

**WYROK**

Warszawa, dnia 10 czerwca 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

Przewodnicząca: Maria Kacprzyk  
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2024 r. przez wykonawcę P.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Savicon P.S. z siedzibą w Płocku, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polskie Porty Lotnicze S.A. z siedzibą w Warszawie, przy udziale uczestników:

A. po stronie odwołującego - wykonawcy IBKOL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;

B. po stronie zamawiającego - wykonawcy DIMARK S.A. z siedzibą w Złotkowie,

**orzeka:**

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego numerem II.2 w petitum odwołania;

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

**Sygn. akt: KIO 1754/24**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Polskie Porty Lotnicze S.A. z siedzibą w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Dostawa, instalacja i uruchomienie 4 szt. urządzeń systemu EDS (Explosive Detection System) minimum normy 3.1 wraz z integracją z systemem BHS” znak sprawy: 53/PN/ZP/TLLZZ/24, dalej zwane: „Postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 275713-2024 w dniu 10 maja 2024 r. Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), dalej zwanej „Pzp”.

W dniu 20 maja 2024 roku Odwołujący P.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P.S. (dalej: „Odwołujący”), działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 Pzp, wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego określenia kryteriów oceny ofert oraz dokonania opisu przedmiotu zamówienia w dokumentach Postępowania.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1) art. 239 ust. 1 i 2, art. 240 ust. 1 i 2, art. 241 ust. 1 i 2, art. 242 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 362 pkt 1 oraz art. 16 pkt 1-3 i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2, ust. 2 Pzp, poprzez określenie w Rozdziale XV ust. 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) nieuzasadnionego, nieproporcjonalnego, niezwiązanego z przedmiotem zamówienia i naruszającego uczciwą konkurencję kryterium oceny ofert: Integracja z systemem EDS Zamawiającego 40%, dotyczącego integracji urządzeń systemu EDS będących przedmiotem zamówienia, przeznaczonych do Sortowni CDE w Terminalu „A” Lotniska im. F. Chopina w Warszawie, z istniejącym w Sortowni AB w Terminalu „B” systemem EDS produkcji firmy Smiths Detection, co w praktyce prowadzi do wyeliminowania w Przetargu możliwości zaoferowania urządzeń wszelkich innych producentów i Wykonawców chcących zaoferować ich produkty, a tym samym uzależnienia Zamawiającego od jednego producenta urządzeń EDS (Smiths Detection) i oferującego jego produkty Wykonawcy, a w rezultacie sprawia, że Przetarg ma charakter całkowicie pozorny i prowadzi do udzielenia zamówienia Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, poprzez faktyczne wyeliminowanie trybu konkurencyjnego, nie zapewnia uzyskania w Postępowaniu najlepszej jakości przedmiotu zamówienia i optymalnego wydatkowania środków przeznaczonych

na jego nabycie, zaś wprowadzone przez Zamawiającego kryterium integracji nie znajduje podstaw w rzeczywistych i usprawiedliwionych potrzebach Zamawiającego,

- 2)art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 362 pkt 1 oraz art. 16 pkt 1-3 i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2, ust. 2 Pzp, poprzez zawarcie w opisie przedmiotu zamówienia, w punkcie 6 ppkt 6.18 Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ) – Załącznik nr 1 do Projektowanych Postanowień Umowy, niezasadzonego, nieproporcjonalnego i naruszającego uczciwą konkurencję wymogu rozmiaru tunelu w oferowanym urządzeniu EDS: „Wymiar tunelu minimum 1000 x 800 mm (szerokość x wysokość), mierzona w najszerszym i najwyższym punkcie tunelu”, co jest wymaganiem nadmiarowym, przekraczającym normy rozmiaru bagażu określone przez IATA, jak również przez samego Zamawiającego w punkcie 4 OPZ (tabela, gdzie jest wskazana maksymalna wysokość bagażu kontrolowanego: 750 mm), niezajdującym uzasadnienia w rzeczywistych potrzebach Zamawiającego, a jednocześnie wskazującym na urządzenia produkcji firmy Smiths Detection i zarazem uniemożliwiającym Wykonawcy zaoferowanie urządzeń konkurencyjnego producenta, spełniających wszystkie potrzeby Zamawiającego.

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu

- 1)usunięcia z SWZ kryterium oceny ofert: Integracja z systemem EDS Zamawiającego 40% oraz dostosowania SWZ i pozostałych dokumentów Postępowania do usunięcia wskazanego kryterium oceny ofert, w tym usunięcia: - w Rozdziale XV ust. 1 SWZ części: „Integracja z systemem EDS Zamawiającego 40%”; w Rozdziale XV ust. 1 SWZ części referującej do przedmiotowego kryterium;Rozdziału VII ust. 1 lit. h SWZ w całości; w Formularzu „Oferta” – Załącznik nr 1 do SWZ punktu 3 w całości; w Opisie Przedmiotu Zamówienia – Załącznik nr 1 do Projektowanych Postanowień Umowy punktu 12 w całości;
- 2)dokonania zmiany treści punktu 6 ppkt 6.18 Opisu Przedmiotu Zamówienia z dotychczasowej: „Wymiar tunelu minimum 1000 x 800 mm (szerokość x wysokość), mierzona w najszerszym i najwyższym punkcie tunelu” na: „Wymiar tunelu powinien mieć szerokość minimum 1000 mm. Minimalna wysokość powinna wynosić 750 mm w najwyższym punkcie, przy czym urządzenie EDS powinno być w stanie kontrolować bagaże w ramach wytycznych IATA dotyczących rozmiarów bagażu dla bagaży wymiarowych.”

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ jest wykonawcą oferującym w tego typu przetargach prowadzonych przez Porty Lotnicze w Polsce urządzenia EDS innych producentów. Gdyby Zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy i określił kryteria oceny ofert oraz dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z przepisami Pzp, wówczas Odwołujący mógłby złożyć ofertę, spełniającą wszystkie potrzeby Zamawiającego, która w wyniku oceny ofert mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1 (II.1 w petitum) Odwołujący wyjaśnił, co stanowi przedmiot zamówienia oraz wskazał, że w prowadzonym w 2022 roku przetargu na wymianę urządzeń EDS w Sortowni AB w Terminalu „B”, Zamawiający nie przewidział ich integracji z posiadanym przez Zamawiającego systemem EDS produkcji firmy Nuotech. Zamawiający wyraźnie wskazał (w odpowiedzi na pytanie do SWZ), że po przeprowadzonej wymianie, systemy EDS funkcjonujące w Sortowni CDE w Terminalu „A” oraz Sortowni AB w Terminalu „B”, mają pozostać niezintegrowane, w celu zapewnienia redundancji lokalizacji serwerowni, tj. podziału na dwie oddzielne serwerownie w strefach AB i CDE. W obecnie prowadzonym Przetargu na wymianę urządzeń EDS w Sortowni bagażu CDE w Terminalu „A”, Zamawiający określił jako kryterium oceny ofert (o wadze 40%) integrację z zainstalowanym w Sortowni AB w Terminalu „B” systemem EDS produkcji Smiths Detection.

Zdaniem Odwołującego wskazane kryterium oceny ofert jest całkowicie niezasadzone, nieodpowiadające żadnym rzeczywistym potrzebom Zamawiającego, niewpływające na poprawę jakości, a wręcz przeciwnie, skutkujące znacznym obniżeniem poziomu bezpieczeństwa funkcjonowania krytycznego dla pracy Portu Lotniczego systemu kontroli bezpieczeństwa bagażu. Wynika to z likwidacji redundancji dwóch niezintegrowanych systemów EDS (stan obecny), m.in. obsługi jednego zintegrowanego systemu EDS przez jedną serwerownię, co Zamawiający wyraźnie wykluczył w przetargu na adekwatny przedmiot zamówienia, prowadzonym w 2022 roku, w którym wyraźnie wymagał utrzymania dotychczasowej redundancji, tj. podziału na dwie serwerownie w strefach AB i CDE. Odwołujący przedłożył w tym zakresie dowody, w postaci odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 11 w piśmie z dnia 16.08.2022, nr dokumentu K/4825/22, w postępowaniu nr ref. 134/PN/ZP/TLLZP/22.

Odwołujący wskazał, że sporne kryterium nie mające związku z jakością zaoferowanego przedmiotu zamówienia i nie odpowiadające rzeczywistym potrzebom Zamawiającego, jednocześnie skutkuje wyeliminowaniem uczciwej konkurencji między Wykonawcami. Wskazane kryterium oceny ofert jednoznacznie ogranicza możliwość złożenia oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu do Wykonawcy oferującego urządzenie tylko jednego producenta, tj. Smiths Detection. Jego zdaniem wymagana integracja nie jest możliwa do realizacji oraz że nigdy nie miała miejsca w żadnym porcie lotniczym na świecie. Przytoczył także argumentację na korzyść posiadania dwóch systemów EDS, która jego zdaniem zwiększa odporność na awarie i sytuacje kryzysowe. Wymienił lotniska w Polsce i na świecie, w których zainstalowane są dwa odrębne systemy EDS. Przedstawił wyliczenia, że aby złożyć ofertę korzystniejszą cenowo od

oferty z maksymalną liczbą punktów w kryterium „integracja”, należałoby zaoferować o 32% tańszą ofertę.

Odwołujący przedstawił stanowisko, że urządzenia EDS produkcji Smiths Detection są oferowane wyłącznie przez konsorcjum Dimark S.A. i Anglosec sp. z o.o., a tym samym wyłącznie ten wykonawca może zapewnić możliwość integracji.

W uzasadnieniu zarzutu nr 2 (II.2 w petitum) Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający zastosował nieuzasadniony, nieproporcjonalny i naruszający uczciwą konkurencję wymogu rozmiaru tunelu w oferowanym urządzeniu EDS: „Wymiar tunelu minimum 1000 x 800 mm (szerokość x wysokość), mierzona w najszerszym i najwyższym punkcie tunelu”. Wymaganie to jest nadmiarowe, przekracza normy rozmiaru bagażu określone przez IATA, jak również przez samego Zamawiającego w punkcie 4 OPZ: w tabeli została wskazana maksymalna wysokość bagażu kontrolowanego: 750 mm.

W ustawowym terminie zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca DIMARK S.A. z siedzibą w Złotkowie, natomiast po stronie Odwołującego – IBKOL sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 30 maja 2024 r., Odwołujący cofnął zarzut nr 2 odwołania, dotyczący wymiarów tunelu urządzenia EDS. Wskazał, że Zamawiający dokonał w tym zakresie zmiany treści SWZ. W pozostałym zakresie podtrzymał odwołanie.

W dniu 6 czerwca 2023 r., Zamawiający, w wykonaniu zarządzenia Izby, złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w zakresie zarzutu II.1 petitum, zaś w zakresie zarzutu II.2 odwołania poinformował o jego uwzględnieniu. Wniósł także o przeprowadzenie dowodów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa Zamawiającego z następujących dokumentów: informacji cenowej, tabeli kosztów pracy operatorów, dodatkowych zysków dla Zamawiającego per pasażer.

W uzasadnieniu wskazał, że system EDS stanowi kluczowy element systemu obsługi bagażu rejestrowanego BHS na Lotnisku Chopina w Warszawie. Wyjaśnił, że jako element fakultatywny (punktowany w kryterium oceny ofert) Zamawiający przewidział integrację nabywanych w ramach Postępowania urządzeń EDS z istniejącym systemem EDS. Integracja systemów EDS w przedmiotowym zadaniu oznacza wykorzystanie istniejących obecnie na Lotnisku Chopina elementów wykonawczych systemu wykrywania materiałów wybuchowych do obsługi urządzeń EDS w obu sortowniach bagażu jednocześnie. Elementami tymi są stacje operatorskie, stacje ponownej kontroli, jednostki administrujące systemem, serwery główne i zapasowe oraz macierze dysków, archiwa obrazów prześwietlonych bagażu i biblioteki TIP. Podkreślił, że taka konstrukcja umożliwia złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu zarówno wykonawcom, którzy będą chcieli zaoferować integrację proponowanych w Postępowaniu urządzeń EDS z posiadanymi już przez Zamawiającego, jak i tych, którzy takiego rozwiązania nie zdecydują się zaoferować.

Dalej wyjaśnił, że celem integracji jest ograniczenie operatorów kontroli bezpieczeństwa do jednego, który będzie mógł obsługiwać każde z 8 (4 istniejące w Sortowni AB i 4 nowo zakupione w Sortowni CDE) urządzeń EDS. Integracja pozwoli na optymalizację działalności na poziomie operacyjnym, kosztowym i administracyjnym. Położył nacisk na efektywniejsze wykorzystanie personelu ochrony, a w szczególności bezpieczeństwo poprzez kierowanie ww. osób do zadań związanych z ograniczeniem podatności systemu ochrony lotniska na działania sabotażowe w związku z drugim poziomem alarmowym BRAVO na terenie RP. Wskazał na niedobory pracowników w tym obszarze.

Zamawiający podkreślił, że w dalszym ciągu planuje utrzymanie redundancji zarówno samych serwerów jak i lokalizacji serwerowni, powołując się w tym zakresie na pytanie i odpowiedź nr 13, znajdujące się w dokumentach zamówienia. Zwrócił uwagę, że wykonawcy dopytywali o przedmiotowe kryterium nie kwestionując go co do zasady, a jedynie wnosząc o zmniejszenie jego wagi (por. pytanie nr 9 skierowane przez Nuctech).

Zamawiający wskazał także, że Odwołujący nie wykazał, że wykonawca oferujący urządzenia EDS innego producenta niż Smiths Detection, nie będzie miał możliwości przeprowadzenia ich integracji z systemem EDS tego producenta. Twierdzenia te pozostają gołosłowne, a ciężar dowodu w tym przypadku spoczywa na Odwołującym. Co więcej zdaniem Zamawiającego Odwołujący w istocie potwierdza w odwołaniu możliwość integracji urządzeń różnych producentów w przypadku pozyskania odpowiednich algorytmów i oprogramowania od producenta urządzeń. Trudności w pozyskaniu danych nie mogą stanowić podstawy do uniemożliwienia Zamawiającemu wymagania integracji, jeśli jest ona uzasadniona

(jak w niniejszym Postępowaniu). Celem działania Zamawiającego bowiem w realiach sprawy nie jest eliminacja określonych wykonawców, lecz uzyskanie określonego efektu funkcjonalnego i finansowanego, wynikającego z integracji.

Co do wagi kryterium, Zamawiający podkreślił, że jest zamawiający sektorowym, zaś przypisując wagę przedmiotowego kryterium uwzględnił korzyści wynikające z integracji w wymiarze zarówno operacyjnym, jak i finansowym (wynikającym z oszczędności, które generować będzie dla Zamawiającego zintegrowanie obu systemów). Powołał się na dowody stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, które potwierdzają szacowaną wysokość oszczędności w zakresie bibliotek TIP oraz kosztów osobowych.

W dniu 7 czerwca 2023 r., Przystępujący złożył pismo, w treści którego wniósł o oddalenie odwołania oraz przedstawił własne stanowisko co do zarzutów, spójne ze stanowiskiem Zamawiającego.

Na posiedzeniu i rozprawie Strony oraz uczestnicy podtrzymały dotychczas wyrażone stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając ogłoszenie o zamówieniu oraz dokumenty zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego, którego przedmiotem jest realizacja zadania pn. „Dostawa, instalacja i uruchomienie 4 szt. urządzeń systemu EDS (Explosive Detection System) minimum normy 3.1 wraz z integracją z systemem BHS.

Zamawiający w Rozdziale XV ust. 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) jako kryterium oceny ofert określił następujące: „Integracja z systemem EDS Zamawiającego” o wadze 40%. Dalej, w ust. 2, opisał je następująco:

*„W kryterium „Integracja z systemem EDS Zamawiającego”, punkty przyznane zostaną Wykonawcy, który zaoferuje do wykonania integracji oferowanych urządzeń EDS z systemem EDS Zamawiającego. Wykonawca zobowiązany jest zaznaczyć odpowiednie pole wyboru w pkt 3 Formularza Oferta, w zależności od tego czy zaoferuje przedmiotową Integrację czy też nie. Jeżeli Wykonawca nie zaznaczy żadnego lub zaznaczy obydwa pola wyboru wówczas Zamawiający przyjmie, że oferta nie obejmuje wykonania integracji ofertowanych urządzeń z systemem EDS Zamawiającego.*

*W przypadku zaoferowania Integracji Zamawiający przyzna Wykonawcy 40 pkt, natomiast w przypadku braku integracji 0 pkt*

*W sytuacji, gdy z Wstępnego projektu integracji wynika, że integracja nie zostanie zrealizowana w sposób opisany w pkt. 12 OPZ wówczas Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 Ustawy (jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia).”.*

W Roz. VII SWZ, poświęconym wykazowi oświadczeń lub dokumentów, w ust. 1 in fine, Zamawiający wskazał odnośnie Wstępnego projektu integracji następująco: *„UWAGA! Dokument określony w Rozdz. VII ust 1 lit. h) stanowią przedmiotowy środek dowodowy, na podstawie, którego Zamawiający zweryfikuje zgodność integracji, o której mowa w Rozdz. XV SWZ z wymaganiami opisanymi w pkt. 12 OPZ. Wykonawca, który zaoferuje urządzenia pochodzące od tego samego producenta, co urządzenia funkcjonujące u Zamawiającego (Smiths Detection Germany GmbH) nie musi załączać do oferty Wstępnego projektu integracji.”.*

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba nie dopatrzyła się przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania. Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione w terminie, nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nie została również wypełniona żadna z pozostałych przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 Pzp, tj. wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Postępowanie odwoławcze podlegało w części umorzeniu, z uwagi na cofnięcie przez Odwołującego zarzutu oznaczonego nr 2 w petitum odwołania. Izba umorzyła postępowania na podstawie art. 568 pkt 1 Pzp. Podstawą rozstrzygnięcia było cofnięcie zarzutu przez Odwołującego, stąd też późniejsze oświadczenie o uwzględnieniu w tym zakresie przez Zamawiającego nie było skuteczne.

Odwołanie podlegało oddaleniu w pozostałym zakresie, ponieważ podniesiony zarzut nie potwierdził się. Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zarzut pozostawiony do rozpoznania merytorycznego, tj. oznaczony nr 1 w petitum odwołania sprowadzał się do zakwestionowania jakościowego kryterium oceny ofert.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 241 Pzp, kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Z kolei zgodnie z art. 242 ust. 1 Pzp, najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie:

- 1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu;
- 2) ceny lub kosztu.

W ust. 2 ustawodawca wskazał przykładowe kryteria jakościowe. Katalog ten ma charakter otwarty i przykładowy. Ponadto, w świetle art. 16 Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Po tak zakreślonym stanie prawnym Izba podkreśla, że istotą zamówień publicznych jest stworzenie transparentnego, jasnego i przejrzystego modelu gospodarowania środkami publicznymi. Zamawiający w ramach udzielanych zamówień nie rozporządzają własnym mieniem, wedle własnych osobistych preferencji czy powiazań, ale mieniem publicznym i z tego tytułu są ściśle związani zasadami jego wydatkowania. Ustawodawca wyraźnie wskazuje, iż takie dysponowanie mieniem publicznymi, środkami publicznymi powinno mieć na celu dążenie do uzyskania zamówienia reprezentującego najlepszy możliwy stosunek jakości do ceny z perspektywy zaspokojenia potrzeb leżących w interesie publicznym. Koniecznym jest przy tym zapewnienie, aby przy zaspokajaniu owych potrzeb publicznych zachowana była zasada wolności gospodarczej i możliwości dostępu do wykonywania zadań publicznych na niedyskryminacyjnych warunkach przez przedsiębiorców działających na rynku – co stanowi jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych.

Kryteria pozacenowe to określone parametry czy właściwości dotyczące przedmiotu zamówienia, jakie zamawiający dodatkowo premiuje w toku oceny ofert. Celem stosowania kryteriów tego rodzaju co do zasady winno być uzyskanie przez zamawiających świadczenia o możliwie najwyższej jakości przy zachowaniu szeroko pojętej zasady efektywności zakupów finansowych ze środków publicznych, nakazujących optymalizację jakości do wydatku. W konsekwencji, weryfikacja kryteriów pozacenowych dotyczy zawsze konkretnego postępowania, konkretnych potrzeb i celów zamawiającego, jakie zostały założone na etapie kształtowania takich kryteriów i które to potrzeby i cele mają zostać osiągnięte. Przy czym zaznaczyć należy, że wprowadzenie kryterium pozacenowego może mieć potencjalnie charakter dyskryminujący i powodować ograniczenie dostępu do zamówienia podmiotom działającym na rynku. Uzasadnieniem potencjalnie dyskryminującego pozacenowego kryterium ofert jest właśnie wykazanie przez zamawiającego rzeczywistych i uzasadnionych potrzeb jakie mają być zrealizowane w interesie publicznym. Nie chodzi jednakże o ogólne stwierdzenie zamawiającego, iż otrzymuje lepszą jakość, bardziej zaspokaja swoje potrzeby, ale o wskazanie w jaki sposób dane kryterium pozacenowe przekłada się na lepszy jakościowo, technicznie czy funkcjonalnie przedmiot zamówienia. Bez identyfikacji ulepszonej wartości gospodarczej świadczenia, jaką otrzyma zamawiający poprzez zastosowanie określonych kryteriów pozacenowych, ich wprowadzenie jest wyłącznie czynnością pozorną, a tym samym powoduje nieuzasadnione dyskryminowanie wykonawców działających na rynku. Istotne jest przy tym również to, aby waga danego kryterium oceny ofert dotyczącego jakości była określona w sposób proporcjonalny, z uwzględnieniem obiektywnie zidentyfikowanych korzyści, jakie zamawiający uzyska poprzez jego wprowadzenie. Przypisanie wagi poszczególnym kryterium jakościowym nie może w sposób niezasadny i dyskryminacyjny pośrednio czy bezpośrednio preferować określone rozwiązania techniczne czy określone produkty. Oznacza to w praktyce konieczność ustalenia właściwych proporcji w poszczególnych kryteriach. Nie mogą to być ustalenia dowolne i nie mogą prowadzić do sytuacji, w których porównywanie jakościowe produkty na skutek sztucznych manipulacji kryteriami w ramach kryteriów oceny ofert, nie mogą skutecznie rywalizować z procesie ubiegania się zamówienia publiczne z uwagi na niezasadne preferencje w kryteriach jakościowych. Tego rodzaju postępowanie byłoby równoznaczne z naruszeniem zasady proporcjonalności oraz nieuprawnionym nierównym traktowaniem wykonawców (tak: wyrok Izby z dnia 11.02.2022 r., sygn. akt KIO 157/22).

Przechodząc zatem do spornego kryterium oceny ofert, Izba wskazuje, że Odwołujący nie sprostął spoczywającemu na nim ciężarowi dowodu w zakresie nierealności integracji oraz sprowadzenia tegoż kryterium wyłącznie do możliwości zaoferowania rozwiązania konkretnego producenta (takiego, jakie funkcjonuje u Zamawiającego). Stanowisko Odwołującego było w tym zakresie niespójne – w treści odwołania wskazał, że jest to niemożliwe, zaś w toku rozprawy twierdził, że jest to znacznie utrudnione, podkreślał, że żaden z producentów nie wyraził zgody na ingerencję w stworzony przez niego system zarządzania urządzeniami EDS lub też że integracja wiązałaby się z takimi modyfikacjami urządzeń EDS, które mogłyby skutkować utratą przez nie certyfikatów. Ostatecznie brak jest w aktach postępowania odwoławczego jednoznacznego dowodu potwierdzającego, że taka integracja systemów zarządzających urządzeniami EDS jest niemożliwa (lub znacznie utrudniona) i w konsekwencji sprowadza się wyłącznie do zaoferowania konkretnego rozwiązania, w szczególności, iż Zamawiający takiemu stanowisku zaprzeczył. Dowodem takim byłoby przykładowo oświadczenie producenta lub dystrybutora, tym bardziej możliwe do uzyskania, że, jak dowodził Przystępujący Dimark, Odwołujący także korespondował z dystrybutorem urządzeń EDS na kanwie innego postępowania, a tym samym miał możliwość podjęcia inicjatywy także i w celu przedstawienia dowodów w przedmiotowym postępowaniu, czego zaniechał, a trzeba zaznaczyć, że Zamawiający nie wskazał w dokumentach zamówienia, iż zapewni udział producenta lub dystrybutora posiadanych urządzeń, obciążając tych obowiązkiem wykonawcę oferującego tego rodzaju rozwiązanie. Przystępujący IBKOL podczas rozprawy powoływał się na oświadczenie na potwierdzenie swoich twierdzeń, jednakże wobec braku wniosku dowodowego w tym zakresie, Izba nie była uprawniona do uwzględnienia jego treści. Odwołujący – reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika - ograniczył się do przedstawienia ogólnej oceny kwestionowanego kryterium i ogólnych wywodów w przedmiocie jakościowych kryteriów. Same gołosłowne oświadczenia o nieproporcjonalności kryterium, czy też jego ograniczeniu do

rozwiązania pochodzącego od jednego producenta nie mogą być wystarczające do uznania, że doszło do naruszenia przepisów Pzp. Także sama okoliczność, że takie rozwiązanie, zakładające integrację oprogramowania zarządzającego urządzeniami EDS, nie jest praktykowane w portach lotniczych, nie może przesądzać niejako automatycznie o jego niekonkurencyjności.

Przepis art. 534 ust. 1 Pzp zawiera generalną zasadę dotyczącą ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym. Zgodnie z treścią tego przepisu strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mają obowiązek wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne – w tym zakresie są zobowiązani wykazać aktywność procesową i zgłaszać wnioski dowodowe, pod rygorem uznania ich twierdzeń za nieudowodnione. Z przepisem tym koresponduje art. 516 ust. 1 pkt 10 Pzp, który stanowi, że w odwołaniu należy wskazać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania oraz dowody na poparcie przytoczonych okoliczności. W przedmiotowej sprawie, to na Odwołującym spoczywał ciężar dowodu wykazania, że zastosowane kryterium nadmiernie ogranicza konkurencję, stąd też skutki zaniechań dowodowych, obciążają Odwołującego.

Jednocześnie, odnosząc się do drugiego z aspektów oceny proporcjonalności pozacenowego kryterium oceny ofert, Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego dotyczącym poczynionych wyliczeń odnośnie oszczędności, z jakimi wiąże się integracja systemów. Wyjaśnienia te zostały poparte dowodami potwierdzającymi konkretną wysokość tych oszczędności. W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający wykazał własne uzasadnione potrzeby, sprowadzające się ostatecznie do wymiernego, finansowego efektu. Powyższe także w warstwie formalnej, z uwzględnieniem wyżej opisanych okoliczności związanych z ciężarem dowodu, uzasadnia zastosowaną wagę kryterium w wysokości 40%. Zamawiający nie był jako zamawiający sektorowy związany z przepisem art. 246 Pzp, dotyczącym ograniczenia w stosowaniu kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%, zaś wobec braku wykazania, że zastosowane kryterium referuje wyłącznie do rozwiązania jednego producenta, zastosowany bilans jakości do ceny wyrażony w proporcji kryteriów jest zgodny z przepisami Pzp.

O kosztach postępowania stosownie do wyniku sprawy orzeczono na podstawie art. 575 Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), zgodnie z którym w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego w części i oddalenia odwołania przez Izbę pozostałych zarzutów, koszty ponosi odwołujący. Izba nie zasądziła kosztów, o których mowa w § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia, od Odwołującego na rzecz Zamawiającego, wobec braku dokumentów potwierdzających wysokość poniesionych, uzasadnionych kosztów.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....