

Sygn. akt: KIO 2238/13

WYROK

z dnia 4 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Robert Skrzyszewski

Ewa Sikorska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. **Dimark Sp. z o.o. (Pełnomocnik wykonawców), Dimark DK Sp. z o.o. i Agnieszka F. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowa AGNES Agnieszka F. z siedzibą dla Pełnomocnika wykonawców: ul. Poznańska 62/21, 60-853 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Międzynarodowy Port Lotniczy im. Jana Pawła II Kraków Balice Sp. z o.o., ul. Kpt. M. Medweckiego 1, 32-083 Balice**

przy udziale wykonawcy **Qumak S.A., Al. Jerozolimska 136, 02-305 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Dimark Sp. z o.o. (Pełnomocnik wykonawców), Dimark DK Sp. z o.o. i Agnieszka F. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowa AGNES Agnieszka F. z siedzibą dla Pełnomocnika wykonawców: ul. Poznańska 62/21, 60-853 Poznań i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Dimark Sp. z o.o. (Pełnomocnik wykonawców), Dimark DK Sp. z o.o. i Agnieszka F. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowa AGNES Agnieszka F. z siedzibą dla Pełnomocnika wykonawców: ul. Poznańska 62/21, 60-853 Poznań** tytułem wpisu od odwołania.
- 2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Dimark Sp. z o.o. (Pełnomocnik wykonawców), Dimark DK Sp. z o.o. i Agnieszka F. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowa AGNES Agnieszka F. z siedzibą dla Pełnomocnika wykonawców: ul. Poznańska 62/21, 60-853 Poznań** na rzecz **Międzynarodowego Portu Lotniczego im. Jana Pawła II Kraków Balice Sp. z o.o., ul. Kpt. M. Medweckiego 1, 32-083 Balice** kwotę: **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Międzynarodowy Port Lotniczy im. Jana Pawła II Kraków Balice Sp. z o.o. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Zaprojektowanie, dostawa i montaż systemu transportu i kontroli bagażu rejestrowanego w międzynarodowym terminalu lotniczym w Krakowie - Balicach”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 24 maja 2013 r. pod nr 2013/S 099-169915.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. Dimark Sp. z o.o. (Pełnomocnik wykonawców), Dimark DK Sp. z o.o. i Agnieszka F. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowa AGNES Agnieszka F. z siedzibą dla Pełnomocnika wykonawców w Poznaniu (dalej: „Odwołujący”) w dniu 19 września 2013 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 18 września 2013 r. Złożone odwołanie dotyczy czynności wyboru przez Zamawiającego oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, o której to czynności Zamawiający poinformował Odwołującego w dniu 9 września 2013 r.

Zamawiający kopię odwołania przekazał pozostałym wykonawcom w postępowaniu w dniu 19 września 2013 r. W dniu 23 września 2013 r. (22 września 2013 r. – niedziela, dzień ustawowo wolny od pracy) do Prezesa Izby na piśmie wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego dokonane przez wykonawcę Qumak S. A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”). Kopie przystąpienia zostały przekazane Odwołującemu i Zamawiającemu.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 3 października 2013 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła następujące stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz wobec zaniechania czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, to jest wobec:

- 1) zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania, w sytuacji gdy wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a w konsekwencji zaniechanie uznania oferty Przystępującego za odrzuconą,
- 2) zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji zaniechanie uznania oferty Przystępującego za odrzuconą,
- 3) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy powinna była zostać uznana za odrzuconą.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy Pzp: art. 24 ust. 2 pkt 3), art. 24 ust. 2 pkt 4, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4, art. 7 ust. 1.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący, wniósł o:

1. nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
2. nakazanie powtórzenia czynności obejmującej przeprowadzenie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
3. nakazanie wykluczenia z postępowania Przystępującego,
4. obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący zwrócił uwagę na wymagania Zamawiającego w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia, opisane w pkt 7 rozdz. V SIWZ. Zamawiający wymagał od wykonawców posiadania wiedzy i doświadczenia pozwalającego na realizację zamówienia polegającego na dostawie, montażu i uruchomieniu co najmniej jednego systemu transportu bagażu rejestrowanego wraz z wielopoziomowym systemem kontroli bezpieczeństwa bagażu za kwotę netto minimum 20.000.000 PLN. Odwołujący zwrócił uwagę na konieczność powiązania opisu warunku z przedmiotem zamówienia. Wskazał też postanowienia punktu 1 oraz pkt 3 lit. d) rozdziału III SIWZ odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia. Wskazał również na rozumienie pojęcia: wielopoziomowy system kontroli bezpieczeństwa bagażu. Podkreślił, że system obsługi bagażu na lotniskach (w portach lotniczych) zbudowany jest z dwóch zintegrowanych ze sobą systemów, tj.:

- 1) wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu rejestrowanego (ang. HBS - Hold Baggage Screening albo EDS - Explosives Detection Systems),

generującego obrazy bagaży rejestrowanych, zarządzanego poprzez dedykowany serwer,

2) systemu transportu i sortowania bagaży rejestrowanego (ang. BHS - Baggage Handling System).

Podniósł, że wielopoziomowy system kontroli bezpieczeństwa bagaży rejestrowanego składa się z następujących poziomów kontroli bezpieczeństwa:

I poziom kontroli bezpieczeństwa - urządzenie rentgenowskie (ang. X-ray device albo X-ray machine albo X-ray scanner) lub tomograf komputerowy,

II poziom kontroli bezpieczeństwa - stacje operatorskie wyświetlające obrazy bagaży wygenerowane przez urządzenie rentgenowskie lub tomograf komputerowy stanowiący element I poziomu kontroli bezpieczeństwa,

III poziom kontroli bezpieczeństwa - kolejne urządzenie rentgenowskie (ang. X-ray device albo X-ray machine albo X-ray scanner) działające wraz ze stacjami operatorskimi albo same stacje operatorskie współpracujące z urządzeniem rentgenowskim lub tomografem komputerowym stanowiącym element I poziomu kontroli;

IV poziom kontroli bezpieczeństwa - stacja operatorska ponownej kontroli do wyświetlania obrazów wygenerowanych przez urządzenia stanowiące element I i III poziomu kontroli bezpieczeństwa, celem ponownej weryfikacji bagażu;

V poziom kontroli bezpieczeństwa - pojemnik pirotechniczny przeznaczony do bagażu stwarzającego realne zagrożenie bombowe, niezależny w stosunku do systemu urządzeń rentgenowskich, ale zintegrowany z systemem kontroli bezpieczeństwa bagaży rejestrowanego.

Zwrócił uwagę na to, że wszystkie urządzenia rentgenowskie (ang. X-ray devices albo X-ray machines albo X-ray scanners) lub tomografy komputerowe oraz stacje operatorskie zintegrowane są w jedną niezależną dedykowaną sieć informatyczną i zarządzane poprzez oprogramowanie dystrybuujące obrazy oraz decyzje obsługi podejmowane na poszczególnych poziomach kontroli. Kompletny wielopoziomowy system kontroli bezpieczeństwa bagaży rejestrowanego musi składać się z wyżej wymienionych 5 (słownie: pięciu) poziomów kontroli bezpieczeństwa. W tym zakresie zwrócił uwagę na opracowanie zawarte na stronie internetowej <http://www.airport-int.com/article/hold-baaaaae-screenina-svstems.html>, którego wydruk wraz z tłumaczeniem na język polski załączył do odwołania, wskazując, że platforma www.airport-int.com od 15 zajmuje się tematami związanymi z infrastrukturą lotniskową, a także pośredniczeniem pomiędzy zamawiającymi i wykonawcami w branży infrastruktury lotniskowej. Do odwołania załączył również dokument Strategii Projektowania i Funkcjonowania Kontroli Bezpieczeństwa Bagaży Rejestrowanego, przygotowany w 2009 roku przez British Airports Authority (Zarząd Portów Lotniczych

Wielkiej Brytanii) wraz tłumaczeniem na język polski, wskazując, że wskazuje on, jakie elementy infrastruktury składają się na kompletny wielopoziomowy system kontroli bezpieczeństwa bagażu rejestrowanego. Określając zakres wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu rejestrowanego wskazał też na postanowienia dokumentacji technicznej wchodzącej w zakres SIWZ w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego:

1) Założenia do projektu warsztatowego systemu transportu i kontroli bagażu rejestrowanego (Tom T4/PW/AT/bhs, numer 21a), w szczególności punkty:

- 2- 2.5: 2.5.8,
- 3-3.1: 3.1.12, 3.1.13, 3.1.14, 3.1.15,
- 3-3.2:3.2.16

2) Urządzenia kontrolne w zakresie dostawy i montażu wykonawcy systemu BHS (Tom T4/PW/AT/uk-bhs, numer 22a), w szczególności punkty:

- 2: 2.4, 2.6

System transportu i sortowania bagażu rejestrowanego zaś – według niego - składa się z: stanowisk odprawy (check-in); systemów przenośników taśmowych; urządzeń sortujących bagaże. Wskazał, że te dwa systemy (wielopoziomowy system kontroli bezpieczeństwa bagażu rejestrowanego oraz system transportu i sortowania bagażu rejestrowanego) dla przeprowadzenia pełnej kontroli bagażu rejestrowanego powinny być ze sobą zintegrowane poprzez dedykowane interfejsy.

Odwołujący wskazał też na dokumenty złożone przez Przystępującego na potwierdzenia spełniania przywołanego warunku udziału w postępowaniu, które zostały załączone do oferty, jak i uzupełnione przez Przystępującego na skutek wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień odnośnie dokumentów podmiotowych, skierowanego do Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Wszystkie te dokumenty zostały – zdaniem Odwołującego - złożone przez Przystępującego jedynie celem potwierdzenia, spełniania warunków podmiotowych udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia i jego intencją było jedynie doprowadzenie do uzyskania na podstawie tych dokumentów zamówienia. Podkreślił, że w celu rzekomego potwierdzenia spełniania stawianych przez Zamawiającego wymogów w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, Przystępujący złożył dokumenty dotyczące dwóch inwestycji realizowanych przez podmioty trzecie, dotyczących:

- 1) rozbudowy Terminala Południowego i Północnego Portu Lotniczego Gatwick Airport,
- 2) systemu transportu bagażu na nowym lotnisku Kunming (Port Lotniczy Kunming Airport).

W zakresie inwestycji dla Portu Lotniczego Gatwick Airport Przystępujący wskazał w wykazie wykonanych głównych dostaw, że przysługuje mu uprawnienie do powoływania się

na doświadczenie we wskazanym zakresie. Potwierdzeniem spełnienia tego warunku miał być dokument z dnia 19 stycznia 2013 roku zatytułowany „Potwierdzenie realizacji kontraktu”, z którego treści wynika jedynie, że w skład „wymiany systemu transportu bagażu w Terminalu Południowym” wchodziło 11 sztuk urządzeń (aparatów) rentgenowskich Smiths Heimann HIScan 10800-EDX-2is w ilości 6 sztuk na poziomie 1/2, 3 sztuk na poziomie 3 oraz w ilości 2 sztuk dla służb państwowych. Natomiast w skład „wymiany systemu transportu bagażu na Terminalu Północnym hala odlotów” wchodziło 5 sztuk urządzeń (aparatów) rentgenowskich Smiths Heimann HIScan 10800-EDX-2is w ilości 3 sztuk na poziomie 1/2 i 2 sztuk na poziomie 3. Analiza treści tego dokumentu – zdaniem Odwołującego - nie pozwala na wyprowadzenie z niego wniosku, iż zamówienie, którego wykonanie przedmiotowy dokument ma potwierdzać obejmowało dostawę, montaż i uruchomienie wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu.

Na jego podstawie nie można ustalić, czy wykonawca, który zrealizował zamówienie dostarczał jakiegokolwiek elementy wchodzące w skład systemów transportu bagażu czy je montował czy też uruchamiał. Podkreślił, że pomimo tego, że wskazany dokument nie potwierdza posiadania przez Przystępującego wiedzy i doświadczenia w zakresie dostawy, montażu i uruchomienia wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu, co więcej, nie potwierdza posiadania takiej wiedzy i doświadczenia przez podmioty, które miały udostępnić Przystępującemu swoje zasoby w tym zakresie, to takie znaczenie próbuje nadać mu Przystępujący, zdaniem Odwołującego, wprowadzając jednocześnie Zamawiającego w błąd. Odwołujący wskazał też, że pismem z dnia 9 września 2013 r., stanowiącym odpowiedź na wezwanie Zamawiającego, dokonane w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, Przystępujący złożył oświadczenie LOGAN UK, które stwierdza, że konsorcjum podmiotów LOGAN UK i spółki SIEMENS Pic z siedzibą w Frimley w ramach zamówienia pn. „Rozbudowa terminala południowego i północnego portu lotniczego Gatwick” wykonało prace obejmujące „dostawę, montaż i uruchomienie systemu transportu bagażu rejestrowanego (BHS) wraz z dostawą, montażem i uruchomieniem wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu (EDS)”. Rzekome potwierdzenie posiadania przez Przystępującego wymaganej wiedzy i doświadczenia stanowić ma również dokument (bez daty) podpisany przez Pana Matta Payne, który w swojej treści zawiera m.in. oświadczenie, iż w ramach wymiany systemu transportu bagażu w Porcie Lotniczym Gatwick Airport: „wykonano prace polegające na dostawie, montażu i uruchomieniu co najmniej jednego systemu transportu bagażu rejestrowanego wraz z wielopoziomowym systemem kontroli bezpieczeństwa”. Powyższe wskazuje na złożenie przez Przystępującego nieprawdziwych informacji, które mają wpływ na wynik postępowania. Biorąc pod uwagę to, że urządzenia rentgenowskie stanowią najistotniejszy element wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu rejestrowanego - jego zdaniem dokonanie dostawy urządzeń

rentgenowskich stanowi warunek *sine qua non* uznania, że nastąpiła dostawa wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu rejestrowanego, stąd też – w jego ocenie - żadna dostawa, która swoim zakresem nie obejmowała przedmiotowych urządzeń nie może być uznana za dostawę kompletnego wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu rejestrowanego. W tym kontekście Odwołujący zwrócił uwagę na to, że żaden z podmiotów trzecich, na których wiedzę i doświadczenie powołuje się Przystępujący, nie zrealizował zamówienia obejmującego dostawę wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu rejestrowanego, w szczególności urządzeń rentgenowskich (X-ray devices albo X-ray machines albo X-ray scanners) wraz ze stacjami roboczymi dla Portu Lotniczego Gatwick Airport we wskazywanym przez Przystępującego przedziale czasu od kwietnia 2010 roku do grudnia 2012 roku.

Potwierdzeniem powyższego - zdaniem Odwołujących – są następujące dokumenty:

- 1) pismo z dnia 12 września 2013 r. pochodzące od spółki GATWICK AIRPORT Limited z siedzibą w Gatwick Airport (dalej: „GAL”), stanowiące odpowiedź na pismo Odwołujących z dnia 3 września 2013 r., wskazujące, że dostawa wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu rejestrowanego, w tym urządzeń rentgenowskich 10800 EDX-2is (X-ray devices) nastąpiła na mocy umowy ramowej o numerze BAA1348 zawartej ze spółką SMITHS DETECTION WATFORD Ltd (dalej: „SMITHS DETECTION”); zamówienie urządzeń rentgenowskich 10800-EDX-2is (X-ray devices) nastąpiło bezpośrednio od SMITHS DETECTION na podstawie umowy ramowej o numerze BAA1348; następnie urządzenia rentgenowskie 10800-EDX-2is zostały zainstalowane przez konsorcjum: LOGAN UK i SIEMENS jako część projektu systemu bagażowego Terminala Południowego i Terminala Północnego Portu Lotniczego Gatwick Airport;
- 2) email z dnia 29 sierpnia 2013 r. od Pani Tammy Freeman pełniącej funkcję Koordynatora ds. Zamówień w GAL, wraz z poprzedzającą przedmiotowy email korespondencją w sprawie, z którego wynika, że urządzenia HBS (wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu rejestrowanego) były jedynie instalowane przez LOGAN UK. a ich zamówienie i dostawa została dokonana przez GAL, który następnie wydał je LOGAN UK;
- 3) pismo z dnia 29 sierpnia 2013 r. pochodzące od SMITHS DETECTION wskazujące, że SMITHS DETECTION na podstawie bezpośredniego zamówienia z GAL zrealizowało dostawę urządzeń rentgenowskich (X-ray devices) wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu rejestrowanego; przedmiotowe urządzenia były dostarczane bezpośrednio na rzecz GAL bez udziału pośrednika lub jakiegokolwiek podmiotu trzeciego; jednocześnie w treści oświadczenia z dnia 29 sierpnia 2013 r. SMITHS DETECTION wskazała, że żaden podmiot trzeci nie jest

upoważniony do dystrybucji lub sprzedaży systemów SMITHS DETECTION do Portu Lotniczego Gatwick Airport;

- 4) informacja prasowa z dnia 21 marca 2011 r. wskazująca, że SMITHS DETECTION wygrała wart 2.000.000,00 £ kontrakt na dostawę dla Portu Lotniczego Gatwick Airport urządzeń rentgenowskich (prześwietlających) dla wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu rejestrowanego;
- 5) pismo z dnia 13 września 2013 r. pochodzące od spółki SMITHS HEIMANN GmbH z siedzibą w Wiesbaden (dalej: „SMITHS HEIMANN”), będącej spółką zajmującą się dystrybucją systemów SMITHS DETECTION, stanowiące odpowiedź na pismo Odwołującego z dnia 30 sierpnia 2013 r., potwierdzające, że SMITHS DETECTION była odpowiedzialna za dostawę, montaż i instalację, odbiory, testy i serwisowanie urządzeń rentgenowskich (X-ray devices) dla GAL (Terminal Północny i Terminal Południowy) na podstawie umowy ramowej o numerze BAA1348;
- 6) wyciąg ze specyfikacji wymagań dostawy systemów IT dla projektu Terminal Północny Portu Lotniczego Gatwick Airport z dnia 02 lipca 2009 r. (str. 1, 14, 15, 16, 17), z którego wynika, że wielopoziomowy system kontroli bezpieczeństwa bagażu rejestrowanego, w tym zamówienie i dostawa urządzeń prześwietlających, a także innych urządzeń poziomu 1/2 i poziomu 3 wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu rejestrowanego wchodziły w zakres prac wykonywanych przez GAL;
- 7) wyciąg ze specyfikacji wymagań dostawy systemów IT dla projektu Terminal Południowy Portu Lotniczego Gatwick Airport z dnia 2 lipca 2009 r. (str. 1, 14, 15, 16, 17), z którego wynika, że wielopoziomowy system kontroli bezpieczeństwa bagażu rejestrowanego, w tym zamówienie i dostawa urządzeń prześwietlających, a także innych urządzeń poziomu 1/2 i poziomu 3 wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu rejestrowanego wchodziły w zakres prac wykonywanych przez GAL.

Co do inwestycji dotyczącej systemu transportu bagażu na nowym lotnisku Kunming (Port Lotniczy Kunming Airport), Odwołujący podkreślił, że w wykazie wykonanych głównych dostaw QUMAK wskazał, że przysługuje mu uprawnienie do powoływania się na doświadczenie w zakresie: „Realizacja kontraktu pn. +System transportu bagażu na nowym lotnisku Kunming+, w tym dostawa, montaż i uruchomienie systemu transportu bagażu rejestrowanego wraz z wielopoziomowym systemem kontroli bezpieczeństwa bagażu. Co do przedłożonego przez Przystępującego dokumentu z dnia 30 lipca 2012 r. stanowiącego zaświadczenie o realizacji kontraktu Odwołujący podkreślił, że z jego treści nie wynika, jakoby podmioty, które zrealizowały kontrakt (LOGAN UK i Kunming Logan-KSEC Airport Logistics Systems Ltd) wykonały zamówienie obejmujące dostawę, montaż i uruchomienie

wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu. Z dokumentu tego – w jego ocenie - nie wynika w ogóle, że przedmiot zamówienia obejmował wykonanie jakichkolwiek elementów dotyczących wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu rejestrowanego - odnosi się on wyłącznie do systemu transportu bagażu. Dokument ten – zdaniem Odwołującego - nie wskazuje na czynności, jakie wykonali wykonawcy w ramach realizacji przedmiotowego kontraktu, w szczególności nie wynika z niego, czy zamówienie w ogóle obejmowało dostawę, montaż lub uruchomienie systemu transportu bagażu lub jego elementów. Pismo to zawiera jedynie wyliczenie ilości i nazwy poszczególnych elementów bez wyszczególnienia zakresu związanych z nimi działań, jakie mieliby wobec nich wykonać wykonawcy realizujący kontrakt. Z uwagi na powyższe, przedmiotowego dokumentu – w ocenie Odwołującego - nie można kwalifikować jako potwierdzającego spełnianie przez Przystępującego warunków podmiotowych udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganych przez Zamawiającego. Pomimo powyższego pismem z dnia 9 września 2013 r., stanowiącym odpowiedź na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, dokonane w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp Przystępujący złożył oświadczenie LOGAN UK, z którego wynika, że konsorcjum podmiotów z udziałem LOGAN UK w ramach projektu dla Portu Lotniczego Kunming wykonało prace obejmujące dostawę, montaż i uruchomienie systemu transportu bagażu rejestrowanego (BHS) wraz z dostawą, montażem i uruchomieniem wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu (EDS). Powyższe wskazuje – zdaniem Odwołującego – na podanie nieprawdziwych informacji, które mają wpływ na wynik postępowania.

Z uwagi na fakt, iż urządzenia rentgenowskie stanowią integralną część wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu rejestrowanego, bez której nie może on de facto funkcjonować Odwołujący stwierdził, że dokonanie dostawy urządzeń rentgenowskich stanowi warunek sine qua non uznania, że nastąpiła dostawa wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu rejestrowanego. Tym samym w jego ocenie żadna dostawa, która swoim zakresem nie obejmowała przedmiotowych urządzeń nie może być uznana za dostawę kompletnego wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu rejestrowanego. W tym kontekście Odwołujący podniósł, iż żaden z podmiotów trzecich, na których doświadczenie powołuje się Przystępujący, nie zrealizował zamówienia obejmującego dostawę wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu rejestrowanego, w szczególności urządzeń rentgenowskich. Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący przywołał również wyciąg ze specyfikacji technicznej dla projektu „System transportu bagażu w Nowym Lotnisku Kunming” z sierpnia 2009 roku (str. 1, 41, 42, 86 i 87) z którego – jego zdaniem - wynika, że dostawa urządzeń rentgenowskich (ang. X-ray devices albo X-ray machines) nie była objęta zakresem przedmiotowym przetargu dotyczącego systemu transportu bagażu (BHS) oraz który

wskazuje na konieczność konsultacji określonych kwestii przez wykonawcę ze zwycięzcą przetargu na wielopoziomowy systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu rejestrowanego (ang. X-ray security inspection system).

Tym samym – według Odwołującego – Przystępujący nie udowodnił realizacji zamówienia obejmującego dostawę, montaż i uruchomienie elementu V poziomu kontroli bezpieczeństwa tj. pojemnika pirotechnicznego do bagażu stwarzającego realne zagrożenie bombowe. Należy przy tym wskazać, że w wielu państwach Unii Europejskiej, w tym np. w Wielkiej Brytanii, pojemnik pirotechniczny jest przedmiotem odrębnego zamówienia realizowanego przez odpowiednie służby lotniskowe i nie wchodzi w zakres zamówienia dotyczącego systemu transportu bagażu czy wielopoziomowego systemu kontroli bagażu rejestrowanego. Tym samym złożone przez Przystępującego dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego przez Zamawiającego postępowania, co winno skutkować wykluczeniem z postępowania na mocy art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Podkreślił też, że złożenie dokumentu o nieprawdziwej treści nie może być później konwalidowane poprzez uzupełnienie kwestionowanego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zwrócił również uwagę na to, że podanie nieprawdziwych informacji nie musi być zawinione przez wykonawcę, ani nawet, że musi wynikać „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”.

Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przywołał orzecznictwo KIO: wyrok z dnia 22 maja 2012 r. (sygn. akt: KIO 899/12), wyrok z dnia 22 września 2011 r. (sygn. akt: KIO 1944/11), wyrok z dnia 20 stycznia 2012 r. (sygn. akt: KIO 49/12), wyrok z dnia 28 marca 2012 r. (sygn. akt: KIO 478/12), wyrok z dnia 2 kwietnia 2012 r. (sygn. akt: KIO 566/12), wyrok z dnia 3 kwietnia 2012 r. (sygn. akt: KIO 548/12), wyrok z dnia 4 maja 2011 r. (sygn. akt: KIO 846/11).

Odwołujący również podniósł, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia. Jednym z najistotniejszych elementów wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu rejestrowanego – jego zdaniem - są urządzenia rentgenowskie (X-ray devices albo X-ray machines albo X-ray scanners) prześwietlające bagaże wraz ze stacjami roboczymi wyświetlającymi obrazy bagaży wygenerowane przez urządzenie rentgenowskie. Z uwagi na fakt, iż urządzenia te stanowią integralną część wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu rejestrowanego, bez której nie może on *de facto* funkcjonować stwierdził, że dokonanie dostawy urządzeń rentgenowskich stanowi warunek *sine qua non* uznania, że nastąpiła dostawa wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu rejestrowanego, zatem żadna dostawa, która swoim zakresem nie obejmowała przedmiotowych urządzeń nie może być uznana za dostawę kompletnego wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu rejestrowanego. Jego zdaniem

żaden z dokumentów przedłożonych przez Przystępującego na potwierdzenie spełniania wskazanego warunku nie potwierdza jego spełniania. Powyższe zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania, gdyż Przystępujący nie udowodnił spełniania wskazanego warunku. Zamawiający bowiem nie jest uprawniony do podjęcia decyzji, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w oparciu na swoich domniemaniach i przypuszczeniach. Nie jest także uprawniony i tym bardziej zobowiązany do zastępowania w tym zakresie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Powołał w tym zakresie wyrok KIO z dnia 2 lipca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1197/10. W ocenie Odwołującego dokumenty przedłożone przez Przystępującego, które w swej treści wskazują na realizację zamówienia obejmującego dostawę wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu rejestrowanego, jednak nie odzwierciedlają rzeczywistego stanu rzeczy. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 28 września 2011 r. (sygn. akt: KIO 2003/11) dla oceny doświadczenia rozstrzygające znaczenie, poza oświadczeniem wykonawcy w tym przedmiocie, mają dokumenty źródłowe, dotyczące danego zamówienia. Podkreślił też, że Zamawiający ustalając zakres wykazywanych przez wykonawcę prac powinien uwzględniać nie tylko i wyłącznie treść oświadczenia wykonawcy zawartego w wykazie dostaw, ale również treść dokumentów potwierdzających, że dostawy zostały wykonane w sposób należyty i dokumenty te należy czytać łącznie i dopiero po uwzględnieniu ich łącznej treści, Zamawiający jest upoważniony do rozstrzygnięcia o wykazaniu czy też o nie wykazaniu spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (tu przywołał wyrok KIO z dnia 24 maja 2011 r., sygn. akt: KIO 984/11 oraz wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1570/11). Według niego nieprzydatne dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest również oświadczenie bez daty stanowiące zmianę treści potwierdzenia realizacji kontraktu dotyczącego Portu Lotniczego Gatwick Airport w Wielkiej Brytanii, gdyż nie można zweryfikować momentu sporządzenia i podpisania wskazanego dokumentu, a zatem nie jest wiadome czy dotyczy on realizacji zamówienia spełniającego wymogi czasowe określone przez Zamawiającą tj. zamówienia zrealizowanego w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu.

Tym samym w ocenie Odwołującego Przystępujący wobec podania nieprawdziwych informacji oraz udowodnienia przez Odwołującego, że Przystępujący nie dysponuje wiedzą i doświadczeniem co najmniej w zakresie zrealizowania zamówienia obejmującego dostawę wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu, Przystępujący powinien zostać wykluczony z postępowania na mocy art. 24 ust. 2 pkt 3) oraz art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, co z kolei winno skutkować uznaniem jego oferty za odrzuconą i niepodlegającą badaniu w ramach czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W toku rozprawy przed Izbą Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania i podkreślił, że Odwołujący nie udowodnił wykazywanych przez siebie naruszeń. Co do inwestycji Portu Lotniczego Kunming w Chinach wskazał, że Odwołujący jako jedyny dowód w sprawie przedłożył specyfikację dotyczącą tej inwestycji, a nie można wykluczyć, że ta specyfikacja nie była zmieniana, czy też nie udzielono tutaj zlecenia wykonania prac dodatkowych, stąd też dowód ten – zdaniem Zamawiającego - jest niepełny i nie może podważyć dokumentu załączonego do oferty Przystępującego, który został wystawiony przez Port Lotniczy Kunming, który potwierdza realizację tej inwestycji przez firmę Logan, na której potencjał powołuje się Przystępujący.

Co do drugiej inwestycji wykazanej w ofercie Przystępującego, realizowanej dla Portu Lotniczego Gatwick w Wielkiej Brytanii wskazał, że do ofert Przystępującego dołączono dokument, który potwierdza realizację tej inwestycji przez firmę Logan, na którego potencjał powołuje się Przystępujący, zaś brak daty na oświadczeniu złożonym przez Port Lotniczy Gatwick, przedłożonym przez Przystępującego Zamawiającemu w wyniku udzielonych wyjaśnień, nie ma żadnego znaczenia, bowiem w treści tego oświadczenia widnieje wyraźne odwołanie do rzeczonyj inwestycji, którą wykazuje Przystępujący w ramach spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Podkreślił też, że okoliczności sprawy potwierdzają, iż firma Logan zrealizowała zamówienie na rzecz Portu Gatwick, biorąc na siebie odpowiedzialność w całości za montaż, dostawę i gwarancję wykonania w całości przedsięwzięcia i nie ma w tym zakresie znaczenia na czyją rzecz dokonywana była płatność za część dostaw objętych przedmiotowym zamówieniem.

Przystępujący w swoim zgłoszeniu przystąpienia wniósł o oddalenie odwołania. W toku rozprawy podtrzymał ten wniosek, popierając w całości stanowisko Zamawiającego i wskazując dodatkowo, że Zamawiający w opisie warunku nie doprecyzował co miałyby się mieścić w zakresie systemu transportu bagażu i wielopoziomowym systemie kontroli bezpieczeństwa bagażu, a Odwołujący w tym zakresie próbuje niejako na nowo tworzyć warunek, abstrahując od jego treści opisanej w SIWZ.

Co do inwestycji realizowanej dla Portu Lotniczego Gatwick Przystępujący potwierdził, że urządzenia, na które wskazywał Odwołujący nie były sprzedane lotnisku bezpośrednio przez firmę Logan tylko przez firmę, która jest producentem tych urządzeń, jak zresztą wskazywał Odwołujący. Wskazał, że w tym zakresie chodziło jedynie o sprzedaż

tych urządzeń bezpośrednio od producenta, co może wynikać z polityki lotniska Gatwick właśnie zakupu urządzeń bezpośrednio od producenta. Podkreślił jednak, że firma Logan była odpowiedzialna za realizację całości tego zadania, całego systemu bezpieczeństwa i w tym zakresie uzyskała stosowne doświadczenie.

Co do inwestycji realizowanej dla Portu Lotniczego Kunming Przystępujący wskazał na brak wiarygodności wycinka z dokumentacji związanej z tą inwestycją, który został przedstawiony przez Odwołującego i bardziej wiarygodne w tym zakresie pełne oświadczenie inwestora, który potwierdza wykonanie określonych prac dla Portu Lotniczego Kunming. Dodatkowo jako dowody w sprawie przedłożył oświadczenia firmy Logan (UK) z dnia 27 września br. złożone na potwierdzenie uzyskanego doświadczenia przez tę firmę w ramach realizacji inwestycji dla Portu Lotniczego Gatwick, jak i Kunming i wskazuje też, że brak jest przepisów prawnych, które regulowałyby zakres poziomów bezpieczeństwa w tym też co do 5 poziomu bezpieczeństwa i co do konieczności wykazania się realizacją dostawy i montażu pojemnika pirotechnicznego dla portu lotniczego Kunming. Jako dowód w sprawie w tym zakresie złożył pismo Urzędu Lotnictwa Cywilnego z 30 września 2013 r. wraz z zapytaniem skierowanym przez Przystępującego z dnia 29 września 2013 r. celem wykazania braku obowiązujących przepisów, co do tworzenia wielopoziomowych systemów kontroli bagażu, jak i definiowania pojęcia wielopoziomowego bezpieczeństwa kontroli bagażu.

Przystępujący wskazał też, że w opisie warunku Zamawiający wymagał wykazania się tylko jedną pracą, a zatem nawet gdyby uznać, że prace wykonane na rzecz Portu Lotniczego Gatwick nie spełniają wymogów SIWZ, z czym Przystępujący się nie zgadza, to wymogi te z całą pewnością spełnia inwestycja realizowana na rzecz Portu Kunming.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia przez wykonawcy Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie, uznając, że w tym zakresie zostały wypełnione wszystkie przesłanki wskazujące na formalnoprawną poprawność złożonego przystąpienia, określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Tym samym, Przystępujący uzyskał w niniejszym postępowaniu odwoławczym status uczestnika tego postępowania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła również, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Odwołujący, podnosząc zarzuty dotyczące czynności zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania, wykazał swój uszczerbek w interesie, polegający na pozbawieniu go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Powyższe stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono oddaleniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale V pkt 7 SIWZ dokonał opisu warunku udziału w postępowaniu co do wiedzy i doświadczenia, wskazując, że wykonawca musi posiadać wiedzę i doświadczenie pozwalające na realizację zamówienia, dlatego też musi wykazać, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał: zamówienie polegające na dostawie, montażu i uruchomieniu co najmniej jednego systemu transportu bagażu rejestrowanego wraz z wielopoziomowym systemem kontroli bezpieczeństwa bagażu za kwotę minimum 20 000 000 zł.

Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 11 lipca 2013 r., swoje oferty w postępowaniu złożyło trzech wykonawców, w tym: Odwołujący i Przystępujący.

Przystępujący, którego oferta w zakresie wykazania wymaganej wiedzy i doświadczenia jest kwestionowana, do swojej oferty dołączył wykaz wykonanych zamówień wskazując w nim dwie inwestycje:

- 1) rozbudowę terminala południowego i północnego Portu Lotniczego Gatwick, w tym dostawa, montaż i uruchomienie transportu bagażu rejestrowanego wraz z wielopoziomowym systemem kontroli bezpieczeństwa bagażu, realizowane na

rzecz Gatwick Airport w Wielkiej Brytanii w okresie od kwietnia 2010 r. do grudnia 2012 r. o wartości powyżej 20 000 000 zł oraz

- 2) realizację kontraktu pod nazwą „System transportu bagażu na nowym lotnisku Kunming: w tym dostawa, montaż i uruchomienie systemu transportu bagażu rejestrowanego wraz z wielopoziomowym systemem kontroli bezpieczeństwa bagażu realizowane na rzecz Kunming International Airport w Chinach w okresie od listopada 2009 r. do czerwca 2012 r. o wartości powyżej 20 000 000 zł.

Na potwierdzenie należytego wykonania wskazanych inwestycji do oferty Przystępujący dołączył: potwierdzenie realizacji kontraktu na rzecz Portu Lotniczego Gatwick w Wielkiej Brytanii przez firmę Logan Teleflex (UK) Ltd. oraz na rzecz Portu Lotniczego w Kunming przez Logan Teleflex (UK) Ltd i Kunming Logan – KSEC Airport Logistics Systems Ltd. Do oferty Przystępującego zostało również dołączone zobowiązanie firmy Logan Teleflex France S.A. do oddania przez tę firmę na rzecz Przystępującego, w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego, niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia do realizacji przedmiotowego zamówienia przez cały okres realizacji tego zamówienia (realizacja, serwis, gwarancja i rękojmia) poprzez konsultacje pracowników przy wykonywaniu zamówienia oraz opracowania wszelkiej niezbędnej dokumentacji. W zobowiązaniu tym wskazano także, że firma Logan będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy.

Wykaz prac jak i dokumenty na potwierdzenie należytej realizacji inwestycji zostały objęte przez Przystępującego tajemnicą przedsiębiorstwa. Na skutek wyroku KIO z dnia 8 sierpnia 2013 r. (sygn. akt: KIO 1780/13) informacje te zostały uznane za zastrzeżone w sposób bezskuteczny.

W toku czynności badania i oceny ofert Zamawiający pismem z dnia 19 lipca 2013 r. zwrócił się do Przystępującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści dokumentów podmiotowych złożonych na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Zamawiający zapytał Przystępującego, w jaki sposób będzie on mógł korzystać z zasobów firmy Logan (UK), która wykonała powoływane w ramach doświadczenia inwestycje, skoro zobowiązanie podmiotu udostępniającego potencjał Przystępującemu zostało podpisane i udzielone w imieniu firmy Logan France. W odpowiedzi na powyższe Przystępujący pismem z dnia 24 lipca 2013 r. wyjaśnił, że obydwie firmy należą do tej samej grupy kapitałowej, a ponadto firma Logan France posiada uprawnienie do korzystania z potencjału Logan UK. Z ostrożności również Przystępujący załączył do tego pisma zobowiązanie firmy Logan Teleflex (UK) z dnia 4 czerwca 2013 r. do oddania Przystępującemu swoich zasobów w sposób analogiczny jak wcześniejsze zobowiązanie

Logan France załączone do oferty Przystępującego. Dołączone też zostały dokumenty podmiotowe wymagane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego od podmiotu trzeciego. Zamawiający pismem z dnia 5 września 2013 r. ponownie zwrócił się do Przystępującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Poprosił on o wyjaśnienia co do obydwu wykazywanych inwestycji, czy w ramach ich realizacji wielopoziomowy system kontroli bezpieczeństwa bagażu był przez firmę Logan Teleflex (UK) Ltd. dostarczany, montowany i uruchamiany, czy też został wykonany jedynie jego montaż i uruchomienie, a jego dostawa wykonywana była przez inny podmiot realizujący przedmiotowe zamówienie wraz z Logan Teleflex (UK) Ltd w ramach umowy konsorcjum, czy też przez podmiot trzeci w ramach odrębnej umowy. W odpowiedzi na powyższe Przystępujący pismem z dnia 9 września 2013 r. poinformował Zamawiającego, że obydwie inwestycje realizowane były przez konsorcjum wykonawców, którego liderem była firma Logan Teleflex (UK) Ltd - w przypadku portu Gatwick było to konsorcjum łącznie z firmą Siemens Plc, w przypadku Portu Kunming konsorcjum z firmą Kunming Logan – KSEC Airport Logistics Systems Company LTD. Podkreślił on, że w przypadku konsorcjum wszyscy konsorcjanci ponoszą solidarną odpowiedzialność za realizację zamówienia i zgodnie z orzecznictwem KIO doświadczenie zdobyte przez lidera czy partnera konsorcjum jest rozumiane jako doświadczenie każdego z uczestników konsorcjum. Przystępujący podkreślił też, że obydwa porty lotnicze potwierdzają, że w zakres wykonywanych prac wchodziły zarówno dostawa, montaż, jak i uruchomienie wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu. Zwrócił uwagę na konieczność badania na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia dokumentu wykazu prac łącznie z referencjami. Z ostrożności Przystępujący załączył do pisma kolejne oświadczenie Portu Lotniczego Gatwick, w którym wprost wskazano, że zakres prac wykonanych przez Konsorcjum Logan Teleflex (UK) Ltd mieścił w sobie dostawy poszczególnych urządzeń. Załączono również dwa oświadczenia firmy Logan Teleflex (UK) Ltd z dnia 9 września 2013 r. - jedno dotyczące Portu Gatwick, drugie Portu Kunming, potwierdzające zakres wykonywanych prac na poszczególnych inwestycjach, w tym również dokonane tam dostawy. Dodatkowo na oświadczeniu w sprawie Portu Kunming swój podpis złożył Pan Chen Hau Bo – jak wyjaśniono – pełniący funkcję Zastępcy Dyrektora Wydziału Elektromechanicznego Międzynarodowego Portu Lotniczego Kunming Changshui.

Zamawiający pismem z dnia 28 sierpnia 2013 r., doręczonym Odwołującemu w dniu 9 września 2013 r., poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, w tym m.in. wskazując jako taką ofertę Przystępującego.

Odwołujący nie zgodził się z tą czynnością Zamawiającego i wniósł odwołanie, które jest aktualnie przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie. Zdaniem Izby nie potwierdził się zarówno zarzut podania nieprawdziwych informacji w ofercie Przystępującego co do wykazywanego potencjału wiedzy i doświadczenia, jak i zarzut nie wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia przez ten podmiot.

Zasadniczą podstawą wskazanych zarzutów odwołania jest wykazywanie przez Odwołującego, że wykazane przez Przystępującego dwie inwestycje – realizowane na rzecz Portu Lotniczego Gatwick oraz Portu Lotniczego Kunming – nie odpowiadają swoim zakresem opisowi warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący wykazywał również, że w przypadku Portu Lotniczego Gatwick firma Logan Teleflex (UK) Ltd, na której potencjał powołuje się Przystępujący, nie wykonywała dostawy określonych urządzeń wchodzących w skład dostarczanego systemu.

Odnosząc się do pierwszej kwestii należy wskazać, że Odwołujący w treści odwołania przedstawił wywód, w jaki sposób należy rozumieć opisany przez Zamawiającego warunek wiedzy i doświadczenia. Powoływał się przy tym na opis przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu, gdzie Zamawiający wskazywał na dostawę kompletnego systemu do wielopoziomowej kontroli bezpieczeństwa bagażu rejestrowanego. Wskazywał też na swoje rozumienie wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu, przywołując pięć poziomów bezpieczeństwa z określonymi wymogami w odniesieniu do tych poziomów, jak i ich zakresu. Na potwierdzenie powyższego rozumienia wskazanego pojęcia Odwołujący przywołał treść dokumentu Strategii Projektowania i Funkcjonowania Kontroli Bezpieczeństwa Bagażu Rejestrowanego przygotowanej w 2009 r. przez British Airport Authority (Zarząd Portów Lotniczych Wielkiej Brytanii) oraz wydruk ze strony internetowej airport-int.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że przywołane przez Odwołującego dokumenty nie mogą mieć istotnego znaczenia dla rozumienia warunku udziału w opisanego przez Zamawiającego w SIWZ. Dokumenty te nie mają charakteru wiążącego dla Zamawiającego, jak i wykonawców składających oferty w postępowaniu, nie stanowią też

powszechnie obowiązujących regulacji prawa krajowego czy też prawa unijnego. Dokumenty te mogą co najwyżej mieć charakter posłkowy i wskazywać, jak pojęcie wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu rozumieją inne podmioty w innych krajach. Podkreślić należy, że Zamawiający w SIWZ, w opisie warunku wiedzy i doświadczenia nie zdefiniował co rozumie pod pojęciem wielopoziomowy system kontroli bezpieczeństwa bagażu i jakie elementy będzie brał pod uwagę przy ocenie wykazywanego przez wykonawców doświadczenia w ramach tego systemu. Istotną okolicznością w tym zakresie jest również to, że powszechnie obowiązujące przepisy prawa również nie definiują tego pojęcia. Jak wynika z pisma Urzędu Lotnictwa Cywilnego z dnia 30 września 2013 r. kierowanego do Przystępującego i przedłożonego przez niego jako dowód w sprawie ani krajowe regulacje prawne, ani też unijne przepisy z zakresu ochrony lotnictwa cywilnego, nie nakładają na zarządzających lotniskami obowiązku tworzenia wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu nie tworząc również definicji tego pojęcia. Tym samym zatem skoro tego pojęcia na użytek weryfikacji wykonawców pod kątem ich wiedzy i doświadczenia nie zdefiniował, czy też w jakikolwiek sposób nie sprecyzował sam Zamawiający, nie można wywodzić z powyższego niekorzystnych dla wykonawców skutków w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w postaci wykluczenia z postępowania z powodu nie wykazania wymaganego doświadczenia w zakresie określonego, konkretnego rozumienia tego pojęcia. Odwołujący na potrzeby wykazania niespełnienia wskazanego warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego stworzył niejako definicję tego pojęcia, która być może jak najbardziej pożądana i słuszna, nie może jednak stanowić podstawy oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w niniejszym postępowaniu, także w związku z tym, że powyższe nie stanowiło przedmiotu wyjaśnień czy też modyfikacji treści SIWZ.

Podstawą rozumienia opisu warunku wiedzy i doświadczenia nie może być również wprost opis przedmiotu zamówienia dla danego postępowania. Nie można wywodzić, że jeśli Zamawiający w opisie warunku nie wprowadził określonych elementów, czy też ich zakresu, to powyższe, dla określenia zakresu warunku, można wywodzić pośrednio z opisu przedmiotu zamówienia. Czym innym bowiem jest opis przedmiotu zamówienia, czyli to czego dany zamawiający oczekuje w ramach realizacji przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie tego zamówienia, a czym innym jest opis warunku udziału w postępowaniu. Warunek, w tym dotyczący wiedzy i doświadczenia, niewątpliwie – zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp – powinien być związany z przedmiotem zamówienia, czyli nie może być on abstrakcyjny i zupełnie oderwany od przedmiotu dostawy, usługi, czy roboty budowlanej, której dotyczy dane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Związany z przedmiotem zamówienia – jak wielokrotnie

Izba wskazywała to w swoich orzeczeniach – nie oznacza, że opis warunków udziału w postępowaniu (opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków) powinien być tożsamy z przedmiotem zamówienia. Po to ustawodawca przewidział jako odrębne elementy postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowienia dotyczące opis warunków (art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) i opisu przedmiotu zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp), aby te elementy można było precyzyjnie określić jako odrębne wymagania wobec wykonawców, którzy z jednej strony muszą wykazać się określonym potencjałem podmiotowym dla wykazania swoich potencjalnych możliwości realizacji danego zamówienia, z drugiej zaś muszą złożyć określone oświadczenie woli o zakresie i sposobie realizacji danego zamówienia w określonych warunkach.

Uwzględniając powyższe w tym kontekście należało dokonywać oceny spełniania warunków wiedzy i doświadczenia przez Przystępującego w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący wykazywał, że Przystępujący nie spełnił warunków wiedzy i doświadczenia, bowiem wykazywana inwestycja realizowana na rzecz Portu Lotniczego Gatwick nie obejmowała dostaw dokonanej przez Logan, na którego potencjał Przystępujący powołuje się, urządzeń rentgenowskich (ang. X-ray devices albo X-ray machines albo X-ray Scanners) prześwietlających bagaż wraz ze stacjami roboczymi wyświetlającymi obrazy bagażu wygenerowane przez urządzenia rentgenowskie - zdaniem Odwołującego – najistotniejszego elementu wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu rejestrowanego. Odwołujący wykazywał również, że w ramach inwestycji Gatwick dostawcą urządzeń rentgenowskich dla Portu Lotniczego Gatwick była firma Smiths Detection, a nie firma Logan Teleflex (UK) Ltd, na której potencjał Przystępujący powołuje się w niniejszym postępowaniu. Odwołujący przedłożył na tę okoliczność dowody w postaci korespondencji z firmą Smiths Detection oraz Lotniskiem Gatwick. Okoliczność ta w toku rozprawy stała się okolicznością niesporną, bowiem Przystępujący potwierdził, że dostawcą części urządzeń rentgenowskich wskazanych w zapytaniu Odwołującego, kierowanym do Portu Gatwick, jak i firmy Smiths Detection, zajmował się bezpośrednio producent urządzeń, tj. firma Smiths Detection.

Odnosząc się do powyższego Izba stwierdziła, że nie możemy w tym zakresie postawić twierdzenia ani o braku wykazania przez Przystępującego, że inwestycja dla Portu Gatwick nie obejmowała – zgodnie z opisem warunków udziału w postępowaniu – dostaw systemu transportu bagażu rejestrowanego wraz z wielopoziomym systemem kontroli bezpieczeństwa bagażu, ani podania w tym zakresie nieprawdziwych informacji w ofercie Przystępującego. Z treści oferty Przystępującego ani też z oświadczeń złożonych przez niego w toku badania i oceny ofert nie wynika twierdzenie, że określone urządzenia

(urządzenia rentgenowskie 10800 EDX-2is produkcji Smiths Heimann GmbH w liczbie: 6 szt. dla 1/2 poziomu kontroli bezpieczeństwa, i 3 szt. dla 3 poziomu kontroli bezpieczeństwa dla Południowego Terminala Lotniska Gatwick oraz te same urządzenia w liczbie: 3 szt. dla 1/2 poziomu kontroli bezpieczeństwa i 2 szt. dla 3 poziomu kontroli bezpieczeństwa dla Północnego terminala Lotniska Gatwick) były dostarczane bezpośrednio przez Logan Teleflex (UK) Ltd. Przystępujący wykazywał jedynie, zgodnie zresztą z zapytaniem Zamawiającego z dnia 5 września 2013 r., że w zakres realizowanej inwestycji dla Portu Lotniczego Gatwick wchodziła również dostawa wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu, ponieważ opis warunku w SIWZ dotyczył dostawy systemu, a nie konkretnych urządzeń wchodzących w skład tego systemu. Przedłożone przez Odwołującego dokumenty dotyczą dostawy konkretnych urządzeń na rzecz lotniska Gatwick faktycznie przez firmę Smiths Detection, czemu Przystępujący nie zaprzecza. Z dokumentów załączonych do oferty Przystępującego na potwierdzenie spełniania tego warunku wynika natomiast, że Konsorcjum Logan wykonało całą inwestycję na rzecz Portu Lotniczego Gatwick co do wymiany transportu bagażu, w zakres którego wchodzi nie tylko urządzenia przywołane w korespondencji Odwołującego, ale również szereg innych urządzeń tworzących całość systemu transportu bagażu wraz z kontrolą bezpieczeństwa bagażu. Dokument oficjalny pochodzący od inwestora - Portu Gatwick, przedłożony Zamawiającemu przy piśmie Przystępującego z dnia 9 września 2013 r. ostatecznie potwierdza również, że w ramach wskazanej inwestycji wykonywano prace polegające również na dostawie systemu transportu bagażu rejestrowanego wraz z wielopoziomowym systemem kontroli bezpieczeństwa.

Odwołujący wywodzi, że dostawa określonych urządzeń rentgenowskich stanowi o wykonaniu systemu wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu. Tymczasem – jak wskazano powyżej – zgodnie z opisem warunku w SIWZ taki szczególny wymóg nie został określony przez Zamawiającego. Jeśli więc, dany podmiot, na którego potencjał Przystępujący powołuje się, wykonał określone dostawy w ramach realizowanej inwestycji dla Portu Gatwick, co potwierdza sam inwestor, oznacza to, że wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający bowiem nie określił, że określone urządzenia muszą stanowić przedmiot dostawy w ramach wykazywanego doświadczenia. W ramach oczekiwanego doświadczenia należało wykazać się montażem i uruchomieniem, ale również dostawą, ale nie konkretnych urządzeń, lecz dostawą jakichkolwiek urządzeń składających się na określoną całość tworzącą systemu transportu i kontroli bezpieczeństwa bagażu. Inne elementy dostawy wykazywanej w ofercie Przystępującego na rzecz lotniska Gatwick nie zostały zakwestionowane przez Odwołującego. Dodatkowo powyższe potwierdza

oświadczenie samego Logan Teleflex (UK) Ltd przedłożone przez Przystępującego w toku badania i oceny ofert Zamawiającemu (oświadczenie z dnia 9 września 2013 r.).

Co do inwestycji realizowanej na rzecz Portu Lotniczego Kunming podtrzymać należy argumentację przedstawioną powyżej co do inwestycji realizowanej na rzecz Portu Lotniczego Kunming. Odwołujący z opisu warunku wiedzy i doświadczenia wywodzi bowiem inne, postulowane treści i wnioski co do wykazywanego doświadczenia w zakresie systemu transportu bagażu rejestrowanego wraz z wielopoziomowym systemem kontroli bezpieczeństwa bagażu, niżli literalnie zostało to wyrażone przez Zamawiającego w postanowieniach SIWZ. Zgodnie z opisem warunku wykonawca miał wykazać się system transportu bagażu, który był realizowany wraz z wielopoziomowym system kontroli bezpieczeństwa bagażu. Z dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie przez Konsorcjum Logan (Logan Teleflex (UK Ltd i Kunming Logan – KSEC Airport Logistics Systems Ltd) inwestycji dla Portu Lotniczego Kunming wynika, że wykonawca ten zrealizował system transportu bagażu na nowym lotnisku Kunming, zaś w zakres tego przedsięwzięcia wchodziło szereg prac, w tym m.in. 200 stanowisk odpraw, w zakres których może także wchodzić system kontroli bezpieczeństwa bagażu. Powyższe jest wprost potwierdzone w wykazie prac przedstawionym przez Przystępującego wraz z ofertą. Okoliczność, iż w zakres tego przedsięwzięcia wchodziło również wykonanie dostawy, montażu i uruchomienia wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu, została dodatkowo potwierdzona przez samą firmę Logan Teleflex (UK) Ltd w oświadczeniu z dnia 9 września 2013 r. złożonym przez Przystępującego Zamawiającemu przy piśmie z tej samej daty, które to oświadczenie potwierdził również przedstawiciel inwestora, tj. Portu Lotniczego w Kunming.

Zdaniem Izby Przystępujący w wystarczający sposób w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tak poprzez dokumenty załączone do oferty, jak i udzielone wyjaśnienia co do treści tych dokumentów, potwierdzone dodatkowo dokumentami wystawionymi przez podmioty bezpośrednio zaangażowane w realizację przedmiotowej inwestycji (bezpośredni wykonawca oraz inwestor), wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący tymczasem kwestionując to doświadczenia i wywodząc zupełnie inny zakres realizacji inwestycji powołał się na wyciąg ze specyfikacji technicznej dla wskazanego projektu w Kunming z sierpnia 2009 r., przedstawiając w tym zakresie wybrane strony tej dokumentacji i wywodząc z ich treści, że postępowaniem tym nie była objęta dostawa urządzeń rentgenowskich oraz, że wykonawca tego systemu będzie musiał konsultować określone kwestie ze zwycięzcą przetargu na wielopoziomowy system kontroli bezpieczeństwa, co z kolei wskazuje niewypełnienie warunku wiedzy i doświadczenia oraz

podanie nieprawdziwych informacji przez Przystępującego. Odnosząc się do tych dowodów Izba stwierdziła, że fragment dokumentacji technicznej z postępowania, na który powołuje się Odwołujący, podważając tym samym oświadczenie złożone przez samego inwestora, nie może być uznany za wiarygodny dowód w sprawie. Przywoływane strony dokumentacji mogą wskazywać co najwyżej na uprawdopodobnienie wyłączenie z danego postępowania urządzeń X-ray dwutunelowe, X-ray jednotunelowe oraz X-ray do nadgabarytu, co nie oznacza, że system kontroli bezpieczeństwa bagażu nie był realizowany w ramach tej inwestycji. Jest to bowiem jedynie mały fragment dokumentacji z postępowania, zresztą nie wiadomo też czy jest to ostateczna wersja dokumentacji technicznej, czy jeszcze w toku postępowania nie była ona zmieniana, czy też w innych miejscach tej dokumentacji nie wskazano na dostawę innych, czy podobnych urządzeń skanujących, czy też wreszcie, czy w ramach tej inwestycji nie realizowano prac dodatkowych obejmujących dostawę tych urządzeń. Jak podkreślono powyżej z opisu warunku udziału w tym postępowaniu nie wynika, że Zamawiający oczekiwał wykazania się przez wykonawców dostawą właśnie wskazywanych przez Odwołującego jako warunek *sine qua non* wykonania systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu urządzeń. W opisie warunku Zamawiający nie oczekiwał także od wykonawców wykazania się dostawą pojemnika pirotechnicznego jako elementu V poziomu kontroli bezpieczeństwa. Tym samym również ten element nie musiał być w sposób szczególny wykazywany przez wykonawców w ramach niniejszego postępowania dla wypełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Dodatkowo w oświadczeniu firmy Logan Teleflex (UK) Ltd z dnia 9 września 2013 r., przedłożonym przez Przystępującego Zamawiającemu na jego wezwanie do złożenia wyjaśnień, przedstawiciel lotniska Kunming potwierdził, że przedmiotowe zamówienie obejmowało również dostawę, montaż i uruchomienie wielopoziomowego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu. Podważanie tego dokumentu przez Odwołującego w toku rozprawy z argumentacją, iż nie było możliwe podpisanie w dniu 9 września 2013 r. przez wskazaną osobę (przedstawiciela lotniska Kunming) wskazanego oświadczenia i dostarczenie go w tej samej dacie Zamawiającemu, zdaniem Izby w dobie nowoczesnych środków elektronicznego przekazu w dzisiejszym obrocie jest niewiarygodne.

Należy też podkreślić, że dla wypełniania warunku wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę konieczne było wykazanie się realizacją jednej inwestycji. Tymczasem Przystępujący w swojej ofercie wykazał dwie inwestycje, które – zdaniem Izby – potwierdzają wypełnienie wskazanego warunku udziału w postępowaniu.

Z tych też względów – zdaniem Izby – nie potwierdziły się zarzuty odwołania co do niespełniania warunku wiedzy i doświadczenia, jak i podania w tym zakresie przez Przystępującego nieprawdziwych informacji.

Co do zarzutu podania nieprawdziwych informacji w ofercie Przystępującego dodatkowo należy podkreślić, że dla potwierdzenia się wypełnienia przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, skutkującej wykluczeniem wykonawcy z postępowania, zgodnie z aktualnym orzecnictwem sądów okręgowych rozpoznających skargi na orzeczenia KIO (Sąd Okręgowy w Warszawie wyrok z dnia 19 lipca 2012 r.; sygn. akt: IV Ca 683/12, Sąd Okręgowy w Toruniu wyrok z dnia 6 grudnia 2012 r.; sygn. akt: VI Ga 134/12 i Sąd Okręgowy w Szczecinie wyrok z dnia 25 stycznia 2013 r.; sygn. akt: II Ca 1285/12) konieczne jest wykazanie wprowadzenie Zamawiającego w błąd przez wykonawcę w sposób umyślny. Zgodnie z powyższym nie będzie zatem podstawą wykluczenia z postępowania w oparciu o wskazaną przesłankę, a także w kontekście przepisów prawa wspólnotowego (art. 45 ust. 2 lit. g) Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z dnia 30 kwietnia 2004 r.)) okoliczność nieświadomego wprowadzenie przez wykonawcę w błąd zamawiającego, np. co do kwestii odmiennego rozumienia opisu, a tym samym także zakresu warunku udziału w postępowaniu. Powyższe kwestie w ogóle nie były przedmiotem dowodzenia przez Odwołującego, który zarzucał Przystępującemu podanie nieprawdziwych informacji w postępowaniu, co nie skutkowało czynnością Zamawiającego wykluczenia go z postępowania.

Z tych też względów Izba stwierdziła, iż nie potwierdziło się naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczzonego przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz - stosownie do § 3 pkt 2) wskazanego rozporządzenia - koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 2 000 zł i koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę Izby w kwocie: 942, 88 zł wynikające z rachunków przedłożonych do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....