

**WYROK**

Warszawa, dnia 15 kwietnia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski  
Ewa Sikorska  
Robert Skrzyszewski  
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2024 r. przez wykonawcę Dimark spółka akcyjna z siedzibą w Złotkowie w postępowaniu prowadzonym przez Międzynarodowy Port Lotniczy im. Jana Pawła II Kraków – Balice spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Balicach przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia P.S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą S.P., oraz P.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą I.P.,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Dimark spółka akcyjna z siedzibą w Złotkowie i zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę Dimark spółka akcyjna z siedzibą w Złotkowie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez wykonawcę Dimark spółka akcyjna z siedzibą w Złotkowie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodniczący:.....

.....  
.....

**Sygn. akt KIO 1002/24**

**UZASADNIENIE**

W dniu 25 marca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Dimark spółka akcyjna z siedzibą w Złotkowie (dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę o tytule „Rozbudowa istniejącego systemu BHS etap 2 – modernizacja o dwie linie przylotów wraz z przenośnikami karuzelowymi” (dalej jako „Postępowanie”), prowadzonym przez zamawiającego Międzynarodowy Port Lotniczy im. Jana Pawła II Kraków – Balice spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Balicach (dalej jako „Zamawiający”) na zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia P.S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą S.P., oraz P.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą I.P., oraz na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił:

„a) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum w sytuacji, gdy oferta Konsorcjum została złożona przez wykonawcę (Konsorcjum) niespełniającego warunków udziału w Postępowaniu, albowiem Konsorcjum nie spełnia wymogu posiadania zdolności technicznej lub zawodowej określonej treścią Rozdziału VIII, punkt 2, podpunkt 4.1 specyfikacji warunków Zamówienia,

b) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7) PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum w sytuacji, gdy oferta Konsorcjum została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, albowiem Konsorcjum celowo podało Zamawiającemu nieprawdziwe informacje co do posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej celem wytworzenia przeświadczenia, iż Konsorcjum spełnia warunki udziału w Postępowaniu”.

Odwołujący wniósł o „a) uwzględnienie odwołania w całości na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1) PZP, b) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności obejmującej przeprowadzenie badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu, c) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum, d) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego (ewentualnie – w przypadku wniesienia sprzeciwu – obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Konsorcjum)”.

Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia P.S., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą S.P., oraz P.K., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą I.P. (dalej jako „Przystępujący”). Przystępujący wniósł sprzeciw co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez Zamawiającego oraz wniósł o oddalenie

odwołania.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 11 grudnia 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 00749425-2023.

W rozdziale VIII ust. 2 specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) Zamawiający określił, że „Zgodnie z art. 112 ust.2 ustawy PZP - o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy spełniający warunki, które mogą dotyczyć: (...) 4) zdolność techniczna lub zawodowa. 4.1)Wykonawca musi wykazać, że w ciągu ostatnich 3 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał co najmniej jedno zamówienie polegające na realizacji taśmociągu, tj. systemu transportującego przedmioty wraz z karuzelami, zawierającego system automatycznego namierzania i odczytywania kodów kreskowych (ATR), nadzorowanego dedykowanym oprogramowaniem (np. SCADA).”.

W rozdziale IX ust. 5 SWZ określono, że „Wykonawca, którego oferta zostanie najwyższej oceniona, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zostanie wezwany do złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych: 5.1. Wykazu dostaw (zgodnie z wzorem stanowiącym Załącznik nr 9 do SWZ) wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy te zostały wykonane. Wykaz powinien potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w Rozdziale VIII ust.2 pkt 4.1) SWZ. (...) 5.2. 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, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty.”.

Załącznik nr 9 do SWZ miał treść „Wykaz zrealizowanych przez wykonawcę zamówień (składany na wezwanie po upływie terminu składania ofert) Składając ofertę w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn: Rozbudowa istniejącego systemu BHS etap 2 – modernizacja o dwie linie przylotów wraz z przenośnikami karuzelowymi oświadczamy, że w okresie ostatnich 3 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonaliśmy co najmniej jedno zamówienie polegające na realizacji taśmociągu, tj. systemu transportującego przedmioty wraz z karuzelami, zawierającego system automatycznego namierzania i odczytywania kodów kreskowych (ATR), nadzorowanego dedykowanym oprogramowaniem (np. SCADA). Szczegóły dostawy zawarte są w zestawieniu poniżej.

Lp.	Nazwa i adres zamawiającego	Charakterystyka zamówienia /Przedmiot zamówienia/ podać w szczególności zakres dostawy i inne dane w sposób jednoznaczny umożliwiające weryfikację spełnienia warunku udziału	Czas realizacji zamówienia	
			początek	koniec
1	2	3	4	5
1.				
2.				

Jednocześnie załączamy dowody określające czy te dostawy zostały wykonane należycie.”.

Odwolujący i Przystępujący złożyli oferty w Postępowaniu.

Zamawiający przekazał Przystępującemu datowane na 1 lutego 2024 r. pismo o treści „Międzynarodowy Port Lotniczy im. Jana Pawła II Kraków Balice sp. z o.o. (Zamawiający) działając na podstawie art. 126 ust. 1 w związku z art. 139 ust. 2 ustawy PZP oraz zgodnie z Rozdziałem IX pkt 3, 4, 5, 7 Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ), wzywa do złożenia niżej wymienionych oświadczeń i podmiotowych środków dowodowych. (...) 7. Wykazu dostaw wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy te zostały wykonane. Wykaz powinien potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VIII ust.2 pkt 4.1) SWZ. W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunek w całości musi być spełniony przez jednego wykonawcę. Wzór wykazu dostaw stanowi załącznik nr 5 do niniejszego pisma. (...)” oraz – jako załącznik nr 5 do ww. pisma – dokument o treści identycznej z treścią załącznika nr 9 do SWZ.

Przystępujący przekazał Zamawiającemu dokument o treści „Wykaz zrealizowanych przez wykonawcę zamówień Składając ofertę w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn: Rozbudowa istniejącego systemu BHS etap 2 – modernizacja o dwie linie przylotów wraz z przenośnikami karuzelowymi oświadczamy, że w okresie ostatnich 3 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonaliśmy co najmniej jedno zamówienie polegające na realizacji taśmociągu, tj. systemu transportującego przedmioty wraz z karuzelami, zawierającego system automatycznego namierzania i

odczytywania kodów kreskowych (ATR), nadzorowanego dedykowanym oprogramowaniem (np. SCADA). Szczegóły dostawy zawarte są w zestawieniu poniżej.

Lp.	Nazwa i adres zamawiającego	Charakterystyka zamówienia /Przedmiot zamówienia/ podać w szczególności zakres dostawy i inne dane w sposób jednoznaczny umożliwiające weryfikację spełnienia warunku udziału	Czas realizacji zamówienia	
			początek	koniec
1	2	3	4	5
1.	Daifuku Logan LTD Sutton Road, Hull HU7 0DR United Kingdom	„Instalacja, nadzór i koordynacja prac w Międzynarodowym Porcie lotniczym Ateny” Zakres prac obejmował między innymi: - Wdrożenie systemu sortowania bagażu BagStage - Wdrożenie systemu SCADA - Instalacja i konfiguracja skanerów ATR - Koordynacja instalacji mechanicznej i elektrycznej przenośników bagażowych systemu BHS - Instalacja i uruchomienie linii OOG - Instalacja i uruchomienie linii Przyłotowych wraz z karuzelami	09.01.2022	30.09.2022
2.				

Jednocześnie załączamy dowody określające czy te dostawy zostały wykonane należycie.”.

Zamawiający przekazał Przystępującemu datowane na 19 lutego 2024 r. pismo o treści „1. W odpowiedzi na wezwanie do złożenia oświadczeń i podmiotowych środków dowodowych przesłali Państwo wykaz zrealizowanych zamówień. W wykazie wskazano realizację jednego zadania wykonywanego na zlecenie Daifuku Logan LTD zatytułowanego: „Instalacja, nadzór i koordynacja prac w Międzynarodowym Porcie lotniczym Ateny”. Zgodnie z treścią wykazu, a także załączonych referencji w ramach zadania wykonano: - Wdrożenie systemu sortowania bagażu BagStage, - Integracja skanerów rentgenowskich EDS, - Wdrożenie systemu SCADA, - Wdrożenie systemu BIDS/BTRS, - Instalacja i konfiguracja skanerów ATR, - Koordynacja instalacji mechanicznej i elektrycznej przenośników bagażowych systemu BHS, - Instalacja i uruchomienie linii OOG, - Instalacja i uruchomienie linii Przyłotowych wraz z karuzelami, - Prace i wdrożenia infrastruktury teleinformatycznej, - Instalacja i uruchomienie VSU na liniach HBS, - Koordynacja instalacji sortownika tacek TTS, - Przeprowadzenie wszystkich testów przed przekazaniem systemu klientowi. Przed załączoną tabelą znajduje się zapis „Szczegóły dostawy zawarte są w zestawieniu poniżej.” Pod tabelą z kolei: „Jednocześnie załączamy dowody określające czy te dostawy zostały wykonane należycie”. Proszę o wyjaśnienie czy w ramach wykazanych usług wykonana była również przez Państwa dostawa taśmociągu zgodnie z postawionym w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4.1) warunkiem udziału w postępowaniu. Podstawa wezwania do wyjaśnień – art. 128 ust. 4 ustawy PZP. 2. W przypadku, gdy przedstawiona w wykazie dostaw realizacja nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu proszę o uzupełnienie wykazu o dostawę, która będzie potwierdzać warunek udziału w postępowaniu. Do wykazu należy załączyć dowody określające, 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, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty. Podstawa wezwania do uzupełnienia – art. 128 ust. 1 ustawy PZP. (...).”

Przystępujący przekazał Zamawiającemu datowane na 26 lutego 2024 r. pismo (dalej jako „Wyjaśnienia”) o treści „w odpowiedzi na pismo z dnia 19.02.2024 r., uprzejmie wyjaśniamy, co następuje. W Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4.1) SWZ został określony warunek udziału w postępowaniu, w postaci wykonania co najmniej jednego zamówienia, polegającego na „realizacji taśmociągu, tj. systemu transportującego przedmioty wraz z karuzelami, zawierającego system automatycznego namierzania i odczytywania kodów kreskowych (ATR), nadzorowanego dedykowanym oprogramowaniem (np. SCADA).” W treści warunku udziału w postępowaniu nie został zawarty wymóg dostawy przez wykonawcę elementów (urządzeń) systemu transportowego (taśmociągu). Konsorcjum SAVICON P.S. – Lider i IZOMET P.K. – Partner (dalej: „Wykonawca”), na spełnienie w/w warunku udziału w postępowaniu, przedstawiło zamówienie wykonane dla zamawiającego Daifuku Logan Ltd., Sutton Road, Hull HU7 0DR, United Kingdom, którego przedmiotem była: „Instalacja, nadzór i koordynacja prac w Międzynarodowym Porcie Lotniczym Ateny”. Zadanie zostało wykonane dla spółki Daifuku Logan Ltd., która jest wiodącym producentem elementów systemów transportu bagażu dla branży lotniskowej. Wykonane zamówienie polegało na realizacji taśmociągu, tj. systemu transportującego przedmioty wraz z karuzelami, zawierającego system automatycznego namierzania i odczytywania kodów kreskowych (ATR), nadzorowanego dedykowanym oprogramowaniem (SCADA). Elementy (urządzenia) do realizacji systemu transportu bagażu zostały dostarczone przez zamawiającego, który jest ich producentem. Fakt dostarczenia elementów systemu transportowego przez samego zamawiającego, nie ma wpływu na to, że w ramach wykazanego zamówienia SAVICON P.S. zrealizował taśmociąg, spełniający wymogi określone w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4.1) SWZ. W treści warunku udziału w postępowaniu, określonym w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4.1) SWZ, Zamawiający nie wskazał, że zadanie referencyjne ma stanowić np. „dostawę, montaż i uruchomienie” systemu transportowego, ale posłużył się pojęciem „realizacja”, które Wykonawca rozumiał i miał prawo rozumieć jako „stworzenie”, „zbudowanie” systemu transportowego. Sposób sformułowania warunku udziału w postępowaniu, nie wyklucza tego, aby zamówienie referencyjne stanowiło realizację przez wykonawcę systemu transportowego dla zamawiającego, który jest producentem elementów takiego systemu, z wykorzystaniem dostarczonych przez tego zamawiającego elementów. Treść warunku udziału w postępowaniu należy odczytywać w świetle przepisów art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 112 ust. 1 Pzp. W szczególności art. 112 ust. 1 Pzp

wskazuje, że: „Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.” Wykonawca zauważa, że kwestia dostarczenia elementów systemu przez samego zamawiającego, nie ma istotnego znaczenia dla oceny zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy do wykonania zadania polegającego na „realizacji taśmociągu, tj. systemu transportującego przedmioty wraz z karuzelami, zawierającego system automatycznego namierzania i odczytywania kodów kreskowych (ATR), nadzorowanego dedykowanym oprogramowaniem (np. SCADA)”, opisanego jako wymóg referencyjny w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4.1) SWZ. Na potwierdzenie tego Wykonawca wskazuje, że system transportowy w ramach zamówienia pn. „Rozbudowa istniejącego systemu BHS etap 2 – modernizacja o dwie linie przylotów wraz z przenośnikami karuzelowymi”, dla Zamawiającego Międzynarodowy Port Lotniczy im. Jana Pawła II Kraków-Balice Sp. z o.o., również zamierza zrealizować z wykorzystaniem elementów (urządzeń), które dostarczy ich producent Daifuku Logan Ltd., jako dostawca Wykonawcy. Elementy do realizacji systemu transportowego zostaną zatem dostarczone przez ten sam podmiot, co w wykazanim przez Wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunku referencyjnego zamówieniu „Instalacja, nadzór i koordynacja prac w Międzynarodowym Porcie Lotniczym Ateny”. Z punktu widzenia zdolności technicznych i zawodowych Wykonawcy do zrealizowania takiego zadania, nie ma żadnego znaczenia to, czy jest ono wykonywane z wykorzystaniem elementów systemu transportowego dostarczonych do Portu Lotniczego przez zamawiającego, który jest ich producentem, czy też elementy systemu dostarczy do Portu Lotniczego ich producent, jako dostawca Wykonawcy. Wykonawca zrealizował szereg zamówień, których przedmiot stanowiła realizacja, modernizacja, rozbudowa, systemu transportu bagażu w Portach Lotniczych, w obydwu wariantach, tj. zarówno gdy zamawiającym dla Wykonawcy był producent elementów systemów transportowych, jak i gdy zamawiającym był Port Lotniczy, a producent elementów systemu był dostawcą Wykonawcy. Pomiędzy obydwoma wariantami nie zachodzi żadna różnica z punktu widzenia zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy do zrealizowania takiego zadania. W związku z tym warunek udziału w postępowaniu, odnoszący się do zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy do wykonania zadania, rozumiany jako obejmujący również dostarczenie elementów służących do zrealizowania systemu transportowego, należałoby uznać za nieproporcjonalny oraz niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Miałby on charakter dyskryminujący wobec niektórych wykonawców, którzy posiadają stosowne zdolności techniczne lub zawodowe, pozwalające im na należyte wykonanie zadania, wynikające z doświadczenia w realizacji taśmociągu, tj. systemu transportującego przedmioty wraz z karuzelami, zawierającego system automatycznego namierzania i odczytywania kodów kreskowych (ATR), nadzorowanego dedykowanym oprogramowaniem (np. SCADA). Bezzasadnie eliminowałby bowiem z postępowania tych spośród wykonawców, którzy zadanie takie zrealizowali z wykorzystaniem elementów systemu dostarczonych przez samego zamawiającego, będącego ich producentem, a nie dostarczonych przez producenta, będącego ich dostawcą, co nie ma żadnego znaczenia z punktu widzenia zdolności technicznych lub zawodowych wykonawcy do wykonania zadania. Sprzeciwia się to takiemu rozumieniu warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4.1) SWZ. Wykonawca zauważa zarazem, że za decydujące dla rozumienia warunku udziału w postępowaniu, nie można uznać również tego, że w treści załącznika do SWZ „Wykaz zrealizowanych przez wykonawcę zamówień”, w niektórych miejscach, znalazło się słowo „dostawa”. W treści samego warunku udziału w postępowaniu, sformułowanie „dostawa” w ogóle nie występuje, a gdyby rzeczywiście miało ono stanowić część tego warunku, wbrew powyższym zastrzeżeniom, to zapewne zostałoby w jego opisie użyte. Mając na uwadze powyższe, Wykonawca podtrzymuje, że przedstawione przez niego w załączniku „Wykaz zrealizowanych przez wykonawcę zamówień” zamówienie „Instalacja, nadzór i koordynacja prac w Międzynarodowym Porcie Lotniczym Ateny”, wykonane przez SAVICON P.S. dla zamawiającego Daifuku Logan Ltd., Sutton Road, Hull HU7 ODR, United Kingdom, potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4.1) SWZ. W wykazie Wykonawca podał szczegółowy zakres wykonanych przez niego zadań, składających się na przedmiot tego zamówienia, obejmujący w szczególności: - Wdrożenie systemu sortowania bagażu BagStage - Wdrożenie systemu SCADA - Instalacja i konfiguracja skanerów ATR - Koordynacja instalacji mechanicznej i elektrycznej przenośników bagażowych systemu BHS - Instalacja i uruchomienie linii OOG - Instalacja i uruchomienie linii Przylotowych wraz z karuzelami Powyższy zakres zamówienia w całości obejmuje treść warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4.1) SWZ, polegającego na „realizacji taśmociągu, tj. systemu transportującego przedmioty wraz z karuzelami, zawierającego system automatycznego namierzania i odczytywania kodów kreskowych (ATR), nadzorowanego dedykowanym oprogramowaniem (np. SCADA).” Niemniej Wykonawca posiada duże doświadczenie w realizacji systemów transportowych na potrzeby branży lotniskowej. SAVICON P.S. wykonał szereg zamówień, których przedmiotem była budowa, modernizacja, rozbudowa, systemów transportu bagażu w Portach Lotniczych. W związku z tym, zgodnie z wezwaniem z punktu 2. pisma Zamawiającego z dnia 19.02.2024 r., na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, składamy uzupełniony załącznik „Wykaz zrealizowanych przez wykonawcę zamówień”, w którym przedstawiliśmy dodatkowo realizację dwóch zamówień ze szczegółowym opisem ich przedmiotu oraz

załączyliśmy dowody na potwierdzenie, że zamówienia te zostały wykonane należycie: 1. Zamówienie pn. „Wymiana karuzeli linii przylotowej nr AR1 w hali odbioru bagażu na Lotnisku Chopina w Warszawie wraz z jej integracją i uruchomieniem w ramach istniejącego systemu BHS”, wykonane dla zamawiającego Przedsiębiorstwo Państwowe „PORTY LOTNICZE”, ul. Żwirki i Wigury 1, 00-906 Warszawa, którego przedmiot obejmował wykonanie następujących zadań: - Wielobranżowa dokumentacja projektowa systemu linii AR1 - Demontaż istniejącej karuzeli - Demontaż istniejącego okablowania zasilającego, ASI, ESTOP - Modyfikacja linii taśmociągów - Wymiana oprogramowania PLC - Modyfikacja oprogramowania SCADA w celu zwizualizowania nowego układu systemu - Integracja, konfiguracja, kalibracja ATR - Dostawa montaż uruchomienie karuzeli przylotowej skośnej - Dostarczenie, montaż uruchomienie, integracja systemu ESTOP - Uruchomienie całości systemu 2. Zamówienie pn. „Dostawa, montaż, uruchomienie urządzenia EDS normy 3.1 wraz z modyfikacją Systemu transportu bagażu rejestrowanego w Porcie Lotniczym „Rzeszów-Jasionka” Sp. z o.o.”, wykonane dla zamawiającego Port Lotniczy „Rzeszów-Jasionka” Sp. z o.o. o Jasionka 942, 36-002 Jasionka, którego przedmiot obejmował wykonanie następujących zadań: - Wielobranżowa dokumentacja projektowa systemu - Demontaż istniejących taśmociągów BHS - Dostawa nowych taśmociągów, sortowników poziomych, konstrukcji wsporczych - Rewitalizacja pozostałych istniejących elementów systemu BHS, taśmociągów, sortowników pionowych, karuzeli - Przebudowa układu taśmociągów - Wymiana oprogramowania PLC - Modyfikacja systemu ESTOP - Dostawa i uruchomienie systemu SCADA - Dostawa, konfiguracja uruchomienie systemu ATR - Uruchomienie systemu”.

Wraz z Wyjaśnieniami Przystępujący przekazał Zamawiającemu dokument o treści „Wykaz zrealizowanych przez wykonawcę zamówień Składając ofertę w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn: Rozbudowa istniejącego systemu BHS etap 2 – modernizacja o dwie linie przylotów wraz z przenośnikami karuzelowymi oświadczamy, że w okresie ostatnich 3 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonaliśmy co najmniej jedno zamówienie polegające na realizacji taśmociągu, tj. systemu transportującego przedmioty wraz z karuzelami, zawierającego system automatycznego namierzania i odczytywania kodów kreskowych (ATR), nadzorowanego dedykowanym oprogramowaniem (np. SCADA). Szczegóły dostawy zawarte są w zestawieniu poniżej.

Lp.	Nazwa i adres zamawiającego	Charakterystyka zamówienia /Przedmiot zamówienia/ podać w szczególności zakres dostawy i inne dane w sposób jednoznaczny umożliwiające weryfikację spełnienia warunku udziału	Czas realizacji zamówienia	
			początek	koniec
1	2	3	4	5
1.	Daifuku Logan LTD Sutton Road Hull HU7 0DR United Kingdom	„Instalacja, nadzór i koordynacja prac w Międzynarodowym Porcie Lotniczym Ateny” Zakres prac obejmował między innymi: - Wdrożenie systemu sortowania bagażu BagStage - Wdrożenie systemu SCADA - Instalacja i konfiguracja skanerów ATR - Koordynacja instalacji mechanicznej i elektrycznej przenośników bagażowych systemu BHS - Instalacja i uruchomienie linii OOG - Instalacja i uruchomienie linii Przylotowych wraz z karuzelami	09.01.2022	30.09.2022
2.	Przedsiębiorstwo Państwowe „PORTY LOTNICZE” ul. Żwirki i Wigury 1 00-906 Warszawa	„Wymiana karuzeli linii przylotowej nr AR1 w hali odbioru bagażu na Lotnisku Chopina w Warszawie wraz z jej integracją i uruchomieniem w ramach istniejącego systemu BHS” Zakres prac obejmował: - Wielobranżowa dokumentacja projektowa systemu linii AR1 - Demontaż istniejącej karuzeli - Demontaż istniejącego okablowania zasilającego, ASI, ESTOP - Modyfikacja linii taśmociągów - Wymiana oprogramowania PLC - Modyfikacja oprogramowania SCADA w celu zwizualizowania nowego układu systemu - Integracja, konfiguracja, kalibracja ATR - Dostawa montaż uruchomienie karuzeli przylotowej skośnej - Dostarczenie, montaż uruchomienie, integracja systemu ESTOP - Uruchomienie całości systemu	08.07.2021	31.12.2021
3.	Port Lotniczy „Rzeszów-Jasionka” Sp. z o.o. Jasionka 942, 36-002 Jasionka	„Dostawa, montaż, uruchomienie urządzenia EDS normy 3.1 wraz z modyfikacją Systemu transportu bagażu rejestrowanego w Porcie Lotniczym „Rzeszów-Jasionka” Sp. z o.o.” Zakres prac obejmował: - Wielobranżowa dokumentacja projektowa systemu - Demontaż istniejących taśmociągów BHS - Dostawa nowych taśmociągów, sortowników poziomych, konstrukcji wsporczych, - Rewitalizacja pozostałych istniejących elementów systemu BHS, taśmociągów, sortowników pionowych, karuzeli - Przebudowa układu taśmociągów - Wymiana oprogramowania PLC - Modyfikacja systemu ESTOP - Dostawa i uruchomienie systemu SCADA - Dostawa, konfiguracja uruchomienie systemu ATR - Uruchomienie systemu	06.06.2022	23.12.2022

Jednocześnie załączamy dowody określające czy te dostawy zostały wykonane należycie.”.

W dniu 13 marca 2024 r. Zamawiający opublikował informację o wyborze najkorzystniejszej oferty o treści „Port Lotniczy im. Jana Pawła II Kraków Balice sp. z o.o. (Zamawiający) działając na podstawie art. 253 ust 1 pkt. 2) ustawy PZP – zawiadamia, że jako najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez Konsorcjum Firm: SAVICON P.S. – lider ul. Miła 5, 09-402 Płock oraz IZOMET P.K. – partner ul. Jaworowa 8, 64-510 Wronki. Oferta wskazanego Wykonawcy zawiera wykonanie pełnego zakresu zamówienia na warunkach określonych w SWZ i otrzymała największą ilość punktów w przyjętych kryteriach oceny ofert. W postępowaniu wpłynęły dwie oferty i otrzymały wskazaną poniżej ilość punktów, zgodnie z przyjętymi w SWZ kryteriami oceny. Konsorcjum Firm: SAVICON P.S. – lider IZOMET P.K. – partner

Nazwa kryterium	Zaoferowane warunki	Ilość przyznanych punktów
Cena brutto za całość zamówienia	7 964 926,97 zł	100

DIMARK S.A.

Nazwa kryterium	Zaoferowane warunki	Ilość przyznanych punktów
Cena brutto za całość zamówienia	8 833 000,00 zł	90,17

(...)"

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach znajdujących się w dokumentacji Postępowania (w tym na dokumentach, które zostały załączone do odwołania jako załączniki nr 4 – 9).

Mając na uwadze, że zgodnie z art. 531 Pzp „przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie”, Izba pominęła:

- załączone do odwołania jako załączniki nr 10 i 11 dokumenty oznaczone jako „Specyfikacja istotnych warunków zamówienia pn. „Wymiana karuzeli linii przylotowej AR1 w hali odbioru bagażu na Lotnisku Chopina w Warszawie wraz z jej integracją i uruchomieniem w ramach istniejącego systemu BHS” oraz „Specyfikacja warunków zamówienia pn. „Dostawa, montaż i uruchomienie urządzenia EDS normy 3.1 wraz z modyfikacją Systemu transportu bagażu rejestrowanego w Porcie Lotniczym »Rzeszów-Jasionka« Sp. z o.o.””,
  - załączone do odpowiedzi na odwołanie jako załączniki nr 3 i 4 dokumenty oznaczone jako „pismo z dnia 3.04.2024 r. zawierające zapytanie Zamawiającego MPL Kraków Balice do Zamawiającego PPL Chopin Lotnisko w Warszawie” oraz „odpowiedź PPL Chopin Lotnisko w Warszawie z dnia 4.04.2024 r. na pismo Zamawiającego MPL Kraków Balice”,
  - dokumenty załączone jako załączniki nr 2 – 6 i 8 do datowanego na 10 kwietnia 2024 r. pisma Przystępującego złożonego w postępowaniu odwoławczym,
  - dokumenty załączone do datowanego na 11 kwietnia 2024 r. pisma Odwołującego złożonego w postępowaniu odwoławczym,
  - złożoną przez Przystępującego na rozprawie umowę nr PL/21/000032/TLLZZ/O,
- a także nie dopuściła i nie przeprowadziła dowodów z zeznań świadków W.Kubickiego, T.Rusinowskiego, K.Jaworskiego, M.Kobielskiego i E.Strzeleckiej oraz „przesłuchania w charakterze strony P.S.”. Dowody te mogły służyć ustaleniu, jaki był przedmiot zamówienia w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Wymiana karuzeli linii przylotowej nr AR1 w hali odbioru bagażu na Lotnisku Chopina w Warszawie wraz z jej integracją i uruchomieniem w ramach istniejącego systemu BHS” prowadzonym przez „Przedsiębiorstwo państwowe „Porty Lotnicze” oraz pod nazwą „Dostawa, montaż i uruchomienie urządzenia EDS normy 3.1 wraz z modyfikacją systemu transportu bagażu rejestrowanego w Porcie Lotniczym „Rzeszów – Jasionka” Sp. z o.o.”” prowadzonym przez Port lotniczy „Rzeszów – Jasionka” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, a także jakie świadczenia zostały wykonane w ramach wykonywania umów zawartych po przeprowadzeniu tych postępowań, a z podanych niżej względów fakty te nie miały istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba zważyła, co następuje:

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”, Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Izba nie stwierdziła przy tym, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania.

Po zapoznaniu się z argumentacją stron i uczestnika postępowania odwoławczego, wyrażoną w pismach wniesionych w postępowaniu odwoławczym oraz przedstawioną w trakcie rozprawy Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp był nieuzasadniony.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp, „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niepełniającego warunków udziału w postępowaniu”.

Nie zasługiwało na aprobatę stanowisko Odwołującego, iż „Zamawiający oczekując w ramach wymogów referencyjnych wykonania co najmniej jednego zamówienia polegającego na realizacji taśmociągu, tj. systemu transportującego przedmioty wraz z karuzelami, zawierającego system automatycznego namierzania i odczytywania kodów kreskowych (ATR), nadzorowanego dedykowanym oprogramowaniem (np. SCADA), miał na myśli dostawę, montaż i uruchomienie takiego taśmociągu (systemu) posiadającego wszystkie elementy określone treścią SWZ” - czyli że wykazanie spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale VIII ust. 2 pkt 4.1 SWZ wymagało wykazania wykonania dostawy, montażu i uruchomienia „taśmociągu, tj. systemu transportującego przedmioty wraz z karuzelami, zawierającego system automatycznego namierzania i odczytywania kodów kreskowych (ATR), nadzorowanego dedykowanym oprogramowaniem (np. SCADA)”.

Należy wskazać, w niniejszej sprawie odwołanie nie zostało wniesione wobec treści ogłoszenia o zamówienia czy wobec treści dokumentów zamówienia w zakresie określenia warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale VIII ust. 2 pkt 4.1 SWZ, lecz na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który tego warunku nie spełnia. W

takiej sytuacji trafne skądinąd wywody Odwołującego dotyczące tego, jak powinny być określone warunki udziału w postępowaniu, nie mogą więc mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż dokonując oceny zgodności przedmiotowego zaniechania z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp Izba nie może oceniać, czy ww. warunek jest proporcjonalny i czy umożliwia ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Kwestie te nie mogą zatem mieć wpływu na interpretację postanowienia rozdziału VIII ust. 2 pkt 4.1 SWZ, a przy dokonywaniu przedmiotowej oceny może być brane pod uwagę tylko to, jak ww. warunek został sformułowany.

W konsekwencji na ustalenie treści ww. warunku udziału w Postępowaniu nie może mieć wpływu okoliczność, że „Postępowanie obejmuje „dostawy”, a nie „usługi””, czyli że charakter zamówienia to dostawy, czy opis przedmiotu zamówienia w Postępowaniu. Wymaga zauważenia, że opisanie przedmiotu zamówienia (i określenie charakteru zamówienia), do czego zamawiający jest zobowiązany, jest obowiązkiem niezależnym od uprawnienia zamawiającego do określenia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego. To, że charakter zamówienia w Postępowaniu to dostawy, a przedmiot zamówienia obejmuje nabycie taśmociągów i ich montaż, nie oznacza więc, iż określony przez Zamawiającego warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej obejmuje (czy że musi obejmować) dostawę taśmociągów - rozumianą jako ich nabycie i montaż.

Konieczne jest ponadto stwierdzenie, że Zamawiający w postanowieniach SWZ dotyczących tego warunku innych niż rozdział VIII ust. 2 pkt 4.1 SWZ nie posługiwał się konsekwentnie pojęciem „dostawy”. O ile w rozdziale IX ust. 5 SWZ określono, iż w celu potwierdzenia spełniania tego warunku wykonawca zostanie wezwany do złożenia „Wykazu dostaw”, to zgodnie z tym samym postanowieniem, iż wykaz ten ma być złożony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ, który to załącznik zatytułowany był „Wykaz zrealizowanych przez wykonawcę zamówień”. Ponadto w treści tego załącznika zawarte jest stwierdzenie, iż „szczegóły dostawy zawarte są w zestawieniu poniżej”, zaś w samym zestawieniu używane są zarówno wyraz „dostawy” jak i wyraz „zamówienie”.

W tym stanie rzeczy zdaniem Izby wyraz „realizacja” użyty w sformułowaniu „realizacji taśmociągu” należy interpretować literalnie, mając przy tym na uwadze, że – jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 10 sierpnia 2022 r. wydanym w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 86/22 – „wszelkie nieścisłości czy sprzeczności w brzmieniu SWZ winny być traktowane w sposób nie wywołujący negatywnych skutków dla wykonawców, którzy w dobrej wierze składają w odpowiedzi na jej postanowienia swoje oferty” - jako „wykonanie” w szerokim znaczeniu tego słowa.

Nie znajduje więc uzasadnienia stanowisko, że wykonane przez Przystępującego na rzecz Daifuku Logan LTD zamówienie, w ramach którego Przystępujący wykonał „instalację, nadzór i koordynację prac w Międzynarodowym Porcie lotniczym Ateny”, obejmujących między innymi „wdrożenie systemu sortowania bagażu BagStage”, „wdrożenie systemu SCADA”, „instalację i konfigurację skanerów ATR”, „koordynację instalacji mechanicznej i elektrycznej przenośników bagażowych systemu BHS”, „instalację i uruchomienie linii OOG” i „instalację i uruchomienie linii Przyłotowych wraz z karuzelami” nie jest „zamówieniem polegającym na realizacji taśmociągu”, o którym mowa w rozdziale VIII ust. 2 pkt 4.1 SWZ tylko z tego powodu, że w ramach wykonania tego zamówienia nie nastąpiło nabycie przez Daifuku Logan LTD od Przystępującego „elementów (urządzeń) do realizacji systemu transportu bagażu”, które „zostały dostarczone przez zamawiającego, który jest ich producentem”.

Zważywszy, że w odwołaniu nie przedstawiono innych okoliczności uzasadniających uznanie, że rzeczzone zamówienie nie jest „zamówieniem polegającym na realizacji taśmociągu”, o którym mowa w rozdziale VIII ust. 2 pkt 4.1 SWZ, a nie było sporne pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego, że Przystępujący wykonał na rzecz Daifuku Logan LTD zamówienie, w ramach którego wykonał „instalację, nadzór i koordynację prac w Międzynarodowym Porcie lotniczym Ateny”, obejmujących między innymi „wdrożenie systemu sortowania bagażu BagStage”, „wdrożenie systemu SCADA”, „instalację i konfigurację skanerów ATR”, „koordynację instalacji mechanicznej i elektrycznej przenośników bagażowych systemu BHS”, „instalację i uruchomienie linii OOG” i „instalację i uruchomienie linii Przyłotowych wraz z karuzelami”, brak było podstaw do przyjęcia, że wykonanie „wdrożenia systemu sortowania bagażu BagStage”, „wdrożenia systemu SCADA”, „instalacji i konfiguracji skanerów ATR”, „koordynacji instalacji mechanicznej i elektrycznej przenośników bagażowych systemu BHS”, „instalacji i uruchomienia linii OOG” i „instalacji i uruchomienia linii Przyłotowych wraz z karuzelami” nie może być uznane za „wykonanie zamówienia polegającego na realizacji taśmociągu, tj. systemu transportującego przedmioty wraz z karuzelami, zawierającego system automatycznego namierzania i odczytywania kodów kreskowych (ATR), nadzorowanego dedykowanym oprogramowaniem (np. SCADA)”, o którym mowa w rozdziale VIII ust. 2 pkt 4.1 SWZ.

Wobec powyższego należało stwierdzić, że ww. zamówienie wykonane przez Przystępującego na rzecz Daifuku Logan LTD było zamówieniem, o którym mowa w rozdziale VIII ust. 2 pkt 4.1 SWZ., a zważywszy, że warunkiem udziału w Postępowaniu określonym w tym postanowieniu było wykonanie co najmniej jednego zamówienia - iż Przystępujący spełnia ten warunek.

W konsekwencji bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy były okoliczności dotyczące innych zamówień, które zostały wymienione w przekazanym Zamawiającemu przez Przystępującego wraz z Wyjaśnieniami dokumencie, którego

treść rozpoczynała się od wyrazów „Wykaz zrealizowanych przez wykonawcę zamówień”. Nawet gdyby uznać, że oba owe inne zamówienia, to jest „Wymiana karuzeli linii przylotowej nr AR1 w hali odbioru bagażu na Lotnisku Chopina w Warszawie wraz z jej integracją i uruchomieniem w ramach istniejącego systemu BHS” wykonane na rzecz Przedsiębiorstwo państwowe „Porty Lotnicze”, oraz „Dostawa, montaż i uruchomienie urządzenia EDS normy 3.1 wraz z modyfikacją systemu transportu bagażu rejestrowanego w Porcie Lotniczym „Rzeszów – Jasionka” Sp. z o.o.”, wykonane na rzecz Port lotniczy „Rzeszów – Jasionka” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, nie są zamówieniem, o którym mowa w rozdziale VIII ust. 2 pkt 4.1 SWZ, to nie ma to wpływu na to, czy Przystępujący spełnia warunek udziału w Postępowaniu określony w tym postanowieniu.

To, jaki w zakresie każdego z tych zamówień był przedmiot zamówienia w poprzedzających ich udzielenie i wykonanie postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez Przedsiębiorstwo państwowe „Porty Lotnicze” i Port lotniczy „Rzeszów – Jasionka” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, a także jakie świadczenia zostały wykonane w ramach wykonywania umów zawartych po przeprowadzeniu tych postępowań, nie stanowiło więc faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

Wobec powyższego brak było podstaw do stwierdzenia, że Przystępujący nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale VIII ust. 2 pkt 4.1 SWZ, a w konsekwencji iż Zamawiający zobowiązany był odrzucić jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp, a zaniechanie dokonanie tej czynności naruszało ten przepis.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „uznk”) był nieuzasadniony.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”. Art. 3 ust. 1 uznk stanowi, że „czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”. Stosownie zaś do art. 14 ust. 1 uznk „czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody”.

Z treści odwołania wynika, że okolicznością uzasadniającą odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp miałyby być popełnienie przez niego czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 uznk poprzez celowe podanie Zamawiającemu nieprawdziwych informacji co do posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej celem wytworzenia przeświadczenia, iż Przystępujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu, a owymi nieprawdziwymi informacjami były: informacja, że „w zakresie zamówienia pn. „Wymiana karuzeli linii przylotowej AR1 w hali odbioru bagażu na Lotnisku Chopina w Warszawie wraz z jej integracją i uruchomieniem w ramach istniejącego systemu BHS” P.S., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą S.P. „wykonał „integrację, konfigurację, kalibrację ATR” oraz informacja, że P.S., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą S.P. „wykonywał „rewitalizację pozostałych istniejących elementów systemu BHS, taśmociągów, sortowników pionowych oraz karuzeli” w ramach zamówienia pn. „Dostawa, montaż i uruchomienie urządzenia EDS normy 3.1 wraz z modyfikacją Systemu transportu bagażu rejestrowanego w Porcie Lotniczym „Rzeszów -Jasionka” Sp. z o.o”.

Mając na uwadze treść art. 3 ust. 1 uznk i art. 14 ust. 1 uznk należy zauważyć, że czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk może być wyłącznie działanie, przy czym uznanie określonego działania za taki czyn wymaga stwierdzenia, że a) działanie to jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, b) działanie to zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta; z kolei uznanie określonego działania za czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 14 ust. 1 uznk wymaga ustalenia, że a) działanie to polegało na rozpowszechnianiu wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, b) wiadomości te były nieprawdziwe lub wprowadzały w błąd c) rozpowszechnianie tych wiadomości następowало w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.

Wymaga wskazania, iż w odwołaniu nie wskazano, aby podanie Zamawiającemu ww. informacji „co do posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej” zagrażało lub naruszało interes innego przedsiębiorcy lub klienta bądź następowало w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.

W konsekwencji nawet gdyby przyjąć, że podane Zamawiającemu przez Przystępującego informacje, iż P.S., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą S.P. „w zakresie zamówienia pn. „Wymiana karuzeli linii przylotowej AR1 w hali odbioru bagażu na Lotnisku Chopina w Warszawie wraz z jej integracją i uruchomieniem w ramach istniejącego systemu BHS” „wykonał „integrację, konfigurację, kalibrację ATR” oraz że „wykonywał „rewitalizację pozostałych istniejących elementów systemu BHS, taśmociągów, sortowników pionowych oraz karuzeli” w ramach zamówienia pn. „Dostawa, montaż i uruchomienie urządzenia EDS normy 3.1 wraz z modyfikacją Systemu transportu bagażu rejestrowanego w Porcie Lotniczym „Rzeszów -Jasionka” Sp. z o.o” były informacjami nieprawdziwymi, to okoliczności faktyczne i prawne przedstawione w odwołaniu nie dawały podstaw do przyjęcia przez Izbę, że podanie

Zamawiającemu tych informacji zagrażało lub naruszało interes innego przedsiębiorcy lub klienta bądź następowało w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody, a tym samym że wystąpiły wszystkie okoliczności określone w art. 3 ust. 1 Pzp lub wszystkie okoliczności określone art. 14 ust. 1 uznk (stanowiące hipotezy norm prawnych wynikających z tych przepisów), które muszą wystąpić, aby dopuszczalne było stwierdzenie, że dane działanie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 uznk bądź w art. 14 ust. 1 uznk, a więc iż Przystępujący popełnił czyn nieuczciwej konkurencji określony w jednym z tych przepisów.

Wobec powyższego nie sposób było uznać, że Zamawiający uprawniony (i zobowiązany) był do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp, a więc iż naruszył ten przepis nie dokonując takiej czynności.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2), § 5 pkt 1) i 2) oraz § 8 ust. 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 od odwołania.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1 pkt 2) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 15.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: (...) b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych (...)”. § 8 ust. 2 ww. rozporządzenia stanowi, że „W przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz: 1) zamawiającego albo 2) uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości, albo 3) zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w części, gdy zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania.”

Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczony przez Odwołującego, tj. 15.000 złotych.

Odwołujący na rozprawie był reprezentowany przez pełnomocnika. Jak wynika ze złożonej do akt postępowania odwoławczego faktury, na koszty postępowania odwoławczego Odwołującego składa się wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 4.428 złotych. Mając na uwadze treść § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego wynagrodzenie pełnomocnika mogło być zaliczone wyłącznie do kwoty 3.600 złotych.

W tym stanie rzeczy zgodnie z tym przepisem do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego zaliczono wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w kwocie 3.600 złotych.

Wobec oddalenia odwołania w całości stosownie do § 8 ust. 2 ww. rozporządzenia Izba w punkcie 2. wyroku obciążyła kosztami postępowania Odwołującego.

Wymaga przy tym wskazania, że z treści tego przepisu wynika, iż w przypadku, gdy zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości, a uczestnik postępowania odwoławczego wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości, Izba uprawniona jest do zasądzenia kosztów, o których mowa w § 5 pkt 2) ww. rozporządzenia, wyłącznie od odwołującego na rzecz tego uczestnika. Wniosek Zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu nie znajdował więc podstaw.

Przewodniczący:.....

.....  
.....