

WYROK
z dnia 30 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka
Beata Konik
Maksym Smorczewski

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 września 2022 r. przez odwołującego: wykonawcę Siltec Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - 3 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Krakowie

przy udziale:

- A. wykonawcy Zakład Systemów Komputerowych ZSK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy Elektrotim Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- C. wykonawcy Megmar Logistics & Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kutnie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

- D. wykonawcy Przedsiębiorstwo Badawczo-Produkcyjne Aviomet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu nr 6, 7, 8, 9, 10, 11 pkt b oraz 12.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: wykonawcę Siltec Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa - 3 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Krakowie prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę, instalację, konfigurację, uruchomienie, przeprowadzenie testów oraz świadczenie usług wsparcia technicznego i konserwacji Automatycznego Systemu Informacji Lotniskowej – ATIS (Automatic Terminal Information Service) w latach 2022 - 2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 8 kwietnia 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 070-183018.

I. W dniu 15 września 2022 r. wykonawca Siltec Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, zarzucając im naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”:

w zakresie oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Przedsiębiorstwo Badawczo – Produkcyjne AVIOMET sp. z o.o., ul. płk Kazimierza Leskiego 9, 01-485 Warszawa (dalej jako: „Aviomet”):

Zarzut nr 1 - art. 176 ust. 2 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Aviomet, pomimo tego, że z „Wykazu pracowników realizujących przedmiot zamówienia” (dalej jako: „Wykaz pracowników”) stanowiącego załącznik nr 4 do Opisu Potrzeb i Wymagań (dalej jako „OPW”) nie wynika, że Aviomet wykazał spełnienie warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego dysponowania kadrą techniczną o odpowiednich kompetencjach, określonego w pkt 4.1 ust. 3 lit. d) tiret pierwszy OPW;

Zarzut nr 2 - art. 176 ust. 2 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 119 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Aviomet, pomimo tego, że Aviomet nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, określonego w pkt 4.1 ust. 2 lit. d) tiret pierwszy OPW z uwagi na to, że w zakresie tego warunku nie doszło do skutecznego udostępnienia zasobów na rzecz Aviomet przez podmiot trzeci, tj. ACAMS AS, Olaf Helsetts vei 6, 0694 Oslo, Norwegia (dalej jako: „ACAMS”);

Zarzut nr 3 (ewentualny do zarzutów nr 1 i 2) - art. 128 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Aviomet do poprawienia, uzupełnienia lub wyjaśnienia:

- a) wykazu pracowników,
- b) zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby,

- w sytuacji, w której wykaz pracowników nie potwierdzał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, określonego w pkt 4.1 ust. 2 lit. d tiret pierwszy OPW, a zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzało, że stosunek łączący Aviomet z podmiotem udostępniającym zasoby pozwala uznać, że Aviomet będzie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu;

Zarzut nr 4 (ewentualny do zarzutów nr 1 i 2) - art. 178 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 3 w zw. z art. 119 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne przyznanie punktów w ramach kryteriów selekcji za wartość dostaw, podczas gdy ze względu na to, że:

- a) nie doszło do skutecznego udostępnienia potencjału z uwagi na to, że w wykazie pracowników nie wskazano personelu podmiotu trzeciego, który ma uczestniczyć w realizacji zamówienia, a z treści zobowiązania do udostępnienia zasobów wynika, że zasoby zostaną udostępnione m.in. poprzez zaangażowanie personelu podmiotu trzeciego w realizację zamówienia oraz
- b) zobowiązania podmiotu trzeciego jak również wykazu pracowników jako podmiotowych środków dowodowych nie można uzupełnić lub poprawić na potrzeby spełnienia kryteriów selekcji

- w związku z czym łączna wartość projektów ocenianych w ramach kryteriów selekcji powinna wynieść 0 zł albo tyle, ile wynosi warunek udziału w postępowaniu (wykonawca nie powinien otrzymać żadnych dodatkowych punktów w ramach kryteriów selekcji);

w zakresie oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Megmar Logistics & Consulting sp. z o.o., ul. Marii Skłodowskiej-Curie 10, 99-300 Kutno (dalej jako: „Megmar”):

Zarzut nr 5 - art. 178 ust. 1 w zw. z art. 177 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne przyznanie punktów w ramach kryteriów selekcji za wartości dostaw powołanych w wykazie dostaw, podczas gdy dokładnej wartości nie da się ustalić (jedyne co można ustalić to to, że ta wartość jest wyższa niż warunek udziału w postępowaniu);

w zakresie oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Comsa Instalaciones y Sistemas Industriales, S.A.U, Avenida de Roma, nr 25-27, 08029 Barcelona, Hiszpania, działającej na terenie Rzeczypospolitej Polskiej poprzez oddział przedsiębiorcy

Comsa Instalaciones y Sistemas Industriales, S.A. Spółka Akcyjna Oddział w Polsce z siedzibą przy al. Jerozolimskie 100, 00-807 Warszawa (dalej jako: „Comsa”):

Zarzut nr 6 - art. 176 ust. 2 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu pomimo tego, że nie wykazano spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, określonego w pkt 4.1 ust. 3 lit. d tiret drugie OPW z uwagi na to, że w zakresie tego warunku nie doszło do skutecznego udostępnienia zasobów (zobowiązanie podmiotu trzeciego jest zbyt lakoniczne i nie spełnia wymogów z ustawy Pzp);

Zarzut nr 7 - art. 178 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 3 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne przyznanie punktów w ramach kryteriów selekcji za wartość projektów, podczas gdy ze względu na to, że nie doszło do skutecznego udostępnienia potencjału z uwagi na wadliwość zobowiązania podmiotu trzeciego, a zobowiązania tego jako podmiotowego środka dowodowego nie można uzupełnić lub poprawić na potrzeby spełnienia kryteriów selekcji, w związku z czym łączna wartość projektów powinna wynieść tyle ile wynosi warunek udziału w postępowaniu (wykonawca nie powinien otrzymać żadnych dodatkowych punktów w ramach kryteriów selekcji);

Zarzut nr 8 (ewentualny do zarzutu nr 6 i 7) - art. 128 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Comsy do poprawienia, uzupełnienia lub wyjaśnienia zobowiązania do udostępnienia zasobów w postaci zdolności zawodowej i technicznej (w ramach warunku udziału w postępowaniu), w sytuacji w której zobowiązanie jest niekompletne;

w zakresie oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Elektrotim S.A., ul. Stargardzka 8, 54-156 Wrocław (dalej jako: „Elektrotim”):

Zarzut nr 9 - art. 176 ust. 2 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 119 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu pomimo tego, że nie wykazano spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, określonego w pkt 4.1 ust. 3 lit. d tiret drugi OPW z uwagi na to, że w zakresie tego warunku nie doszło do skutecznego udostępnienia zasobów (zobowiązanie podmiotu trzeciego jest zbyt lakoniczne i nie spełnia wymogów z ustawy Pzp);

Zarzut nr 10 - art. 178 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 3 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne przyznanie punktów w ramach kryteriów selekcji za wartość projektów, podczas gdy ze względu na to, że nie doszło do skutecznego udostępnienia potencjału z uwagi na wadliwość zobowiązania podmiotu trzeciego oraz ze względu na ograniczenie zakresu zobowiązania wyłącznie do warunku udziału w postępowaniu (a nie dodatkowo – jak czyni to

wykonawca – do kryteriów selekcji), a zobowiązania tego jako podmiotowego środka dowodowego nie można uzupełnić lub poprawić na potrzeby spełnienia kryteriów selekcji (a jedynie na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu), w związku z czym łączna wartość projektów powinna wynieść tyle ile wynosi warunek udziału w postępowaniu (wykonawca nie powinien otrzymać żadnych dodatkowych punktów w ramach kryteriów selekcji);

Zarzut nr 11 (ewentualny do zarzutu nr 10) art. 178 ust. 1 w zw. z art. 177 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne przyznanie punktów w ramach kryteriów selekcji za wartości projektów, podczas gdy:

- a) Elektrotim powołał się w wykazie dostaw na potrzeby kryteriów selekcji na dostawę (realizowaną na rzecz Naviar), która nie została ukończona przed upływem terminu składania wniosku, podczas gdy zamawiający wymagał od wykonawców powołania ukończonych dostaw;
- b) Elektrotim powołał w wykazie łączną wartość kilku umów realizowanych w latach 2006 - 2011 w ramach projektu realizowanego na rzecz Danish Defence Acquisition and Logistics Organization, podczas gdy zamawiający punktował pojedyncze dostawy lub usługi (rozumiane jako jedna umowa) należycie ukończone w okresie maks. 7 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- c) dokładnej wartości dostaw nie da się ustalić;

Zarzut nr 12 (ewentualny do zarzutu nr 10) art. 128 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Elektrotim do poprawienia, uzupełnienia lub wyjaśnienia zobowiązania do udostępnienia zasobów w ramach zdolności zawodowej i technicznej (w ramach warunku udziału w postępowaniu), w sytuacji w której zobowiązanie jest niekompletne;

Zarzut nr 13 - art. 178 ust. 1 w zw. z art. 176 ust. 3 PZP ustawy Pzp poprzez zaniechanie zaproszenia odwołującego do dialogu i uznania jego wniosku za odrzucony, w sytuacji w której wniosek odwołującego plasuje się na pierwszym miejscu listy rankingowej, a odwołujący podlega zaproszeniu do kolejnego etapu postępowania.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,

- przeprowadzenia ponownego badania i oceny wniosków zgodnie z zarzutami powołanymi w treści odwołania,
- ewentualnie wezwanie wykonawców do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów zgodnie z zarzutami powołanymi w treści odwołania,
- zaproszenie odwołującego do dialogu.

II. Pismem wniesionym w dniu 26 września 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu części zarzutów odwołania, tj. zarzutów oznaczonych w odwołaniu nr 6, 7, 8, 9, 10, 11 pkt b oraz 12. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili następujący wykonawcy:

- Zakład Systemów Komputerowych ZSK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (po stronie odwołującego),
- Elektrotim Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu (po stronie zamawiającego),
- Megmar Logistics & Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kutnie (po stronie zamawiającego),
- Przedsiębiorstwo Badawczo-Produkcyjne Aviomet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (po stronie zamawiającego).

Wykonawcy zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie zgłosili sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec złożenia przez zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu części zarzutów odwołania, tj. zarzutów oznaczonych w odwołaniu nr 6, 7, 8, 9, 10, 11 pkt b oraz 12, oraz braku sprzeciwu ze strony wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego, postępowanie odwoławcze w zakresie ww. zarzutów podlegało umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba uznała, że w zakresie pozostałych zarzutów odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Zarzut nr 1 – zarzut naruszenia art. 176 ust. 2 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 16 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie ww. przepisów poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Aviomet, pomimo tego, że z Wykazu pracowników stanowiącego załącznik nr 4 do OPW nie wynika, że Aviomet wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania kadrą techniczną o odpowiednich kompetencjach. Odwołujący wskazał, że zgodnie z opisem warunku udziału w postępowaniu zawartym przez zamawiającego w OPW (pkt. 4.1 ust. 2 lit. d tiret pierwszy), wykonawcy powinni dysponować kadrą techniczną posiadającą szczegółową znajomość zasad działania, instalacji i montażu systemów ATIS lub innych kompleksowych zautomatyzowanych systemów związanych z bezpieczeństwem lotów wykorzystujących łączność radiową oraz przetwarzających dane meteorologiczne, użytkowanych na lotniskach. Odwołujący stwierdził, że w myśl ust. 6.1 lit. g OPW, w celu wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, wykonawcy byli zobowiązani do złożenia wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia wg załącznika nr 4 do OPW. Aviomet, w ramach wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, powołał w wykazie pracowników jedną osobę: Panią D. M. Ł., a jako funkcję i zakres czynności wykonywanych w trakcie realizacji umowy wskazał: „menadżer projektu”. Po drugie, rola, jaka została przypisana Pani D. Ł. (menadżer projektu), zdaniem odwołującego, nie ma związku z wiedzą techniczną, w szczególności w zakresie zasad działania, instalacji i montażu systemów ATIS. W związku z powyższym odwołujący stwierdził, że Aviomet nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania kadrą techniczną.

Okoliczności faktyczne dotyczące treści postanowień OPW oraz dokumentów złożonych w postępowaniu przez Aviomet nie były pomiędzy stronami sporne. Iza uznała, że odwołujący nie wykazał zasadności ww. zarzutu. Po pierwsze, przypisanie danej osobie funkcji menadżera projektu nie oznacza braku posiadana przez tę osobę kompetencji technicznych, w tym wymaganej przez zamawiającego szczegółowej znajomości zasad działania, instalacji i montażu systemów ATIS lub innych kompleksowych zautomatyzowanych systemów związanych z bezpieczeństwem lotów wykorzystujących łączność radiową oraz przetwarzających dane meteorologiczne, użytkowanych na lotniskach. Po drugie, zamawiający nie przewidział w toku postępowania szczegółowego badania spełnienia przez wykonawcę ww. warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania kadrą techniczną. Wykaz osób, na który to dokument powołał się odwołujący, w przeważającej mierze dotyczył kwestii bezpieczeństwa informacji niejawnych. Odwołujący nie wskazał żadnego postanowienia OPW, z którego miałyby wynikać, że sprawdzenie posiadania przez personel wykonawcy wskazanej wiedzy technicznej ma mieć miejsce w oparciu o informacje dotyczące funkcji, zakresu wykonywanych czynności w trakcie realizacji umowy, jak i nie wskazał żadnego innego

dokumentu żądanego przez zamawiającego na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu. Skoro zatem zamawiający nie wymagał podania przez wykonawców szczegółowych informacji w zakresie kwalifikacji kadry technicznej, a z drugiej strony przypisanie danej osobie funkcji menadżera projektu nie wyklucza posiadania przez nią wiedzy technicznej, to nie można podzielić stanowiska odwołującego co do braku wykazania przez Aviomet ww. warunku udziału w postępowaniu i uznać zasadności podniesionego w tym zakresie zarzutu.

Zarzut nr 2 – zarzut naruszenia art. 176 ust. 2 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) w. zw. z art. 119 w zw. z art. 16 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie ww. przepisów poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Aviomet, pomimo tego, że Aviomet nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, określonego w pkt 4.1 ust. 2 lit. d) tiret pierwszy OPW z uwagi na to, że w zakresie tego warunku nie doszło do skutecznego udostępnienia zasobów na rzecz Aviomet przez podmiot trzeci, tj. ACAMS. Odwołujący stwierdził, że z treści zobowiązania ACAMS o udostępnieniu zasobu z dnia 5 maja 2022 r. wynika, że intencją wykonawcy było uzyskanie zasobów w zakresie zdolności technicznej i zawodowej m.in. poprzez udostępnienie kadry technicznej posiadającej szczegółową znajomość zasady działania, instalacji i montażu systemów ATIS na lotniskach. Odwołujący wskazał, że sposób udostępniania zasobu jest tożsamy z treścią warunku w postępowaniu. Odwołujący wywodzi stąd, że intencją Aviometu w złożeniu zobowiązania było wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednią kadrą techniczną. W ocenie odwołującego fakt udostępnienia zasobu w postaci wykwalifikowanej kadry technicznej posiadającej wiedzę na temat systemów ATIS w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu powinien zostać odzwierciedlony w wykazie pracowników realizujących przedmiot zamówienia (załącznik nr 4 do OPW). Odwołujący stwierdził, że tak się jednak nie stało – w wykazie pracowników została wskazana wyłącznie jedna osoba (D. M. Ł.), która – jak należy zakładać – nie jest pracownikiem firmy ACAMS. Odwołujący wywodzi z powyższej okoliczności, że w rzeczywistości udostępnienie zasobów przez ACAMS ma charakter iluzoryczny, fasadowy.

Okoliczności faktyczne dotyczące treści postanowień OPW oraz dokumentów złożonych w postępowaniu przez Aviomet nie były pomiędzy stronami sporne. Iza uznała, że odwołujący nie wykazał zasadności ww. zarzutu. W treści zobowiązania ACAMS z dnia 5 maja 2022 r. jako sposób wykorzystania udostępnionych zasobów wskazano:

- „nasza kadra techniczna, która posiada szczegółową znajomość zasady działania, instalacji i montażu systemów ATIS na lotniskach, będzie do dyspozycji Wykonawcy podczas instalacji, konfiguracji, uruchomienia i testowania dostarczonych systemów ATIS,
- nasi wykładowcy będą do dyspozycji Wykonawcy w zakresie wykonania szkolenia przedstawicieli Odbiorców”;

Z treści ww. zobowiązania wynika, że ACAMS przekazuje do dyspozycji Aviomet swoją kadrę techniczną jako sposób wykorzystania zasobów oddanych w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej – w zakresie posiadanego doświadczenia. Nie oznacza to jednak, że Aviomet zobowiązany był powołać się na oddaną mu do dyspozycji kadrę techniczną na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej - w zakresie personelu wykonawcy. Odwołujący nie wskazał na żadne postanowienie OPW, z którego miałyby wynikać, że Wykaz pracowników (wg załącznika nr 4 do OPW) miał zawierać wyczerpującą listę osób, które będą brać udział w realizacji zamówienia. Nie wynika to z postanowienia zawartego w pkt 4.1 2) lit. d) OPW, na który powołał się odwołujący w toku rozprawy. Zgodnie z tym postanowieniem: *Zamawiający wymaga aby Wykonawca dysponował kadrą techniczną posiadającą szczegółową znajomość zasady działania, instalacji i montażu systemów ATIS lub innych kompleksowych zautomatyzowanych systemów związanych z bezpieczeństwem lotów wykorzystujących łączność radiową oraz przetwarzających dane meteorologiczne, użytkowanych na lotniskach. Ponadto Wykonawca zobowiązany będzie do prac związanych z realizacją przedmiotu zamówienia skierować wyłącznie specjalistów posiadających aktualne poświadczenie bezpieczeństwa o klauzuli minimum „ZASTRZEŻONE”, lub upoważnienie do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „ZASTRZEŻONE”.* W ocenie składu orzekającego Izby stwierdzenie, że wykonawca zobowiązany był do podania pełnej listy personelu na etapie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu należy uznać za zbyt daleko idące i nie znajdujące oparcia w ww. postanowieniu OPZ. Skoro Aviomet nie był zobowiązany do przedstawienia wykazu personelu ACAMS, który udostępnił mu swoje zasoby na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej - w zakresie doświadczenia, nieuczynienie tego nie może świadczyć o braku realności udostępnianych zasobów, a w konsekwencji o niewykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy również dodać, że zgodnie z przepisem art. 118 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby jest podstawowym dokumentem składanym przez wykonawcę na potwierdzenie okoliczności oddania mu do

dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia. Co do zasady wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia dodatkowych oświadczeń lub dokumentów.

Zarzut nr 3 – zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie ww. przepisów poprzez zaniechanie wezwania Aviomet do poprawienia, uzupełnienia lub wyjaśnienia: a) wykazu pracowników, b) zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby - w sytuacji, w której wykaz pracowników nie potwierdzał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, określonego w pkt 4.1 ust. 2 lit. d tiret pierwszy OPW, a zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzało, że stosunek łączący Aviomet z podmiotem udostępniającym zasoby pozwala uznać, że Aviomet będzie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu.

W konsekwencji stwierdzenia niezasadności zarzutów nr 1 i 2 Izba uznała, że również zarzut nr 3 nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nr 4 - zarzut naruszenia art. 178 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 3 w zw. z art. 119 w zw. z art. 16 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie ww. przepisów poprzez bezpodstawne przyznanie punktów w ramach kryteriów selekcji za wartość dostaw, podczas gdy ze względu na to, że: a) nie doszło do skutecznego udostępnienia potencjału z uwagi na to, że w wykazie pracowników nie wskazano personelu podmiotu trzeciego, który ma uczestniczyć w realizacji zamówienia, a z treści zobowiązania do udostępnienia zasobów wynika, że zasoby zostaną udostępnione m.in. poprzez zaangażowanie personelu podmiotu trzeciego w realizację zamówienia oraz b) zobowiązania podmiotu trzeciego jak również wykazu pracowników jako podmiotowych środków dowodowych nie można uzupełnić lub poprawić na potrzeby spełnienia kryteriów selekcji - w związku z czym łączna wartość projektów ocenianych w ramach kryteriów selekcji powinna wynieść 0 zł albo tyle, ile wynosi warunek udziału w postępowaniu (wykonawca nie powinien otrzymać żadnych dodatkowych punktów w ramach kryteriów selekcji).

W konsekwencji stwierdzenia niezasadności zarzutów nr 1 i 2 Izba uznała, że również zarzut nr 4 nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do poczynionej przez odwołującego uwagi, że „w dniu 18 sierpnia 2022 r. Zamawiający wzywał Aviomet do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych

dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby (m. in. informacji z KRK), co dodatkowo uzasadnia argument o niezasadnym naliczeniu punktacji wykonawcy Aviomet (z uwagi na treść art. 128 ust. 3 PZP, który uniemożliwia uzupełniania podmiotowych środków dowodowych, które dotyczą kryteriów selekcji) – należy wskazać, że informacja z KRK podmiotu udostępniającego zasoby podlega badaniu w kontekście braku podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, a nie kryteriów selekcji.

Zarzut nr 5 – zarzut naruszenia art. 178 ust. 1 w zw. z art. 177 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz Zarzut nr 11 c) – zarzut naruszenia art. 178 ust. 1 w zw. z art. 177 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie ww. przepisów poprzez bezpodstawne przyznanie wykonawcom Megmar oraz Elektrotim punktów w ramach kryteriów selekcji za wartości dostaw powołanych w wykazie dostaw, podczas gdy dokładnej wartości nie da się ustalić (jedyne co można ustalić to to, że ta wartość jest wyższa niż warunek udziału w postępowaniu). Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 4.3.1 OPW na potrzeby kryteriów selekcji, obowiązkiem wykonawców było przedstawienie wykazów dostaw z przedstawieniem wartości powołanych dostaw. Dzięki temu zamawiający mógł zliczyć wartość dostaw zrealizowanych przez wykonawców lub przez podmioty udostępniające zasoby i na tej podstawie stworzyć klasyfikację wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w celu ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do kolejnego etapu. W ocenie odwołującego z powyższego postanowienia nie wynika uprawnienie wykonawców do podawania wartości zrealizowanych usług „w przybliżeniu”, lecz wynika obowiązek wskazania konkretnych kwot, dzięki czemu zamawiający, w sposób pozbawiony jakichkolwiek wątpliwości, mógł dokonać klasyfikacji wniosków. Odwołujący wskazał, że wykaz dostaw na potrzeby kryteriów selekcji przedłożony przez Megmar nie odpowiada wymogom wskazanym w OPW, gdyż w pięciu z sześciu usług wskazanych w wykazie dostaw wykonawca ten posługuje się ich przybliżoną wartością. W świetle powyższego, w ocenie odwołującego zamawiający w ogóle nie powinien klasyfikować wniosku Megmar w ramach kryteriów selekcji (powinien przyznać 0 punktów), ewentualnie uznać, że wykonawca wykonał dostawy o wartości odpowiadającej warunkowi udziału w postępowaniu (czyli 1.700.000 zł). Odwołujący wskazał, że również Elektrotim nie podał dokładnej wartości zrealizowanych usług. W trzech dostawach wskazanych w wykazie dostaw Elektrotim posługuje się ich przybliżoną wartością, podając wartość dostaw np. w następujący sposób: „ponad 400 000 euro”, „modernizacje systemów w ostatnich 5 latach przekroczyła wartość 1 000 000 euro” itp.

Okoliczności faktyczne dotyczące treści postanowień OPW nie były pomiędzy stronami sporne. Jak natomiast słusznie wskazał zamawiający odwołujący błędnie uznał, że w wykazach złożonych przez Megmar oraz Elektrotim podano jedynie przybliżoną wartość dostaw/usług. W rzeczywistości wartości dostaw/usług zostały podane poprzez posłużenie się znakiem większości w przypadku Megmar oraz takimi wyrażeniami jak „ponad”, „przekroczyła wartość” w przypadku Elektrotim. Taki sposób określenia wartości dostaw/usług pozwala na ustalenie ich wartości minimalnej, a w konsekwencji na dokonanie oceny wniosków wykonawców w ramach ustalonego kryterium selekcji. Izba nie stwierdziła, aby taki sposób podania wartości dostaw/usług sprzeciwiał się jakiegokolwiek postanowieniu OPW lub przepisowi ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że ww. zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie.

Zarzut nr 11 a) – zarzut naruszenia art. 178 ust. 1 w zw. z art. 177 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie ww. przepisów ustawy Pzp poprzez bezpodstawne przyznanie Elektrotim punktów w ramach kryteriów selekcji za wartości projektów, podczas gdy Elektrotim powołał się w wykazie dostaw na potrzeby kryteriów selekcji na dostawę (realizowaną na rzecz Naviar w ramach projektu „NAVOS New Naviar ATIS-VOLMET Solution”), która nie została ukończona przed upływem terminu składania wniosku, podczas gdy zamawiający wymagał od wykonawców powołania ukończonych dostaw. Ww. zadanie zostanie ukończone w przypadku lotniska w Kopenhadze do dnia 11 listopada 2022 r., natomiast w przypadku lotniska w Roskilde do dnia 2 stycznia 2023 r. Odwołujący wskazał, że w dniu 8 lipca 2022 r. zamawiający wezwał Elektrotim do złożenia wyjaśnień „w zakresie wartości (kwoty brutto) zrealizowanej usługi w okresie od 10.03.2022 r. do upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”. W dniu 13 lipca 2022 r. Elektrotim udzielił następującego wyjaśnienia: *„Na potrzeby niniejszego przetargu dn. 12.07.2022 r. firma Insero poinformowała nas, że do dnia składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu tj. do 25.05.2022 r., zrealizowany i zafakturowany w projekcie pn. „NAVOS (New Naviar ATIS-VOLMET Solution” w zakresie dostawy, konfiguracji, uruchomienia, wykonania testów i świadczenia usług wsparcia technicznego i utrzymania systemu ATIS-VOLMET na lotniskach w Kopenhadze (CPH) oraz Roskilde (RKE) na rzecz firmy Naviar, został zakres prac o wartości 229 966 euro, co w przeliczeniu zgodnym z kursem NBP z dn. 08.04.2022 r. tj. 4,6405 zł wynosi 1 067 157,22 zł”*. Zdaniem odwołującego zamawiający błędnie uwzględnił w swojej ocenie dostawę realizowaną na rzecz Naviar, ponieważ nie była to dostawa ukończona przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – a tylko takie dostawy, zgodnie z treścią OPW,

podlegały punktacji. Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 4.3.1 OPW, jednym wyjątkiem, który pozwala na punktowanie dostaw lub usług nieukończonych przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu są świadczenia ciągle lub powtarzające się. Odwołujący zauważył, że w tym zakresie zamawiający powielił konstrukcję funkcjonującą na gruncie § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Odwołujący stwierdził, iż nie ulega wątpliwości, że dostawa systemu ATIS-VOLMET na lotniskach w Kopenhadze i Roskilde nie ma charakteru ani ciągłego, ani powtarzającego się – jest to świadczenie jednorazowe, możliwe do zrealizowania przez pojedyncze zachowanie wykonawcy.

Okoliczności faktyczne dotyczące treści postanowień OPW oraz dokumentów złożonych w postępowaniu przez wykonawcę Elektrotim nie były pomiędzy stronami sporne. Zgodnie z postanowieniem zawartym w pkt 4.3.1 OPW *w celu oceny wniosków w zakresie kryterium selekcji żądane będzie przedstawienie wykazu należycie wykonanych usług lub dostaw, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w zakresie realizacji dostaw lub usług dotyczących systemu ATIS na lotniskach bądź dostaw lub usług tożsamy z przedmiotem zamówienia o łącznej wartości nie mniejszej niż 1 700 000,00 zł (maksymalnie 10 dostaw lub usług).* Wymaga zauważenia, że ww. kryterium selekcji zostało przez zamawiającego sformułowane w ten sposób, że ocenie podlegały przedstawione przez wykonawców dostawy lub usługi dotyczące systemu ATIS na lotniskach, a nie wyłącznie dostawy tego systemu na lotniskach. W konsekwencji za wystarczające należy uznać powołanie się na wykonanie takich dostaw bądź usług, spełniających postawiony przez zamawiającego wymóg co do wartości. Przy czym, istotne znaczenie ma wykonanie określonych świadczeń stanowiących dostawy bądź usługi dotyczące systemu ATIS, a nie realizacja całej umowy, w skład której mogą wchodzić różne świadczenia. W ww. postanowieniu pkt 4.3.1 OPW, jak i w przepisie § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy mowa jest o wykonanych dostawach lub usługach, a nie umowach. Na potrzeby dokonania oceny w ramach ww. kryterium selekcji Elektrotim przedstawił zadanie: *Dostawa, konfiguracja, uruchomienie, wykonanie testów i świadczenie usług wsparcia technicznego i utrzymania systemu ATIS-VOLMET na lotniskach w Kopenhadze (CPH) oraz Roskilde (RKE).* W zakres ww. zadania wchodzi różnorodne świadczenia dotyczące systemu ATIS, w tym takie, które podlegają kwalifikacji jak świadczenia powtarzające się lub ciągle

(świadczenie usług wsparcia technicznego i utrzymania systemu). Należy podkreślić, że postawiony w tym zakresie zarzut sprowadzał się do stwierdzenia konieczności pominięcia ww. zadania w ramach oceny wniosku Elektrotim w kryterium selekcji z uwagi na to, że jego wykonanie nie zostało całkowicie zakończone, bez analizy mającej dotychczas (tj. do upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) miejsce realizacji różnorodnych świadczeń składających się na to zadanie, odpowiadających wymogom zawartym przez zamawiającego w opisie kryterium selekcji. Mając zatem na uwadze przedstawioną powyżej argumentacją należy stwierdzić, że okoliczność braku zakończenia całego zadania (umowy), której przedmiotem jest realizacja świadczeń o różnorodnym charakterze, w tym w szczególności świadczeń powtarzających się lub ciągłych, nie stanowi wystarczającej podstawy do stwierdzenia braku spełnienia wymogów zamawiającego postawionych na potrzeby oceny w ramach kryterium selekcji, a w konsekwencji uwzględnienia ww. zarzutu odwołania.

Zarzut nr 13 - art. 178 ust. 1 w zw. z art. 176 ust. 3 ustawy Pzp

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie ww. przepisów poprzez zaniechanie zaproszenia odwołującego do dialogu i uznania jego wniosku za odrzucony, w sytuacji w której wniosek odwołującego plasuje się na pierwszym miejscu listy rankingowej, a odwołujący podlega zaproszeniu do kolejnego etapu postępowania.

Mając na uwadze okoliczność uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów odwołania, co skutkuje koniecznością powtórzenia czynności badania i oceny wniosków, stwierdzenie zasadności ww. zarzutu nie jest możliwe na obecnym etapie postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie drugim sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze w zw. § 9 ust. 3 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....

.....