

## WYROK

Warszawa, 17 lutego 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 stycznia 2025 r. przez wykonawcę P.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P.S., ul. Miła 5; 09-402 Płock, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polskie Porty Lotnicze S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Żwirki i Wigury 1; 00-906 Warszawa,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy DIMARK S.A. z siedzibą w Złotkowie, ul. Zachodnia 3, Złotkowo, 62-002 Suchy Las,

### orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 5 i 6 odwołania.
2. Oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę P.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P.S. i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę P.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P.S., tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez DIMARK S.A. z siedzibą w Złotkowie, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
  - 3.2. zasądza od wykonawcy P.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P.S. na rzecz wykonawcy DIMARK S.A. z siedzibą w Złotkowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę DIMARK S.A. z siedzibą w Złotkowie, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

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 200/25**

### Uzasadnienie

Zamawiający – Polskie Porty Lotnicze S.A. z siedzibą w Warszawie- prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „Świadczenie usług serwisu urządzeń EBS/BTS w systemie BHS”.

20 stycznia 2025 roku, wykonawca P.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P.S. (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego, to jest:

- 1)czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu i kwalifikacji podmiotowej wykonawcy Dimark S.A. z siedzibą w Złotkowie (dalej: „Dimark”), którego oferta została najwyższej oceniona, w zakresie niepodlegania wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 2)czynności wyboru oferty Dimark jako najkorzystniejszej;
- 3)zaniechania odrzucenia oferty Dimark;
- 4)zaniechania zażądania od Dimark, aby w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił podmiot udostępniający mu zasoby, którego zdolności techniczne lub zawodowe nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret 1 SWZ, innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu;
- 5)zaniechania wezwania Dimark do poprawienia złożonego, zawierającego błędy, podmiotowego środka dowodowego, tj. wykazu zamówień, w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, wskazanego w rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret 1 SWZ;
- 6)zaniechania zbadania czy nie zachodzą wobec podmiotu udostępniającego Dimark zasoby podstawy wykluczenia z udziału w postępowaniu, które zostały przewidziane względem wykonawców;
- 7)zaniechania wezwania Dimark do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w celu potwierdzenia niepodlegania wykluczeniu z udziału w postępowaniu podmiotu udostępniającego mu zasoby, tj. do przedstawienia dokumentów tego podmiotu, na zdolnościach lub sytuacji którego polega, o których mowa w rozdz. VII ust. 2.2. lit. a) – g) SWZ, zgodnie z rozdz. VII ust. 6 SWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Dimark, w sytuacji gdy Wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu, określonego w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret 2 SWZ, a zarazem nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego spełnianie tego warunków udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdz. VII ust. 2.1. lit. b) SWZ, ponieważ w złożonym przez Wykonawcę wykazie osób z dnia 7 stycznia 2025 r. zostały zamieszczone osoby, które nie posiadają wymaganego, minimum rocznego doświadczenia w eksploatacji i serwisie układnic magazynowych MINI LOAD AS/RS SRC-VII produkcji Daifuku Logan, wraz z przenośnikami BT oraz wind bagażowych STU produkcji Motion06, tj. Pan (...), który nie posiada żadnego doświadczenia we wskazanym zakresie, Pan (...), który nie posiada żadnego doświadczenia we wskazanym zakresie oraz Pan (...), który nie posiada wymaganego 12-miesięcznego doświadczenia we wskazanym zakresie, a nadto Dimark nie dysponował żadną z osób wskazanych w wykazie osób z dnia 7 stycznia 2025 r. na dzień złożenia oferty (15 listopada 2024 r.);
- 2.art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 224 ust. 6 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Dimark, pomimo tego, że oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a zarazem złożone przez Wykonawcę w piśmie z dnia 2 grudnia 2024 r. wyjaśnienia wraz z dowodami, nie uzasadniają podanej w ofercie ceny;
- 3.art. 122 Pzp, poprzez zaniechanie zażądania od Dimark, aby w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił podmiot udostępniający mu zasoby (A.J., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Air-System A.J. – dalej: „Air-System A.J.”), którego zdolności techniczne lub zawodowe nie potwierdzają spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w Postępowaniu, określonego w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret 1 SWZ, innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy Air-System A.J. nie zrealizował lub nie realizuje (w przypadku serwisu), co najmniej jednego zamówienia referencyjnego, którego przedmiotem jest serwis lub montaż wraz z uruchomieniem automatycznego magazynu wysokiego składowania bagażu rejestrowanego, zintegrowanego z lotniskowym systemem transportu bagażu;
- 4.art. 128 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Dimark do poprawienia złożonego, zawierającego błędy, podmiotowego środka dowodowego, tj. wykazu zamówień (usług) wraz z załączeniem dowodów określających, czy te zamówienia zostały wykonane należycie, o którym mowa w Rozdz. VII ust. 2.1. lit. a), w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w Postępowaniu, wskazanego w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret 1 SWZ, w sytuacji gdy w złożonym przez tego Wykonawcę wykazie zamówień (usług) z 2 grudnia 2024 r. zostało wskazane jedno zamówienie, w zakresie montażu wraz z uruchomieniem automatycznego magazynu wysokiego składowania bagażu rejestrowanego, zintegrowanego z lotniskowym systemem transportu bagażu, które miało rzekomo zostać wykonane przez Air-System A.J., w okresie od 06/2020 do 12/2020, na rzecz P.S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Savicon P.S., w Porcie Lotniczym im. F. Chopina w Warszawie, a w rzeczywistości Air-System A.J. zamówienia w takim zakresie nie wykonał;
- 5.art. 119 Pzp, poprzez zaniechania zbadania, czy nie zachodzą wobec podmiotu udostępniającego Dimark zasoby, tj. Air-System A.J., na zdolnościach lub sytuacji którego Wykonawca polega, podstawy wykluczenia z udziału w Postępowaniu, które zostały przewidziane względem Wykonawców w Rozdz. VI SWZ;
- 6.art. 124 pkt 1 Pzp i art. 126 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Dimark do złożenia, w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z udziału w Postępowaniu podmiotu udostępniającego Wykonawcy zasoby, tj. do przedstawienia dokumentów Air-System A.J., na zdolnościach lub sytuacji którego Wykonawca polega, o których mowa w Rozdz. VII ust. 2.2. lit. a) – g) SWZ, zgodnie z Rozdz. VII ust. 6 SWZ;
- 7.art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp, art. 57 pkt 1 i 2 Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a-c i pkt 8 Pzp, art. 224 ust. 6 Pzp, art. 122 Pzp, art. 128 ust. 1 Pzp, art. 119 Pzp, art. 124 pkt 1 Pzp, art. 126 ust. 1 Pzp, poprzez wybranie oferty Dimark jako najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy wybór tej oferty został dokonany niezgodnie z przepisami ustawy, albowiem oferta tego Wykonawcy, zgodnie z przepisami Pzp, podlega odrzuceniu, Wykonawca nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu, a nadto Zamawiający nie dokonał zbadania czy podmiot udostępniający mu zasoby nie podlega wykluczeniu z Postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia dokonanej czynności badania i oceny ofert;
- 2) unieważnienia dokonanej czynności wyboru oferty Dimark jako najkorzystniejszej;
- 3) odrzucenia oferty Dimark;
- 4) dokonania ponownego badania i oceny ofert;
- 5) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z właściwymi przepisami, ewentualnie, w przypadku wniesienia sprzeciwu, zasądzenie tych kosztów od przystępującego.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust.1 ustawy Pzp, bowiem jest wykonawcą, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu i ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględni zarzuty odwołania w całości.

Na posiedzeniu, uczestnik postępowania przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w zakresie zarzutów od 1 do 4 oraz 7. Przystępujący nie wniósł sprzeciwu wobec zarzutów nr 5 i 6 odwołania.

Wobec powyższych oświadczeń, Krajowa Izba Odwoławcza do merytorycznego rozpoznania na rozprawę skierowała zarzuty od 1 do 4 oraz 7 odwołania. W zakresie zarzutów nr 5 i 6 odwołania, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze. 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, kwalifikowany 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 (uczestnika), 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 podzielając stanowisko przystępującego (za wyrokiem Sądu Okręgowego 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.

Zarzut nr 1 – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Dimark, w sytuacji gdy Wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu, określonego w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret 2 SWZ, a zarazem nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego spełnianie tego warunków udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdz. VII ust. 2.1. lit. b) SWZ, ponieważ w złożonym przez Wykonawcę wykazie osób z dnia 7 stycznia 2025 r. zostały zamieszczone osoby, które nie posiadają wymaganego, minimum rocznego doświadczenia w eksploatacji i serwisie układnic magazynowych MINI LOAD AS/RS SRC-VII produkcji Daifuku Logan, wraz z przenośnikami BTS oraz wind bagażowych STU produkcji Motion06, tj. Pan M.G., który nie posiada żadnego doświadczenia we wskazanym zakresie, Pan D.K., który nie posiada żadnego doświadczenia we wskazanym zakresie oraz Pan A.W., który nie posiada wymaganego 12-miesięcznego doświadczenia we wskazanym zakresie, a nadto Dimark nie dysponował żadną z osób wskazanych w wykazie osób z dnia 7 stycznia 2025 r. na dzień złożenia oferty (15 listopada 2024 r.).

Zamawiający, w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret 2 SWZ, określił następujący warunek udziału Wykonawców w Postępowaniu, dotyczący posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej: „*wykazą, że dysponują i skierują do realizacji zamówienia co najmniej 4 osoby, z których każda posiada minimum roczne doświadczenie w eksploatacji i serwisie układnic magazynowych MINI LOAD AS/RS SRC-VII produkcji Daifuku Logan, wraz z przenośnikami BTS oraz wind bagażowych STU produkcji Motion06*”.

W Rozdz. VII ust. 2.1. lit. b) Zamawiający przewidział podmiotowy środek dowodowy, w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawców w/w warunku udziału w Postępowaniu: „*Wykaz osób, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdz. V ust. 1 pkt 2) lit. d. tiret drugi SWZ*”.

Dimark w wykazie osób załączonym do pisma z 2 grudnia 2024 r. „*Pismo Wykonawcy stanowiące odpowiedź na wezwanie do złożenia dokumentów, uzupełnienia dokumentów i udzielania wyjaśnień*”, wskazał 4 osoby, które miały posiadać 12 miesięczne doświadczenie w eksploatacji i serwisie układnic magazynowych MINI LOAD AS/RS SRC-VII produkcji Daifuku Logan, wraz z przenośnikami BTS oraz wind bagażowych STU produkcji Motion06, tj. Panów: A.J., M.K., A.W., M.G.. Jako podstawę dysponowania tymi osobami Wykonawca wskazał w każdym przypadku umowę o pracę.

Zamawiający w piśmie z 11 grudnia 2024 r. „*Wezwanie do wyjaśnień*”, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał Dimark do złożenia wyjaśnień dotyczących m.in. złożonego wykazu osób. Następnie, po wyjaśnieniach Dimark

w piśmie z 15 grudnia 2024 r., Zamawiający pismem z 20 grudnia 2024 r., na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Dimark do uzupełnienia Wykazu osób, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdz. V ust. 1 pkt 2) lit. d. tiret drugi SWZ, o osobę, która będzie dysponowała doświadczeniem spełniającym ten warunek. Zamawiający zakwestionował doświadczenie zamieszczonego przez Dimark w Wykazie osób Pana M.G.,

z uwagi na to, że Wykonawca wskazał, iż p. M.G. zdobył doświadczenie

w świadczeniu usługi eksploatacji i serwisie układnic magazynowych w okresie od 01.2020 do 03.2021 świadcząc usługi na rzecz P.K., prowadzącego działalność pod firmą IZOMET P.K.. System EBSC, w którego skład wchodzi wymienione w SWZ urządzenia i których eksploatacja oraz serwis jest przedmiotem zamówienia, został oddany do eksploatacji w styczniu 2021 r. i od tej chwili można mówić o eksploatacji i serwisowaniu ww. urządzeń. Ponieważ p. M.G. zakończył pracę przy systemie w marcu 2021 r., nie mógł zdobyć wymaganego 12 miesięcznego doświadczenia w zakresie eksploatacji i serwisu urządzeń będących przedmiotem zamówienia, a jedynie 2 miesięczne.

Wykonawca (przystępujący) w piśmie z 7 stycznia 2025 r. wyjaśnił, że osoby wymienione w złożonym Wykazie osób realizujących zamówienie, wymagane roczne doświadczenie uzyskały:

1. Pan A.J. w okresie od 11.2019 do 02.2024 świadczący usługi na rzecz P.S. prowadzącego działalność pod firmą SAVICON P.S.,

2. Pan M.K. w okresie od 02.2020 do 03.2024 świadczący usługi na rzecz P.S. prowadzącego działalność pod firmą SAVICON P.S.,

3. Pan A.W. w okresie od 01.2021 do 08.2022 świadczący usługi na rzecz P.S. prowadzącego działalność pod firmą SAVICON P.S.,

4. Pan M.G. w okresie od 01.2020 do 03.2021 świadczący usługi na rzecz P.K. prowadzącego działalność pod firmą IZOMET P.K.,

5. Pan D.K. w okresie od 02.2021 do 08.2022 świadczący usługi na rzecz P.K. prowadzącego działalność pod firmą IZOMET P.K. i w okresie od 01.2023 do 02.2024 świadczący usługi na rzecz P.S. prowadzącego działalność pod firmą SAVICON P.S..

(*dowód*: - pismo Dimark z 7 stycznia 2025 r. „Pismo Wykonawcy stanowiące odpowiedź na wezwanie do uzupełnienia dokumentu” z załączonym Wykazem osób realizujących zamówienie).

Odwołujący wskazał, że spośród 5 osób wymienionych w złożonym przez Dimark Wykazie osób realizujących zamówienie, przy 4 wymaganych treścią warunku udziału w Postępowaniu z Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret 2 SWZ, tylko 2 osoby, tj. Pan A.J. i Pan M.K., posiadają minimum roczne doświadczenie. Natomiast Pan M.G. i Pan D.K. w ogóle nie posiadają żadnego doświadczenia w tym zakresie. Z kolei Pan A.W. nie posiada wymaganego minimum rocznego okresu doświadczenia.

Zdaniem odwołującego, IZOMET P.K. nigdy nie zajmował się eksploatacją i serwisem układnic magazynowych. Czym innym jest bowiem wymagane przez zamawiającego doświadczenie w eksploatacji i serwisie urządzeń, a czym innym wskazywane przez Dimark doświadczenie w sprawdzeniach i testach przed wprowadzeniem urządzeń do eksploatacji.

IZOMET P.K., zaprzeczył, aby kiedykolwiek zajmował się eksploatacją i serwisem wskazanych urządzeń oraz oświadczył, że w związku z tym ani jego firma ani żaden z jego pracowników nie mógł nabyć żadnego doświadczenia w tym zakresie (*dowód*: załącznik nr 02. do pisma odwołującego z 5 lutego 2025 r. – Oświadczenie IZOMET P.K.).

Odwołujący podniósł, że Pan D.K. nie mógł nabyć we wskazanym zakresie żadnego doświadczenia świadcząc usługi na rzecz IZOMET P.K., gdyż Pan D.K. wykonywał w Savicon zupełnie inne zadania i w ogóle nie był nigdy delegowany do obsługi magazynu EBS w Porcie Lotniczym im. F. Chopina w Warszawie. Nigdy nie zajmował się eksploatacją i serwisem układnic magazynowych. Pan D.K. dostał zgodę na tworzenie projektów testowych i szkolenia ze swojego miejsca zamieszkania. Dlatego wykonywane przez niego zadania w tym zakresie nie były osobno odnotowywane w prowadzonej u pracodawcy ewidencji zadań. Pan D.K., oprócz w/w zadań, brał udział jedynie w projektach wyjazdowych, takich jak na lotnisku w Paryżu, Atenach, Lublinie oraz Krakowie. Podkreślenia wymaga, że Pan D.K., w okresie od 23.02.2023 do 31.10.2023, był delegowany do wykonywania zadań za granicą (we Francji), co jednoznacznie przeczy twierdzeniu Dimark, jakoby miał on uzyskać wymagane przez zamawiającego doświadczenie pracując przy serwisie magazynu EBS w Porcie Lotniczym im. F. Chopina

w Warszawie, w okresie od 01.2023 do 02.2024 (*dowody*: Oświadczenie Savicon wykaz osób 03. Oświadczenie Kierownika serwisu 04. Oświadczenie Serwisanta Jan Wasilewski 05. Oświadczenie Serwisanta Kamil Marczał 06. Oświadczenie Serwisanta Mariusz Wojciechowski 07. Oświadczenie Serwisanta Piotr Kałmucki 08. Oświadczenie Serwisanta Sławomir Klimiuk 11. Ewidencja zadań D.K. 2023 12. Ewidencja zadań D.K. 2024 15. Deklaracja A1 D.K. 01 16. Deklaracja A1 D.K. 02 17. Formularz zgłoszeniowy szkolenie – Poziom 1 18. Formularz zgłoszeniowy szkolenie – Poziom 2 31. Raporty z serwisu układnic magazynowych 2021-2024).

Odwołujący wskazał, odnośnie rzekomego nabycia takiego doświadczenia przez Pana D.K. w związku z zatrudnieniem Savicon P.S., że jest to również oczywista nieprawda. Odwołujący do pisma procesowego z 5 lutego 2025 r. dołączył szereg dowodów, z których jednoznacznie wynika, że Pan D.K. w ogóle nie zajmował się w Savicon eksploatacją i serwisem przedmiotowych urządzeń.

Odwołujący zwrócił się do zamawiającego o udzielenie informacji na temat liczby wejść Pana D.K. do magazynu EBS, w którym miał on rzekomo nabyć wymagane roczne doświadczenie w eksploatacji i serwisie układnic magazynowych (...). Z udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi wynika, że Pan D.K. w całym okresie zatrudnienia w Savicon (01.01.2023 – 31.01.2023) ani razu nie wszedł do magazynu EBS w Porcie Lotniczym im. F. Chopina w Warszawie. (dowód: *Informacja udzielona przez Zamawiającego odnośnie użycia przepustki w systemie kontroli dostępu do czytników drzwi dostępowych do magazynu EBS w Porcie Lotniczym im. F. Chopina przez Pana D.K. i Pana A.W.*).

Zdaniem odwołującego, Pan A.W. posiada doświadczenie w eksploatacji i serwisie układnic magazynowych. A.W. miał nabyć wymagane doświadczenie w okresie od 01.2021 do 08.2022, świadcząc usługi na rzecz P.S., prowadzącego działalność pod firmą SAVICON P.S..

W rzeczywistości, podczas zatrudnienia w Savicon, Pan A.W. jedynie okresowo zajmował się eksploatacją i serwisem układnic magazynowych (...).

W rzeczywistości, podczas zatrudnienia w Savicon, Pan A.W. jedynie okresowo, tj. od 14.01 do 02.04.2021, od 30.04 do 24.08.2021, od 30.04 do 10.06.2022, od 18.07 do 31.08.2022, zajmował się eksploatacją i serwisem układnic magazynowych (...). Łączny okres, w którym Pan A.W. nabywał doświadczenie we wskazanym zakresie, wynosi zatem 296 dni. W tym okresie przypadały 147 dni, w których Pan A.W. faktycznie wykonywał wyżej wymienione czynności. Wobec tego Pan A.W. nie nabył wymaganego minimum rocznego doświadczenia (dowód: *01. Oświadczenie Savicon wykaz osób 03. Oświadczenie Kierownika serwisu 09. Ewidencja zadań A.W. 2021 10. Ewidencja zadań A.W. 2022 13. Kalendarz dyżurów EBS A.W. 2021 14. Kalendarz dyżurów EBS A.W. 2022*).

Odwołujący wskazał, że przystępujący powołuje się na dowód w postaci informacji udzielonej przez Zamawiającego, z której ma wynikać, że Pan A.W.,

w okresie od 04.01.2021 r. do 14.09.2022 r. 6945 razy uzyskiwał dostęp do miejsca, w którym znajdują się urządzenia, których serwis i eksploatacja stanowi przedmiot Zamówienia –

w rzeczywistości 6945 to liczba użycia przepustki przez Pana A.W. we wszystkich punktach kontroli dostępu w całym Porcie Lotniczym im. F. Chopina w Warszawie, we wskazanym okresie. Liczba użycia przepustki przez Pana A.W.

w punktach kontroli dostępu do magazynu EBS, w tym okresie, wynosiła 1364. Przepustka dostępową jest nierzadko używana przez pracownika nawet kilkanaście razy w ciągu dnia. Liczba użycia przepustki nie referuje zatem w żaden sposób np. do ilości dni, co już wynika

z prostego faktu, że we wskazanym okresie 1 roku i 8 miesięcy, nie przypada 1364 dni, a tym bardziej 6945.

Odwołujący wskazał, że w złożonym Wykazie osób Dimark podał, że każdą z tych osób dysponuje bezpośrednio, poprzez umowę o pracę. Tymczasem w piśmie z 2 grudnia 2024 r. Wykonawca stwierdza, że osoby te dopiero zostaną przez Wykonawcę zatrudnione w celu wykonywania czynności.

Przystępujący Dimark wskazał, że na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący nie przedstawia jakichkolwiek dowodów, a jedynie własne twierdzenia oparte na informacjach uzyskanych jakoby od P.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą IZOMET P.K., który miał oświadczyć, że nie zajmował się serwisem i eksploatacją układnic magazynowych (...).

Tymczasem odwołujący na poparcie własnego stanowiska co do braku możliwości nabycia wymaganego przez zamawiającego doświadczenia przez M.G. (a częściowo również D.K.) w okresie jego zatrudnienia u P.K. prowadzącego działalność pod firmą IZOMET P.K. nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, co na gruncie obowiązującego powołanej powyżej zasady - całkowicie wyklucza możliwość uwzględnienia podnoszonych przezeń zarzutów. Tożsame uwagi poczynić można także w odniesieniu do twierdzeń Odwołującego dotyczących rzekomego braku doświadczenia D.K. i A.W. uzyskanego w okresie zatrudnienia u Odwołującego. Odwołujący twierdzi bowiem, że D.K. miał rzekomo nigdy nie być oddelegowany do obsługi magazynu EBS w porcie lotniczym im. Fryderyka Chopina w Warszawie i miał nie zajmować się eksploatacją i serwisem układnic magazynowych (...). Z kolei w ocenie Odwołującego A.W. wprawdzie miał uzyskać doświadczenie w zakresie przedmiotowym wymaganym przez Zamawiającego, ale w zbyt małym wymiarze czasowym, albowiem miał jedynie „okresowo” zajmować się serwisem i eksploatacją wskazanych powyżej urządzeń.

Zdaniem odwołującego zawarte w odwołaniu twierdzenia mają prowadzić do wniosku,

iż Przystępujący nie spełnia postawionego przez Zamawiającego w Rozdziale V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret 2 SWZ warunku udziału w Postępowaniu, dysponuje bowiem jedynie dwiema osobami posiadającymi niezbędne doświadczenie.

Niezależnie od tego, że Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania też podniesionych w odwołaniu należy uznać, że kwestionowanie przezeń zakresu doświadczenia posiadanego przez osoby jakie Przystępujący zamierza skierować

do realizacji Zamówienia wypada uznać za niedopuszczalne. Na tym gruncie wskazać należy na fakt, iż Zamawiający w SWZ podał, że dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret 2 SWZ wymaga przedłożenia jedynie wykazu osób. Takie działanie jest zarazem zgodne z treścią rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 roku w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, które w § 9 ust. 1 pkt 3 przewiduje, iż zamawiający (...).

Zamawiający - tak na gruncie SWZ, jak i przepisów obowiązującego prawa - nie był uprawniony do żądania od Przystępującego jakichkolwiek innych dokumentów lub informacji ponad wynikające z treści wzoru wykazu osób stanowiącego załącznik numer 7 do SWZ.

Zdaniem przystępującego, jedynym podmiotowym środkiem dowodowym jakiego żądać mógł Zamawiający na potwierdzenie spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret 2 SWZ był wykaz osób. Jednocześnie na skutek udzielonych przez Przystępującego, w trybie art. 128 ust. 4 PZP, wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowego dokumentu Zamawiający trafnie uznał,

iż Przystępujący wskazany warunek spełnia, co w efekcie skutkowało dokonaniem wyboru oferty złożonej przez Przystępującego jako najkorzystniejszej. Na obecnym etapie nie można zatem zarzucać Zamawiającemu zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego z uwagi na rzekome niespełnienie przezeń warunku udziału w Postępowaniu.

W zakresie dotyczącym M.G. Przystępujący w całości podtrzymuje zawarte w skierowanym do Zamawiającego piśmie z 07 stycznia 2025 roku. W szczególności Przystępujący podnosi, że w jego ocenie, w niniejszej sprawie nie zasły przesłanki uzasadniające wystąpienie przez Zamawiającego z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 PZP, albowiem wykaz osób złożony pierwotnie przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 PZP nie był niekompletny ani nie zawierał błędów. Przystępujący konsekwentnie nie zgadza się ze stanowiskiem, zaprezentowanym przez Zamawiającego w piśmie z 20 grudnia 2024 roku

i powielonym następnie w Odwołaniu, jakoby doświadczenie M.G. nie pozwalało na przyjęcie, że wykazane jest spełnienie w odniesieniu do niego warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdz. V ust. 1 pkt 2) lit. d) tiret 2 SWZ dotyczącego wymaganego doświadczenia w eksploatacji i serwisowaniu (...).

Stanowisko Zamawiającego oparte jest na błędnym i nieznaającym oparcia w treści SWZ założeniu bezpodstawnie ograniczającym zakres pojęciowy terminów „eksploatacja” i „serwis” jedynie do czynności realizowanych po protokolarnym „oddaniu do eksploatacji” systemu EBS, w skład którego wchodzi układnice magazynowe (...).

Tymczasem z treści rozdziału V ust. 1 pkt 2) lit. d. tiret drugi SWZ nie wynika możliwość zastosowania zaprezentowanej przez Zamawiającego wykładni warunku udziału

w postępowaniu zawężającej możliwość wykazania się przez osoby jakie Wykonawca zamierza skierować do realizacji Zamówienia doświadczeniem uzyskanym jedynie po sformalizowanym „oddaniu do eksploatacji” systemu EBS. Za niedopuszczalne uznać należy wyciągania niekorzystnych dla przystępującego konsekwencji z nieprecyzyjnego skonstruowania postanowień SWZ przez zamawiającego.

Z kolei na potwierdzenie swojego stanowiska w zakresie dysponowania przez A.W. i D.K. wymaganym przez Zamawiającego rocznym doświadczeniem w eksploatacji i serwisie układnic magazynowych (...), przystępujący przedkłada oświadczenia obu wskazanych osób, w których wskazują oni okresy w jakich uzyskali przedmiotowe doświadczenie, a także zakres czynności wykonywanych przez siebie w ramach eksploatacji i serwisu układnic magazynowych (...). Jak wynika z treści załączonych dokumentów:

- A.W., w okresie od stycznia 2020 roku do sierpnia 2022 roku (w tym od stycznia 2021 roku do sierpnia 2022 roku w ramach zatrudnienia u Odwołującego),

- D.K., w okresie od stycznia 2021 roku do stycznia 2025 roku (w tym od stycznia 2023 roku do stycznia 2025 roku w ramach zatrudnienia u Odwołującego), wykonywali szereg czynności bezpośrednio związanych z eksploatacją i serwisem układnic magazynowych (...).

Warto w tym miejscu wyraźnie podkreślić, że eksploatacja i serwis magazynu EBS, czy też każdego systemu obsługi i zarządzania bagażami na lotnisku wymaga posiadania osób o kompetencjach odnoszących się do systemu, jak również personelu zajmujących się częścią takiego systemu. Dlatego też, w ramach Postępowania, Przystępujący zapewnia oddelegowanie wykwalifikowanego zespołu osób posiadających kompetencje w zakresie eksploatacji i serwisu zarówno części mechanicznej, jak i zasilania, automatyki i sterowania magazynem EBS na Lotnisku Chopina w Warszawie. Dodatkowo, zarówno A.W. oraz D.K., jak i M.G. dysponowali wydanymi przez Zamawiającego przepustkami umożliwiającymi im wstęp do strefy zastrzeżonej portu lotniczego im. Fryderyka Chopina w Warszawie. Potwierdza to treść pisma Zamawiającego

z 04 lutego 2025 roku (dowody: oświadczenie A.W. z 04 lutego 2025 roku; świadectwo pracy A.W. z 30 września 2020 roku sporządzone przez P.K.; świadectwo pracy A.W. z 31 sierpnia 2022 roku sporządzone przez P.S.; oświadczenie D.K.

z 04 lutego 2025 roku; umowa o pracę z 02 stycznia 2023 roku zawarta przez D.K. z Piotrem Szulborskim; pismo Zamawiającego z 04 lutego 2025 roku).

Co więcej okoliczności te potwierdził również stosownym oświadczeniem A.J., który zatrudniony był u Odwołującego w okresie od 04 listopada 2019 roku do 06 lutego 2024 roku na stanowiskach: koordynatora serwisu (od 04 listopada 2019 roku do 30 października 2020 roku), a następnie kierownika serwisu (od 31 października 2020 roku do 06 lutego 2024 roku) (dowody: świadectwo pracy A.J. z 26 marca 2024 roku sporządzone przez P.S.; protokoły zgłoszenia usterek z okresu od 03 lutego 2020 roku do 28 lutego 2022 roku (26 sztuk); przykładowe miesięczne arkusze kontroli inspekcji (4 sztuki); oświadczenie A.J. z 04 lutego 2025 roku).

Dodatkowo podkreślenia wymaga, że zamawiający nie wyszczególnił w treści SWZ co konkretnie obejmować ma „roczne” doświadczenie w zakresie „serwisu i eksploatacji” urządzeń wskazanych w Rozdziale V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret 2 SWZ, np. poprzez podanie częstotliwości dokonywania czynności czy ich łącznej liczby. W związku z powyższym przystępujący jest w pełni uprawniony do przyjmowania, że podejmowanie w okresie przypadających po sobie 12 miesięcy aktywności polegających na usuwaniu usterek i awarii wskazanych przez zamawiającego urządzeń oraz uczestniczenie w okresowych ich przeglądach można z powodzeniem kwalifikować jako spełniające warunek postawiony

w Rozdziale V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret 2 SWZ.

Nie zasługuje na uwzględnienie również podniesiony w odwołaniu zarzut dotyczący rzekomego niedysponowania przez Przystępującego osobami wskazanymi w wykazie osób. Swoje twierdzenie w tym zakresie Odwołujący opiera na fakcie wskazania przez Przystępującego w wykazie osób, iż dysponować będzie on wymienionymi w nim osobami w sposób bezpośredni - na podstawie umowy o pracę - oraz niezawarcia przez Przystępującego z tymi osobami umów o pracę w dniu upływu terminu wskazania ofert. Podnoszone przez Odwołującego argumenty należy uznać za całkowicie błędne.

W szczególności nie można zaaprobować twierdzenia, zgodnie z którym Przystępujący winien zawrzeć umowy o pracę z osobami, które zamierza skierować do realizacji Zamówienia już na dzień upływu terminu do składania ofert. Wniosku takiego w szczególności nie można wyprowadzić z treści SWZ. Po pierwsze wskazać należy bowiem, że Zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osób jakie wykonawca zamierza skierować do realizacji Zamówienia wymagał złożenia jedynie wykazu osób sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik numer 7 do SWZ, w którym wskazać należało jedynie na podstawie dysponowania wyszczególnionymi w nim osobami. Dokument taki został przez Przystępującego złożony. W powyższym zakresie aktualne pozostają w całości uwagi dotyczące charakteru wykazu osób jako podmiotowego środka dowodowego poczynione we wcześniejszej części niniejszego pisma, w szczególności zaś

w zakresie w jakim dokument ten stanowi jedyny i samoistny dowód spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Po wtóre, Zamawiający nie wymagał dysponowania osobami jakie wykonawca ma zamiar skierować do realizacji zamówienia już w okresie upływu terminu składania ofert, co również jasno wynika z treści SWZ, a w szczególności właśnie z fragmentu „skierują do realizacji zamówienia”, który klarownie wskazuje, że wykonawca musi zapewnić możliwość korzystania ze wskazanych osób w okresie w jakim zamówienie będzie wykonywane. Zatrudnienie pracowników w celu realizacji konkretnego zamówienia we wcześniejszym okresie, w szczególności już w dniu upływu terminu składania ofert, kiedy nie jest znane rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia, w związku z czym wykonawca nie może jeszcze wiedzieć czy w ogóle będzie je realizował jest nieracjonalne, zaś stawianie takiego wymogu niewątpliwie uznać należałoby za nadmierne.

Stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej.

Zarzut nr 1 – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Dimark, w sytuacji, gdy wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret 2 SWZ, Izba uznała za bezzasadny.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, co potwierdza liczne orzecznictwo oraz stanowisko doktryny, aby zamawiający mógł odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie ww. przepisów ustawy Pzp, konieczne jest przeprowadzenie procedury przewidzianej przepisem art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, który swoją dyspozycją daje możliwość do uzupełnienia, poprawienia lub złożenia podmiotowych środków dowodowych, które potwierdzałyby spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W zakresie omawianego warunku zamawiający wezwał przystępującego do złożenia nowego dokumentu (wykazu), kwestionując doświadczenie tylko jednej osoby ze wskazanego wykazu, tj. Pana M.G.. Przystępujący złożył nowy wykaz, nie zgadzając się ze stanowiskiem zamawiającego, uzupełniając wykaz o nową osobę Pana D.K..

Odwołujący kwestionuje doświadczenie trzech z pięciu osób, wykazanych przez przystępującego na potwierdzenie

spełnieniu warunku.

Izba stwierdziła, że w zakresie doświadczenia Pana M.G. sprawa została ostatecznie rozstrzygnięta, gdyż należało przyjąć, że przystępujący uznał wątpliwości zamawiającego za zasadne, mimo, że wyraził sprzeciw wobec takiej czynności zamawiającego (wezwanie zamawiającego) albowiem skuteczne kwestionowanie czynności zamawiającego mogło wywołać skutek tylko w sytuacji, w której przystępujący wniosłby odwołanie od czynności wezwania go uzupełnienia wykazu, w którym zamawiający zakwestionował doświadczenie ww. osoby. Brak wniesienia środka ochrony prawnej skutkuje uznaniem czynności zamawiającego za ostatecznie wiążącej.

Natomiast w zakresie pozostałych kwestionowanych przez odwołującego osób, zdaniem Izby zarzut odwołującego jest przedwczesny. Odwołujący nie postawił również w omawianym zakresie, zarzutu alternatywnego. Tym samym cała argumentacja odwołującego wraz

z przedstawionym materiałem dowodowym mogła co najwyżej dotyczyć naruszenia przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie zastosowania tego przepisu wobec dwóch pozostałych i kwestionowanych osób. Odwołujący takiego zarzutu nie postawił, a w związku

z tym, że pierwszeństwo przed zastosowaniem przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp ma przepis art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, jak na wstępie.

Art. 128 ust. 1 Pzp przewiduje obowiązek dodatkowego wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia niezłożonych, niekompletnych lub zawierających błędy dokumentów lub oświadczeń. Celem przepisu jest ograniczenie sytuacji, w których prawidłowa merytorycznie oferta musi być odrzucona z powodu braków lub błędów w złożonych dokumentach. Art. 128 ust. 1 Pzp przenosi art. 56 ust. 3 dyrektywy klasycznej. Zgodnie z art. 56 ust. 3 dyrektywy klasycznej, jeżeli informacje lub dokumentacja, które mają zostać złożone przez wykonawców, są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą – chyba że przepisy krajowe wdrażające dyrektywę klasyczną stanowią inaczej – zażądać, aby dani wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali stosowne informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem że takie żądania zostaną złożone przy pełnym poszanowaniu zasad równego traktowania i przejrzystości. Obowiązek dodatkowego wezwania dotyczy wyłącznie dokumentów lub oświadczeń wymaganych przez zamawiającego, do których złożenia wykonawca był wzywany w trybie – odpowiednio – art. 126 ust. 1 Pzp albo art. 274 ust. 1 Pzp. Inaczej nie może być mowy o niezłożeniu, niekompletności lub innej wadliwości dokumentów lub oświadczeń. Oprócz wyraźnie wskazanego przez ustawodawcę JEDZ oraz podmiotowych środków dowodowych będą to m.in. pełnomocnictwa oraz inne dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania. Dokument (oświadczenie) należy zakwalifikować jako niezłożony, jeżeli nie został fizycznie dostarczony (Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021).

Użycie w przepisie art. 128 ust. 1 PZP kategorię sformułowania „wzywa” oznacza, że zamawiający nie ma dowolności w stosowaniu tego przepisu. Jeśli w określonym stanie faktycznym zostanie spełniona jedna z przesłanek warunkująca stosowania tego przepisu, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do odpowiednio złożenia, poprawienia lub uzupełnienia stosownych oświadczeń lub dokumentów (zob. także wyr. KIO z 7.7.2022 r., KIO 1642/22, Legalis). Natomiast art. 128 ust. 4 PZP przewiduje jedynie możliwość żądania wyjaśnień dotyczących treści oświadczeń lub dokumentów określonych w tym przepisie. Żądanie złożenia wyjaśnień ma więc charakter fakultatywny, choć w przypadku wystąpienia obiektywnej potrzeby żądania wyjaśnień, w ocenie autorki, zamawiający zobligowany jest do wystosowania takiego żądania. Brak zastosowania się zamawiającego do treści przepisu 128 PZP. Ewentualne odrzucenie wniosku, z powodu okoliczności określonych w art. 146 ust. 1 pkt 2 PZP lub odrzucenie oferty, z powodu okoliczności określonych w art. 226 ust. 1 pkt 2 PZP – bez wcześniejszego wezwania do złożenia, poprawienia, uzupełnienia

(a w uzasadnionych przypadkach również wyjaśnienia) oświadczeń lub dokumentów, określonych w art. 128 ust. 1 PZP – byłoby przedwczesne i niezgodne z przepisami PZP (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, 2023).

Jak słusznie wskazał przystępujący, charakterystyka postępowania, w tym również postępowania odwoławczego toczącego się przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontrydycyjny, co z kolei reguluje kwestie zasad rozkładu ciężaru dowodu. Jak trafnie wskazała bowiem Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 21 października 2024 roku (sygn. akt: KIO 3503/24): „w ustawie Prawo zamówień publicznych nie ma odpowiednika art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, który wprowadza ogólną regułę rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu cywilnym, jednak zasada wyrażona w tym przepisie ma na tyle uniwersalny charakter, że nie tylko może, ale i powinna znaleźć zastosowanie również

w postępowaniu odwoławczym. Zgodnie z art. 6 KC ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Procesowym odpowiednikiem tego przepisu jest art. 232 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, który nakłada na strony obowiązki procesowe stanowiące wyraz reguły rozkładu

ciężaru dowodu mające zapewnić jej realizację. W tym zakresie w ustawie Prawo zamówień publicznych znalazł się art. 534 ust. 1, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przepis ten stanowi odpowiednik art. 232 KPC. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 listopada 2007 r. w sprawie o sygn. akt II CSK 293/07 wskazał: >>Stosownie do art. 6 KC ciężar udowodnienia faktu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniesienia realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik procesu<<. Warto również przywołać uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 5 czerwca 2013 r.

w sprawie o sygn. akt I ACa 390/13: >>instytucja ciężaru dowodu w znaczeniu materialnym służy do kwalifikacji prawnej negatywnego wyniku postępowania dowodowego. Przepis regulujący rozkład ciężaru dowodu określa jaki wpływ na wynik procesu ma nieudowodnienie pewnych faktów, inaczej mówiąc kto poniesie wynikające z przepisów prawa materialnego konsekwencje ich nieudowodnienia «. Co za tym idzie, to na Odwołującym spoczywa ciężar wykazania okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski. To Odwołujący bowiem, a nie Zamawiający, a tym bardziej Uczestnik postępowania, wywodzi z okoliczności podnoszonych w odwołaniu korzystne dla siebie skutki prawne, opierając na nich żądanie odwołania, a co za tym idzie oczywistym jest, że okoliczności te powinien wykazać właśnie Odwołujący (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 10 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO Zs 86/22)" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 października 2024 roku sygn. akt: KIO 3503/24, System Informacji Prawnej Legalis, numer 3162934). Analogiczne stanowisko zajęła KIO w wyroku z dnia 17 lipca 2020 roku (sygn. akt: KIO 1035/20), stwierdzając *expressis verbis*. „Zgodnie z zasadą rozkładu ciężaru dowodu, wynikającą z art. 6 KC w zw. z art. 190 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, obowiązek udowodnienia okoliczności faktycznych spoczywa na tym, kto ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny (w tym wypadku na odwołującym). Jeżeli odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów w sprawie Izba musi uznać jego zarzuty za nieudowodnione i gołosłowne" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 lipca 2020 roku, sygn. akt: KIO 1035/20, System Informacji Prawnej Legalis, numer 2443562).

Zarzut nr 2 – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 224 ust. 6 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Dimark, pomimo tego, że oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a zarazem złożone przez Wykonawcę w piśmie z dnia 2 grudnia 2024 r. wyjaśnienia wraz z dowodami, nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Zdaniem odwołującego, wykonawca Dimark pominął istotne cenotwórczo elementy przedmiotu zamówienia (nie dokonał ich wyceny), co świadczy o tym, że po pierwsze wykonawca nie zdaje sobie sprawy ze wszystkich elementów objętych zamówieniem, a po drugie, ze względu na pominięcie ich wyceny, zawarta w ofercie cena nie umożliwia wykonawcy wykonania zamówienia za wynagrodzeniem przekraczającym poniesione w tym celu koszty.

Zgodnie z załącznikiem nr 3 do SWZ (Projektowane postanowienia umowy) - załącznik nr 1 do Umowy: „Przedmiot umowy oraz wykaz czynności serwisowych dla Systemu EBS/BTS” - Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia serwisu utrzymaniowego, zgodnie z zaleceniami producenta urządzeń, serwisu naprawczego oraz zapewnienia dostępność w Porcie Lotniczym im. F. Chopina w Warszawie kluczowych materiałów i urządzeń.

Dimark przewidział jedynie koszt wynajmu powierzchni na potrzeby magazynu części zamiennych: 26 047,20 zł, co wskazał w punkcie 7 pisma z 2 grudnia 2024 r. Tymczasem Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, zawartym w piśmie z 20 listopada 2024 r., w punkcie 7, wyraźnie zobowiązał Wykonawcę do przedstawienia wyceny wszystkich elementów składających się na magazyn części zamiennych, tj. nie tylko wynajmu powierzchni, ale również zapewnienia wymaganych przez Zamawiającego części zamiennych: *Zamawiający prosi o wyjaśnienie ceny wskazanej w Formularzu cenowym*

*z rozbiem na jego elementy składowe: (...), 7) zapewnienia w ramach serwisu naprawczego, w bezpośrednim sąsiedztwie Lotniska Chopina, magazynu części zamiennych, w szczególności inwerterów NORD, pasów podnośników BHS, łożysk rolek przenośników BTS, silników przenośników BTS, części zamiennych układnicy bagażowej i wind bagażowych.*

Wykonawca nie przedstawił również żadnych wyjaśnień, z których by wynikało, że jest świadomy, iż na kluczowe części i urządzenia czas oczekiwania wynosi kilka miesięcy od momentu złożenia na nie zamówienia.

Zapewnienie serwisu utrzymaniowego.

Dimark w pkt. od 1) do 6), storna 5 i 6 pisma z 2 grudnia 2024 r., szczegółowo opisał jakie czynności i ich czasochłonność przewidział w ofercie, wraz z podaniem stawki roboczogodziny jaką przyjął do kalkulacji ceny ofertowej wskazując, że jest ona tożsama ze stawką roboczogodziny za czynności naprawcze, podaną w ofercie tego Wykonawcy.

Odwołujący, analizując każdy z przedstawionych w piśmie Dimark punktów, należy jednoznacznie stwierdzić, że

Wykonawca nie ujął w kalkulacji wszystkich wymaganych przez Zamawiającego w SWZ czynności serwisowych. Wykonawca jednoznacznie wykazał

w powyższym punkcie, że w kalkulacji nie ujął wymaganych czynności dziennych oraz cotygodniowych, zgodnie z załącznikiem nr 1 do Umowy: „Przedmiot umowy oraz wykaz czynności serwisowych dla Systemu EBS/BTS” - załącznik nr 3 do SWZ (Projektowane postanowienia umowy) - strona 47. Zgodnie z wymaganiami producenta, przenośniki pionowe wymagają czynności serwisowych D – dziennych, T – tygodniowych, 3M – kwartalnych. Wykonawca nie uwzględnił w ofercie wymaganych prac, przez co jego cena ofertowa jest rażąco niska. Odwołujący przedstawił kalkulację własną, o ile w tym zakresie cena ofertowa Dimark jest zaniżona:

BRAK UJĘCIA W OFERCIE CZYNNOSCI CODZIENNYCH: 365 wizyt x 2h x 2 osoby (przy urządzeniach ruchom zgodnie z przepisami BHP, wymagana jest praca w zespołach min. 2 osobowych) x 450 zł netto = 657 000 zł netto

BRAK UJĘCIA W OFERCIE CZYNNOSCI COTYGODNIOWYCH: 26 wizyt x 6h x 2 osoby x 450 zł netto = 140 400 zł netto

Łączna kwota, o którą cena ofertowa Dimark została zaniżona, w związku z nieuwzględnieniem w/w czynności codziennych i cotygodniowych, wynosi zatem 797 400 zł netto (657 000 zł netto + 140 400 zł netto).

Finalnie sam Dimark, w piśmie z 7 stycznia 2025 r., wskazał, że zamierza zatrudnić do wykonania zamówienia na umowę o pracę nie 4 (jak zostało przyjęte w kalkulacji ceny ofertowej), a 5 osób. Dodatkowo niedoszacowanie ceny ofertowej Dimark, z uwagi na nieuwzględnienie w złożonych wyjaśnieniach jednego wymaganego etatu, przy przyjęciu deklarowanego przez tego wykonawcę zatrudnienia z minimalnym wynagrodzeniem za pracę, wynosi zatem 67 459,08 zł: 5 621,59 zł (całkowity koszt zatrudnienie pracownika) x 12 miesięcy = 67 459,08 zł.

Zapewnienie na lotnisku im. F. Chopina kluczowych materiałów i urządzeń.

W punkcie 10) „Sprzęt, narzędzia”, na stronie 7 pisma z 2 grudnia 2024 r., Wykonawca przyjął kwotę 100 000 PLN netto przewidzianą na zakup specjalistycznych narzędzi i sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia, natomiast oświadczył, że powołane koszty nie obejmują części zamiennych, ponieważ będą one rozliczane dodatkowo. Wykonawca słusznie zauważa, że zgodnie z warunkami zamówienia będzie uprawniony do wystawienia dodatkowych faktur za części zamienne, jednakże ignoruje całkowicie zobowiązanie wymienione w załączniku nr 1 do Umowy, tj. obowiązek Wykonawcy zapewnienia w Porcie Lotniczym im. F. Chopina w Warszawie kluczowych materiałów i urządzeń.

Wykonawca w ogóle nie uwzględnił w złożonych wyjaśnieniach ceny ofertowej kosztów zapewnienia kluczowych materiałów i urządzeń, niezbędnych do funkcjonowania wymaganego przez Zamawiającego w SWZ magazynu części zamiennych, dostępnych od pierwszego dnia świadczenia usługi serwisu. Dimark przewidział jedynie koszt wynajmu powierzchni na potrzeby magazynu części zamiennych: 26 047,20 zł, co wskazał w punkcie 7 pisma z 2 grudnia 2024 r. Tymczasem Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, zawartym w piśmie z 20 listopada 2024 r., w punkcie 7, wyraźnie zobowiązał Wykonawcę do przedstawienia wyceny wszystkich elementów składających się na magazyn części zamiennych, tj. nie tylko wynajmu powierzchni, ale również zapewnienia wymaganych przez Zamawiającego części zamiennych. Wykonawca nie przedstawił również żadnych wyjaśnień, z których by wynikało, że jest świadomy, iż na kluczowe części i urządzenia czas oczekiwania wynosi kilka miesięcy od momentu złożenia na nie zamówienia. Wykonawca przedstawił jedynie twierdzenie i dowody na okoliczność tego, że będzie w stanie dostarczyć części i urządzenia ogólnodostępne, takie jak urządzenia NORD, czy też osprzęt elektroenergetyczny, dostępny w każdej hurtowni. Pominął przy tym fakt, że hurtownie mogą nie być dostępne w dni ustawowo wolne od pracy. Dimark w pkt 10) pisma z dnia 2 grudnia 2024 r., „Sprzęt, narzędzia”, jednoznacznie oświadczył, że w cenie ofertowej nie uwzględnił kosztów materiałów i urządzeń kluczowych dla realizacji przedmiotu zamówienia, których zapewnienie od pierwszego dnia wykonywania zamówienia, w magazynie Wykonawcy w Porcie lotniczym im. F. Chopina, stanowi jego zobowiązanie. Nie przedstawił również żadnych dowodów, z których wynikałoby, że takimi urządzeniami już dysponuje, skoro nie określił oszacowanych kosztów ich nabycia. Wynika stąd, że oferta Wykonawcy jest znacząco niedoszacowana oraz nie zapewnia możliwości usunięcia usterek krytycznych w wymaganym przez Zamawiającego, krótkim czasie.

Dodając powyższe, do wykazanej już wyżej straty Dimark, wynikającej z nieuwzględnienia w cenie ofertowej wymaganych w SWZ czynności codziennych i cotygodniowych, tj. straty w kwocie 451 015,20 zł netto, zidentyfikowana strata Wykonawcy wzrasta do kwoty 518 474,28 zł.

Z powyższego jednoznacznie wynika, że oferta Dimark zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, skoro wiąże się ze stratą Wykonawcy w kwocie ponad 500 tys. zł. Zatem oferta taka podlega odrzuceniu, zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. Dimark nie złożył, wyraźnie wymaganych przez Zamawiającego, wyjaśnień wraz z załączeniem dowodów, również odnośnie innych elementów cenotwórczych, związanych

z należyтым wykonaniem zamówienia.

W odpowiedzi zawartej w piśmie z 2 grudnia 2024 r., punkt 4, strona przedostatnia, Dimark wskazał:

4) *zarządzania procesem świadczonych usług: nie dotyczy;*

W powyższym zakresie Dimark nie złożył wymaganych przez Zamawiającego wyjaśnień, wraz z przedstawieniem dowodów, odnośnie zaoferowanej ceny. Niewątpliwym jest bowiem, że zarządzanie procesem świadczenia usług dotyczy przedmiotu niniejszego zamówienia. Dotyczy ono w sposób szczególny wykonania zamówienia przez Dimark, który przy wykonaniu zamówienia deklaruje poleganie na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotu udostępniającego zasoby, tj. Air-System A.J.. „Zarządzanie procesem świadczonych usług” w przypadku realizacji zamówienia przez Dimark, polegający na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotu udostępniającego zasoby, tj. Air-System A.J., jest szczególnie istotnym elementem związanym z należyтым wykonaniem zamówienia przez tego wykonawcę. Jednak Dimark, wbrew wyraźnemu żądaniu Zamawiającego, nie złożył w tym zakresie wyjaśnień zaoferowanej ceny, wraz z przedstawieniem dowodów.

Wyjaśnienia i dowody złożone przez Dimark w piśmie z 2 grudnia 2024 r. nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, nie tylko z uwagi na pominięcie przez Wykonawcę w wyjaśnieniach istotnych cenotwórczo elementów zamówienia przewidzianych w SWZ, prowadzące w rezultacie do straty po jego stronie w wysokości ponad 500 tys. zł, co zostało omówione powyżej. Nie uzasadniają jej również dlatego, że Wykonawca, deklarując w wyjaśnieniach zatrudnienie 4 osób (następnie zmienionych na 5) na podstawie umowy o pracę z minimalnym wynagrodzeniem za pracę – tj. wysokiej klasy specjalistów, posiadających doświadczenie wymagane przez Zamawiającego w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret 2 SWZ – w ogóle nie złożył dowodów w postaci umów o pracę tych osób. Umowy te stanowią zaś, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, podstawowy dowód na prawidłowość wyliczenia przez Wykonawcę ceny ofertowej, tj. wykazanie, że zaoferowana cena nie jest rażąco zaniżona. Pozostaje to jednocześnie w rażącym kontraście ze złożeniem przez Dimark mało istotnych dowodów, w postaci szeregu zanonimizowanych umów o pracę osób zatrudnionych w dziale wsparcie IT/call center, na stanowisku młodszego specjalisty wsparcia technicznego, z wynagrodzeniem wyższym niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Można dodać, że powód niezłożenia przez Dimark przy piśmie z 2 grudnia 2024 r. wskazanych, zupełnie podstawowych dowodów na prawidłowość wyliczenia ceny ofertowej, wprost wynika z treści tego pisma. Mianowicie Wykonawca wskazuje, że osoby te dopiero zostaną przez Wykonawcę zatrudnione w celu wykonywania czynności serwisowo-diagnostycznych systemu EBS/BTS.

#### Stanowisko przystępującego Dimark.

Przystępujący wskazał, że w piśmie z 02 grudnia 2024 roku, w sposób szczegółowy przedstawił sposób kalkulacji ceny ofertowej, powołując jednocześnie okoliczności umożliwiające poczynienie oszczędności i zaproponowanie ceny na poziomie wskazanym w ofercie, w szczególności takie jak:

- równoczesne realizowanie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego dwóch innych zamówień, to jest zamówienia pn. „Dostawa, instalacja i uruchomienie 4 szt. urządzeń systemu EDS (Explosive Detection System) minimum normy 3.1 wraz z integracją z systemem BHS” oraz zamówienia pn. „Wymiana sorterów taczowch TTS1 i TTS2” w tym samym miejscu

i czasie, co w szczególności umożliwia dokonywanie czynności objętych zakresem przedmiotowym zamówienia przez pracowników oddelegowanych w pozostałym zakresie do realizacji zadań w ramach pozostałych zamówień,

- eliminacja kosztów związanych z koniecznością uzyskania przepustek osobowych oraz odbyciem szkoleń uprawniających do wstępu na do strefy zastrzeżonej Portu Lotniczego im. Fryderyka Chopina w Warszawie, a także kosztów zakwaterowania i dojazdów oraz ubezpieczenia OC,

- obniżenie kosztów związanych z wynajęciem powierzchni magazynowej,

- skierowanie do realizacji Zamówienia osób posiadających wiedzę i doświadczenie dotyczące funkcjonowania systemu EBS/ BTS usytuowanego w zarządzanym przez Zamawiającego porcie lotniczym im. Fryderyka Chopina w Warszawie, pozwalające na sprawną realizację usług serwisowych będących przedmiotem Zamówienia,

- korzystanie z całodobowego call center udzielającego kontrahentom Przystępującego wsparcia technicznego, w ramach którego Przystępujący zamierza świadczyć również usługi na rzecz Zamawiającego w szczególności w zakresie pierwszego kontaktu, przyjmowania zgłoszeń dotyczących ewentualnych awarii systemu, dokonywania wstępnej diagnostyki usterek i udzielania wsparcia technicznego w kwestiach niewymagających zaawansowanej specjalistycznej wiedzy,

- posiadania przez Przystępującego statusu producenta kompleksowych systemów BHS dysponującego parkiem maszynowym, pełnym wyposażeniem, sprzętem, narzędziami

i rozbudowaną infrastrukturą niezbędnymi do świadczenia usług serwisowych będących przedmiotem Zamówienia, co eliminuje konieczność dokonywania przez Przystępującego jakichkolwiek związanych z tym nakładów czy inwestycji,

- możliwość indywidualnego negocjowania cen i warunków dostaw podzespołów, co pozwala na tańsze i szybsze pozyskiwanie części zamiennych.

Przystępujący zaproponował stawkę za roboczogodzinę w ramach serwisu naprawczego wyższą o 28,57% od średniej arytmetycznej przedmiotowych stawek zawartych wszystkich złożonych w Postępowaniu ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 PZP, w wysokości 430,50 zł. Wskazuje to na odmienny sposób kalkulacji cen ofertowych przez wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu - Przystępujący proponując niższe wynagrodzenie ryczałtowe jednocześnie zaoferował wyższą stawkę roboczogodziny za prace wykonywane w ramach serwisu naprawczego, podczas gdy drugi

z wykonawców (Odwołujący) przyjął założenia odwrotne. W ocenie wykonawcy, z uwagi na konieczność kompleksowej oceny ofert składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie może to jednak wskazywać na ustalenie ceny serwisu wszystkich elementów magazynu EBS na rażąco niskim poziomie.

Podzielić należy przy tym zapatrywanie A. Matusiaka, który wskazuje: „Ustawodawca nie zdefiniował pojęcia rażąco niskiej ceny, jednak w świetle ugruntowanego orzecznictwa

i dorobku doktryny należy uznać, że ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. W orzecznictwie wskazywano, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę” (A. Matusiak [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. M. Jaworskiej, wydanie 5, Warszawa 2023).

W podobny sposób wypowiada się M. Sieradzka, stwierdzając: „Słowo »rażący« jest definiowane jako >>dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny«. Wydaje się, że rażąco niską ceną będzie cena oferty, która jest nierealna, niemożliwa do spełnienia, tym samym w sposób oczywisty zawiera cenę zaniżoną w stosunku do przedmiotu zamówienia publicznego. Potwierdzenie powyższej definicji znajduje się w orzecznictwie KIO, która akcentuje bezsporny i wyraźnie oczywisty charakter zaniżonej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i jego ustalonej wartości” (M. Sieradzka [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. M. Sieradzkiej, Warszawa 2022). Analogiczne stanowisko wielokrotnie zajmowała w swoim orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza. Przywołać można w tym zakresie przykładowo wyrok z 27 kwietnia 2023 roku (sygn. akt: KIO 1055/23), w którym Izba podkreśliła, że: „Wskazując także na doktrynę i orzecznictwo Izba stwierdza, że rażąco niska cena to cena niewiarygodna, nierealistyczna, która w znaczny sposób odbiega od warunków rynkowych, która nie pozwala na realizację zamówienia zgodnie z wymogami zamawiającego, a przez to nierzetelna, niedokładna lub nieuczciwa. W niniejszej sprawie (...) aż 7 spośród 9 ofert złożonych w postępowaniu miało zbliżoną cenę. (...) Tym samym wskazywana w odwołaniu różnica jest marginalna. Ponadto kwestionowana cena jest porównywalna do warunków świadczenia przez innych wykonawców” (wyrok KIO z 27 kwietnia 2023 roku o sygn. akt KIO 1055/23, Legalis nr 2987764). W podobny sposób KIO wypowiedziała się w wyroku z 25 kwietnia 2023 roku (sygn. akt: KIO 1028/23), w którym trafnie zaznaczono, że: „zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Ponadto za rażąco niską cenę lub koszt uznaje się cenę lub koszt nierealistyczny, który wydaje się niewiarygodny w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, jak również innych ofert złożonych w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia” (wyrok KIO z 25 kwietnia 2023 roku o sygn. akt KIO 1028/23, Legalis nr 2987870).

Kalkulując wysokość ceny ofertowej Przystępujący założył co najmniej 15% marżę, której wysokość bezwzględna wyraża się kwotą 346.384,80 zł netto. Oznacza to nie tylko,

że Przystępujący założył uzyskanie godziwego zysku, co samo w sobie nie tylko stanowi dodatkowy argument wskazujący na brak możliwości kwalifikowania ceny zaoferowanej przez Wykonawcę jako rażąco niskiej, ale również wskazuje na możliwość pokrycia z części zysku ewentualnych nadzwyczajnych i nieprzewidzianych kosztów, jakie pojawiłyby się w związku z realizacją zamówienia.

Wbrew jednak przekonaniu Odwołującego analiza zarówno treści załącznika nr 1 do PPU, jak również pisma Zamawiającego do Przystępującego z 20 listopada 2024 roku nie pozwala na podzielenie zawartej w Odwołaniu konstatacji. W szczególności załącznik nr 1 do PPU

w ogóle nie odnosi się do kwestii zapewnienia części zamiennych, obejmuje on bowiem jedynie listę czynności serwisowych. Z kolei w § 1 ust. 2 pkt 8 PPU, którego treść powtórzona została w piśmie Zamawiającego do Przystępującego z 20 listopada 2024 roku, wskazano jedynie, że „Wykonawca, w ramach realizacji Przedmiotu Umowy zobowiązany jest do kompleksowego serwisu wszystkich elementów rozbudowanego w ramach umowy nr (...)

z dnia 27.09.2018 r. magazynu EBS wraz z liniami wprowadzającymi i wprowadzających BTS i dwoma przenośnikami pionowymi wyprowadzającymi bagaż na poziom sortowni zgodnie z zaleceniami Zamawiającego określonymi w >>Wykazie czynności serwisowych dla Systemu EBS/BTS« stanowiącymi Załącznik nr 1 do Umowy, oraz świadczenia serwisu naprawczego, a w szczególności do: (...) zapewnienia w ramach serwisu naprawczego, w bezpośrednim sąsiedztwie Lotniska Chopina, magazynu części zamiennych, w szczególności inwerterów NORD, pasów podnośników BHS, łożysk rolek przenośników BTS, silników przenośników BTS, część zamiennych układnicy bagażowej i wind bagażowych". Gramatyczna wykładnia powołanego zapisu prowadzi do wniosku, iż zakresem zobowiązania wykonawcy objęte jest zapewnienie, położonego w bezpośrednim sąsiedztwie obiektu, w którym świadczone mają być usługi będące przedmiotem Zamówienia, miejsca przechowywania części zamiennych wykorzystywanych do realizacji przedmiotowych usług. Wskazuje na to już samo użycie przez Zamawiającego w PPU terminu „magazyn”, którego podstawowe znaczenie obejmuje „pomieszczenie do przechowywania towarów, surowców, sprzętu itp.” Gdyby natomiast intencją Zamawiającego było, jak chce tego Odwołujący - zobowiązanie wykonawcy do zgromadzenia we własnym zapasu części zamiennych, Zamawiający niewątpliwie użyłby innego sformułowania takiego właśnie jak „zapas”, „zbiór”, „zasób”, a także wymieniłby konkretne części zamienne jakie winny wchodzić w skład takiego zapasu i wskazał ich (choćby szacunkową) ilość. Co więcej, zwrócić należy uwagę na fakt, iż Zamawiający w § 3 ust. 2 PPU przewidział, że „Poza wynagrodzeniem określonym w ust. 1, z tytułu prac realizowanych w ramach serwisu naprawczego, o którym mowa w § 1 ust. 2 pkt 7) i 8) Umowy Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie wynikające z zatwierdzonego przez Zamawiającego kosztorysu sporządzonego przez Wykonawcę po zrealizowaniu naprawy.

Nie można zgodzić się z Odwołującym również w zakresie w jakim wskazuje on na nieuwzględnienie przez Przystępującego kosztów części czynności serwisowych. Nie sposób jednak nie dostrzec, że Odwołujący pomija w swoich rozważaniach istotne kwestie bezpośrednio przekładające się na błędne wyniki prezentowanych w Odwołaniu wyliczeń.

W pierwszym rzędzie podkreślenia wymaga, że Odwołujący nie powołuje na poparcie swoich twierdzeń jakichkolwiek dowodów. Również i w tym zakresie argumentację przedstawioną

w Odwołaniu kwalifikować należy jako gołosłowną. Dodatkowo wskazać należy, że czynności dzienne i tygodniowe dotyczą jedynie dwóch urządzeń w postaci przenośników pionowych

i w przeważającej części dotyczą wyłącznie sprawdzenia podstawowych parametrów lub funkcjonalności. W szczególności czynności codzienne obejmują wyłącznie sprawdzenie: zamknięcia otworów konserwacyjnych, dostępności zamknięć od otworów konserwacyjnych, zamknięcia mocowań skrzynki, dostępności wyłącznika głównego, dostępności przycisku NOT-OFF, widoczność sygnalizacji ostrzegawczej, czytelność tabliczki znamionowej, braku ciał obcych lub zanieczyszczeń w przenośnikach, braku wycieku oleju/hałasu z transmisji, braku dźwięków i wycieku tłuszczu z łożysk, poziomu głośności, braku wibracji, ciągłości działania przenośników.

Bez wątpienia wszystkie opisane powyżej czynności mogą zostać wykonane przez jedną osobę i w czasie o połowę krótszym niż wskazane w odwołaniu 2 godziny. Podane przez Odwołującego wartości należy zatem zmniejszyć czterokrotnie.

Z kolei do czynności wykonywanych z częstotliwością tygodniową należą: (...).

Realizacja wszystkich wymienionych czynności tygodniowych to dla jednej osoby dodatkowe 2 godziny pracy (a nie 6 godzin dla dwóch osób) - w tym zakresie założenia przyjęte przez Odwołującego są zatem zawyżone aż sześciokrotnie.

Podkreślenia wymaga, że powyższe stanowisko znajduje odzwierciedlenie w treści arkuszy kontrolnych sporządzonych w toku wykonywania zawartych uprzednio przez Zamawiającego z Odwołującym umów o świadczenie usług serwisowych, potwierdzających wykonywanie czynności codziennych i cotygodniowych w odniesieniu do przenośników pionowych przez jedną osobę (vide wskazane w przedmiotowych arkuszach inicjały kontrolera). Co szczególnie istotne treść tych dokumentów dokładnie odzwierciedla zakres czynności serwisowych wskazanych w załączniku nr 1 do PPU. Przystępujący przedłożył przykładowe arkusze kontrolne (dla dwóch miesięcy z lat 2021-2024, po dwa dla każdego miesiąca - odrębnie dla każdego przenośnika pionowego).

Nawet zatem, gdyby podzielić zapatrywanie Odwołującego, że do ceny podanej w kalkulacji zawartej w piśmie Przystępującego z 02 grudnia 2024 roku, należałoby doliczyć dodatkowo koszt związany z koniecznością wykonania czynności codziennych i cotygodniowych (czemu jednak Przystępujący zaprzecza z powodów wyeksplikowanych w dalszej części niniejszego pisma), to nie wyrażałby się on kwotą 797.400,00 zł netto - jak podaje Odwołujący - ale znacznie niższą, bo kształtującą się na poziomie 187.650,00 zł netto (365 dni x 1 h x 450,00 zł netto = 164.250,00 zł netto + 26 tygodni x 2 h x 450,00 zł netto = 164.250,00 zł netto + 23.400,00 zł netto = 187.650,00 zł netto), a więc nadal znacznie niższą niż wysokość przyjętej przez Przystępującego marży.

Należy jednak dodatkowo zaznaczyć, że Odwołujący w swojej argumentacji pomija jeszcze dwie istotne okoliczności, które wskazane zostały przez Przystępującego w piśmie

z 02 grudnia 2024 roku. Otóż Przystępujący uwzględnił (niezależnie od zastosowania w kalkulacji stawki godzinowej) konieczność zatrudnienia 4 osób w pełnym wymiarze czasu pracy przez cały okres realizacji Zamówienia (12 miesięcy), przyjmując jako podstawę kalkulacji minimalne wynagrodzenie za pracę ustalone zgodnie z § 1 rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2025 r. z dnia 12 września 2024 roku, które od dnia 01 stycznia 2025 roku wynosić będzie 4.666,00 zł brutto, a całkowity koszt pracodawcy 5.621,59 zł (12 miesięcy x 4 osoby x 5.621,59 zł = 269.836,32 zł), dodając dodatkowo dla bezpieczeństwa bufor Wykonawca zaokrąglił ten koszt do kwoty 280.000,00 zł netto. Uwzględniając zatem możliwość realizacji przez jedną osobę wszystkich czynności codziennych i cotygodniowych, bez wątpienia koszt ich wykonania może zostać pokryty w ramach przewidzianego w kalkulacji przedstawionej przez Przystępującego wynagrodzenia podstawowego (równego minimalnemu wynagrodzeniu za pracę), które - dla 4 osób - wynosi 14.043,68 zł netto (4 x po 3.510,92 zł) miesięcznie. Ponadto Odwołujący ignoruje kolejną ważną kwestię mającą bezpośredni wpływ na wysokość kosztów pracowniczych po stronie Przystępującego. Otóż Przystępujący realizując równocześnie na rzecz Zamawiającego, w tym samym miejscu i czasie, dwa inne zamówienia (...) może skierować do wykonywania zadań w ramach przedmiotowych zamówień tych samych pracowników, którzy część czasu pracy przeznaczą na wykonywanie czynności objętych jednym zamówieniem, zaś w pozostałym zakresie podejmować będą działania związane z innym. Rozwiązanie takie przekłada się bezpośrednio na możliwość poczynienia przez Przystępującego znacznych oszczędności.

Nie ma również racji Odwołujący twierdząc, że Przystępujący zobowiązany będzie do zatrudnienia pięciu osób w pełnym wymiarze czasu pracy. Obowiązek taki nie wynika w szczególności z któregośkolwiek z postanowień SWZ. Zamawiający wymaga jedynie skierowania do realizacji zamówienia co najmniej 4 osób posiadających odpowiednie doświadczenie (Rozdział V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret 2 SWZ) oraz zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w okresie realizacji Przedmiotu Umowy osób wykonujących czynności serwisowo — diagnostyczne systemu EBS/BTS. W żadnym miejscu Zamawiający nie wymaga jednak, aby owe 4 osoby zatrudnione były w pełnym wymiarze czasu pracy (na cały etat) ani też, aby wszystkie realizowały czynności serwisowo - diagnostyczne Systemu EBS/BTS w tym samym czasie czy wymiarze czasowym. Co za tym idzie rozważania Odwołującego dotyczące dopuszczalnego czasu pracy i wynikającej z nich rzekomej konieczności zatrudnienia przez Przystępującego łącznie 5 pracowników pozbawione są jakiegokolwiek znaczenia. Także i w tym wypadku odwołać należy się bowiem do zasady rozstrzygania wszelkich wątpliwości jakie pojawić się mogą na gruncie postanowień SWZ na korzyść wykonawców. Gdyby zatem Zamawiający zamierzał zobowiązać wykonawcę do zapewnienia, że skieruje on do realizacji Zamówienia 4 osoby, z których każda zatrudniona będzie na cały etat, winien wyraźnie zaznaczyć to w dokumentacji Postępowania, czego jednak nie uczynił.

Błędne wnioski wyciąga również Odwołujący z treści złożonego przez Przystępującego wraz z pismem z 07 stycznia 2025 roku wykazu osób. Nie ma bowiem podstaw do twierdzenia, że wskazanie w przedmiotowym wykazie imion i nazwisk 5 osób obliguje Przystępującego do zatrudnienia wszystkich z nich w pełnym wymiarze czasu pracy, szczególnie, że - jak Przystępujący wskazał powyżej - Zamawiający takiego wymogu nie postawił.

Chybione są także twierdzenia Odwołującego jakoby Przystępujący nie ujął w kalkulacji ceny kosztów zarządzania procesem świadczonych usług. Nie jest jasne z jakiego powodu Odwołujący przyjmuje, że taka pozycja w ogóle winna stanowić element kalkulacji przedstawionej przez Przystępującego. Wydaje się, że stanowisko Odwołującego w tym zakresie wynika z błędnego zrozumienia treści pisma Zamawiającego do Przystępującego z 20 listopada 2024 roku.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego dotyczących polegania przez Przystępującego na zasobach podmiotu trzeciego w osobie A.J., prowadzącego działalność gospodarczą jako AIR-SYSTEM A.J., co rzekomo implikować ma konieczność poniesienia kosztów „zarządzania procesem świadczonych usług”, Przystępujący wskazuje, że Odwołujący nie wyjaśnia w Odwołaniu w jaki sposób kwestie te miały by być ze sobą powiązane (szczególnie biorąc pod uwagę, iż okoliczności dotyczące „zarządzania procesem świadczonych usług” stanowić mogą, w myśl art. 224 ust. 3 pkt 1 PZP przesłankę pozwalającą na obniżenie oferowanej przez wykonawcę ceny, nie zaś stanowić element ją zwiększającą), w szczególności z jakiego powodu skorzystanie przez Przystępującego z zasobów udostępnionych mu przez A.J. miałyby generować jakiegokolwiek dodatkowe koszty. Po wtóre zaś, Odwołujący pomija fakt wymienienia A.J. jako jednej z osób, które Przystępujący skieruje do realizacji Zamówienia, co w jednoznaczny sposób potwierdza uwzględnienie kosztów skorzystania z jego usług w sporządzonej przez Przystępującego kalkulacji.

#### Stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej.

Zarzut nr 2 – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 224 ust. 6 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Dimark, pomimo tego, że oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a zarazem złożone przez Wykonawcę w piśmie z dnia 2 grudnia 2024 r. wyjaśnienia wraz z dowodami, nie uzasadniają

podanej w ofercie ceny, Izba uznała za bezzasadny.

Krajowa Izba Odwoławcza w całości podziela stanowisko przystępującego.

Izba stwierdziła, że argumentacja odwołującego ukierunkowana na konieczność wliczenia w cenę ofertową części zamiennych (kluczowych), a co za tym idzie uwzględnienie tej okoliczności w ramach wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, jest całkowicie bezzasadna. Jak słusznie wskazywał przystępujący, co wynika również z dokumentacji postępowania, koszty części zamiennych nie stanowią kosztu świadczenia usługi ponoszonej przez wykonawcę. Koszty te są bezpośrednio ponoszone przez zamawiającego na podstawie faktury wystawianej przez wykonawcę świadczącego rzeczoną usługę. Tym samym wykonawca nie miał obowiązku wykazywania tych kosztów w ramach składanych wyjaśnień. Odrębną kwestią jest sprawa ich bieżącej odstępności, ale ten aspekt zamówienia regulowany jest oddzielnymi postanowieniami umowy.

Odnosząc się do pozostałych elementów wskazywanych przez odwołującego, zwrócić należy uwagę, że katalog okoliczności, na które powołał się zamawiający w treści wezwania, to katalog stricte ustawowy, a oznacza to, że jest to katalog otwarty, przykładowy. Dlatego też w sytuacji, w której wykonawca w swoich wyjaśnieniach podaje inne, korzystne dla niego warunki realizacji zamówienia, to tylko w tym zakresie możliwe jest ich ewentualne kwestionowanie. Tym samym kwestionowanie przez odwołującego braku podania przez przystępującego elementu dotyczącego zarządzania procesem świadczonych usług jest całkowicie chybiony.

Odnosząc się zaś do serwisu utrzymaniowego wskazać należy, że odwołujący przedstawiając swoje stanowisko, przyjął rozliczenie adekwatne do swojego stanowiska procesowego, które, jednakże nie musi wystąpić w przedmiotowej usłudze. Nie jest bowiem kwestionowana konieczność przeprowadzenia takiego serwisu, co potwierdził przystępujący, kwestionowany jest natomiast czas wykonywania tych czynności oraz zaangażowanie osobowe.

Zdaniem Izby, przystępujący odpowiednio do postawionego zarzutu odniósł się na rozprawie, do stanowiska odwołującego wyjaśniając okoliczności dla niego korzystnych, mających wpływ na optymalizację kosztów realizacji zamówienia, tj. okoliczność wykonywania innego zamówienia u tego samego zamawiającego. Również argumentacja przystępującego dotycząca, niekwestionowanego wymogu zatrudniania specjalistów na podstawie umowy o pracę, była przekonywująca, albowiem przystępujący wskazał, że specjaliści skierowani do realizacji tego elementu zamówienia nie muszą być zatrudnieni na pełnym etacie. Jest to z pewnością argument właściwy i zasadny.

#### Zarzut nr 3 i 4:

– naruszenie art. 122 Pzp, poprzez zaniechanie zażądania od Dimark, aby w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił podmiot udostępniający mu zasoby (A.J., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Air-System A.J. – dalej: „Air-System A.J.”), którego zdolności techniczne lub zawodowe nie potwierdzają spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w Postępowaniu, określonego w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret 1 SWZ, innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy Air-System A.J. nie zrealizował lub nie realizuje (w przypadku serwisu), co najmniej jednego zamówienia referencyjnego, którego przedmiotem jest serwis lub montaż wraz

z uruchomieniem automatycznego magazynu wysokiego składowania bagażu rejestrowanego, zintegrowanego z lotniskowym systemem transportu bagażu,

– naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Dimark do poprawienia złożonego, zawierającego błędy, podmiotowego środka dowodowego, tj. wykazu zamówień (usług) wraz z załączeniem dowodów określających, czy te zamówienia zostały wykonane należycie, o którym mowa w Rozdz. VII ust. 2.1. lit. a), w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w Postępowaniu, wskazanego w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret 1 SWZ, w sytuacji gdy w złożonym przez tego Wykonawcę wykazie zamówień (usług) z 2 grudnia 2024 r. zostało wskazane jedno zamówienie, w zakresie montażu wraz z uruchomieniem automatycznego magazynu wysokiego składowania bagażu rejestrowanego, zintegrowanego z lotniskowym systemem transportu bagażu, które miało rzekomo zostać wykonane przez Air-System A.J., w okresie od 06/2020 do 12/2020, na rzecz P.S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Savicon P.S., w Porcie Lotniczym im. F. Chopina w Warszawie, a w rzeczywistości Air-System A.J. zamówienia w takim zakresie nie wykonał.

Zamawiający, w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret 1 SWZ, określił następujący warunek udziału Wykonawców w Postępowaniu, dotyczący posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej: „*wykażą, że w okresie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizowali lub realizują*

*(w przypadku serwisu) co najmniej 1 zamówienie w zakresie serwisu lub montażu wraz*

*z uruchomieniem automatycznego magazynu wysokiego składowania bagażu rejestrowanego, zintegrowanego z lotniskowym systemem transportu bagażu”.*

Co do spełnienia powyższego warunku udziału w Postępowaniu, Dimark powołał się na poleganie na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotu udostępniającego mu zasoby, tj. Air-System A.J., którego zobowiązanie do udostępnienia Wykonawcy zasobów zostało załączone do oferty Dimark. Następnie, do pisma z 2 grudnia 2024 r. „Pismo Wykonawcy stanowiące odpowiedź na wezwanie do złożenia dokumentów, uzupełnienia dokumentów i udzielania wyjaśnień”, Dimark załączył podmiotowy środek dowodowy, przewidziany w Rozdz. VII ust. 2.1 lit. a) SWZ, na wykazanie spełnienia warunku udziału

w Postępowaniu, określonego w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret 1 SWZ, tj. Wykaz zamówień (usług). W złożonym wykazie Dimark wskazał jedno zamówienie, polegające na montażu wraz z uruchomieniem automatycznego magazynu wysokiego składowania bagażu rejestrowanego, zintegrowanego z lotniskowym systemem transportu bagażu. Jak wynika

z treści złożonego podmiotowego środka dowodowego oraz dotyczących go wyjaśnień, zamieszczonych w piśmie Dimark z 15 grudnia 2024 r., zamówienie to miało zostać wykonane przez podmiot udostępniający Wykonawcy zasoby, tj. Air-System A.J., na rzecz P.S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Savicon P.S., w okresie od 06/2020 do 12/2020. Zamówienie to miało dotyczyć montażu wraz

z uruchomieniem magazynu EBS w Porcie Lotniczym im. F. Chopina w Warszawie, zarządzanego przez zamawiającego Polskie Porty Lotnicze S.A. z siedzibą w Warszawie dowód: Informacja w związku z poleganiem na zasobach innych podmiotów z 8 listopada 2024 r., załączona do oferty Dimark z 15 listopada 2024 r.; Wykaz zamówień (usług) załączony do pisma Dimark z 2 grudnia 2024 r.; Pismo Zamawiającego z 11 grudnia 2024 r. „Wezwanie do wyjaśnień”, Pismo Dimark z 15 grudnia 2024 r. „Pismo Wykonawcy stanowiące odpowiedź na wezwanie do udzielenia wyjaśnień”).

Wymaga podkreślenia, że Air-System A.J., wbrew deklaracjom Dimark, w rzeczywistości nie wykonał zamówienia w zakresie montażu wraz z uruchomieniem automatycznego magazynu wysokiego składowania bagażu rejestrowanego, zintegrowanego z lotniskowym systemem transportu bagażu w Porcie Lotniczym im. F. Chopina w Warszawie.

Zamówienie to wykonała spółka Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie. Jest to okoliczność znana Zamawiającemu Polskie Porty Lotnicze S.A. z siedzibą w Warszawie, ponieważ był on odbiorcą tego zamówienia. P.S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P.S., wykonał dla Daifuku Logan (podwykonawcy Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie) jedynie nieliczne, drobne w stosunku do przedmiotu zamówienia polegające na montażu i uruchomieniu magazynu EBS, prace

o charakterze pomocniczym. W związku z wykonaniem tych prac Savicon P.S. nie uzyskał zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenia), wynikającego ze zrealizowania zamówienia w zakresie serwisu lub montażu wraz z uruchomieniem automatycznego magazynu wysokiego składowania bagażu rejestrowanego, zintegrowanego z lotniskowym systemem transportu bagażu, o jakim mowa w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret 1 SWZ. Dlatego startując po raz pierwszy w przetargu na świadczenie usługi serwisu magazynu EBS w Porcie Lotniczym im. F. Chopina w Warszawie w 2020 roku, Savicon P.S. sam powołał się na poleganie na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotu udostępniającego mu zasoby, tj. Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, co do sformułowanego w ten sam sposób co w niniejszym Przetargu warunku udziału w postępowaniu, tj. posiadania doświadczenia wynikającego ze zrealizowania zamówienia w zakresie montażu wraz

z uruchomieniem automatycznego magazynu wysokiego składowania bagażu rejestrowanego, zintegrowanego z lotniskowym systemem transportu bagażu. Zdolność techniczna lub zawodowa, stanowiąca zasób udostępniony Savicon przez Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, wynikała z wykonania przez tę spółkę zamówienia w zakresie montażu wraz z uruchomieniem magazynu EBS w Porcie Lotniczym im. F. Chopina

w Warszawie (dowód: SWZ zamówienia publicznego na świadczenie kompleksowej usługi serwisu wszystkich elementów nowego magazynu EBS wraz liniami wprowadzającymi i wyprowadzającymi BTS i dwóch wind wyprowadzających bagaż na poziom sortowni stanowiącego część systemu BHS na Lotnisku Chopina, Zobowiązanie Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie do udostępnienia zasobów Savicon P.S.).

Skoro Savicon nie nabył zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenia), wynikającej ze zrealizowania zamówienia w zakresie montażu wraz z uruchomieniem automatycznego magazynu wysokiego składowania bagażu rejestrowanego, zintegrowanego z lotniskowym systemem transportu bagażu, w związku z wykonaniem niektórych (stosunkowo drobnych) prac dla Daifuku Logan (podwykonawcy Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie) i w celu wykazania dysponowania takim doświadczeniem polegał na zdolnościach technicznych lub zawodowych posiadanych w tym zakresie przez Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, to tym bardziej Air-System A.J., świadcząc usługi dla Savicon jako jego podwykonawca (zatem wykonując prace w jeszcze węższym zakresie), nie mógł tym bardziej takiego doświadczenia nabyć. W piśmie z 15 grudnia 2024 r. Dimark powołuje się na wykonanie przez Air-System A.J., jako

podwykonawca Savicon, pewnych prac przy realizacji przez Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie zamówienia w zakresie montażu wraz z uruchomieniem magazynu EBS w Porcie Lotniczym im. F. Chopina w Warszawie. Udział w wykonaniu niektórych prac w ramach zamówienia realizowanego przez Wykonawcę zadania (Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie), np. wykonywanie pracy monter, nie jest jednoznaczne z wykonaniem samego zamówienia. Gdyby przyjąć optykę zaprezentowaną przez Dimark, to należałoby dojść do kuriozalnego wniosku, że zdolność techniczną lub zawodową, wynikającą z realizacji zamówienia montażu wraz z uruchomieniem magazynu EBS w Porcie Lotniczym im. F. Chopina w Warszawie, nabyła cała rzesza ludzi, wykonujących różne prace w ramach tego zamówienia, zrealizowanego przez Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, co byłoby niedorzeczne. Na marginesie, niezależnie od tego,

że powoływane przez Dimark prace wykonane przez Air-System A.J., jako podwykonawca Savicon, w żadnym wypadku nie kwalifikują się jako zrealizowanie zamówienia w zakresie montażu wraz z uruchomieniem automatycznego magazynu wysokiego składowania bagażu rejestrowanego, zintegrowanego z lotniskowym systemem transportu bagażu, które to zamówienie wykonane zostało przez Hochtief Polska S.A.

z siedzibą w Warszawie, zauważyć należy, że w piśmie Dimark z 15 grudnia 2024 r. prace wykonane przez A.J., prowadzącego działalność pod firmą Air-System A.J., czy też jego rola w tych pracach, zostały w sposób rażący i niewspółmierny, a w niektórych przypadkach po prostu fałszywy, zawyżone lub przewartościowane.

W rzeczywistości A.J. był jedną z wielu osób, które wykonywały dane prace, zwykle o charakterze wyłącznie pomocniczym, w zakresie roli jaką pełnił Savicon. Tymczasem Dimark tworzy wrażenie, jakoby Air-System A.J. był podmiotem wykonującym określone zadania samodzielnie lub pełniącym w nich decydującą rolę. W rzeczywistości np. wskazywana organizacja i przeprowadzanie testów systemu EBS/BTS z dużą ilością testowych bagażu/ walizek, w tym w szczególności prace związane z przygotowaniem do testów (walizki, przywieszki bagażowe, wprowadzanie do bazy lotów testowych DL o różnych numerach w różnych dniach do różnej ilości bagażu od 100 do 300/ 1 lot), sprowadzał się do tego, że Savicon zapewnił ludzi, którzy obsługiwali takie testy, tj. wrzucali bagaże na przenośniki na sortowni i później po ich wyjeździe z magazynu na sortowni zbierali je ze zrzutni, zaś za testy merytorycznie odpowiedzialne było Daifuku Logan. Podobnie w zakresie organizacji i przeprowadzania przez Air-System A.J. uruchomień i testów systemu EBS/BTS wraz z przedstawicielami DAIFUKU LOGAN, P.K., prowadzącego działalność pod firmą IZOMET P.K., P.S. prowadzącego działalność pod firmą SAVICON P.S., HOCHTIEF POLSKA S.A. (główny wykonawca magazynu EBS w lotnisku im. Fryderyka Chopina w Warszawie) oraz samego Zamawiającego, w rzeczywistości uruchomienia i testy organizowało merytorycznie Daifuku Logan, zaś Savicon zapewniał ludzi niezbędnych do wykonywania poszczególnych, zaplanowanych czynności. W niektórych przypadkach, np. rzekomej, lakonicznie określonej współpracy z Motion06 (producentem wind stanowiących element systemu) podczas montażu i uruchomień, w ogóle trudno się doszukać w tym roli Air-System A.J.. Co do zasady wszelkie prace przy montażu wind wykonała bezpośrednio firma Motion06 i pracownicy lub podwykonawcy Savicon nie byli do tego oddelegowani. Podobne przeinaczenia lub nadużycia, można stwierdzić również w przypadku innych prac, wskazywanych przez Dimark jako wykonane przez Air-System A.J..

Podsumowując, Air-System A.J. nie posiada zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenia), wynikającej z realizacji zamówienia w zakresie montażu wraz

z uruchomieniem automatycznego magazynu wysokiego składowania bagażu rejestrowanego, zintegrowanego z lotniskowym systemem transportu bagażu w Porcie Lotniczym im. F. Chopina w Warszawie, którego to zadania wymieniony podmiot, nie wykonał, a jedynie uczestniczył w wykonaniu stosunkowo nielicznych prac, o charakterze pomocniczym, przy realizacji wskazanego zadania przez jego Wykonawcę Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie. Brak po stronie podmiotu udostępniającego zasoby Dimark zdolności technicznej lub zawodowej, wymaganej w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret 1 SWZ, winien był skutkować, zgodnie z przepisem art. 122 Pzp, zażądaniem od Dimark, aby w terminie określonym przez Zamawiającego, zastąpił podmiot udostępniający mu zasoby, innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Nadto, w świetle przepisu art. 128 ust. 1 Pzp, zaszła podstawa do wezwania Dimark do poprawienia złożonego, zawierającego błędy, podmiotowego środka dowodowego, tj. wykazu zamówień (usług) wraz z załączeniem dowodów określających, czy te zamówienia zostały wykonane należyście, o którym mowa w Rozdz. VII ust. 2.1. lit. a), w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, wskazanego w Rozdz. V ust. 1 pkt 2 lit. d tiret 1 SWZ, w sytuacji gdy w złożonym przez tego Wykonawcę wykazie zamówień (usług)

z 2 grudnia 2024 r. zostało wskazane jedno zamówienie, w zakresie montażu wraz

z uruchomieniem automatycznego magazynu wysokiego składowania bagażu rejestrowanego, zintegrowanego z lotniskowym systemem transportu bagażu, które w rzeczywistości nie zostało wykonane przez Air-System A.J..

(dowody załączone do pisma z 5 lutego 2025 roku: Oświadczenie Savicon wykaz usług, Oświadczenie Daifuku doświadczenie, Informacja z otwarcia ofert budowa EBS, Informacja

o wyborze Hochtief budowa EBS, Zamówienie Daifuku Savicon rewizja 5 EN, Zamówienie Daifuku Savicon rewizja tłumaczenie, Umowa Daifuku ELVIT montaż przenośników, ELVIT oferta - Załącznik 2).

Powyższe uzasadnia zarzuty podniesione w punktach 3 i 4 *petitum* odwołania.

#### Stanowisko przystępującego Dimark.

Przystępujący powołał się na zasoby podmiotu trzeciego w osobie A.J., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AIR-SYSTEM A.J., który zrealizował zamówienie w zakresie montażu wraz z uruchomieniem automatycznego magazynu wysokiego składowania bagażu rejestrowanego, zintegrowanego z lotniskowym systemem transportu bagażu oraz jego serwisu jako podwykonawca samego Odwołującego. Przedmiotowe prace dotyczyły automatycznego magazynu wysokiego składowania bagażu rejestrowanego, zintegrowanego z lotniskowym systemem transportu bagażu zlokalizowanego na lotnisku im. Fryderyka Chopina w Warszawie, zarządzanym przez Zamawiającego. W ramach realizacji przedmiotowej usługi A.J., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą AIR-SYSTEM A.J. wykonywał w szczególności następujące prace (zadania):

*prace montażowe przy układnicach: montaż koryt kablowych, przewodów, czujników, elementów systemu safety, paneli sterujących SRC, szaf zasilających-sterowniczych safety oraz ich modyfikacja (przekablowanie zgodnie ze zmianami - schematami od DAIFUKU LOGAN oraz zgodnie z ustalonymi scenariuszami safety), montaż silników*  
*prace montażowe przy przenośnikach BTS i przenośnikach DAIFUKU LOGAN, współpraca z Motion06 (producentem win stanowiących element systemu) podczas montażu i uruchomień, organizacja i przeprowadzanie testów systemu EBS/BTS z dużą ilością testowych bagażu/ walizek, w tym w szczególności prace związane z przygotowaniem do testów (walizki, przywieszki bagażowe, wprowadzanie do bazy lotów testowych DL o różnych numerach w różnych dniach do różnej ilości bagażu od 100 do 300/ 1 lot), organizacja i przeprowadzanie uruchomień i testów systemu EBS/BTS wraz z przedstawicielami DAIFUKU LOGAN, P.K., prowadzącego działalność pod firmą IZOMET P.K., P.S., prowadzącego działalność pod firmą SAVICON P.S., HOCHTIEF POLSKA S.A. (główny wykonawca magazynu EBS na lotnisku im. Fryderyka Chopina w Warszawie) oraz samego Zamawiającego, przeprowadzanie pierwszych szkoleń z obsługi systemu dla działu operacyjnego i działu techniki Zamawiającego szkolenia z obsługi oraz usuwania błędów/zacięć/bagaży widmo, pustych lokalizacji/ręcznego sterowania układnicami w celu wyciągnięcia bagażu, które były problemowe w ramach takich urządzeń jak: układnice, przenośniki BTS, akuratory BTS, przenośniki DAIFUKU LOGAN, MiniLoad, Tippery, stacke destacker, top loader, jednostek wind STU Motion06), regulacja pasów na przenośnikach BTS (DAIFUKU LOGAN, przenośnikach BHS (DAIFUKU LOGAN), uruchomienia i konfiguracja moto-starterów NORD - wgrywanie konfiguracji, współpraca w zakresie instalacji, testów, uruchamiania, zapewnienia prawidłowości działania systemu EBS/ BTS pod kątem mechanicznym, automatyki, elektrycznym - w tym w szczególności regulacja czujników, poprawa połączeń, usuwanie błędów montażowych podczas uruchomień i testów, usuwanie wszelkich awarii oraz niedoskonałości systemu EBS/BTS podczas uruchomień, tworzenie procedur oraz raportów.*

Ponadto, jeszcze we wcześniejszym etapie realizacji usługi, działając na zlecenie P.K., prowadzącego działalność gospodarczą jako IZOMET P.K., A.J. wykonywał prace związane z montażem automatycznego magazynu wysokiego składowania bagażu rejestrowanego, zintegrowanego z lotniskowym systemem transportu bagażu, w szczególności takie jak:

*instalacja koryt kablowych zgodnie z dokumentacją, układanie wszystkich przewodów (zasilanie, sieci LAN, PROFINET, światłowody, czujniki, wyłączniki bezpieczeństwa), montaż i podłączenie specjalistycznych puszek połączeniowych, instalacja i podłączenie elementów automatyki - fotokomórki, czujniki, motostartery NORD, przenośniki BTS, elementy układu safety, szafy sterownicze, szafy zasilające, szafy safety, SRC, MiniLoad, tippery, top loader, stacker, destacker, czujniki RFID Balluff.*

Posiadanie przez A.J. wymaganego doświadczenia potwierdzają wystawione przez niego zarówno na rzecz Odwołującego, jak i P.K., prowadzącego działalność gospodarczą jako IZOMET P.K. faktury VAT oraz potwierdzenia zapłaty całości objętego nimi wynagrodzenia. Podkreślenia wymaga, że z treści przedmiotowych faktur wprost wynika przedmiot zamówienia - w pełni zbieżny z wymogiem referencyjnym, jak również daty jego realizacji oraz dane podmiotu, na którego rzecz świadczone były referencyjne usługi.

Dodatkowo A.J. 04 lutego 2025 roku złożył oświadczenie potwierdzające fakt zrealizowania przez niego zamówienia w zakresie montażu wraz z uruchomieniem i testami automatycznego magazynu wysokiego składowania bagażu rejestrowanego, zintegrowanego z lotniskowym systemem transportu bagażu zlokalizowanego na lotnisku im. Fryderyka Chopina w Warszawie, zarządzanym przez POLSKIE PORTY LOTNICZE S.A., jak również szczegółowy zakres wykonanych przez niego czynności (dowód: *oświadczenie A.J. z 04 lutego 2024 roku*).

Okoliczności powyższe usiłuje kwestionować Odwołujący twierdząc, że w rzeczywistości A.J. nie zrealizował referencyjnego zadania. W ocenie Odwołującego on sam miał bowiem wykonywać jedynie „*nieliczne drobne w stosunku do przedmiotu zamówienia (...) prace o charakterze pomocniczym*”.

Wnioskowanie Odwołującego w powyższym zakresie obarczone jest jednak istotnym błędem polegającym na przyjęciu założenia, że twierdzenie o nieuzyskaniu przez Odwołującego doświadczenia pozwalającego mu na samodzielne spełnienie warunku udziału w postępowaniu prowadzonym w 2020 roku jest prawidłowe. Tymczasem oparcie się przez Odwołującego na zdolnościach zawodowych i technicznych HOCHTIEF POLSKA S.A. było wynikiem wyłącznie podjęcia przez Odwołującego suwerennej decyzji co do sposobu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu z 2020 roku. Jednocześnie jednak Odwołujący nie może obecnie obciążać Przystępującego negatywnymi skutkami własnych działań podjętych w oparciu o błędną ocenę postanowień specyfikacji warunków zamówienia w zakresie warunku udziału w postępowaniu. Ponadto, z uwagi na faktyczną realizację czynności związanych z montażem i uruchomieniem automatycznego magazynu wysokiego składowania bagażu rejestrowanego, zintegrowanego z lotniskowym systemem transportu bagażu przez A.J., który osobiście czynnie uczestniczył w ich wykonywaniu bez wątplenia jest on podmiotem, który w pełniejszym zakresie może powoływać się na uzyskane w ten sposób doświadczenie niż Odwołujący, którego rola ograniczona w realizacji przedmiotowych czynności była do zawarcia umowy z Andrzejem Jaworskim.

Przystępujący stoi zatem na opozycyjnym wobec Odwołującego stanowisku, że zakres prac wykonanych przez A.J. przy montażu i uruchomieniu automatycznego magazynu wysokiego składowania bagażu rejestrowanego, zintegrowanego z lotniskowym systemem transportu bagażu znajdującego się w porcie lotniczym im. Fryderyka Chopina w Warszawie, który obejmował - wbrew twierdzeniom Odwołującego prace o istotnym znaczeniu dla funkcjonowania przedmiotowego magazynu, w szczególności dotyczące:

*montażu wszystkich przewodów (zasilanie, sieci LAN, PROFINET, światłowody, czujniki, wyłączniki bezpieczeństwa), montażu i podłączenia specjalistycznych puszek połączeniowych, instalacja i podłączenie kluczowych elementów automatyki - fotokomórki, czujniki, motostartery NORD, przenośniki BTS, elementy układu safety, szafy sterownicze, szafy zasilające, szafy safety, paneli sterujących SRC, MiniLoad, tippery, top loader, stacker, destacker, czujniki RFID Balluff, montażu układnic DAIFUKU LOGAN, montażu przenośników BTS i przenośników DAIFUKU LOGAN, montażu wind bagażowych STU MOTION06, organizacji i uczestniczenia w prowadzeniu testów całości systemu EBS/ BTS, prac związanych z uruchamianiem magazynu EBS w zakresie elektrycznym, mechanicznym i automatyki, w tym zapewnianie prawidłowości działania całości systemu podczas jego uruchamiania,*

pozwala na uznanie, że A.J. zrealizował zamówienie w zakresie wymaganym przez Zamawiającego dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Przemawia za tym również fakt osobistego prowadzenia przez A.J. szkoleń dla pracowników działu operacyjnego oraz technicznego Zamawiającego w zakresie obsługi systemu EBS/ BTS. Oczywiście winno być, że organizowanie tego typu szkoleń,

w szczególności, jeśli ma miejsce po raz pierwszy po uruchomieniu skomplikowanego systemu może być racjonalnie powierzone jedynie osobom dysponującym kompleksową wiedzą na temat jego funkcjonowania, popartą własnym doświadczeniem.

Nie bez znaczenia pozostaje również w tym kontekście fakt pełnienia przez A.J. w okresie od 31 października 2020 roku do 06 lutego 2024 roku funkcji kierownika serwisu Odwołującego, którego zakresem obowiązków objęte było między innymi osobiste przeprowadzania, nadzorowanie, koordynowanie i weryfikowanie realizacji czynności z zakresu serwisu i eksploatacji systemu EBS/ BTS w zarządzanym przez Zamawiającego porcie lotniczym im. Fryderyka Chopina w Warszawie, co potwierdza nie tylko treść świadectwa pracy A.J. sporządzonego przez Odwołującego, ale i fakt sporządzania i podpisywania przez niego niezwykle licznych dokumentów, w szczególności protokołów zgłoszenia usterek systemu EBS/ BTS oraz protokoły przeglądów okresowych dotąd: *świadectwo pracy A.J. z 26 marca 2024 roku sporządzone przez P.S.; protokoły zgłoszenia usterek z okresu od 03 lutego 2020 roku do 28 lutego 2022 roku (26 sztuk); przykładowe miesięczne arkusze kontroli inspekcji (4 sztuki); oświadczenia A.J. z 04 lutego 2025 roku).*

Finalnie podnieść wypada, iż również w tym przypadku Zamawiający nie dookreślił co konkretnie rozumie poprzez „zrealizowanie zamówienia (...) w zakresie serwisu lub montażu wraz z uruchomieniem automatycznego magazynu wysokiego składowania bagażu rejestrowanego, zintegrowanego z lotniskowym systemem transportu bagażu”, co w konsekwencji i przy uwzględnieniu zasady rozstrzygania wszelkich ewentualnych wątpliwości pojawiających się na gruncie SWZ na korzyść wykonawców, prowadzi do wniosku, że Przystępujący był w pełni uprawniony do oparcia się, w zakresie wykazania warunku udziału w Postępowaniu, na zdolnościach technicznych lub zawodowych A.J.

Zwrócić też należy uwagę, że Zamawiający wymagał zrealizowania zamówienia w „zakresie serwisu lub montażu wraz z uruchomieniem”, nie zaś np. kompleksowego czy całościowego wykonania montażu wraz z uruchomieniem automatycznego magazynu wysokiego składowania bagażu rejestrowanego, zintegrowanego z lotniskowym systemem transportu bagażu. Potwierdza to, że zrealizowanie przez A.J. na rzecz Odwołującego wymienionych powyżej prac należy poczytywać za zrealizowanie zamówienia pozostającego w zakresie serwisu lub montażu wraz z uruchomieniem

automatycznego magazynu wysokiego składowania bagażu rejestrowanego, zintegrowanego z lotniskowym systemem transportu bagażu.

Stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej.

Zarzuty nr 3 i 4 - naruszenie art. 122 Pzp, poprzez zaniechanie zażądania od Dimark, aby w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił podmiot udostępniający mu zasoby oraz naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Dimark do poprawienia złożonego, zawierającego błędy, podmiotowego środka dowodowego, tj. wykazu zamówień (usług) w związku z tym, że odnoszą się do tego samego podmiotu zostaną omówione łącznie. Zarzuty powyższe Izba uznała za niezasadne. Izba w całości podziela stanowisko przystępującego.

Zdaniem Izby, zarówno okoliczność dotycząca wykorzystania zasobu podmiotu udostępniającego przystępującemu swój potencjał, jak też w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dotycząca zakresu usług świadczonych przez ten podmiot, została przez przystępującego w sposób dostateczny wyjaśniona.

W szczególności Izba zwróciła uwagę na zakres czynności wykonywanych przez wykonawcę Air-System A.J. zarówno w trakcie realizacji kontraktu, jak też w okresie bezpośrednio po nim następującym, tj. specjalistyczne szkolenia oraz funkcja kierownika serwisu. Okoliczności, iż podmiot udostępniający zasoby realizował na rzecz odwołującego jako podwykonawca zamówienia głównego realizowanego przez inny podmiot nie wyklucza możliwości posiadania przez ten podmiot odpowiedniego doświadczenia i potencjału. Skoro bowiem odwołujący skorzystał z takiego zasobu to można dojść do wniosku, że sam takiego potencjału w zakresie zleconych prac nie posiadał, a co za tym idzie to właśnie ten podmiot taki potencjał i wiedzę posiadał, co z kolei legitymizuje go do przedstawienia doświadczenia jako jego własnego. Zakres prac, na który wskazywał przystępujący, jest zdaniem Izby kluczowy dla powodzenia realizacji inwestycji. Ponadto okolicznością determinującą uznanie powyższej argumentacji za zasadną jest konieczność ustalenia prawidłowej treści warunku udziału w postępowaniu, a w przypadku jakiegokolwiek wątpliwości, co do jego prawidłowego rozumienia konieczne jest przyjęcie wszelkich ewentualnych konsekwencji z korzyścią dla wykonawcy, na co zasadnie wskazywał przystępujący w swoich pisemnych stanowiskach.

Za przystępującym wskazać należy, że w tym zakresie należy z kolei odwołać się do ugruntowanej w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, sądów powszechnych, Sądu Najwyższego czy Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zasady korzystnego dla wykonawców sposobu wykładni postanowień dokumentacji postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Reguła ta jest tak powszechnie aprobowana, że wielokrotnie w wyrokach KIO była ona określana jako „święta zasada”. Tytułem przykładu odwołać można się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lipca 2020 roku (sygn. akt: KIO 1235/20), w którym wskazano: „opierając swoje stanowisko na niekonsekwencji postanowień SIWZ Zamawianego, relatywizmowi oraz stanowisku Zamawiającego z rozprawy ukazującego luki w argumentacji i niekonsekwencje w twierdzeniach. Izba także kierowała się stanowiskiem orzecznictwa przykładowo w wyroku KIO z 16.04.2015 r. sygn. akt: KIO 660/15: wskazać, że obowiązuje swoista "święta" zasada, że należy rozpatrywać Podkreślono także w uchwale KIO z 03.08.2017 r., sygn. akt: KIO/KD 38/17, że: >>Reguła ta wynika z prawniczej paremii »In dubio contra proferentem« znaczącej w języku polskim >>Wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi«. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający jest autorem ogłoszenia

o zamówieniu i SIWZ, które zostały zredagowane przez Zamawiającego«. Podobnie w wyroku SO w Nowym Sączu z 18.03.2015 r., sygn. akt: III Ca 70/15: >>Zapisy w SIWZ (...) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny; a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego sformułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu (...) « oraz w wyroku SO w Szczecinie z 07.03.2018 r. (sygn. akt. VIII Ga 102/18) wskazujący, że: >>Wyrażona w art. 7 ust. 1 ZamPublU zasada, obecnie sformułowana jako zasada przejrzystości, oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk (por. postanowienie TSUE z 13.07.2017 r. w sprawie C-35/17, Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o. v. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu; wyrok TSUE z 2.06.2016 r. w sprawie C-27/15, Pizzo v. CRGT Sri; wyrok TSUE z 7.04.2016 r. w sprawie C-324/14, Partner A. D. v. Zarządowi Oczyszczania Miasta, Monitor Prawniczy z 2016 r. Nr 11, s. 570; oraz wyrok TSUE z 10.05.2012 r. w sprawie C-368/10, Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów.«” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lipca 2020 roku, sygn. akt: KIO 1235/20, podaję za Systemem Informacji Prawnej Legalis, numer 2471533; analogicznie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 października 2019 roku, sygn. akt: KIO 1905/19, podaję za Systemem Informacji Prawnej Legalis, numer 2258250; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2021 roku, sygn. akt: KIO 2773/21, System Informacji Prawnej Legalis, numer 3030541 i wiele innych). Podobny pogląd wyraził także Sąd Okręgowy w Warszawie, który w wyroku z

dnia 31 maja 2022 roku (sygn. akt: Zs 58/22) zauważył: „Specyfikacja warunków zamówienia stanowi najważniejszy dokument spośród tzw. dokumentów zamówienia, o których stanowi art. 7 pkt 3 p.z.p. Jest to dokument sporządzony przez zamawiającego, służący do określenia lub opisanego warunków zamówienia. Dokument ten pozwala wykonawcom dowiedzieć się, czego dokładnie oczekuje od nich zamawiający, czy są w stanie wykonać dane zamówienie oraz jakie są warunki udziału w postępowaniu. Stanowi ona oświadczenie woli zamawiającego, które podlega wykładni przy zastosowaniu zasad określonych w art. 65 KC (...) Jak słusznie w toku postępowania odwoławczego, zauważał przystępujący Konsorcjum: (...) spółka akcyjna w G. oraz (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G., a Sąd Okręgowy jego stanowisko aprobuje,

iż wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności należy rozpatrywać na korzyść wykonawcy, co ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Jak zostało to również podkreślone w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO/KD 38/17 należy wskazać, że obowiązuje swoista »święta« zasada,

że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców, (...)«*Reguła ta wynika z prawniczej paremii >>In dubio contra proferentem«* znaczącej w języku polskim >>Wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi«. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający jest autorem ogłoszenia o zamówieniu i SWZ.” (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 31 maja 2022 roku, sygn. akt: XXIII Zs 58/22, System Informacji Prawnej Legalis, numer 2848693). Finalnie, powołać można się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z 07 czerwca 2022 roku (sygn. akt: KIO 1398/22), zgodnie z którym: „Wszelkie niejednoznaczności i wątpliwości co do treści SWZ należy interpretować na korzyść wykonawcy. (...)”.

Zarzut nr 7 – naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp, art. 57 pkt 1 i 2 Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a-c i pkt 8 Pzp, art. 224 ust. 6 Pzp, art. 122 Pzp, art. 128 ust. 1 Pzp, art. 119 Pzp, art. 124 pkt 1 Pzp, art. 126 ust. 1 Pzp, poprzez wybranie oferty Dimark jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy wybór tej oferty został dokonany niezgodnie z przepisami ustawy, albowiem oferta tego wykonawcy, zgodnie z przepisami Pzp, podlega odrzuceniu, wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a nadto zamawiający nie dokonał zbadania czy podmiot udostępniający mu zasoby nie podlega wykluczeniu z postępowania, jako będący konsekwencją wcześniej omawianych zarzutów, w sytuacji, w której Izba nie uwzględniła żadnego z zarzutów odwołania, Izba uznała za niezasadny.

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 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....