

Sygn. akt: KIO 585/19

WYROK

z dnia 18 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę: **Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. 00-113 Warszawa, ul. Emilii Plater 53**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Port Lotniczy Poznań – Ławica Sp. z o.o. 60-189 Poznań, ul. Bukowska 285**

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu zmianę postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia zawartego w załączniku nr 7 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, punkt 5.6. – Zakres zadań wykonawcy w zakresie montażu, konfiguracji i uruchomienia skanera EDS, podpunkt 13 lit. a) poprzez usunięcie wymagań w zakresie minimalnych wymiarów tunelu kontrolnego i dopuszczenie urządzeń z tunelem kontrolnym o dowolnym przekroju, w którym możliwe będzie skanowanie bagażu o wymiarach określonych przez zamawiającego, przy jednoczesnym dokonaniu odpowiednich zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu.

2. kosztami postępowania w wysokości **15 000 zł. 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża zamawiającego **Port Lotniczy Poznań – Ławica Sp. z o.o. 60-189 Poznań, ul. Bukowska 285**, i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł. 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. 00-113 Warszawa, ul. Emilii Plater 53** tytułem wpisu od odwołania;
- 2) zasądza od zamawiającego **Portu Lotniczego Poznań – Ławica Sp. z o.o. 60-189 Poznań, ul. Bukowska 285** na rzecz wykonawcy **Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. 00-113 Warszawa, ul. Emilii Plater 53** kwotę w wysokości **15 000 zł. 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: Dostawa, montaż i uruchomienie urządzeń EDS Normy III wraz z dostosowaniem niezbędnej infrastruktury w Porcie Lotniczym Poznań - Ławica Sp. z o. o. – znak sprawy AM-PLP/ZP-1/2019 (dalej „Postępowanie” lub „Zamówienie”), o wartości przekraczającej kwoty wskazane w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp” zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej numer 2019/S 058-135039 w dniu 22 marca 2019 r. przez **Port Lotniczy Poznań – Ławica Sp. z o.o. 60-189 Poznań, ul. Bukowska 285** (dalej „zamawiający”).

W dniu 22 marca 2019 r. zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej Ogłoszenie o zamówieniu i Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”).

W dniu 1 kwietnia 2019 r. wykonawca: **Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. 00-113 Warszawa, ul. Emilii Plater 53** złożył odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na sformułowaniu treści SIWZ i Ogłoszenia o zamówieniu w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że ten w SIWZ sformułował opis przedmiotu zamówienia, zawarty w Załączniku nr 7, punkt 5.11 podpunkt c) w zakresie, w jakim zamawiający zobowiązuje wykonawcę do podłączenia i uruchomienia przenoszonych urządzeń, w sposób znacząco ograniczający konkurencję pomiędzy wykonawcami, albowiem możliwość podłączenia i uruchomienia ww. urządzeń jest zastrzeżona dla pracowników autoryzowanego serwisu producenta ww. urządzeń; opis przedmiotu zamówienia, zawarty w Załączniku nr 7, punkt 5.6 podpunkt 13 - w zakresie w jakim zamawiający określa minimalny wymiar tunelu kontrolnego, podając jego wysokość i szerokość, wykluczając tym samym możliwość zaoferowania urządzeń z tunelem kontrolnym o przekroju sferycznym; kryteria oceny ofert zawarte w Rozdziale XIX punkt 1 SIWZ, w zakresie: (a) Kryterium 3 - Certyfikat TSA – w sposób premiujący urządzenia oparzone certyfikatem TSA, który to certyfikat nie znajduje zastosowania w portach lotniczych na obszarze Unii Europejskiej, a więc nie ma związku z rzeczywistymi potrzebami zamawiającego, (b) Kryterium 4 - Upgrade oprogramowania Skanerów EDS do poziomu 3.3., w sposób premiujący wykonawców deklarujących możliwość aktualizacji oprogramowania do poziomu 3.3., podczas gdy nie są znane założenia poziomu 3.3. - co sprawia, że wymagane od wykonawców oświadczenie jest niemożliwe do weryfikacji

przez zamawiającego. Jednocześnie odwołujący zaskarżył treść Ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie wskazanych wyżej postanowień SIWZ i opisu przedmiotu zamówienia.

Czynnościom zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, przez nieuzasadnione faworyzowanie wykonawców posiadających uprawnienia do uruchomienia i podłączenia urządzeń posiadanych obecnie przez zamawiającego, podczas gdy ich przeniesienie stanowi jedynie marginalną część przedmiotu zamówienia;
2. art. 7 ust. 1 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 oczekiwane przez zamawiającego, a jednocześnie tunel kontrolny nie ma przekroju prostokątnego a np. sferyczny;
3. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 oraz 2 c) i 91 ust. 3 ustawy Pzp, przez posłużenie się przez zamawiającego kryterium oceny ofert w postaci certyfikatu TSA, które nie dotyczy właściwości dostarczanych produktów, która miałaby jakiegokolwiek znaczenie dla ich wykorzystania przez zamawiającego, a jednocześnie premiuje wykonawców ze względu na ich cechy podmiotowe, niezwiązane z realizowanym zamówieniem;
4. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 oraz 2 d) i 91 ust. 3 ustawy Pzp, przez posłużenie się przez zamawiającego kryterium oceny ofert w postaci deklaracji o możliwości aktualizacji oprogramowania skanerów EDS do poziomu 3.3., które to oświadczenie pozostaje pozbawione wartości normatywnej z uwagi na fakt, że nie są znane wymogi i charakterystyka „poziomu 3.3.”, przez co oświadczenie takie jest niemożliwe do weryfikacji w chwili złożenia i oceny ofert.

Wskazując powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. dokonania modyfikacji SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 7 do SIWZ) poprzez wskazanie w punkcie 5.11 c), że obowiązki wykonawcy w zakresie przeniesienia urządzeń nie obejmują podłączenia urządzeń do sieci LAN, Systemu oraz Systemu BHS, oraz uruchomienia urządzenia i przeprowadzenia testów;
2. dokonania modyfikacji SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 7 do SIWZ) poprzez wskazanie w punkcie 5.6 podpunkt 13 wymaganych maksymalnych wymiarów bagażu dla tunelu kontrolnego, w miejsce wymiarów samego tunelu, względnie dopuszczenie urządzeń z tunelem kontrolnym o dowolnym przekroju, w którym możliwe jest wpisanie prostokąta o wymiarach podanych przez zamawiającego;
3. usunięcia z Rozdziału XIX kryteriów oceny ofert: Kryterium 3 - Certyfikat TSA oraz Kryterium 4 - Upgrade oprogramowania Skanerów EDS do poziomu 3.3. i odpowiednią

modyfikację wagi pozostałych kryteriów, względnie wprowadzenie innych kryteriów oceny ofert, związanych z przedmiotowym zamówieniem oraz możliwych do zweryfikowania przez zamawiającego;

4. dokonania zmian w treści zmienionego Ogłoszeniu o zamówieniu, stosownie do nakazanej Zamawiającemu zmiany treści SIWZ.

Uzasadniając powyższe zarzuty odwołujący podnosił, że zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który znacząco różnicuje pozycję wykonawców w postępowaniu, w zależności od kwestii niezwiązanych bezpośrednio z przedmiotem postępowania, które nie powinny mieć dla zamawiającego znaczenia na gruncie niniejszego postępowania. Ponadto, w jego ocenie, część kryteriów oceny ofert pozostaje bez realnego związku z przedmiotem zamówienia, oraz rzeczywistymi potrzebami zamawiającego, jednocześnie promując niektórych wykonawców - przy czym poprawa ich sytuacji nie ma żadnego wpływu na stopień zaspokojenia potrzeb zamawiającego w ramach postępowania, natomiast ze względu na ograniczenie konkurencji (względnie pogorszenie pozycji konkurentów), będzie miała wpływ na zaoferowaną cenę. Wskazywał również, że w odniesieniu do czwartego z kryteriów oceny ofert, nie ma możliwości weryfikacji oświadczenia oczekiwanego przez zamawiającego, albowiem punkt odniesienia (wymogi poziomu 3.3. dla EDS) nie istnieje. Zatem przyznanie punktów następowaloby za złożenie deklaracji nie mającej pokrycia w rzeczywistości, o iluzorycznym charakterze - a więc nie w oparciu o rzeczywistą przewagę którejkolwiek ze złożonych ofert.

W dalszej części odwołania odwołujący prezentował argumenty przemawiające za zasadnością niniejszego środka ochrony prawnej.

Odnosnie wymogu dotyczącego podłączenia urządzeń zwracał uwagę na element opisu przedmiotu zamówienia, który dyskryminuje (znacząco utrudnia realizację zamówienia) przez podmioty nie mające uprawnień do sprawowania autoryzowanej obsługi urządzeń będących obecnie w dyspozycji zamawiającego. OPZ wyraźnie wskazuje, urządzenia jakiego producenta są eksploatowane przez zamawiającego. Dzieje się tak na skutek wprowadzenia wymogu podłączenia tych urządzeń - które to zadanie ma charakter marginalny względem całego zamówienia, a jednocześnie może rzutować na zdolność do wykonania całego zamówienia. Prawidłowe podłączenie i uruchomienie tego typu urządzeń może być bowiem przeprowadzone, według najlepszej wiedzy odwołującego, jedynie przez wykonawców posiadających status autoryzowanego serwisu danej marki. Zatem wprowadzenie tego typu wymogu skutkuje narzuceniem na wykonawcę obowiązku wejścia z tego typu podmiotami w relację kontraktową. Jednocześnie zaś, dotychczasowi dostawcy urządzeń wykorzystywanych przez zamawiającego, mogą odmówić współpracy z innymi wykonawcami - a przez to wyeliminować potencjalną konkurencję. Należy przy tym pamiętać, że mowa jest

o rynku wyspecjalizowanych urządzeń, na którym podaż i popyt są ograniczone i nie występuje mnogość autoryzowanych partnerów producenta. Tym samym nie można nie zauważyć, że w znacznie lepszej sytuacji faktycznej jest wykonawca, który w odniesieniu do maszyn i urządzeń przewidzianych przez zamawiającego do przeniesienia, ma status autoryzowanego dostawcy lub serwisu. Nie tylko ma on gwarancje skutecznego podłączenia i sprawdzenia tych urządzeń bez dodatkowych kosztów, ale przede wszystkim - pewność, że będzie mógł te działania wykonać. Pozostali wykonawcy z kolei muszą złożyć ryzyko związane z pozyskaniem partnerów, do wykonania czynności podłączenia i sprawdzenia przenoszonego sprzętu. Ryzyko to jest znaczne, albowiem uprawnieni dystrybutorzy zapewne będą zainteresowani złożeniem własnej oferty, a więc mogą nie być zainteresowani współpracą z innymi wykonawcami. Pozycja wyjściowa takich wykonawców jest zatem znacząco gorsza, a pogorszenie to ma swoje źródło w wymogu o znaczeniu marginalnym dla całego przedmiotu zamówienia. W świetle powyższego całkowicie uzasadnione jest żądanie, aby zakres przedmiotowy niniejszego zamówienia ograniczyć do przeniesienia obecnych urządzeń (wraz z przygotowaniem infrastruktury i urządzeń towarzyszących do montażu), zaś samo ich uruchomienie powierzyć stosownym podmiotom serwisującym - w ramach obsługi serwisowej. Koszty takiej usługi z pewnością będą znikome względem wartości niniejszego zamówienia, jak również wobec potencjalnego obniżenia cen w przypadku zwiększenia konkurencyjności na gruncie postępowania.

W zakresie w jakim zamawiający opisał parametry tunelu kontrolnego wskazywał, że zamawiający w sposób szczegółowy określił wymogi techniczne i technologiczne dla Skanera EDS. Większość z nich ma swoje uzasadnienie w rzeczywistych potrzebach zamawiającego, 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. Z tego schematu wyłamuje się jeden wymóg, wskazany w podpunkcie 13, w którym zamawiający wskazał na minimalną szerokość i wysokość tunelu kontrolnego skanera EDS - tym samym determinując, że przekrój tunelu kontrolnego musi mieć formę prostokąta. Wykonawca zdaje sobie sprawę, że zamawiający musi zagwarantować sobie możliwość prześwietlania skanerem EDS bagaży o określonych gabarytach - stąd konieczność zagwarantowania odpowiedniego prześwitu tunelu kontrolnego. Jednocześnie zaś wskazywał, że te same cele (zdolność do skanowania bagaży o określonych wymiarach) nie jest związana z kształtem przekroju tunelu, lecz z jego wielkością. Tak samo duże bagaże można przeskanować w tunelu, który będzie miał przekrój sferyczny, a nie prostokątny. 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 wykonawcy zachodzi ryzyko, że takie urządzenia zostaną przez zamawiającego uznane za niezgodne z SIWZ (pomimo tego, że posiadają wszystkie niezbędne właściwości, w tym odpowiednio duży prześwit). W celu uniknięcia wątpliwości, i dopuszczenia do udziału w postępowaniu możliwie szerokiego kręgu wykonawców (przy jednoczesnym zagwarantowaniu zamawiającemu możliwość skanowania bagażu o wymiarach 1000 x 750 mm. zasadne jest zatem odejście w ramach OPZ od precyzowania kształtu przekroju tunelu kontrolnego, na rzecz określenia wymagalnych maksymalnych wymiarów bagażu skanowanego w oferowanym skanerze EDS.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących kryterium oceny ofert - Certyfikat TSA podnosił, że zamawiający ustalił kryteria, które są całkowicie nieadekwatne do przedmiotu zamówienia i potrzeb zamawiającego, a mogą premiować niektórych wykonawców - z przyczyn, które nie mają żadnego znaczenia dla zamawiającego. Wykonawca ma pełną świadomość, że to zamawiający kreuje kryteria oceny ofert. Należy jednak pamiętać, że jego swoboda w tym zakresie nie jest nieograniczona. Jak wskazuje się w doktrynie zamówień publicznych: limitem swobody zamawiającego, wynikającym z obowiązku stosowania zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jest zatem obowiązek stosowania takich kryteriów, które odzwierciedlają uzasadnione potrzeby zamawiającego. Pamiętać należy, że - zgodnie z ust. 2c - uzasadnione potrzeby zamawiającego mogą być powiązane nie tylko stricte z samym zakresem świadczeń objętych umową w sprawie zamówienia publicznego, ale również z realizacją zamówienia w szerokim rozumieniu, tj. z każdym z aspektów realizacji danego elementu, a także z poszczególnymi etapami cyklu życia danego elementu zamówienia. Tymczasem kryterium związane z zaofiarowaniem Skanerów EDS odnosi się do dysponowania certyfikatem TSA - federalnej agencji bezpieczeństwa transportu, działającej na terenie Stanów Zjednoczonych. Certyfikaty te nie mają zastosowania na terenie Unii Europejskiej, gdzie wymogiem jest posługiwanie się sprzętem posiadającym certyfikat ECAC (European Civil Aviation Conference). Co istotne - posiadanie przez skaner EDS określonego certyfikatu związane jest w głównej mierze z oprogramowaniem obsługującym urządzenie. Zgodnie z przepisami europejskimi, na terenie Unii Europejskiej konieczne jest stosowanie z algorytmu ECAC EDS poziomu 3. Wymóg ten wynika chociażby z Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) nr 1087/2011 z dnia 27 października 2011 r. zmieniającego rozporządzenie (UE) nr 185/2010 ustanawiające szczegółowe środki w celu wprowadzenia w życie wspólnych podstawowych norm ochrony lotnictwa cywilnego w odniesieniu do systemów wykrywania materiałów wybuchowych. Wspomniane rozporządzenie przewiduje, że dla wszystkich EDS instalowanych od dnia

1 września 2014 r. ma zastosowanie Norma 3, referująca do standardów ECAC. Nie jest możliwe posługiwanie się sprzętem pracującym w oparciu o algorytm TSA. O powiązaniu nabywanego skanera EDS z oprogramowaniem ECAC, a nie TSA (a co za tym idzie - z odpowiednim certyfikatem - doskonale wie zamawiający, który wszakże przyznaje dodatkowe punkty wykonawcy, który zadeklaruje bezproblemową możliwość aktualizacji właśnie oprogramowania ECAC (do standardu 3.3) - co jest istotą kryterium nr 4. Mamy więc do czynienia z sytuacją, w której zamawiający zamierza przyznawać dodatkowe punkty (a więc niwelować różnice zaistniałe w kryterium ceny) oferentom, których skanery EDS posiadają certyfikat TSA, który nigdy nie będzie wykorzystany przez zamawiającego. Co więcej, można przyjąć, że certyfikat ten ma być przyznany danemu typowi skanerów EDS, a nie konkretnemu egzemplarzowi dostarczonemu zamawiającemu (który wszak wymaga innego oprogramowania). Co więcej - fakt, że dysponowanie certyfikatem TSA jest jedynie opcją, dodatkowo premiowaną przez zamawiającego, a nie obligatoryjnym wymogiem w postępowaniu, sam w sobie dowodzi, że taki certyfikat nie jest zamawiającemu potrzebny, nie wpływa w żaden sposób na możliwość wykorzystania nabywanego skanera EDS zgodnie z jego przeznaczeniem. W konsekwencji kryterium 3 przewiduje przyznanie dodatkowych 5 punktów wykonawcy, z uwagi na cechę oferowanego produktu, która nie tylko nigdy nie zostanie wykorzystana przez zamawiającego z uwagi na obowiązujące w Polsce standardy ECAC, ale wręcz nie zostanie zamawiającemu udostępniona (zamawiający otrzyma skaner EDS z oprogramowaniem bazującym na ECAC a nie TSA - z którym powiązany jest certyfikat). W rezultacie uznać trzeba, że kryterium 3 premiuje w istocie nie sposób wykonania niniejszego zamówienia, lecz cechy podmiotowe wykonawcy, nie związane z realizacją zamówienia - mianowicie uprzednie dostarczanie skanera EDS (pracującego na innym oprogramowaniu) na terenie Stanów Zjednoczonych. Tymczasem przepis art. 91 ust. 2 c) ustawy Pzp wyraźnie łączy kryteria oceny z przedmiotem zamówienia, zaś art. 91 ust. 3 ustawy Pzp zakazuje premiowania w ramach oceny ofert cech podmiotowych wykonawcy.

Uzasadniając zarzuty odnoszące się do kryterium oceny ofert - możliwość aktualizacji oprogramowania skanerów EDS do poziomu 3.3. odwołujący podnosił, że powyższe kryterium odnosi się do wspomnianej wyżej kwestii oprogramowania zarządzającego skanerem EDS. Obowiązujące na terenie Polski wymogi ECAC są stopniowalne - obecnie stosuje się wymogi tzw. normy 3. Wymogi te, są w ramach poszczególnych generacji (1-3) stopniowo aktualizowane i rozbudowywane. Aktualnie najwyższy stopień bezpieczeństwa i zgodności z wymogami ECAC daje certyfikat standardu 3.2. Certyfikat standardu 3.3. jest w trakcie opracowywania, z założenia stanowić będzie rozwinięcie wymogów wersji 3.2. Całkowicie zrozumiałe jest, że zamawiający oczekuje możliwości zaktualizowania nabytego oprogramowania w przyszłości, do standardu 3.3. - problem jednak w tym, że takie oczekiwanie

jest w chwili obecnej bezprzedmiotowe. Należy zauważyć, że aktualnie nie ma opracowanych wytycznych i kryteriów, w oparciu o które będą przyznawane certyfikaty ECAC standardu 3.3. Ponieważ nie jest wiadome, w oparciu o jakie parametry będą przyznawane certyfikaty ECAC 3.3, żaden z producentów nie jest w stanie zagwarantować, że oferowane przez niego rozwiązania będą spełniać te (niezdefiniowane) wymogi, dlatego też zamawiający nie oczekuje dostawy urządzeń kompatybilnych z tym standardem, co jest działaniem racjonalnym. Jednocześnie jednak zamawiający przewiduje możliwość uzyskania dodatkowych 5 punktów ramach oceny ofert, za złożenie oświadczenia o „możliwości upgrade do poziomu 3.3”. Takie kryterium oceny ofert ma charakter wyłącznie pozorny i nie spełnia żadnego celu w zakresie zróżnicowania jakości ofert. Przeciwnie, Kryterium 4 może być odbierane jako zachęcające do składania pozornych zapewnień co do oferowanych dostaw. Trzeba zauważyć, że w sytuacji w której nie są znane przesłanki certyfikacji poziomu 3.3., nie ma żadnego punktu odniesienia, który pozwoliłby na rzetelną ocenę, czy oferowane oprogramowanie będzie można dostosować do wymogów poziomu 3.3. Deklaracje o możliwości dostosowania oprogramowania do wzorca, który nie jest jeszcze znany, są całkowicie gołosłowne. Mamy w tym przypadku do czynienia z zobowiązaniem do świadczenia niemożliwego (nieokreślonego), a więc zgodnie z paremią *impossibilium nulla obligatio est* - nieważnym. Co więcej — skoro kryteria przyznawania certyfikatu poziomu 3.3 nie są znane, zamawiający jest pozbawiony jakiegokolwiek punktu odniesienia dla weryfikacji oświadczeń złożonych przez wykonawców. Nie jest zatem w stanie rzetelnie ocenić ofert w ramach Kryterium 4 a polega w tym zakresie wyłącznie na zaufaniu do wykonawców. Paradoksalnie w sytuacji wykreowanej przez zamawiającego premiovani będą wykonawcy, którzy to zaufanie wystawią na szwank - oświadczając „w ciemno”, że będą w stanie zaktualizować oprogramowanie do standardu 3.3, nie znając wymogów tego standardu. W tej sytuacji należy odwołać się do treści art. 91 ust. 2 d) PZP, który to przepis wprost nakłada na zamawiających obowiązek ustanowienia kryteriów oceny ofert „w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców”. Ostatni warunek w żaden sposób nie jest spełniony w odniesieniu do Kryterium 4.

Zamawiający w dniu 2 kwietnia 2019 r., zgodnie z dyspozycją art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, poinformował o wniesieniu odwołania, zamieszczając na swojej stronie internetowej informację o wniesieniu odwołania oraz jego kopię, wzywając uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Termin na zgłoszenie przystąpienia, zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, upłynął w dniu 5 kwietnia 2019 r. Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

W dniu 12 kwietnia 2019 r., przed otwarciem posiedzenia wyznaczonego na 15 kwietnia 2019 r. zamawiający, działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, złożył odpowiedź na odwołanie w której wniósł o jego oddalenie w całości. W dalszej części pisma procesowego wskazywał, że dokonał modyfikacji treści SIWZ w oczekiwanym przez odwołującego zakresie, udzielił również wyjaśnień w zakresie zarzutów opisywanych w pkt 2 odwołania. Tym samym, w jego ocenie, zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, stały się bezprzedmiotowe.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, odwołaniem wniesionym w postępowaniu przez wykonawcę Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. 00-113 Warszawa, ul. Emilii Plater 53 oraz stanowiskiem zamawiającego zaprezentowanym w odpowiedzi zamawiającego na odwołanie, uwzględniając treść dowodów złożonych przez odwołującego na rozprawie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła również, że odwołujący posiada interes we wniesieniu środków ochrony prawnej w postaci odwołania. Kwestią mającą zasadnicze znaczenia dla rozstrzygnięcia zasadności zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ jest fakt, że w odwołaniach dotyczących treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne jej postanowienia, które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami ustawy Pzp oferty. Tym samym krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać

się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, dowodu zgłoszonego przez odwołującego i przedłożonego na rozprawie w postaci opracowania w przedmiocie: „Wykonanie wielowariantowego projektu koncepcyjnego rozbudowy istniejącego lub budowy nowego magazynu bagażu wcześniej odprawionego („EBS”) oraz wymiany urządzeń systemu wykrywania materiałów wybuchowych („EDS”) w zintegrowanej sortowni bagażu Portu Lotniczego im. F. Chopina w Warszawie” – faza I Propozycja urządzeń EDS, data opracowania październik 2017 r. celem wykazania, że SIWZ została sformułowana w sposób preferujący dwóch producentów urządzeń na rynku w zakresie w jakim zostało ono przetłumaczone na język polski. Należy zauważyć, że zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań z dnia 22 marca 2010 r. (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 1092), §19 ust. 3: Wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Tym samym Izba nie uwzględnia dokumentów przedstawionych przez stronę, złożonych w języku obcym i nie przetłumaczonych na język polski na okoliczność wykazania poszczególnych twierdzeń. Z tych też powodów Izba nie uwzględniała także dowodów przedłożonych przez odwołującego na rozprawie w postaci: materiałów marketingowych dostępnych na stronach internetowych producentów wskazujących na potencjalnych producentów rozwiązań; prezentacji firmy Nucotech pokazującej faktycznych odbiorców rozwiązania oferowanego przez odwołującego celem potwierdzenia, iż rozwiązanie takie jest powszechne i dopuszczone do stosowania na innych lotniskach na świecie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie w jakim odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wskazanie w SIWZ, w załączniku nr 7 do SIWZ, punkt 5.6. – Zakres zadań wykonawcy w zakresie montażu, konfiguracji i uruchomienia skanera EDS, podpunkt 13 lit. a) parametrów tunelu kontrolnego (jego wysokości i szerokości). Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że odwołujący na rozprawie

rozszerzył zarzuty odwołania, gdyż jego celem było dopuszczenie urządzeń o przekroju sferycznym a takie rozwiązanie zamawiający dopuścił w SIWZ. Izba zwraca uwagę, że odwołujący w treści zarzutu, uzupełniając to również w dalszej części złożonego odwołania wprost wskazał, iż kwestionuje te zapisy SIWZ które określają parametry tunelu kontrolnego. Sposób, w jaki opisał je zamawiający, mogą sugerować, że wymiary tunelu mają mieć kształt prostokąta. Samo wyjaśnienie zamawiającego udzielone w odpowiedzi na odwołanie było także niejednoznaczne i dopuszczało jedynie rozwiązanie w którym tunel będzie miał przekrój sferyczny, nie eliminując jednak podstawowego zastrzeżenia tj. określenia wymiarów tunelu na takim poziomie, że jedynie dwóch potencjalnych producentów urządzeń jest w stanie spełnić wymagania przez zamawiającego postawione.

Jednocześnie zamawiający, na posiedzeniu w dniu 15 kwietnia 2019 r., złożył oświadczenie, że uwzględnia zarzuty opisane w pkt 1 oraz pkt 3 i 4 odwołania, tym samym rozpoznaniu przez Izbę podlegał jedynie zarzut opisany w pkt 2 a odwołanie w tej części podlega uwzględnieniu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres podniesionego w odwołaniu zarzutu opisanego przez odwołującego w pkt 2, doszła do przekonania, iż sformułowany przez odwołującego zarzut znajduje oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje w tym zakresie na uwzględnienie.

Na wstępie Izba zwraca uwagę, co podkreślano było niejednokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że zgodnie z treścią art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (tak w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia

1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp podnosząc, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego w SIWZ, powoduje naruszenie zasady uczciwej konkurencji poprzez ograniczenie rynku potencjalnych wykonawców do dwóch, spośród kilku, producentów urządzeń przy opisanu w ten sposób parametrów skanera EDS. Na okoliczność powyższego przedstawił opracowanie w przedmiocie: „Wykonanie wielowariantowego projektu koncepcyjnego rozbudowy istniejącego lub budowy nowego magazynu bagażu wcześniej odprawionego („EBS”) oraz wymiany urządzeń systemu wykrywania materiałów wybuchowych („EDS”) w zintegrowanej sortowni bagażu Portu Lotniczego im. F. Chopina w Warszawie” – faza I Propozycja urządzeń EDS, data opracowania październik 2017 r. wykonane na zlecenie Portu Lotniczego im. F. Chopina w Warszawie, z którego wynikało, że jedynie producenci sprzętu: Smiths Detection i L3 Technologies posiadają w swojej ofercie urządzenia, których parametry pozwalają na ich zamontowanie w Porcie Lotniczym Poznań – Ławica. Opracowanie to prezentuje również w formie rysunkowej, że producenci urządzeń stosują, w zakresie kształtu tunelu w urządzeniach, dwa różne rozwiązania: jedno zakłada tunel o przekroju prostokąta, inne o przekroju sferycznym, z górną ścianą urządzenia w kształcie łuku. Obydwa rozwiązania zostały dopuszczone i są skutecznie stosowane w portach lotniczych na świecie. Zamawiający, formułując swoje wymagania w zakresie wymiarów tunelu opisał w załączniku nr 7 do SIWZ, punkt 5.6. – Zakres zadań wykonawcy w zakresie montażu, konfiguracji i uruchomienia skanera EDS, podpunkt 13 lit. a) minimalne wymiary tunelu kontrolnego. Kwestionowany zapis SIWZ stanowi, że skaner EDS musi charakteryzować się następującymi parametrami: minimalny wymiary tunelu kontrolnego [szerokość x wysokość]: wymiar tunelu minimalny szer. 1000 x wys. 750 [mm]. Niewątpliwie wskazuje on na dwie wartości tj. długość i szerokość sugerując, że urządzenie ma mieć przekrój prostokąta. Wyjaśnienia zamawiającego, zawarte w odpowiedzi na odwołanie, że dopuszcza też inne rozwiązania nie mają wpływu na określone tak parametry albowiem ograniczają możliwość zastosowania takich rozwiązań. Należy zaznaczyć, że w toku rozprawy zamawiający nie kwestionował, iż przy tak ukształtowanych parametrach (wymiarach) tunelu dochodzi do ograniczenia co do potencjalnych producentów sprzętu, którzy będą w stanie zrealizować zamówienie na rzecz zamawiającego. Ponadto wskazywał, że z uwagi na jego specyficzne potrzeby tylko takie urządzenie, które ma określone wymiary będzie realizowało jego cele w postaci skonstruowania na lotnisku takiego systemu bagażowego, w którym przekazywanie bagażu rejestrowanych będzie odbywało się w sposób płynny, gdzie nawet różne kształty bagażu nie spowodują konieczności ich ręcznego

ustawiania a to jest możliwe jedynie gdy prześwit w tunelu umożliwi „wpisanie” w niego bagaży o maksymalnych rozmiarach.

Izba, rozpoznając przedmiotowy zarzut przede wszystkim miała na uwadze treść art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który zakazuje dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Izba podziela w pełni pogląd istniejący w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, iż każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji, pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców obecnych na rynku i dyskryminując innych. Konieczność zachowania zasady uczciwej konkurencji nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa opisać przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego osobiste potrzeby, na co wskazywał zamawiający w tym przypadku. Nikt też nie odbiera zamawiającemu prawa, jako gospodarzowi postępowania do wskazania swoich potrzeb poprzez takie ustalenie parametrów sprzętu aby sprzęt ten służył jego specyficznym potrzebom. Zgodzić się też należy, że zamawiający nie ma także obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawcom złożenie oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Izba wskazuje, iż zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jasny, zrozumiały i kompletny, zachowując zasady uczciwej konkurencji, ich poszanowanie nie oznacza, że zamawiający ma nabyć w ramach postępowania o udzielenie zamówienia przedmiot o niskiej jakości, niezaspokajający jego potrzeb, ma oczywiście prawo wymagać nie tylko odpowiedniej jakości, ale również tak określić przedmiot zamówienia aby odpowiadał celom dla których ma służyć, wykazując się jednak również szczególną dbałością o racjonalne wydatkowanie środków publicznych (por. m.in. wyrok KIO z dnia 8 maja 2017 r., sygn. akt KIO 729/17, wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 969/16). Nie ulega zatem wątpliwości, że opis przedmiotu zamówienia powinien być skorelowany z rzeczywistymi, faktycznymi potrzebami zamawiającego. Przepisy ustawy Pzp nie definiują wprawdzie pojęcia „uzasadnionych potrzeb zamawiającego”, jednak ukształtowane ono zostało w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która jako zobiektywizowane potrzeby traktuje rzeczywiste, faktyczne potrzeby zamawiającego, zarówno co do oczekiwanych funkcjonalności, jak i wyspecyfikowanych parametrów oraz jakości, oparte na faktycznych i zobiektywizowanych okolicznościach.

Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że jak wynika z literalnej treści przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, użyty w nim zwrot „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” wskazuje, że dla uznania, że przepis ten został naruszony wystarczy takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Do stwierdzenia zatem nieprawidłowości w zakresie opisu przedmiotu

zamówienia sprecyzowanego przez zamawiającego w SIWZ, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wystarczającym jest więc uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Izba podziela również pogląd zawarty w wyroku Krajowej Izby odwoławczej z 26 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1727/15, w którym zwracano uwagę, że „Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie wymaga faktycznego wykazania przez odwołującego, lecz uznaje za wystarczające samo uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji. Jeżeli zamawiający skutecznie nie udowodni, iż stawiany przez niego wymóg odnoszący się do parametrów technicznych przedmiotu zamówienia jest uzasadniony potrzebami zamawiającego i stanowi realizację celu założonego do osiągnięcia w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przyjąć należy, iż jest on sprzeczny z wymogami art. 29 ust. 2 ustawy Pzp”. Podobne tezy zawarto w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 12 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2737/17, gdzie Izba stwierdziła, że „w kontekście art. 29 ust. 2 ustawy Pzp Izba stwierdza za orzecznictwem, że niniejszy przepis stanowi, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W konsekwencji fakt naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wymaga tylko uprawdopodobnienia co, jak wskazał Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z 25 stycznia 2006 r., sygn. akt: II Ca 693/05 (niepubl.) uznaje się za wystarczające dla uznania zasadności zarzutu”.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należy wskazać, iż przy ocenie czy doszło do opisanego przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję należy przede wszystkim poddać ocenie, czy zamawiający decydując się na takie ograniczenia, zawężając krąg potencjalnych wykonawców do producentów określonego sprzętu, spełniającego określone parametry, kierował się obiektywną i uzasadnioną potrzebą. Izba zwraca uwagę, że zamawiający musi każdorazowo wykazać swoje uzasadnione potrzeby, jeśli nie w ramach postanowień SIWZ, to w toku weryfikacji jego decyzji np. w toku rozpoznawanego przez Izbę odwołania. W tym miejscu należy wskazać na kilka okoliczności, które łącznie stanowią podstawę dla opisanego przedmiotu zamówienia w odniesieniu do przywoływanych parametrów urządzenia w tym postępowaniu w określony sposób, na które wskazywał zarówno zamawiający jak i odwołujący, będące jednakże w sposób odmienny interpretowane przez strony. Należy zauważyć, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie, dostawa, instalacja i uruchomienie całego systemu, w tym podłączenie opisanych w SIWZ urządzeń. Nie ulega zatem wątpliwości, że to na wykonawcy ciąży obowiązek jego sprawnego i niezakłóconego działania w taki sposób, aby służył one celom opisanym w SIWZ. Jak podkreślał odwołujący,

z czym zgadza się również skład orzekający Izby, nieuprawnione są twierdzenia zamawiającego, że jedynie wykorzystanie urządzeń EDS o określonych przez niego minimalnych parametrach spowoduje, że system taki będzie działał poprawnie, bez konieczności ingerencji personelu obsługującego ten system. To od wykonawcy (projektanta) systemu będzie zależało czy spełni on swoją funkcję polegającą na transportowaniu i prześwietlaniu bagażu. Kolejną kwestią, na którą zwracał uwagę odwołujący jest fakt, iż system taki, zaprojektowany na potrzeby zamawiającego, będzie przeznaczony do kontroli rentgenowskiej bagażu rejestrowanych. Jak wynika z opisu technicznego sporządzonego przez zamawiającego – pkt 2 Przeznaczenie systemu transportu bagażu, podpunkt 2.1. Bagaż rejestrowany do transportu w tym systemie przeznaczone są bagaże o określonych wymiarach (z czego bagaże o maksymalnych rozmiarach mają 1000 mm długości x 750 mm szerokości x 650 mm wysokości). Jak wynika z cytowanego opisu (podpunkt 2.2. Bagaż nieakceptowalny) przez system nie będą obsługiwane między innymi bagaże ani o wymiarach mniejszych ale też większych niż opisywane wcześniej. Kluczowym dla zamawiającego będzie zatem, aby bagaże o określonych maksymalnych wymiarach mogły być transportowane przez system. Zatem znaczenia dla określenia funkcjonalności systemu nie ma parametr odnoszący się do rozmiarów tunelu, ale parametry dotyczące bagażu, które mają być przez ten system transportowane i posiadają określone wymiary. Należy zgodzić się z odwołującym, że potrzeby zamawiającego w tym zakresie nie odbiegają od tych, które występują na innych lotniskach, a zatem argumentacja zamawiającego, że z faktu operowania na lotnisku wielu linii lotniczych, które dopuszczają na swoich pokładach bagaże o różnych rozmiarach należy wywodzić, że światło tunelu ma mieć określone wymiary, jest nietrafiona. Takie same okoliczności występują na wielu lotniskach, a kluczowe znaczenie mają rozmiary bagażu które do systemu trafiają. Jak twierdził odwołujący, czemu zamawiający nie przeczył, przy zastosowaniu urządzenia producenta Nuotech większy bagaż przyjmie w świetle tunelu pozycję, która umożliwi jego transport i prześwietlenie. System ten skonstruowany jest bowiem w taki sposób aby pozostałe funkcje systemu, opisane przez zamawiającego w SIWZ, były zrealizowane. Izba wzięła również pod uwagę okoliczność, że wszystkie z urządzeń sprzedawanych na rynku, aby zostały dopuszczone do użytkowania na lotniskach, muszą spełniać wymagania Międzynarodowego Zrzeszenia Przewoźników Powietrznych (IATA) w zakresie transportu osób i bagażu oraz być uznane zgodnie z ustalonymi przez Europejską Konferencję Lotnictwa Cywilnego (ECAC) wymogami dla systemów wykrywania materiałów wybuchowych. Należy podkreślić, że wszyscy producenci sprzętu (w tym Nuotech) takie wymagania spełniają, ich urządzenia są dopuszczone do pracy na lotniskach. Izba wzięła też pod uwagę okoliczność, na którą wskazywał odwołujący, że każda zmiana w zakresie jakiegokolwiek z parametrów urządzeń wymagałaby konieczności dokonania jego ponownej certyfikacji, a to wiąże się z jednej strony z dużym nakładem finansowym rzędu ok. 2 mln euro,

jak też przeprowadzeniem procedury trwającej ok. 2 lat. Nie jest zatem możliwe, w sposób łatwy, dokonanie takich zmian w urządzeniu, jak tego chce zamawiający. Powyższe, w ocenie Izby, przemawia
za twierdzeniem, że ograniczenia wprowadzone przez zamawiającego, który wprowadził do treści SIWZ kwestionowane zapisy, są nieuprawnione.

W tym miejscu Izba zauważa także, że ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 kodeksu cywilnego spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne, a zamawiający, w opinii Izby, nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących na to, iż w wyniku przeprowadzonych analiz, z uwagi na przeznaczenie systemu tylko tak opisany przedmiot zamówienia jest w stanie spełnić jego oczekiwania. Izba zwraca uwagę że, analogicznie jak to jest w procesie cywilnym, ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniesienia realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania. Przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż: "przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W konsekwencji fakt naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wymaga jedynie uprawdopodobnienia, jak wskazał Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 25.01.2006 r., sygn. akt: II Ca 693/05 (niepubl.). W konsekwencji ciężar dowodu w zakresie braku zaistnienia ograniczenia konkurencji w postępowaniu spoczywał w całości na zamawiającym. Dowód taki jest skutecznie przeprowadzony, jeśli zamawiający albo wykaże, że odwołujący spełnia ustalone wymagania lub, że mimo braku spełniania tych wymagań opis przedmiotu zamówienia uzasadniony jest szczególnymi potrzebami zamawiającego. Kwestia sposobu wykazania potrzeb zamawiającego może być oparta na uzasadnieniu potrzeb, pochodzącym wprost od użytkownika końcowego lub innej osoby odpowiedzialnej za dokonywanie zakupów, ale wykazanie tych wymagań musi odbyć się w sposób wiarygodny, logiczny i spójny, poprzez wyspecyfikowanie co było podstawą takich, a nie innych wymagań. Naturalnie nie może stanowić takiego uzasadnienia, jak to miało miejsce w tym przypadku jedynie głoślowe oświadczenie zamawiającego. Skoro, jak podnosił zamawiający, zastosowanie tego typu urządzeń będzie prowadziło do zakłóceń w funkcjonowaniu systemu czy też choćby utrudniało pracę lotniska, które w tym zakresie ma specyficzne, różne od innych lotnisk potrzeby, to na tą okoliczność winien on przedstawić dowody, choćby w postaci własnych analiz.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Orzekając o zmianie parametrów opisanych w załączniku nr 7 do SIWZ, punkt 5.6. – Zakres zadań wykonawcy w zakresie montażu, konfiguracji i uruchomienia skanera EDS, podpunkt 13 lit. a) Izba nakazała zamawiającemu usunięcie wymagań w zakresie minimalnych wymiarów tunelu kontrolnego oraz zmianę zapisów w taki sposób aby możliwe było zastosowanie urządzeń z tunelem kontrolnym o dowolnym przekroju, w którym możliwe będzie skanowanie bagażu o wymiarach określonych przez zamawiającego. Izba nakazała również dokonanie odpowiednich zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 972 ze zm.), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący:

.....