

Sygn. akt: KIO 2670/19

WYROK

z dnia 16 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2019 r. przez wykonawcę **„Nuctech Warsaw Company Limited” Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Port Lotniczy Gdańsk Sp. z o.o., ul. Słowackiego 200, 80-298 Gdańsk**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę „Nuctech Warsaw Company Limited” Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **„Nuctech Warsaw Company Limited” Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **„Nuctech Warsaw Company Limited” Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa** na rzecz **Portu Lotniczego Gdańsk Sp. z o.o., ul. Słowackiego 200, 80-298 Gdańsk** kwotę **5 975 zł 40 gr** (słownie: pięć tysięcy dziewięćset siedemdziesiąt pięć złotych czterdzieści groszy) poniesioną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu pełnomocników na posiedzenie Izby, noclegu pełnomocników, oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący :

Uzasadnienie

Port Lotniczy Gdańsk Sp. z o.o. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Dostosowanie systemu wielopoziomowej kontroli bezpieczeństwa bagażu rejestrowanego wraz z sortownią odlotową w Porcie Lotniczym Gdańsk do wymagań standardu 3 EDS ECAC wraz z przebudową i modernizacją. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 grudnia 2019 r. pod pozycją 2019/S 244-601497.

W dniu 30 grudnia 2019 r. wykonawca „Nuctech Warsaw Company Limited” Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

- a) treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) w zakresie:
 - i. opisu przedmiotu zamówienia, zawartego w Załączniku nr 11 - Tabela Wymagań EDS, punkt 12) w zakresie, w jakim Zamawiający określa wymóg przekazywania obrazu z urządzenia zainstalowanego obecnie na Poziomie III, na zamawianych urządzeniach Poziomu II oraz analogicznie w pkt I podp. 12 Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 13 do SIWZ) - co wobec braku interoperacyjności pomiędzy urządzeniami różnych producentów, faktycznie wskazuje na dostawcę zamawianego urządzenia,
 - ii. opisu przedmiotu zamówienia, zawartego w Załączniku nr 11 - Tabela Wymagań EDS, punkt 14) podp. a) w zakresie, w jakim Zamawiający określa minimalny wymiar tunelu kontrolnego, podając jego wysokość i szerokość - oraz analogicznie w I podp. 14 a) Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 13 do SIWZ), co wobec podanych parametrów wskazuje na konkretnego producenta urządzenia, wykluczając pozostałych oferentów i ograniczając konkurencję w postępowaniu - podczas gdy wystarczające z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego jest wskazanie wymiarów bagażu, obsługiwanego przez urządzenie EDS
- b) treści ogłoszenia o zamówieniu w zakresie wskazanych wyżej postanowień SIWZ i Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

a) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wskazanie parametrów przedmiotu zamówienia (wysokość i szerokość tunelu kontrolnego) oraz wymogu odtwarzania przez zaoferowane urządzenie EDS obrazu z urządzenia zainstalowanego obecnie na Poziomie III - co w praktyce oznacza konieczność zaoferowania skanera EDS produkowanego przez firmę Smith Detection, co ogranicza dostęp do zamówienia wyłącznie do autoryzowanego dystrybutora ww. producenta,

b) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wskazanie parametrów przedmiotu zamówienia (wysokość i szerokość tunelu kontrolnego) w sposób wykluczający możliwość dostawy urządzeń, które spełniają wszystkie parametry funkcjonalne oczekiwane przez Zamawiającego, przy mniejszych lub inaczej ukształtowanych wymiarach tunelu.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który sprawia, że wyłącznie urządzenia jednego producenta mogą być przedmiotem dostawy w ramach postępowania. Mając na uwadze realia rynkowe, oznacza to, iż w postępowaniu ofertę może złożyć w praktyce wyłącznie przedsiębiorca, który jest dystrybutorem producenta skanera EDS, wskazanego w sposób pośredni przez Zamawiającego - konkurencja na gruncie niniejszego postępowania jest zatem całkowicie wyłączona.

W ocenie Odwołującego, wymagania Zamawiającego, które w sposób pośredni wskazują na konkretne urządzenie firmy Smith Detection, nie są merytorycznie uzasadnione. Odwołujący stwierdził, że oczekiwania dotyczące minimalnego wymiaru tunelu kontrolnego skanera EDS, czy też wymóg wyświetlania na urządzeniu z Poziomu II obrazu generowanego przez inne (już posiadane przez Zamawiającego) urządzenie z Poziomu III, nie mają żadnego pokrycia w rzeczywistych i obiektywnych potrzebach Zamawiającego.

I. Wymóg dotyczący generowania obrazu z urządzeń zainstalowanych obecnie na Poziomie III.

Uzasadniając przedmiotowy zarzut Odwołujący wskazał na element opisu przedmiotu zamówienia, który, jak stwierdził, dyskryminuje (znacząco utrudnia realizację zamówienia) przez podmioty inne niż autoryzowany dystrybutor (względnie serwisant) urządzeń będących obecnie w dyspozycji Zamawiającego. Odwołujący zauważył przy tym, że dla podmiotów obecnych na rynku nie jest tajemnicą, urządzenia jakiego producenta są eksploatowane przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał na wymóg pokazywania na urządzeniach Poziomu II (skaner EDS dostarczany w ramach postępowania) obrazu z urządzenia rentgenowskiego posiadanego obecnie przez Zamawiającego, działającego na Poziomie III.

Jak zauważył Odwołujący, pozornie neutralny wymóg należy poddać ocenie z uwzględnieniem faktu, że obecne na rynku urządzenia kontroli bagażu (w tym posiadane przez Zamawiającego urządzenia Poziomu III) funkcjonują w oparciu o własne systemy operacyjne danego producenta. Systemy te mają charakter zamknięty, co oznacza, że nikt poza producentem urządzenia, nie ma możliwości ingerowania w oprogramowanie odpowiadające za dane urządzenie. Ograniczona jest również fizyczna ingerencja, w tym podłączanie zewnętrznych urządzeń wyjściowych.

Powyższe uwarunkowania faktyczne oznaczają, jak podał Odwołujący, że żaden producent nie może w sposób legalny doprowadzić do „podpięcia” urządzenia innego producenta do swojego skanera EDS. Odwołujący stwierdził, że w praktyce nie istnieje interoperacyjność pomiędzy urządzeniami EDS produkowanymi przez różnych producentów, która pozwalałaby na wzajemne wyświetlanie obrazu z innych (obcych) urządzeń kontrolujących. Każde urządzenie EDS, ze względu na swoją złożoność, stanowi samodzielne urządzenie, które jest częścią systemu w rozumieniu fizycznym, logistycznym, nie zaś w pojęciu informatycznym.

Odwołujący argumentował, że wymóg, aby dostarczony skaner EDS wyświetlał obraz z obecnie zainstalowanego urządzenia Poziomu III (urządzenia Smith Detection) sprowadza się do wymogu dostarczenia urządzenia tego samego producenta. Jak stwierdził Odwołujący, urządzenia innych producentów nie mają możliwości odtwarzania obrazu generowanego przez urządzenia Smith Detection. Nie jest to bowiem wymóg podłączenia kolejnego urządzenia wyjściowego do posiadanych urządzeń Poziomu III, lecz wymóg odtwarzania obrazu za pośrednictwem dostarczanego urządzenia EDS. Odwołujący zauważył, że w zestawieniu z kolejnymi danymi technicznymi, SIWZ i załączniki wprost wskazują na konkretny model. Odwołujący zaznaczył przy tym, że dotyczy to urządzenia, którego koszt nabycia odpowiada za zdecydowaną większość wartości zamówienia.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z uregulowaniami ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób:

a) jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, przy czym

b) przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Jak zauważył Odwołujący, niezależnie od zawartych w ustawie Pzp obowiązków zamawiającego przy określaniu przedmiotu zamówienia, uregulowania ustawy Pzp wprowadzają zakaz określania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Oznacza to konieczność eliminacji z określenia przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób czy konkretnego wykonawcę - nawet gdyby takie wskazanie było dokonane w sposób pośredni. Odwołujący wskazał, że na wymóg zachowania w prowadzonych postępowaniach zasad uczciwej konkurencji wielokrotnie zwracała uwagę Krajowa Izba Odwoławcza. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2016 r., sygn. akt: KIO 443/16, oraz uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2015 r., sygn. akt: KIO/KD 27/15. Odwołujący podkreślił, że wymóg „kompatybilności” z autonomicznym urządzeniem konkretnego producenta, pracującym w ramach zamkniętego systemu operacyjnego, charakterystycznego dla jego producenta, stoi w sprzeczności zasadami odczytywanymi przez Krajową Izbę Odwoławczą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego, całkowicie uzasadnione jest żądanie, aby z wymogów dotyczących skanera EDS usunąć wymóg dotyczący możliwości odtwarzania obrazu z obecnie posiadanego urządzenia, zwłaszcza, że mowa jest o urządzeniach, które mają działać na dwóch różnych poziomach kontroli. Odwołujący zaznaczył, że poza kwestią ograniczenia konkurencji, wymóg zawarty w pkt. 12 Tabeli Wymagań EDS nie ma merytorycznego sensu i uzasadnienia.

Odwołujący podał, że zgodnie z wymaganiami ECAC oraz wymaganiami Parlamentu Europejskiego m.in. Rozporządzeniem (WE) Nr 2320/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady, wymaga się między innymi, aby bagaż rejestrowany był kontrolowany przez urządzenia EDS przy zastosowaniu wielopoziomowego systemu kontroli, lub urządzenia konwencjonalnego min. dwuwidokowego, gdzie 100% obrazów musi zostać skontrolowanych przez operatora (urządzenia Poziomu III posiadane przez Zamawiającego).

W opinii Odwołującego, wymóg, aby te dwa sposoby kontroli stosować łącznie

w jednym czasie (co teoretycznie mogłoby uzasadniać skarżony wymóg) nie znajduje swojego uzasadnienia w przepisach, ponieważ zagraża on bezpieczeństwu pasażera. Zakłada on bowiem, że jeżeli bagaż zostanie zakwestionowany przez urządzenie normy 3 ECAC (docelowo 3.1), które jest obecnie najnowocześniejszą i najbardziej bezpieczną technologią, ma być sprawdzany ponownie przy użyciu obrazu z maszyny konwencjonalnej RTG (technologia przestarzała oraz dużo mniej dokładna) zamiast ponownie analizowany obraz z urządzenia EPS ECAC 3 (3.1) lecz przy większym dostępie czasu. Powodować to może realne zagrożenie, ponieważ operator będzie miał dostępny widok bagażu o słabszej jakości oraz tylko 2D zamiast 3D.

Odwołujący zauważył, że w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający opisał wielopoziomowy system kontroli bezpieczeństwa bez ponownego wykorzystywania urządzenia RTG podczas pracy podstawowej, co Odwołujący uznał za zgodne z przepisami oraz wiedzą techniczną.

Zdaniem Odwołującego, możliwe i akceptowalne jest dodatkowo, aby w przypadku awarii dwóch podstawowych urządzeń EDS jednocześnie (gdzie każde służy jako redundancja dla drugiego urządzenia), czyli w skrajnie mało prawdopodobnym przypadku, do kontroli wykorzystać istniejące urządzenie konwencjonalne dwuwidokowe zainstalowane na Poziomie 3, jednak wymóg, aby wyświetlać obrazy na stacji operatorskiej Poziomu 2, czyli poziomie niższym będącym częścią systemu EDS, jest w przekonaniu Odwołującego, niezgodny z przepisami oraz niebezpieczny - wówczas powinna mieć zastosowanie procedura właściwa dla Poziomu 3, w tym w szczególności nieograniczony czas na weryfikację bagażu.

Odwołujący podkreślił, że zaskarżony wymóg nie znajduje uzasadnienia w przepisach prawa, a jest wręcz z nimi niezgodny, jak również nie znajduje uzasadnienia w zasadach wykonywania kontroli bagażu oraz wiedzy technicznej, dodatkowo natomiast zaburza uczciwą konkurencję, ponieważ w rzeczywistości ogranicza możliwość złożenia oferty wyłącznie do jednego producenta, tj. firmy Smith Detection, którego to urządzenie jest zainstalowane na Poziomie 3, a nie jest częścią przedmiotowego projektu, czyli systemu EDS.

II. Zdefiniowanie wymiarów tunelu kontrolnego

Odwołujący podniósł, iż kolejnym przykładem nieuzasadnionego naruszenia konkurencji przez Zamawiającego, na skutek nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, są postanowienia Załączników nr 11 oraz 13 wskazujące na wymiary tunelu

kontrolnego skanerów EDS.

Jak stwierdził Odwołujący, Zamawiający w sposób szczegółowy określa wymogi techniczne i technologiczne dla Skanera EDS. Zdaniem Odwołującego, większość z nich ma swoje uzasadnienie w rzeczywistych potrzebach Zamawiającego, wynikających z międzynarodowych standardów, jak również nie ogranicza w sposób nadmierny kręgu potencjalnych wykonawców, czy też produktów możliwych do zaoferowania - analiza wymogów prowadzi do zidentyfikowania określonej grupy produktów podobnej klasy, zbliżonych pod względem parametrów użytkowych (m. in. spełniających rygorystyczne wymagania Standardu 3 ECAC).

Zdaniem Odwołującego, z tego schematu wyłamuje się, oprócz wymogu interoperacyjności z urządzeniem Poziomu 3, jeszcze jeden wymóg Zamawiającego, wskazany w podp. 14 a), w którym Zamawiający wskazał na minimalną szerokość i wysokość tunelu kontrolnego skanera EDS.

Odwołujący zadeklarował, że zdaje sobie sprawę, że Zamawiający musi zagwarantować sobie możliwość zbadania skanerem EDS bagaży o określonych gabarytach, stąd konieczność zagwarantowania odpowiedniego prześwitu tunelu kontrolnego. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że ta sama funkcjonalność (zdolność do skanowania bagażu o określonych wymiarach) nie jest związana z minimalną szerokością 1000 mm i wysokością 800 mm, jak również prostokątnym przekrojem tunelu. Tak samo duże bagaże można przeskanować w tunelu, który będzie miał przekrój sferyczny, a nie prostokątny, zaś wymiary, w niektórych miejscach, mniejsze niż wskazane przez Zamawiającego.

Odwołujący wyjaśnił, że część urządzeń dostępnych na rynku skonstruowana jest w sposób, który umożliwia skanowanie w tunelu kontrolnym bagaży o wymiarach pożądanym przez Zamawiającego (1000x750 mm), jednakże tunel jest zaprojektowany i wykonany w postaci tuby, zatem w przekroju nie sposób wyróżnić, w sposób nie budzący wątpliwości, jego szerokości i wysokości. W ocenie Odwołującego, zachodzi ryzyko, że takie urządzenia zostaną przez Zamawiającego uznane za niezgodne ze specyfikacją (pomimo tego, że posiadają wszystkie niezbędne właściwości, w tym odpowiednio duży prześwit).

Odwołujący podniósł, że z punktu widzenia Zamawiającego istotne nie jest to, jaki kształt i wielkość ma tunel kontrolny skanera EDS, lecz to, czy jest w stanie w sposób bezproblemowy obsłużyć bagaż rejestrowany, który to bagaż rejestrowany ma określone gabaryty, zdefiniowane na poziomie międzynarodowym i obowiązujące we wszystkich

cywilnych portach lotniczych.

Odwołujący podał, że zgodnie z rekomendacjami IATA (ang. International Air Transport Association, pol. Międzynarodowe Zrzeszenie Przewoźników Powietrznych), oraz obowiązującymi wymaganiami dotyczącymi wymiarów oraz mas bagaży w portach lotniczych, m.in. w Porcie Lotniczym im. Lecha Wałęsy w Gdańsku, maksymalne wymiary bagażu to:

- długość w mm: min. 300, średnio 700, max 1000,
- szerokość w mm: min. 300, średnio 500, max 750,
- wysokość w mm: min. 50, średnio 400, max 650,
- ciężar w kg: min. 2, średnio 18, max 50.

W przekonaniu Odwołującego, zastosowanie wymogu minimalnych wymiarów tunelu, zwłaszcza w wartościach przekraczających maksymalne dopuszczalne wymiary bagażu, jest wymogiem nadmiernym, nie odnajdującym odzwierciedlenia w faktycznych wymaganiach systemu, natomiast znacząco ogranicza konkurencję poprzez eliminację wiodących firm produkujących urządzenia EDS, np. Rapiscan oraz Nuctech (co przy dodatkowym wymogu, aby obraz był prezentowany w momencie wyjścia bagażu z maszyny EDS, wykluczającym producenta urządzeń L3, dopuszcza jedynie urządzenie produkcji Smith Detection).

Odwołujący zaznaczył przy tym, że elementem zamówienia jest dostosowanie całego systemu wielopoziomowej obsługi bagażu rejestrowanego, zatem również instalacja wszelkiego rodzaju urządzeń i rozwiązań pozycjonujących bagaż przed jego wprowadzeniem do tunelu kontrolnego EPS. Urządzenia te będą się różnić, w zależności od tego, jakie wymiary i kształt będzie miał tunel kontrolny.

W świetle powyższego oczywistym jest, zdaniem Odwołującego, że z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego, konieczne jest wyłącznie zagwarantowanie, aby dostarczony skaner EDS, wraz z pozostałymi elementami systemu, umożliwiał obsługę bagażu o gabarytach maksymalnych, wynikających z rozwiązań IATA.

Odwołujący wskazał, że określanie wymiarów tunelu kontrolnego skanera EDS nie odpowiada na żadne uzasadnione potrzeby Zamawiającego w stopniu większym, niż proponowany wymóg dotyczący funkcjonalności. Skarżony wymóg ogranicza natomiast zakres swobody potencjalnych wykonawców - na skutek dobranych przez Zamawiającego wartości - wskazując na konkretne urządzenie, a tym samym - konkretnego wykonawcę.

Odwołujący stwierdził, że działanie takie jest jaskrawym przykładem naruszenia, a wręcz całkowitego złamania zasady konkurencyjności. Odwołujący zaznaczył, że nie stoją za nim żadne rzeczywiste potrzeby Zamawiającego, których nie mógłby on zaspokoić przy jednoczesnym umożliwieniu konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Odwołujący zwrócił uwagę na wyrażaną w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zasadę, że na opis przedmiotu zamówienia mogą wpływać wyłącznie rzeczywiste i uzasadnione potrzeby Zamawiającego. Odwołujący przywołał wyrok Izby z dnia 3 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1100/19, w którym stwierdzono: „Zgodnie z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zamawiającemu nie wolno opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Należy jednak wyraźnie stwierdzić, że powyższy zakaz nie oznacza, że zamawiający zmuszony jest nabywać świadczenia, które nie odpowiadają jego uzasadnionym potrzebom. Proces udzielenia zamówienia, zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych, nie może bowiem służyć wyłącznie abstrakcyjnemu zapewnieniu uczciwej konkurencji. Proces udzielenia zamówienia musi służyć także temu, aby zamawiający zrealizował swój cel, czyli doprowadził do realizacji zamówienia. Nie chodzi przy tym o to, aby doszło do realizacji zamówienia w jakikolwiek sposób, ale o to, by realizacja tego zamówienia zapewniła osiągnięcie przez zamawiającego jego uzasadnionych potrzeb. Należy zatem podkreślić, że potrzeby zamawiającego muszą być uzasadnione. Oznacza to, że opis przedmiotu zamówienia zawierający elementy, które nie są zamawiającemu rzeczywiście potrzebne do osiągnięcia jego celów, a które ograniczają konkurencję, będzie niezgodny z art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych”.

Odwołujący wskazał, że cytowany powyżej wyrok doskonale odpowiada sytuacji, jaka ma miejsce na gruncie postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, tj.:

- opis przedmiotu zamówienia wyłącza jakąkolwiek konkurencję, wskazując na konkretny produkt,
- konkurencja jest wyłączona poprzez wymogi dotyczące wielkości tunelu kontrolnego - wykraczające nawet poza obowiązujące standardy IATA (większego niż maksymalny dopuszczalny wymiar bagażu rejestrowanego),
- Zamawiający nie jest w stanie wykazać, jakie to uzasadnione potrzeby stoją za koniecznością dostarczenia skanera o wymiarach tunelu 1000 x 800 mm, zamiast wymogu funkcjonalnego (zdolność obsługi bagażu rejestrowanego wg. parametrów IATA).

Odwołujący podał, że przypadek, w którym zamawiający domagał się dostarczenia skanera EDS o dokładnie opisanych wymiarach tunelu kontrolnego, był przedmiotem kontroli Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 18 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 585/19 Izba wskazała, że opis przedmiotu zamówienia zgodny z normami art. 7 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp powinien referować do możliwości obsługi bagażu o określonych wymiarach, a nie do wymiarów samego urządzenia lub jego części.

Odwołujący wniósł o:

a) nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w zakresie Załącznika nr 11 do SIWZ - Tabela Wymagań EDS, oraz analogicznie w Załączniku nr 13 - Opis Przedmiotu Zamówienia, poprzez wskazanie w punkcie 14 a), w miejsce obecnej treści, wymogu:

„urządzenia muszą umożliwiać kontrolę bagażu o wymiarach maksymalnych: długość 1000 mm, szerokość 750 mm, wysokość 650 mm”

b) nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w zakresie Załącznika nr 11 do SIWZ - Tabela Wymagań EDS, oraz analogicznie w Załączniku nr 13 Opis Przedmiotu Zamówienia - poprzez usunięcie wymogu z punktu 12

c) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w treści zmienionego ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanego w witrynie w witrynie Ted.europa.eu/TED w dniu 22 marca 2019 r. pod numerem 2019/S 244-601497 stosownie do nakazanej Zamawiającemu zmiany treści SIWZ.

Na posiedzeniu Zamawiający poinformował, że w dniu 13 stycznia 2020 r. dokonał modyfikacji treści SIWZ w zakresie:

„1. W załączniku nr 11 do SIWZ „Tabela Wymagań EDS” punkt 14a otrzymuje następujące brzmienie:

„musi umożliwiać prześwietlenie/kontrolę bagażu o wymiarach szer. 1000mm wys. 800mm w dowolnym ich ułożeniu”.

2. w załączniku nr 13 do SIWZ „Opis Przedmiotu Zamówienia” pkt I ppkt 14a otrzymuje następujące brzmienie:

„urządzenie musi umożliwiać prześwietlenie/kontrolę bagażu o wymiarach szer. 1000mm

wys. 800mm w dowolnym ich ułożeniu”.”

W pozostałym zakresie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

Izba stwierdziła, że odwołaniem objęty został zarzut dotyczący postawionego przez Zamawiającego wymogu przekazywania obrazu z urządzenia zainstalowanego obecnie na Poziomie III na urządzeniu Poziomu II, tj. wymogi z pkt 12 Załącznika nr 11 do SIWZ Tabela wymagań EDS oraz z pkt I ppkt 12 Załącznika nr 13 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia.

Załącznik nr 11 pkt 12 stanowi: „Obraz na stacjach Poziomu II z urządzenia obecnie zainstalowanego na Poziomie III”. W pkt I ppkt 12 Załącznika nr 13 do SIWZ Zamawiający ustanowił wymaganie wobec systemu: „Udostępniony obraz na stacjach Poziomu II z Urządzenia obecnie zainstalowanego na Poziomie III, gdy Urządzenie pracuje w trybie konwencjonalnym, przy ocenie 100% obrazów przez operatora.”

Ww. postanowienia traktują o wymaganiu wobec systemu, aby obraz z urządzenia obecnie zainstalowanego na Poziomie III udostępniony był na stacjach Poziomu II, nie zaś na skanerze, na co wskazywał Odwołujący w uzasadnieniu odwołania. Jednakże, w ocenie Izby, z uwagi na wskazanie przez Odwołującego postanowień SIWZ objętych zarzutem, jak też na treść argumentacji powołanej w uzasadnieniu odwołania, brak było podstaw do uznania, że zgodność wymagania z pkt 12 Załącznika nr 11 do SIWZ oraz z pkt I ppkt 12 Załącznika nr 13 do SIWZ z przepisami ustawy Pzp nie została objęta zarzutami odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie sprostął ciężarowi wykazania, że wymóg udostępniania obrazu z urządzenia zainstalowanego obecnie na Poziomie III na stacjach Poziomu II wskazuje wyłącznie na jednego dostawcę urządzenia. Zauważyć należy, że ciężar wykazania ograniczenia przez Zamawiającego konkurencji spoczywa na Odwołującym, zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp. Odwołujący tymczasem, za wyjątkiem własnego oświadczenia złożonego ustnie, jak też pisemnie w dniu 13 stycznia 2020 r., nie przedstawił dowodu na potwierdzenie stawianej tezy, nie złożył np. oświadczenia innych producentów urządzeń. Należy też mieć na uwadze, że żaden z potencjalnych wykonawców nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, nie poparł stanowiska prezentowanego przez Odwołującego.

Izba zważyła także, że Odwołujący nie wskazał na wykluczenie konkurencji, a na znaczące utrudnienie realizacji zamówienia przez podmioty inne niż autoryzowany dystrybutor czy serwisant (str. 3 odwołania). Odwołujący nie wykluczył też możliwości podłączenia zewnętrznych urządzeń wyjściowych – w odwołaniu Odwołujący wskazał na ograniczoną fizyczną ingerencję, ale nie stwierdził, że jest ona niemożliwa. Także w piśmie z dnia 13 stycznia 2020 r. Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. wskazała, że do wykonania przedmiotowej części zadania niezbędne będą: zgoda, wsparcie i udostępnienie technologii przez Smith Detection. Wykonawca nie stwierdził jednak, że jest to wykluczone, nie złożył na tę okoliczność dowodu. Wobec braku takiego dowodu, Izba uznała, że w sytuacji, gdyby to oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza, wola współpracy w tym fragmencie zamówienia ze strony dostawcy sprzętu, którym obecnie dysponuje Zamawiający, nie jest wykluczona.

Zamawiający podał, że sporny wymóg jest konsekwencją tego, że urządzenie obecnie zainstalowane na Poziomie III w ramach przedmiotu zamówienia ma zostać dostosowane do roli urządzenia konwencjonalnego (pkt II lit. a Załącznika nr 13 do SIWZ). W tych okolicznościach, obraz z tego urządzenia z przyczyn technicznych i systemowych musi być kierowany na stację operatorską Poziomu II. Zamawiający wyjaśnił, że nie jest możliwe dostosowanie do kontroli konwencjonalnej w trybie oceny 100% obrazów przez operatora urządzenia obecnie zainstalowanego na Poziomie III bez zapewnienia, że obrazy z tego urządzenia będą dostępne dla operatorów kontroli bezpieczeństwa w miejscu ich pracy, tzn. przekazywane na stacje kontroli bezpieczeństwa, na których pracują operatorzy kontroli bezpieczeństwa (w przypadku Zamawiającego są to stacje Poziomu II).

Izba wzięła pod uwagę, że Odwołujący objął odwołaniem wybiórcze postanowienia SIWZ, nie objął zarzutem innych postanowień SIWZ, które powiązane są nierozzerwalnie

z zaskarżonym wymogiem, w tym np. obowiązku wykonawcy polegającego na docelowym dostosowaniu istniejącego urządzenia prześwietlającego Poziomu II (SLS) wraz ze stacjami roboczymi do kontroli bagażu w trybie konwencjonalnym, tzn. w trybie oceny przez operatora, czy też postanowień dotyczących Etapu I zamówienia, na etapie którego wykonawca będzie zobowiązany dokonać analogicznej z technicznego punktu widzenia ingerencji, jak w zakresie zaskarżonym.

Izba miała także na względzie okoliczność, że przedmiot zamówienia obejmuje dostosowanie, modernizację, przebudowę istniejącego systemu. Co za tym idzie, wymogi Zamawiającego w naturalny sposób muszą odnosić się do ingerencji w posiadany system. Co za tym idzie, Izba uznała, że zaskarżone postanowienia SIWZ znajdują swoje uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego.

Powyższe, w kontekście nie sprostania ciężarowi dowodu przez Odwołującego, skutkowało oddaleniem przedmiotowego zarzutu, nie potwierdziło się bowiem naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp.

Rozpoznając zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przez wskazanie parametrów przedmiotu zamówienia - wysokość i szerokość tunelu kontrolnego - w sposób wykluczający możliwość dostawy urządzeń, które spełniają wszystkie parametry funkcjonalne oczekiwane przez Zamawiającego, przy mniejszych lub inaczej ukształtowanych wymiarach tunelu Izba, mając na względzie dyspozycję art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, wzięła pod uwagę modyfikację treści SIWZ dokonaną przez Zamawiającego w dniu 13 stycznia 2020 r. W wyniku ww. modyfikacji Zamawiający zrezygnował z określenia wymiarów tunelu kontrolnego na rzecz wskazania wymiarów bagażu, którego możliwość kontroli powinna być zapewniona. Na skutek powyższego, opis przedmiotu zamówienia w zakwestionowanym przez Odwołującego zakresie referuje do możliwości obsługi bagażu o określonych wymiarach, a nie do wymiarów samego urządzenia. Dokonana przez Zamawiającego modyfikacja skutkuje oddaleniem zarzutu w opisanym powyżej zakresie, bowiem uwzględnienie odwołania w tym przedmiocie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Izba stwierdziła, że Zamawiający wykazał zasadność utrzymania wielkości bagażu dotychczas obsługiwanego przez Zamawiającego (zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego, obecnie system posiadany przez Zamawiającego obsługuje bagaż o wymiarach 1000mmx800mm) oraz wykazał, że zachowana została konkurencja w tym przedmiocie. Zamawiający stwierdził, że urządzenia, które są zdolne do przeskanowania bagażu o określonych przez Zamawiającego wymiarach i spełniających pozostałe wymogi

SIWZ to przykładowo L3 MVT HR, L3 MV3D, Smiths Heimann 100080XCT, czy Surescan X1000. Na dowód powyższego Zamawiający złożył karty katalogowe ww. urządzeń potwierdzające zasadność stanowiska Zamawiającego.

Istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu jest także to, że przywoływane przez Odwołującego rekomendacje IATA nie stanowią przepisów prawa, a mają jedynie charakter zaleceń. Zamawiający wyjaśnił, że ok. 80% ruchu lotniczego w Porcie Lotniczym Gdańsk Sp. z o.o. obsługiwane jest przez przewoźników nie będących członkami IATA, w szczególności Wizz Air i Ryanair, którzy dopuszczają inne wymiary bagażu, niż wynikające z rekomendacji IATA. Na uwagę zasługuje także posiadany przez Zamawiającego system wózków Autoca transportujących bagaż – zgodnie z danymi technicznymi maksymalne wymiary materiału transportowanego to 2000mmx800x800mm. Zasadne jest zatem zapewnienie spójności skanera z ww. systemem wózków posiadany przez Zamawiającego. Izba miała ponadto na uwadze, że Port Lotniczy Gdańsk Sp. z o.o. jest, jak oświadczył Zamawiający, obiektem infrastruktury krytycznej. Zamawiający jest operatorem usług kluczowych, ma obowiązek zachować 24 godzinną operacyjność lotniska. Konieczne jest też skontrolowanie 100% bagażu. Powyższe, w ocenie Izby, uprawnia Zamawiającego do określenia wymiarów bagażu na poziomie opisanym w SIWZ.

Rozpoznając odwołanie Izba nie odniosła się do twierdzeń Odwołującego dotyczących wymagania wprowadzonego modyfikacją z dnia 13 stycznia 2020 r., aby urządzenie umożliwiło prześwietlenie/kontrolę bagażu o określonych wymiarach „w dowolnym ich ułożeniu”. Wymóg ten, jako wprowadzony przez Zamawiającego ww. modyfikacją, nie zawarty w treści SIWZ, z oczywistych względów nie został objęty zarzutami odwołania. Z tego powodu, mając na uwadze dyspozycję art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie objęła zakresem rozpoznania twierdzeń Odwołującego w tym przedmiocie. Zasadność tego wymagania powinna ewentualnie stać się przedmiotem kolejnego odwołania wniesionego wobec modyfikacji treści SIWZ.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący :