wykonany należycie, ponadto zamówienie zostało wykonane z

przekroczeniem, w ocenie Odwołującego, w stopniu znacznym, terminu realizacji, tj. o 3 miesiące. Odwołujący wyjaśnił, że zamówienie miało zostać wykonane do 1 sierpnia 2023 r. a zostało wykonane 31 października 2023 r.

Uzasadniając twierdzenie o licznych awariach, Odwołujący wskazał na problemy z uruchomieniem maszyn EDS, przegrzewaniem się tych maszyn, wadami ujawnionymi w trakcie ich użytkowania, awarii serwerów zarządzających, a także niezapewnieniu wymaganej wysokości przejazdu dla wózków bagażowych pod konstrukcją antresoli.

W odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie zgodził się z powyższymi zarzutami, wskazując, że nie stwierdził aby to zamówienie nie zostało w okolicznościach sprawy wykonane należyście. Zamawiający zwrócił uwagę na treść protokołu odbioru końcowego, gdzie w pkt 1 wskazano, że testy akceptacyjno – odbiorowe prowadzone w czasie 9 – 30 października 2023 r. zakończyły się wynikiem pozytywnym. Dostawa, instalacja, uruchomienie oraz przekazanie do użytkowania 4 szt. urządzeń EDS zostały protokolarnie potwierdzone w ten sposób, że Etap 3 wykonania zamówienia został protokolarnie potwierdzony 2 sierpnia 2023 a Etap 6 – 9 października 2023 r. Stwierdzono, że przedmiot zamówienia został wykonany zgodnie z dokumentacją projektową oraz uzgodnieniami, a zmiany dokonane w trakcie realizacji naniesiono w dokumentacji powykonawczej. Przedmiot odbioru wykonano zgodnie z obowiązującymi przepisami i normami. Co do części robót termin wynikający z umowy został wydłużony. Stwierdzono usterki o charakterze nielimitującym, które miało zostać usunięte do 24 listopada 2023 r. Zamawiający zwrócił uwagę, że zgłoszenie przez Przystępującego zakończenia prac miało miejsce 5 października 2023 r. i ta data jest w ocenie Zamawiającego właściwa dla ustalenia daty wykonania zadania, co znajduje potwierdzenie w treści samej umowy o to zamówienie, tj. §2 ust. 3 zgodnie z którym – jak wskazał Zamawiający – *3. Dniem potwierdzającym wykonanie Przedmiotu Umowy w zakresie Etapu od 1 do 6 jest data złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o zakończeniu robót i zgłoszenie do odbioru, pod warunkiem, że po dokonaniu przez Zamawiającego odbioru końcowego, fakt ten zostanie potwierdzony podpisanym przez Strony właściwym protokołem odbioru. W przypadku, jeżeli po przeprowadzeniu procedury odbiorowej Zamawiający odmówi dokonania odbioru i wyznaczy Wykonawcy termin na usunięcie wad i usterek uznaje się, że Wykonawca nie wykonał Przedmiotu Umowy w dacie złożenia oświadczenia o zakończeniu robót i zgłoszeniu go do odbioru.* Wobec powyższego, Zamawiający stanął na stanowisku, że w okolicznościach tej sprawy nie jest zasadne twierdzenie o 3 miesięcznym opóźnieniu i ocena, że jest to opóźnienie znaczne, niepozwalające na uznanie, że zamówienie zostało wykonane należyście. W ocenie Zamawiającego można mówić o przekroczeniu terminu realizacji o 2 miesiące. Zamawiający przyznał, że w protokole odbioru jest mowa o wydłużeniu terminu realizacji ale, zdaniem Zamawiającego nie można tego utożsamiać z nienależytą realizacją zamówienia. Zamawiający wskazał wprost, że uważa że Przystępujący wykonał zamówienie należyście. Zamawiający zaznaczył też, że Przystępujący nie występował o referencje do Zamawiającego. Zamawiający podkreślił, że żadne wady przedmiotu zamówienia nie zostały stwierdzone w toku odbioru, a jedynie drobne usterki, które usunięto przed wyznaczonym terminem. Zamawiający wskazał również, że podpisanie protokołu odbioru stanowiło podstawę do zwolnienia 70% zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a 30% kwoty zabezpieczenia zostało na okres gwarancji i jakości. Zamawiający przy tym zwrócił uwagę, że nie można mylić odbioru przedmiotu zamówienia z etapem jego użytkowania i usterki ujawniające się w trakcie użytkowania przedmiotu zamówienia, w okresie gwarancji i rękojmi, nie mają znaczenia dla oceny jego należytego wykonania.

Przystępujący, w piśmie procesowym z 2 sierpnia 2024 r. podkreślił natomiast, po pierwsze, że treść złożonego wykazu dostaw była zdeterminowana treścią wezwania i załączonym wzorem, a Przystępujący tylko się do tych dokumentów zastosował. Przystępujący zwrócił uwagę, że sporne odwołanie do konkretnego postanowienia SWZ określającego warunki udziału w postępowaniu zostało konsekwentnie powielone przez Zamawiającego w SWZ, wezwaniu do złożenia dokumentów skierowanym do Przystępującego oraz wzorach oświadczeń. Po drugie, Przystępujący wskazał, że nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego o nienależytym wykonaniu zamówienia. Przystępujący zwrócił uwagę, że przesunięcie czasowe realizacji zamówienia dotyczyło jedynie części prac, ale przede wszystkim, iż zmiana terminu ich wykonania dokonana została za aprobatą obu stron, na co wyraźnie wskazuje użycie przymiotnika „wydłużony”, który zdaniem Przystępującego wprost sugeruje na konsensualny charakter jego przesunięcia w stosunku do pierwotnego terminu przewidzianego w umowie. Przystępujący wyjaśnił, że podstawą faktyczną zmiany oczekiwań Zamawiającego w tym zakresie było wystąpienie podczas realizacji przedmiotowego zamówienia niezależnych od Przystępującego i niemożliwych do przewidzenia okoliczności mających wpływ na długość czasu niezbędnego do jego wykonania, w szczególności w postaci:

- konieczności zastosowania rozwiązania konstrukcji stalowej, na której zamontowane zostały urządzenia EDS odmiennego od zastosowanego w dokumentacji przetargowej,
- niedostosowania rozmiaru istniejącej w konstrukcji antresoli klapy rewizyjnej, co wymusiło konieczność zastosowania technologii demontażu urządzeń EDS odmiennej od pierwotnie przyjętej,
- odkrycia na etapie wykonywania żelbetowych elementów kotwiących niezainwentaryzowanego fundamentu, ściany szybu windowego oraz elementu dawnej konstrukcji Terminala 1, co spowodowało konieczność

przeprojektowania węzła podporowego nowej konstrukcji antresoli o pogłębieniu wykopu.

Przystępujący podniósł, że na dokonanie pomiędzy stronami uzgodnień co do określenia ostatecznego terminu wykonania zamówienia wskazuje również brak obciążenia Przystępującego przez Zamawiającego jakimikolwiek karami umownymi w związku z przesunięciem czasowym realizacji umowy.

Ponadto, Przystępujący zwrócił uwagę, że w protokole odbioru końcowego nie zostały zgłoszone wady lecz usterki o charakterze nielimitującym, tj. niemające wpływu z jednej strony na możliwość dokonania odbioru dostaw będących przedmiotem umowy, a z drugiej strony na możliwość użytkowania dostarczonych przez Przystępującego urządzeń zgodnie z ich przeznaczeniem. Przystępujący wyjaśnił, że przyjęte w protokole odbioru końcowego rozwiązanie, w pełni zgodne jest z postanowieniami umowy nr PL/000053/TLLZO/O z dnia 01 grudnia 2022 roku, której § 8 ust. 6 pkt 1 stanowi, że „jeżeli w toku czynności odbioru Robót zostaną stwierdzone wady lub usterki dające się usunąć i nie uniemożliwiające użytkowania Przedmiotu Umowy - Zamawiający dokona odbioru, a Wykonawca [Przystępujący] usunie stwierdzone wady i usterki w terminie uzgodnionym przez Strony”. Przystępujący wskazał, że dokładnie taka procedura zastosowana została w przypadku protokołu odbioru końcowego, co oznacza, że wskazane w punkcie 9 przedmiotowego dokumentu „usterki nielimitujące” nie miały wpływu na użytkowanie urządzeń dostarczonych przez Przystępującego, a co za tym idzie należyte wykonanie zamówienia.

Ponadto, Przystępujący odniósł się do poszczególnych zarzutów wskazując, że nie są zgodne z prawdą twierdzenia Odwołującego jakoby miały wystąpić jakiekolwiek problemy z uruchomieniem maszyn EDS normy 3.1 powodujące opóźnienie w realizacji zamówienia, czy w szczególności wymagające interwencji serwisu producenta urządzeń z Niemiec. Stanowisko Odwołującego w tym zakresie Przystępujący ocenił jako gołosłowną spekulację. Nie znajduje również odzwierciedlenia w stanie faktycznym pogląd o przegrzewaniu się maszyn EDS, co miało prowadzić do ich wyłączenia się po kilku godzinach i prowadzić do niedostępności dwóch z czterech dostarczonych przez Przystępującego urządzeń. Przystępujący wyjaśnił, że wykonanie instalacji wody lodowej, w ramach realizacji spornego zamówienia przewidziane było od samego początku (Przystępujący powołał się w tym zakresie na dokumenty zamówienia i treść protokołu odbioru z dnia 03 lutego 2022 roku dotyczącego Etapu 1 umowy nr PL/000053/TLLZO/O z dnia 01 grudnia 2022 roku, to jest dokumentacji projektowej). Przystępujący wyjaśnił, że wystąpił potencjalny problem dotyczący łożysk, ale miało to miejsce jedynie w dwóch z czterech urządzeń EDS, natomiast Przystępujący wyjaśnił, że profilaktycznie wymienił łożyska we wszystkich czterech maszynach. Co więcej, sygnalizowany przez Odwołującego problem dotyczący pracy łożysk został przez producenta urządzeń EDS potraktowany na tyle priorytetowo, że pomimo wystąpienia analogicznej nieprawidłowości również w innych portach lotniczych korzystających z przedmiotowych urządzeń, Zamawiający jako jedno z pierwszych lotnisk na świecie otrzymał wymienione części. Również kwestia rzekomej awarii serwerów została wyjaśniona przez Przystępującego w terminie wynikającym z postanowień zawartej z Zamawiającym umowy, przy czym Przystępujący wskazał, że po przeprowadzeniu zdalnej konsultacji przez służby serwisowe Przystępującego okazało się, że serwer redundantny funkcjonował prawidłowo, a problemem było niezalogowanie się obsługi Zamawiającego z podaniem danych użytkownika i odpowiedniego hasła, co mogło mieć miejsce z uwagi na brak operacji lotniczych w tym czasie (pora nocna). Opisanej sytuacji w ogóle nie można, w ocenie Przystępującego, rozpatrywać w kategorii awarii.

Przystępujący nie zgodził się również z zarzutem rzekomego niezapewnienia wymaganej wysokości przejazdów dla wózków bagażowych pod konstrukcją antresoli. Ustosunkowując się w tym zakresie do twierdzeń zawartych w odwołaniu Przystępujący w pierwszej kolejności wskazał, że zgodnie z dokładną treścią punktu 7.2 Opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik numer 1 do specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu dotyczącym dostawy referencyjnej (która nie została przytoczona w Odwołaniu): „Zamawiający oczekuje zapewnienia przez Projektanta wysokości przejazdu w całej przestrzeni SORT AB (pod elementami systemu z uwzględnieniem wszystkich instalacji) nie mniejszej jak 250 cm. Ze względu na ograniczoną dostępną przestrzeń w strefie SORT AB, możliwym będzie akceptacja rozwiązań miejscowego obniżenia wysokości przejazdu do 236 cm (pod urządzeniami EDS normy 3.1) i zapewnienia rozwiązań niwelujących do minimum możliwość zahaczenia zestawem wózków o elementy systemów technicznych (zastosowanie ślizgaczy)”. Oznacza to zdaniem Przystępującego, co Odwołujący jednak intencjonalnie pomija, że przywołany wymóg adresowany był do projektanta, czyli podmiotu sporządzającego dokumentację projektową stanowiącą podstawę późniejszego wykonania prac. W związku z powyższym Przystępujący wyjaśnił, że konieczne było przyjęcie, dla potrzeb opracowania przedmiotowych dokumentów jednego poziomu bazowego, dla którego projektowana była wysokość prześwitu między podłogą, a spodem antresoli. Opracowana przez Przystępującego w oparciu o przedstawione powyżej założenie dokumentacja projektowa sporządzona została w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego, co potwierdza treść protokołu odbioru z dnia 03 lutego 2022 roku dotyczącego Etapu 1 umowy nr PL/000053/TLLZO/O z dnia 01 grudnia 2022 roku oraz odpowiedni rysunek projektowy (tj. rysunek W-BSS-100-006 (przebudowa systemu BHS – instalacja 4 urządzeń EDS normy 3.1 – rzut pomostu EDS). Przystępujący wyjaśnił, że w jego części obejmującej widoki w osiach D, E i F wyraźnie wskazano, że odległość pomiędzy podłogą (rzędna 0,000) a

dolnym poziomem konstrukcji antresoli zaprojektowana została na 2380 mm (tj. 238 cm czy 2,38 m). Przystępujący zaznaczył, że ze względu na bardzo ograniczoną ilość przestrzeni w miejscu instalacji urządzeń EDS nie było możliwości przewidzenia, zarówno w dokumentacji projektowej, jak i przy realizacji umowy, jakiegokolwiek zapasu. Na tym gruncie, zdaniem Przystępującego, za prawidłowy należy uznać także sposób przeprowadzenia pomiaru geodezyjnego wykonanego w dniu 01 września 2023 roku przez geodetę Rafała Madeja, który potwierdza zachowanie wymaganych przez Zamawiającego wartości prześwitu.

Przystępujący zakwestionował wiarygodność i moc dowodową pomiarów, na które powołuje się Odwołujący, podnosząc, że załączone do Odwołania zdjęcia nie potwierdzają jakichkolwiek okoliczności mających znaczenie dla ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. W szczególności nie wynika z nich kiedy i gdzie przedmiotowe pomiary miały zostać wykonane. Zdaniem Przystępującego nie mogą stanowić wartościowego materiału dowodowego cyfrowe wizerunki samego urządzenia służącego do pomiarów z wyświetlonymi na nim wynikami. Przystępujący wskazał też, że sam Zamawiający nigdy nie kwestionował poprawności wykonania przez Przystępującego prac w zakresie dotyczącym wysokości przejazdu pod antresolą mieszczącą urządzenia EDS. Co więcej, mając świadomość występowania drobnych nierówności podłogi pod antresolą, Przystępujący wyjaśnił, że proponował Zamawiającemu zeszlifowanie nierówności posadzki zrealizowanej nienależycie przez generalnego wykonawcę terminala, jeżeli zaistniałaby taka konieczność, jednak z uwagi na zapewnienie odpowiedniej wartości prześwitu nie okazało się to niezbędne i Zamawiający z tej propozycji nie skorzystał. Na tym gruncie odwołać należy się też do celu jaki przyświecał Zamawiającemu przy formułowaniu przedmiotowego wymogu, którym była konieczność wyeliminowania możliwości zahaczenia zestawem wózków o elementy systemów technicznych. Do tej pory Przystępujący nie odnotował ze strony Zamawiającego jakiegokolwiek zgłoszenia dotyczącego występowania przedmiotowego problemu, co dodatkowo wspiera twierdzenie o należyтым wykonaniu referencyjnego zamówienia przez Przystępującego. Przystępujący zwrócił też uwagę, że w związku z dokonywaniem czynności serwisowych związanych z wymianą łożysk (o czym była mowa we wcześniejszej części niniejszego pisma) urządzenia EDS były opuszczane, a następnie ponownie podnoszone. Oznacza to, że nawet w sytuacji, w której aktualnie występowałyby nieznaczące odchylenia od minimalnej wysokości przejazdu (Odwołujący mówi o różnicy rzędu 1 cm, czyli 0,4% wartości prześwitu) to, po pierwsze, nie świadczy to o nienależyтым wykonaniu zamówienia przez Przystępującego, a po wtóre – oznacza, iż istnieje możliwość podniesienia urządzeń EDS (o ile byłoby to niezbędne) o 1 cm w celu zapewnienia niezbędnej wysokości przejazdu.

Mając na uwadze powyższe, a także złożone przez Strony dowody, Izba oceniła, że zarzuty odnoszące się do wykazu dostaw, jego treści i załączonego wraz z tym wykazem protokołu nie zasługiwały na uwzględnienie.

Odnosząc się do podniesionych przez Odwołującego kwestii formalnych, związanych z treścią złożonego wykazu dostaw, Izba zwraca uwagę, że zaistniała omyłka nie była wynikiem działania Przystępującego, lecz została spowodowana przez Zamawiającego, który był autorem SWZ oraz załączników stanowiących wzory, które Przystępujący wypełnił. W tej sytuacji nie można obarczać konsekwencjami wykonawcy. Jak stanowi bowiem przepis art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Nie sposób jednak zgodzić się, aby przepis ten obejmował błędy wywołane przez samego zamawiającego.

Przechodząc natomiast do oceny charakteru objętej zarzutem omyłki w zamieszczonym w treści wykazu dostaw oświadczeniu, Izba uznała stanowisko Przystępującego i Zamawiającego za zasadne w okolicznościach tej sprawy. Izba wzięła pod uwagę, że w piśmie przewodnim z 1 lipca 2024 r. Przystępujący oświadczył, że *„W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu tj. zdolności technicznej lub zawodowej: 1) Wykaz dostaw - zgodnie z załącznikiem nr 2 do wezwania (2 pliki). 2) Wykaz osób realizujących zamówienia – zgodnie z załącznikiem nr 4 do wezwania (1 plik).”*. Uwzględniając jednocześnie nazwę przedmiotu zamówienia podaną w wykazie dostaw wraz z podanym zakresem prac jakie obejmował, nie budzi wątpliwości, na jaką okoliczność został złożony wykaz dostaw, jak również treść warunku również nie jest sporna ani kwestionowana.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia tego zakresu odwołania.

Przechodząc do podniesionej przez Odwołującego w zarzucie kwestii nienależytego wykonania zadania wskazanego w wykazie dostaw, Izba miała na uwadze przede wszystkim złożone w postępowaniu odwoławczym dowody i podaną argumentację Stron i Przystępującego. Po pierwsze, na podstawie Protokołu odbioru końcowego przedmiotu umowy/ przekazania do użytkowania W10-PS-INWEST-01 z 31 października 2023 r. (zgłoszenie oświadczenie o zakończeniu prac zostało złożone 5 października 2023 r.) nie sposób stwierdzić, aby przedmiot umowy nie został wykonany należyście, z uwagi na podniesione przez Odwołującego okoliczności. W pkt 1 protokołu potwierdzono, że prace wykonano na podstawie opracowanej przez Wykonawcę i zatwierdzonej przez Zamawiającego wielobranżowej dokumentacji projektowej. Testy akceptacyjno – odbiorowe prowadzono były w dniach od 9 do 30

października 2023 r. w oparciu o Plan Testów Odbiorowych (złożony przez Zamawiającego jako dowód podczas rozprawy) stanowiący załącznik do protokołu i zakończyły się wynikiem pozytywnym. Nie sposób pominąć przy tym treści pkt 2 protokołu, gdzie wskazano, że dostawa, instalacja, uruchomienie oraz przekazanie do użytkowania 4 szt. urządzeń EDS została protokolarnie potwierdzona przez Zamawiającego Protokołami Odbioru Częściowego – Etap 3 w dniu 02.08.2023 r. oraz Etap 6 w dniu 09.10.2023 r. W tym miejscu Izba wskazuje, że nie bez znaczenia dla oceny tej okoliczności jest stanowisko Zamawiającego podane podczas rozprawy, kiedy to Zamawiający wyjaśnił, że kluczowa dla niego data 1 września 2023 r., tj. gdy musiało nastąpić uruchomienie nowych urządzeń, została przez Zamawiającego dochowana, ponieważ Przystępujący mimo, że nie udało mu się dotrzymać terminu 1 sierpnia 2023 r. (co nastąpiło z przyczyn, za które Przystępujący odpowiedzialności nie ponosił, o czym będzie mowa szczerzej w dalszej części uzasadnienia), dostarczył urządzenia przed datą 1 września 2023 r. w taki sposób, że było możliwe ich uruchomienie 1 września 2023 r. Jak bowiem wynika z dowodu nr 2 złożonego przez Zamawiającego, uruchomienie operacyjne dwóch urządzeń miało miejsce jeszcze w lipcu 2023 r., natomiast uruchomienie operacyjne kolejnych dwóch urządzeń – od 29 sierpnia 2023 r. W tym miejscu Izba zwraca uwagę, że zgodnie z umową nr PL/000053/TLLZZ/O z 1 grudnia 2022 r. (dowód załączony do pisma procesowego Przystępującego) §11, Zamawiający uprawniony był do naliczenia kar umownych za zwłokę z powodu przekroczenia przez wykonawcę terminu realizacji umowy wyznaczonego na dzień 1 sierpnia 2023 r., co – jak zgodnie oświadczyli Zamawiający i Przystępujący, a Odwołujący nie wykazał aby było inaczej – nie miało miejsca w tym postępowaniu. Zamawiający przy tym zaprezentował stanowisko, które było spójne ze stanowiskiem Przystępującego co do przyczyn niedotrzymania terminu, tj. że nie były to przyczyny leżące po stronie Przystępującego. Zamawiający i Przystępujący zgodnie wyjaśnili, że po podpisaniu umowy Przystępujący otrzymał dokumentację, do której nie miał dostępu na etapie postępowania o zamówienie, a po zapoznaniu się z którą okazało się, że wykonanie zamówienia w sposób zaplanowany na etapie składania ofert nie jest możliwe. Zamawiający przy tym potwierdził, że nie są to przyczyny za które Przystępujący mógłby odpowiadać, ani nie są to przyczyny leżące po stronie Przystępującego. Skoro więc okoliczności sprawy są między Zamawiającym a Przystępującym niesporne, co więcej prezentują oni jednolite i spójne stanowisko, co do okoliczności realizacji kwestionowanego przez Odwołującego zadania, a złożone w sprawie dowody nie wskazują na to, aby to stanowisko było niewiarygodne, to w ocenie Izby nie ma podstaw aby przyjąć, że Przystępujący w okolicznościach tej sprawy nie zrealizował należycie zadania, na którego wykonanie powołał się w spornym wykazie dostaw.

W zakresie stwierdzonych w pkt 9 protokołu odbioru końcowego usterek nielimitujących, Izba przychyliła się do stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego i Przystępującego, które zostało poparte dowodami. Po pierwsze, stwierdzone usterki nielimitujące nie były przeszkodą w dokonaniu odbioru końcowego, po drugie jak wynika ze złożonych przez Zamawiającego dowodów, w tym z dowodu 4 tj. protokołu zgłaszania usterek w branży budowlano – konstrukcyjnej, instalacji elektrycznych, automatyki systemu BHS-EDS, BHP, systemu EDS – każdy z adnotacją *„brak uwag”*, *„bez uwag”*. Dowód nr 9 protokół zakończenia robót branża instalacje sanitarne, potwierdza usunięcie zgłoszonych uwag w terminie 17 listopada 2023 r.

Izba przychyliła się również do stanowiska Zamawiającego, że na dla oceny należytego wykonania zadania mają znaczenie okoliczności związane bezpośrednio z realizacją umowy, a nie związane z użytkowaniem przedmiotu umowy, które mają miejsce na etapie gwarancji i rękojmi. Ponadto, w ocenie Izby zarówno Zamawiający jak i Przystępujący odnieśli się do kwestii objętych zarzutem w sposób wystarczający dla uznania, że zarzut nie jest w okolicznościach sprawy zasadny. Wyjaśniając kwestię uruchomienia maszyn EDS Zamawiający i Przystępujący wyjaśnili i potwierdzili dowodami, że nie było problemu z ich uruchomieniem, co potwierdzone zostało protokołem z 31 października 2023 r., w pkt 1. Zamawiający wyjaśnił przy tym, że nie zostały sporządzone oddzielne protokoły z przeprowadzenia testów. Opisana przez Odwołującego w odwołaniu sytuacja związana z wymianą kluczowego elementu, była spowodowana usterką producenta o charakterze globalnym, zatem sytuacją, której Przystępujący nie mógł przewidzieć i która była od niego niezależna. Natomiast Zamawiający i Przystępujący wykazali, że w tej sytuacji Przystępujący wykazał się działaniem nacechowanym wysoką starannością i profesjonalizmem zlecając wymianę wadliwej części w obu maszynach i profilaktyczną wymianę w pozostałych dwóch urządzeniach. Wykonanie i odbiór prac serwisowych w dwóch urządzeniach zostało wykazane protokołem z 25 marca 2024r. W zakresie związanym z rzekomym przegrzewaniem się maszyn Zamawiający i Przystępujący wykazali, że instalacja systemu chłodzenia, w tym instalacja wody lodowej (dowód nr 6 złożony przez Zamawiającego, str. 5), od początku była objęta zamówieniem. Przekroczenie terminu realizacji zadania nie było spowodowane, o czym była mowa wyżej, przyczynami leżącymi po stronie Przystępującego, a Przystępujący mimo napotkanych poważnych trudności w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, tak pokierował jego wykonaniem, aby kluczowy na Zamawiającego termin 1 września 2023 r. nie został zagrożony. Finalnie Zamawiający zaprezentował przed Izbą stanowisko, że mając na uwadze okoliczności towarzyszące realizacji umowy, nie sposób stwierdzić aby Przystępujący nie zrealizował zamówienia należycie.

Zamawiający i Przystępujący wyjaśnili również zgodnie, że awaria systemów zarządzających, na którą powołał

się Odwołujący w pkt E. na str. 16 uzasadnienia odwołania, spowodowana była błędem Zamawiającego, który nie zalogował się do systemu.

Odnosząc się do zarzutu w zakresie w jakim dotyczy on rzekomego niewykonania prześwitu zapewniając miejscowe obniżenie wysokości przejazdu do 236 cm pod urządzeniami EDS, Izba również uznała, że zarzut nie jest zasadny. W tym zakresie Izba przyjęła stanowisko Przystępującego zaprezentowane w piśmie procesowym Przystępującego na str. 10 in., a także stanowisko Zamawiającego i Przystępującego zaprezentowane podczas rozprawy, którzy zgodnie przyznali, że po pierwsze, podczas odbioru zostały wykonane pomiary (załączone do odwołania) potwierdzające, że wysokość prześwitu jest na właściwym poziomie. Po drugie, wskazali, że nie występują żadne problemy z przejazdem wózków. Po trzecie, wyjaśniono (i jest to bezsporne, bo przyznane również przez Odwołującego), że w związku z wymianą części przez producenta, maszyny EDS były demontowane. W tym miejscu odnosząc się do twierdzenia Odwołującego zawartego w piśmie z 8 sierpnia 2024 r. str. 18 in., Izba wskazuje, że z dokumentów odbiorowych wynika, że prace zostały wykonane zgodnie z projektem, w protokole nie ma mowy aby odpowiedni prześwit nie został zapewniony, a wykonane przez wykonawcę na potrzeby odbioru pomiary również to potwierdzają. Istotą sporu zdanie się być sposób wykonania spornego pomiaru. W treści odwołania Odwołujący podniósł bowiem, że pomiar został wykonany tylko względem jednego punktu, podczas gdy wysokość posadzki jest zmienna. Niemniej jednak Izba wzięła pod uwagę, że Zamawiający podczas odbioru przyjął tak wykonany pomiar i przyjął jego wyniki i je zaakceptował, w trakcie użytkowania przedmiotu spornej umowy nie pojawiły się żadne niedogodności związane z przejazdem wózków, stąd też w ocenie Izby nie ma podstaw do kwestionowania czynności odbiorowych w omawianym zakresie. Odwołujący przy tym próbuje poddać w wątpliwość prawidłowość czynności odbiorowych w rozpoznawanym zakresie przedstawiając 4 zdjęcia urządzenia z uzyskanym wynikiem pomiaru „wykonane w kilku miejscach”. Odnosząc się do takiego dowodu, Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego i Przystępującego i uznała ten dowód za niewystarczający dla podważania wyniku odbioru końcowego. Ponadto, Izba zwraca uwagę, że aby można było mówić o niewykonaniu zamówienia w sposób należyty, w ocenie Izby musiałaby zostać wykazana istotna wada, która uniemożliwiłaby czy znacznie utrudniła użytkowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z jego przeznaczeniem, a w sytuacji kiedy Zamawiający nie zgłaszał do tej pory żadnych trudności z przejazdem wózków przez prześwit, nie sposób uznać, że nawet gdyby – hipotetycznie - potwierdziło się twierdzenie Odwołującego, zdaniem Izby kwestia ta nie mogłaby w okolicznościach tej sprawy, przesądzić o nienależyтым wykonaniu zamówienia przez Przystępującego. Stąd też Izba oddaliła wnioski dowodowe o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego geodety uznając ten dowód za nieprzydatny w okolicznościach tej sprawy, a rozstrzygnięcie zarzutu uznała za możliwe w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał.

Ad wykazu osób

W ocenie Odwołującego złożony przez Przystępującego wykaz osób zawiera następujące nieprawidłowości:

- Wykaz osób zawiera błędne oświadczenie, dotyczące potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, opisanego w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret drugie SWZ, o treści: Potwierdzając spełnienie warunku na „Dostawa, instalacja i uruchomienie 4 szt. urządzeń systemu EDS (Explosive Detection System) minimum normy 3.1 wraz z integracją z systemem BHS” oświadczamy, że wykonaliśmy następujące zamówienia (...), podczas gdy warunkiem udziału w postępowaniu było wykazanie dysponowania przez Wykonawcę i skierowania do realizacji zamówienia kierownika projektu, kierownika robót elektrycznych, kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych i kierownika robót sanitarnych, posiadających doświadczenie lub uprawnienia, opisane w treści warunku udziału w postępowaniu;
- Wykaz osób nie zawiera informacji o podstawie do dysponowania osobami wskazanymi w Wykazie przez Konsorcjum;
- opis doświadczenia kierownika projektu, wskazanego w Wykazie osób, jest niezgodny z treścią warunku udziału w postępowaniu, opisanego w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret drugie ppkt i. SWZ;

Odnosząc się do części zarzutu wskazującej na błędne oświadczenie, dotyczące potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Izba wskazuje, podobnie jak przy rozpoznaniu analogicznego zarzutu odnoszącego się do wykazu dostaw, że w okolicznościach tej sprawy omyłka została wywołana zachowaniem Zamawiającego. Również w tym przypadku, nie bez znaczenia jest oświadczenie złożone przez Przystępującego w piśmie przewodnim z 1 lipca 2024 r., w treści którego Przystępujący oświadczył, że „W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu tj. zdolności technicznej lub zawodowej: 1) Wykaz dostaw - zgodnie z załącznikiem nr 2 do wezwania (2 pliki). 2) Wykaz osób realizujących zamówienia – zgodnie z załącznikiem nr 4 do wezwania (1 plik)”. Analizując treść wykazu osób nie sposób pominąć, że Przystępujący wskazał osoby na stanowisko kierownika projektu, kierownika robót elektrycznych, kierownika robót konstrukcyjno – budowlanych oraz kierownika robót sanitarnych, czyli zgodnie z warunkiem opisanym w rozdziale V pkt 1. 2) lit. d) *tiret* drugi pkt i.; ii.; iii oraz iv. Nie budzi zatem wątpliwości Izby, że intencją Przystępującego w okolicznościach tej sprawy było wykazanie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego

się do dysponowania i skierowania do realizacji zamówienia osób na powyższe funkcje.

Następnie Odwołujący zarzucił, że wykaz osób nie zawiera informacji o podstawie dysponowania osobami wskazanymi w jego treści. W tym zakresie Izba również nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający w treści SWZ podał, że w celu wykazania spornego warunku wykonawca ma złożyć Wykaz osób realizujących zamówienie zgodnie z warunkiem opisanym w rozdziale V.1.2) d) *tiret* drugi SWZ. Do wezwania z 19 czerwca 2024 r. został załączony wzór wykazu osób realizujących zamówienie stanowiący załącznik nr 4 do wezwania, w treści którego Zamawiający nie wymagał wskazania podstawy dysponowania podanym w treści tego wykazu personelem. W związku z powyższym w tym stanie rzeczy, nie ma w ocenie Izby podstaw do zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w celu uzupełnienia przez Przystępującego tej informacji. Odwołujący słuszność swojego stanowiska wywodzi z brzmienia warunku oraz z treści §9 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, jednak przypomnieć należy, że konstrukcja SWZ jest taka, że zamawiający ma opisać warunki udziału w postępowaniu, a następnie wskazać w jaki sposób te warunki weryfikuje, co najczęściej przybiera formę żądania określonych wykazów/dokumentów/oświadczeń. Tym samym, przepisy rozporządzenia kierowane są do zamawiających, którzy konstruując treść SWZ mają obowiązek wskazać sposób weryfikacji opisanego warunku. Nierzadko zdarza się tak, że zamawiający mimo dość szczegółowego opisu warunku, żądając dokumentów na jego wykazanie nie weryfikuje następnie tego warunku w pełnym zakresie. Nie można jednak takim podejściem negatywnie obciążać wykonawcę.

W okolicznościach tej sprawy, mając na uwadze treść warunku, w szczególności stwierdzenie: „*wykażą, że dysponują i skierują do realizacji zamówienia*” nie można utożsamiać z obowiązkiem wskazania podstawy dysponowania wskazanymi w wykazie osobami, w sytuacji gdy wzór tego wykazu przygotowany przez Zamawiającego nie przewiduje w swojej treści takiego obowiązku. W okolicznościach tej sprawy odpowiedź udzielona na wezwanie przez Przystępującego była w ocenie Izby adekwatna do treści wezwania.

W związku z powyższym, zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odnosząc się do podstawy faktycznej zarzutu, zgodnie z którą Przystępujący zawarł w treści wykazu osób opis doświadczenia kierownika projektu niezgodny z treścią warunku udziału w postępowaniu Izba wskazuje w pierwszej kolejności, że opis doświadczenia osoby skierowanej do realizacji zamówienia nie tyle powinien być zgodny z opisem warunku, co zawierać informacje, na podstawie których zamawiający będzie mógł ocenić czy warunek został przez wykonawcę spełniony.

W rozpoznawanej sprawie, Odwołujący kwestionuje opis doświadczenia pana Mateusza Nogi – Kossowskiego, wskazanego do pełnienia funkcji kierownika projektu, o następującej treści: „*Posiadający doświadczenie jako Kierownik projektu podczas realizacji zadania: „Dostawa, instalacja i uruchomienie 4 szt. jednakowych urządzeń systemu EDS (Explosive Detection System) minimum normy 3.1 wraz z integracją z systemem BHS” w okresie 01.12.2022 roku - 31.10.2023 roku. Wartość zamówienia 45.833.222,79 PLN brutto*”. Natomiast w opisie warunku w zakresie kierownika projektu, Zamawiający w SWZ wskazał: „*kierownika projektu, który posiada doświadczenie w kierowaniu robotami polegającymi na instalacji i uruchomieniu urządzeń EDS, tj. który w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, kierował robotami polegającymi na dostawie oraz montażu urządzeń EDS wraz z integracją z systemem transportu bagażu o wartości zamówienia nie mniejszej jak 25 000 000 PLN brutto.*” Przy czym w treści zarzutu Odwołujący zgłosił zastrzeżenia co do sformułowania „*podczas realizacji zadania*” oraz „*kierowaniu robotami polegającymi na instalacji i uruchomieniu urządzeń EDS*”. Zwracając uwagę, że „*Doświadczenie podczas realizacji zadania*” to nie to samo co „*doświadczenie w kierowaniu robotami polegającymi na instalacji i uruchomieniu urządzeń EDS*”. Zdaniem Odwołującego, gdyby Pan M.N. rzeczywiście posiadał wymagane treścią Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d *tiret* drugie ppkt i. SWZ doświadczenie, to zapewne Przystępujący wskazałoby to wprost w opisie jego doświadczenia w złożonym Wykazie osób. Odmienne opisy doświadczenia posiadanego przez kierownika projektu niż zawarty w SWZ, gdyby właściwe doświadczenie było posiadane, nie znajduje bowiem logicznego wytłumaczenia. Ponadto, Odwołujący wskazał, że w wykazie osób spornego zadania, w celu pełnienia funkcji kierownika projektu został wskazany pan P.M., co również sprawia, że wątpliwym jest aby wykaz osób złożony w tym postępowaniu potwierdzał spełnienie warunku.

Izba, rozpoznając ten zarzut miała na uwadze, że zadanie, które zostało powołane w opisie doświadczenia pana Mateusza Nogi – Kossowskiego, było realizowane na rzecz Zamawiającego, zatem Zamawiający jest w posiadaniu wszystkich informacji mających znaczenie dla weryfikacji doświadczenia tej osoby. Izba wzięta również pod uwagę treść zawartą w tabeli stanowiącej wzór wykazu osób, gdzie, obok podania imienia i nazwiska wskazanej osoby, należało wypełnić kolumnę zatytułowaną „*Funkcja osoby realizującej zamówienie zgodnie z warunkiem rozdz. V ust. 1 pkt 2) d) tiret drugi SWZ*”, która w ocenie Izby wskazuje jedynie na konieczność podania imienia i nazwiska osoby oraz sprawowanej przez nią funkcji.

Podczas rozprawy Zamawiający przedstawił dowód 1 tj. pismo z 13 kwietnia 2023 r. z treści którego wynika m.in., że Przystępujący wskazał pana Mateusza Nogę – Kossowskiego jako osobę do pełnienia „*funkcji kierownika projektu*”,

który posiada doświadczenie w kierowaniu robotami polegającymi na instalacji i uruchomieniu urządzeń EDS, tj. który w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, kierował robotami polegającymi na dostawie oraz montażu urządzeń EDS wraz z integracją z systemem transportu bagażu o wartości zamówienia nie mniejszej jak 10 000 000 PLN brutto". Jak wynika z pkt 1 tego pisma zgłoszenie to miało miejsce na etapie przed rozpoczęciem prac modernizacyjnych i montażowych, ponieważ wykonawca informował Zamawiającego dopiero o planowanym demontażu nieczynnych urządzeń EDS z antresoli. Ponadto osoba ta figuruje również w treści protokołu odbioru z 31 października 2024 r. jako kierownik projektu. Stąd też w ocenie Izby Zamawiający prawidłowo ustalił, że pan M.N. pełnił funkcję kierownika projektu w wymaganym zakresie.

W konsekwencji oddalenia powyższych zarzutów, zarzut wskazany w pkt II. pkt 2. *petitum* odwołania również podlegał oddaleniu.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 związku z § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca:.....