

WYROK

Warszawa, dnia 25 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę P.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Savicon P.S., ul. Miła 5; 09-402 Płock, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polskie Porty Lotnicze S.A., ul. Żwirki i Wigury 1; 00-906 Warszawa, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - DIMARK S.A., ul. Zachodnia 3, Złotkowo; 62-002 Suchy Las,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę P.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Savicon P.S., ul. Miła 5; 09-402 Płock i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę P.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Savicon P.S., ul. Miła 5; 09-402 Płock, 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.

Przewodniczący:.....

sygn. akt: **KIO 1187/24**

Uzasadnienie

Zamawiający – Polskie Porty Lotnicze S.A. z siedzibą w Warszawie- prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „Wymiana sorterów tacekowych TTS1 i TTS2”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz.U.U.E. z 4 stycznia 2024 roku, pod nr 00005368-2024, numer wydania Dz.U. S: 3/2024.

8 kwietnia 2024 roku, wykonawca P.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P.S. z siedzibą w Płocku (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności

i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, to jest:

- 1)czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu i kwalifikacji podmiotowej wykonawcy Dimark S.A. (dalej: „Dimark”), którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie zaniechania w ogóle przez zamawiającego dokonania kwalifikacji podmiotowej Dimark w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 2)czynności wyboru oferty Dimark jako najkorzystniejszej,
- 3)zaniechania odrzucenia oferty Dimark; ewentualnie:
- 4)zaniechania wezwania Dimark do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego – wykazu dostaw wraz z dowodami potwierdzającymi, że dostawy zostały wykonane należycie – o dostawę potwierdzającą spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale V ust. 1 pkt 2 lit. d SWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1.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 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy Dimark, pomimo tego że oferty tego wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wynikającego z udzielenia przez Dimark zamawiającemu nieprawdziwych informacji, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V ust. 1 pkt 2 lit. d SWZ, o tym, że w ramach realizacji zamówienia wskazanego w złożonym wykazie, pn. „Umowa na dostawę systemu obsługi bagażu dla terminalu pasażerskiego lotniska Lennart Meri w Tallinie w Estonii”, Dimark wykonał instalację sortera automatycznego tacekowego, oraz że w tym zadaniu instalacja sortera odbyła się w warunkach funkcjonującej sortowni, na potwierdzenie czego Dimark złożył zmienione w stosunku do pierwotnie wystawionych i wprowadzające w błąd referencje od Alarmtec AS z siedzibą w Estonii;
- 2.art. 128 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Dimark do uzupełnienia

w wyznaczonym terminie wykazu dostaw o co najmniej jedną dostawę wraz z dowodami potwierdzającymi, że ta dostawa została wykonana należycie, w celu wykazania spełnienia przez Dimark warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V ust. 1 pkt 2 lit. d SWZ, w sytuacji, gdy zadanie przedstawione przez Dimark w złożonym wykazie nie potwierdza spełnienia tego warunku;

3.art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 17 ust. 2 i art. 57 pkt 2 Pzp, poprzez wybranie oferty wykonawcy Dimark jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy wybór tej oferty został dokonany niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, albowiem oferta została złożona

w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a zatem podlegała odrzuceniu, nadto wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz

z uzasadnienia wyboru jego oferty przez zamawiającego w ogóle nie wynika, aby zamawiający stwierdził spełnienie przez Dimark tego warunku.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i wobec tego nakazanie zamawiającemu:

- 1)unieważnienia dokonanej czynności badania i oceny ofert;
- 2)unieważnienia dokonanej czynności wyboru oferty Dimark jako najkorzystniejszej;
- 3)odrzucenia ofert Dimark;

ewentualnie:

- 4)wezwania Dimark do uzupełnienia w wyznaczonym terminie wykazu dostaw o co najmniej jedną dostawę wraz z dowodami potwierdzającymi, że ta dostawa została wykonana należycie, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale V ust. 1 pkt 2 lit. d SWZ;

- 5)dokonania ponownego badania i oceny ofert;

Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z właściwymi przepisami, ewentualnie, w przypadku wniesienia sprzeciwu, zasądzenie tych kosztów od przystępującego.

Odwolujący wskazał, że przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniona jest przesłanka interesu w uzyskaniu zamówienia, określona w art. 505 ust. 1 Pzp, kwalifikowana możliwością poniesienia przez odwołującego szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności i zaniechań zamawiającego. Odwołujący złożył w terminie niepodlegającą odrzuceniu ofertę i uczestniczył w postępowaniu jako wykonawca. Poza ofertą odwołującego, w postępowaniu została złożona jedyna oferta konkurencyjna Dimark. Zamawiający, z naruszeniem wskazanych w odwołaniu przepisów, zaniechał odrzucenia oferty Dimark i dokonał jej wyboru jako najkorzystniejszej. Gdyby zamawiający, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, odrzucił ofertę Dimark, to niepodlegająca odrzuceniu oferta odwołującego winna uzyskać najwyższą ocenę. Dawałoby to więc szansę odwołującemu, po dokonaniu przez zamawiającego jego kwalifikacji podmiotowej, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, na wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej i uzyskanie zamówienia publicznego. Szansy tej odwołujący został pozbawiony, zatem naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów powoduje, że odwołujący może ponieść szkodę wynikającą z braku możliwości uzyskania zamówienia i jego wykonania, co oznacza, że narażony jest na szkodę w postaci utraty wynagrodzenia, które mógłby uzyskać w wypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Odwolujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, co następuje.

Zamawiający w Rozdziale V ust. 1 pkt 2 lit. d SWZ określił warunek udziału w postępowaniu, polegający na posiadaniu wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej, który w brzmieniu ustalonym pismem zamawiającego z 13 lutego 2024 r., nr K/6090/24, jest następujący:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej,

tj. Wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował co najmniej jedno zamówienie obejmujące dostawę wraz z wymianą lub instalacją co najmniej jednego sortera automatycznego tackowego w warunkach funkcjonującej sortowni bagażu, o wartości nie mniejszej niż 4 000 000,00 zł netto” (dowód: SWZ Rozdział V ust. 1 pkt 2 lit. d, pismo zamawiającego z 13 lutego 2024 r., nr K/6090/24).

Adekwatnie do w/w warunku udziału w postępowaniu, w Rozdziale VII ust. 2 pkt 2.1 lit. a SWZ, został określony przez zamawiającego wymóg złożenia odpowiedniego podmiotowego środka dowodowego (wykazu dostaw wraz z dowodami potwierdzającymi, że zostały wykonane należycie), w celu wykazania przez wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu (dowód: SWZ Rozdział VII ust. 2 pkt 2.1 lit. a).

Wykonawca Dimark, na wezwanie zamawiającego, 14 marca 2024 r. złożył podmiotowy środek dowodowy „wykaz usług”, w którym wskazał jedno zamówienie pn. „Umowa na dostawę systemu obsługi bagażu dla terminalu pasażerskiego lotniska Lennart Meri w Tallinie w Esotni”, wykonane dla Alarmtec AS z siedzibą w Tallinie. W opisie przedmiotu tego zamówienia Dimark wskazał: „W ramach w/w zamówienia zrealizowana została dostawa wraz z instalacją

sortera automatycznego tackowego w warunkach funkcjonującej sortowni". Do złożonego wykazu Dimark załączył referencje, wystawione przez Alarmtec AS z siedzibą w Tallinie, wraz z tłumaczeniem z języka angielskiego na język polski (dowód: „Wykaz usług” złożony przez Dimark; Referencje wystawione przez Alarmtec AS z siedzibą w Tallinie wraz z tłumaczeniem z języka angielskiego na język polski).

Złożony przez wykonawcę Dimark „wykaz usług”, wraz z referencjami wystawionymi przez Alarmtec AS z siedzibą w Tallinie, nie potwierdza spełnienia przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale V ust. 1 pkt 2 lit. d SWZ. Wykaz zawiera bowiem nieprawdziwe informacje, udzielone zamawiającemu przez Dimark w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj.:

- że w ramach realizacji zamówienia wskazanego w wykazie, pn. „Umowa na dostawę systemu obsługi bagażu dla terminalu pasażerskiego lotniska Lennart Meri w Tallinie

w Estonii”, Dimark wykonał instalację sortera automatycznego tackowego, podczas gdy w rzeczywistości Dimark nie dokonał instalacji tego sortera, a jedynie jego dostawy i uruchomienia, zaś instalację sortera przeprowadził inny podmiot (Alarmtec AS z siedzibą w Tallinie), oraz

- że we wskazanym przez Dimark zadaniu instalacja sortera odbyła się w warunkach funkcjonującej sortowni bagażu, podczas gdy w rzeczywistości:

a) w Porcie Lotniczym Lennart Meri w Tallinie w Estonii ówczesnie nie istniała sortownia, tj. brak było sortera, który został zainstalowany dopiero podczas przebudowy i wobec braku sortowni bagażu, sortowanie odbywało się manualnie, poprzez pracowników *handlingowych* ręcznie kolekcjonujących bagaże z pojedynczego taśmociągu, na który trafiały bez sortowania bagaże dedykowane do wszystkich lotów;

b) nawet gdyby wyżej opisany system bagażowy, funkcjonujący w Porcie Lotniczym Lennart Meri w Tallinie przed przebudową, nieposiadający żadnego urządzenia sortującego, chcieć uznać za „sortownię”, to i tak w zadaniu wskazanym w wykazie przez Dimark instalacja sortera nie odbyła się w warunkach funkcjonującej sortowni, ponieważ miała ona miejsce

w wydzielonym obszarze, niepowiązanym w żaden sposób (funkcjonalnie, organizacyjnie, logistycznie itp.) z resztą systemu bagażowego w czasie instalacji sortera. Co za tym idzie, instalacja sortera, z punktu widzenia sposobu prowadzenia prac, mogłaby się równie dobrze odbyć w jakimkolwiek innym obszarze wydzielonym na terenie Portu Lotniczego.

Na potwierdzenie rzekomego spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. wykonania instalacji sortera w warunkach funkcjonującej sortowni, Dimark złożył referencje wystawione przez Alarmtec AS z siedzibą w Estonii. Treść tego dokumentu została na potrzeby niniejszego postępowania zmieniona, w stosunku do pierwotnych referencji uzyskanych przez Dimark od Alarmtec AS z siedzibą w Estonii, w celu wprowadzenia w błąd co do tego, że Dimark spełnia warunek udziału w postępowaniu, określony w Rozdziale V ust. 1 pkt 2 lit. d SWZ. Mimo tego dokładna analiza treści złożonych referencji wprost dowodzi tego, że nie potwierdzają one spełnienia przez wykonawcę Dimark warunku udziału w postępowaniu, zaś udzielone przez tego wykonawcę w podmiotowym środku dowodowym „wykaz usług” informacje są nieprawdziwe i świadczą o złożeniu przez Dimark oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dowód: pierwotne Referencje wystawione przez Alarmtec AS z siedzibą w Tallinie dla Dimark, wraz z tłumaczeniem z języka angielskiego na język polski, złożone przez Dimark w przetargu prowadzonym przez Port Lotniczy Wrocław S.A., nr ref.: 4/2023/NZP; zmienione Referencje wystawione przez Alarmtec AS z siedzibą w Tallinie dla Dimark, wraz z tłumaczeniem z języka angielskiego na język polski, złożone przez Dimark w niniejszym przetargu).

Niewykonanie przez Dimark dostawy wraz z wymianą lub instalacją sortera tackowego.

Zadanie wskazane przez Dimark w złożonym „wykazie usług” wraz z referencjami, nie obejmuje swoim zakresem ani wymiany sortera tackowego, ponieważ w Porcie Lotniczym Lennart Meri w Tallinie w Estonii przed przebudową nie było sortera, ani nie obejmuje instalacji sortera przez Dimark, która została wykonana przez generalnego wykonawcę zamówienia dla Portu Lotniczego, tj. Alarmtec AS z siedzibą w Estonii. Wynika to jasno z treści złożonych przez Dimark referencji. W referencjach wystawionych Dimark przez Alarmtec AS z siedzibą w Estonii jest wyraźnie wskazane zrealizowanie przez Dimark: zaprojektowania, wykonania, dostawy i uruchomienia systemu obsługi bagażu w hali odlotów, w tym sortera tackowego. Nie jest natomiast wskazana instalacja (montaż) elementów systemu. Uruchomienie systemu transportu bagażu nie jest tożsame z instalacją (montażem) elementów tego systemu, w tym sortera tackowego. Uruchomienie polega na włączeniu do operacyjnego funkcjonowania system, którego elementy zostały już zainstalowane (zamontowane). W branży lotniskowej, przy zamówieniach, które dotyczą dostawy elementów oraz realizacji (budowy) systemu transportu bagażu, powszechnie określa się przedmiot zamówienia jako „dostawa, montaż

i uruchomienie". Potwierdza to jednoznacznie niewątpliwy wniosek, że zadanie polegające na instalacji (montażu) jest wyraźnie odróżniane od uruchomienia. Gdyby więc Dimark w ramach zadania, na które się powołuje, rzeczywiście zrealizował instalację sortera tackowego, to niewytłumaczalnym jest fakt, że w treści referencji nie zostało to wskazane. Byłoby to tym bardziej niewytłumaczalne wobec faktu, że referencje złożone przez Dimark zostały opracowane (zmienione w stosunku do pierwotnie wystawionych przez Alarmtec AS z siedzibą w Estonii dla Dimark) specjalnie na potrzeby niniejszego postępowania. Logicznym jest więc, że w treści referencji wskazane by było, iż Dimark dokonał instalacji sortera tackowego, co jest warunkiem udziału w postępowaniu, gdyby rzeczywiście tę instalację przeprowadził. Z treści referencji to jednak nie wynika, a przeciwnie, wynika z nich, że instalacja (montaż) elementów systemu transportu bagażu w hali odlotów w Porcie Lotniczym Lennart Meri w Tallinie w Estonii, nie była objęta zakresem zadań wykonanych przez Dimark, które zostały w referencjach wymienione (dowód: pierwotne Referencje wystawione przez Alarmtec AS

z siedzibą w Tallinie dla Dimark, wraz z tłumaczeniem z języka angielskiego na język polski, złożone przez Dimark w przetargu prowadzonym przez Port Lotniczy Wrocław S.A., nr ref.: 4/2023/NZP, zmienione Referencje wystawione przez Alarmtec AS z siedzibą w Tallinie dla Dimark, wraz z tłumaczeniem z języka angielskiego na język polski, złożone przez Dimark w niniejszym przetargu).

Warto zwrócić uwagę, że w tłumaczeniu na język polski pierwotnych referencji, wystawionych przez Alarmtec AS z siedzibą w Tallinie dla Dimark, zakres zadań zrealizowanych przez Dimark został przetłumaczony na: „*zobowiązania dotyczące zaprojektowania, produkcji, dostawy i uruchomienia systemu obsługi bagażu w hali odlotów*”. W tłumaczeniu zmienionych na potrzeby niniejszego postępowania referencji, ten sam tekst

w języku angielskim został przetłumaczony już jako: „*zobowiązania dotyczące zaprojektowania, wykonania, dostawy i uruchomienia systemu obsługi bagażu w hali odlotów*”. Wskazana różnica terminologiczna może sugerować, że Dimark, pod pojęciem „wykonania”, zrealizował również instalację (montaż) elementów systemu. Sugestia ta jest oczywiście nieprawdziwa i wprowadzająca w błąd, biorąc chociażby pod uwagę zdecydowanie nieprzypadkową chronologię wymienienia zadań wykonanych przez Dimark w treści referencji.

Niespełnienie wymogu wymiany lub instalacji sortera tackowego w warunkach funkcjonującej sortowni bagażu.

Niezależnie od faktu niewykonania wymiany lub instalacji sortera tackowego przez Dimark, zadanie wskazane w złożonym przez tego wykonawcę „wykazie usług” wraz z referencjami, nie obejmuje w ogóle swoim zakresem wymiany lub instalacji sortera w warunkach funkcjonującej sortowni bagażu. Odwołujący przedstawił *layouty* systemu bagażowego

w Porcie Lotniczym Lennart Meri w Tallinie w Estonii, zarówno przed przebudową, jak

i w trakcie oraz po zakończeniu przebudowy. Nie każdy system bagażowy posiada sortownię bagażu. Z sytuacją braku sortowni mamy do czynienia przy wskazanym przez wykonawcę Dimark systemie bagażowym funkcjonującym w hali odlotów lotniska w Tallinie, który przed wykonaną przebudową nie posiadał w ogóle urządzeń sortujących, tj. w systemie tym nie występowała sortownia bagażu (stan przed przebudową rysunek nr 1). Przed przebudową wszystkie bagaże na kierunku „odloty”, bez sortowania, trafiały na pojedynczy taśmociąg (tzw. karuzelę), gdzie pracownicy *handlingowi* pobierali bagaże i rozdzielali je na poszczególne loty (Rysunek 1 layout lotniska Tallin. Załącznik TE_EP_TLL_10_0K_BHS EXIST_20200131 do postępowania nr Ref. 221170 „Zakup i instalacja automatycznego systemu bagażowego” prowadzonego przez Port Lotniczy Tallin). Dodatkowo, gdyby nawet system bagażowy, funkcjonujący w Porcie Lotniczym Lennart Meri w Tallinie przed przebudową, nieposiadający żadnego urządzenia sortującego, chciał być uznany za „sortownię”, to i tak instalacja sortera

w ramach przebudowy nie została zrealizowana w warunkach funkcjonującej sortowni. Wyprodukowany i dostarczony przez Dimark sorter tackowy został bowiem zainstalowany przez generalnego wykonawcę zamówienia, Alarmtec AS z siedzibą w Estonii, w wydzielonej przestrzeni budynku terminalu lotniska, gdzie nie było czynnych ciągów systemu transportu bagażu, nie odbywał się ruch wózków bagażowych oraz nie byli w ogóle obecni pracownicy *handlingowi*. Obszar, w którym miała miejsce instalacja sortera tackowego, nie był powiązany w żaden sposób (funkcjonalnie, organizacyjnie, logistycznie itp.) z resztą systemu bagażowego w czasie przeprowadzania instalacji sortera. Co za tym idzie, instalacja sortera, z punktu widzenia sposobu prowadzenia prac, mogłaby się równie dobrze odbyć w jakimkolwiek innym obszarze wydzielonym na terenie Portu Lotniczego. Wykonywanie prac instalacyjnych w warunkach obszaru odizolowanego od funkcjonującego systemu transportu bagażu w hali odlotów Portu Lotniczego Lennart Meri w Tallinie (niezależnie od tego, że nie była to sortownia), nie spełnia wymogu określonego w Rozdziale V ust. 1 pkt 2 lit. d SWZ, wykonania wymiany lub instalacji sortera automatycznego tackowego w warunkach funkcjonującej sortowni bagażu (Rysunek 2 layout systemu podczas przebudowy. Załącznik TE_EP_TLL_11_0K_BHS PHASE1_20200131 do postępowania nr Ref. 221170 „Zakup i instalacja automatycznego systemu bagażowego” prowadzonego przez Port Lotniczy Tallin).

Jak to zostało przedstawione na rysunku, projekt wskazany przez Dimark nie spełnia kryteriów określonych przez zamawiającego w SWZ, to jest realizacji wymiany lub instalacji sortera w warunkach funkcjonującej sortowni. Tak naprawdę sposób i charakter instalacji sortera w tym miejscu nie różniłby się od instalacji sortera w dowolnym innym wydzielonym pomieszczeniu Portu Lotniczego. Jedyna równica, nie dotycząca samego procesu instalacji, polegałaby w tej sytuacji na długości taśmociągów, którymi już po przeprowadzeniu instalacji sorter został przyłączony do systemu transportu bagażu, w zależności od odległości dzielącej miejsce zainstalowania sortera od reszty systemu bagażowego (dowód: Layouty systemu bagażowego w Porcie Lotniczym Lennart Meri w Tallinie w Estonii: przed przebudową, w trakcie oraz po zakończeniu przebudowy, wraz z tłumaczeniami części opisowej z języka angielskiego na język polski).

Z zasadniczo odmienną sytuacją od wyżej opisanej instalacji sortera tackowego w Porcie Lotniczym Lennart Meri w Tallinie w Estonii, będziemy mieli do czynienia w przypadku będącego przedmiotem niniejszego przetargu zadania wymiany sorterów w Porcie Lotniczym im. F. Chopina w Warszawie. Sortery na warszawskim lotnisku usytuowane są na antresoli

w centralnym punkcie sortowni bagażu. Dookoła oraz bezpośrednio pod podlegającymi wymianie sorterami odbywa się (i będzie się odbywał podczas wymiany) ciągły ruch pracowników *handlingowych* oraz wózków bagażowych. Na rysunku przedstawiono obszar (zaznaczony kolorem zielonym), który musi być dostępny dla ruchu w trakcie wymiany Sortera 1 (TTS1), (Rysunek 3 Fragment layoutu lotniska Chopina w Warszawie przedstawiający obszar, który musi być dostępny dla ruchu podczas wymiany Sortera 1 (TTS1)) dowód: fragment layout systemu bagażowego w Porcie Lotniczym im. F. Chopina w Warszawie, przedstawiający obszar pracy i wymiany sorterów TTS1 i TTS2 oraz ich otoczenie). Usytuowanie w Porcie Lotniczym im. F. Chopina w Warszawie początków linii przylotowych AR1 oraz AR2 wymusza dostęp do nich zarówno dla pracowników *handlingowych*, jak również dla wózków bagażowych, które po rozładunku będą musiały mieć możliwość wyjazdu lub zawrócenia pod wymienianym sorterem. Dodatkowo podczas wymiany jednego sortera drugi sorter, usytuowany dwa metry od niego, będzie w normalnym operacyjnym użytkowaniu. Usytuowanie podlegających wymianie sorterów TTS1 i TTS2 wymuszać będzie demontaż oraz usunięcie starych sorterów, jak również dostarczenie elementów nowo instalowanych sorterów i ich montaż, w bezpośredniej bliskości, czy wręcz pomiędzy, odbywającym się

w sortowni ciągłym ruchem wózków bagażowych i pracowników *handlingowych* Portu Lotniczego.

Złożenie przez Dimark oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Co prawda zamawiający wśród podstaw wykluczenia z postępowania, wymienionych w Rozdziale VII SWZ, nie wskazał podstaw fakultatywnych z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp, związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd przez wykonawcę, nie oznacza to jednak, aby tego rodzaju sytuacja mogła być akceptowana na gruncie zamówień publicznych. Wskazać bowiem należy, że niezależnie od podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przepis art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, która została złożona przez wykonawcę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Jednym z wprost wskazanych w ustawie rodzajów czynów nieuczciwej konkurencji jest zaś „*rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody*” (art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Odwołujący w powyższym zakresie powołał się na wyroki Izby: z 23 maja 2023 r., sygn. akt KIO 1287/23, z 17 września 2020 r., sygn. akt KIO 2048/20, z 1 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3025/22.

W świetle powyższego nie może budzić wątpliwości, że zachowanie Dimark, polegające na podaniu zamawiającemu nieprawdziwych informacji i wprowadzeniu w błąd co do spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale V ust. 1 pkt 2 lit. d SWZ, w tym złożenie wprowadzających w błąd, zmienionych w stosunku do pierwotnie wystawionych, referencji dotyczących realizacji zamówienia pn. „*Umowa na dostawę systemu obsługi bagażu dla terminalu pasażerskiego lotniska Lennart Meri w Tallinie w Estonii*”, stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w przepisach art. 3 ust. 1

i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z tym oferta wykonawcy Dimark winna podlegać odrzuceniu, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Niewykazanie przez Dimark spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Nawet gdyby uznać, wbrew utrwalonemu orzecznictwu Krajowej Izby Odwoławczej, że zachowanie Dimark nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji i oferta tego wykonawcy nie podlegała odrzuceniu, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, to wobec niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale V ust. 1 pkt 2 lit. d SWZ, zamawiający winien był wezwać Dimark do uzupełnienia w wyznaczonym terminie wykazu dostaw o co najmniej jedną dostawę wraz z dowodami potwierdzającymi, że ta dostawa została wykonana należycie, w celu wykazania spełnienia przez Dimark warunku udziału

w postępowaniu. Obowiązek skierowania do wykonawcy takiego wezwania w zaistniałej sytuacji wynika z przepisu art. 128 ust. 1 Pzp. Zaniechanie przez zamawiającego tej czynności w postępowaniu, stanowiłoby więc naruszenie powołanego przepisu. Zarzut w tym zakresie odwołujący zgłosił z daleko posuniętej ostrożności procesowej. Kierując się bowiem powołanym w odwołaniu orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, które odwołujący w pełni podziela, odwołujący stoi na stanowisku, że oferta Dimark podlega odrzuceniu, jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Dokonanie wyboru oferty Dimark jako najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 17 ust. 2 Pzp: „Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie

z przepisami ustawy”. Przepis art. 57 pkt 2 Pzp stanowi zaś, że: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego”. Zamawiający w niniejszym postępowaniu określił

w Rozdziale V ust. 1 pkt 2 lit. d SWZ warunek udziału wykonawców w postępowaniu, polegający na posiadaniu przez nich stosownej zdolności technicznej lub zawodowej. Wykonawca Dimark nie wykazał spełniania tego warunku udziału w postępowaniu. W związku z tym dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty Dimark jako najkorzystniejszej zostało dokonane niezgodnie przepisami ustawy Pzp. Zauważyć przy tym należy, że z lakonicznego uzasadnienia wyboru oferty Dimark, zawartego w piśmie zamawiającego z 28 marca 2024 r.: „Uzasadnienie: Wybrana oferta uzyskała najwyższą liczbę punktów w kryteriach określonych w SWZ. Oferta była prawidłowa pod względem formalnym oraz merytorycznym i została złożona przez Wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z postępowania” – w ogóle nie wynika, aby zamawiający stwierdził spełnienie przez Dimark warunku udziału w postępowaniu (dowód: Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 28 marca 2024 r.).

W tej sytuacji dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty Dimark jako najkorzystniejszej narusza przepisy art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 17 ust. 2 i art. 57 pkt 2 Pzp.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący Dimark złożył pismo procesowe wraz z dowodami, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Przystępujący wskazał, co następuje.

Przystępujący powołał się na nowe wnioski dowodowe, wnosząc o ich dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:

- pisma ALARMTEC AS z siedzibą w Tallinnie z 19 kwietnia 2024 roku *CLARIFICATIONS TO THE LETTER C REFERENCE* wraz z tłumaczeniem na język polski, w celu wykazania następujących faktów:

- a) rzeczywistego zakresu prac zrealizowanych przez przystępującego w ramach realizacji zamówienia pn. „Umowa na dostawę systemu obsługi bagażu dla terminalu pasażerskiego lotniska Lennart Meri w Tallinie w Estonii”, w szczególności wykonania przez przystępującego w ramach tego zamówienia instalacji i montażu sortera automatycznego tackowego,

- b) zrealizowania przez przystępującego dostawy, instalacji, montażu i uruchomienia sortera automatycznego tackowego na lotnisku w Tallinnie w warunkach funkcjonującej sortowni bagażu;

- opisu technicznego do postępowania nr Ref. 221170 „Zakup i instalacja automatycznego systemu bagażowego” prowadzonego przez Port Lotniczy Tallin (dostępny także na stronie internetowej prowadzonej pod adresem: <https://riiqihanked.riik.ee/rhrweb/##/procurement/1733732/documents/sourcedocument?group=B&documentOldId=15713925>) wraz

z tłumaczeniem na język polski, w celu wykazania następujących faktów:

- a) zakresu prac objętych zamówieniem pn. „Umowa na dostawę systemu obsługi bagażu dla terminalu pasażerskiego lotniska Lennart Meri w Tallinie w Estonii”, w szczególności konieczności wykonania w ramach tego zamówienia dostawy, instalacji, montażu

i uruchomienia sortera automatycznego tackowego,

- b) konieczności wykonania w ramach zamówienia pn. „Umowa na dostawę systemu obsługi bagażu dla terminalu pasażerskiego lotniska Lennart Meri w Tallinie w Estonii” dostawy, instalacji, montażu i uruchomienia sortera automatycznego tackowego w warunkach funkcjonującej sortowni bagażu,

- protokołu odbioru częściowego prac objętych fazą II z 23 maja 2022 roku dotyczącego zamówienia pn. „Umowa na dostawę systemu obsługi bagażu dla terminalu pasażerskiego lotniska Lennart Meri w Tallinie w Estonii” wraz z tłumaczeniem na język polski,

- protokołu usunięcia usterek prac objętych fazą II (finalną) z 16 listopada 2022 roku dotyczącego zamówienia pn. „Umowa na dostawę systemu obsługi bagażu dla terminalu pasażerskiego lotniska Lennart Meri w Tallinie w Estonii” wraz z tłumaczeniem na język polski, w celu wykazania następujących faktów:

- a) rzeczywistego zakresu prac zrealizowanych przez przystępującego w ramach realizacji zamówienia pn. „Umowa

na dostawę systemu obsługi bagażu dla terminalu pasażerskiego lotniska Lennart Meri w Tallinie w Estonii, w szczególności wykonania przez przystępującego w ramach tego zamówienia instalacji (montażu) sortera automatycznego tackowego.

Argumentacja odwołującego przedstawiona w odwołaniu, zdaniem przystępującego nie zasługuje na aprobatę już na gruncie treści referencji przedstawionych przez przystępującego wraz z wykazem usług złożonym na wezwanie zamawiającego. Z przedłożonego dokumentu wynika jednoznacznie, że przystępujący zrealizował „następujące zobowiązania dotyczące zaprojektowania, wykonania, dostawy i uruchomienia systemu obsługi bagażu w hali odlotów, włączając: (...) sorter z uchylnymi tacami (119 tac) wraz z zrzutniami, przenośnikami indukcyjnymi i sumującymi (...).

Projekt został zrealizowany w działającym i funkcjonującym na co dzień porcie lotniczym i sortowni bagażu”.

Niewątpliwie językowa wykładnia powyższych zapisów przeczy zarzutom stawianym przez odwołującego, albowiem wynika z niej, po pierwsze, wykonanie przez przystępującego systemu obsługi bagażu obejmującego sorter automatyczny tackowy, a po wtóre, realizację całego projektu (w tym, co oczywiste, również instalacji sortera) w działającej sortowni bagażu.

Za bezpodstawne należy uznać twierdzenia odwołującego o rzekomej zmianie treści referencji na potrzeby postępowania w stosunku do referencji przedłożonych przez przystępującego we wcześniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego realizowanego przez PORT LOTNICZY WROCŁAW S.A. Treść źródłowego dokumentu sporządzonego w języku angielskim jest bowiem w obu przypadkach (w kwestionowanym przez odwołującego zakresie) identyczna, zaś różnica dotyczy jedynie jego tłumaczenia na język polski. Okoliczność tę potwierdza zresztą sam odwołujący, w treści odwołania wskazując: „ten sam tekst w języku angielskim”. W tym kontekście odwołać należy się do użycia w oryginalnych dokumentach referencji, sporządzonych w języku angielskim każdorazowo określenia „execution” oznaczającego w odniesieniu do projektu lub zadania „wykonanie”, „przeprowadzenie” lub „realizację” (źródło: internetowy słownik PWN Oxford University Press, źródło: internetowy słownik Cambridge Dictionary, źródło: internetowy słownik PONS Langenscheidt GmbH,).

W tłumaczeniu oryginalnego tekstu na język polski na potrzeby przedłożenia go w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego realizowanego przez PORT LOTNICZY WROCŁAW S.A. termin „execution” został nieprawidłowo przetłumaczony jako „produkcja”, na czym odwołujący zdaje się opierać istotną część argumentacji mającej zmierzać do wykazania nie tylko niespełnienia przez przystępującego przesłanek udziału w postępowaniu, ale i dopuszczenia się przez przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji mającego polegać na rozpowszechnianiu nieprawdziwych informacji o swoim przedsiębiorstwie. Należy jednak wskazać, że okoliczność ta nie znajduje odzwierciedlenia w stanie faktycznym niniejszej sprawy, bowiem z oryginalnego dokumentu referencji jasno wynika, że przystępujący zrealizował (wykonał) cały zakres prac wyszczególnionych w przedmiotowym piśmie, w tym zaprojektowanie, dostawę, instalację, montaż i uruchomienie sortera automatycznego tackowego.

Dla uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości, przystępujący zwrócił się do ALARMTEC AS, a więc podmiotu, który sporządził wcześniejsze referencje, w tym przedstawione przez przystępującego w postępowaniu, o wyjaśnienie ich treści. W wystawionym przez ALARMTEC AS dokumencie, datowanym na 19 kwietnia 2024 roku wyraźnie wskazano, że zakres prac zrealizowanych przez przystępującego w ramach realizacji zamówienia pn. „Umowa na dostawę systemu obsługi bagażu dla terminalu pasażerskiego lotniska Lennart Meri w Tallinie w Estonii” obejmował: zaprojektowanie („design”), wyprodukowanie („manufacture”), dostawę („supply”), montaż („assembly”), instalację („installation”) i uruchomienie („commissioning”) systemu transportu bagażu, obejmującego w szczególności sorter automatyczny tackowy (dowód: pismo ALARMTEC AS z siedzibą w Tallinnie z 19 kwietnia 2024 roku „CLARIFICATIONS TO THE LETTER OF REFERENCE” wraz z tłumaczeniem na język polski).

Wykonanie przez przystępującego czynności związanych z montażem i instalacją sortera automatycznego tackowego potwierdza również treść protokołów odbioru sporządzonych w związku z realizacją zamówienia pn. „Umowa na dostawę systemu obsługi bagażu dla terminalu pasażerskiego lotniska Lennart Meri w Tallinie w Estonii”. W dniu 23 maja 2022 roku podpisany został protokół częściowego odbioru fazy II prac, w którym wyraźnie wskazane zostało (punkt 1 protokołu), że faza ta obejmuje między innymi instalację nowych urządzeń („install new devices”), wprost wymienionych w treści protokołu, wśród których znajduje się również sorter tackowy („Tilt tray sorter”). Z kolei w punkcie 4 przedmiotowego protokołu zaznaczone zostało, że został wykonany montaż („assembly”) i uruchomienie („commissioning”) całego przedmiotu umowy, w szczególności w zakresie prac wskazanych

w punkcie 1. Analogiczne zapisy zawarte zostały w sporządzonym w dniu 16 listopada 2022 roku protokole usunięcia usterek. Z treści obu tych dokumentów jasno wynika,

że przystępujący dokonał, w ramach realizacji zamówienia referencyjnego, instalacji (montażu) między innymi sortera

tackowego (dowód: protokół odbioru częściowego prac objętych fazą II z 23 maja 2022 roku dotyczącego zamówienia pn. „Umowa na dostawę systemu obsługi bagażu dla terminalu pasażerskiego lotniska Lennart Meri w Tallinie w Estonii” wraz z tłumaczeniem na język polski; protokół usunięcia usterek prac objętych fazą II (finalną) z 16 listopada 2022 roku dotyczącego zamówienia pn. „Umowa na dostawę systemu obsługi bagażu dla terminalu pasażerskiego lotniska Lennart Meri w Tallinie w Estonii” wraz z tłumaczeniem na język polski).

Dodać należy także, że zamawiający, ustalając warunki udziału w postępowaniu, nie określił w ramach wymogu posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, że wykonawca winien zrealizować „dostawę, montaż i uruchomienie” jak próbuje twórczo sugerować odwołujący, powołując się na „powszechne określanie przedmiotu zamówienia” w branży lotniskowej. Przystępujący podnosi, że w postępowaniu opierać należy się wyłącznie na treści dokumentacji opublikowanej przez zamawiającego, który swój wymóg określił jako „zrealizowanie co najmniej jednego zamówienia obejmującego dostawę wraz z wymianą lub instalacją co najmniej jednego sortera automatycznego tackowego w warunkach funkcjonującej sortowni bagażu, o wartości nie mniejszej niż 4 000 000100 zł netto”. W tym kontekście słowa „instalacja” nie można utożsamiać z pojęciem „montaż” albowiem w dokumentacji postępowania pojawia się w opozycji do słowa „wymiana”. Nie powinno budzić wątpliwości, że „wymiana” dotyczy zastąpienia jednego (istniejącego) urządzenia/systemu/rozwiązania innym. Konsekwentnie przez „instalację” należy rozumieć dostarczenie nowego urządzenia/systemu/rozwiązania, które zostanie umiejscowione w danej lokalizacji po raz pierwszy. Niewątpliwie uwzględniając całokształt materiałów i argumentów przedstawionych przez przystępującego uznać należy, że kwestionowany przez odwołującego warunek udziału w postępowaniu został przez przystępującego spełniony.

Wbrew przekonaniu odwołującego, z przedłożonych przez przystępującego referencji wynika także jednoznacznie, że wykonane przez przystępującego prace związane z realizacją zamówienia pn. „Umowa na dostawę systemu obsługi bagażu dla terminalu pasażerskiego lotniska Lennart Meri w Tallinie w Estonii” realizowane były w warunkach funkcjonującej sortowni bagażu. Potwierdza to nie tylko treść samego odwołania, w którym odwołujący najpierw pisze, że „sortowanie” odbywało się manualnie, poprzez pracowników *handlingowych* (strona 7), a następnie wskazuje, że w porcie lotniczym w Tallinie „pracownicy *handlingowi* pobierali bagaże i rozdzielali je na pojedyncze loty. W tym kontekście należałoby postawić pytanie czym - zdaniem odwołującego - różni się „pobieranie i rozdzielanie bagaży” od ich „sortowania”, bowiem są to określenia synonimiczne według definicji zawartej w Słowniku Języka Polskiego PWN (źródło: internetowy Słownik Języka Polskiego PWN, <https://sjp.pwn.pl/sjp/sortowac;2575887.html>).

Analogicznie, miejsce, w którym zachodzi proces sortowania musi być określane mianem „sortowni”. Co za tym idzie, odwołujący, bezpodstawnie twierdząc, że w porcie lotniczym w Tallinie przed jego przebudową nie istniała sortownia bagażu, jednocześnie potwierdza, że takie pomieszczenie się tam znajdowało i co więcej, że odbywało się tam sortowanie bagażu. Podkreślenia wymaga przy tym, że zamawiający, ustalając warunki wzięcia udziału w postępowaniu poprzez wskazanie, że dostawa wraz z wymianą lub instalacją co najmniej jednego sortera automatycznego tackowego powinna zostać zrealizowana „w warunkach funkcjonującej sortowni”, nie doprecyzował w żaden sposób określenia „sortownia”, w szczególności nie zaznaczył, że powinny w niej funkcjonować konkretne urządzenia, których istnienie miałoby pozwalać na zakwalifikowanie danego pomieszczenia jako „sortowni”. Oczywistym winno być, że istotą wymogu postawionego przez zamawiającego ma być wcześniejsze zrealizowanie przez oferenta dostawy wraz z wymianą lub instalacją sortera automatycznego tackowego w warunkach działającej sortowni. W takich zaś właśnie okolicznościach zamówienie referencyjne zrealizował przystępujący. Potwierdza to również treść opisu technicznego do zamówienia dotyczącego systemu transportu bagażu na lotnisku w Tallinie. W dokumencie tym wskazano, że zamówienie obejmuje wymóg zainstalowania nowych urządzeń do sortowania nadawanego bagażu i jednoczesnego usunięcia obecnych punktów krytycznych:

„The design is based on the requirement of installing new devices for sorting of dispatched baggage and simultaneously removing current critical spots” - strona 5,

tłumaczenie:

„Projekt opiera się na wymogu zainstalowania nowych urządzeń do sortowania nadawanego bagażu i jednoczesnego usunięcia obecnych punktów krytycznych”.

Z kolei na stronie 12 opisu technicznego wskazane są wymogi związane z wymiarami istniejącej sortowni bagażu - punkt 2.6.1 „Existing Sorting Hall Height” (tłumaczenie: „Wysokość Istniejącej Sortowni”).

Co bardzo istotne, w punkcie 6 na stronie 42 wskazano wyraźnie, że przedmiotem ówczesnego postępowania było: „zapewnienie bezproblemowego działania istniejącego systemu obsługi bagażu (BHS) podczas instalacji nowego systemu”.

"The purpose of this procurement is acquisition and installation of a BAGGAGE HANDLING SYSTEM WITH AUTOMATIC SORTER TO THE DEPARTING BAGGAGE AREA OF THE PASSENGER TERMINAL OF TALLINN AIRPORT.

In this connection, it is important to ensure trouble-free operation of the existing baggage handling system (BHS) during the installation of the new system"- strona 42.

tłumaczenie:

„Celem niniejszego zamówienia jest zakup i instalacja SYSTEMU OBSŁUGI BAGAŻU Z AUTOMATYCZNYM SORTEREM DO OBSZARU BAGAŻU ODLOTOWEGO TERMINALU PASAŻERSKIEGO PORTU LOTNICZEGO W TALLINN.

W związku z tym ważne jest zapewnienie bezproblemowego działania istniejącego systemu obsługi bagażu (BHS) podczas instalacji nowego systemu".

Dalej na stronie 42 (punkt 6.1.2 „Requirements to installation”), zawarty został wymóg dotyczący przekazania w pełni funkcjonalnej karuzeli bagażowej w celu kontynuowania regularnej eksploatacji BHS. Przekazanie drugiej części polega na przekazaniu w pełni funkcjonalnego rozwiązania BHS. Dalej, w punkcie 6.1.3 („Compatibility with existing system”) wymienione zostały wymagania dotyczące zapewnienia nie tylko kompatybilności z istniejącymi na lotnisku rozwiązaniami, ale i zagwarantowania obsługi bagażu przez cały okres realizacji prac.

„Since the system is not being replaced in full and the existing system will continue to operate in part The Tenderer shall also bear any other costs resulting from reconnections of the existing system for the purposes of ensuring trouble-free operation of the BHS during the installation periods. The BHS must be usable by the baggage handler throughout the works performance period” - strona 42.

tłumaczenie:

„Ponieważ system nie jest wymieniany w całości, a istniejący system będzie nadal działał w części Oferent poniesie również wszelkie inne koszty wynikające z ponownego podłączenia istniejącego systemu w celu zapewnienia bezproblemowego działania BHS w okresach instalacji. BHS musi być użyteczny dla obsługi bagażu przez cały okres realizacji prac”.

(dowód: opis techniczny do postępowania nr Ref. 221170 „Zakup i instalacja automatycznego systemu bagażowego” prowadzonego przez Port Lotniczy Tallin (dostępny także na stronie internetowej prowadzonej pod adresem: <https://riigihanked.riik.ee/rhrweb/#!/procurement/1733732/documents/sourcedocument?group=B&documentOldId=15713925>) wraz z tłumaczeniem na język polski).

Nie mogą także zasługiwać na aprobatę twierdzenia odwołującego w zakresie w jakim podnosi on, że przystępujący nie może powoływać się na dokonanie instalacji sortera automatycznego tacekowego w związku z realizacją zamówienia w porcie lotniczym w Tallinie w warunkach funkcjonującej sortowni, w zakresie w jakim odwołujący zarzut ten wywodzi z wcześniejszego braku automatycznego urządzenia sortującego bagaż na przedmiotowym lotnisku. Okoliczność ta pozostaje prawnie irrelevantna nie tylko z uwagi na, wskazany we wcześniejszej części niniejszego pisma, sposób sformułowania przez zamawiającego analizowanego wymogu, zgodnie z którym realizacja referencyjnego zamówienia miała odbywać się „w funkcjonującej sortowni” bez jakiegokolwiek doprecyzowania tego warunku

(w szczególności odnośnie sposobu sortowania bagażu w sortowni), ale i ze względu na dopuszczenie przez zamawiającego powołania się przez oferentów na wykonanie „instalacji co najmniej jednego sortera automatycznego tacekowego”, która wymieniona została obok wymiany takiego urządzenia jako sposób wykazania posiadania zdolności technicznej lub zawodowej przez wykonawcę. Skoro zaś instalację sortera należy traktować jako pojęcie odmienne od jego wymiany, o czym przesądza równoległe użycie obu tych terminów w SWZ, to należy przyjmować, że każde z nich obejmuje swoim znaczeniowym zakresem odmienne desygnaty. Nie powinno przy tym budzić wątpliwości, że „wymiana” dotyczy zastąpienia jednego (istniejącego) urządzenia/systemu/rozwiązania innym. Konsekwentnie przez „instalację” należy rozumieć dostarczenie nowego urządzenia/systemu/rozwiązania, które zostanie zainstalowane w danym miejscu po raz pierwszy.

Dodatkowo zwrócić należy uwagę na fakt, iż dostawa sortera automatycznego (niezależnie od tego czy dokonywana w ramach jego wymiany czy instalacji) zawsze wymagać będzie dysponowania wydzielonym miejscem, w którym nowe urządzenie zostanie usytuowane. Różnica polegać może jedynie na tym czy miejsce owo zostanie niejako „zwolnione” na skutek demontażu wcześniej zainstalowanego urządzenia czy też wyznaczone w istniejącej przestrzeni niezajętej do tej pory przez inny sprzęt. Kwestia zaś tego w jakiej konkretnie części pomieszczenia sortowni bagażu miejsce to zostanie wydzielone nie ma jakiegokolwiek znaczenia przy wymogu obejmującym dokonanie instalacji lub wymiany sortera „w warunkach funkcjonującej sortowni bagażu”. Tym samym należy uznać, że zamawiający dopuścił możliwość powołania się przez oferentów składających oferty w postępowaniu, w celu wykazania spełnienia przesłanki udziału w postępowaniu, na zrealizowanie zamówienia obejmującego instalację sortera automatycznego tacekowego w pomieszczeniu funkcjonującej sortowni bagażu, w wydzielonym w tym celu miejscu.

Jako wyłącznie spekulacyjne potraktować należy z kolei wywody odwołującego odnoszące się do warunków realizacji zamówienia („ciągły ruch pracowników *handlingowych* oraz wózków bagażowych”). Przedstawione przez odwołującego w tym zakresie wizja nie znajduje bowiem potwierdzenia w jakichkolwiek dokumentach dotyczących postępowania.

Z oczywistych względów nie może zasługiwać na aprobatę również zarzut złożenia przez przystępującego oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. W tym zakresie wskazać bowiem należy, że przystępujący nie rozpowszechniał jakichkolwiek nieprawdziwych informacji o swoim przedsiębiorstwie, co wynika wprost z dokumentacji złożonej

w postępowaniu, jak również z treści dokumentów przedłożonych wraz z niniejszym pismem. Przystępujący faktycznie zrealizował bowiem wszystkie prace wskazane w referencjach sporządzonych przez ALARMTEC AS, w tym w szczególności obejmujące instalację (montaż) sortera tackowego. W związku z powyższym nie można uznać, aby w niniejszej sprawie zrealizowane zostały przesłanki dopuszczenia się przez przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji zarzucanego mu przez odwołującego.

Dodatkowe pismo procesowe wraz z wnioskami dowodowymi złożył odwołujący, wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dalszych dowodów, tj.:

- dowodu z korespondencji e-mail z przedstawicielem Portu Lotniczego Lennart Meri w Tallinie w Estonii, wraz z tłumaczeniem na język polski, na fakt tego, że wykonawca Dimark nie wykonał instalacji sortera automatycznego tackowego w ramach wskazanego przez siebie zadania pn. *„Umowa na dostawę systemu obsługi bagażu dla terminalu pasażerskiego lotniska Lennart Meri w Tallinie w Estonii”*;

- dowodu z broszury dotyczącej systemu bagażowego Dimark, pobranej z oficjalnej strony internetowej przystępującego: www.dimark.eu, wraz z tłumaczeniem na język polski, na fakt tego, że w Porcie Lotniczym Lennart Meri w Tallinie w Estonii przed przebudową nie było sortowni bagażu, w związku z czym wskazane przez przystępującego na spełnienie wymogu referencyjnego zadanie nie obejmowało wymiany lub instalacji sortera automatycznego tackowego w warunkach funkcjonującej sortowni (niezależnie od tego, że Dimark w ogóle nie wykonał w tym zadaniu wymaganej wymiany lub instalacji sortera).

Odwołujący wskazał, iż uzyskał od przedstawiciela Portu Lotniczego Lennart Meri w Tallinie w Estonii informacje wprost potwierdzające fakt wynikający również z pozostałych dowodów, że Dimark w zakresie wskazanego przez siebie na wykazanie spełnienia wymogu referencyjnego zadania, nie wykonał wymiany lub instalacji sortera. Jak wynika z udzielonych informacji, instalacja sortera została wykonana przez generalnego wykonawcę prac (którego Dimark był podwykonawcą), spółkę Alarmtec AS z siedzibą w Tallinie. Dimark w zakresie wskazanego zadania nie wykonał wymiany lub instalacji sortera, a podana przez przystępującego w podmiotowym środku dowodowym „wykazie usług” informacja o wykonaniu takich prac była nieprawdziwa i wprowadzała zamawiającego w błąd co do tego, że spełnia warunek udziału w postępowaniu.

W świetle zaistniałych faktów, nie może budzić wątpliwości, że zachowanie Dimark, polegające na podaniu zamawiającemu nieprawdziwych informacji i wprowadzeniu w błąd co do spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, w tym złożenie wprowadzających w błąd, zmienionych w stosunku do pierwotnie wystawionych, referencji dotyczących realizacji zamówienia pn. *„Umowa na dostawę systemu obsługi bagażu dla terminalu pasażerskiego lotniska Lennart Meri w Tallinie w Estonii”*, stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w przepisach art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tak jak to zostało wyjaśnione w orzecznictwie KIO, wykonawca ten działał w celu przysporzenia sobie korzyści, polegającej na uzyskaniu zamówienia publicznego i otrzymaniu wynagrodzenia za jego wykonanie. Działanie to zagraża lub narusza interes zamawiającego, wyrażający się w tym, aby zamówienie zostało udzielone wykonawcy spełniającemu warunki udziału w postępowaniu. Zagraża również lub narusza interes odwołującego, ponieważ zmierza do uzyskania zamówienia publicznego

i wynikającego stąd wynagrodzenia przez przystępującego, niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, kosztem odwołującego, który te warunki spełnia. W związku z tym oferta wykonawcy Dimark winna podlegać odrzuceniu, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Dodatkowo należy podnieść, że zadanie wskazane przez Dimark na wykazanie spełnienia warunku referencyjnego w ogóle nie mogło dotyczyć wymiany lub instalacji sortera

w warunkach funkcjonującej sortowni bagażu, ponieważ w Porcie Lotniczym Lennart Meri

w Tallinie w Estonii przed przebudową nie było sortowni. Nie każdy system transportu bagażu w Porcie Lotniczym posiada sortownię. Sortownia stanowi część (obszar) systemu transportu bagażu (BHS), w której funkcjonuje co najmniej jedno urządzenie typu sorter, które służy do automatycznego rozdzielania bagażu na poszczególne loty. System transportu bagażu zawierający sortownię musi być zakończony co najmniej dwoma punktami odbioru bagażu, na które automatycznie sortowane są bagaże przeznaczone na poszczególne loty. Punkty odbioru bagażu to np. karuzele lub zrzutnie. Przykładem Portu Lotniczego, w którym system bagażowy nie zawierał sortowni, był właśnie Port Lotniczy

Lennart Meri w Tallinie w Estonii przed przebudową. Na linii odloty nie posiadał on żadnego sortera oraz był zakończony pojedynczą karuzelą odbioru bagażu. Poszczególne części systemu transportu bagażu są dobrze uwidocznione w złożonej przy niniejszym piśmie procesowym broszurze Dimark na jej str. 6.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Krajowa Izba Odwoławcza dzieląc w całości stanowisko zamawiającego i przystępującego (za wyrokiem SO w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów”), wskazuje, co następuje.

W celu dokonania prawidłowego rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie, konieczne jest jednoznaczne ustalenie prawidłowego brzmienia warunku doświadczenia, ustanowionego przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający w Rozdziale V ust. 1 pkt 2 lit. d SWZ określił warunek udziału w postępowaniu, polegający na posiadaniu przez wykonawcę wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej,

tj. Wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował co najmniej jedno zamówienie obejmujące dostawę wraz z wymianą lub instalacją co najmniej jednego sortera automatycznego tackowego w warunkach funkcjonującej sortowni bagażu, o wartości nie mniejszej niż 4 000 000,00 zł netto”.

Bezspornym w sprawie był zakres omawianego warunku dotyczący okresu doświadczenia oraz wartości zrealizowanego zamówienia.

Tym samym, Izba dokonała oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez przystępującego w następującym zakresie, tj. czy referencyjne zamówienie obejmowało:

- dostawę wraz z wymianą ~~lub instalacją~~ co najmniej jednego sortera automatycznego tackowego w warunkach funkcjonującej sortowni bagażu,
- dostawę wraz z ~~wymianą lub~~ instalacją co najmniej jednego sortera automatycznego tackowego w warunkach funkcjonującej sortowni bagażu.

Okolicznością bezsporną w sprawie jest, że w referencyjnej usłudze przystępujący wykonywał pewien zakres prac jako podwykonawca względem podmiotu ALARMTEC AS z siedzibą w Tallinie. Konieczne jest zatem ustalenie:

- zakresu wykonywanych przez przystępującego prac, jako podwykonawcy, a co za tym idzie, czy przystępujący wykonał dostawę wraz z instalacją,
- czy dostawa wraz z instalacją była dokonana w warunkach funkcjonującej sortowni bagażu.

Bezsporne jest, że zamawiający opisując rzeczony warunek udziału w postępowaniu nie zdefiniował pojęć takich jak: „instalacja” oraz „funkcjonująca sortownia bagażu”. Tym samym przy ocenie prawdziwości oświadczeń składanych przez przystępującego należy wziąć pod uwagę pewną swobodę interpretacyjną ww. niezdefiniowanych pojęć, jednakże mając na względzie racjonalność dokonanego opisu oraz jego cel. Trzeba mieć bowiem na względzie okoliczność, iż zamawiający nie po to dokonuje szczegółowego opisu warunku udziału w postępowaniu, aby następnie w sposób dowolny odstępować od jego prawidłowej interpretacji. Celem zamawiającego jest bowiem udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który legitymuje się doświadczeniem na odpowiednim poziomie profesjonalizmu.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie budzi wątpliwości fakt, iż usługa była wykonywana w warunkach funkcjonującej sortowni bagażu. Okoliczność powyższą potwierdza dowód złożony przez przystępującego, tj. „Opis techniczny do postępowania nr Ref. 221170 „Zakup

i instalacja automatycznego systemu bagażowego” prowadzonego przez Port Lotniczy Tallin wraz z tłumaczeniem na język polski”, w szczególności pkt 6 ze str. 51, gdzie zostało wskazane, iż „Celem niniejszego zamówienia jest zakup i instalacja SYSTEMU OBSŁUGI BAGAŻU Z AUTOMATYCZNYM SORTEREM DO OBSZARU BAGAŻOWEGO ODLOTOWEGO TERMINALU PASAŻERSKIEGO PORTU LOTNICZEGO TALLINN. W związku z tym ważnym jest zapewnienie bezproblemowego działania istniejącego systemu obsługi bagażu (BHS) podczas instalacji nowego systemu” oraz pozostałe punkty Opisu Technicznego wskazane przez przystępującego w piśmie procesowym.

Skoro zatem zamawiający (Port Lotniczy w Tallinie) w referencyjnym zamówieniu bezpośrednio odwołuje się do istniejącego systemu obsługi bagażu, to uznać należało, że zamówienie było realizowane w funkcjonującej sortowni bagażu. Bez znaczenia, wobec braku zdefiniowania tego elementu opisu warunku udziału przez zamawiającego, jest okoliczność, że sortowanie bagażu odbywało się przy udziale tzw. pracowników *handlingowych*. A zatem wykonywanie czynności sortowania bagażu, czy to przez proces zautomatyzowany, czy przy udziale pracy ludzkiej jest irrelewantne z punktu widzenia literalnego brzmienia warunku SWZ.

Bezspornym w sprawie jest okoliczność, iż usługa referencyjna powołana przez przystępującego nie dotyczyła wymiany sortera, gdyż jak zgodnie twierdziły strony i uczestnik postępowania, wcześniej (przed realizacją) w Porcie Lotniczym w Tallinie nie było zamontowanego ani jednego sortera automatycznego tacekowego.

Pozostaje zatem do oceny, czy przystępujący w ramach realizacji zamówienia dokonał instalacji takiego sortera.

Odwołujący i przystępujący w powyższym zakresie powoływali dowody przeciwnie. Oceniając zatem zgromadzony materiał dowodowy Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał w sposób jednoznacznie bezsporny, iż przystępujący nie wykonał rzeczony instalacji sortera automatycznego tacekowego w ramach referencyjnej usługi. Zdaniem Izby, okoliczności tej nie sposób wywieść z treści korespondencji e-mail prowadzonej przez podmiot udostępniający swoje zasoby odwołującemu z przedstawicielem Portu Lotniczego w Tallinie.

Z korespondencji tej wynika jedynie, że określony zakres prac wykonywała spółka Alarmtec AS, a część wykonywał przystępujący. Nadto sam pytający zwraca uwagę, że cyt. „Czyli w tym przypadku Dimark był odpowiedzialny tylko za projekt, dostawę, nadzór nad instalacją i uruchomieniem przez Alarmtec” uzyskując odpowiedź, cyt. „Tak, zgadza się. Dodatkowo zaznaczam, że firma Alarmtec była odpowiedzialna tylko za montaż mechaniczny, nadzorowany przez kilku specjalistów Dimark. Wszystkie prace elektryczne i automatyki zostały wykonane przez firmę Dimark”. Skoro zatem przystępujący Dimark *de facto* brał udział w całości realizacji zamówienia, czy to w formie bezpośredniego wykonawstwa, czy to w formie nadzoru nad instalacją i montażem mechanicznym, oznacza to, że nie sposób odmówić temu wykonawcy odpowiedniego, względem warunku udziału w postępowaniu, doświadczenia.

Powyższe okoliczności potwierdza dowód powołany przez przystępującego, tj. „Wyjaśnienia do listu referencyjnego” z 19 kwietnia 2024 roku. Nadto wskazać należy, co zostało wielokrotnie potwierdzone przez orzecznictwo Izby oraz Sądów Powszechnych, iż podmiot otrzymujący dokumenty referencyjne od podmiotu, na rzecz którego wykonywał określone zamówienie nie ma wpływu na ich treść. Jeżeli z treścią tych dokumentów nie zgadza się inny podmiot (odwołujący), to winien te okoliczności wykazać i udowodnić.

Odwołujący dowodu przeciwnego nie wskazał.

Izba nie zgadza się również z twierdzeniami odwołującego o rzekomym wprowadzeniu zamawiającego w błąd przez złożenie przez przystępującego dokumentu referencji, a właściwie jego tłumaczenia, w dwóch różnych wersjach. Podkreślić należy, iż odwołujący nie kwestionował treści listu referencyjnego złożonego w języku angielskim (oryginał). Izba stwierdziła, że oba tłumaczenia zostały wykonane przez tłumacza przysięgłego, a co za tym idzie Izba nie jest władna do interpretowania dokonanego tłumaczenia.

Pozostałe dowody odwołującego, tj. załączone do odwołania oraz złożone przy piśmie procesowym z 23 kwietnia 2024 roku, są bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, albowiem nie potwierdzają okoliczności, na rzecz których zostały powołane.

Pozostałe dowody przystępującego, tj. załączone do pisma procesowego z 23 kwietnia 2024 roku, są bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, albowiem nie potwierdzają okoliczności, na rzecz których zostały powołane.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....