

Sygn. akt: KIO 1210/22

WYROK

z dnia 16 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 maja 2022r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2022r. **przez odwołującego** Konsorcjum 1. DIMARK S.A. ul. Zachodnia 3 Złotkowo, 62-002 Suchy Las 2. Anglosec Sp. z o.o. ul. Elekcyjna 19/3, 01-128 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego** Port Lotniczy „Rzeszów Jasionka” Sp. z o.o. Jasionka 942, 36-002 Jasionka

przy udziale P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Savicon P. S. ul. Miła 5, 09-402 Płock zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie zamawiającego**

orzeka

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **odwołującego:** Konsorcjum 1. DIMARK S.A. ul. Zachodnia 3 Złotkowo, 62-002 Suchy Las 2. Anglosec Sp. z o.o. ul. Elekcyjna 19/3, 01-128 Warszawa i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Konsorcjum 1. DIMARK S.A. ul. Zachodnia 3 Złotkowo, 62-002 Suchy Las 2. Anglosec Sp. z o.o. ul. Elekcyjna 19/3, 01-128 Warszawa 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 (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 t.j. z 2021 r. poz. 1129 wraz z późn. 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

Postępowanie prowadzone przez zamawiającego w sprawie udzielenia zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa, montaż i uruchomienie urządzenia EDS normy 3.1 wraz z modyfikacją systemu transportu bagażu rejestrowanego w Porcie Lotniczym »Rzeszów-Jasionka« Sp. z o.o.” (numer referencyjny postępowania: DH.261.2.22).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w TED (Tenders Electronic Daily) w dniu 28 stycznia 2022 roku (nr 2022/S 020-050154).

Strona internetowa Zamawiającego: <https://bip.rzeszowairport.pl>.

Zamawiający w dniu 22 kwietnia 2022 roku zawiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego, po stronie zamawiającego, zwanego dalej także SAVICON, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129, z późn. zm.), zwanej dalej PZP.

Zarzuty odwołania

Odwołujący uznał tę czynność zamawiającego za niezgodną z PZP, jak i stwierdził zaniechanie czynności w postępowaniu, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie PZP i wniósł odwołanie na:

- a) zaniechanie odrzucenia oferty SAVICON, z powodu złożenia przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,
- b) zaniechania odrzucenia oferty SAVICON, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- c) zaniechania odrzucenia oferty SAVICON, której przyjęcie narusza bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa Państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu Państwa nie można zagwarantować w inny sposób.

Odwołujący w związku z czynnościami i zaniechaniami zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów PZP:

- a) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty SAVICON w sytuacji, gdy ofertę złożył wykonawca niespełniający warunków udziału w postępowaniu,

b) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty SAVICON w sytuacji, gdy treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia,

c) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 16) PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty

SAVICON w sytuacji, gdy oferta narusza bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa Państwa, a bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób.

Odwołujący, na podstawie powyższych zarzutów, **wniósł o**:

a) uwzględnienie odwołania w całości na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1) PZP, jeżeli Izba stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia,

b) nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, na podstawie art. 554 ust.3 pkt 1 lit. b) PZP,

c) nakazanie powtórzenia czynności zamawiającego obejmującej przeprowadzenie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, na podstawie art. 554 ust.3 pkt 1 lit. a PZP

d) nakazanie odrzucenia oferty SAVICON, na podstawie art.226 ust.1 pkt 2 lit. b, pkt 5) i pkt 16 PZP

e) obciążenie kosztami postępowania zamawiającego (ewentualnie – w przypadku wniesienia sprzeciwu – obciążenie kosztami postępowania SAVICON), na podstawie art.557 PZP.

Co do prawa złożenia odwołania - interes w uzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła, że oferta złożona przez odwołującego uplasowała się na drugiej pozycji, co uzasadnia interes w uzyskaniu zamówienia, w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, a w konsekwencji prawo do złożenia środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie w myśl art.505 ust.1 w związku z art.513 pkt 1) PZP.

Odwołujący uzasadnił następująco prawo do wniesienia odwołania. „W związku z powyższym bezprawne i nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia oferty SAVICON spowoduje, że zaistnieje możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody stanowiącej konsekwencję naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Z kolei uwzględnienie odwołania w sposób postulowany przez Odwołującego może skutkować uzyskaniem przez Odwołującego Zamówienia. Tym samym wypada uznać, iż Odwołujący posiada interes w uzyskaniu Zamówienia, zaś naruszenie przez Zamawiającego przepisów PZP może

doprowadzić do poniesienia przez Odwołującego szkody. Zatem zaistniałe okoliczności, zgodnie z treścią art. 505 ust. 1 PZP, umożliwiają wniesienie niniejszego odwołania”. Jako dowód odwołujący wskazał pismo zamawiającego z dnia 22 kwietnia 2022 roku stanowiące informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu (w aktach sprawy).

Co do terminu na wniesienie odwołania, odwołujący przywołał odwołujący art. 515 ust. 1 pkt 1) lit a) PZP: „Odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej”. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu, zwanego dalej ogłoszeniem oraz treścią specyfikacji warunków zamówienia, zwanej dalej SWZ, przedmiotem postępowania są dostawy o wartości szacunkowej zamówienia równej albo przekraczającej progi unijne.

Przekazanie informacji o czynnościach i zaniechaniach zamawiającego stanowiących podstawę wniesienia niniejszego odwołania, nastąpiło przez przesłanie odwołującemu w dniu 22 kwietnia 2022 roku za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej, pisma zamawiającego informującego odwołującego o wyborze oferty SAVICON jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Jako dowód odwołujący wskazał pismo zamawiającego z dnia 22 kwietnia 2022 roku stanowiące informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu (w aktach sprawy).

Jak wynika z treści art. 508 ust. 1 PZP: „Pisma w postępowaniu odwoławczym wnosi się w formie pisemnej albo w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej, z tym że odwołanie i przystąpienie do postępowania odwoławczego, wniesione w postaci elektronicznej, wymagają opatrzenia podpisem zaufanym”. W związku z powyższym wniesienie niniejszego odwołania do Prezesa Izby w dniu 2 maja 2022 roku przez złożenie pisma za pośrednictwem platformy ePUAP, stanowi o dochowaniu formy jak i terminu wskazanego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) PZP w związku z art. 514 ust.1 PZP.

Jednocześnie, w myśl art. 514 ust. 2 PZP: „Odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu”. W świetle art. 514 ust. 3 PZP: „Domniemywa się, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej”. Zatem doręczenie zamawiającemu kopii odwołania przez przesłanie jej w postaci wiadomości poczty

elektronicznej e-mail nie później niż w dniu 02 maja 2022 roku, oznacza, że zostało ono dokonane z zachowaniem terminu wskazanego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) PZP to jest 10 dni od przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącego podstawę wniesienia odwołania.

Co do przesłanek odrzucenia odwołania

Tym samym Izba stwierdza, że nie wystąpiły przesłanki do odrzucenia odwołania, wymienione w art.528 PZP i na podstawie art.530 PZP skierowała sprawę rozprawę.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca wybrany w myśl art.526 PZP, a odwołujący ani zamawiający nie zgłosili opozycji w myśl art.527 PZP.

Odwołujący co do zarzutu nr 1: „Złożenie oferty przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, odwołujący podniósł jak poniżej.

Wykonawca wybrany nie posiada zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na uruchomienie urządzenia RTG HiScan 10080 EDX-2is.

W pierwszej kolejności trzeba wskazać, że zgodnie z przedłożonymi przez SAVICON dokumentami, na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie punktu 5.4 SWZ, SAVICON nie posiada zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na uruchomienie urządzenia RTG HiScan 10080 EDX-2is produkcji SMITHS DETECTION. Tymczasem w świetle OPZ, wykonawca ma za zadanie dokonanie demontażu aktualnie pracującego, podstawowego urządzenia EDS normy 2 (HiScan 10080 EDX-2is produkcji SMITHS DETECTION) oraz jego posadowienia w miejscu uzgodnionym z Zamawiającym, przy czym w ramach Zamówienia ma być zapewniona możliwość wykonywania zadań kontroli bagażu rejestrowanego za pomocą obecnie pracującego urządzenia RTG HiScan 10080 EDX-2is, w jego nowej lokalizacji (punkt 1.1 w zw. z punktem 1.2 OPZ). W dalszej części punktu 1.2 OPZ Zamawiający dodatkowo wskazał, że: „Istniejący bypass urządzenia obecnie pracującego EDS normy 2, znajdujący się nad nim, należy przenieść wraz z urządzeniem w miejsce jego docelowego posadowienia, w sposób zapewniający jego obecne funkcjonalności. Urządzenie RTG EDS normy 2, po zmianie jego lokalizacji musi zostać zintegrowane z docelowym systemem transportu bagażu”.

Nie ulega więc wątpliwości, że przedmiotem Zamówienia objęty jest demontaż, przeniesienie, posadowienie (montaż) oraz uruchomienie urządzenia RTG HiScan 10080 EDX-2is produkcji SMITHS DETECTION.

W świetle obowiązujących przepisów prawa, w szczególności treści art. 4 ust. 1 pkt 10) ustawy z dnia 29 listopada 2000 roku - Prawo atomowe (t.j. Dz. U. z 2021 roku, poz. 1941, z późn. zm.), zwanego dalej Prawem atomowym, zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki wymaga „Wykonywanie działalności związanej z narażeniem polegającej na (...) uruchamianiu lub stosowaniu urządzeń wytwarzających promieniowanie jonizujące”. Niewątpliwie więc uruchomienie obecnie pracującego urządzenia RTG HiScan 10080 EDX-2is, w jego nowej lokalizacji, co stanowi przedmiot Zamówienia, wymaga posiadania zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki, które to zezwolenie będzie literalnie uprawniało do uruchamiania urządzenia wytwarzającego promieniowanie jonizujące produkcji SMITHS DETECTION typu HiScan 10080 EDX-2is. Warto też podkreślić, że przeniesienie, a nie wymiana obecnie posiadanego urządzenia EDS 2 na inne urządzenie było od samego początku zamiarem Zamawiającego, co jednoznacznie implikuje treść odpowiedzi na pytania do SWZ:

„PYTANIA Z DNIA 11.02.2022 r.

1) Pytanie do pkt.: 1.2

Wymaganie: Istniejący bypass urządzenia obecnie pracującego EDS normy 2, znajdujący się nad nim, należy przenieść wraz z urządzeniem w miejsce jego docelowego posadowienia, w sposób zapewniający jego obecne funkcjonalności. Urządzenie RTG EDS normy 2, po zmianie jego lokalizacji musi zostać zintegrowane z docelowym systemem transportu bagażu. Wykonawca zdemontuje drugi obecnie wykorzystywany EDS i przetransportuje go w miejsce wskazane przez Zamawiającego na terenie lotniska przy udziale pracowników Zamawiającego.

Pytanie: Czy Zamawiający dopuści wymianę istniejącego urządzenia Normy 2 Poziomu 3go na nowe urządzenie spełniające ten standard?

Odpowiedź: Zamawiający wymaga przeniesienia urządzenia zgodnie z warunkami opisanymi w OPZ. Nie dopuszcza wymiany istniejącego urządzenia.”

W świetle przedłożonych przez SAVICON dokumentów w ramach Postępowania, SAVICON nie posiada zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na uruchomienie urządzenia wytwarzającego promieniowanie jonizujące produkcji SMITHS DETECTION typu HiScan 10080 EDX-2is, i z tej przyczyny oferta SAVICON powinna podlegać odrzuceniu jako

złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu - art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) PZP.

Wykonawca wybrany/przystępujący po stronie zamawiającego we wniesionym w dniu 12 maja 2022r. piśmie Stanowisko procesowe przystępującego, do tak sformułowanych zarzutów odwołania odniósł się w następujący sposób.

Stanowisko wykonawcy wybranego do Zarzutu nr 1 odwołania: „zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy, mimo że oferta Savicon złożona została przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu” .

Pierwszy z zarzutów wywiedzionych w odwołaniu dotyczy rzekomego niespełniania warunku udziału w postępowaniu. Znamienne jest przy tym, że odwołanie w żadnym punkcie nie precyzuje, w którym miejscu SWZ zapisany jest warunek udziału w postępowaniu, którego Savicon miałby nie spełniać. Nie jest to przypadek, a celowa manipulacja Odwołującego który w uzasadnieniu prowadzi narrację, jakoby warunkiem udziału w postępowaniu było posiadanie zezwolenia na uruchomienie urządzenia Smiths Detection, które już funkcjonuje u Zamawiającego, a które należy przenieść. Taki jest nawet śródtytuł występujący w uzasadnieniu odwołania. Całe uzasadnienie odwołania w punkcie 4) referuje właśnie do obecnego skanera EDS, poruszając kwestię braku możliwości jego zastąpienia innym urządzeniem, odpowiedzi udzielane przez Zamawiającego itp.

Tymczasem SWZ nie przewiduje, aby warunkiem udziału w postępowaniu było legitymowanie się zezwoleniem Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki wydanym dla urządzenia będącego w posiadaniu Zamawiającego. Ewentualne posiadanie takiego zezwolenia można rozważać jako niezbędne na etapie realizacji zamówienia (aczkolwiek Przystępujący nie podziela takiej opinii), jednak Zamawiający nie porusza tej kwestii w SWZ — pozostawiając właściwą organizację prac (w tym ewentualne zaangażowanie usługodawców zewnętrznych) wykonawcy.

Warunek udziału w postępowaniu, dotyczący uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej i zawodowej, jedyny odnoszący się do zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki (PPAA), określony jest w punkcie 4.1.2 SWZ i brzmi:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że posiada aktualne Zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki w zakresie uruchamiania urządzeń wytwarzających promieniowanie jonizujące określające typ oraz model oferowanych urządzeń zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. — Prawo atomowe (Dz. U. 2021 poz. 1941 t.j).

Wyraźnie zatem Zamawiający wskazuje, że wykonawca ma legitymować się zezwoleniem referującym do „oferowanych urządzeń”. a nie do urządzeń będących przedmiotem robót urządzeń będących w posiadaniu Zamawiającego, czy też wprost — do urządzenia RTG HiScan 10080 EDX-2is, jak przedstawia to Odwołujący w samym nagłówku pkt. 4) uzasadnienia odwołania.

Przystępujący nie kwestionuje zakresu przedmiotu zamówienia w niniejszej sprawie, w tym obowiązku „przesunięcia” urządzenia obecnie wykorzystywanego przez Zamawiającego.

Owszem — Savicon nie wykazał, aby posiadał zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na uruchomienie urządzenia RTG HiScan 10080 EDX-2is . Tyle, że dysponowanie takim zezwoleniem nie jest przez Zamawiającego wspomniane w SWZ, a już na pewno nie jest warunkiem udziału w postępowaniu. Tym samym również dyskusja, czy można wykonać zamówienie bez takiego zezwolenia, jest poza zakresem sporu w niniejszej sprawie.

Punkt 4.1.2 SWZ posługuje się określeniem „oferowane urządzenia” które na gruncie przetargu, ma ściśle określone znaczenie. Oferowane będące przedmiotem oferty. Oczywiście jest, że nie chodzi o ofertę skierowaną do PPAA, lecz o ofertę w ramach postępowania. Termin ten koresponduje z punktem 4 formularza ofertowego, w którym każdy z wykonawców był zobowiązany przedstawić, czym jest oferowane urządzenie — i to właśnie do uruchomienia tego urządzenia powinno referować zezwolenie, o którym mowa w 4.1.2 SWZ, to pomiędzy tymi dwoma pozycjami (oferowane urządzenie — zakres zezwolenia PPAA) musi występować zgodność.

W przypadku oferty Przystępującego oferowanym urządzeniem nie jest urządzenie HiScan zatem zezwolenie na uruchomienie tego urządzenia nie jest dla Savicon warunkiem udziału w postępowaniu. Tym samym zarzut podniesiony w odwołaniu, odnoszący się do warunku udziału w postępowaniu, jaki nie wynika z SWZ, jest całkowicie chybiony.

Mając na uwadze zakres zarzutu, poza zakresem sporu w niniejszej sprawie, ale też poza zakresem zainteresowania Zamawiającego na gruncie SWZ, pozostaje to czy zezwolenie na uruchomienie urządzenia RTG HiScan 10080 EDX-2is będzie niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, czy też Odwołujący dokonuje w tym miejscu nadinterpretacji. Nawet gdyby przyjąć, że w trakcie realizacji takie zezwolenie jest konieczne (co Przystępujący kwestionuje), to wchodzimy w obszar prawidłowej realizacji Umowy, a nie warunku udziału w postępowaniu. Podobnie nie jest przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie, czy warunek określony przez Zamawiającego jest wystarczający, czy też nie.

Izba rozpatrując podniesiony zarzut, przyznaje racje stanowisku wykonawcy wybranemu/przystępującemu po stronie zamawiającego. Zamawiający stawiając warunek udziału w postępowaniu określił wymóg zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki tylko do urządzeń oferowanych, a nie do urządzeń pozostających już w eksploatacji zamawiającego. Powyższe nie zwalnia wykonawcy wybranego do posiadania przez niego lub podwykonawcę wymaganego prawem zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki (PPAA) przy czynnościach realizacji umowy, w ramach której prace będą dotyczyły zgodnie z zakresem zamówienia, również urządzeń eksploatowanych przez zamawiającego. Niemniej wymogu posiadania przedmiotowego zezwolenia PPAA jako warunku udziału w postępowaniu, co do urządzenia RTG HiScan 10080 EDX-2is już eksploatowanego, zamawiający nie postawił w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ). Czym innym jest bowiem oferowane urządzenie, a czym innym urządzenie, którym dysponuje zamawiający i którego nawet prace w trakcie realizacji umowy będą dotyczyły. Wymóg posiadania zezwolenia PPAA do urządzeń eksploatowanych przez zamawiającego, na etapie składania oferty, byłoby nadmierne w sytuacji, gdy samo złożenie oferty nie gwarantuje uzyskania zamówienia. Taki wymóg zamawiającego, narażał by oferenta na nieuzasadnione koszty wobec ryzyka nie uzyskania zamówienia, ponieważ sam fakt złożenia oferty nie gwarantuje wykonania zamówienia. Niemniej zagadnienie to Izba jedynie wzmiankuje, ponieważ postanowienia SWZ wymagają zezwolenia PPAA tylko do urządzeń oferowanych zamawiającemu, a nie przez niego eksploatowanych (posiadanych).

Podsumowując zarzut nr 1 Izba uznaje zarzut odwołującego, wobec jednoznacznych postanowień SWZ to jest do urządzeń oferowanych, a nie również do eksploatowanych przez zamawiającego i będących przedmiotem realizacji umowy, za nieuprawniony w świetle obowiązujących postanowień specyfikacji. W związku z powyższym zamawiający dokonując wyboru oferty przystępującego po jego stronie, który wykazał zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki do urządzeń oferowanych, a nie również do eksploatowanych, nie naruszył wskazanego w odwołaniu przepisu art.226 ust.1 pkt 2) lit. b) PZP, nakazującego odrzucenie oferty wykonawcy, nie spełniającego warunku udziału w postępowaniu. W tym stanie rzeczy również dowody składane przez odwołującego, na okoliczność ograniczeń w dostępie do dokumentacji technicznej producenta urządzeń będących w eksploatacji zamawiającego, a co miało świadczyć o braku możliwości uzyskania na nie zezwolenia PPAA, nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Reasumując warunek udziału w postępowaniu punkt 4.1.2 SWZ co do posiadania zezwolenia PPAA, nie obejmował urządzeń, będących już w eksploatacji zamawiającego, tylko oferowanych/proponowanych w składanej ofercie. **Tym samym zarzut Nr 1 odwołania nie potwierdził się.**

Odwołujący co do zarzutu nr 2 „Złożenie oferty, której treść jest niezgodna z warunkami Zamówienia”, odwołujący podniósł jak poniżej.

Wymiary tunelu kontrolnego

W dalszej kolejności konieczne jest uwypuklenie, że zgodnie z punktem 2.2 lit. a) OPZ, stanowiące przedmiot Zamówienia urządzenie: „(...) musi posiadać tunel kontrolny o dowolnym przekroju, pozwalający na skanowanie bagażu o wymiarach maksymalnych (długość x szerokość x wysokość): 1000 mm x 750 mm x 650 mm, przy czym szerokość tunelu nie może być mniejsza niż 1000 mm, odpowiadających zainstalowanych obecnie u Zamawiającego przenośnikom.”

Zgodnie z powszechnie dostępną broszurą techniczną i handlową urządzenia NUCTECH XT 2100HS, urządzenie posiada tunel kontrolny o kształcie owalnym w jego górnej części, z maksymalną wysokością 890 mm po środku, jednak na wymaganej szerokości tunelu równej 1000 mm, po bokach, wysokość tunelu kontrolnego ograniczona jest do wysokości 604 mm.

Zastosowanie tunelu kontrolnego o półokrągłym kształcie w jego górnej części powoduje, że urządzenie produkcji NUCTECH typu XT 2100HS nie będzie spełniało wymogów postawionych treścią OPZ. Konieczne jest bowiem uwypuklenie, że przy tym kształcie (konstrukcji) tunelu kontrolnego nie będzie technicznie możliwe prześwietlanie bagażu o wymiarach maksymalnych wskazanych w OPZ w potencjalnie dostępnych układach rotacji poszczególnych bagaży.

W odwołaniu przedstawiono cztery rysunki obrazujące ustawienia bagażu, na dowód, że tunel skanujący bagaże ich nie pomieści.

Na rozprawie zaprezentowano na powyższą okoliczność również nagranie filmowe.

W tych okolicznościach nie sposób uciec od konstatacji, że urządzenie produkcji NUCTECH typu XT 2100HS nie spełnia wymogów określonych w OPZ, czego konsekwencją powinno być odrzucenie oferty SAVICON jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami Zamówienia - art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP. Na dowód przywołano również broszurę techniczną i handlową urządzenia NUCTECH XT 2100HS (w wersji anglojęzycznej).

Przystępujący po stronie zamawiającego/wykonawca wybrany co do zarzutu nr 2 „Złożenie oferty, której treść jest niezgodna z warunkami Zamówienia”, podniósł jak poniżej.

Drugi z zarzutów podniesionych w odwołaniu, dotyczący wymiarów tunelu kontrolnego, również referuje do rzekomych wymogów Zamawiającego - które nie wynikają z dokumentacji i postępowania. Osia zarzutu jest stwierdzenie, że „nie będzie technicznie możliwe prześwietlenie bagażu o wymiarach maksymalnych wskazanych w OPZ w potencjalnie dostępnych układach rotacji poszczególnych bagaży.”

Upraszczając, Odwołujący stawia zarzut, że bagaż o maksymalnych wymiarach nie będzie w stanie „przejechać” przez tunel kontrolny w każdym dowolnym położeniu bowiem Odwołujący nie twierdzi, że bagaż w ogóle (nigdy, w żadnym położeniu) nie zmieści się w tunelu urządzenia Nuctech.

Podobnie jak w przypadku pierwszego zarzutu - jest on bezprzedmiotowy, bowiem dotyczy spełnienia wymagań, które nie zostały postawione przez Zamawiającego w badanym postępowaniu.

Zamawiający nigdy nie postawił "wymogu, aby bagaż mieścił się w tunelu w dowolnym ułożeniu. Wymogi Zamawiającego, zgodnie z cytowanym w odwołaniu punktem 2.2 lit. a) OPZ to:

- 1) dowolny przekrój - a więc również przekrój częściowo sferyczny,
- 2) pozwalający na skanowanie bagażu o wymiarach maksymalnych (...) - nie jest zastrzeżone, że ma to być możliwość skanowania tych bagaży w każdym, nawet nieprawdopodobnym ułożeniu,
- 3) szerokość min. 1000 mm, odpowiadająca zainstalowanym przenośnikom - a więc dotycząca kompatybilności na poziomie podajnika nie ma wymogu, aby ta szerokość była na całej wysokości tunelu (co byłoby sprzeczne z dowolnością przekroju, bowiem tylko przekrój prostokątny gwarantuje min. szerokość 1000 mm na całej wysokości - inne kształty zawsze będą się zwężały).

Przede wszystkim jednak wskazać należy, 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.

I tak też skonstruowany został opis przedmiotu zamówienia - kluczowe nie są wymiary tunelu, lecz zdolność do skanowania określonego gabarytu.

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 w Rzeszowie, maksymalne wymiary bagażu to:

Wymiary bagażu	Min.	Średnio	Max
Długość w mm	300	700	1 000
Szerokość w mm	300	500	750
Wysokość w mm	50	400	650
Ciężar w kg	2	18	50

Należy przy tym zaznaczyć, 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 EDS. Urządzenia te będą się różnić, w zależności od tego, jakie wymiary i kształt będzie miał tunel kontrolny.

W świetle powyższego oczywistym jest, 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.

W taki sposób został skonstruowany OPZ - poprzez opisanie wymaganej funkcjonalności. Tymczasem Odwołujący konstruuje odwołanie na interpretacji, która idzie w stronę wymiarów minimalnych. Analiza uzasadnienia wskazuje wyraźnie, że w ocenie Odwołującego jedynie urządzenie z tunelem, który w każdym z wymiarów przekracza 1000 mm: byłoby zgodne z OPZ bowiem tylko przy takich wymiarach, każda pozycja byłaby uwzględniona. Tymczasem nawet urządzenie oferowane przez Odwołującego takiego wymogu nie spełnia - jest zatem oczywiste, że w rzeczywistości Odwołujący zdaje sobie sprawę zarówno z konieczności (i dopuszczalności) zastosowania urządzeń pozycjonujących bagaż przed wlotem tunelu EDS, jak i z nierealności wymogu obsługi bagażu „w każdym potencjalnie dostępnym układzie”.

W załączeniu Przystępujący przedkłada materiały poglądowe, wnosząc o załączenie ich w poczet materiału dowodowego:

- a) przykładowe urządzenia pozycjonujące bagaż przed skanerem EDS
- b) porównanie przekroju urządzeń EDS względem potencjalnych pozycji bagażu.

Ukazują one, że konieczność zastosowania mechanizmów pozycjonujących jest powszechna, niezależnie od wybranego urządzenia EDS, zaś same te mechanizmy są

proste i minimalnie ingerujące w system transportu bagażu. Z tego też powodu wymóg obsługi bagażu „w każdym możliwym położeniu”, pozostaje oderwany nie tylko od treści dokumentacji niniejszego postępowania, ale też od rzeczywistości, w jakiej funkcjonują tego typu urządzenia.

Co ciekawe, 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. (KIO 585/19) Izba wskazała, że opis przedmiotu zamówienia zgodny z normami art. 7 oraz art. 29 ust. 2 PZP powinien referować do możliwości obsługi bagażu o określonych wymiarach, a nie do wymiarów samego urządzenia lub jego części.

Urządzenie zaoferowane przez Przystępującego umożliwia skanowanie bagażu o wymaganych gabarytach i to co najmniej w kilku ustawieniach: cztery rysunki techniczne zatem jest zgodne z wymogami Zamawiającego.

Mamy zatem do czynienia z sytuacją, w której Odwołujący dwa spośród swoich zarzutów opiera na niezgodności oferty/cech podmiotowych wykonawcy z wymogami Zamawiającego - lecz nie tymi, które wymagają z dokumentów postępowania, a z tymi nadinterpretowanymi tendencyjnie przez Odwołującego.

Wykonawca pragnie z całą mocą podkreślić, że Zamawiający nigdy i nigdzie, w całej dokumentacji:

- a) nie wymagał przedstawienia na etapie postępowania certyfikatu PPAA dla urządzenia innego niż oferowane,
- b) nie wymagał, aby skaner EDS umożliwiał skanowanie bagażu w każdym potencjalnym ułożeniu

- wymogi te zostały wyinterpretowane przez Odwołującego, ściśle na potrzeby niniejszego postępowania.

Treść zarówno SWZ jak i OPZ sporządzonych przez Zamawiającego była jasna i nie obejmowała wymogów, o których traktuje Odwołujący. Nie bez przyczyny, odwołanie nie wskazuje, gdzie takie warunki miałyby zostać zapisane.

W toku postępowania nie było modyfikacji lub odpowiedzi na pytania, które potwierdzałyby, że warunek udziału w postępowaniu oraz wymóg z OPZ mają taką treść, jaką prezentuje Odwołujący w uzasadnieniu.

W wyroku z dnia 9 stycznia 2018 r., KIO 2712/17, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że przy dokonywaniu oceny prawidłowości - zgodności złożonej przez wykonawcę oferty z wymaganiami Zamawiającego, podstawowe znaczenie ma wykładnia językowa. Jest to konieczne z uwagi na formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz potrzebę zagwarantowania równego traktowania wykonawców. Co za tym idzie istotna jest przede wszystkim treść SWZ. Niedopuszczalne jest zatem zaostżanie warunków udziału w postępowaniu czy też dodawanie kolejnych wymogów co do oferowanych urządzeń, w drodze rozszerzającej wykładni, czy wręcz manipulacji dokumentami zamówienia.

Literalna treść SWZ i OPZ nie przedstawia wątpliwości, które uzasadniałyby konieczność składania pytań doprecyzowujących oczekiwania Zamawiającego w zakresie objętym zaskarżeniem. Mowa jest o certyfikacji dla oferowanych (i żadnych innych) urządzeń, oraz o możliwości skanowania bagażu — bez dodatkowych warunków.

Na wypadek jednak, gdyby pojawiały się rozważania na temat niejasności SWZ czy OPZ, które należałoby uzupełniać twórczą wykładnią, zaprezentowaną w odwołaniu, Wykonawca pragnie przywołać zasadę rozstrzygnięcia niejasności w dokumentach zamówienia, na korzyść wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza, w uchwale z dnia 3 sierpnia 2017 r., sygn. akt: KIO/KD 38/17, wskazała, że: reguła ta wynika z prawniczej paremii in dubio contra proferentem znaczącej w języku polskim „wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi”. Nie ulega wątpliwości, że zamawiający jest autorem ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, które zostały zredagowane przez zamawiającego. KIO ukazuje związek genetyczny analizowanej reguły z dyrektywą wykładni contra proferentem, która zgodnie z zapatrywaniem przedstawicieli doktryny powinna być stosowana powszechnie, także w profesjonalnym obrocie handlowym, ponieważ ryzyko wieloznaczności wyrażenia powinien ponosić ten, kto wyrażenia formułował (zob. Z. Radwański, Wykładnia oświadczeń woli składanych indywidualnym adresatom, Wrocław 1992, s. 133-134).

Takie uzasadnienie dla analizowanej reguły in dubio potwierdza również stanowisko Sądu Najwyższego, który w wyroku z dnia 4 lipca 2019 r., sygn. akt: IV CSK 363/18, wskazał, że: to na zamawiającym spoczywa obowiązek pełnego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia jeszcze przed wszczęciem postępowania o jego udzielenie. Powinien on więc przygotować niezbędną dokumentację (osobiście lub za pomocą osób trzecich). Jeżeli powstają wątpliwości co do jednoznaczności postanowień SIWZ (a szerzej: dokumentacji zamawiającego, w oparciu o którą wykonawcy składają oferty), muszą być one rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Przeciwny wniosek byłby sprzeczny z art. 29 ust. 1 Pzp. W konsekwencji, jeżeli dokumentacja sporządzona przez zamawiającego zawiera nieścisłości,

nie jest jednoznaczna, nie można negatywnymi skutkami obciążać oferentów (a więc potencjalnych wykonawców), ale zamawiającego - jako autora tej dokumentacji.

Powyższe tezy zachowują pełną aktualność w obecnym stanie prawnym.

Izba rozpatrując powyższy zarzut, nie stwierdza sprzeczności treści oferty wykonawcy wybranego/przystępującego po stronie zamawiającego, z treścią specyfikacji.

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 w Rzeszowie, maksymalne wymiary bagażu to:

Wymiary bagażu	Min.	Średnio	Max
Długość w mm	300	700	1000
Szerokość w mm	300	500	750
Wysokość w mm	50	400	650
Ciężar w kg	2	18	50

Należy przy tym zaznaczyć, 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 EDS. Urządzenia te będą się różnić, w zależności od tego, jakie wymiary i kształt będzie miał tunel kontrolny.

Izba podziela w tym zakresie argumentację faktyczną i prawną wykonawcy wybranego, a przedstawioną powyżej.

Izba na rozprawie dopuściła w poczet materiału dowodowego zawnioskowane materiały poglądowe przez uczestnika w zakresie:

- a) przykładowe urządzenia pozycjonujące bagaż przed skanerem EDS
- b) porównanie przekroju urządzeń EDS względem potencjalnych pozycji bagażu.

Izba na rozprawie nie dopuściła dowodu z nagrania filmowego jako dowodu niewiarygodnego, wskazującego na zamierzone ustawienie bagażu, aby nie zmieścił się w wejściu do tunelu kontrolnego EDS.

Słusznie odwołujący podkreślił, że SWZ nie zawiera ograniczeń co do kształtu tunelu kontrolnego EDS, a urządzenie przez niego oferowane ma funkcję pozycjonowania bagażu i

pracownik układający bagaż na taśmie powinien być odpowiednio przeszkolony w prawidłowym układaniu bagażu na taśmie. Bezprzedmiotowy w sprawie okazał się materiał katalogowy załączony przez odwołującego, z uwagi na jego wersję anglojęzyczną (art.20 ust.2 i art.548 PZP).

W tym stanie rzeczy **Izba uznała zarzut 2 odwołania za nieudowodniony**, to jest co do niespełnienia warunków zamówienia przez oferowane urządzenie, a tym samym **zarzut braku odrzucenia oferty wykonawcy wybranego na podstawie art.226 ust.1 pkt 5) PZP nie został przez odwołującego wykazany.**

Odwołujący co do zarzutu nr 3 „Złożenie oferty, której przyjęcie narusza bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa”, odwołujący podniósł jak poniżej.

Finalnie, warto z całą stanowczością stwierdzić, że przyjęcie oferty złożonej przez SAVICON narusza bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób. Zgodnie z poglądami doktryny prawa: „W świetle art. 226 ust. 1 pkt 16 PZP zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty, jeżeli jej przyjęcie naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób.” (tak: red. M. Jaworska, w. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, Prawo zamówień Publicznych. Komentarz. Warszawa 2022). Przepisy PZP nie definiują pojęć bezpieczeństwa państwa i bezpieczeństwa publicznego. W opinii Urzędu Zamówień Publicznych wskazano, że skoro sama ustawa nie dokonuje rozróżnienia rodzaju bezpieczeństwa, należy przyjąć, iż w pojęciu istotnego interesu bezpieczeństwa państwa chodzi zarówno o bezpieczeństwo wewnętrzne, jak i zewnętrzne państwa. Warto także zauważyć, że na gruncie prawa unijnego również pojęcie bezpieczeństwa publicznego odnosi się do wewnętrznego bezpieczeństwa państwa członkowskiego oraz jego bezpieczeństwa zewnętrznego, a także sytuacji zagrożenia dla funkcjonowania głównych instytucji i służb publicznych oraz życia ludności lub ryzyka poważnego zakłócenia stosunków zagranicznych lub pokojowego współistnienia narodów bądź zagrożenie interesów wojskowych (zob. m.in. wyr. TSUE z 23.11.2010 r. w sprawie C-145/09, Land BadenWürttemberg v. Panagiotis Tsakouridis, EU:C:2010:708, pkt 43 i 44 i cyt. tam orzecznictwo). W literaturze przedmiotu wskazuje się, że pojęcie bezpieczeństwa publicznego jest zbieżne z pojęciem wewnętrznego bezpieczeństwa państwa. Definiuje się je jako stan faktyczny wewnątrz państwa umożliwiający normalne funkcjonowanie państwa i realizację jego interesów, zachowanie życia, zdrowia, mienia jednostek oraz korzystanie przez te jednostki z konstytucyjnie przyznanych praw i wolności. Bezpieczeństwo publiczne

to również system urządzeń publicznoprawnych i stosunków społecznych, regulowany przez prawo i inne normy społeczne, którego celem jest ochrona społeczeństwa i jednostki oraz ich mienia przed grożącymi niebezpieczeństwami, zwłaszcza ze strony gwałtownych czynów ludzi, jak również gwałtownych działań sił przyrody (tak: J. Nowicki, w: J. Nowicki, M. Kołdecki, Prawo, art. 4; por. również M. Stachowiak, w: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo, art. 4 oraz J. Jastrząb, Cyberbezpieczeństwo, s. 38). Zamawiający nie może więc pominąć przy dokonywaniu badania i oceny ofert faktu, że już w 2020 roku (biuletyn Departamentu Bezpieczeństwa Wewnętrznego Stanów Zjednoczonych Ameryki z dnia 07 października 2020 roku) informowano o ścisłym powiązaniu producenta urządzeń NUCTECH z rządem Chińskiej Republiki Ludowej oraz o zagrożeniu dla bezpieczeństwa danych pozyskiwanych w trakcie prześwietlania urządzeń i osób, przynajmniej z uwagi na niesatysfakcjonujący poziom zabezpieczenia tych danych i możliwe luki w systemach bezpieczeństwa. Warto przywołać jedynie kluczowe wnioski zawarte w tym biuletynie kontrwywiadowczym. (U//FOUO) Key Judgment 1: We assess that Nuctech very likely has a close and enduring relationship with the Chinese Government to advance Nuctech's business interests and develop screening and detection systems on behalf of the Chinese Government. tłumaczenie Odwołującego: Oceniamy, że Nuctech najprawdopodobniej ma bliskie i trwałe relacje z rządem chińskim, aby wspierać interesy biznesowe Nuctech i rozwijać systemy prześwietlające i wykrywające w imieniu rządu chińskiego. (U//FOUO) Key Judgment 2: We assess that Nuctech has engaged, and will likely continue to engage, in illegal business practices that include corruption, bribery, and product dumping to gain an unfair market advantage. tłumaczenie Odwołującego: Oceniamy, że Nuctech zaangażował się i prawdopodobnie będzie nadal angażować się w nielegalne praktyki biznesowe, które obejmują korupcję, przekupstwo i dumping produktów w celu uzyskania nieuczciwej przewagi rynkowej. (U//FOUO) Key Judgment 3: We assess that Nuctech's screening and detection systems likely have deficiencies in detection capabilities, which may create opportunities for exploitation by the Chinese Government. tłumaczenie Odwołującego: Oceniamy, że systemy prześwietlające i wykrywające firmy Nuctech prawdopodobnie wykazują braki (luki) w funkcjach wykrywania, co może stwarzać możliwości wykorzystania przez rząd chiński. (U//FOUO) Key Judgment 4: We assess that Nuctech's COVID-19-related screening and detection systems likely present concerns about individual privacy based on their ability to leverage artificial intelligence and machine learning, specifically facial recognition technology. tłumaczenie Odwołującego: Oceniamy, że systemy prześwietlające i wykrywające Nuctech związane z COVID-19 prawdopodobnie budzą obawy dotyczące prywatności osób w oparciu o ich zdolność do wykorzystania sztucznej inteligencji i uczenia maszynowego, w szczególności technologii rozpoznawania twarzy. Niezbędne jest także dodanie, że pomimo upływu lat, zastrzeżenia do produktów NUCTECH się multiplikują,

czego dowodem są liczne artykuły i opracowania udostępnione w domenie publicznej. Przykładowo dnia 04 lutego 2022 roku na stronie internetowej pod adresem: https://central.asia-news.com/en_GB/articles/cnmi_ca/features/2022/02/04/feature-02 opublikowano artykuł na temat NUCTECH i jej produktów pod tytułem: „Chinese military-linked security scanners at airports raise worldwide alarm Nuctech's X-ray scanners, which are present across the world including in Europe and Kazakhstan, are raising concerns Beijing is accessing governmental, industrial or personal data”. tłumaczenie Odwołującego: Chińskie powiązane z wojskiem na lotniskach budzą światowy alarm skanery bezpieczeństwa. Skanery rentgenowskie firmy Nuctech, które są obecne na całym świecie, w tym w Europie i Kazachstanie, budzą obawy, że Pekin ma dostęp do danych rządowych, przemysłowych lub osobistych. Dowód: - biuletyn Departamentu Bezpieczeństwa Wewnętrznego Stanów Zjednoczonych Ameryki z dnia 07 października 2020 roku; -artykuł z dnia 04 lutego 2022 roku dostępny na stronie internetowej pod adresem: https://central.asia-news.com/en_GB/articles/cnmi_ca/features/2022/02/04/feature-02;

We wskazanych powyżej okolicznościach, co najmniej zastanawiająca jest „niefrasobliwość” Zamawiającego, który nie sprawdził ogólnoświatowych zastrzeżeń odnoszących się do urządzeń produkcji NUCTECH zaoferowanych przez SAVICON, w szczególności, w sytuacji, gdy lotnisko Rzeszów-Jasionka pełni kluczową rolę dla Polski i innych państw członkowskich NATO w związku z trwającym konfliktem zbrojnym w Ukrainie. W związku z powyższym oferta SAVICON powinna zostać odrzucona jako oferta, której przyjęcie narusza bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób - art. 226 ust. 1 pkt 16) PZP.

Przystępujący po stronie zamawiającego/wykonawca wybrany co do zarzutu nr 3 „Złożenie oferty, której przyjęcie narusza bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa”, podniósł jak poniżej.

Odnosząc się do ostatniego z wywiedzionych w odwołaniu zarzutów. należy w pierwszej kolejności wskazać, że Odwołujący nie zaoferował żadnego dowodu, czy choćby środka pozwalającego na uprawdopodobnienie okoliczności istotnych dla zastosowania art. 226 ust. 1 pkt. 16 PZP:

- a) w jaki sposób przyjęcie oferty Wykonawcy zagraża bezpieczeństwu publicznemu,
- b) jaki skonkretyzowany interes publiczny lub funkcjonowanie Państwa mogłoby doznać uszczerbku,

c) czy prawdą jest, że bezpieczeństwa nie można zagwarantować w inny sposób niż przez odrzucenie oferty Wykonawcy.

Wszystkie powyższe kwestie, choć zasygnalizowane w odwołaniu, nie są nawet szczegółowo omówione, a co dopiero wykazane zgodnie ze standardami postępowania dowodowego. Odwołujący posiłkuje się jedynie publikacjami o charakterze ogólnym, przy czym:

a) nie jest tajemnicą, że rząd USA podejmuje rozmaite działania wymierzone przeciwko przedsiębiorcom o chińskim rodowodem, prowadząc wysoce protekcyjną politykę gospodarczą (ma to odniesienie w szczególności do okresu, w którym wydano rzeczony komunikat - 2020 r.),

b) komunikat stanowi wyłącznie zbiór ocen i spekulacji — nie popartych żadnymi dowodami, a nawet nie prezentowanymi jako opis faktów obiektywnie istniejących,

c) związki Nuctech z chińskim rządem same w sobie nie stanowią żadnego zagrożenia dla bezpieczeństwa - są charakterystyczne dla chińskiego systemu gospodarczego,

d) podnoszone w KEY Judgement 2 okoliczności, w ogóle nie dotyczą kwestii bezpieczeństwa - a co najwyżej nieuczciwych praktyk rynkowych,

e) w ogóle nie sprecyzowano, w jaki sposób rzekome luki w funkcjach wykrywania mogłyby zostać wykorzystane przez chiński rząd (do przemytu?),

f) cytowane Key Judgement 4 odnosi się do urządzeń skanujących osoby - bez związku z przedmiotem postępowania,

g) artykuł z portalu internetowego, a właściwie jego wycinek, trudno uznać za wiarygodne i wyczerpujące źródło informacji - co najwyżej źródło pogłosek, a nie faktów.

Odwołujący podnosi przy tym, w sposób czysto publicystyczny, kwestie związane z bezpieczeństwem, konfliktem w Ukrainie, rolą lotniska w Rzeszowie w działaniach NATO itp. - jakby nie rozumiejąc, że zamawiane urządzenie, podobnie jak cały system obsługi bagażu rejestrowanego, ma zastosowanie wyłącznie do pasażerów lotów rejsowych, cywilnych i tylko do bagażu normatywnego. Nawet nadanie roweru czy kontrabasu wymaga innej procedury i zastosowania innego urządzenia niż skaner EDS dostarczany w ramach zamówienia. Z całą pewnością tym bardziej transporty wojskowe nie są odprawiane w hali odlotów, z ograniczeniem maksymalnej wielkości bagażu — i dopłatą za nadbagaż. Ten przykład, w swojej absurdalności najlepiej obrazuje, że brak jest związku przedmiotu z zamówienia z istotnymi dla bezpieczeństwa publicznego obszarami działalności lotniska w

Rzeszowie co zresztą jest jedną z przyczyn prowadzenia postępowania z wyłączeniem przepisów o zamówieniach z sektora bezpieczeństwa i obronności.

Infrastruktura wykorzystywana do obsługi lotów cargo, czy zwłaszcza lotów specjalnych, operacji wojskowych nie jest prowadzona z wykorzystaniem terminala pasażerskiego i taśmociągów bagażowych przeznaczonych dla bagaży nadawanych w punktach odpraw.

Zupełnie pomija przy tym Odwołujący, że urządzenia firmy Nuctech są z powodzeniem instalowane i wykorzystywane na terenie całej Europy, w tym również w Polsce (lotnisko Okęcie, port lotniczy w Radomiu) — i nikt do tej pory nie kwestionował, aby zagrażało to jakimkolwiek interesom publicznym.

Jak podkreśla się z komentarzu do art. 226 PZP, odrzucenie oferty ma charakter ostateczny a do zastosowania tego przepisu należy podchodzić w sposób powściągliwy: W świetle art. 226 ust. 1 pkt 16 PZP zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty, jeżeli jej przyjęcie naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób. Przed odrzuceniem oferty na podstawie tego przepisu konieczne jest zatem ustalenie czy odrzucenie oferty jest jedynym sposobem na zagwarantowanie bezpieczeństwa publicznego lub istotnego interesu bezpieczeństwa państwa. Należy przy tym zauważyć, że tego typu zamówienia zostały zwolnione z obowiązku stosowania przepisów PZP, w zakresie, w jakim ochrona istotnych interesów dotyczących bezpieczeństwa państwa nie może zostać zagwarantowana w inny sposób, w szczególności z zastosowaniem przepisów dotyczących udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (art. 12 ust. 1 pkt 2 PZP). Zatem przepis art. 226 ust. 1 pkt 16 PZP znajdzie zastosowanie w przypadku, w którym w momencie wszczęcia postępowania możliwe było udzielenie zamówienia z zastosowaniem przepisów PZP, ale przyjęcie złożonej w tym postępowaniu oferty naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa w sposób niepozwalający na jego ochronę za pomocą innych działań niż odrzucenie oferty.

Z powyższego wynika, że podnoszone przez Odwołującego zastrzeżenia administracji USA z października 2020 r., jeżeli miałyby świadczyć o rzeczywistym zagrożeniu dla bezpieczeństwa, jako że były znane w dacie ogłoszenia postępowania, winny spowodować zmianę w jego trybie. Tymczasem Zamawiający- i słusznie – uznał, że dostawa systemu dla obsługi bagażowej lotów cywilnych. nie stanowi zagrożenia dla bezpieczeństwa publicznego. Jeżeli w oparciu o dane z 2020 r. Odwołujący kwestionuje taką ocenę, winien zaskarżyć wybór trybu postępowania.

Warto w tym miejscu zauważyć, że Przystępujący współpracuje ze spółką Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o. o. - podmiotem prawa polskiego, odpowiadającym według

polskich przepisów. Spółka ta jest producentem oferowanego urządzenia, a jego produkcja oferowanego urządzenia odbywa się na terenie Polski - zatem jest oczywiste, że Państwo Polskie ma pełen wachlarz środków zabezpieczających interes publiczny, jakich może Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak używać wobec ww. spółki, w ramach jej bieżącej działalności. Brak takich działań wymownie świadczy o tym, że zagrożenie na które powołuje się Odwołujący, to wyłącznie zjawisko publicystyczne. Co więcej, oferowane urządzenie, przeznaczone do wykorzystania w portach lotniczych, musi przejść długotrwały proces certyfikacji przez niezależne, międzynarodowe organy kontrolne ECAC (Europejska Konferencja Lotnictwa Cywilnego European Civil Aviation Conference). Certyfikacja obejmuje między innymi skuteczność urządzenia oraz zgodność z międzynarodowymi normami bezpieczeństwa, w tym poziom zabezpieczenia pozyskiwanych danych a jakakolwiek zmiana w produkcji wymaga ponownego przejścia procesu certyfikacji dla całego urządzenia. Oznacza to, że niezależnie od „ocen” przytoczonych przez Odwołującego, bezpieczeństwo i wiarygodność oferowanego urządzenia Nucotech oraz jego producenta została zweryfikowana przez organizację ECAC odpowiadającą za bezpieczeństwo lotnictwa cywilnego na świecie. Weryfikacja ta przebiegła pomyślnie — czego dowodem jest dopuszczenie urządzenia do stosowania.

Po drugie, należy zgodzić się z autorką komentarza, że warunkiem zastosowania sankcji w postaci odrzucenia oferty, jest ustalenie, że jest to jedyny sposób zabezpieczenia. Przesłanka ma wyjątkowy charakter i odnosi się do niezdefiniowanych w PrZamPubl pojęć bezpieczeństwa publicznego i bezpieczeństwa państwa. Ich interpretacja musi następować jednak przy uwzględnieniu zasady proporcjonalności. Odrzucenie powinno nastąpić tylko i wyłącznie, gdy w przypadku przyjęcia oferty doszłoby do naruszenia i sytuacja taka ma charakter nieuchronny (nie można jej w żaden inny sposób zaradzić). Tymczasem Odwołujący nie zaoferował niczego, co pozwoliłoby ustalić jakiejkolwiek okoliczności w powyższym zakresie. Uzasadnienie pozostaje na poziomie publicystyki, spekulacji, powtarzania plotek i wątpliwości natury globalnej, snując nieokreślone wizje zagrożenia nie wiadomo jakich interesów, nie wiadomo w jaki sposób, w jakim obszarze. Zarzut odwołania powinien być należycie uzasadniony i udowodniony - w zakresie art. 226 ust. 1 pkt. 16 PZP oznacza to, że Odwołujący dla powodzenia swojego zarzutu powinien wykazać kolejno:

- a) jaki konkretnie interes publiczny jest nieuchronnie zagrożony,
- b) na czym polega zagrożenie, w czym się przejawia,
- c) czy Zamawiający mógł uchylić to konkretne zagrożenie w inny sposób

i dopiero w przypadku wykazania kwestii z pkt. a) i b) oraz negatywnej odpowiedzi na zagadnienie c), można mówić o uzasadnionym zarzucie wobec Zamawiającego. Nie spełnia tych kryteriów powołanie się na fakt, że administracja USA ma wątpliwości co do rzetelności firmy Nuctech. Należy bowiem podkreślić, że poza cytowanymi odwołaniem spekulacjami (nader ostrożnymi- podkreśla się w każdym zdaniu, że są to jedynie oceny autora, a nie ustalenia faktyczne), żadne zarzuty wobec Nuctech nie zostały formalnie postawione i udowodnione przed niezależnymi organami. Wobec powyższego, mając na uwadze treść odwołania (w tym sposobu sformułowania zarzutu), zarzut podniesiony przez Odwołującego jest co najmniej niewykazany — a w istocie nawet nie postawiony, albowiem nie wskazując na naruszony/zagrożony interes publiczny,

Odwołujący nie wskazał w ogóle, na czym polegała nieprawidłowość w działaniu zamawiającego, innymi słowy — jaki interes publiczny nie został przez niego zabezpieczony.

Izba również w zakresie zarzutu nr 3 odwołania podziela stanowisko wykonawcy wybranego/przystępującego po stronie zamawiającego. Odwołujący nie udowodnił, a w szczególności nie wskazał na czym polega naruszenie porządku publicznego czy też bezpieczeństwa Państwa, w związku z dopuszczeniem przez zamawiającego urządzeń chińskiej produkcji Nuctech. Odwołujący powołuje się między innymi na wojnę na Ukrainie oraz na szczególny charakter lotniska w Rzeszowie pomijając fakt, że urządzenia dotyczące kontroli – prześwietlania bagażu mają dotyczyć bagaży cywilnych, a nie wojskowych. Przywoływane zagraniczne enuncjacje prasowe, mają charakter publicystyczny, a nie zostały potwierdzone przez rządowe organy wskazanych Państw, czy to USA, czy to Kanady, a na rozprawie dodano Litwę, która również nie zajęła ostatecznego stanowiska sądowego. Wszystkie te doniesienia medialne są z 2020r., a w szczególności z lat COVID-19 nie wskazują na jakiegokolwiek rygorystyczne decyzje tych Państw co do produktów firmy chińskiej NUCTECH. Na uwagę również zasługuje okoliczność, że produkcja NUCTECH jest prowadzona na terenie Polski, czemu nie zaprzeczył odwołujący, a co umożliwia podejmowanie wszelkich decyzji przez organy publiczne Państwa Polskiego, które nie zostały wobec NUCTECH podjęte.

Na uwagę zasługują również uwagi przystępującego po stronie zamawiającego typu:

Warto w tym miejscu zauważyć, że Przystępujący współpracuje ze spółką Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o. o. - podmiotem prawa polskiego, odpowiadającym według polskich przepisów. Spółka ta jest producentem oferowanego urządzenia, a jego produkcja oferowanego urządzenia odbywa się na terenie Polski - zatem jest oczywiste, że Państwo Polskie ma pełen wachlarz środków zabezpieczających interes publiczny, jakich może Prawo

zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak używać wobec ww. spółki, w ramach jej bieżącej działalności. Brak takich działań wymownie świadczy o tym, że zagrożenie na które powołuje się Odwołujący, to wyłącznie zjawisko publicystyczne. Co więcej, oferowane urządzenie, przeznaczone do wykorzystania w portach lotniczych, musi przejść długotrwały proces certyfikacji przez niezależne, międzynarodowe organy kontrolne ECAC (Europejska Konferencja Lotnictwa Cywilnego European Civil Aviation Conference). Certyfikacja obejmuje między innymi skuteczność urządzenia oraz zgodność z międzynarodowymi normami bezpieczeństwa, w tym poziom zabezpieczenia pozyskiwanych danych a jakakolwiek zmiana w produkcie wymaga ponownego przejścia procesu certyfikacji dla całego urządzenia. Oznacza to, że niezależnie od „ocen” przytoczonych przez Odwołującego, bezpieczeństwo i wiarygodność oferowanego urządzenia Nuctech oraz jego producenta została zweryfikowana przez organizację ECAC odpowiadającą za bezpieczeństwo lotnictwa cywilnego na świecie. Weryfikacja ta przebiegła pomyślnie — czego dowodem jest dopuszczenie urządzenia do stosowania.

Tak więc **odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanki** odrzucenia oferty wykonawcy wybranego/ przystępującego po stronie zamawiającego, **na podstawie przepisu art.226 ust.1 pkt 16 PZP to jest zarzutu Nr 3 odwołania.**

Podsumowując Izba stwierdza, że żaden z zarzutów odwołania nie został udowodniony, w związku z tym odwołanie na mocy art.553 PZP podlega oddaleniu w całości.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) stosownie do jego wyniku oraz zgodnie z § 8 ust.2 zdanie pierwsze oraz § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000,00 złotych, a zamawiający nie podjął czynności procesowych, prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia/rozprawy.

Przewodniczący: