Sygn. akt: KIO 2022/22

WYROK

z dnia 25 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Agata Mikołajczyk
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę: P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P. S., ul. Miła 5, 09-402 Płock w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Przedsiębiorstwo Państwowe "Porty Lotnicze", ul. Komitetu Obrony Robotników 49, 02-146 Warszawa,

przy udziale wykonawcy: P. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą VENDOR POLSKA P. R., ul. Jedlicka 38B, 61-315 Poznań, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2022/22 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę: P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P. S., ul. Miła 5, 09-402 Płock, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: P. S. prowadzący działalność gospodarcza pod firmą Savicon P. S., ul. Miła 5, 09-402 Płock tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy: P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P. S., ul. Miła 5, 09-402 Płock na rzecz zamawiającego: Przedsiębiorstwo Państwowe "Porty Lotnicze", ul. Komitetu Obrony Robotników 49, 02-146 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych na wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 2022/22

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający, Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie „Zakup i instalacja 4 szt. Urządzeń EDS (Explosive Detection System) co najmniej normy 3.1 do Sortowni 1 (Strefa AB) wraz z integracją z systemem BHS”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 lipca 2022 r. pod numerem 2022/S 141-404781.

Wykonawca - P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon

P. S. z siedzibą w Płocku, na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 pkt. 1 i art. 515 ust. 1 lit. a) ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwane dalej „Pzp” wniósł odwołanie wobec:

a) treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) w zakresie:

i. opisu przedmiotu zamówienia, zawartego w Załączniku nr 3 do SWZ - Projektowane

postanowienia umowy, Załącznik nr 1: szczegółowy opis przedmiotu zamówienia punkt 5.2)

- w zakresie, w jakim wymagają przetestowania oferowanych urządzeń przez TSA (organ publiczny w USA), podczas gdy certyfikaty i badania tego podmiotu nie są honorowane na terenie Unii Europejskiej, gdzie wiążące są normy i procesy certyfikacyjne ECAC, co więcej urządzenia (zestawy EDS) certyfikowane przez ECAC, nie są certyfikowane przez TSA i na odwrót, z uwagi na odmienne oprogramowanie; ii. przesłanki wykluczenia wykonawcy, rozdział VI punkt 2 SWZ, w zakresie powołującym się na regulacje dot. zamówień z dziedziny obronności i bezpieczeństwa, podczas gdy postępowanie nie dotyczy tego obszaru;

b) treści ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie wskazanych wyżej postanowień SWZ.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 105 ust. 1 i 2 Pzp oraz Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2021/255, z dnia 18 lutego 2021r. zmieniającego Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2015/1998 i Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2022/11 z dnia 13 stycznia 2020 r. zmieniającego rozporządzenie wykonawcze (UE) 2015/1998 w odniesieniu do sprzętu służącego do ochrony lotnictwa cywilnego oraz państw trzecich, w których stosowane normy ochrony uznaje się za równoważne ze wspólnymi podstawowymi normami ochrony lotnictwa cywilnego - poprzez wskazanie nadmiernego oraz ograniczającego konkurencję wymogu poddania zestawu EDS certyfikacji agencji TSA, pomimo iż certyfikaty tej agencji nie są wymagane ani uznawane na obszarze działania Zamawiającego, a jedynym i wyłącznym certyfikatem przewidzianym dla tego typu urządzeń jest certyfikat ECAC i „pieczęć UE”;

- art. 16 pkt 3 w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp, poprzez wskazanie nadmiernego i ograniczającego konkurencję wymogu poddania zestawu EDS certyfikacji agencji TSA, pomimo iż certyfikaty tej agencji nie są wymagane ani uznawane na obszarze działania Zamawiającego - terenie Unii Europejskiej, gdzie jedynym wymaganym certyfikatem jest certyfikat ECAC, umożliwiający również obsługę połączeń realizowanych do Stanów Zjednoczonych, zatem wymóg poddania zestawu (urządzenie i oprogramowanie) procesowi certyfikacji TSA jest nieproporcjonalny i nieuzasadniony;

- art. 16 pkt. 1 w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez wskazanie niemożliwego do

spełnienia wymogu dostarczanego urządzenia, który jest w praktyce nieosiągalny - z uwagi na zasadę certyfikowania danego zestawu EDS wyłącznie przez jednostkę właściwą z uwagi na miejsce jego stosowania, podczas gdy zestawy stosowane pod nadzorem TSA różnią się od zestawów certyfikowanych na obszar Unii Europejskiej, zaś certyfikat dotyczy zawsze określonej konfiguracji sprzętu i oprogramowania;

- art. 405 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 pkt. 36 i 12 Pzp, poprzez nieuprawnione

wprowadzenie w postępowaniu przesłanki wykluczenia wykonawcy, zarezerwowanej dla postępowań w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, podczas gdy przedmiot niniejszego Postępowania nie dotyczy obszarów obronności i bezpieczeństwa, zdefiniowanych w art. 7 pkt. 36 PZP, lecz działalności infrastruktury cywilnej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

a) dokonania modyfikacji SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 3a do SWZ) poprzez zmianę:

- opisu przedmiotu zamówienia, zawartego w Załączniku nr 3 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy, Załącznik nr 1: szczegółowy opis przedmiotu zamówienia: punkt 5.2, poprzez jego usunięcie;

- rozdziału VI punkt 2 SWZ, poprzez jego usunięcie oraz usunięcie obowiązku złożenia oświadczenia według Załącznika nr 10 do SWZ;

b) dokonania zmian w treści zmienionego ogłoszeniu o stosownie do nakazanej zmiany treści SWZ.

Odwołujący wyjaśnił, że jest przedsiębiorcą zajmującym się m.in. projektowaniem systemów i dystrybucją urządzeń, których dostawa mieści się w przedmiocie zamówienia, i zamierza uczestniczyć w przedmiotowym postępowaniu wraz z partnerami biznesowymi (art. 505 ust. 1 Pzp). Wymogi stawiane przez Zamawiającego ograniczają lub wręcz uniemożliwiają złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu, tym samym generując dla wykonawcy ryzyko prawne na gruncie postępowania. Odwołujący współpracuje z jednym z producentów urządzeń EDS, który na mocy arbitralnych decyzji Zamawiającego, ma ograniczone możliwości realizacji zamówienia wraz z Odwołującym.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który sprawia, że zaoferowanie urządzenia EDS, które ma działać w obszarze prawnym Unii Europejskiej, wymaga przeprowadzenia dla tegoż urządzenia procesu certyfikacyjnego dla obszarów Stanów Zjednoczonych. Wynika to z opisu przedmiotu zamówienia, zawartego w Załączniku nr 3 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy, Załącznik nr 1: Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, którego punkt 5.2 ma następujące brzmienie:

„Proponowane urządzenia powinny były uzyskać pozytywny wynik procesu certyfikacji/kwalifikacji prowadzonego przez TSA (Transportation Security Administration)”

Bez wątpienia ocena, czy oferta jest zgodna z wymogami Zamawiającego, będzie obejmowała również ten obszar. Nie ulega wątpliwości, że rozwianie wątpliwości Zamawiającego lub innych oferentów (np. na etapie odwołania do KIO) w tym obszarze będzie wymagało przedłożenia certyfikatu TSA lub co najmniej protokołu z procesu certyfikacji. Tym samym, de facto Zamawiający wymusza przedłożenie takiego certyfikatu/wyniku badań, nie wskazując tego wprost w SWZ.

Odwołujący podkreślił, że wymagania Zamawiającego nie są merytorycznie uzasadnione. Oczekiwania dotyczące przeprowadzenia dla oferowanego urządzenia certyfikacji w USA nie mają żadnego pokrycia w rzeczywistych i obiektywnych potrzebach Zamawiającego, tym samym wskazany wymóg należy uznać za zbędny.

Certyfikacja, czy to w ramach ECAC czy TSA, dotyczy zawsze konkretnego zestawu, w określonej konfiguracji: urządzenie i oprogramowanie. Konfiguracje te mogą różnić się w ramach jednego typu czy nazwy handlowej danego urządzenia. To dla takiego zestawu wydawany jest stosowny certyfikat, a zmiana czy to urządzenia, czy oprogramowania, powoduje konieczność ponownej certyfikacji. Jest to o tyle istotne, że z powodu wymagań regulatorów, urządzenia stosowane na rynku USA korzystają z innego oprogramowania niż te wykorzystywane w Unii Europejskiej - ponieważ przeprowadzenie badania zgodnie z tamtejszymi wymogami i procedurami, wymaga zaimplementowania innych algorytmów wykrywania oraz innego oprogramowania. Żaden zestaw EDS certyfikowany w Unii Europejskiej, nie przeszedłby (z europejskim oprogramowaniem) certyfikacji TSA. Z kolei certyfikacja TSA jest bezużyteczna dla użytkowników z UE, bowiem dotyczy innej konfiguracji oprogramowania. W ocenie Odwołującego, nie istnieje żadne urządzenie (konfiguracja obejmująca model i typ urządzenia, wersję oprogramowania i zainstalowane algorytmy wykrywania), które dysponując certyfikatem ECAC posiadałoby (dla tej samej wersji konfiguracji) certyfikat TSA. Tym samym decyzje

Zamawiającego nie tylko ograniczają konkurencję, ale wręcz czynią złożenie oferty niemożliwym.

Dodatkowo, godzi w interesy prawne wszystkich wykonawców odwołanie się przez Zamawiającego do przesłanki odrzucenia oferty wynikającej z art. 405 ust. 1 pkt. 3 Pzp. Przyznaje ona bowiem Zamawiającemu prawo do wykluczenia każdego wykonawcy w oparciu o przesłankę „bycia uznanym za niewiarygodnego” w sposób inny niż na podstawie odpowiedniej decyzji, po przeprowadzeniu procedury. Tak ocenna przesłanka,

pozostawiająca szerokie pole do interpretacji, została wprowadzona jako wyjątek, tylko na gruncie tych postępowań, które dotyczą obronności i bezpieczeństwa - którym to zagadnieniom Ustawodawca przyznał niejako pierwszeństwo względem zasady konkurencyjności. Jako, że mamy do czynienia z rozwiązaniem wyjątkowym, możliwości jego zastosowania należy interpretować w sposób ścisły, czy wręcz zawężający - wyłącznie do zamówień z dziedziny obronności i bezpieczeństwa, zdefiniowanych w art. 7 pkt. 36 Pzp. Przedmiot niniejszego postępowania, pomimo iż dotyczy urządzeń bezpieczeństwa, nie mieści się w granicach definicji ustawowej, albowiem dotyczy infrastruktury wykorzystywanej wyłącznie na cele cywilne.

W ocenie Odwołującego, 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.

Zgodnie z uregulowaniami ustawy Prawo zamówień publicznych przedmiot zamówienia opisuje się w sposób:

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

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

Kolejny wymóg dotyczący opisu przedmiotu zamówienia, dotyczący wymaganych norm i certyfikatów wynika z art. 105 Pzp. Z przepisu tego wynika kilka zasad dotyczących żądania przedłożenia certyfikatów lub sprawozdań z badan:

1) żądanie certyfikacji może dotyczyć tylko takich cech produktu, które są wymagane

dla oferowanego produktu,

2) można żądać certyfikatu wydanego przez jednostkę certyfikującą, zdefiniowaną w art.

105 ust. 2 Pzp,

3) możliwe jest przedłożenie certyfikatów wydanych przez jednostki równoważne,

4) jeżeli wykonawca nie ma certyfikatów lub wyników badań akceptuje się również inne środki, w tym dokumentację producenta, jeżeli wykażą spełnianie określonych wymagań (tak

m. in. wyr. KIO z 20 maja 2019 r., KIO 706/1Legalis).

Zdaniem Odwołującego, odnosząc realia postępowania do powyższych zasad, należy zwrócić uwagę na następujące okoliczności:

Ad 1) Zamawiający nie wymaga, aby urządzenie EDS było certyfikowane przez TSA. Zatem skoro nie ma wymogu odnoszącego się do dysponowania certyfikatem TSA na dane urządzenie, to nie ma podstaw do żądania, aby urządzenie przeszło taką procedurę certyfikacji/badań właściwych dla TSA, bowiem taka cecha nie jest wymagana.

Ad 2) TSA jest agencją publiczną Stanów Zjednoczonych i nie jest jednostką certyfikującą w rozumieniu art. 105 ust. 2 Pzp - zatem Zamawiający nie może żądać, aby wykonawcy przeprowadzili jakieś badania lub certyfikacje przed tą agencją.

Ad 3) W rozumieniu nomenklatury Pzp, certyfikatem równoważnym do TSA (w rozumieniu potwierdzania tych samych okoliczności i cech produktu, związanych z jego bezpieczeństwem i dopuszczeniem do eksploatacji) i całkowicie wystarczającym, a wręcz wymaganym tak przez przepisy prawa jak i przez Zamawiającego, jest certyfikacja ECAC.
Ad. 4) Nawet gdyby teoretycznie założyć, że certyfikat ECAC nie jest równoważny TSA, to wymaganie Zamawiającego dotyczy posiadania certyfikatu ECAC, a nie TSA - zatem określone wymagania dotyczące oferowanego produktu są spełnione poprzez legitymowanie się certyfikatem ECAC. Wymóg poddania urządzenia procesowi certyfikacji TSA nie jest wymogiem dotyczącym cech produktu, lecz wyłącznie wymogiem natury formalnej - nie wynikają z niego żadne merytoryczne cechy produktu. Z kolei cecha „bezpieczeństwa”, do

której zapewne odnosi się Zamawiający, została już w dostateczny sposób wykazana zarówno poprzez uzyskanie certyfikacji w obszarze europejskim, jak i poprzez fakt, że każde urządzenie EDS, które uzyskało certyfikat ECAC jest z powodzeniem wykorzystywane w portach lotniczych Europy i Polski, również przez Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe zasady wynikające z przepisów Pzp i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, Odwołujący wskazał, że nie istnieją żadne uzasadnione potrzeby, które nakazywałyby Zamawiającemu referowanie do norm bezpieczeństwa i certyfikatów, które nie są dla Zamawiającego wiążące. W szczególności Zamawiający nie jest związany normami obowiązującymi w Stanach Zjednoczonych. Zamawiający jest związany innymi normami dotyczącymi certyfikacji urządzeń bezpieczeństwa, które:

a) mają charakter bezwzględnie obowiązujący na terenie całej Unii Europejskiej,

b) mają charakter wyłączny - tzn. alternatywne certyfikaty nie są uznawane jako zastępujące certyfikat ECAC, ani tym bardziej wymagane,

c) są powszechnie akceptowane - tzn. umożliwiają obsługę lotów realizowanych do każdego miejsca na świecie, w tym na terytorium USA.

To właśnie konieczność spełnienia tych norm, wyznacza granicę uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w zakresie poddania urządzeń EDS określonej certyfikacji. Z punktu widzenia Zamawiającego istotne jest to, czy oferowane urządzenia spełniają normy obowiązujące na terenie Unii Europejskiej i pozwalające wykonywać operacje lotnicze na cały świat. Zupełnie bez znaczenia jest, czy dane urządzenie było poddane certyfikacjom na jakieś inne rynki, czy to amerykański, chiński czy afrykański. Dla Zamawiającego może to być jedynie ciekawostka - która jednak nie ma żadnego powiązania z jego realnymi, istniejącymi i uzasadnionymi potrzebami.

Odnosząc się do samej kwestii certyfikacji urządzeń bezpieczeństwa, należy w pierwszej kolejności podkreślić, że zgodnie z przepisami Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2020/111 z dnia 13 stycznia 2020 r. (Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2021/255 z dnia 18 lutego 2021 r. zmieniające rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2015/1998 ustanawiające szczegółowe środki w celu wprowadzenia w życie wspólnych podstawowych norm ochrony lotnictwa cywilnego) oraz Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2021/255 z dnia 18 lutego 2021 r. (Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2020/111 z dnia 13 stycznia 2020 r. zmieniające rozporządzenie wykonawcze (UE) 2015/1998 w odniesieniu do sprzętu służącego do ochrony lotnictwa cywilnego oraz państw trzecich, w których stosowane normy ochrony uznaje się za równoważne ze wspólnymi podstawowymi normami ochrony lotnictwa cywilnego) jedynym oznaczeniem wymaganym dla tego typu urządzeń jest tzw. „pieczęć UE".

Powyższe stanowisko potwierdził w oficjalnym stanowisku Prezes Urzędu Lotnictwa Cywilnego w piśmie z dnia 4 lipca 2022 r. Z pisma tego wynika niezbicie, że wprowadzenie urządzenia do obrotu w zakresie systemów EDS jest możliwe wyłącznie po uzyskaniu „pieczęci UE". Jest to przy tym jedyny wymóg stosowania takich urządzeń - nie ma wymogów dodatkowych certyfikatów. W szczególności dla operowania na rynku europejskim nie jest wymagana certyfikacja TSA.

Zgodnie z pkt. 12.0.2.3. i pkt. 12.0.3.3 Rozporządzenia wykonawczego Komisji (EU) 2020/111, certyfikacja przyznawana jest na konkretny zestaw urządzenie + oprogramowanie. Każda zmiana oprogramowania oznacza konieczność odrębnej certyfikacji zespołu EDS w nowej konfiguracji. Poniżej wskazujemy przykładowe „pieczęcie UE" dla urządzeń Nuctech, które różnią się wersją oprogramowania. Każda wersja oprogramowania, zainstalowanego na tym samym typie urządzenia (te same dane w pozycji hardware, inne w pozycji algorythm, przeszła niezależną certyfikację - numer pieczęci UE jest inny. Tym samym, te same urządzenia EDS, ale wyposażone w dwie różne wersje oprogramowania, są traktowane jako zupełnie odmienne zestawy, podlegające niezależnej certyfikacji. Wobec tego nie można stwierdzić tożsamości między zestawami oferowanymi na rynek UE, a zestawami certyfikowanymi na rynek USA - które korzystają z innego oprogramowania. Z uwagi na różnice w wymogach obydwu organizacji, oprogramowanie zaaprobowane przez TSA nie otrzyma akceptacji ECAC i odwrotnie. Nie istnieje oprogramowanie urządzeń EDS, które posiadałoby jednocześnie obydwa certyfikaty. Nawet gdyby teoretycznie przyjąć, że istnienie takiego oprogramowania jest możliwe, to decydujące o dopuszczeniu do stosowania na rynku UE byłoby wyłącznie uzyskanie pieczęci UE - w takim wypadku negatywny lub pozytywny wynik certyfikacji TSA byłby całkowicie bez znaczenia.

Podsumowując - żądanie (w sposób pośredni) certyfikacji TSA dla urządzeń oferowanych Zamawiającemu, sprowadza się do żądania certyfikatów dotyczących innego sprzętu niż oferowany w postępowaniu. Jest to zatem żądanie całkowicie

zbędne, w żaden sposób nie powiązane z przedmiotem postępowania.

Wprowadzenie przez Zamawiającego wymogu pozytywnej certyfikacji TSA w praktyce oznacza, że sama pieczęć UE miałaby stać się niewystarczająca dla zainstalowania urządzeń w Polsce, a kluczowa rola przypadałaby TSA - co jest wprost sprzeczne z przepisami cytowanych wyżej rozporządzeń UE, oraz stanowiskiem Urzędu Lotnictwa Cywilnego.

W zakresie przesłanek wykluczenia wykonawcy zarezerwowanych dla zamówień z dziedziny obronności i bezpieczeństwa Odwołujący wskazał, że przepis art. 405 ust. 1 pkt. 3 Pzp jest usytuowany w dziale VI ustawy - dotyczącym zamówień z zakresu obronności i bezpieczeństwa. Zamówienia wskazane w tym rozdziale zostały wyodrębnione z uwagi na ich specyfikę. Ustawodawca, tak unijny, jak i krajowy, w dalszym ciągu widzi potrzebę poddania tego typu zamówień reżimowi prawa zamówień publicznych, jednakże przewiduje wiele ułatwień i bardziej elastyczne procedury. Jest to jedno z rozwiązań szczególnych, ograniczających konkurencję z uwagi na interes wyższego rzędu - dotyczący kwestii obronności i bezpieczeństwa Państwa. Niedopuszczalne jest stosowanie tych mechanizmów w sytuacjach innych niż przewiduje ustawa - jak również niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca przepisów, uzasadniających stosowanie szczególnych (i wyjątkowych) przesłanek wykluczenia wykonawcy.

Zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w Specyfikacji Warunków Zamówienia, Zamawiający wskazał wyłącznie przepisy ogólne - w żadnym zakresie nie sygnalizując, aby kwalifikował zamówienie jako zamówienie z dziedziny obronności i bezpieczeństwa. Mając na uwadze definicje wskazane z art. 7 pkt. 36 i 12 Pzp nie można uznać, aby przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu uprawniał uznanie zamówienia za zamówienie z dziedziny obronności i bezpieczeństwa. Bez wątpienia skanery EDS - przeznaczone do obsługi lotnictwa cywilnego - nie są sprzętem wojskowym.

Przedmiot zamówienia nie mieści się również w ustawowej definicji newralgicznego sprzętu, przez który rozumieć sprzęt przeznaczony do celów bezpieczeństwa, który wiąże się z korzystaniem z informacji niejawnych lub informacji podlegających ochronie ze względów bezpieczeństwa, wymaga ich wykorzystania lub je zawiera. Oczywiście skanery EDS wiążą się z kwestią bezpieczeństwa, jednakże ich obsługa nie wiąże się z korzystaniem z żadnych informacji niejawnych. Urządzenia EDS nie generują ani nie pozyskują żadnych informacji niejawnych - a jedynie na podstawie badania RTG, czujników i algorytmu wykrywają materiały wybuchowe. Urządzenia EDS nie są również związane z zabezpieczeniem obiektów będących w dyspozycji podmiotów realizujących zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Urządzenia te dotyczą obsługi ruchu pasażerskiego w cywilnym porcie lotniczym.

Wykonawca, P. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą VENDOR POLSKA P. R. z siedzibą w Poznaniu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Zamawiający pismem z dnia 22 sierpnia 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego. Zamawiający wniósł o przeprowadzenie następujących dowodów na

wskazane fakty:

a. Zestaw opisu standardów Transport Security Administration („TSA") ze strony

explosives-trace-detection-svstems - na fakt istnienia i treści standardów dla urządzeń EDS wydanych przez TSA.

b. Zrzuty ekranu ze stron (Leidos):

i.https://sae.com.pl/leidos-dawniei-13-mv3d-certyfikowane-przez-ecac-i-

ii.https://www.leidos.com/products/reveal - na fakt istnienia urządzeń posiadających certyfikat wydany przez ECAC jak i certyfikację/kwalifikację TSA.

c. Zrzut ekranu ze stron (SmithsDetection):

i._

approvals/ i i. i i i.
https://www.danlex.bg/airports/ iv. https://www.altair.com.pl/news/view?news id=36883 -
na fakt istnienia urządzeń posiadających certyfikat wydany przez ECAC jak i certyfikację/kwalifikację TSA.

d. Zrzut ekranu ze strony (Sure Scan):

- na fakt istnienia urządzeń
posiadających certyfikat wydany przez ECAC jak i certyfikację/kwalifikację TSA.

e. Zrzut ekranu ze strony (Rapiscan):https://www.rapiscansystems.com/rtt- - na fakt istnienia urządzeń posiadających certyfikat wydany przez ECAC jak i certyfikację/kwalifikację

TSA.

f. TSA Air Cargo Screening Technology List (ACSTL) — dokumentacja normy

ACSTL TSA

g.

CEP Explosive Detection Systems 20210215.pdf — zestawienie kwalifikowanych urządzeń wg norm ECAC

- na fakt istnienia urządzeń posiadających certyfikat wydany przez ECAC jak i

certyfikację/kwalifikację TSA.

l. Zarzuty dotyczące wymogu poddania zestawu EDS certyfikacji/kwalifikacji agencji TSA z zasadami proporcjonalności i uczciwej konkurencji (zarzut 1 i 2)

W Załączniku nr 1 do projektowanych postanowień umowy (Załącznik nr 3 do SWZ) tj. Opisie Przedmiotu Zamówienia („OPZ") Zamawiający zawarł następujące postanowienie: 5.2. Proponowane urządzenia EDS powinny były uzyskać pozytywny wynik procesu certyfikacji/kwalifikacji przeprowadzonego przez TSA (Transponation Security Administration).

Zamawiający podniósł, że art. 105 Pzp nie ma w ogóle zastosowania do wymogu określonego w pkt 5.2 OPZ Postanowienie 5.2 ani żadne inne postanowienie SWZ, w szczególności pkt VII. 1 — wskazujący dokumenty, które należy złożyć wraz z ofertą — nie wprowadza obowiązku przedłożenia przez wykonawcę przedmiotowego środka dowodowego w postaci certyfikatu wydanego przez TSA. Nie ma zatem mowy o naruszeniu art. 105 Pzp. Już tylko z samego tego względu zarzut 1 odwołania jest niezasadny. Zamawiający nie wymaga przedstawienia żadnych certyfikatów/wyników kwalifikacji wraz z ofertą. Wymóg z pkt 5.2 OPZ należy odczytywać jako odnoszący się do merytorycznej treści oferty wykonawcy, a nadto zobowiązanie wykonawcy na etapie realizacji umowy (OPZ będzie stanowił załącznik do umowy). Na etapie postępowania jest to warunek brzegowy OPZ, którego niespełnienie prowadzić będzie do odrzucenia oferty. Takie skonstruowanie wymogu, o którym mowa w pkt 5.2 OPZ jest prawidłowe i dopuszczalne w ramach sporządzania dokumentacji przetargowej.

Zamawiający wskazał, że istnieją dwa rodzaje certyfikacji/kwalifikacji TSA, a mianowicie: TSA Certified (certyfikacja): TSAACSTL Approved (Air Cargo Screening

Technology List): (kwalifikacja). Zamawiający celowo nie zażądał konkretnego poziomu certyfikacji/kwalifikacji, ponieważ jego obiektywną potrzebę weryfikacji urządzenia przez kolejne zaufane źródło zapewni spełnienie którejkolwiek z nich. Zamawiający nie zażądał żadnego dokumentu na etapie składania ofert.

Jednocześnie wprowadzenie pkt 5.2 OPZ jest zgodne z zasadami uczciwej konkurencji, równego traktowania i proporcjonalne - przede wszystkim wynika z obiektywnej potrzeby Zamawiającego. Fakt, że wymóg certyfikacji/kwalifikacji urządzeń przez TSA może nie wynikać z przepisów unijnych — na co powołuje się Odwołujący — nie świadczy jeszcze o tym, że takiego wymogu nie można postawić w postępowaniu, o ile jest on odpowiednio uzasadniony obiektywną potrzebą Zamawiającego. Nie ma wtedy mowy o naruszeniu art. 16 pkt 1 i 3, ani art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp.

Wymóg certyfikacji/kwalifikacji urządzeń przez TSA został wprowadzony do postępowania jako dodatkowe zabezpieczenie w celu zapewnienia, że urządzenia EDS spełniają najwyższe standardy bezpieczeństwa — w tym spełniają najwyższe standardy wykrywalności materiałów wybuchowych. TSA to amerykańska organizacja, która powstała

po zamachach na World Trade Center (i innych) z 11 września 2001 r. w odpowiedzi na potrzebę skokowego zwiększenia bezpieczeństwa na lotniskach cywilnych. W zakres jej zainteresowań wchodzi również certyfikacja/kwalifikacja (są różne procedury) urządzeń EDS w oparciu o wypracowane przez tę organizację standardy dotyczące tak wykrywalności różnych rodzajów niebezpiecznych substancji, nawet śladowych ilości, sposobów sygnalizacji ich wykrycia, jak i tzw. reliability (tj. niezawodności urządzenia). Opis zestawu tych standardów jest dostępny na stronie internetowej:

i stanowi Załącznik nr 1 do niniejszego pisma. Filozofia badań i dopuszczeń urządzeń EDS jest tutaj odmienna, niż w przypadku organów unijnych, które zajmują się dopuszczaniem produktów do rynku unijnego, zatem z punktu widzenia Zamawiającego postawienie wymogu pkt 5.2 OPZ stanowi wartość dodaną polegającą na zapewnieniu, że urządzenie EDS zostało zbadane przez jeszcze jedną (dodatkową) organizację — co znacząco zwiększa bezpieczeństwo na lotnisku.

Wymóg 5.2 OPZ musi być interpretowany w odniesieniu do aktualnej sytuacji geopolitycznej. Ta jest złożona i zmienia się dynamicznie. Pojawiają się zagrożenia nieznane od lat lub zapomniane. W obecnych czasach standardy bezpieczeństwa na lotnisku zasługują na jeszcze poważniejsze potraktowanie. W ocenie Zamawiającego, dodatkowy wymóg z pkt 5.2 OPZ wpłynie na znaczne zwiększenie bezpieczeństwa.

Zamawiający wskazał, że z punktu widzenia prawnego port lotniczy stanowi infrastrukturę krytyczną w rozumieniu art. 3 pkt 2 lit. h ustawy z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym, co oznacza, że wymagany standard bezpieczeństwa jest niezwykle wysoki. Urządzenia EDS pracujące na lotnisku muszą spełniać najwyższe standardy.

Na Zamawiającego zostały również nałożone obowiązki z zakresu obronności i bezpieczeństwa państwa, w szczególności w zakresie organizacji zadań na rzecz obronności państwa realizowanych przez przedsiębiorców oraz powszechnego obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej. Zamawiający jest przedsiębiorcą o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym, a organem organizującym i nadzorującym wykonywanie zadań na rzecz obronności państwa jest, w odniesieniu do Zamawiającego, minister właściwy do spraw transportu. Decyzją nr BZK 2-21/2-23113 wydaną w dniu 30 stycznia 2013 r. przez Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej, obowiązującą do dnia dzisiejszego, Minister nałożył na Zamawiającego obowiązek realizacji zadań na rzecz obronności państwa, w szczególności w zakresie militaryzacji, planowania operacyjnego, szkolenia obronnego, zaspokajania potrzeb Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej oraz wojsk sojuszniczych wynikających z obowiązków państwa-gospodarza, w tym przygotowania infrastruktury lotniskowej i lotniczych urządzeń naziemnych, osłony technicznej infrastruktury lotniskowej oraz realizacji zadań stałego dyżuru. Szczegółowy wykaz zadań na rzecz obronności państwa, sposób ich realizacji określa odrębna umowa zawarta pomiędzy Zamawiającym, a Ministrem Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej. Również ze względu na znaczenie Zamawiającego z punktu widzenia obronności oraz fakt, że jego infrastruktura jest szczególnie narażona na różnego rodzaju zagrożenia w aktualnej sytuacji geopolitycznej, w tym wojny na Ukrainie, istotne jest zapewnienie zwiększonego poziomu bezpieczeństwa, które może zapewnić postanowienie pkt 5.2 OPZ.

W aktualnym układzie geopolitycznym najważniejszym sojusznikiem Rzeczpospolitej Polskiej są Stany Zjednoczone Ameryki Północnej. Porty lotnicze zarządzane przez Zamawiającego obsługują również loty z i do Stanów Zjednoczonych, a także w innych, potencjalnie sensytywnych kierunkach — jak np. Izrael — kolejny istotny sojusznik Stanów Zjednoczonych. Z uwagi na zaostrzone stosunki między krajami NATO a Federacją Rosyjską pojawiają się sygnały świadczące o tym, że Stany Zjednoczone mogą wprowadzić wkrótce wymóg, aby loty do/z USA były obsługiwane wyłącznie przez urządzenia EDS certyfikowane/kwalifikowane przez TSA. W przeszłości pojawiały się już koncepcje uruchomienia na Lotnisku Chopina programu US CBP, tj. US Customs Border Protection (, w ramach którego pasażerowie przechodzą
oddzielną kontrolę celną oraz kontrolę bezpieczeństwa (bagaż rejestrowany) według standardów określonych przez US Customs oraz TSA. Pasażerowie po przylocie na terytorium USA traktowani są jak pasażerowie w ruchu lokalnym. W 2015 r. taki projekt był realizowany na Lotnisku Chopina w Warszawie, a zaangażowani byli w niego m.in.

przedstawiciele amerykańskich służb imigracyjnych. Projekt ostatecznie został wstrzymany, jednak istnieje wysokie prawdopodobieństwo powrotu do tego typu koncepcji.

Uzasadnieniem wprowadzenia wymogu jest zatem również konieczność zapewnienia kompatybilności urządzeń z tymi, które wykorzystuje nasz najbliższy sojusznik, w sytuacji pojawienia się wymogów tego sojusznika co do bezpieczeństwa.

Nie bez znaczenia jest również fakt, że Lotnisko Chopina, dla którego realizowany

jest zakup, dokonywało okazjonalnie (np. w przypadku remontu terminala wojskowego w 2017 r.) odpraw lotów rządowych z osobami o statusie VIP na pokładzie. W takim przypadku osoby, które nie zostały zwolnione z kontroli bezpieczeństwa (np. dziennikarze) podlegały takiej kontroli na urządzeniach znajdujących się na Lotnisku Chopina.

Wymóg z pkt 5.2 OPZ nie został sformułowany w sposób nadmierny. Przeciwnie, jest on postawiony na względnie niskim poziomie — tj. nie wymaga się żadnego konkretnego poziomu certyfikacji/kwalifikacji (a jest ich dwa: dlatego właśnie Zamawiający odniósł się do certyfikacji lub kwalifikacji), a dotyczy tylko urządzeń, a nie konfiguracji — jest zatem możliwy do spełnienia. W związku z tym, jest to wymóg nienadmierny i proporcjonalny, a zatem możliwy do postawienia. Istnieje zatem rzetelne i mocne uzasadnienie obiektywnej potrzeby Zamawiającego co do wprowadzenia wymogu, aby urządzenia EDS przeszło uprzednią certyfikację/kwalifikację TSA, co wyklucza naruszenie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz proporcjonalności.

Pismo Prezesa ULC z dnia 4 lipca 2022 r. stanowi jedynie o tym, że wymogiem wprowadzenia pewnej grupy urządzeń do użytku jest uzyskanie oznakowania „pieczęć UE" lub „oczekiwanie na pieczęć UE". Prezes ULC nie wypowiada się w ogóle w kwestii możliwości żądania dodatkowych wymogów dla urządzeń EDS w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W rezultacie pismo Prezesa ULC nie dowodzi niczego istotnego dla tego postępowania odwoławczego w szczególności nie dowodzi tego, że certyfikat/kwalifikacja wydana przez TSA nie może być uznawana i wymagana na terenie Unii Europejskiej w ramach postępowania przetargowego. Pzp nie limituje wprost wymogów OPZ, których Zamawiający może żądać w postępowaniu, oprócz ogólnej konieczności ich zgodności z podstawowymi zasadami zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu dotyczącego istnienia urządzeń posiadających certyfikat wydany przez ECAC, jak i certyfikat/kwalifikację TSA (ad zarzut 3) Zamawiający podniósł, że nie jest prawdziwe twierdzenie Odwołującego, że niemożliwe jest posiadanie certyfikatu ECAC oraz certyfikatu/kwalifikacji TSA jednocześnie. Sam fakt, że po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego przystąpił wykonawca (VENDOR POLSKA P. R.) oznacza, że nie kwestionuje on postanowień SWZ w zakresie certyfikacji/kwalifikacji TSA, więc można założyć, że jest gotów spełnić wszystkie wymogi OPZ.

Zamawiający podkreślił, że sformułowanie OPZ dotyczące certyfikacji/kwalifikacji TSA nie odnosi się do żadnego konkretnego poziomu certyfikacji/kwalifikacji, a także dotyczy tylko certyfikacji/kwalifikacji urządzeń. A zatem z jednej strony Zamawiający wprowadza wymóg ogólny — chodzi o to, aby urządzenie przeszło którąkolwiek ścieżkę certyfikacji/kwalifikacji TSA — dla potwierdzenia faktu, że certyfikację/kwalifikację przeszło uprzednio konkretne urządzenie (obojętnie w jakiej konfiguracji).

Zamawiający nie wymaga, tak jak to opisuje Odwołujący, (a wynika to już z literalnego brzmienia wymogu 5.2 OPZ), aby istniał certyfikat/kwalifikacja wydany na urządzenie + software w określonej, zaoferowanej przez wykonawcę w postępowaniu, konfiguracji. I żeby ta konkretna konfiguracja została zaoferowana Zamawiającemu. W takim przypadku Zamawiający będzie miał możliwość, bez konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z zakupem innych urządzeń EOS, zlecić instalację lub aktywację odpowiedniego oprogramowania spełniającego normy detekcji ustanowione przez TSA. Zamiarem Zamawiającego jest, aby po dokonaniu zakupu mieć urządzenia, które będą zdolne podjąć działanie w trybie zgodności z wymogami TSA z określonym oprogramowaniem (już posiadanym albo innym, dodatkowym — tego Zamawiający nie precyzuje na tym etapie — wymóg certyfikacji/kwalifikacji dotyczy tylko urządzenia).

Ponadto, zgodnie z najlepszą wiedzą Zamawiającego, już teraz są dostępne urządzenia EDS, które pozwalają na „przełączanie" między różnymi poprogramowaniami, tj. mają także zainstalowane oprogramowanie dla pracy w trybie detekcji wymaganym przez TSA, które może być aktywowane w sytuacji wystąpienia takiej konieczności.

Dla Zamawiającego wystarczające będzie zatem, że zaoferowane zostanie urządzenie posiadające wszystkie certyfikacje ECAC, które jednak uprzednio (być może w innej konfiguracji, z innym oprogramowaniem) przeszło proces certyfikacji/kwalifikacji TSA. Zgodnie z najlepszą wiedzą Zamawiającego urządzenia posiadające certyfikat wydany przez ECAC, jak i certyfikację/kwalifikację TSA są powszechnie dostępne. Nie jest więc prawdą, że Zamawiający żąda spełnienia wymogu niemożliwego. Tytułem przykładu Zamawiający przedstawił zestawienie urządzeń, które mają jednocześnie certyfikat ECAC.

Zamawiający wskazał, że fakt, iż Odwołujący subiektywnie czuje się wykluczony z postępowania nie świadczy o tym, że postanowienia SWZ naruszają zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania. W praktyce, z zasady, każde wymaganie zawarte w SWZ utrudnia, czy też ogranicza dostęp do postępowania oraz wyklucza niektórych wykonawców — w takim sensie, że niektórzy wykonawcy będą w stanie to wymaganie spełnić, a inni nie.

Jest to naturalne i nie oznacza to z góry niezgodności specyfikacji z wyżej wskazanymi zasadami. Wymaganie, nawet jeśli ograniczające dostęp do postępowania, będzie zgodne z przepisami prawa zamówień publicznych, o ile jest uzasadnione obiektywną potrzebą Zamawiającego. Tak jest w tym przypadku.

Na rozprawie Zamawiający odniósł się do zarzutu dotyczącego podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania. Wyjaśnił, że jest zamawiającym sektorowym i przedmiotowe postępowanie jest prowadzone zgodnie z trybem przewidzianym w ustawie Pzp dla zamówień sektorowych. Postępowanie nie toczy się w trybie bezpieczeństwa i obronności zatem niemożliwe jest naruszenie art. 405 Pzp, wskazanego przez Odwołującego. Zamawiający wyjaśnił, że określił dodatkową przesłankę wykluczenia wykonawcy w niniejszym postępowaniu w oparciu o dyspozycję art. 393 ust. 1 pkt 2 Pzp, który to przepis uprawnia zamawiającego sektorowego do określenia dodatkowych podstaw wykluczenia wykonawców, o ile jest to uzasadnione to charakterem i specyfiką postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba uznała, że wykonawca P. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą VENDOR POLSKA P. R. z siedzibą w Poznaniu, skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wypełniając przesłanki określone w art. 525 ust. 1-3 Pzp.

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest „Zakup i instalacja 4 szt. urządzeń EDS (Explosive Detection System) co najmniej normy 3.1 do Sortowni 1 (Strefa AB) wraz z integracją z systemem BHS". Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w Projektowanych Postanowieniach Umowy, stanowiących Załącznik nr 3 do SWZ (Załącznik nr 1 do Umowy).

Zamawiający wskazał w OPZ, jako podstawę dla opracowania opisu przedmiotu zamówienia, następujące akty prawne:

1.1 Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2015/1998 z dnia 5 listopada 2015 r. ustanawiające szczegółowe środki w celu wprowadzenia w życie wspólnych podstawowych norm ochrony lotnictwa cywilnego (Dz. U. UE L 299 z 14.11.2015 r., z późn. zm.),

1.2 Decyzja wykonawcza Komisji C(2015) 8005 z dnia 16 listopada 2015 r. ustanawiająca szczegółowe środki w celu wprowadzenia w życie wspólnych podstawowych norm ochrony lotnictwa cywilnego, zawierające informacje, o których mowa w art. 18 lit. a) rozporządzenia (WE) nr 300/2008 (niepublikowana w Dz. U.)z późn. zm

1.3 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 300/2008 z dnia 11 marca 2008 r. w sprawie wspólnych zasad w dziedzinie ochrony lotnictwa cywilnego i uchylające rozporządzenie (WE) nr 2320/2002 (Dz. U. UE L 97 z 9.04.2008 r., z późn. zm.), zwane dalej rozporządzeniem nr 300/2008,

W pkt 5.1 OPZ (Załącznik nr 3 do SWZ - Załącznik nr 1 do Umowy) zostało sformułowane następujące wymaganie:

„5.1 Warunkiem koniecznym dla zaproponowanych urządzeń jest, aby zostały one poddane testom w ramach programu CEP i zostały uznane za zgodne z ustalonymi przez 56 Europejską Konferencję Lotnictwa Cywilnego (ECAC) wymogami dla systemów wykrywania materiałów wybuchowych."

W pkt 5.2 OPZ (Załącznik nr 3 do SWZ - Załącznik nr 1 do Umowy) zostało sformułowane następujące wymaganie:

„5.2 Proponowane urządzenia EDS powinny były uzyskać pozytywny wynik procesu certyfikacji/kwalifikacji przeprowadzonego przez TSA (Transponation Security Administration).”

W pkt 5.3 OPZ (Załącznik nr 3 do SWZ - Załącznik nr 1 do Umowy) zostało sformułowane następujące wymaganie:

„5.3 Proponowane urządzenia muszą znajdować się na liście opublikowanej przez ECAC i spełniać min. normę 3.1 zgodnie z rozdziałem 12 i dodatkiem 12-B Część 1 Decyzji Wykonawczej Komisji (UE) C(2015) 8005 z późniejszymi zmianami oraz dla którego zostało przyznane oznakowanie „pieczęć UE” lub „oczekuje na pieczęć UE” i znajduje się w unijnej

bazie danych bezpiecznego łańcucha dostaw - sprzęt ochrony, o której mowa rozdziale 12 załącznika do rozporządzenia KE nr 2015/1998.”

W pkt VI Podstawy wykluczenia wykonawców - ppkt 2 SWZ, Zamawiający zawarł następujące postanowienie:

„2. Na podstawie art. 393 ust. 1 PZP Zamawiający wykluczy z postępowania Wykonawcę, którego uznano za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla obronności lub bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwa publicznego oraz na podstawie art. 405 ust. 1 pkt 3) Wykonawcę, którego uznano za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla obronności lub bezpieczeństwa państwa, także w inny sposób niż w drodze wydania decyzji o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, o którym mowa w art. 66 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych.”

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła niezasadność zarzutu naruszenia art. 16 pkt. 1 Pzp w zw. z art. 105 ust. 1 i 2 Pzp oraz Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2021/255, z dnia 18 lutego 2021r. zmieniającego rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2015/1998 i rozporządzenia wykonawczego komisji (UE) 2022/11 z dnia 13 stycznia 2020r. zmieniającego rozporządzenie wykonawcze (UE) 2015/1998 w odniesieniu do sprzętu służącego do ochrony lotnictwa cywilnego oraz państw trzecich, w których stosowane normy ochrony uznaje się za równoważne ze wspólnymi podstawowymi normami ochrony lotnictwa cywilnego - poprzez wskazanie nadmiernego oraz ograniczającego konkurencję wymogu poddania zestawu EDS certyfikacji agencji TSA, pomimo iż certyfikaty tej agencji nie są wymagane ani uznawane na obszarze działania Zamawiającego, a jedynym i wyłącznym certyfikatem przewidzianym dla tego typu urządzeń jest certyfikat ECAC i „pieczęć UE”.

Zgodnie z art. 105 ust. 1 Pzp, w celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę. Zgodnie z ust. 2, przez jednostkę oceniającą zgodność rozumie się jednostkę wykonującą działania z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę, akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz. Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30).

Izba ustaliła, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił w pkt 5.1 OPZ jako warunek konieczny dla zaproponowanych urządzeń, aby zostały one poddane testom w ramach programu CEP i zostały uznane za zgodne z ustalonymi przez 56 Europejską Konferencję Lotnictwa Cywilnego (ECAC) wymogami dla systemów wykrywania materiałów wybuchowych, co spełnia wymogi regulacji prawnych obowiązujących na terenie Unii Europejskiej.

Wymaganie określone w pkt 5.2 OPZ należy odczytywać wyłącznie jako odnoszące się do merytorycznej treści oferty w zakresie oferowanych urządzeń oraz zobowiązanie wykonawcy na etapie realizacji umowy. Zamawiający wskazał jako cechę oferowanych

urządzeń - uzyskanie pozytywnego wyniku procesu certyfikacji/kwalifikacji przeprowadzonego przez TSA (Transponation Security Administration). Oczywistym jest, że

aby uzyskać taki pozytywny wynik urządzenia EDS musiały być przebadane w zestawie z odpowiednim algorytmem obowiązującym na terenie Stanów Zjednoczonych Ameryki

Północnej. W związku z postanowieniem zawartym w pkt 5.2 OPZ Zamawiający nie żąda złożenia przez wykonawców w ofercie certyfikatu lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez TSA dotyczących oferowanych urządzeń EDS. Zamawiający wymaga jedynie, aby oferowane urządzenia certyfikowane ECAC posiadające „pieczęć UE" posiadały wersję przebadaną przez TSA.

W związku z powyższym, w świetle brzmienia pkt 5.2 OPZ, brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 105 ust. 1 i ust. 2 Pzp. Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że w ramach postanowienia pkt 5.2 Zamawiający de facto wymusza przedłożenie takiego certyfikatu/wyniku badań oferowanych urządzeń EDS, nie wskazując tego wprost w SWZ. Jak wynika z wyjaśnień składanych przez strony na rozprawie, powszechną wiedzą w branży producentów urządzeń EDS jest, którzy producenci posiadają certyfikat lub pozytywną kwalifikację TSA na produkowane urządzenia EDS, niezależnie od zaoferowanej konfiguracji tych urządzeń.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 16 pkt 3 w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp, poprzez wskazanie nadmiernego i ograniczającego konkurencję wymogu poddania zestawu EDS certyfikacji agencji TSA, pomimo iż certyfikaty tej agencji nie są wymagane ani uznawane na obszarze działania Zamawiającego - na terenie Unii Europejskiej, gdzie jedynym wymaganym certyfikatem jest certyfikat ECAC, umożliwiający również obsługę połączeń realizowanych do Stanów Zjednoczonych, zatem wymóg poddania zestawu (urządzenie i oprogramowanie) procesowi certyfikacji TSA jest nieproporcjonalny i nieuzasadniony.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z ust. 2, zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. Zgodnie z ust. 4, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Jak wynika z treści OPZ, wymóg zawarty w pkt 5.2 OPZ nie został skutecznie zakwestionowany przez Odwołującego jako niezrozumiały lub niejednoznaczny. Odwołujący nie wykazał także w toku postępowania, że wymóg ten w sposób nieuzasadniony ogranicza konkurencję w postępowaniu. Nie była sporna pomiędzy stronami okoliczność, że pięciu spośród sześciu producentów urządzeń EDS oferuje urządzenia spełniające wymóg certyfikacji lub kwalifikacji przez TSA. Zauważyć także należy, że Zamawiający w pkt 5.2 OPZ nie wymaga konkretnego poziomu certyfikacji/kwalifikacji.

Okoliczność, że wymóg certyfikacji/kwalifikacji urządzeń przez TSA nie wynika z przepisów obowiązujących na terenie Unii Europejskiej, na co powołuje się Odwołujący, nie przesądza o tym, że takiego dodatkowego i szczególnego wymogu nie można postawić w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o ile jest on uzasadniony obiektywną potrzebą Zamawiającego. Pismo Prezesa ULC z dnia 4 lipca 2022 r. potwierdza, że wymogiem wprowadzenia pewnej grupy urządzeń do użytku jest uzyskanie oznakowania „pieczęć UE" lub „oczekiwanie na pieczęć UE". Prezes ULC nie wypowiada się w tym piśmie odnośnie możliwości żądania dodatkowych wymogów technicznych dla urządzeń EDS w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, w ocenie Izby, wykazał, że dodatkowe wymaganie dotyczące przejścia procesu certyfikacji/kwalifikacji przez TSA ma istotne znaczenie dla zapewnienia wyższego poziomu bezpieczeństwa w ramach działalności Zamawiającego. Wymóg certyfikacji/kwalifikacji urządzeń przez TSA został wprowadzony do postępowania w celu zapewnienia, że urządzenia EDS spełniają najwyższe standardy bezpieczeństwa, w szczególności spełniają najwyższe standardy wykrywalności materiałów wybuchowych.

Podkreślić należy, że wymóg 5.2 OPZ musi być interpretowany w odniesieniu do aktualnej sytuacji geopolitycznej, w której standardy bezpieczeństwa na lotnisku mają tak istotne znaczenie. Zamawiający jest przedsiębiorcą o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym. Ze względu na znaczenie Zamawiającego z punktu widzenia bezpieczeństwa i obronności państwa oraz fakt, że infrastruktura Zamawiającego jest szczególnie narażona na różnego rodzaju zagrożenia w aktualnej sytuacji geopolitycznej, co Zamawiający szczegółowo wyjaśnił w swoim stanowisku, istotne jest zapewnienie zwiększonego poziomu

bezpieczeństwa. Istotnym i obiektywnym uzasadnieniem wprowadzenia omawianego wymogu jest również konieczność zapewnienia kompatybilności urządzeń z tymi, które wykorzystują państwa sojusznicze, zwłaszcza w sytuacji możliwego pojawienia się dodatkowych wymogów tych państw co do bezpieczeństwa.

Nietrafny, w ocenie Izby, jest zarzut naruszenia art. 16 pkt. 1 w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez wskazanie niemożliwego do spełnienia wymogu dostarczanego urządzenia, który jest w praktyce nieosiągalny - z uwagi na zasadę certyfikowania danego zestawu EDS wyłącznie przez jednostkę właściwą z uwagi na miejsce jego stosowania, podczas gdy zestawy stosowane pod nadzorem TSA różnią się od zestawów certyfikowanych na obszar

Unii Europejskiej, zaś certyfikat dotyczy zawsze określonej konfiguracji sprzętu i oprogramowania.

Z treści wymogu pkt 5.2 OPZ wynika, że nie dotyczy on wykazania posiadania certyfikatu czy też sprawozdania z badań TSA dla konkretnego oferowanego urządzenia o określonej konfiguracji potwierdzonej w ramach certyfikacji ECAC. Oferowane urządzenia muszą bowiem bezwzględnie spełniać wymagania obowiązujące w Unii Europejskiej, tj. posiadać certyfikat ECAC i „pieczęć UE" zgodnie z obowiązującymi procedurami. Wymóg określony przez Zamawiającego, jako dodatkowy, w pkt 5.2 dotyczy raczej typu urządzeń, a nie konkretnej konfiguracji. Zamawiający wyjaśnił, że wymaga, aby urządzenia EDS danego producenta były uprzednio przebadane i spełniały procedurę certyfikacji lub kwalifikacji przez TSA. Wymaganie to dotyczy potwierdzenia faktu, że certyfikację/kwalifikację TSA przeszło uprzednio konkretne urządzenie EDS (obojętnie w jakiej konfiguracji). Spełnienie tego wymagania ma na celu potwierdzenie dodatkowych możliwości danego urządzenia, zgodnie z wymaganiami TSA, w zakresie wykrywalności różnych rodzajów niebezpiecznych substancji (nawet śladowych ich ilości), sposobów sygnalizacji ich wykrycia, jak i niezawodność samego urządzenia, co zapewni, że urządzenie EDS danego producenta zostało dodatkowo zbadane przez jeszcze jedną jednostkę (organizację), w celu dodatkowego zwiększenia bezpieczeństwo na lotnisku. Dodatkowy wymóg z pkt 5.2 OPZ ma zatem na celu podwyższenie poziomu bezpieczeństwa usług świadczonych przez Zamawiającego w ramach wykonywanej działalności oraz zadań specjalnych nałożonych na Zamawiającego.

Zamawiający wyjaśnił, że nie wymaga, tak jak to opisuje Odwołujący, aby istniał certyfikat/kwalifikacja wydany na urządzenie + software w określonej, zaoferowanej przez wykonawcę w postępowaniu, konfiguracji oraz żeby ta konkretna konfiguracja została zaoferowana Zamawiającemu. Zamiarem Zamawiającego jest, aby po dokonaniu zakupu mieć urządzenia, które będą zdolne podjąć działanie w trybie zgodności z wymogami TSA z określonym oprogramowaniem dodatkowym. Zamawiający jednoznacznie podkreślił w swoim stanowisku, że sformułowanie OPZ dotyczące certyfikacji/kwalifikacji TSA nie odnosi się do żadnego konkretnego poziomu certyfikacji/kwalifikacji. Dla Zamawiającego wystarczające będzie zatem, że zaoferowane zostanie urządzenie posiadające wszystkie certyfikacje ECAC, które jednak uprzednio (być może w innej konfiguracji, z innym oprogramowaniem) przeszło proces certyfikacji/kwalifikacji TSA. Zgodnie z najlepszą wiedzą Zamawiającego, urządzenia posiadające certyfikat wydany przez ECAC, jak i certyfikację/kwalifikację TSA są powszechnie dostępne. Nie jest więc prawdą, że Zamawiający żąda spełnienia wymogu niemożliwego.

W powyższych okolicznościach, fakt, że nie istnieje żadne urządzenie (konfiguracja obejmująca model i typ urządzenia, wersję oprogramowania i zainstalowane algorytmy wykrywania), które dysponując certyfikatem ECAC posiadałoby jednocześnie (dla tej samej wersji konfiguracji) certyfikat TSA, nie ma istotnego znaczenia dla spełnienia wymogu z pkt 5.2 OPZ. Wymóg z pkt 5.2 OPZ dotyczy tylko urządzeń, a nie konfiguracji — jest zatem możliwy do spełnienia i nie został sformułowany w sposób nadmierny.

Za niezasadny Izba uznała także zarzut naruszenia art. 405 ust. 1 pkt. 3 w zw. z art. 7 pkt. 36 i 12 Pzp, poprzez nieuprawnione wprowadzenie w postępowaniu przesłanki wykluczenia wykonawcy, zarezerwowanej dla postępowań w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, podczas gdy przedmiot niniejszego postępowania nie dotyczy obszarów obronności i bezpieczeństwa, zdefiniowanych w art. 7 pkt. 36 Pzp, lecz działalności infrastruktury cywilnej.

Zamawiający prowadzi przedmiotowe postępowanie, zgodnie z trybem przewidzianym w ustawie Pzp dla zamówień sektorowych. W związku z powyższym, nie ma żadnych wątpliwości, że przedmiotowe postępowanie nie toczy się w trybie przewidzianym w ustawie Pzp dla postępowań w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, co Zamawiający sam przyznał i jednoznacznie potwierdził na rozprawie.

Zgodnie z art. 405 ust. 1 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wyklucza się wykonawców, o których mowa w art. 108. Zgodnie zaś z ust. 2 pkt 3, w postępowaniach o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający może wykluczyć wykonawcę, którego uznano za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla obronności lub bezpieczeństwa państwa, także w inny sposób niż w drodze wydania decyzji o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, o której mowa w art. 66 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych.

W pkt VI ppkt 2 SWZ, Zamawiający określił dodatkowe przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, wskazując na przepis art. 393 ust. 1 i art. 405 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający, opisując podstawy wykluczenia wykonawców, błędnie wskazał art. 405 ust. 1 Pzp jako podstawę prawną, ponieważ postępowanie nie jest zamówieniem w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Powyższe błędne sformułowanie mogło wywołać mylne przeświadczenie u Odwołującego, że Zamawiający w sposób nieuprawniony zastosował ten przepis. Izba uznała powyższe sformułowanie za omyłkę w treści SWZ, która nie waży jednak na rozstrzygnięcie postawionego zarzutu. Zamawiający wyjaśnił szczegółowo na rozprawie, że określił dodatkową przesłankę wykluczenia wykonawcy w niniejszym postępowaniu w pkt VI ppkt 2 SWZ w oparciu o dyspozycję art. 393 ust. 1 pkt 2 Pzp, który to przepis uprawnia zamawiającego sektorowego do określenia dodatkowych podstaw wykluczenia wykonawców. W myśl tego przepisu, zamawiający może zastosować podstawy wykluczenia oraz warunki udziału w postępowaniu, inne niż określone w art. 108, art. 109 i art. 112, o ile mają one obiektywny charakter i zostały określone w dokumentach zamówienia. Zauważyć należy przy tym, że żaden przepis ustawy Pzp nie zakazuje zamawiającemu sektorowemu określenia przesłanki wykluczenia w taki sposób lub podobny jak wskazany w art. 405 ust. 2 pkt 3 Pzp, jeśli przedmiot i charakter zamówienia w ocenie zamawiającego uzasadnia taką dodatkową weryfikację wykonawców. Odwołujący nie wykazał natomiast, że przesłanka wykluczenia określona przez Zamawiającego j.w. nie ma obiektywnego charakteru lub nie została należy określona w SWZ.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: .....