Sygn. akt KIO 3917/25

WYROK

Warszawa, 29 października 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska
Renata Tubisz
Anna Wojciechowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej15 września 2025 r. przez wykonawcę Nuctech Warsaw Company Limited spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Emilii Plater 53 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Port Lotniczy Gdańsk spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Słowackiego 200

Uczestnik po stronie odwołującego

wykonawca Cenzin spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Czerniakowska 81/83

Uczestnik po stronie zamawiającego

ANGLOSEC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Elekcyjna 19/3

orzeka:

1.Oddala odwołanie,

2.Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

2.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem uiszczonego wpisu, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika odwołującego, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika zamawiającego, kwotę 2 125 zł 00 gr (dwa tysiące sto dwadzieścia pięć złotych zero groszy) tytułem kosztów dojazdu zamawiającego,

2.2.Zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 5 725 zł 00 gr (pięć tysięcy siedemset dwadzieścia pięć złotych zero groszy) tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika zamawiającego i kosztów dojazdu zamawiającego.

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

Przewodnicząca:…….

……..

……..

Sygn. akt KIO 3917/25

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Dostawa systemów do wykrywania materiałów wybuchowych EDSCB C3, ogłoszono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wydanie 168/2025 z 3 września 2025 r. pod numerem 576068-2025

15 września 2025 r. wykonawca Nuctech Warsaw Company Limited spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Emilii Plater 53 wniósł odwołanie przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 9 września 2025 r. udzielonego przez prezesa zarządu. Do odwołania dołączono dowód jego opłacenia i dowód przekazania zamawiającemu.

Odwołujący czynnościom zamawiającego zarzucił naruszenie:

1. art. 393 ust. 1 pkt 2) ustawy w zw. z art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy oraz art. 78 ust. 1 Dyrektywy 2024/25/UE w zw. z art. 36 Dyrektywy 2014/25/UE w zw. z art. 43 Dyrektywy 2014/25/UE w zw. z art. 49,art. 54 i art. 56 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w zw. z art. 62 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej przez wprowadzenie do postanowień SWZ dodatkowej podstawy wykluczenia w pkt VI ust. 4 SWZ zmierzającej do wykluczenia wszystkich tych wykonawców, zarówno z siedzibą na terenie Unii Europejskiej, jak i poza jej granicami, których beneficjentami rzeczywistymi lub jednostkami dominującymi są podmioty pochodzące z Chińskiej Republiki Ludowej, podczas gdy przepisy Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej gwarantują spółkom z siedzibą w jednym z państw UE

traktowanie takie jak traktowanie osób fizycznych mających przynależność Państwa Członkowskiego UE bez względu na ich powiązania z podmiotami spoza UE, a zarówno orzecznictwo TSUE, przepisy Dyrektywy 2014/25/UE jak i aktualne przepisy ustawy wyłączają dostęp do rynku zamówień publicznych wyłącznie tym wykonawcom, którzy nie mają miejsca zamieszkania ani siedziby w Unii Europejskiej, natomiast nie przewidują możliwości wyłączania takiego dostępu wykonawcom zarejestrowanym w jednym z Państw Członkowskich, a wprowadzone przez zamawiającego ograniczenie nie ma przy tym żadnego obiektywnego uzasadnienie, prowadząc wyłącznie do ograniczenia konkurencyjności postępowania i odebrania możliwości realizowania zamówienia wykonawcom korzystającym ze swobody przedsiębiorczości zagwarantowanej w prawie unijnym.
Wniósł o:
1.merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO") tego odwołania i jego uwzględnienie w całości;
2.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania;
3.nakazanie zamawiającemu wprowadzenia zmian w postanowieniach SWZ przez usunięcie dodatkowej podstawy wykluczenia z pkt VI ust. 4 SWZ
4.zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.
Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia tego odwołania, ponieważ spełnione zostały przesłanki określone w art. 505 ust. 1 ustawy.
Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w wyniku naruszenia przez zamawiającego wyżej wskazanych przepisów ustawy interes odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia może doznać uszczerbku.
Uzasadnieniem dla powyższego pozostaje w pierwszej kolejności fakt, że odwołujący zamierza złożyć ofertę w postępowaniu. Tymczasem, przy obecnym brzmieniu zakwestionowanych tym odwołaniem postanowień SWZ, odwołujący, wobec którego znajduje zastosowanie podstawa wykluczenia z pkt VI ust. 4 SWZ został w sposób niezasadny pozbawiony w ogóle możliwości ubiegania się o zamówienie w tym postępowaniu, co nastąpiło z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
Dopiero więc uwzględnienie tego odwołania pozwoli odwołującemu na udział w tym postępowaniu oraz na równych warunkach z innymi podmiotami.
W pkt III SWZ, zamawiający wskazał, że nie decyduje się na rozszerzenie zakresu podmiotowego wykonawców o inne podmioty niż pochodzące z państw członkowskich Unii Europejskiej, Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub państw, z którymi Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska zawarła umowę międzynarodową gwarantującą równy i wzajemny dostęp do zamówień publicznych. Niezależnie jednak od powyższego, zamawiający wprowadził w pkt VI ust. 4 SWZ dodatkową podstawę wykluczenia, zgodnie z którą:
VI.Podstawy wykluczenia. Informacje o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wykaz podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych.
A. Podstawy wykluczenia.
4.Na podstawie art. 393 ust. 1 pkt 2) ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również Wykonawcę, w stosunku, do którego zachodzą następujące okoliczności:
1)wykonawcę, którego beneficjentem rzeczywistym w rozumieniu ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2022 r. poz. 593 i 655) jest podmiot mający siedzibę lub miejsce zamieszkania w Chińskiej Republice Ludowej, lub
2)wykonawcę, którego jednostką dominującą w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 37 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2021 r. poz. 217, 2105 i 2106), jest podmiot mający siedzibę lub miejsce zamieszkania w Chińskiej Republice Ludowej, lub
3)wykonawcę, który działa w imieniu lub pod kierunkiem podmiotu, o którym mowa w pkt 1) lub 2), lub
4)wykonawcę, który polega na zdolnościach podmiotu, o którym mowa w pkt 1) lub 2).
UWAGA: Wykonawca zobowiązany jest do aktualizacji stosownych oświadczeń w przypadku wszelkich zmian w tym zakresie (w tym także na etapie realizacji zamówienia).
Zamawiający oprócz ww. postanowienia nie przedstawił w żadnym miejscu dokumentacji postępowania uzasadniania przyczyn wprowadzenia takiej dodatkowej podstawy wykluczenia.
Jako że taki zapis sprawia, że odwołujący miałby podlegać wykluczeniu, a zamierza ubiegać się o zamówienie, zdecydował się na wniesienie przedmiotowego odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.
Odwołujący jest spółką prawa handlowego zarejestrowaną i prowadzącą działalność gospodarczą w Polsce. Jako taki jest objęty wprowadzoną w prawie Unii Europejskiej zasadą swobody przedsiębiorczości ustanowioną w art. 49 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej („Traktat" lub „TfUE") .
Jednym z jej elementów jest obowiązek równego traktowania osób prawnych z siedzibą w kraju Unii Europejskiej.

Zgodnie z art. 54 TfUE,(…) spółki założone zgodnie z ustawodawstwem Państwa Członkowskiego i mające swoją statutową siedzibę, zarząd lub główne przedsiębiorstwo wewnątrz Unii są traktowane jak osoby fizyczne mające przynależność Państwa Członkowskiego. Przez spółki rozumie się spółki prawa cywilnego lub handlowego, a także spółdzielnie oraz inne osoby prawne prawa publicznego lub prywatnego, z wyjątkiem spółek, których działalność nie jest nastawiona na osiąganie zysków.

Przepis ten oznacza, że osoby prawne w rozumieniu art. 54 TfUE, które prowadzą legalną działalność w jednym z państw członkowskich, mogą: (i) trwale i stale prowadzić działalność gospodarczą w innym państwie członkowskim (swoboda przedsiębiorczości: art. 49 TfUE) lub (ii) tymczasowo oferować i świadczyć usługi w innych państwach członkowskich, pozostając jednocześnie w kraju pochodzenia (swoboda świadczenia usług: art. 56 TfUE). Oznacza to, że wykluczona są wszelkie przejawy dyskryminacji ze względu na narodowość rozumianą jako miejsce siedziby danego podmiotu (osoby prawnej).

Przepisy te stanowią podstawę przyjęcia Dyrektywy 2014/25/UE, co jednoznacznie wynika z jej treści, gdzie wskazuje się, że uwzględnia ona Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w szczególności jego art. 53 ust. 1, art. 62 oraz art. 114.

W motywie 2 preambuły Dyrektywy 2014/25/UE podnosi się, że [a]by zapewnić otwarcie zamówień udzielanych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych na konkurencję, należy opracować przepisy koordynujące procedury udzielania zamówień w odniesieniu do zamówień powyżej określonej wartości. Taka koordynacja jest potrzebna, aby zapewnić skuteczność zasad Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a w szczególności zasady swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Z uwagi na charakter sektorów objętych koordynacją procedur udzielania zamówień na poziomie Unii powinna ona, zapewniając zastosowanie powyższych zasad, określić ramy dobrych praktyk handlowych oraz umożliwiać maksymalną elastyczność.

Oczywistym jest zatem, że Dyrektywa 2014/25/UE przewiduje przepisy, które zapewniają (urzeczywistniają) w odniesieniu do zamówień publicznych postanowienia Traktatu, w tym dotyczące swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług.

Z kolei przepisy ustawy implementują postanowienia Dyrektywy 2014/25/UE i zapewniają zgodność z tym aktem prawnym, a tym samym również z przywołanymi postanowieniami Traktatu.

Niekwestionowaną zasadą prawa zamówień publicznych ustanowioną w art. 16 pkt 1) ustawy oraz art. 34 Dyrektywy 2014/25/UE jest zasada równego traktowania wykonawców. Obejmuje ona w sposób jednoznaczny każdego z wykonawców z siedzibą w jednym z państw Unii Europejskiej oraz państw, z którymi UE zawarła stosowne umowy międzynarodowe. .

Przepisy te ograniczają gwarancję dostępu do rynku zamówień publicznych wykonawcom pochodzącym z państw trzecich, tj. spoza UE lub takich, z którymi UE nie zawarła stosownych umów. wyroku TSUE z dnia 22 października 2024 r. w sprawie C-652/22 Kolin Inşaat Turizm Sanayi ve Ticaret dotyczącym dostępu do unijnego rynku zamówień publicznych dla podmiotów z państw trzecich.

W wyroku TSUE z 22 października 2024 r. w sprawie C-652/22 Kolin Inşaat Turizm Sanayi ve Ticaret4 TSUE wskazał że (…) organy krajowe nie są uprawnione do objęcia wykonawców z państw trzecich, które nie zawarły z Unią umowy międzynarodowej gwarantującej równy i wzajemny dostęp do zamówień publicznych, zastosowaniem przepisów krajowych transponujących przepisy dyrektywy 2014/25..

Niedługo później TSUE zajął podobne stanowisko w wyroku z dnia 13 marca 2025 r. w sprawie C-266/22 CRRC Qingdao, gdzie podkreślił, że (…) z uwagi na to, że wykonawcom z państw trzecich, które nie zawarły z Unią umowy międzynarodowej gwarantującej równy i wzajemny dostęp do zamówień publicznych, nie przysługuje prawo do nie mniej korzystnego traktowania na podstawie art. 25 dyrektywy 2014/24, instytucja zamawiająca może przedstawić w dokumentach zamówienia warunki traktowania, które mają odzwierciedlać obiektywną różnicę między sytuacją prawną tych wykonawców a sytuacją prawną wykonawców z Unii i z państw trzecich, które zawarły z Unią taką umowę w rozumieniu wskazanego art. 25.

W orzecznictwie TSUE ustalono zatem, że rynek zamówień publicznych w UE nie jest, co do zasady, dostępny wykonawcom z państw trzecich, tj. mających siedzibę lub miejsce zamieszkania w innym państwie niż państwo członkowskie UE (lub państwo, z którym UE podpisała stosowną umowę międzynarodową), na równych zasadach co wykonawcom z UE. Ograniczenie to dotyczy jednak wyłącznie wykonawców z państw trzecich i w żadnym razie nie obejmuję wykonawców z siedzibą w UE. Niedopuszczalne jest ograniczanie dostępności rynku zamówień publicznych względem wykonawców unijnych, ponieważ ogranicza to zasadę swobody przedsiębiorczości i zasadę swobody świadczenia usług, a tym samym jest jednoznaczne sprzeczne z Dyrektywą 2014/25/UE oraz z ustawy.

W rezultacie dwóch wyżej wskazanych wyroków TSUE, polski ustawodawca zdecydował się ustawą z dnia 9 lipca 2025 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. poz. 1165) wprowadzić nowy przepis w postaci art. 16a, w którym zapewnił wykonawcom pochodzącym z państw będących stronami Porozumieniem Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych lub innych umów międzynarodowych gwarantujących na zasadzie wzajemności i równości dostęp do rynku zamówień publicznych, których stroną jest Unia Europejska, takie samo traktowanie jak traktowanie wykonawców pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej.

Jeżeli natomiast wykonawca nie pochodzi z żadnego z ww. państw, wówczas należy rozumieć, że nie ma zapewnionego dostępu do polskiego rynku zamówień publicznych. Wyjątek w tym zakresie wprowadził ustawodawca w art. 16b ustawy, wskazując, że warunkowo mogą zostać przez zamawiającego dopuszczeni wykonawcy, którzy prowadzą działalność gospodarczą oraz mają siedzibę albo miejsce zamieszkania w innych państwach niż państwa członkowskie Unii Europejskiej oraz innych niż państwa będące stronami Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych lub stronami innych umów międzynarodowych gwarantujących na zasadzie wzajemności i równości dostęp do rynku zamówień publicznych, których stroną jest Unia Europejska, pod warunkiem jednak, że zamawiający wprost przewidzi takie postanowienie w dokumentach zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówienie.

Z aktualnej regulacji ustawowej wynika zatem, że wykonawcy mający siedzibę lub miejsce zamieszkania w państwie trzecim mogą zostać dopuszczeni do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jedynie warunkowo oraz – jeżeli zamawiający skorzysta z takiej regulacji – na warunkach mniej korzystnych niż wykonawcy z państw członkowskich UE (art. 16b ust. 2 ustawy).

Korzystając z zajętych przez TSUE stanowisk oraz uchwalonej już nowelizacji ustawy, zamawiający w pkt III SWZ wskazał, że nie decyduje się na rozszerzenie zakresu podmiotowego wykonawców o inne podmioty niż pochodzące z państw członkowskich Unii Europejskiej, Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub państw, z którymi Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska zawarła umowę międzynarodową gwarantującą równy i wzajemny dostęp do zamówień publicznych:

Oprócz wprowadzonego w pkt III SWZ zastrzeżenia, zamawiający wprowadził jednak dodatkowe obostrzenie, które wyklucza z postępowania tych wszystkich wykonawców, względem których zachodzi jedna z następujących okoliczności:

1)wykonawca, którego beneficjentem rzeczywistym w rozumieniu ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu jest podmiot mający siedzibę lub miejsce zamieszkania w Chińskiej Republice Ludowej;

2)wykonawca, którego jednostka dominująca w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 37 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości jest podmiot mający siedzibę lub miejsce zamieszkania w Chińskiej Republice Ludowej;

3)wykonawca, który działa w imieniu lub pod kierunkiem podmiotu, o którym mowa w pkt
1 lub 2;

4) wykonawca, który polega na zdolnościach podmiotu, o którym mowa w pkt 1 lub 2.

Tym samym, zamawiający oprócz wykonawców pochodzących z państw trzecich, zdecydował się wykluczyć tych wszystkich wykonawców, zarówno zarejestrowanych w Unii Europejskiej jak i poza jej granicami, którzy mają jakiekolwiek powiązania strukturalne z podmiotami chińskimi. Zamawiający kierował się przy tym nie kryterium pochodzenia wykonawcy, celem jego wykluczenia, lecz kryterium własnościowym, a zatem to kto jest udziałowcem czy właścicielem danej spółki.

Jak wyżej wskazano, takie ograniczenie jest sprzeczne z Traktatem, tym samym z Dyrektywą 2014/25/UE oraz ustawy. Ani przywołane orzecznictwo TSUE w sprawach Kolin lub CRRC Qingdao, ani nowelizacja ustawy nie dają podstaw do ograniczenia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawcom (lub innym podmiotom, w tym tzw. podmiotom trzecim) z siedzibą w UE ze względu na osobę/podmiot, który posiada akcje/udziały takiego wykonawcy. Ograniczenia przewidziane w ustawy i Dyrektywie 2014/25/UE dotyczą wyłącznie wykonawców zagranicznych, którzy są zarejestrowani poza Unią Europejską, a państwa ich pochodzenia nie mają zawartych ani z Unią Europejską, ani z Rzeczpospolitą Polską żadnych porozumień lub umów międzynarodowych, zapewniających równy i wzajemny dostęp do rynku zamówień publicznych.

Podstawa wykluczenia przewidziana w pkt VI ust. 4 SWZ odnosi się natomiast nie do wykonawców zagranicznych, tj. mających siedzibę lub miejsce zamieszkania w państwie trzecim, lecz do wszystkich tych wykonawców, którzy mają wyrażone w tym postanowieniu powiązania z Chińską Republika Ludową. Oznacza to, że nawet jeżeli dany wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania w Unii Europejskiej, jednak jednym z jego beneficjentów rzeczywistych jest podmiot mający siedzibę lub miejsce zamieszkania w Chińskiej Republice Ludowej, będzie on wykluczony z postępowania na tych samych zasadach co wykonawca z państwa trzeciego. Analogicznie miałby się przypadek wykonawcy zarejestrowanego w Unii Europejskiej, którego jednostką dominującą jest podmiot mający siedzibę lub

miejsce zamieszkania w Chińskiej Republice Ludowej.
Zamawiający zamierza zatem nie tylko wyeliminować wykonawców z siedzibą w państwach trzecich, ale i również pozbawić możliwości ubiegania się o zamówienie przez wszystkich tych wykonawców z Unii Europejskiej, którzy mają jakiekolwiek powiązania finansowe lub organizacyjne z podmiotem działającym w Chińskiej Republice Ludowej.
Odwołujący podkreślił, że czynnikiem decydującym o wykluczeniu danego wykonawcy może być jednak wyłącznie jego pochodzenie (miejsce siedziby), a nie pochodzenie jego wspólników, akcjonariuszy, czy beneficjentów rzeczywistych. W przedmiotowym przypadku zamawiający zdecydował się natomiast na wykluczenie wykonawców ze względu na miejsce pochodzenia jego beneficjentów rzeczywistych i udziałowców, co jest niedopuszczalne w świetle prawa polskiego oraz unijnego. Jak bowiem podkreślił sam Trybunał Sprawiedliwości UE w sprawie C-106/22 Xella Magyarország, który odnosi się do tego rozróżnienia:
46. Po drugie, z żadnego przepisu prawa Unii nie wynika jednak, aby pochodzenie wspólników – osób fizycznych lub prawnych – spółek mających siedzibę w Unii wywierało wpływ na prawo tych spółek do powoływania się na swobodę przedsiębiorczości, gdyż na mocy art. 54 TFUE status spółki Unii oparty jest na lokalizacji jej siedziby i tworzącym ją porządku prawnym, a nie na przynależności państwowej jej wspólników (wyrok z dnia 1 kwietnia 2014 r., Felixstowe Dock and Railway Company i in., C-80/12, EU:C:2014:200, pkt 40).
47. Wynika stąd, że spółka taka jak Xella Magyarország, nawet jeśli należy do grupy spółek, której spółka wiodąca ma siedzibę w państwie trzecim, ma prawo powołać się na swobodę przedsiębiorczości zagwarantowaną w traktacie FUE, jeżeli jest powiązana z porządkiem prawnym państwa członkowskiego i jest zatem spółką Unii.
48. W rezultacie nie można w żadnym przypadku powołać się na pochodzenie wspólników Xella Magyarország, aby odmówić tej spółce możliwości skorzystania ze swobody przedsiębiorczości, tym bardziej że wiadomo jest, że faktycznym właścicielem grupy, do której ona należy, jest obywatel irlandzki.
Po drugie, z żadnego przepisu prawa Unii nie wynika jednak, aby pochodzenie wspólników – osób fizycznych lub prawnych – spółek mających siedzibę w Unii wywierało wpływ na prawo tych spółek do powoływania się na swobodę przedsiębiorczości, gdyż na mocy art. 54 TFUE status spółki Unii oparty jest na lokalizacji jej siedziby i tworzącym ją porządku prawnym, a nie na przynależności państwowej jej wspólników (wyrok z dnia 1 kwietnia 2014 r., Felixstowe Dock and Railway Company i in., C-80/12, EU:C:2014:200, pkt 40).
Tym samym wyłącznie dopuszczalnym kryterium wyłączenia wykonawców z przetargów publicznych mogłaby być ich siedziba (miejsce rejestracji), nieakceptowalne jest natomiast wykluczanie unijnych wykonawców z tego powodu, że określone podmioty są jego beneficjentami rzeczywistymi czy udziałowcami. Podstawa wykluczenia wykracza zatem zdecydowanie poza dopuszczalny zakres wykluczenia wykonawców, ustalając zakres podmiotowy zaskarżonej podstawy wykluczenia w sposób sprzeczny z prawem.
Jeżeli chodzi o beneficjenta rzeczywistego, to wystarczy, aby przynajmniej jeden z nich miał siedzibę lub miejsce zamieszkania w Chińskiej Republice Ludowej, aby wykonawca został wykluczony z postępowania. Definicja natomiast beneficjenta rzeczywistego wyrażona w art. 2 ust. 2 pkt 1 Ustawy Antyterrorystycznej jest na tyle szeroka, że wchodzić w nią będą wszelkiego rodzaju podmioty sprawujące bezpośrednią lub pośrednią kontrolę nad spółką.
W odniesieniu zaś do jednostki dominującej w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 37 Ustawy o rachunkowości to również w tym przypadku mamy do czynienia z rozległą definicją ustawową, zawierającą szeroki wachlarz uprawnień korporacyjnych. Wystąpienie którejkolwiek z nich skutkuje uznaniem, że dana spółka znajduje się pod kontrolą takiej jednostki.
Zamawiający, wprowadzając nową podstawę wykluczenia w pkt VI ust. 4 SWZ, wykroczył zdecydowanie poza zakres wyłączenia ustalony w orzecznictwie TSUE oraz w nowelizacji ustawy. Zamawiający zdecydował się bowiem wyłączyć nie tylko wykonawców z państw trzecich, ale i również wykonawców zarejestrowanych w Polsce i działających już na rynku zamówień publicznych, jednak mających powiązania z podmiotami działającymi w Chińskiej Republice Ludowej.
Niezależnie od wprowadzenia do SWZ szerszego kręgu podmiotów wykluczonych, niż wynikałoby to z wyroków TSUE i nowelizacji ustawy, Zamawiający nie wyjawił również w treści SWZ powodów, dla których zdecydował się na tak drastyczny krok. W treści pkt VI ust. 4 ustawy mowa jest jedynie o tym, którego rodzaju wykonawców zamawiający ma zamiar wykluczyć z postępowania, bez równoczesnego wskazania, jakie pobudki kryły się za wprowadzeniem takiego rodzaju postanowień.
Jak stanowi natomiast art. 393 ust. 1 pkt 2 ustawy, [w] postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego (…) 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. Oznacza to, że dla skutecznego i zgodnego z prawem wprowadzenia nowej podstawy wykluczenia zamawiający musi wykazać jej obiektywność oraz wprost przewidzieć w dokumentach zamówienia.
ak przy tym podkreśla się w doktrynie, [w]ymóg, aby dana podstawa wykluczenia miała obiektywny charakter, nawiązuje do przepisów dyrektyw unijnych w sprawie zamówień publicznych, w tym dyrektywy sektorowej 2014/25/UE, która wielokrotnie posługuje się pojęciem obiektywnych zasad i kryteriów wykluczenia i kwalifikacji kandydatów i oferentów (por.

przykładowo art. 78–80 dyrektywy sektorowej 2014/25/UE). Obiektywny charakter będą mieć takie podstawy wykluczenia, które są możliwe do zweryfikowania, związane z przedmiotem zamówienia i niedyskryminacyjne.
Również w innym miejscy zwraca się uwagę na potrzebę powiązania nowo wprowadzanej podstawy wykluczenia z przedmiotem zamówienia, a także na zakaz wprowadzania kryteriów dyskryminacyjnych: Swoboda zamawiających sektorowych w ustalaniu kryteriów wykluczenia lub kwalifikacji nie jest jednak niczym nieograniczona. Wiąże się bowiem z koniecznością określenia kryteriów o charakterze obiektywnym, a więc niedyskryminującym, oraz przejrzystym, czyli podanym do wiadomości wykonawców ubiegających się o zamówienie. Co prawda ustawodawca unijny nie wskazał, że kryteria te winny być związane z przedmiotem zamówienia, jednak ich oderwanie od takiego przedmiotu stanowiłoby o braku obiektywnej potrzeby ich ustalenia. Stąd należy wskazać na potrzebę związania z przedmiotem zamówienia rozumianym również w kontekście warunków realizacji zamówienia. Przy całej swobodzie pozostawionej zamawiającym działającym w sektorach użyteczności publicznej nie mogą oni jednak przy ocenie wiarygodności i kondycji firm w ramach jednego z etapów postępowania wymagać od niektórych tylko osób spełnienia pewnych warunków o charakterze administracyjnym, technicznym lub finansowym, których spełnienia nie wymagają od innych, ani też żądać testów lub dowodów, które powielają treść dostępnych już obiektywnych dowodów (por. A. Sołtysińska, Europejskie prawo zamówień publicznych..., komentarz do dyrektywy sektorowej). Ustalone kryteria kwalifikacji winny ponadto zostać określone przy uwzględnieniu zasady proporcjonalności, a zatem powinny być wystarczające oraz nie powinny wykraczać ponad to, co jest obiektywnie konieczne. Odwołujący zauważył, że zamawiający sektorowi nie mogą określać kryteriów kwalifikacji w sposób uniemożliwiający wykonawcy wykazanie ich spełnienia w sytuacjach, gdy nie są one oparte na twardych obiektywnych dowodach. Zatem ustalenie takich kryteriów i sposobu ich oceny wymaga uwzględnienia opisanych w dyrektywie klasycznej zasad dotyczących wprowadzania kryteriów zarówno opartych na obiektywnych kryteriach dotyczących cech zawodowych przedsiębiorców, jak i na innych podstawach, o ile środki te są proporcjonalne do zamierzonego celu.
Wymóg z art. 393 ust. 1 pkt 2 ustawy dotyczący wprowadzenia podstawy wykluczenia o charakterze obiektywnym nie został spełniony przez zamawiającego.
Obiektywność podstawy wykluczenia nie należy bowiem traktować jako wymogu zapewnienia mierzalności / kwantyfikowalności podstawy wykluczenia celem zapewnienia zerojedynkowej oceny sytuacji podmiotowej wykonawcy, tj. czy podlega czy nie podlega wykluczeniu, lecz jako dopuszczenie wyłącznie takich podstaw wykluczenia, których wprowadzenie jest obiektywnie uzasadnione przez zamawiającego przedmiotem zamówienia. Przyczyna dla wprowadzenia nowej podstawy wykluczenia nie powinna zatem wynikać z jakiś subiektywnych doświadczeń czy przekonań zamawiającego, lecz z obiektywnych pobudek, związanych przykładowo z potrzebą zapewnienia odpowiedniej jakości przedmiotu zamówienia, bezpieczeństwa informacji przetwarzanych w trakcie realizacji zamówienia czy rzetelności samego wykonawcy.
Takich obiektywnych pobudek we wprowadzeniu dodatkowej podstawy wykluczenia nie sposób natomiast dostrzec w treści pkt VI ust. 4 SWZ. Zamawiający z nieznanych nikomu powodów postanowił bowiem wykluczyć wszelkich wykonawców, zarówno tych zarejestrowanych w Unii Europejskiej, jak i poza jej granicami, jedynie na tej podstawie, że co najmniej jeden z jego beneficjentów rzeczywistych lub jego jednostka dominująca pochodzi z Chińskiej Republiki Ludowej.
Zamawiający nie ujawnił, w jaki sposób wprowadzona podstawa wykluczenia ma pozytywnie wpłynąć na realizację zamówienia, a także dlaczego nie wystarczający był dla niego zapis z pkt III SWZ i niezbędne było wykluczenie wszelkich wykonawców powiązanych z podmiotami w Chińskiej Republice Ludowej.
Odwołujący wskazał, że utrzymanie przedmiotowego zapisu i de facto wykluczenie odwołującego z postępowania spowoduje jeszcze większe pogłębienie monopolu, jaki na rynku systemów bezpieczeństwa na lotniskach wypracowuje firma Dimark S.A. oraz ANGLOSEC sp. z o.o. Przedsiębiorstwa te w ostatnim czasie uzyskały zamówienia na 32 z 34 maszyn typu EDSCB, co oznacza, że odpowiadają za dostawę na polskim rynku aż 94% tych maszyn. Dla zapewnienia konkurencyjności postępowania całkowicie niezrozumiałym jest zatem wykluczanie podmiotów mogących zaproponować konkurencyjną ofertę. Całkowite bowiem uzależnianie polskiego rynku lotniczego od jednej firmy jest niebezpieczne zarówno dla bezpieczeństwa dostaw, jak i również dla finansów publicznych.
Odwołujący uznał, że zamawiający dopuścił się całkowicie nieuzasadnionego nadużycia art. 393 ust. 1 pkt 2 ustawy, ponieważ wprowadził dodatkową podstawę wykluczenia, której treść nie ma charakteru obiektywnego i stanowi jedynie arbitralne, niczym nieuzasadnione, ograniczenie konkurencyjności postępowania.
Zamawiający ustanawiając zapis pkt VI ust. 4 SWZ narusza przepisy Traktatu, Dyrektywy 2014/25/UE oraz ustawy. Nie stanowi podstawy do takich zapisów orzecznictwo TSUE w sprawie Kolin lub CRRC Qingdao lub nowelizacja ustawy, ponieważ dotyczą one wyłącznie wykonawców z siedzibą poza UE lub poza państwami, którymi UE ma zawarte stosowne umowy międzynarodowe. Zapis VI ust. 4 SWZ dotyczy zaś wykonawców z siedzibą w UE.
Zamawiający nie zapewnił również obiektywnego charakteru nowo wprowadzonej podstawy wykluczenia, to znaczy

takiej, która zmierzałaby przykładowo do zapewnienia odpowiedniej jakości przedmiotu zamówienia, czy rzetelności samego wykonawcy. Niezbędne wobec tego jest usunięcie pkt VI ust. 4 SWZ jako naruszającego wskazane przepisy i stanowiącego przejaw niczym nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców.
16 września 2025 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.
18 września 2025 r. wykonawca Cenzin spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Czerniakowska 81/83 zgłosił swój udział w postępowaniu po stronie odwołującego. Wniósł o uwzględnienie odwołania. Zgłoszenia dokonał pełnomocnik w oparciu o pełnomocnictwo członka zarządu z 17 września 2025 r. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.
Przystępujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść odwołującego jako wykonawca, który oferuje na rynku dostawy i usługi objęte przedmiotem zamówienia wspólnie z odwołującym (jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie np. w postępowaniu pn.) oraz w oparciu o ofertę odwołującego (korzystając z jego zasobów lub angażując jako podwykonawcę). Uwzględnienia zarzutów doprowadzi do uniemożliwienia przystępującemu złożenia oferty w postępowaniu i spowoduje utratę możliwości uzyskania zamówienia, dlatego popieranie zarzutów odwołania stanowi istotny element ochrony interesów przystępującego, m.in. w zakresie jego sytuacji na w tym konkretnym postępowaniu oraz rynku.
18 września 20254 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił się ANGLOSEC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Elekcyjna 19/3. Zgłoszenia dokonał pełnomocnik działający na podstawie pełnomocnictwa prezesa zarządu z 18 września 2025 r. do zgłoszenia dołączono dowód jego przekazania stronom.
Interes przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego jest oczywisty, albowiem przystępujący zamierza złożyć ofertę w postępowaniu i jego oferta, w ocenie przystępującego, będzie spełniała warunki udziału w postępowaniu przedstawione w specyfikacji warunków zamówienia, zwanej dalej SWZ. Przystępujący ma przy tym interes ekonomiczny i handlowy związany z jego działalnością gospodarczą w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, przejawiający się w możliwości złożenia oferty zgodnej z warunkami określonymi w SWZ, a tym samym realną możliwość pozyskania zamówienia. Przystępujący jest zainteresowany wynikiem sprawy oraz interes ów polega na oczekiwaniu, że w związku z rozstrzygnięciem odwołania na korzyść zamawiającego, postępowanie o udzielenie zamówienia będzie prowadzone w dalszym ciągu prawidłowo, co jednocześnie umożliwi przystępującemu dalsze w nim aktywne uczestnictwo.
Przystępujący sprzeciwia się argumentom podnoszonym przez odwołującego w treści odwołania. Nie sposób zarzucić zamawiającemu jakoby miał on naruszyć przepisy ustawy, w szczególności zaś art. 393 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy czy też art. 78 ust. 1 Dyrektywy 2024/25/UE w zw. z art. 36 Dyrektywy 2014/25/UE w zw. z art. 43 Dyrektywy 2014/25/UE w zw. z art. 49, art. 54 i art. 56 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w zw. z art. 62 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej przez wprowadzenie do postanowień SWZ dodatkowej podstawy wykluczenia w pkt. VI ust. 4 SWZ zmierzającej do wykluczenia wszystkich tych wykonawców, zarówno z siedzibą na terenie Unii Europejskiej, jak i poza jej granicami, których beneficjentami rzeczywistymi lub jednostkami dominującymi są podmioty pochodzące z Chińskiej Republiki Ludowej. Nie sposób zarzucić zamawiającemu jakoby treść SWZ była niezgodna z przepisami ustawy, a w szczególności, że postanowienia SWZ i zawarte w SWZ podstawy wykluczenia miałyby bezprawnie i pozbawiony obiektywnego uzasadnienia ograniczać konkurencyjność postępowania oraz odbierać możliwość realizowania zamówienia wykonawcom korzystającym ze swobody przedsiębiorczości zagwarantowanej w prawie unijnym. Zarzuty odwołującego są bezpodstawne i gołosłowne.
W świetle powyższych argumentów, zgłoszenie przez przystępującego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego jest w pełni uzasadnione.
14 października 2025 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

1) odrzucenie odwołania w całości, ewentualnie o jego oddalenie;
2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów przywołanych w uzasadnieniu,
3) zasądzenia kosztów postępowania odwoławczego na rzecz zamawiającego.

Ponadto o:

4) zobowiązanie odwołującego do wykazania interesu prawnego i w tym celu złożenia oświadczenia oraz dokumentów wskazujących, czy sprzęt, który mógłby zaoferować w tym postępowaniu został zatwierdzony przez TSA (Amerykański Urząd ds. Transportu) (szerzej opisane w pkt I).

I.Brak interesu prawnego Nuctech do wniesienia odwołania.
Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania w całości na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy z uwagi na brak interesu we wniesieniu odwołania po stronie odwołującego.
Przepis art. 505 ust. 1 ustawy wymaga wykazania, że wykonawca, uczestnik konkursu oraz inny podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie. Legitymowanie się

przez wykonawcę wnoszącego odwołanie interesem w uzyskaniu zamówienia oznacza stan, w którym ma on lub miał realną szansę na uzyskanie zamówienia, zaprzepaszczoną niezgodnymi z przepisami ustawy czynnościami zamawiającego lub zaniechaniem czynności, do których zamawiający jest zobowiązany. Odwołujący twierdzi, że zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący jest bowiem producentem urządzeń, których dotyczy postępowanie.
Urządzenia odwołującego nie spełniają jednak wymogów SWZ. Odwołujący nie ma obiektywnej możliwości złożenia oferty, nawet gdyby zamawiający usunął zakwestionowane postanowienie SWZ. Odwołujący nie posiada interesu prawnego w zaskarżeniu postanowienia pkt VI ust.4 SWZ.
W załączniku nr 9 do SWZ („Opis przedmiotu zamówienia", dalej OPZ) w pkt 1.1. zamawiający wymaga, aby Przedmiot Zamówienia spełniał na dzień odbioru wymagania określone m.in. w Rozporządzeniu Wykonawczym Komisji (UE) 2024/2108 z dnia 29 lipca 2024 r. zmieniającym rozporządzenie wykonawcze (UE) 2015/1998 w odniesieniu do niektórych pilnych środków ochrony lotnictwa dotyczących sprzętu do kontroli bezpieczeństwa płynów, aerozoli i żeli (dalej Rozporządzenie 2024/2108). Dodatkowo, zgodnie z pkt 2 ust. 14 OPZ: „Limit kontroli bezpieczeństwa maksymalnej objętości poszczególnych pojemników zawierających płyn, aerozol lub żel musi przekraczać 100 ml".
W pkt 1.1. ust. 12 OPZ wskazano, że wykonawca obowiązany jest do dostarczenia potwierdzeń, że urządzenia spełniają następujące wymagania:
a)Deklarację (w formie papierowej) zgodności parametrów urządzenia z przepisami prawa Unii Europejskiej- Decyzja Komisji Europejskiej C(2015) 8005 z dnia 16 listopada 2015 r. ustanawiającej szczegółowe środki w celu wprowadzenia w życie wspólnych podstawowych norm ochrony lotnictwa cywilnego (z późn. zmianami);
b)Deklarację (w formie papierowej) zgodności, że urządzenia spełniają normę C3, zgodnie z Rozporządzeniem Komisji Europejskiej Nr 2015/1998 z dnia 5 listopada 2015 r. ustanawiające szczegółowe środki w celu wprowadzenia w życie wspólnych podstawowych norm ochrony lotnictwa cywilnego, z uwzględnieniem Rozporządzeniu Wykonawczym Komisji (UE) 2024/2108 z dnia 29 lipca 2024 r.;
c)Dokument potwierdzający zatwierdzenie sprzętu służącego do ochrony przez Komisję UE tzw. pieczęć UE.
d)Dokument potwierdzający zatwierdzenie sprzętu służącego do ochrony przez TSA (Amerykański Urząd ds. Transportu).
Zgodnie z pkt VI lit. E SWZ wykonawca wraz z ofertą przedstawia przedmiotowe środki dowodowe m.in. dokumenty potwierdzające, że oferowane urządzenie jest dopuszczone do kontroli bagażu kabinowego zawierającego komputery przenośne i inne duże urządzenia elektryczne oraz płyny, aerozole i żele w zakresie wymaganym w Opisie przedmiotu zamówienia oraz dokument potwierdzający, że oferowane urządzenie posiada certyfikat TSA.
OPZ wymaga zatem, aby dostarczane urządzenia spełniały m.in. dwa wymogi- spełniały normę C3 bez limitów objętości 100 ml oraz były zatwierdzone przez TSA. Urządzenia odwołującego nie spełniają żadnego z tych wymogów.
Z oficjalniej listy Europejskiej Konferencji Lotnictwa Cywilnego (ECAC) w zakresie certyfikowanych systemów wykrywania materiałów wybuchowych w bagażu kabinowym (EDSCB) (aktualizacja z 15 września 2025 r.) wynika, że Nuctech posiada w swojej ofercie systemy kontroli posiadające standard „C3*" tj. C3 z gwiazdką, która oznacza (zgodnie z wytłumaczeniem zawartym pod tabelą), że sprzęt, który otrzymał początkowe zgłoszenie („initial notification") przed 1 sierpnia 2024 r., może być używany wyłącznie do kontroli płynów, aerozoli i żeli (LAGs), z tym że objętość pojedynczego pojemnika nie może przekraczać 100 ml: w tym miejscu zamawiający zamieścił tabelę ECAC CEP public equipment list - explosive Detection Systems fr Cabin Baggage (EDSCB) update 14 september 2025
dowód: Lista certyfikowanych systemów wykrywania materiałów wybuchowych w bagażu kabinowym ECAC („ECAC CEP public equipment list – Explosive Detection Systems for Cabin Baggage (EDSCB) – Update 15 September 2025") wyciąg.
Z powyższego jednoznacznie wynika, że urządzenia Nuctech są oznaczone jako C3*, a więc nie są sprzętem certyfikowanym w pełnym zakresie i mają limit płynów, aerozoli i żeli 100ml. Oznaczenie gwiazdką (*) wskazuje na techniczne ograniczenie funkcjonalne, które uniemożliwia wykorzystanie tego sprzętu do kontroli płynów w pojemnikach przekraczających 100 ml. Urządzenie Nuctech posiada zatem certyfikat C3*, a nie certyfikat C3 i posiada limit pojemności 100ml, który jest niedopuszczalny SWZ. Urządzenia Nuctech nie spełniają zatem tych kluczowych wymogów SWZ.
Z informacji posiadanych przez zamawiającego m.in. z wizyty studyjnej w USA i spotkaniu z przedstawicielami TSA, wynika ponadto, że urządzenia Nuctech nie zostały zatwierdzone przez TSA. Zamawiający nie dysponuje jednak dowodami na poparcie tego twierdzenia. W związku z tym w petitum Zamawiający wniósł o zobowiązanie odwołującego do wykazania interesu prawnego przez wykazanie, że ma obiektywną zdolność złożenia oferty w niniejszym postępowaniu tj. że urządzenia odwołującego, które mogłyby być przedmiotem oferty, posiadają certyfikaty TSA.
W związku z tym, że urządzenia odwołującego nie spełniają podstawowych wymogów OPZ i celów niniejszego postępowania dla zamawiającego (nie posiadają certyfikatu C3, posiadają limit płynów 100ml, nie posiadają certyfikatu

TSA), to należy przyjąć, że odwołujący nie posiada interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy. Oferowane przez niego urządzenie nie spełniałoby kluczowego wymagania określonego w Specyfikacji Warunków Zamówienia, tj. zdolności do przeprowadzania kontroli płynów, aerozoli i żeli (LAGs) w pojemnikach przekraczających 100 ml. Zgodnie z aktualnym stanem prawnym i technicznym, urządzenia klasy C3 oznaczone jako C3* (zgłoszone do oceny przed 1 sierpnia 2024 r.) nie dają możliwości zniesienia limitu 100 ml, a ich zastosowanie jest ograniczone wyłącznie do dotychczasowych zasad kontroli bezpieczeństwa.
Tym samym, odwołujący nie ma realnej szansy na uzyskanie zamówienia, gdyż oferowany przez niego sprzęt już na etapie badania zgodności z OPZ nie spełnia podstawowych wymagań technicznych i prawnych. W świetle powyższego, należy uznać, że nie zachodzi przesłanka z art. 505 ust. 1 ustawy, a odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy jako wniesione przez podmiot niemający interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia.
W razie nieuwzględnienia powyższego, zamawiający wniósł o oddalenie odwołania odwołującego z powołaniem się na poniższe argumenty:
II. Zastosowanie dodatkowej podstawy wykluczenia na podstawie art. 393 ust.1 pkt 2) ustawy- zaistnienie obiektywnych okoliczności faktycznych
Zamawiający przewidział w Rozdziale VI ust. 4 SWZ dodatkową podstawę wykluczenia, opierając się na uprawnieniu wynikającym z art. 393 ust. 1 pkt 2 PZP. Przepis ten stanowi, że 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.
Warunkiem skutecznego określenia innych (dodatkowych) podstaw wykluczenia oraz warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 393 ust. 1 pkt 2 ustawy, jest ujęcie ich w dokumentach zamówienia (niekwestionowane), a także odniesienie ich wyłącznie do obiektywnych kryteriów związanych z sytuacją podmiotową wykonawców.
Kontrola, w ramach środków ochrony prawnej, warunków i podstaw wykluczenia formułowanych przez zamawiających, ogranicza się do weryfikacji ich obiektywnego charakteru bądź nienależytego określenia w dokumentach zamówienia W tych granicach bowiem zamawiający mogą określać dowolne warunki i przesłanki wykluczenia, jeśli przedmiot i charakter zamówienia w ocenie zamawiającego uzasadnia taką dodatkową weryfikację wykonawców (zob. wyr. SO w Warszawie z 5.12.2022 r.,Legalis oraz wyr. KIO z 27.1.2022 r.,Legalis).
Zamawiający przypominiał, że zgodnie z orzecznictwem (por. wyr. KIO 22/22), możliwe jest wykluczenie wykonawcy na podstawie obiektywnych kryteriów, o ile zostały one jednoznacznie określone w dokumentach zamówienia i pozostają w racjonalnym związku z przedmiotem oraz celami postępowania. Takie działanie nie narusza zasady uczciwej konkurencji, lecz odzwierciedla suwerenność zamawiającego w zakresie oceny ryzyk strategicznych związanych z realizacją zamówienia w sektorze wrażliwym.
Zamawiający dodał podstawę wykluczenia w Rozdziale VI ust. 4 SWZ, która wyklucza wykonawców, którzy niezależnie od miejsca siedziby de facto pochodzą z Chińskiej Republiki Ludowej. Na skutek wprowadzenia tej przesłanki wykluczenia odwołujący nie będzie uprawniony do wzięcia udziału w postępowaniu.
Zastosowanie dodatkowej podstawy wykluczenia przewidzianej w Rozdziale VI ust. 4 SWZ znajduje pełne uzasadnienie w obiektywnych okolicznościach faktycznych, które zostały przez zamawiającego uprzednio zidentyfikowane i odpowiednio opisane w dokumentach zamówienia. Podstawa ta jest ściśle powiązana z przedmiotem zamówienia.
Przedmiotem zamówienia jest dostawa systemu kontroli bezpieczeństwa- systemów wykrywania materiałów wybuchowych (EDSCB) w bagażu kabinowym pasażerów. Jest to element infrastruktury krytycznej.
W pkt 63 Rezolucji Parlamentu Europejskiego z dnia 01.06.2023 r. w sprawie obcych ingerencji we wszystkie procesy demokratyczne w Unii Europejskiej, w tym dezinformacji (2022/2075(INI)), wskazano, że: „(…) pomimo mechanizmów monitorowania BIZ zawarto z chińskimi przedsiębiorstwami takimi jak Nuctech umowy dotyczące krytycznej infrastruktury europejskiej, co prowadzi do zagrożeń dla bezpieczeństwa; wzywa zatem Radę i Komisję do wykluczenia stosowania sprzętu i oprogramowania pochodzącego od producentów – takich jak TikTok, ByteDance Huawei, ZTE, Kaspersky, NtechLab lub Nuctech – z krajów wysokiego ryzyka, w szczególności Chin i Rosji; wzywa kluczowe sektory i inne sektory wrażliwe, aby wykluczyły korzystanie ze sprzętu i oprogramowania z krajów wysokiego ryzyka, gdyż mogą one być wykorzystywane do zagrożenia poufności, integralności i dostępności danych i usług (…).”
dowód: Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 01.06.2023 r. w sprawie obcych ingerencji we wszystkie procesy demokratyczne w Unii Europejskiej, w tym dezinformacji (2022/2075(INI))
Również w cytowanej wyżej Rezolucji (2022/2075(INI)), Parament w pkt 109 ostrzegł „(…) przed ryzykiem szpiegostwa na francuskich lotniskach, na przykład w Strasburgu, Bordeaux, Breście, Quimper i Tuluzie, które do prześwietlania bagażu wykorzystują sprzęt chińskiego przedsiębiorstwa Nuctech, powiązanego z chińskim reżimem i jego kompleksem wojskowo-przemysłowym; podkreśla, że
Nuctech jest obecny w 26 z 27 państw członkowskich UE, i przypomina, że Litwa, Stany Zjednoczone i Kanada zabroniły temu przedsiębiorstwu ubiegania się o zamówienia publiczne (…)”.

Ponadto, zamawiający otrzymał stanowisko z Departamentu Lotnictwa w Ministerstwie Infrastruktury (znak: DL-1.4706.78.2024.2) w którym wprost zarekomendowano, aby podczas procesu zakupu sprzętu niezbędnego dla ochrony w lotnictwie cywilnym oprócz aspektów kosztowych uwzględniać kwestie związane z jakością tego sprzętu oraz szeroko rozumianym wpływem na bezpieczeństwo państwa. W piśmie tym wprost wskazano na konieczność poszukiwania przez zamawiających rozwiązań prawnych, które w postępowaniach na zakup sprzętu niezbędnego dla ochrony lotnictwa cywilnego wykluczą wykonawców pochodzących z krajów wysokiego ryzyka, wskazując wprost na Nuctech. Stanowisko to zostało podtrzymane w piśmie z dnia 16.09.2025r.
dowód: pismo z Departamentu Lotnictwa w Ministerstwie Infrastruktury (znak: DL1.4706.78.2024.2).
pismo z Departamentu Lotnictwa w Ministerstwie Infrastruktury (znak: DL-1.4706.7.2025.1)
Wytyczne takie zostały także sformułowane także przez Urząd Lotnictwa Cywilnego. Dokument ten jednak, z uwagi na jego klasyfikację informacji niejawnej, nie może zostać ujawniony.
Wprowadzenie zatem podstawy wykluczenia, która eliminuje Nuctech z przedmiotowego postępowania, ma na celu wdrożenie wytycznych i rekomendacji Parlamentu Europejskiego, Ministerstwa Infrastruktury oraz Urzędu Lotnictwa Cywilnego, które wskazują na konieczność zabezpieczenia postępowań dot. infrastruktury krytycznej przed podmiotami faktycznie pochodzącymi z krajów wysokiego ryzyka i wprost mówią o wykluczaniu Nuctech.
W oficjalnych dokumentach władz europejskich oraz polskiego rządu z firmy wskazuje się odwołującego jako podmiot, który z uwagi na swoje faktyczne pochodzenie (niezależnie od siedziby w Warszawie) z kraju wysokiego ryzyka nie powinien być dopuszczany do postępowań na sprzęt i systemy związane z bezpieczeństwem w lotnictwie.
Ustawodawca wyposażył zamawiających sektorowych w narzędzie, które przy tak newralgicznych zamówieniach, pozwala na eliminację ryzyk dla zapewnienia bezpieczeństwa państwa i infrastruktury lotniskowej. Jest to przepis art. 393 ust. 1 pkt 2 ustawy, który daje zamawiającym sektorowym prawo do określania dodatkowym przesłanek wykluczenia, o ile mają one obiektywny charakter. Zamawiający wykorzystał to narzędzie dla wdrożenia obiektywnych wytycznych organów europejskich i państwowych.
Zamawiający, formułując przedmiotową przesłankę wykluczenia, kierował się zatem koniecznością zabezpieczenia interesu publicznego, w szczególności w zakresie bezpieczeństwa państwa oraz ochrony. W tym kontekście pochodzenie kapitałowe, struktura właścicielska oraz kontrola korporacyjna nad wykonawcą, którego jednostka dominująca ma siedzibę w Chińskiej Republice Ludowej, stanowi ryzyko o charakterze obiektywnym, które uzasadnia wprowadzenie takiej dodatkowej przesłanki wykluczenia. Zostało ono zidentyfikowane w oficjalnych dokumentach i rekomendacjach, które otrzymał zamawiający.
Prawo zamówień publicznych nie jest bezsilne dla realizacji takich wytycznych, dając zamawiającym sektorowym działającym w szczególnych, wrażliwych branżach prawo do ich realizacji. Zatem prowadzenie dodatkowej przesłanki wykluczenia w Rozdziale VI ust. 4 SWZ stanowi realizację prawa zamawiającego do stosowania obiektywnych i racjonalnych kryteriów eliminacyjnych oraz służy ochronie interesu publicznego, w tym w zakresie bezpieczeństwa państwa i zgodności z unijną polityką w zakresie ograniczania wpływu podmiotów powiązanych z reżimami niedemokratycznymi na sektor bezpieczeństwa i infrastruktury lotniskowej. Wprowadzając przesłankę wykluczenia w Rozdziale VI ust. 4 SWZ zamawiający eliminuje ryzyko strategiczne związane z realizacją zamówienia w sektorze wrażliwym.
W tym kontekście, eliminacja ryzyka związanego z potencjalnym dostępem do wrażliwych danych lub systemów przez podmioty podległe lub powiązane z rządem Chińskiej Republiki Ludowej, stanowi wyraz należytej staranności zamawiającego, a nie przejaw dyskryminacji wykonawców. Tak sformułowana przesłanka wykluczenia jest w pełni proporcjonalna do celów zamówienia oraz zgodna z zasadą ochrony interesu publicznego w sektorach o szczególnym znaczeniu dla bezpieczeństwa narodowego i suwerenności technologicznej.
Przepis art. 393 ust.1 pkt 2) ustawy- przesłanki stosowania, brak naruszenia art. 49, art. 54 i art. 56 TFUE.
Jak wskazano powyżej przepis art. 393 ust.1 pkt 2) ustawy przewiduje, że 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. Przepis ten w żaden sposób nie ogranicza zamawiającego w zakresie podstaw wykluczenia, o ile mają one obiektywny charakter. Obiektywny charakter wprowadzonej przesłanki wykluczenia został wykazany w pkt II. Przepis ten nie przewiduje, że dodatkowe podstawy wykluczenia nie mogą dotyczyć powiązań kapitałowych, struktury właścicielskiej czy kontroli korporacyjnej
Istotą przesłanek wykluczenia jest to, że eliminują one z postępowania przetargowego określone podmioty, które mają siedzibę/ miejsce zamieszkania w Unii Europejskiej. Prawo do udziału w postępowaniu przetargowym dla podmiotów, które mają siedzibę w Unii Europejskiej, nie jest nieograniczone. Żadna zasada prawa zamówień publicznych, w tym wyrażone w przepisach wskazanych w zarzutach odwołania, nie przewiduje, że spółka mająca siedzibę w UE musi mieć prawo złożenia oferty w każdym postępowaniu i niezależnie od jej sytuacji prawnej czy faktycznej. Prawo ofertowania przez obywateli UE doznaje różnego rodzaju wykluczeń. Część z nich jest przewidziana w przepisach jako obligatoryjne,

część jako fakultatywne, a zamawiający sektorowy może dodatkowo dostosować katalog wykluczeń z postępowania przetargowego do obiektywnych okoliczności konkretnego postępowania. Fakt wprowadzenia obiektywnych ograniczeń dla spółek z siedzibą w UE w udziale w postępowaniach przetargowych nie narusza art. 49, art. 54 i art. 56 TFUE.

Możliwe i zgodne z prawem europejskim są podstawy wykluczenia dotyczące powiązań kapitałowych, struktury właścicielskiej oraz kontroli korporacyjnej. Znajduje to potwierdzenie np. w podstawach wykluczających podmioty powiązane z Rosją. Zostały one wprowadzone na podstawie rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 229 z 31.7.2014, str. 1), dalej: rozporządzenie 833/2014, w brzmieniu nadanym rozporządzeniem Rady (UE) 2022/576 w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 111 z 8.4.2022, str. 1), dalej: rozporządzenie 2022/576.

Rozporządzenie - Art. 5k rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014, (Art. 5k dodany przezozporządzenia nr 2022/576 z dnia 8 kwietnia 2022 r. (Dz.U.UE.L.2022.111.1) zmieniającego nin. Rozporządzenie z dniem 9 kwietnia 2022 r.) „Zakazuje się udzielania lub dalszego realizowania zamówień publicznych lub koncesji na rzecz:

i. obywateli Rosji lub osób prawnych/zrzeszeń mających siedzibę w Rosji,

ii. podmiotów, w których ponad 50% udziałów należy do podmiotów rosyjskich,

iii. lub podmiotów działających w imieniu takich wykonawców."

Przepis ten zakazuje zatem udzielania zamówień publicznych spółkom, które m.in. mają siedzibę w UE, których ponad 50% udziałów należy do podmiotów rosyjskich i przepisy te są zgodne z TFUE. Wprowadzona w przedmiotowym postępowaniu przesłanka wykluczenia jest analogiczna, ale nie ma charakteru generalnego, bo jest ściśle powiązana z przedmiotem zamówienia i wystarczające jest wprowadzenie jej w postępowaniu na dostawę sprzętu kontroli bezpieczeństwa na lotnisku.

IV.Nuctech jako podmiot pochodzący z kraju wysokiego ryzyka

Odwołujący potwierdza, że zachodzą wobec niego okoliczności określone w Rozdziale VI ust.4 SWZ, jest to okoliczność bezsporna. Odwołujący wskazuje w odwołaniu, że jest spółką prawa handlowego zarejestrowaną w Polsce i prowadzącą tu działalność gospodarczą, korzystającą ze swobody przedsiębiorczości ustanowionej w art. 49 TFUE. Niezależnie od tego, że swoboda przedsiębiorczości nie jest nieograniczona, a każda podstawa wykluczenia ogranicza dostępność rynku zamówień publicznych względem wykonawców unijnych, to warto zwrócić uwagę na wybiórcze traktowanie przepisów europejskich przez odwołującego.

Odwołujący- Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. wchodzi w skład grupy Nuctech, której działalność stanowi uzasadnione wątpliwości w zakresie bezpieczeństwa publicznego nie tylko w Europie, ale również w Stanach Zjednoczonych, a obecnie stanowi przedmiot kontroli wykonywanej przez Komisję Europejską. Wątpliwości co do działalności Nuctech wskazano m.in. w publikacji na stronie spidersweb.pl, gdzie dostrzeżono m. in. że: Litwa wykluczyła Nuctech z zamówień publicznych, wskazując, że jest to chińskie przedsiębiorstwo państwowe. Nuctech powstał w 1997 r. z inicjatywy Hu Haifenga, syna Hu Jintao, czyli przywódcy Chin w latach 2003 -2013; w 2008 roku został sekretarzem partii w Tsinghua Holdings, która kontroluje Nuctech; obecnie Nuctech jest spółką zależną Tsinghua Tonfang, będącej z kolei częściową własnością China National Nuclear Corporation - potężnej cywilnej i wojskowej grupy nuklearnej. W Meksyku pod koniec 2022 r. wybuchł skandal, gdy po ataku hakerów wyciekły plany rządu na zakup sprzętu skanującego do punktów kontrolnych na granicę ze Stanami Zjednoczonymi. Okazało się, że zamówienie ma dostarczyć właśnie Nuctech. Administracja USA wystosowała oficjalny list do rządu w Meksyku wzywający do odstąpienia od tych zakupów. Branżowych artykułów potwierdzających obawy co do udziału tego wykonawcy w dostawach sprzętów związanych z bezpieczeństwem jest znacznie więcej.

dowód: wydruk ze strony internetowej spidersweb.pl („Chińczycy w Kobyłce produkują najpopularniejsze na świecie skanery lotniskowe. I najbardziej kontrowersyjne"), wydruk ze strony internetowej TEK.info.pl („Kontrowersje związane z chińskimi skanerami z Kobyłki").

wydruk ze strony internetowej bankier.pl („Od kontraktów w Europie po nalot w Warszawie. Chińska firma szpieguje granice?").

wydruk ze strony internetowej TEK.info.pl („Cień Pekinu nad Polską: śledztwo KE w sprawie chińskiego giganta Nuctech").

wydruk ze strony internetowej interia.pl („Lotnisko w Lublinie kupiło chińskie skanery i ma problem z limitami płynów w bagażu").

Strategiczne ryzyka związane z bezpieczeństwem dostaw przez ten podmiot systemów infrastruktury krytycznej zostały naświetlone podczas kontroli Komisji Europejskiej. Komisja Europejska rozpoczęła kontrolę odwołującego i zażądała treści skrzynek pocztowych pracowników odwołującego. W odpowiedzi na żądanie Komisji wnioskodawcy poinformowali, że elektroniczna korespondencja tych pracowników odwołującego, będących obywatelami Chińskiej

Republiki Ludowej, nie jest przechowywana na serwerach lokalnych, lecz na serwerach ich spółki macierzystej w Chinach. Odwołujący broni się przed tym nakazem, wskazując, że żądanie dokumentów od odwołującego w ramach kontroli stanowi naruszenie prawa chińskiego i międzynarodowego. Odwołujący w postępowaniu tym wskazywał, że nie mają dostępu do informacji przechowywanych na serwerach zlokalizowanych w Chinach. Odwołujący twierdził, że ponieważ informacje są przechowywane w Chinach, to spółka macierzysta, a nie oni sami, powinna odpowiadać na żądanie dotyczące tych informacji. Spółka macierzysta, mająca siedzibę w Chinach, uznała z kolei, że musi uwzględnić prawo chińskie przy decydowaniu, czy przekazać żądane informacje Komisji.
dowód: postanowienie z dnia 12.08.2024r. z tłumaczeniem na j. polski
Okoliczność, że dane elektroniczne odwołującego związane z jego działalnością gospodarczą są przechowywane na serwerach w Chinach i odwołujący nie ma do nich dostępu w sposób obiektywny uzasadniają wykluczenie takiego wykonawcy z postępowania w przetargu na dostawę systemów infrastruktury krytycznej.
14 października 2025 r. przystępujący CENZIN przedstawił stanowisko pisemne wskazując, że jest aktywnym uczestnikiem rynku zamówień publicznych w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Wspólnie z odwołującym realizował już z powodzeniem zamówienia np. zamówienie pn. Modernizacja wielkogabarytowego urządzenia RTG do prześwietlania pojazdów (samochodów ciężarowych, autobusów i samochodów osobowych) oraz kontenerów, zlokalizowanego na Drogowym Przejściu Granicznym w Bezledach.
Współpraca obu podmiotów przebiegała bardzo dobrze, a dotychczasowe umowy realizowano należycie. Dlatego CENZIN Sp. z o.o. jako podmiot prawa polskiego, również doznaje uszczerbku w wyniku niezgodnych z przepisami prawa postanowień SWZ tracąc możliwość ubiegania się o zamówienie wspólnie z odwołującym – jak to miało miejsce dotychczas.
Odnosząc się do argumentów przedstawionych w odwołaniu przystępujący popiera je w całej rozciągłości. Przystępujący uzupełniająco wskazał, że:
Jak słusznie wskazuje odwołujący w punkcie 3.12 (oraz szeroko uzasadnia swoje stanowisko we wcześniejszych punktach 3.1-3.11), ograniczenie dostępu do rynku zamówień publicznych nie dotyczy wykonawców mających swoją siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium UE.
Poza argumentami przywołanymi przez odwołującego przemawia za tym również sama konstrukcja zasad swobody przepływów stojąca u podstaw UE jako jednego z filarów wspólnego rynku UE. To z niej wynikają zawarte w dyrektywach i ustawie wymogi zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jak wynika z Komentarza Urzędu Zamówień Publicznych do ustawy (str. 151/152) zasady określone w art. 16 ustawy „(...) wiążą się z kolei bezpośrednio z wywodzącymi się z TFUE zasadami swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług". UZP uzasadniając powyższe, powołuje treść pkt 1 preambuły Dyrektywy 2014/24/UE. Oznacza to, że stosowanie ustawy musi być zgodne z TFUE (i podlega ocenie pod kątem przepisów TFUE).
Jeśli uznamy bowiem, że zamawiający mogą rozszerzać ograniczania dostępu do rynku zamówień publicznych powołując się na strukturę udziałów, przepływy kapitału itp. (jak ma to miejsce w tym postępowaniu), wszystkie podstawowe zasady prawa zamówień publicznych można uznać za niebyłe. Jeśli za „słuszne” i „obiektywne” uznamy ograniczenie dostępu do rynku zamówień publicznych spółce polskiej, która od lat operuje na rynku polskim, z powodzeniem realizując zamówienia publiczne, jednocześnie za niebyłe uznać należy dotychczasowe rozumienie zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji, proporcjonalności, które stanowią podstawy prawa zamówień publicznych.
Dlatego w ocenie przystępującego odwołujący słusznie powołuje się na zasady prawa unii europejskiej, odpowiednie przepisy i orzecznictwo w celu wykazania, że zastosowana przez zamawiającego konstrukcja ograniczająca udział określonej grupy podmiotów mających siedzibę na terenie UE stoi w sprzeczności z podstawowymi wartościami jakie legły u podstaw stworzenia wspólnoty europejskiej, a następnie harmonizacji prawa zamówień publicznych, jako wyrazu realizacji przyjętych zasad.
Dalej w punktach 3-13 - 3.19 odwołujący słusznie podkreślił, że wyłączenie określone w art. 16b ustawy dotyczy wyłącznie wykonawców, którzy są zarejestrowani poza UE, a państwa ich pochodzenia nie mają zawartych ani z UE ani z RP żadnych porozumień lub umów międzynarodowych, zapewniających równy i wzajemny dostęp do rynku zamówień publicznych.
Podmioty, które mają swoją siedzibę na terenie Unii Europejskiej podlegają regulacjom unijnym, mającym na celu zagwarantowanie, że ich funkcjonowanie nie narusza, żadnych zasad traktatowych, ani prawa wewnętrznego żadnego z państw członkowskich, niezależnie od tego kto jest udziałowcem czy akcjonariuszem tych podmiotów. Gdyby było inaczej przepisy UE nie pozwalałyby na rejestrowanie i funkcjonowanie spółek powiązanych kapitałowo z Chińską Republiką Ludową. Dlatego właśnie fakt, że wykonawca podlega prawu jednego z państw członkowskich UE (lub państw z którymi została zawarta odpowiednia umowa międzynarodowa) stanowi gwarancję odpowiedniej kontroli nad tym wykonawcą oraz właściwą jurysdykcję (cywilną, karną, podatkową) w tym zakresie. Na gwarancję taką składa się również szereg obostrzeń wynikających z przyjętego niedawno pakietu AML/CFT w skład, którego wchodzą trzy akty

prawne mające na celu wzmocnienie unijnych ram w zakresie przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu:

•Nowa Dyrektywa AML uchyla Dyrektywę (UE) 2015/849, zmienioną Dyrektywą (UE) 2018/843. Adresatami dyrektywy AML są państwa Członkowskie. W dyrektywie 2024/1640 uregulowano prawa i obowiązki krajowych organów nadzoru, kwestie dotyczące identyfikacji ryzyk prania pieniędzy i finansowania terroryzmu na poziomie UE i państw członkowskich, powołania centralnych rejestrów beneficjentów rzeczywistych, rejestrów rachunków bankowych i elektronicznych systemów wyszukiwania danych oraz zasad dostępu do informacji przechowywanych w tych rejestrach, obowiązki i zadania jednostek analityki finansowej (ang. Financial Intelligence Unit), nadzór nad podmiotami zobowiązanymi.

•Na mocy rozporządzenia AMLA powołano Urząd ds. przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu (the Authority for Anti-Money Laundering and Countering the Financing of Terrorism). Rozporządzenie określajego strukturę, zasady funkcjonowania oraz uprawnienia i obowiązki. Uprawnieniem urzędu będzie wydawanie wytycznych i rekomendacji w zakresie AML/CFT.

•Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2024/1624 z dnia 31 maja 2024 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu stanowi część unijnych przepisów (wraz z dyrektywą AML i rozporządzeniem AMLA), które zostały przyjęte wcelu wzmocnienia unijnych ram w zakresie przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu. To zharmonizowany zbiór przepisów AML/CFT dotyczących środków, które mają być stosowane przez podmioty zobowiązane w celu zapobiegania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu oraz wymogów dotyczących przejrzystości w zakresie struktury własnościowej podmiotów prawnych, zlecania zadań na zasadzie outsourcingu, trustów i podobnych porozumień prawnych. Przepisy te w dotychczasowym kształcie były objęte Dyrektywą UE 2015/849.

Rozporządzenie 2024/1624 jest aktem prawnym wiążącym wszystkie podmioty zobowiązane w UE bez konieczności transpozycji do prawa krajowego .

Żadna z tych regulacji nie pozwala jednak na eliminowanie z rynku podmiotów kapitałowo powiązanych z Chińską Republiką Ludową, przez sam fakt takiego powiązania. Przeciwnie wprowadza szereg mechanizmów mających na celu monitorowanie i ochronę rynku wewnętrznego, w odpowiedni i proporcjonalny sposób, który nie wyklucza podmiotów zarejestrowanych na terenie UE, tylko z powodu powiązań kapitałowych bez szczegółowej analizy skutków tych powiązań.

Co więcej, gdyby intencją ustawodawcy było rozszerzenie podstaw wykluczenia o podmioty, powiązane kapitałowo z państwami spoza wspólnoty oraz spoza krajów, z którymi Unia Europejska jest związana odpowiednimi umowami międzynarodowymi dałby temu wyraz w ustawie. Nie jest bowiem rzeczą nieprzewidywalną, czy nadzwyczajną, że na rynku UE operują podmioty z siedzibą na terenie UE i działające na zasadach prawa krajowego państwa członkowskiego na terenie którego mają siedzibę, oparte o kapitał zagraniczny. Ustawodawca zapewne okoliczność taką miał na względzie. Jednak z uwagi na przepisy Traktatów oraz orzecznictwo TSUE (szeroko omówione w odwołaniu), a także pakiet AML/CFT nie uwzględnił w nowym wyłączeniu podmiotów powiązanych kapitałowo z państwami spoza wspólnoty oraz spoza krajów, z którymi Unia Europejska jest związana odpowiednimi umowami międzynarodowymi.

Jak wskazano w przytoczonych w odwołaniu orzeczeniach w sprawach Kolin i CRRC Qingdao dostęp wykonawców z państw trzecich, do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w Unii nie jest zagwarantowany. Oznacza to, że wykonawcy ci mogą albo zostać wykluczeni z tych procedur, albo zostać do nich dopuszczeni, przy czym nie mogą oni się powoływać na tę dyrektywę i domagać się równego traktowania ich ofert w stosunku do ofert złożonych przez oferentów z państw członkowskich i oferentów z państw trzecich, o których mowa w art. 25 wspomnianej dyrektywy. A contrario, wykonawcy z państw członkowskich UE prawo to mają zagwarantowane i ugruntowane, w Traktatach, dyrektywach i orzecznictwie.

Wskazuje to wprost TSUE w sprawie CRRC Qingdao: Przyznane w art. 27 ust. 1 dyrektywy 2014/24 „każdemu zainteresowanemu wykonawcy" uprawnienie do złożenia oferty w odpowiedzi na zaproszenie do ubiegania się o zamówienie w ramach otwartej procedury udzielania zamówienia publicznego w Unii nie obejmuje wykonawców z państw trzecich, które nie zawarły takiej umowy międzynarodowej z Unią. Odmienna wykładnia tego przepisu, a tym samym nadanie tej dyrektywie nieograniczonego zakresu podmiotowego, sprowadzałaby się, jak zauważył w istocie rzecznik generalny w pkt 65–73 opinii, do zagwarantowania wykonawcom z tych państw trzecich równego dostępu do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w Unii. Skutkowałoby to przyznaniem im prawa do nie mniej korzystnego traktowania z naruszeniem art. 25 tej dyrektywy, ograniczającego korzystanie z tego prawa do wykonawców z państw trzecich, które zawarły z Unią umowę międzynarodową taką jak te, o których mowa w tym artykule (zob. podobnie wyrok z dnia 22 października 2024 r., Kolin Inşaat Turizm Sanayi ve Ticaret, C-652/22, EU:C:2024:910, pkt 46, 47).

Kwestionowane postanowienia SWZ, stanowią zatem nic innego jak przejaw mniej korzystnego traktowania z naruszeniem art. 25 tej dyrektywy, ograniczającego korzystanie z prawa do ubiegania się o zamówienie w ramach

otwartej procedury udzielania zamówienia publicznego w Unii wykonawców z państw członkowskich UE, od podmiotów z państw które zawarły z Unią umowę międzynarodową o równym traktowaniu. Innymi słowy z udziału w postępowaniu wykluczony zostanie podmiot polski (z uwagi na swoje powiązania kapitałowe), ale może wziąć w nim udział podmiot, który ma siedzibę na terenie Hong Kongu czy Chile.
Podkreślenia wymaga też cel wprowadzenia nowych wykluczeń, o których mowa w art. 16b ustawy. Jest on związany z potrzebą zagwarantowania równego traktowania podmiotom, które umówiły się na pewne zasady, zawierając określone umowy, akceptując wynikające z nich obowiązki zarówno po stronie zamawiających jak i wykonawców. Miały one na celu przywrócenie pierwotnego rozumienie zasad równego traktowania, czyli równego wobec równych.
Nowe podstawy wykluczenia i nowe spojrzenie na zasadę równego traktowania wykonawców nie jest jednak elementem działań sankcyjnych, czy podstawą do ograniczania udziału w rynku zamówień publicznych podmiotom, co do których zamawiający ma określone (uzasadnione lub nie) wątpliwości. Dlatego rozszerzenie postaw wykluczenia w sposób jaki czyni to Port Lotniczy Gdańsk Sp. z o.o. (dalej również: „zamawiający") w żaden sposób nie wieści się w założeniu, które legło u podstaw wskazanym ograniczeniom.
Przyjęcie za dopuszczalne, dalszych pozaustawowych ograniczeń w tym zakresie może stać się jednak narzędziem manipulacji ze strony zamawiających, którzy w ten sposób mogą wpływać na losy postępowania. Szczególnie na rynkach, gdzie krąg potencjalnych wykonawców jest identyfikowalny jeszcze przed wszczęciem postępowania, zamawiający uciekając się do podmiotowych szczegółowych ograniczeń dla podmiotów prawa krajowego mogą swobodnie wpływać na to, kto może złożyć ofertę. Uzasadnieniem dla takiego ograniczenia jest nie potrzeba ochrony zamawiającego (bo tak jak wcześniej wspomniano zapewniona jest przez szereg regulacji na poziomie unijnym i krajowym), ale eliminacji określonych podmiotów.
Słusznie zauważył odwołujący w punkcie 3.27 odwołania, że zamawiający nie wyjaśnił powodów wprowadzenia dodatkowych ograniczeń. Nawet jednak, gdyby przyjąć, że uzasadnienie takie nie jest wymagane wprost jako obowiązkowy element SWZ, to w okolicznościach tej sprawy wydaje się ono co najmniej konieczne dla zbadania, jaka motywacja kierowała zamawiającym i o jakie argumenty oparta.
Nie jest też tak, że sam zamawiający wyłącznie dlatego, że jest zamawiającym sektorowym, może dowolnie ograniczać krąg potencjalnych wykonawców, rozszerzając podstawy wykluczenia w sposób dowolny. Przepis art. 393 ust. 1 pkt 2 ustawy rzeczywiście pozwala zamawiającemu sektorowemu na wprowadzenie dodatkowych podstaw wykluczenia, jednak nie oznacza to, że uprawnienie to nie doznaje żadnych ograniczeń.
Zupełnie niezasadnym byłoby przyjęcie, że ustawodawca nie może ograniczyć udziału w rynku zamówień publicznych podmiotom prawa krajowego z uwagi na ich powiązania kapitałowe, ale zamawiającemu sektorowemu takie uprawnienie przysługuje. Gdyby tak było sam ustawodawca dałby taka podstawę wykluczenia zamawiającym sektorowym wyrażając ją wprost.
Odnosząc się natomiast do art. 393 ust. 1 pkt 2 ustawy, która dopuszcza zastosowanie podstawy wykluczenia, innych niż określone w art. 108, art. 109 ustawy, o ile mają one obiektywny charakter i zostały określone w dokumentach zamówienia, Przystępujący podkreślił, że:
a.Słowo „obiektywny" zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego występuje w dwóch znaczeniach
•1. «odznaczający się obiektywizmem, wolny od uprzedzeń»
•2. «istniejący niezależnie od poznającego podmiotu»
b.Interpretując przepis prawa poszukiwać należy takiego znaczenia przepisu, który w najpełniejszy sposób oddaje cel danej regulacji. Trudno zatem przyjąć, że intencją ustawodawcy było nadanie słowu „obiektywny" znaczenia drugiego, czyli istniejącego niezależnie od poznającego podmiotu, bez uwzględnienia znaczenia pierwszego. Oznaczałoby to, że dopuszczalna jest każde zewnętrzna w stosunku do zamawiającego podstawa wykluczenia, nawet jeśli nie jest wolna od uprzedzeń, czyli - posługując się językiem prawa zamówień publicznych – dyskryminująca. Takie test spełni podstawa wykluczenia dotycząca wszystkich podmiotów, których nazwa rozpoczyna się na literę „R". Jest ona „niezależna od zamawiającego", ale nie jest „wolna od uprzedzeń".
c.Dlatego prezentowane w odwołaniu rozumienie słowa „obiektywny" jest prawidłowe. Pojęcie to w kontekście w jakim zostało użyte nie może być rozumiane tylko jako zewnętrzny, mierzalny czynnik, niezależnie od tego czy jest uzasadniony, konieczny, potrzebny i dopuszczalny. Takie rozumienie ustawy wypacza jej cel i pozwala na dowolne ograniczanie swobody przepływu towarów.
W ocenie przystępującego orzeczenie w tej sprawie ma charakter precedensowy i jednocześnie zasadniczy. Izba w istocie rozstrzyga o sposobie rozumienia podstawowych zasad prawa wspólnotowego na gruncie prawa zamówień publicznych, w szczególności dopuszczalności dalszych wykluczeni podmiotów prawa krajowego. Uznanie bowiem za dopuszczalne zastosowania wykluczenia określonego w punkcie VI ust. 4 SWZ otwiera drogę do wprowadzenia kolejnych. Przyjęcie, że zastosowanie dodatkowych wykluczeń nie musi być uzasadnione a obiektywność oceniana jest jedynie jako „mierzalność" otwiera drogę do konstruowania w zasadzie dowolnych podstaw wykluczenia bez żadnej

kontroli ze strony wykonawcy (poza systemem środków ochrony prawnej), pod warunkiem, że przejrzyście opisano sposób ich zastosowania. Przystępujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.
14 października 2025 r. przystępujący ANGLSEC przedstawił stanowisko pisemne i wskazał na następujące okoliczności i argumenty uzasadniające konieczność oddalenia odwołania odwołującego.
I.Naruszenie art. 393 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy
Pierwszym i podstawowym z zarzutów podniesionym przez odwołującego w treści odwołania jest rzekome naruszenie przez zamawiającego art. 393 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy, które polegać miało na wprowadzeniu w części VI lit. A pkt 4 specyfikacji warunków zamówienia, zwanej dalej SWZ, dodatkowego kryterium wykluczenia obejmującego wykonawców, w stosunku do których zachodzą następujące okoliczności:
1)których beneficjentem rzeczywistym w rozumieniu ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu jest podmiot mający siedzibę lub miejsce zamieszkania w Chińskiej Republice Ludowej, lub
2)których jednostką dominującą w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 37 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości jest podmiot mający siedzibę lub miejsce zamieszkania w Chińskiej Republice Ludowej, lub
3)którzy działają w imieniu lub pod kierunkiem podmiotu, o którym mowa w pkt. 1 lub 2, lub 4) którzy polegają na zdolnościach podmiotu, o którym mowa w pkt. 1 lub 2.
Odwołujący zarzucił, że określone w opisany powyżej sposób dodatkowe kryterium wykluczenia pozbawia możliwości uzyskania zamówienia podmioty, które - jak odwołujący – mają siedzibę na terytorium Unii Europejskiej, co, w ocenie odwołującego, nie jest dopuszczalne na gruncie prawa unijnego (w szczególności dyrektywy 2014/25/UE oraz Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej) ani przepisów ustawy. Dodatkowo odwołujący zarzucił zamawiającemu, że wprowadzone przez zamawiającego kryterium wykluczenia nie ma obiektywnego charakteru i służy jedynie ograniczeniu konkurencyjności.
Stanowisko wyrażone w odwołaniu uznać należy za nietrafne. Ustawodawca w art. 393 ust. 1pkt 2 ustawy przewidział możliwość wprowadzenia przez zamawiających sektorowych dodatkowych (poza przewidzianymi w art. 108, art. 109 i art. 112 ustawy) przesłanek wykluczenia, wymagając jedynie, aby spełniony były dwie przesłanki: obiektywny charakter przedmiotowych przesłanek oraz określenie ich w dokumentach zamówienia. Z uwagi na fakt, że powołanie kwestionowanej przesłanki wykluczenia w treści SWZ nie budzi jakichkolwiek wątpliwości, analizie poddana może być jedynie druga z powołanych powyżej okoliczności, to jest jej obiektywny charakter.
Przystępujący podzielił w tym zakresie pogląd M. Jaworskiej, która podkreśla: „Warunkiem skutecznego określenia innych (dodatkowych) podstaw wykluczenia oraz warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w ust. 1 pkt 2 komentowanego przepisu, jest ujęcie ich w dokumentach zamówienia, a także odniesienie ich wyłącznie do obiektywnych kryteriów związanych z sytuacją podmiotową wykonawców. W trybach udzielania zamówienia, które wszczynane są poprzez publikację ogłoszenia, przyjąć należy, że sformułowane przez zamawiającego podstawy wykluczenia oraz warunki udziału w postępowaniu powinny zostać także ujęte w takim ogłoszeniu, analogicznie do zasad obowiązujących dla informowania o przesłankach wykluczenia wskazanych w art. 108 i 109 ustawy oraz o warunkach udziału w postępowaniu określanych na podstawie art. 112 ustawy. Odnosząc się natomiast do konieczności zapewnienia obiektywnego charakteru [wytłuszczenia autorki komentarza - przy. MM] formułowanych podstaw wykluczenia oraz warunków udziału w postępowaniu, wydaje się, że pojęcie to należy odnieść do celu badania sytuacji podmiotowej wykonawców oraz wytycznych dotyczących formułowania warunków udziału w postępowaniu, a pomocniczo także kryteriów selekcji. W konsekwencji, kontrola, w ramach środków ochrony prawnej, warunków i podstaw wykluczenia formułowanych przez zamawiających ogranicza się do weryfikacji ich obiektywnego charakteru bądź nienależytego określenia w dokumentach zamówienia W tych granicach bowiem zamawiający mogą określać dowolne warunki i przesłanki wykluczenia, jeśli przedmiot i charakter zamówienia w ocenie zamawiającego uzasadnia taką dodatkową weryfikację wykonawców [wytłuszczenie i podkreślenie moje - przyp. MM]” (M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wydanie 6, Warszawa 2024, podaję za Systemem Informacji Prawnej Legalis).
Niewątpliwie zatem przy dokonywaniu oceny wypełnienia przez zamawiającego przesłanki wprowadzenia dodatkowej przesłanki wykluczenia należy wziąć pod uwagę charakter zamówienia i jego przedmiot, którym jest dostawa systemów do wykrywania materiałów wybuchowych EDSCB C3, a więc sprzętu służącego do kontroli bezpieczeństwa w ruchu lotniczym. Bez wątpienia zatem kwestie związane z szeroko rozumianym bezpieczeństwem nie tylko powinny, ale wręcz muszą mieć dla zamawiającego kluczowe znaczenie przy zakreślaniu kręgu podmiotów uprawnionych do wzięcia udziału w postępowaniu.
Już 1 czerwca 2023 roku Parlament Europejski przyjął rezolucję w sprawie obcych ingerencji we wszystkie procesy demokratyczne w Unii Europejskiej, w tym dezinformacji (2022/2075(INI), w której wskazano m. in.:
-„mając na uwadze, że istnieje ryzyko uzależnienia gospodarczego, ale także szpiegostwa i sabotażu, w wyniku którego zagraniczne przedsiębiorstwa mogą uzyskać wpływ na infrastrukturę krytyczną UE” (punkt AR, strona 8);
-„mając na uwadze, że podmioty zagraniczne, głównie Chiny i Rosja, ale także Iran, aktywnie próbują infiltrować

europejską infrastrukturę krytyczną i łańcuchy dostaw w celu kradzieży informacji lub know-how przez szpiegostwo, aby zdobyć przewagę konkurencyjną, a także dokonywać sabotażu części tych infrastruktur, aby zakłócić ich funkcjonowanie; mając na uwadze, że takie same szkodliwe zachowania są połączone z projektami gospodarczymi i infrastrukturalnymi realizowanymi w krajach kandydujących i potencjalnych krajach kandydujących do UE; mając na uwadze, że coraz większym zagrożeniem dla obywateli europejskich jest także możliwość wykorzystywania sprzętów codziennego użytku do szpiegostwa i gromadzenia informacji" (punkt AS, strona 8);
-„zauważa, że pomimo mechanizmów monitorowania BIZ zawarto z chińskimi przedsiębiorstwami takimi jak Nuctech umowy dotyczące krytycznej infrastruktury europejskiej, co prowadzi do zagrożeń dla bezpieczeństwa; wzywa zatem Radę i Komisję do wykluczenia stosowania sprzętu i oprogramowania pochodzącego od producentów – takich jak TikTok, ByteDance Huawei, ZTE, Kaspersky, NtechLab lub Nuctech – z krajów wysokiego ryzyka, w szczególności Chin i Rosji; wzywa kluczowe sektory i inne sektory wrażliwe, aby wykluczyły korzystanie ze sprzętu i oprogramowania z krajów wysokiego ryzyka, gdyż mogą one być wykorzystywane do zagrożenia poufności, integralności i dostępności danych i usług; przypomina, że wszelkie oprogramowanie działające w zamkniętej pętli jest podatne na zagrożenia podczas rutynowych kontroli bądź aktualizacji" (punkt 63, strona 22);
-„wyraża zaniepokojenie niedawnym dochodzeniem New York Timesa, w którym oskarża się rosyjski Ruch Imperialny, grupę zrzeszającą zwolenników supremacji, o zorganizowanie kampanii wysyłania paczek zawierających bomby do prominentnych obywateli Hiszpanii pod koniec 2022 r. z pomocą GRU, rosyjskiej wojskowej służby wywiadowczej; ostrzega przed ryzykiem szpiegostwa na francuskich lotniskach, na przykład w Strasburgu, Bordeaux, Breście, Quimper i Tuluzie, które do prześwietlania bagażu wykorzystują sprzęt chińskiego przedsiębiorstwa Nuctech, powiązanego z chińskim reżimem i jego kompleksem wojskowo-przemysłowym; podkreśla, że Nuctech jest obecny w 26 z 27 państw członkowskich UE, i przypomina, że Litwa, Stany Zjednoczone i Kanada zabroniły temu przedsiębiorstwu ubiegania się o zamówienia publiczne" (punkt 109, strona 29) [wszystkie wytłuszczenia i podkreślenia moje - przyp. MM];
Dowód:
-rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 1 czerwca 2023 roku w sprawie obcych ingerencji we wszystkie procesy demokratyczne w Unii Europejskiej, w tym dezinformacji (2022/2075(INI);
Uwzględniając okoliczności powołane w cytowanym dokumencie przystępujący wskazał, że niewątpliwie zamawiający, działając w oparciu o art. 393 ust. 1 pkt 2 ustawy, był uprawniony – kierując się przesłankami związanymi z koniecznością zapewnienia bezpieczeństwa, w szczególności biorąc pod uwagę charakter zamówienia i jego przedmiot – do wprowadzenia w części VI lit. A pkt 4 SWZ dodatkowego kryterium wykluczenia, eliminując z możliwości pozyskania zamówienia wykonawców kapitałowo lub osobowo z podmiotami mającymi miejsce zamieszkania lub siedzibę na terenie Chińskiej Republiki Ludowej.
Nie ma również racji odwołujący wskazując na brak podania w SWZ uzasadnienia dla wprowadzenia dodatkowego kryterium wykluczenia przewidzianej w części VI lit. A pkt 4 SWZ. Żaden z przepisów ustawy nie nakłada bowiem na zamawiającego takiego obowiązku, nie znajduje on również oparcia w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający winien jedynie zapewnić, aby wprowadzona przesłanka wykluczenia została zawarta w dokumentach zamówienia i miała obiektywny charakter, zgodnie z hipotezą art. 393 ust. 1 pkt 2 ustawy.
Odnosząc się z kolei do sformułowanego przez odwołującego zarzutu ograniczenia konkurencji poprzez wprowadzenie przedmiotowego kryterium wykluczenia należy wskazać, że przepisy PZP nie wyłączają możliwości ograniczenia konkurencyjności w ramach postępowania o udzielenie zamówienia. W orzecznictwie i doktrynie wskazuje się, że zasada równego traktowania wykonawców i zapewnienie uczciwej konkurencji nie oznacza nakazu umożliwienia przez zamawiającego wzięcia udziału w postępowaniu wszystkim podmiotom funkcjonującym na rynku. Zaaprobować należy w szczególności trafny pogląd wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 20 maja 2021 roku (sygn. akt: KIO 989/21), zgodnie z którym: „Wyraźnego zaznaczenia wymaga, że konieczności zachowania uczciwej konkurencji nie można utożsamiać z nakazem umożliwienia złożenia oferty przez jak najszerszy krąg wykonawców, w oderwaniu od potrzeb zamawiającego. Okoliczność, że określone postanowienia SWZ uniemożliwiają lub utrudniają niektórym wykonawcom złożenie oferty albo stanowią pewną niedogodność czy zwiększają ryzyko związane z realizacją przedmiotu zamówienia, nie oznacza sama w sobie niezgodności takich postanowień z ustawą Prawo zamówień publicznych [wytłuszczenie i podkreślenia moje - przyp. MM]. O ile wymagania zamawiającego są uzasadnione jego usprawiedliwionymi potrzebami i nie naruszają powszechnie obowiązujących przepisów prawa, nie można ich skutecznie kwestionować w postępowaniu odwoławczym." (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 maja 2021 roku, sygn. akt: KIO 989/21, podaję za Systemem Informacji Prawnej Legalis, numer 2607327).
Analogiczne stanowisko zajęła KIO w wyroku z dnia 30 lipca 2021 roku (sygn. akt: KIO 1724/21), stwierdzając: „Generalnie każdy opis przedmiotu zamówienia prowadzi do ograniczenia konkurencji, gdyż nawet opisanie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia zgodnie z zasadami wynikającymi z art. 99 ust. 1 Prawa zamówień publicznych zawsze będzie prowadziło do przewagi niektórych spośród potencjalnych wykonawców nad innymi. Niemożliwe jest

bowiem określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby umożliwić złożenie oferty wszystkim wykonawcom działającym na danym rynku. Wynika to z tego, że zamawiający jest uprawniony i obowiązany do dokonania takiego opisu, który zapewni mu uzyskanie przedmiotu zamówienia zaspokajającego jego potrzeby, a nie do zapewnienia w prowadzonym w tym celu postępowaniu absolutnej konkurencji [wytłuszczenie i podkreślenie moje - przyp. MM].” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 lipca 2021 roku, sygn. akt: KIO 1724/21, podaję za Systemem Informacji Prawnej Legalis, numer 2636272).

Uwzględniając zatem okoliczności uzasadniające wprowadzenie przez zamawiającego dodatkowej podstawy wykluczenia, powołane we wcześniejszej części tego pisma przystępujący wskazał, że niewątpliwie spełnia ona przesłanki wymagane przez ustawodawcę w art. 393 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 pkt 4 i art. 16 pkt 1 ustawy. Wyłączenie możliwości uzyskania zamówienia przez wykonawców powiązanych kapitałowo lub osobowo z podmiotami mającymi miejsce zamieszkania lub siedzibę na terenie Chińskiej Republiki Ludowej jest bowiem w pełni uzasadnione względami bezpieczeństwa, jakie w Postępowaniu, którego przedmiotem jest sprzęt służący do kontroli bezpieczeństwa wykorzystywany przez zamawiającego będącego operatorem portu lotniczego, mają niewątpliwie znaczenie kluczowe. Nie ma więc jakichkolwiek podstaw do kwestionowania treści SWZ w zakresie objętym odwołaniem z punktu widzenia rzekomego utrudnienia uczciwej konkurencji, na gruncie art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy.

II. Naruszenie art. 78 ust. 1 w zw. z art. 36 w zw. z art. 43 Dyrektywy 2014/25/UE w zw. z art. 49, art. 54 i art. 56 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w zw. z art. 62 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej

Odwołujący zarzucił zamawiającemu również, obok naruszenia przepisów art. 393 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy, także naruszenie art. 78 ust. 1 w zw. z art. 36 w zw. z art. 43 Dyrektywy 2014/25/UE w zw. z art. 49, art. 54 i art. 56 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w zw. z art. 62 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Opisane powyżej rzekome niezgodności treści SWZ z powołanymi przepisami Dyrektywy 2014/25/EU czy Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej nie mogą jednak w ogóle stanowić podstawy odwołania, a to z uwagi na ograniczenie kognicji Krajowej Izby Odwoławczej, która rozpoznawać może jedynie zarzuty związane z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy. Wynika to wprost z treści art. 513 ustawy, zakreślającego krąg podstaw na jakich oprzeć można odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, stanowiąc:

Odwołanie przysługuje na:

1)niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy;

2)zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy;

3)zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

Analogiczny wniosek wyprowadzić można z dyspozycji art. 505 ust. 1 ustawy, który jako jedną z przesłanek skorzystania ze środka ochrony prawnej wskazuje możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, jak również art. 554 ust. 1 PZP, zgodnie z którym Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie jeżeli stwierdzi:

1)naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców;

2)niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy.

Przedstawione powyżej stanowisko znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczego, jak również w poglądach wyrażanych przed przedstawicieli doktryny. Przystępujący w pełni podziela trafne spostrzeżenie P. Graneckiego i I Graneckiej,którzy podnoszą: „Tak jak było to uregulowane w poprzednim stanie prawnym, odwołanie wnosi się wobec czynności i zaniechań zamawiającego niezgodnych z ustawą - Prawo zamówień publicznych, nie ma więc możliwości podniesienia w odwołaniu zarzutów w oparciu o przepisy innej ustawy [wytłuszczenie moje - przyp. MM]. Dopuszczalne jest natomiast powiązanie zarzutu naruszenia przepisu PrZamPubl z przepisem innej ustawy, jak np. Kodeks cywilny lub ZNKU, jednak powołanie się tylko na przepis innej ustawy jest niedopuszczalne. W razie chęci powołania się na inne przepisy należy zarzucić naruszenie przepisu »x« PrZamPubl w związku z przepisem innej ustawy. Jak wskazano w ww. uzasadnieniu, powyższe wiąże się z kognicją Izby i sądu okręgowego rozpatrującego skargę na orzeczenie Izby, która ograniczona jest do spraw wskazanych w ustawie.” (P. Granecki i I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wydanie 2, Warszawa 2024, podaję za Systemem Informacji Prawnej Legalis). Analogiczne zastrzeżenie znalazło się zresztą również w uzasadnieniu projektu ustawy - Prawo zamówień publicznych, w którym wskazano: „Odwołanie przysługuje tylko od dokonania czynności lub zaniechania dokonania czynności wbrew przepisom ustawy – Prawo zamówień publicznych. Omawiany środek ochrony prawnej nie przysługuje, jeżeli

wykonawca czy uczestnik konkursu opiera odwołanie jedynie na naruszeniu przepisów innych niż ustawa – Prawo zamówień publicznych lub akty wykonawcze wydane na jej podstawie [wytłuszczenie i podkreślenie moje - przyp. MM] Powyższe wiąże się z kognicją Izby i sądu okręgowego rozpatrującego skargę na orzeczenie Izby, która ograniczona jest do spraw wskazanych w ustawie." (uzasadnienie projektu ustawy - Prawo zamówień publicznych, podaję za https://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/4735A24782F36B5DC12584350055ABB1/%24File/3624uzas.docx)

W podobny sposób wypowiada się również M. Jaworska, która zauważa: „Odwołanie przysługuje tylko na niezgodne z przepisami PZP czynności (w tym na projektowane postanowienia umowy) lub zaniechania zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie albo polegające na zaniechaniu jego przeprowadzenia lub zorganizowania konkursu. Zatem nie może stanowić samodzielnego zarzutu odwołania naruszenie przepisów odrębnych ustaw. Przepisy te mogą być powołane jedynie w związku naruszeniem określonych przepisów PZP. (…) Zaskarżeniu do Prezesa KIO podlegają zatem niezgodne z przepisami ustawy czynności lub zaniechanie określonych czynności przez zamawiającego [wytłuszczenia autorki komentarza - przyp. MM]. Oznacza to, że nie mogą być kwestionowane odwołaniem działania zamawiającego naruszające przepisy odrębnych ustaw" (M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wydanie 6, Warszawa 2024, podaję za Systemem Informacji Prawnej Legalis.

Również Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie odnosiła się do kwestii ograniczenia zakresu swojej kognicji przy rozpoznawaniu odwołań. Tytułem przykładu przywołać można tu wyrok KIO z dnia 18 marca 2024 roku (sygn. akt: KIO 545/24), wyrok z dnia 30 sierpnia 2024 roku (sygn. akt: KIO 2831/24, wyrok z dnia 12 marca 2021 roku (sygn. akt: KIO 142/21).

A zatem, jak jednoznacznie wynika z zaprezentowanych powyżej poglądów wyrażonych w orzecznictwie i literaturze przedmiotu, ewentualne naruszenie przepisów innych aktów prawnych nie może stanowić podstawy do skutecznego wniesienia odwołania. W tej sprawie odwołujący powołał się odrębnie na zarzuty dotyczące:

-naruszenia przepisów ustawy (art. 393 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy), którego niezasadność przystępujący wykazał we wcześniejszej części tego pisma,

-naruszenia przepisów innych aktów prawnych (art. 78 ust. 1 w zw. z art. 36 w zw. z art. 43 Dyrektywy 2014/25/UE w zw. z art. 49, art. 54 i art. 56 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w zw. z art. 62 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej), które a limine podlegać winny oddaleniu z uwagi na niemożność objęcia ich kognicją KIO.

Dodatkowo przystępujący zaznaczył, że skoro, zgodnie z punktem 1 lit. a odnośnika do ustawy, ustawa - Prawo zamówień publicznych wdraża m. in. dyrektywę 2014/25/UE, a jednocześnie polski ustawodawca przewidział w art. 393 ust. 1 pkt 2 PZP dla zamawiających sektorowych możliwość wprowadzenia dodatkowych podstaw wykluczenia oraz warunków udziału w postępowaniu (co zresztą zgodne jest z dyspozycją art. 78 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE), to w niniejszym postępowaniu ocenie podlegać może jedynie zgodność wprowadzonego przez zamawiającego kryterium wykluczenia na gruncie jego zgodności z art. 393 ust. 1 pkt 2 ustawy.

27 października 2025 r. odwołujący przedstawił dodatkowe stanowisko pisemne.

W ocenie odwołującego, stanowisko zamawiającego o braku spełnienia przesłanki z art. 505 ust. 1 ustawy jest nie do przyjęcia z następujących powodów.

Żaden z przepisów ustawy lub Dyrektywy 92/13/EWG1 właściwej dla środków ochrony prawnej w zamówieniach sektorowych nie wprowadza wymogu, aby na etapie odwołania od zapisów ogłoszenia o zamówieniu lub SWZ konieczne było wykazanie, że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub, że oferuje konkretny przedmiot zamówienia. Oba te elementy badane są w ramach postępowania o udzielenie zamówienia na wskazanych w przepisach etapach i na podstawie ściśle określonych warunków. Tym etapem nie jest odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej od zapisów ogłoszenia lub SWZ.

Co do zasady, odwołanie przysługuje każdemu wykonawcy, a zatem podmiotowi, który jest potencjalnie zainteresowany udziałem w postępowaniu i uzyskaniem zamówienia, a którego określone zapisy dokumentów zamówienia w ogóle pozbawiają takiej możliwości (jak ma to miejsce w niemniejszym przypadku) lub stawiają w innej (gorszej) pozycji w stosunku do jego potencjalnych konkurentów i są niezgodne z przepisami ustawy.

Na etapie odwołania od ogłoszenia o zamówieniu lub zapisów SWZ, wykonawca nie podejmuje jeszcze decyzji o tym w jakim charakterze zamierza ubiegać się o zamówienie. Nie jest tak, że wnoszący odwołanie już na tym etapie jest zobowiązany do występowania w takiej konfiguracji podmiotowej w jakiej finalnie złoży ofertę. To również wnoszone odwołanie ma mu pozwolić na ostateczne podjęcie decyzji co do roli, w jakiej wystąpi w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia (samodzielnie, w konsorcjum, jako tzw. podmiot trzeci lub podwykonawca), a także na ostateczny kształt oferty, którą będzie składał.

Odwołujący wskazał, że kwestionowane zapisy SWZ dotyczą udziału odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie tylko jako wykonawcy ubiegającego się o nie samodzielnie, ale również jako członka ewentualnego konsorcjum, a także jako jego ewentualnej roli jako podmiotu udostępniającego zasoby.

Dodatkowo odwołanie zostało wniesione 15 września 2025 r. w stosunku do konkretnych zapisów SWZ. Zapisy te zostały zmienione przez zamawiającego pismem z 1 października 2025 r. – Wyjaśnienia i zmiana treści Specyfikacji Warunków Zamówienia – przez dodanie w załączniku nr 9 pkt 2 ppkt 14 wymogu dotyczącego limitu kontroli bezpieczeństwa maksymalnej objętości poszczególnych pojemników zawierających płyn, aerozol lub żel musi przekraczać 100 ml, a zatem już po wniesieniu odwołania.
Stanowi to dodatkowy argument za uznaniem interesu odwołującego w odwołaniu.
Zamawiający podnosi, że jego decyzja o wykluczeniu z postępowania wszystkich podmiotów, w których kapitał posiadają podmioty z siedzibą w Chińskiej Republice Ludowej ma rzekomo wynikać z faktu ochrony interesów bezpieczeństwa państwa.
Zamawiający przywołuje w tym kontekście:
(a) Rezolucję Parlamentu Europejskiego z dnia 01.06.2023 r. w sprawie obcych ingerencji we wszystkie procesy demokratyczne w Unii Europejskiej, w tym dezinformacji (2022/2075(INI)) („Rezolucja PE");
(b) stanowiska Departamentu Lotnictwa i Departamentu Prawnego Ministerstwie Infrastruktury przedstawione w pismach: znak: DL-1.4706.78.2024.2, znak: DL-1.4706.7.2025.1 oraz znak DL-1-4706.78.2024 („Pisma MI").
Odwołujący wskazał, że w jakikolwiek sposób nie stwarzają one podstaw do formułowania zaskarżonych zapisów SWZ.
Rezolucja PE 2.5 Przede wszystkim zwracamy uwagę, że Rezolucja PE nie stanowi aktu prawnego i nie może być podstawą do podejmowania jakichkolwiek decyzji na jej podstawie.
Z Rezolucji PE wynika jednoznacznie, że sprzęt Nuctech jest obecny w 26 z 27 państw członkowskich UE3 i jest wykorzystywany również w ramach krytycznej infrastruktury europejskiej.
Pomimo apelu zawartego w Rezolucji PE i skierowanego do Rady i Komisji o wykluczenie stosowania sprzętu i oprogramowania pochodzącego m.in. od Nuctech, instytucje te nie podjęły w tym celu żadnych kroków.
W Rezolucji PE czytamy, że niektóre kraje (Litwa, Stany Zjednoczone i Kanada) miały zabronić Nuctech ubiegania się o zamówienia publiczne. Abstrahując od tego, czy jest to rzeczywiście prawdą, odwołujący zwrócił uwagę, że były to suwerenne decyzje państw, które kierują się swoimi interesami, które nie zawsze muszą mieć związek z ochroną bezpieczeństwa, a często mają uzasadnienie czysto ekonomiczne lub wręcz po prostu polityczne. Takiej decyzji nie podjęto ani na szczeblu unijnym, ani na szczeblu krajowym (polskim).
Co więcej, jak wynika z odpowiedzi udzielonej przez Komisję Europejską na pytanie skierowane do niej przez posłankę Parlamentu Europejskiego p. A.K. w kontekście bezpieczeństwa sprzętu Nuctech w związku z przetargami organizowanymi w ramach unijnego instrumentu Customs Control Equipment Instrument (CCEI), KE wskazała jednoznacznie, że do dnia udzielenia odpowiedzi, to jest do 25 stycznia 2024 r., nie otrzymała konkretnych dowodów dotyczących technicznych usterek sprzętu wykorzystywanego do kontroli celnych zagrażających bezpieczeństwu UE lub prawom człowieka.
Dowód: Pytanie p. posłanki Assity Kanko do KE (Załącznik nr 1 do niniejszego Pisma):
https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2023-003419_EN.html
Dowód: Odpowiedź KE – (Załącznik nr 2 do niniejszego Pisma)
https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2023-003419-ASW_EN.html
Tym samym na poziomie unijnym nie ma podstaw do formułowania tezy o podstawach prawnych i faktycznych do wykluczania odwołującego ze względu na pochodzenie kapitału tej spółki, a tym bardziej, ze względu na to, że jej udział w postępowaniu miałby rzekomo zagrażać bezpieczeństwu UE.
Odwołujący dostarcza sprzęt do szeregu instytucji w kraju. Podobnie jak nie ma podstaw do twierdzenia, że sprzęt ten zagraża bezpieczeństwu UE, tak nie ma żadnych podstaw do stwierdzenia, że udział tego wykonawcy zagraża bezpieczeństwu państwa.
Pisma MI
Odwołujący wskazał, że w Pismach MI nie ma mowy o możliwości (lub konieczności) wykluczania z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego ani firmy Nuctech, ani w ogóle podmiotów powiązanych z Chińską Republiką Ludową. Owszem, przywołano w niej Rezolucję PE, ale – jak zostało – wskazane – nie ma ona żadnej mocy prawnej, a zawarte w niej informacje, a także brak reakcji zarówno Rady UE, jak i KE świadczą wręcz o tym, że nie ma żadnych podstaw do takiego dyskryminującego traktowania wykonawcy z siedzibą w UE (w Polsce) jakim jest odwołujący
Poza tym, w Pismach MI jednoznacznie wskazuje się na rozważenie przez zamawiających zasadności stosowania odpowiednich regulacji w zakresie dotyczącym bezpieczeństwa wynikających z przepisów ustawy, a mianowicie jej art. 12 lub przepisów jej działu VI, tj. właściwych dla zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Są to bowiem regulacje adekwatne dla zamówień dotyczących elementów bezpieczeństwa państwa.
Zamawiający jednak nie stosuje tych regulacji. Udziela zamówienia w zwykłym „cywilnym" reżimie stosowania ustawy. Jest to oczywiste, ponieważ zamówienie to wbrew próbom jego powiązania z kwestiami bezpieczeństwa nie spełnia przesłanek do kwalifikacji ani dla wyłączenia na podstawie art. 12, ani do zastosowania przepisów działu VI ustawy.

Odwołujący wskazał, że przepisy ustawy nie mówią w obu tych przypadkach o tym, że zamawiający może z nich skorzystać, jednoznacznie wskazują natomiast na to, że odpowiednio ustawy nie stosuje się (art. 12 ustawy) lub stosuje się dział VI, jeśli zamówienie dotyczy sprzętu newralgicznego zdefiniowanego w art. 7 pkt 12) ustawy. Aby tak się stało, konieczne jest jednak wykazanie, że jest to uzasadnione.

Symptomatyczne jest to, że w żadnym miejscy Pism MI nie pada nawet sugestia wykorzystywania przez zamawiających art. 393 ust. 1 pkt 2) ustawy, w tym do wprowadzania zapisów, które zostały wykorzystane w Postępowaniu. To oczywiste, ponieważ takie praktyki są sprzeczne z prawem. Dodatkowo przypomniał, że za bezpieczeństwo państwa odpowiadają odpowiednie służby, co wynika m.in. z ustawy z 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu.

Zgodnie z art. 5 tej ustawy, do zadań ABW należy m.in.:

(a) rozpoznawanie, zapobieganie i zwalczanie zagrożeń godzących w bezpieczeństwo wewnętrzne państwa oraz jego porządek konstytucyjny, a w szczególności w suwerenność i międzynarodową pozycję, niepodległość i nienaruszalność jego terytorium, a także obronność państwa;

(b) rozpoznawanie, zapobieganie i wykrywanie przestępstw:

(i) szpiegostwa, terroryzmu, bezprawnego ujawnienia lub wykorzystania informacji niejawnych i innych przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa,

(ii) godzących w podstawy ekonomiczne państwa,

(iii) w zakresie produkcji i obrotu towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa;

(c) rozpoznawanie, zapobieganie i wykrywanie zagrożeń godzących w bezpieczeństwo, istotnych z punktu widzenia ciągłości funkcjonowania państwa systemów teleinformatycznych organów administracji publicznej lub systemu sieci teleinformatycznych objętych jednolitym wykazem obiektów, instalacji, urządzeń i usług wchodzących w skład infrastruktury krytycznej, a także systemów teleinformatycznych właścicieli i posiadaczy obiektów, instalacji lub urządzeń infrastruktury krytycznej, o których mowa w art. 5b ust. 7 pkt 1 ustawy z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym (Dz.U. z 2023 r. poz. 122);

(d) uzyskiwanie, analizowanie, przetwarzanie i przekazywanie właściwym organom informacji mogących mieć istotne znaczenie dla ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego państwa i jego porządku konstytucyjnego.

Podobne zadania ma Agencja Wywiadu w stosunku do działań zewnętrznych, co wynika z art. 6 ustawy.

Należy zakładać, że w przypadku, w którym – jak sugeruje zamawiający – udział odwołującego w postępowaniu miałby w jakikolwiek sposób zagrażać bezpieczeństwu państwa, każdy z zamawiających, w szczególności w obszarach wrażliwych dla bezpieczeństwa, uzyskałby stosowne informacje w tym zakresie od wskazanych agencji.

Tak przecież dzieje się w przypadku stosowania podobnego rozwiązania zawartego w art. 405 ust. 2 pkt 3) ustawy. Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wydanego w stosunku do tego przepisu, [z]bieranie informacji o danym podmiocie i ocena jego wiarygodności z punktu widzenia obronności i bezpieczeństwa państwa zostało powierzone wyspecjalizowanym organom państwowym, nie jest elementem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie jest czynnością zastrzeżoną dla zamawiającego. Tym samym jest to postępowanie zewnętrzne, którego tylko sam wynik w postaci pisemnej informacji jest przekazywany jako dowód w postępowaniu o udzielenie zamówienia w celu weryfikacji istnienia przesłanki wykluczenia. Należy także zauważyć, że gromadzenie informacji o danym podmiocie przez wyspecjalizowane organy nie służy wyłącznie na potrzeby zamawiających w realizowanych przez nich zamówieniach publicznych. Izba natomiast jest organem badającym zgodność z przepisami ustawy zachowań zamawiającego, a nie organów w stosunku do niego zewnętrznych.

Podobne stanowisko wyraziła Izba w innej sprawie, w której również chodziło o wykluczenie wykonawcy ze względu na zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa wskazując, że ani Zamawiający, ani Izba nie jest uprawniona do badania okoliczności, które doprowadziły do takiej, a nie innej oceny wykonawcy. Właściwymi dla tej oceny są organy państwowe, prowadzące działania operacyjne umożliwiające zebranie niezbędnych danych o podmiocie. Tym samym zasadniczym lub wręcz jedynym elementem oceny stwarzania ryzyka dla bezpieczeństwa państwa przez udział danego wykonawcy powinny być stanowiska właściwych służb. Zamawiający podejmuje bowiem stosowne decyzje na podstawie informacji od nich uzyskanych. Należy przy tym zakładać, że stanowiska tych służb nie bazują na informacjach prasowych.

Zamawiający nie powołuje się w żadnym miejscu na stanowiska tych instytucji. Owszem, powołuje się na wytyczne Urzędu Lotnictwa Cywilnego (które mają być niejawne), ale sam wskazuje, że zawierają one podobne zapisy jak te zawarte w przekazanych Pismach MI. Tym samym, Odwołujący domniemał, że w żadnym stopniu nie przewidują one jakichkolwiek ograniczeń skierowanych wprost w stosunku do odwołującego (lub szerzej do przedsiębiorców których kapitał należy do przedsiębiorców z siedzibą w Chińskiej Republice Ludowej).

Odwołujący sugeruje również, że fakt przeprowadzenia przez służby KE kontroli u odwołującego oraz Nuctech Netherlands BV na podstawie przepisów Rozporządzenia 2022/2560/UE dotyczącego subsydiów zagranicznych

zakłócających rynek wewnętrzny ma jakoby świadczyć o tym, że odwołujący stanowi zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa.
Po pierwsze, przepisy Rozporządzenia 2022/2560/UE w żaden sposób nie dotyczą kwestii bezpieczeństwa i prowadzone na ich podstawie postępowanie pozostaje zupełnie bez wpływu na wykluczanie przedsiębiorców z kapitałem chińskim.
Rozporządzenie 2022/2560/UE ma na celu stworzenie unijnych podstaw prawnych do badania przez KE potencjalnego wpływu subsydiów uzyskiwanych w państwach trzecich (innych niż państwa UE) przez przedsiębiorców działających na terenie UE. Inaczej mówiąc, chodzi o to, aby KE mogła badać, czy przedsiębiorcy działający w UE uzyskują od państw trzecich pomoc publiczną i czy taka pomoc ma wpływ na prowadzenie przez nich działalności w UE. Tego typu uprawnienia KE posiada bowiem w stosunku do badania pomocy publicznej na terenie UE. Co istotne, rozporządzenie to obejmuje w równym stopniu przedsiębiorców zagranicznych, jak również firmy mające swoje siedziby w krajach członkowskich UE.
Tym samym Rozporządzenie 2022/2560/UE i podejmowane na jego podstawie działania przez KE nie dotyczą i nie mogą dotyczyć kwestii bezpieczeństwa.
Przywoływanie w odwołaniu faktu, że KE podjęła w stosunku do odwołującego działania kontrolne na podstawie tego rozporządzenia, jest bez znaczenia dla stawianego zarzutu.
Zwrócił uwagę, że jakiekolwiek łączenie działań KE podejmowanych (w ocenie odwołującego bezzasadnie) na podstawie Rozporządzenia 2022/2560/UE z kwestiami bezpieczeństwa państwa stanowi poważne nadużycie.
Sprzeczność kwestionowanych zapisów SWZ z prawem unijnym
Odwołujący przekazał obszerną argumentacje dotyczącą tego elementy w odwołaniu.
Zamawiający nie odniósł się do tej argumentacji wskazując natomiast, że rzekome [m]ożliwe i zgodne z prawem europejskim są podstawy wykluczenia dotyczące powiązań kapitałowych, struktury właścicielskiej oraz kontroli korporacyjnej.
Jako przykład przywołał podmioty powiązane z Rosją. Zamawiający sam jednak wskazał, że ograniczenia te zostały wprowadzone na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów prawa unijnego, tj. w Rozporządzeniu Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącym środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 229 z 31.7.2014, str. 1), dalej: rozporządzenie 833/2014, w brzmieniu nadanym rozporządzeniem Rady (UE) 2022/576 w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 111 z 8.4.2022, str. 1), dalej: rozporządzenie 2022/576.
Jest to zatem wyjątek od zasady ogólnej podyktowany - jak to zostało ujęte nawet w samym tytule tego aktu - działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie.
Zwrócił uwagę, że takie akty nie zostały przyjęte w stosunku do wykonawców z udziałem kapitałowym podmiotów mających siedziby w Chińskiej Republice Ludowej.
Co więcej, to przecież w przywoływanych przez zamawiającego Pismach MI wskazano, że wszelkie środki dyskryminujące wykonawców z kapitałem podmiotów z siedzibą w Chińskiej Republice Ludowej będą mogły (lub wręcz będą musiały) być stosowane, ale dopiero (…) po przyjęciu odpowiednich regulacji przez organy Unii Europejskiej (Radę i Komisję), co powinno znieść konieczność wykazywania wspomnianego uzasadnienia dla odstąpienia od reżimu ogólnych przepisów ustawy (ostatni akapit Pisma MI znak: DL-1-4706.78.2004). Nic takiego nie miało miejsca.
Niezależnie od wskazanych powyżej argumentów i jednoznacznego stanowiska odwołującego o braku możliwości zastosowania zaskarżonych zapisów SWZ w postępowaniu prowadzonym na podstawie przepisów dotyczących zamówień sektorowych (Dział V ustawy), skorzystanie z jakichkolwiek przesłanek związanych z bezpieczeństwem państwa wymaga od zamawiającego przywołania konkretnych i przekonujących faktów i dowodów, że wykluczenie odwołującego (lub innego wykonawcy znajdującego się w podobnej sytuacji) jest uzasadnione i konieczne dla ochrony tych interesów oraz proporcjonalne do osiągniecia tego celu.
Zamawiający nie dysponuje żadnymi faktami ani dowodami potwierdzającymi swoje stanowisko.
W odniesieniu do zachowania zasady proporcjonalności, to odwołujący wskazał, że istnieje szereg rozwiązań, które mogą zostać wzięte pod uwagę w przypadku konieczności zapewnienia integralności zarządzania danymi i działania sprzętu skanującego na terenie Portu Lotniczego Gdańsk, a które nie mają tak oczywiście sprzecznego z prawem skutku. Można wskazać choćby wymaganie instalacji specjalnych dodatkowych i skutecznych zapór ogniowych do przetwarzania danych; nałożenie ścisłych kwalifikacji zawodowych związanych z bezpieczeństwem personelu i ograniczeń dostępu do sprzętu skanującego; przyjęcie rygorystycznych systemów i protokołów przetwarzania i integralności danych; itp.
Na podobne rozwiązania zwraca uwagę Trybunał Sprawiedliwości UE, który stwierdził naruszenie przez Polskę przepisów Traktatu oraz unijnych dyrektyw dotyczących zamówień publicznych w sprawie C-601/2111 i na co zwraca się

również uwagę w przywołanych Pismach MI (znak: DL-1.4706.78.2024).
Potwierdza to jednoznacznie, że struktura kapitałowa wykonawców z siedzibą w UE nie jest kryterium, które może uzasadniać odstępstwo nie tylko od podstawowych zasad prawa zamówień publicznych (polskiego i unijnego), ale również od podstawowych swobód gwarantowanych w Traktacie o funkcjonowaniu UE.
Odwołujący jest przedsiębiorcą działającym na rynku od wielu lat. Co najmniej kilka rodzajów urządzeń skanujących wyprodukowanych przez Nuctech Warsaw jest obecnie z powodzeniem eksploatowanych w Polsce.
Wykorzystywanie urządzeń skanujących Nuctech Warsaw oraz świadczenie usług serwisowych i naprawczych nie było przedmiotem interwencji służ odpowiedzialnych za zapewnienie bezpieczeństwa narodowego Polski. Można za to wskazać, że sprzęt przez te służby wykorzystywany skutecznie służy tym interesom, o czym świadczą ich dotychczasowe udane działania.
Biorąc pod uwagę argumentację przedstawioną w odwołaniu oraz w tym piśmie, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.
Stan faktyczny:
W SWZ zamawiający zawarł następujące wymagania:
III.Tryb udzielenia zamówienia.
Przetarg nieograniczony na podstawie art. 132 w zw. z art. 378 ustawy z dnia 1 1 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej „ustawą".
O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy mający siedzibę albo miejsce zamieszkania w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej, Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub państwie, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska zawarła umowę międzynarodową gwarantującą równy i wzajemny dostęp do zamówień publicznych.
IV.Opis przedmiotu zamówienia.
1 . Przedmiot zamówienia stanowi dostawa systemów do wykrywania materiałów wybuchowych EDSCB C3 do Portu Lotniczego Gdańsk im. Lecha Wałęsy.
VI.Podstawy wykluczenia. Informacje o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wykaz podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych.
A. Podstawy wykluczenia.
4.Na podstawie art. 393 ust. 1 pkt 2) ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również Wykonawcę, w stosunku, do którego zachodzą następujące okoliczności:
1)wykonawcę, którego beneficjentem rzeczywistym w rozumieniu ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2022 r. poz. 593 i 655) jest podmiot mający siedzibę lub miejsce zamieszkania w Chińskiej Republice Ludowej, lub
2)wykonawcę, którego jednostką dominującą w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 37 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2021 r. poz. 217, 2105 i 2106), jest podmiot mający siedzibę lub miejsce zamieszkania w Chińskiej Republice Ludowej, lub
3)wykonawcę, który działa w imieniu lub pod kierunkiem podmiotu, o którym mowa w pkt 1) lub 2), lub
4)wykonawcę, który polega na zdolnościach podmiotu, o którym mowa w pkt 1) lub 2).
UWAGA: Wykonawca zobowiązany jest do aktualizacji stosownych oświadczeń w przypadku wszelkich zmian w tym zakresie (w tym także na etapie realizacji zamówienia).
Dowody zamawiającego:
Lista ECAC:
Lista wyposażenia ECAC CEP – Systemy wykrywania materiałów wybuchowych dla bagażu kabinowego (EDSCB) - Aktualizacja z dnia 15 września 2025 r.
Uwagi:
(1) Informacje dotyczące kon2iguracji są dostarczane przez producenta urządzenia w ramach procesu testowego.
(2) Zastosowana Koncepcja Operacyjna (CONOPS) dla urządzeń EDSCB zależy od osiągniętego standardu EDSCB:
Standard C1: Kontrola wymaga wyjęcia z bagażu urządzeń elektronicznych oraz płynów, aerozoli i żeli (LAGs).
Standard C2: Umożliwia kontrolę bagażu zawierającego przenośne komputery i inne duże urządzenia elektryczne.
Standard C3: Umożliwia kontrolę bagażu zawierającego przenośne komputery, inne duże urządzenia elektryczne oraz LAGs.
*Urządzenia, które otrzymały wstępne zawiadomienie przed dniem 1 sierpnia 2024 r., mogą być używane wyłącznie do kontroli LAGs z limitem kontroli dotyczącym maksymalnej objętości pojedynczych pojemników na LAGs nieprzekraczającej 100 ml.
C/2023/122621.12.2023 P9_TA(2023)0219
Obce ingerencje we wszystkie procesy demokratyczne w Unii Europejskiej, w tym dezinformacja

Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 1 czerwca 2023 r. w sprawie obcych ingerencji we wszystkie procesy demokratyczne w Unii Europejskiej, w tym dezinformacji (2022/2075(INI)) (C/2023/1226)

63.zauważa, że pomimo mechanizmów monitorowania BIZ zawarto z chińskimi przedsiębiorstwami takimi jak Nuctech umowy dotyczące krytycznej infrastruktury europejskiej, co prowadzi do zagrożeń dla bezpieczeństwa; wzywa zatem Radę i Komisję do wykluczenia stosowania sprzętu i oprogramowania pochodzącego od producentów – takich jak TikTok, ByteDance Huawei, ZTE, Kaspersky, NtechLab lub Nuctech – z krajów wysokiego ryzyka, w szczególności Chin i Rosji; wzywa kluczowe sektory i inne sektory wrażliwe, aby wykluczyły korzystanie ze sprzętu i oprogramowania z krajów wysokiego ryzyka, gdyż mogą one być wykorzystywane do zagrożenia poufności, integralności i dostępności danych i usług; przypomina, że wszelkie oprogramowanie działające w zamkniętej pętli jest podatne na zagrożenia podczas rutynowych kontroli bądź aktualizacji; jest zdania, że aplikacja TikTok, należąca do chińskiego konglomeratu ByteDance, narusza europejskie ramy ochrony danych, stanowiąc potencjalne zagrożenie dla bezpieczeństwa krajowego i jest źródłem wspieranej przez Chiny dezinformacji; z zadowoleniem przyjmuje decyzję instytucji UE o ograniczeniu stosowania aplikacji TikTok na urządzeniach służbowych; zaleca, by zakazać korzystania z TikToka na wszystkich szczeblach rządów krajowych i w instytucjach UE;

109.wyraża zaniepokojenie niedawnym dochodzeniem New York Timesa, w którym oskarża się rosyjski Ruch Imperialny, grupę zrzeszającą zwolenników supremacji, o zorganizowanie kampanii wysyłania paczek zawierających bomby do prominentnych obywateli Hiszpanii pod koniec 2022 r. z pomocą GRU, rosyjskiej wojskowej służby wywiadowczej; ostrzega przed ryzykiem szpiegostwa na francuskich lotniskach, na przykład w Strasburgu, Bordeaux, Breście, Quimper i Tuluzie, które do prześwietlania bagażu wykorzystują sprzęt chińskiego przedsiębiorstwa Nuctech, powiązanego z chińskim reżimem i jego kompleksem wojskowo-przemysłowym; podkreśla, że Nuctech jest obecny w 26 z 27 państw członkowskich UE, i przypomina, że Litwa, Stany Zjednoczone i Kanada zabroniły temu przedsiębiorstwu ubiegania się o zamówienia publiczne;

POSTANOWIENIE PREZESA SĄDU (SĄDU OGÓLNEGO)

12 sierpnia 2024 r.

(Środki tymczasowe – Subsydia zagraniczne – Kontrole na terytorium Unii Europejskiej – Rozporządzenie (UE) 2022/2560 – Wniosek o zawieszenie wykonania środka – Brak pilności – Brak uprawdopodobnienia zasadności – Ważenie interesów).

W sprawie T-284/24 R

Nuctech Warsaw Company Limited sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (Polska) Nuctech Netherlands BV, z siedzibą w Rotterdamie (Niderlandy),

przeciwko

Komisji Europejskiej, reprezentowanej przez L. Flynn, M. Farley i A.-L. Delbac, działających

Postanowienie

1 Na mocy wniosku złożonego na podstawie art. 278 i 279 TFUE wnioskodawcy — Nuctech Warsaw Company Limited sp. z o.o. oraz Nuctech Netherlands BV — żądają zawieszenia wykonania decyzji Komisji Europejskiej z dnia 16 kwietnia 2024 r., nakazującej przedsiębiorstwu działającemu w sektorze systemów wykrywania zagrożeń poddanie się kontrolom zgodnie z art. 14 ust. 3 rozporządzenia (UE) 2022/2560 (sprawa FS.100068 – MARE) („zaskarżona decyzja”), jak również wszelkich późniejszych aktów lub żądań opartych na tej decyzji.

Tło sporu i żądania

2 Wnioskodawcy prowadzą działalność w zakresie opracowywania, produkcji i dostaw urządzeń do kontroli bezpieczeństwa oraz świadczenia usług posprzedażowych dotyczących tych urządzeń.

3 Wnioskodawcy są w całości własnością Nuctech Hong Kong Co. Ltd, spółki zarejestrowanej w Hongkongu (Chiny). Nuctech Hong Kong jest ostatecznie kontrolowana przez Tsinghua Tongfang Co. Limited, spółkę zarejestrowaną w Chinach i notowaną na Giełdzie w Szanghaju. Tsinghua Tongfang kontroluje również Tongfang Nuctech Technology Co., Ltd., spółkę zarejestrowaną w Chinach.

4 W dniu 16 kwietnia 2024 r. Komisja przyjęła zaskarżoną decyzję, zarządzającą kontrolę na podstawie art. 14 ust. 3 rozporządzenia (UE) 2022/2560 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 14 grudnia 2022 r. w sprawie zagranicznych subsydiów zakłócających rynek wewnętrzny (Dz.U. 2022, L 330, s. 1).

5 W dniach 23–26 kwietnia 2024 r. Komisja przeprowadziła kontrolę w siedzibach wnioskodawców.

6 W toku tych kontroli Komisja zażądała treści skrzynek pocztowych niektórych pracowników.

7 W odpowiedzi na żądanie Komisji wnioskodawcy poinformowali, że elektroniczna korespondencja tych pracowników, będących obywatelami Chińskiej Republiki Ludowej, nie jest przechowywana na serwerach lokalnych, lecz na serwerach ich spółki macierzystej w Chinach.

8 Komisja zażądała od wnioskodawców zastosowania blokady prawnej („legal hold”) wobec skrzynek pocztowych pracowników, których dane znajdują się na serwerach w Chinach.

9 E-mailem z 8 maja 2024 r. Komisja poinformowała wnioskodawców, że żądania dotyczące udostępnienia danych w toku kontroli pozostają w mocy, i wezwała do podjęcia wszelkich niezbędnych działań w celu udostępnienia danych możliwie najszybciej, najpóźniej na dzień rozpoczęcia dalszej kontroli, wyznaczony następnie na 27 maja 2024 r.
10 Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 29 maja 2024 r. wnioskodawcy wnieśli skargę o stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji oraz wszelkich późniejszych aktów lub żądań Komisji, w tym żądania blokady prawnej oraz żądania dotyczącego danych przechowywanych w Chinach.
11 Tego samego dnia, odrębnym pismem, wnieśli niniejszy wniosek o zastosowanie środków tymczasowych, w którym domagają się, aby Prezes Sądu Ogólnego:
— nakazał zawieszenie wykonania zaskarżonej decyzji oraz wszelkich późniejszych aktów lub żądań Komisji, w tym żądania blokady prawnej i żądania dotyczącego danych przechowywanych w Chinach;
— obciążył Komisję kosztami.
12 W swoich uwagach do wniosku o środki tymczasowe, złożonych w sekretariacie Sądu w dniu 14 czerwca 2024 r., Komisja wnosi zasadniczo o:
— oddalenie wniosku o środki tymczasowe;
— zastrzeżenie rozstrzygnięcia o kosztach.
88 W świetle wszystkich powyższych rozważań niniejszy wniosek o zastosowanie środków
tymczasowych należy oddalić.
89 Zgodnie z art. 158 ust. 5 Regulaminu postępowania rozstrzygnięcie o kosztach zostaje zastrzeżone.
Ministerstwo Infrastruktury Departament Lotnictwa Znak pisma: DL-1.4706.78.2024.2
Port Lotniczy 25 września 20246
Wg rozdzielnika
Szanowni Państwo,
Departament Lotnictwa w Ministerstwie Infrastruktury rekomenduje aby podczas procesu zakupu sprzętu niezbędnego dla ochrony w lotnictwie cywilnym oprócz aspektów kosztowych uwzględniać kwestie związane z jakością tego sprzętu oraz szeroko rozumianym wpływem na bezpieczeństwo państwa.
W Rezolucji Parlamentu Europejskiego z dnia 1 czerwca 2023 r. w sprawie obcych ingerencji we wszystkie procesy demokratyczne w Unii Europejskiej, w tym dezinformacji (2022/2075(INI)) wskazano m.in., że Parlament Europejski „zauważa, że pomimo mechanizmów monitorowania BIZ zawarto z chińskimi przedsiębiorstwami takimi jak Nuctech umowy dotyczące krytycznej infrastruktury europejskiej, co prowadzi do zagrożeń dla bezpieczeństwa; wzywa zatem Radę i Komisję do wykluczenia stosowania sprzętu i oprogramowania pochodzącego od producentów - takich jak TikTok, ByteDance Huawei, ZTE, Kaspersky, NtechLab lub Nuctech z krajów wysokiego ryzyka, w szczególności Chin i Rosji wzywa kluczowe sektory i inne sektory wrażliwe, aby wykluczyły korzystanie ze sprzętu i oprogramowania z krajów wysokiego ryzyka, gdyż mogą one być wykorzystywane do zagrożenia poufności, integralności i dostępności danych i usług".
W ostatnim czasie Urząd Lotnictwa Cywilnego przesłał Państwu swoją opinię dot. sprzętu do kontroli bezpieczeństwa. W uzupełnieniu do niej przekazuję Państwu opinię Departamentu Prawnego w Ministerstwie Infrastruktury z dnia 6 września br. dot. możliwości stosowania przez zarządzających lotniskami podczas zakupów urządzeń do kontroli bezpieczeństwa art. 12 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 i 1720). Jednocześnie uprzejmie informuję, że w dniu 30 lipca br. opinię dot. sprzętu do kontroli bezpieczeństwa przekazał do Ministra Infrastruktury Szef Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego. Dokument R-0-7782/2024 został opatrzony klauzulą „tajne”.
Zachęcam Państwa także do zapoznania się z materiałami informacyjnymi zamieszczonymi na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, w tym m.in. odnoszącymi się do istotnego interesu bezpieczeństwa państwa, o którym mowa w art. 12 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych:
Ministerstwo Infrastruktury Departament Prawny Znak pisma: DL-I.4706.78.2024 Warszawa, 06 września 2024
w nawiązaniu do pisma z dnia 28 sierpnia 2024 r. znak jw., dot. możliwości stosowania przez zarządzających lotniskami podczas zakupów urządzeń do kontroli bezpieczeństwa art. 12 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 i 1720), zwanej dalej „PZP”, o kontrowersyjnej jakości i cechach użytkowych, w tym mogących negatywnie rzutować na bezpieczeństwo państwa, DP przedstawia, co następuje.
Przepis art. 12 ust. 1 pkt 1 lit.b PZP stanowi, że przepisów PZP nie stosuje się do zamówień lub konkursów jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa, w zakresie, w jakim ochrona tego interesu nie może być zagwarantowana w inny sposób, w szczególności z zastosowaniem działu VI PZP (ponieważ DL nie wspomniał w swoim piśmie o ochronie informacji niejawnych, DP wstępnie przyjmuje, że ta przesłanka wyłączenia stosowania PZP nie ma zastosowania w omawianym przypadku).
Wprowadzenie tego wyjątku od stosowania PZP zostało oparte na art. 346 ust. 1 lit. a Traktatu o funkcjonowaniu Unii

Europejskiej, zgodnie z którym żadne państwo członkowskie nie ma obowiązku udzielania informacji, których ujawnienie uznaje za sprzeczne z podstawowymi interesami jego bezpieczeństwa. Przepis Traktatu pozwolił na przyjęcie, że stosowanie zamówień publicznych nie może uniemożliwiać nakładania i stosowania środków koniecznych do ochrony interesów w zakresie obronności i bezpieczeństwa.
Użyte w art. 12 ust. 1 pkt 1 lit. b PZP pojęcie istotnego interesu bezpieczeństwa państwa nie zostało zdefiniowane i każde państwo członkowskie ma prawo do samodzielnego określania istotnych interesów bezpieczeństwa państwa. Samodzielnie też decyduje, czy udzielenie zamówienia zgodnie z procedurami PZP może prowadzić do naruszenia tych interesów. Należy przyjąć, że pojęcie to dotyczy tak wewnętrznego jak i zewnętrznego bezpieczeństwa państwa.
Należy podkreślić, że wyłączenie spod reżimu PZP może następować wyłącznie wtedy, gdy szczególne procedury przewidziane w dziale VI PZP dla zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa nie są wystarczające dla ochrony istotnych interesów bezpieczeństwa państwa. Ze zwolnienia z obowiązku stosowania PZP można bowiem korzystać jedynie w zakresie określonym w art. 12 ust. 1 pkt 1 lit. b PZP, to jest w takim w jakim ochrona istotnych interesów bezpieczeństwa państwa nie może zostać zagwarantowana w inny sposób, w tym z zastosowaniem przepisów działu VI PZP.
Zgodnie z orzecznictwem KIO, zastosowanie ww. wyłączenia przepisów PZP jest uzasadnione tylko wtedy, gdy prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy PZP powodowałoby szkodę dla interesów bezpieczeństwa państwa czy choćby powstanie niebezpieczeństwa naruszenia tego interesu. Zamawiający zobowiązany jest wykazać, że udzielenie zamówienia w postępowaniu prowadzonym zgodnie z przepisami PZP nie jest możliwe bez zagrożenia dla istotnego interesu bezpieczeństwa państwa. Oznacza to, że samo wykazanie istnienia tego interesu nie jest wystarczające dla zastosowania wyłączenia od przepisów PZP. W sprawie C-601/21 TSUE wyrokiem z dnia 7 września 2023 r. stwierdził uchybienie przez RP zobowiązaniom państwa członkowskiego ciążącym na niej na mocy art. 1 ust. 1 i 3 oraz art. 15 ust. 2 i 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65) w związku z art. 346 ust. 1 lit. a Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Wyrok zapadł na skutek skargi Komisji Europejskiej, która wniosła o stwierdzenie przez TSUE, że wspomniane uchybienie powstało na skutek wprowadzenia wyłączenia nieprzewidzianego w ww. dyrektywie, a dotyczącego niestosowania PZP do usług polegających na wytwarzaniu niektórych dokumentów publicznych, znaków akcyzy, znaków legalizacyjnych, kart do głosowania, znaków holograficznych umieszczanych na zaświadczeniach o prawie do głosowania, a także układów mikroprocesorowych z oprogramowaniem służącym do zarządzania dokumentami publicznymi, systemów i baz informatycznych niezbędnych do zastosowania dokumentów publicznych zawierających warstwę elektroniczną zgodnie z ich przeznaczeniem. RP starała się wykazać przed TSUE, że jedynie w ten sposób możliwe jest zapewnienie ochrony podstawowych interesów w zakresie bezpieczeństwa państwa. W skardze Komisja Europejska wskazała na szereg dostępnych instytucjom zamawiającym i państwom członkowskim instrumentów, które mogą zostać zastosowane w zgodzie z dyrektywą 2014/24 w celu zabezpieczenia ich interesów bez konieczności rezygnacji ze stosowania procedur zamówień publicznych i przywołała jako możliwe do zastosowania w celu zapewnienia ochrony interesów RP następujące przykładowe wymagania:
1) określenie szczególnie wysokich wymagań dotyczących kompetencji i rzetelności wykonawców, uwzględniających odpowiednią jakość, wymagane warunki i techniki;
2) określenie specyfikacji technicznych, co zagwarantuje, że wybrany oferent będzie w stanie dostarczyć produkt odpowiedniej jakości przy zachowaniu wymaganych warunków i technik, w tym narzucenie szczególnych wymogów i procedur;
3)zapewnienie poufności informacji poprzez nałożenie obowiązku zachowania tajemnicy oraz wymaganie posiadania krajowego poświadczenia bezpieczeństwa uprawniającego do dostępu do informacji niejawnych;
4)zabezpieczenie ryzyka szkody na skutek wycieku informacji lub przerwania ciągłości dostaw poprzez odpowiednie postanowienia umowne, takie jak gwarancja bankowa czy zabezpieczenie dotyczące odszkodowania w przypadku wyrządzenia szkody, wraz z oświadczeniem, że wyciek informacji będzie traktowany jako poważne wykroczenie zawodowe;
5)zobowiązanie wykonawcy do umożliwienia przeprowadzania kontroli, które zamawiający uzna za konieczne, nałożenie obowiązku sporządzania szczegółowego sprawozdania w przypadku nieprawidłowości, zawarcie w umowie postanowień dotyczących ochrony własności intelektualnej i przejęcia rozpatrywanych usług przez inny podmiot w przypadku, gdyby wykonawca nie był w stanie wywiązać się ze swych obowiązków;
6)zastrzeżenie możliwości zmiany lub rozwiązania umowy w sprawie danego zamówienia publicznego, jeżeli wystąpią okoliczności, których instytucja zamawiająca nie mogła przewidzieć;
7)odpowiednie ukształtowanie warunków umów o świadczenie usług poprzez wprowadzenie odpowiednich zabezpieczeń na wypadek wykupienia wykonawcy przez inny podmiot, włącznie z rozwiązaniem umowy.

Niezależnie od powyższych rozważań, DP zastrzega, że nie przesądza, czy przedmiotowe urządzenia do kontroli bezpieczeństwa na terenie portów lotniczych stanowią sprzęt newralgiczny w rozumieniu art. 7 pkt 12 PZP (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), którego dostawa zgodnie z art. 7 pkt 36 PZP stanowi zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

W przypadku, gdy cechy przedmiotowych urządzeń nie pozwolą na zaliczenie ich do sprzętu newralgicznego, a tym samym nie znajdą zastosowania przepisy działu VI PZP, alternatywnym rozwiązaniem pozostaje rozważenie zastosowania art. 12 ust. 1 pkt 1 lit. b PZP. Skorzystanie z tego przepisu wymaga jednak wykazania, że wyłączenie spod reżimu PZP jest konieczne ze względu na ochronę istotnego interesu bezpieczeństwa państwa.

Podsumowując powyższe, w pierwszej kolejności należy dokonać oceny, czy urządzenia do kontroli bezpieczeństwa na terenie portów lotniczych są sprzętem newralgicznym i możliwe jest zastosowanie przy przeprowadzaniu postępowania na ich zakup przepisów działu VI PZP. Jeśli wynik tego badania będzie negatywny, należy w dalszej kolejności szczegółowo uzasadnić wpływ przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zakup tych urządzeń w reżimie ogólnych przepisów PZP, na powstanie niebezpieczeństwa naruszenia istotnego interesu bezpieczeństwa państwa, przy jednoczesnym braku możliwości zastosowania działań nieinwazyjnych, nieznoszących stosowania PZP. Uzasadnienie wyłączenia postępowania spod reżimu PZP nie będzie podlegać ogłoszeniu, jeśli będzie spełniać warunki do objęcia klauzulą informacji niejawnej na podstawie przepisów ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (DZ. U. z 2024 r. poz. 632, z późn. zm.).

Należy zaznaczyć, że opisana sytuacja ulegnie zasadniczej zmianie po przyjęciu odpowiednich regulacji przez organy Unii Europejskiej (Radę i Komisję), co powinno znieść konieczność wykazania wspomnianego uzasadnienia dla odstąpienia od reżimu ogólnych przepisów PZP.

Chińczycy w Kobyłce produkują najpopularniejsze na świecie skanery lotniskowe. I najbardziej Kontrowersyjne

Szefował jej syn przewodniczącego Chin Hu Jintao. Udziały w niej ma Komunistyczna Partia

Chin. Chiński Nuctech krok po kroku stał się gigantem w branży lotniskowego bezpieczeństwa, a swoje skanery produkuje w Kobyłce pod Warszawą. Tyle że dziś bezpieczeństwo tego sprzętu budzi tak duże obawy, że nie chce go Okęcie, a sam Nuctech trafił na dywanik do Parlamentu Europejskiego

Tytuł przetargu brzmi skomplikowanie: "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".

Za tym skomplikowanym tytułem kryje się bardzo konkretne zamówienie. Lotnisko im. F. Chopina w Warszawie potrzebuje specjalistycznych skanerów, które w połączeniu z systemem do obsługi zapewnią portowi bezpieczeństwo kontroli przesyłek.

Zamówienie ogłoszono pod koniec lipca, rozstrzygnięte miało być miesiąc później, a dostawę sprzętu zaplanowano na lato 2023. Wadium, jakiego wymagano, to 500 tys. zł. Jednak ledwie opublikowano szczegóły zamówienia, a już po kilku dniach do Krajowej Izby Odwoławczej trafiło pismo. Mała, polska firma Savicon zajmująca się dystrybucją urządzeń lotniskowych zaskarżyła treść przetargu. Powód: wpisano w nim specjalne przesłanki pozwalające na wykluczenie wykonawcy, jeśli nie spełnia on wymogów bezpieczeństwa.

Konkretnie poszło o zapis mówiący, że "proponowane urządzenia powinny były uzyskać pozytywny wynik procesu certyfikacji/kwalifikacji prowadzonego przez TSA (Transportation Security Administration)". TSA to amerykańska agencja wydająca certyfikaty bezpieczeństwa dla lotnictwa. Według Savicon to wymóg na wyrost, taki raczej dla obiektów obronnych, a tu mamy przecież cywilne lotnisko i, co więcej, wymóg ich posiadania jest wadliwy, bo w Polsce obowiązują certyfikaty unijne.

KIO argumentację Savicon jednak odrzuciła. Wtedy do Izby odwołała się kolejna firma: Nuctech. Tyle że tym razem podważyła zasadność wnoszenia wadium. Ponownie KIO skargę odrzuciła. Ale to nie koniec. Obie firmy zaskarżyły decyzje KIO do sądu. I zaczęła się istna prawnicza batalia.

Cztery miesiące rozpraw, kolejne mniejsze skargi – łącznie wpłynęło ich do KIO sześć – dotyczyły kwestii technicznych opisanych w SIWZ, czyli specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wreszcie 6 grudnia w Warszawie doszło do ostatecznego rozstrzygnięcia. Sąd uznał, że rację miał jednak zamawiający, a Polskie Porty Lotnicze (PPL) pod koniec roku podpisały mowę z konsorcjum firm Dimark S.A. i Anglosec na dostawę sprzętu za 46 mln 468 tys. zł. O włos, bo o ledwie 130 tys. zł przegrał Savicon, a oferta Nuctechu została całkiem odrzucona.

Mogłoby się wydawać, że trwająca kilkanaście tygodni przepychanka to co najwyżej ciekawostka dla ekspertów zajmujących się lotnictwem. Gdyby nie to, jakie faktyczne było tło zapisów, które pojawiły się w tym przetargu. I udział w nim tajemniczej firmy z Chin, która rodzi coraz więcej pytań.

Brak ochrony

To, że pojawił się wymóg certyfikacji od TSA, nie jest przypadkowe. – Przetarg dotyczy elementów infrastruktury

krytycznej oraz dostępu do informacji mających kluczowe znaczenie dla bezpieczeństwa państwa i jego obywateli – na pytanie o powody takiego zapisu odpowiada Anna Dermont, rzeczniczka prasowa PPL. Właśnie bezpieczeństwem uzasadnia brak szczegółowej odpowiedzi na to, dlaczego zdecydowano się na certyfikację TSA.

Sprawa jest jednak dosyć jasna. Polskie Porty Lotnicze po latach kolejnych przetargów, które niemal bez wyjątku kończyły się dostawami od jednej firmy (oferującej najtańszy sprzęt), chciały tym razem mniej skupić się na cenie, a bardziej na bezpieczeństwie. Szczególnie że regularnie pojawiający się dostawca coraz częściej budził kontrowersje.

Firmą, która zmonopolizowała dostawy sprzętu na lotniska i przejścia graniczne, jest wspomniany Nuctech. – Zauważyliśmy, co się dzieje z przetargami i dostawami kilka miesięcy temu. Raz za razem kończyło się na Nuctechu, bo i zawsze argument ceny był decydujący. Tyle że lotniska to nie są przypadkowe obiekty i sama cena nie jest najważniejsza. Przy tym zamówieniu postanowiliśmy podążyć śladem naszych sojuszników z USA i uznaliśmy, że ich szczegółowa certyfikacja to jest dobry ruch w stronę większej kontroli nad urządzeniami, z których korzystamy – słyszę od jednego z ekspertów ds. bezpieczeństwa pracującego dla PPL. Był on współautorem wspomnianych wymogów w przetargu. – Choć tę sprawę przed sądami wygraliśmy, to jednak mam poczucie, że nie mamy żadnych prawnych mechanizmów, które pozwoliłyby nam na długofalową, świadomą politykę zamawiania takiego bardzo wrażliwego sprzętu – mówi, rozkładając ręce.

Ale ten sprzęt i dostarczający go Nuctech są już pod lupą kolejnych państw. Nuctechowi dziękujemy Wykluczyła już tę firmę z zamówień publicznych Litwa. W Meksyku kilka tygodni temu wybuchł skandal, gdy po ataku hakerów wyciekły plany rządu na zakup sprzętu skanującego do punktów kontrolnych na granicę ze Stanami Zjednoczonymi. Okazało się, że zamówienie ma dostarczyć właśnie Nuctech. Administracja USA wystosowała oficjalny list do rządu w Meksyku wzywający do odstąpienia od tych zakupów.

Przede wszystkim jednak, jak podało Politico, nawet europosłowie pod koniec 2022 roku wezwali Komisję Europejską do wykluczenia Nuctech z przetargów organizowanych w ramach instrumentu Customs Control Equipment Instrument (CCEI). Zaczęło się od informacji, że Nuctech dostarczy skanery na niewielkie, ale ważne ze względów politycznych lotnisko w Strasburgu. Regularnie korzystają z niego urzędnicy i politycy unijni, bo prace Parlamentu Europejskiego odbywają się i w Brukseli, i Strasburgu. Parlamentarzystów na tyle zaalarmowała ta sytuacja, że zawnioskowali, by cała CCEI, która zapewnia fundusze dla krajów członkowskich na zakup, modernizację i konserwację technologii nadzoru zewnętrznych granic Unii, zaprzestała zakupów od tej chińskiej firmy.

"Korzystanie z funduszy UE w celu dalszego umacniania obecności Nuctech w europejskiej infrastrukturze krytycznej stanowi wyjątkową okazję dla firmy i chińskiego rządu do gromadzenia wrażliwych danych celnych, które mogą być szkodliwe dla interesów handlowych i bezpieczeństwa państw członkowskich UE" – piszą europosłowie do KE.

Pod listem podpisani są m.in. B.G., były szef ds. bezpieczeństwa cybernetycznego w holenderskim Ministerstwie Obrony; N.L., francuska eurodeputowana Partii Liberalnej i przewodnicząca podkomisji ds. obrony i bezpieczeństwa Parlamentu Europejskiego; R.B., przewodniczący delegacji Parlamentu Europejskiego ds. stosunków z Chinami oraz słowacka eurodeputowana M.L.. Oprócz nich dokument sygnowało już ponad 50 europosłów i cały czas dochodzą kolejni.

Co konkretnie tak odstrasza w Nuctech i co ta firma ma wspólnego z Polską?

"To nawet nie jest prywatna firma zobowiązana do kontaktów z partią komunistyczną. To chińskie przedsiębiorstwo państwowe" Fragment książki "Chińczycy trzymają nas mocno", Sylwia Czubkowska, Wydawnictwo Znak, Kraków 2022 r.

Wystarczy jakieś 30 minut samochodem z Warszawy. Kobyłka to niewielka mazowiecka miejscowość, jakich wiele. Nic szczególnego nie wyróżnia jej z monotonnego krajobrazu podwarszawskich miasteczek. Ważne, że jest nieźle skomunikowana ze stolicą, ale jednak sporo tańsza. I to właśnie te niższe koszty przyciągnęły Nuctech i do Polski, i na Mazowsze. Gdy jesienią 2018 roku w Kobyłce odbyło się uroczyste otwarcie nowej fabryki, firma chwaliła się, że to jedyny taki jej zakład w Europie, a czwarty na świecie po centrali w Chinach i fabrykach w Dubaju i Brazylii. – Nuctech to taki "Huawei lotniskowego bezpieczeństwa"

– litewski wiceminister obrony narodowej Margiris Abukevicius

jako pierwszy zwrócił mi uwagę na firmę, która po cichu stała się istnym gigantem w produkcji lotniskowych skanerów. – Mają swoje oddziały w Polsce i Holandii. Na liście najważniejszych

dostawców sprzętu związanego z kwestiami bezpieczeństwa są bardzo ważnym graczem. Ale budzą spore obawy. To nawet nie jest prywatna firma co najwyżej zobowiązana do kontaktów z partią komunistyczną. To faktycznie chińskie przedsiębiorstwo państwowe – mówi litewski polityk.

Dlatego jego kraj podjął decyzję, by nie dopuszczać Nuctechu do zamówień związanych z bezpieczeństwem i kontrolą. W tym na lotniskach. Decyzja Litwy zapadła, gdy przed Nuctechem zaczęły ostrzegać amerykańskie służby. – Niewątpliwie czekają nas w związku z wykluczeniem Nuctechu postępowania przed sądami, bo oni mają swoje oddziały w krajach unijnych, więc będą podważać nasze decyzje o niedopuszczaniu ich do systemu zamówień publicznych –

mówi Abukevicius. I dodaje: – Sam rozmawiałem o tym z polskimi parlamentarzystami i oni kompletnie nie byli świadomi, że ta firma budzi takie zastrzeżenia, ani że jej polska lokalizacja jest tak ważnym argumentem w międzynarodowych biznesach.

Firma syna Hu Jintao Nuctech powstał w 1997 roku z inicjatywy Hu Haifenga, syna Hu Jintao, czyli przywódcy Chin w latach 2003–2013. Era rządów Hu nazywana jest "złotą dekadą" Chin. Kraj ten dokonał wtedy ogromnego gospodarczego i technologicznego skoku. Przede wszystkim jednak 20 lat temu Chiny nie miały oficjalnie ani jednego miliardera. Gdy Hu kończył rządy, było ich już blisko 300. Zbiegło się to z pojawieniem się "czerwonych książątek", czyli dzieci ważnych polityków, w których rękach znalazły się najważniejsze sektory państwa. Hu Haifeng był właśnie jednym z takich "książątek" z na tyle mocną pozycją, że w 2008 roku został sekretarzem partii w Tsinghua Holdings, która kontroluje Nuctech i 20 innych firm. Później wycofał się z biznesu, przechodząc całkiem do polityki. Zanim jednak do tego doszło, podległe mu firmy zdążyły zdobyć tak potężne kontrakty, że stały się graczami ważnymi nie tylko w samych Chinach.

W marcu 2020 roku spółkę przemianowano na Nuctech Company. Zmiana nazwy nie miała jednak wpływu na podstawową kwestię: właścicielem przedsiębiorstwa produkującego aparaty rentgenowskie, skanery i systemy wykrywania materiałów wybuchowych jest Chińska Republika Ludowa. Co więcej, nadzór państwa nawet zwiększono. Kilka tygodni po zmianie nazwy holding Nuctech przeniósł większość swoich udziałów do China National Nuclear Corporation (CNNC), kontrolowanego przez państwo konglomeratu przemysłowego działającego w sercu chińskiego przemysłowego rozwoju potencjału nuklearnego – a ten ma oczywiste powiązania z aparatem wojskowym.

Wcześniej jednak Nuctech dokonało szybkiej ekspansji międzynarodowej. Zaczęło od ekspresowego podboju krajowego rynku dzięki lukratywnym kontraktom, szczególnie po ataku z 11 września 2001 roku, gdy wszystkie lotniska na świecie drastycznie zaostrzyły zasady bezpieczeństwa. W Państwie Środka praktycznie 90 proc. tego typu zleceń trafiło do firmy Hu Haifenga. Oprócz tego obsługiwała ona także zorganizowane w 2008 roku Igrzyska Olimpijskie w Pekinie – i wtedy też zaczęła zdobywać flagowe kontrakty na całym świecie. Dostarczała sprzęt na Expo w Mediolanie w 2015 roku, turniej tenisowy na Wimbledonie oraz Igrzyska Olimpijskie 2016 w Rio de Janeiro. W Unii Europejskiej zaś stała się ostatnio głównym dostawcą sprzętu zapewniającego bezpieczeństwo na lotniskach, używanego do kontroli osób, bagażu, materiałów eksploatacyjnych, ładunku i poczty.

"Lotniska, granice, obiekty publiczne"

Nuctech wkroczył na światowe rynki, agresywnie konkurując cenowo i odsuwając na bok zachodnich rywali: amerykańskie OSI Systems i Leidos Holdings oraz brytyjską Smiths Detection Group. Według amerykańskiego Departamentu Stanu Nuctech zgromadził 90 proc. udziału w europejskim rynku urządzeń służących do kontroli ładunków morskich i nawet do 50 proc. Rynku kontroli bagażu pasażerskiego i ładunku na lotniskach. Nuctech kwestionuje te wyliczenia, twierdząc, że udziały wynoszą odpowiednio około 70 i 10 proc. Według amerykańskiego rządu, jak ujawnił "The Wall Street Journal", stało się to możliwe dzięki strategii cenowej Nuctechu. Do tego doszła "trwająca dekadę agresywna kampania ukierunkowana na zdobycie znaczącego udziału w krytycznych segmentach infrastruktury w Europie kosztem producentów z USA". Czyli: amerykańscy konkurenci twierdzą, że Nuctech wycenia swoje produkty na około 25 do nawet 50 proc. Poniżej własnych kosztów.

"Te maszyny rozmieszczono już w całej Europie. Są wszędzie" – mówił serwisowi Politico Mikko Huotari, dyrektor Instytutu Mercator ds. nad Chinami w Berlinie.

A w sytuacji, w której chińska firma kontrolowana przez reżim ma wgląd we wszystkie porty lotnicze w Europie, politykom powinna się zapalić czerwona lampka. Przecież Nuctech dostarcza usługi, systemy i oprogramowanie do obsługi swojego sprzętu, który można podłączyć do zarządzanych przez porty lotnicze baz danych, które zawierają dane osobowe milionów Europejczyków. Obejmuje to systemy zarządzające przepływem pasażerów, przepływem bagażu oraz, w coraz większym stopniu, testowanie na lotniskach nowych technologii, takich jak choćby rozpoznawanie twarzy.

– Lotniska, granice, obiekty publiczne. Wiemy, że produkty Nuctechu są w Estonii powszechne, ale jak bardzo? Kiedy zapytane zostały o to policja i Straż Graniczna, okazało się, że nie mamy szczegółowych wykazów – mówi mi Frank Jüris, analityk z Estońskiego Instytutu Polityki Zagranicznej przy ICDS specjalizujący się w badaniu kontaktów z Chinami. – Gdyby to był sprzęt rosyjskiej produkcji, jestem pewien, że nikt tak łatwo nie zdecydowałby się na jego zakup i instalację. Ale Chiny, z którymi nie graniczymy, a które przez lata miały wizerunek gospodarki odtwórczej, dziś wciąż są w tej wrażliwej dziedzinie niedoceniane – dodaje.

Przypomnijmy, że cały rynek technologii bezpieczeństwa Komisja Europejska szacuje na 4,2 mld euro rocznie. Jak pokazuje Tenders Electronic Daily, czyli baza danych o zamówieniach w Unii, od 2014 do 2019 roku firma Nuctech podpisała 58 kontraktów z organami granicznymi i celnymi, ministerstwami, departamentami policji i innymi organizacjami rządowymi w 22 z 28 (jeszcze przed brexitem) krajów członkowskich UE. Jej sprzęt został zainstalowany na lotniskach od Florencji, przez Luton, po Budapeszt. Niektóre z tych kontraktów przyznano lokalnym spółkom zależnym, takim jak warszawski Nuctech oraz jej holenderska spółka zależna, której zadaniem jest zarządzanie sprzedażą i relacjami z europejskimi portami lotniczymi i władzami publicznymi.

Dane unijnej bazy danych, amerykańskich służb i samego Nuctechu dają jedynie ogólny wgląd w cały rynek. Niektórzy eksperci twierdzą, że nie pokazują w pełni dominacji firmy, której siła opiera się w ogromnej mierze na po prostu bardzo niskich cenach. Tak niskich, że już w 2009 roku zwrócili na nie uwagę europejscy regulatorzy. Wtedy w sprawie wniesionej przez brytyjską konkurencyjną firmę Smiths Detection chiński producent został ukarany karami antydumpingowymi. Następnie Komisja nałożyła cła handlowe w wysokości do 36 proc. na sprzęt firmy Nuctech, aby zrekompensować to, co uznała za nieuczciwą konkurencję na rynku europejskim.

Spór między Smiths a Nuctech był na tyle poważny, że spowodował tarcia między UE a Chinami.

Unijni urzędnicy odpowiedzialni za handel wezwali chińskie Ministerstwo Handlu, żeby – skoro europejski rynek otworzył się na chińskiego producenta – uczyniły to samo wobec producentów zachodnich. Pekin jednak od lat utrzymuje ścisłą kontrolę nad swoim rynkiem wewnętrznym i nie ma zamiaru dopuścić do niego konkurencji. W czasie gdy trwał ten spór, Nuctech dokonał ucieczki do przodu. Do Polski.

Z Kobyłki na świat

Firma swój oddział w Polsce założyła jednak już w 2009 roku i zaledwie pięć lat później pozyskała zamówienia celników i Straży Granicznej. "Wybraliśmy Polskę ze względu na niższe koszty produkcji i bardzo wysoki poziom wykształcenia technicznego" – tak w 2018 roku mówił lokalnemu serwisowi "Wieści Podwarszawskie" Wang Weidong, prezes zarządu Nuctech Warsaw. Okazją do tego wystąpienia było otwarcie już drugiego zakładu firmy w Polsce.

"Uważamy, że Polska, podobnie jak inne kraje Europy Środkowo-Wschodniej, będzie coraz bardziej strategiczną lokalizacją dla długofalowych inwestycji. Dlatego właśnie tu produkujemy skanery, które są wykorzystywane przez służby celne i podatkowe, lotnictwo cywilne oraz obiekty użyteczności publicznej do kontroli pojazdów, kontenerów, wagonów kolejowych oraz bagaży podróżnych na lotniskach. Części kupujemy w krajach Unii Europejskiej, główne zespoły, w tym wykrywacze i detektory, produkujemy w fabryce w Kobyłce. Jeśli zaś chodzi o oprogramowanie, to importujemy je z Chin" – zachwalał Weidong.

Uroczystość otwarcia zakładu produkcyjno-biurowego Nuctech w Kobyłka w 2018 r. Fot. PAIH Do tej pory Nuctech wyposażył w gigantyczne skanery bramowe terminale odpraw na przejściach granicznych na wschodzie Polski: od Terespola, przez Grzechotki, po Kuźnicę Białostocką i Dorohusk. Kolejne, już mniejsze, mobilne urządzenia tropią w kraju kontrabandę i pilnują bezpieczeństwa na lotniskach. Są nawet w polskim sejmie, co potwierdziła mi jego kancelaria. Choć nie potrafiła odpowiedzieć na pytanie, jak dużo jest tych urządzeń.

Za to wszyscy zgadzają się co do jednego: są coraz bardziej rozchwytywane. Nuctech zainstalował urządzenia do kontroli ładunku na niektórych z najbardziej wrażliwych granic Europy, w tym u bram Kaliningradu, rosyjskiego terytorium Morza Bałtyckiego oraz na granicach Estonii. Na granicach Unii z Białorusią i Ukrainą ładunek przechodzi przez skanery Nuctechu po obu stronach. Można by wręcz powiedzieć, że na tym sprzęcie opiera się bezpieczeństwo całej wschodniej flanki Unii.

Latem 2021 roku kolejny skaner otrzymały służby na przejściu granicznym Braniewo-Mamonowo. W miejscu ważnym, bo to polsko-rosyjskie przejście odgrywa jedną z kluczowych ról w transporcie towarów na szlaku kolejowym wschód-zachód i ma szansę stać się północnym punktem na Nowym Jedwabnym Szlaku. Kursują tędy pociągi omijające narastające zatory w Małaszewiczach. Litewskie: no go

Niemal w tym samym czasie 430 km na wschód, w graniczącej z Białorusią litewskiej Kienie Nuctech wygrał przetarg na dostawę aparatu rentgenowskiego dla przejścia granicznego – i nikt nie ogłaszał tego z fanfarami. Wręcz przeciwnie, wynik postępowania przyjęto z konsternacją. Urzędnicy otrzymali dwie oferty, ale tylko ta, którą przygotował warszawski oddziału Nuctechu, spełniała wymagania przetargowe, no i tradycyjnie była sporo tańsza. Mimo to dyrektor Departamentu Celnego Darius Žvironas zapowiedział, że przetarg może nie zostać rozstrzygnięty.

Sytuacja zrobiła się naprawdę napięta, bo przejście pilnie potrzebuje specjalistycznego sprzętu do kontroli towarów. Wartość szmuglowanych przez nie papierosów rocznie sięga nawet 2 mln euro.

Nuctech w Kobyłce. fot. PAIH

Litwa stanęła przed trudnym dylematem, bo przecież dopiero co się zarzekała, że nie będzie kupowała od Nuctechu. Szczególnie że równolegle naciskały na nią Stany Zjednoczone.

Waszyngton w całej Europie, od Chorwacji po Litwę, lobbuje za amerykańskimi firmami. Amerykańscy dyplomaci próbują wyprzedzić przetargi Nuctechu w Grecji, na Węgrzech, we Włoszech i w Portugalii. Tyle że argumenty mają słabe, co pokazała notatka Departamentu Stanu z 8 maja 2021 roku. Wynika z niej, że chorwacki minister finansów i inni urzędnicy tego państwa zbyli Amerykanów argumentem, że zasady zamówień publicznych stawiają sprawę jasno: trzeba wybrać najtańszego oferenta, a wyjątki od tej reguły ograniczają się do kwestii bezpieczeństwa narodowego.

Jak bardzo Stanom zależy na podcięciu skrzydeł Nuctechowi – widać najlepiej po tym, że reakcją na odpowiedź Chorwacji była propozycja Departamentu Bezpieczeństwa Wewnętrznego (DHS), aby potraktować sprawę jako jeden z argumentów za zniesieniem wiz dla Chorwatów. Zadziałało. Z końcem września 2021 roku Stany po latach starań ze strony rządu w Zagrzebiu oficjalnie ogłosiły:

Chorwacja wchodzi do gry o zniesienie obowiązku wizowego. "Wybór Chorwacji na nowego uczestnika programu bezwizowego jest ważnym uznaniem wspólnych interesów gospodarczych i bezpieczeństwa naszych krajów" – napisał A.M., szef DHS. A o zamówieniach na sprzęt od Nuctechu w Chorwacji nagle ucichło.

Zarząd firmy na moje prośby o rozmowę nie odpowiedział. Za to w dzienniku "Puls Biznesu" P.W., zastępca dyrektora generalnego Nuctech Warsaw, pod koniec 2021 roku zarzekał się, że jego firma nie boi się otwartej gry. "Najbardziej niebezpieczne są dla nas sytuacje, w których wybór oferty jest determinowany przez czynniki pozaekonomiczne" – mówił menedżer, ale pytań o kontrowersje wokół cen sprzętu i powiązań firmy z chińskim rządem nie uwzględnił.

Od kontraktów w Europie po nalot w Warszawie. Chińska firma szpieguje granice?

Publikacja 2024-04-25 13:45

Nuctech, chiński dostawca urządzeń do kontroli w punktach granicznych, trafił pod lupę władz Unii Europejskiej po wygraniu ponad 160 przetargów w 25 państwach wspólnoty - donosi “Financial Times”. Historia podejrzewanej o szpiegostwo i korzystanie z nieuczciwych subsydiów firmy ma polskie wątki: nalot na warszawskie biuro i kontrakt w Rzeszowie.

fot. Novikov Aleksey / / Shutterstock

24 kwietnia dziennik “Financial Times” poinformował o nalocie lokalnych służb na warszawskie i rotterdamskie biura chińskiej spółki Nuctech. Chińska Izba Handlowa przy UE stwierdziła, że organy ścigania “posiadające autoryzację Komisji Europejskiej” przejęły sprzęt IT i telefony komórkowe oraz zbadały dokumenty i zażądały dostępu do “istotnych danych” - podało “FT”.

Powodem nalotu może być postępowanie antysubsydyjne dotyczące chińskiej spółki, która przez lata wygrywała przetargi w niemal wszystkich państwach Unii Europejskiej. Decydowały o tym najniższe ceny wśród przedstawianych ofert, chociaż już od pewnego czasu pojawiały się ostrzeżenia, że jej produkty mogą stwarzać zagrożenie dla bezpieczeństwa narodowego. Organy UE podejrzewają, że firma mogła stosować cenowy dumping dzięki dotacjom od Pekinu, żeby dostarczać strategiczną infrastrukturę.

Nuctech to chińska państwowa firma, na której czele stał przez pewien czas syn byłego prezydenta kraju - Hu Jintao. Jest spółką zależną Tsinghua Tonfang, będącej z kolei częściową własnością China National Nuclear Corporation - potężnej cywilnej i wojskowej grupy nuklearnej. Produkuje skanery służące do prześwietlania ładunków cargo, bagaży oraz kontroli osób. Jej rozwiązania są wykorzystywane w punktach kontroli granicznej, na lotniskach i w morskich portach na terenie całej Unii Europejskiej. W ciągu ostatnich 10 lat spółka wygrała w niej ponad 160 przetargów.

Według “Financial Times” publicznie dostępne dokumenty wskazują, że Nuctech zarobił na nich 120 mln EUR od 2014 roku. Pieniądze pochodziły zarówno z unijnego budżetu, jak i środków poszczególnych państw wspólnoty. Ostatni kontrakt z chińską firmą w UE został podpisany przed miesiącem w Polsce. Dotyczy sprzętu rentgenowskiego o wartości około 3,5 mln euro, zakupionego przez organy podatkowe z Rzeszowa. Opisując historię, “FT” podkreślił wagę miasta w dostawach wojskowej pomocy dla Ukrainy.

Nuctech znajduje się na czarnej liście amerykańskiego departamentu handlu za “zaangażowanie w działania stojące w sprzeczności z interesami bezpieczeństwa narodowego USA” oraz kontrolę ze strony chińskich władz. Korzystanie z jej rozwiązań zostało zakazane przez Belgię, a gdy lotnisko w Strasburgu chciało kupić skanery firmy w 2022 r. przeciwko tej decyzji wystąpili członkowie Parlamentu Europejskiego. Szef belgijskiego urzędu celnego Kristian Vanderwaeren powiedział “FT”, że Nuctech mógł mieć dostęp do wewnętrznych systemów celnych państwa. “Po wejściu do systemu możesz mieć wgląd we wszystkie nasze zgłoszenia celne w Belgii. Możesz mieć pełny wgląd do danych o wszystkim, co wjeżdża i wyjeżdża z Belgii” - skomentował w rozmowie z dziennikarzami “Financial Times”.

Ze skanerów chińskiej spółki korzystają m.in. lotniska w Pizie i Zurychu, największy europejski port w Rotterdamie, a także organy celne Estonii i takich państw jak Włochy, Węgry, Holandia, Chorwacja, Dania, Bułgaria, Łotwa i Litwa. Na liście znajduje się również Polska. Jeżeli Unia Europejska wykaże, że Neutech sprzedawał produkty po zaniżonej cenie, żeby wygrywać przetargi i niszczyć konkurencję, firmie grozi kara w wysokości do 10% jej rocznych przychodów. Spółka twierdzi, że zarabia rocznie 840 mln euro i zatrudnia 4700 pracowników. Nawet jeżeli spadną na nią sankcję, otwartym pozostaje pytanie, co stanie się z jej skanerami obsługującymi europejskie lotniska, przejścia graniczne i w porty.

Sama firma broni się przed oskarżeniami i twierdzi, że nie ma dostępu do żadnych danych swoich klientów ani nie korzysta z państwowych subwencji. Tuż po nalotach na biura spółki Nuctech skomentował, że współpracuje z władzami w toku toczących się postępowań.

Cień Pekinu nad Polską: śledztwo KE w sprawie chińskiego giganta Nuctech

W biurach chińskiego koncernu Nuctech zlokalizowanych w Polsce i Holandii przeprowadzono niezapowiedziane inspekcje. Operacja, przeprowadzona pod egidą Komisji Europejskiej, poddała weryfikacji metody działania firmy, dostarczającej sprzęt do kontroli bezpieczeństwa na granicach. Interwencja ta nie tylko rzuca światło na działalność Nuctech, ale także stawia pytania o szerokość wpływów firmy na bezpieczeństwo całego kontynentu.

M.B. 2024-05-08

Nuctech, firma, którą przez pewien czas kierował syn byłego chińskiego prezydenta Hu Jintao, zyskała dominującą pozycję na rynku europejskim, wygrywając przetargi na dostawę skanerów i innych urządzeń bezpieczeństwa. Firma jest spółką zależną Tsinghua Tongfang, która z kolei jest częścią China National Nuclear Corporation, giganta z sektora cywilnego i wojskowego.

Specjalizując się w produkcji skanerów do prześwietlania ładunków cargo, bagaży i kontrolowania osób, Nuctech zdołała wpleść swoje technologie w infrastrukturę bezpieczeństwa całej Unii Europejskiej — od lotnisk, przez granice, po morskie porty. Od 2014 roku dzięki tym technologiom firma zarobiła co najmniej 120 mln EUR. Pieniądze pochodziły zarówno z unijnego budżetu, jak i środków poszczególnych państw wspólnoty.

Ostatni kontrakt, podpisany w Polsce dotyczy zakupu sprzętu rentgenowskiego, a jego wartość to 3,5 mln EUR.

Warto wspomnieć, że firma Nuctech znalazła się na amerykańskiej liście sankcyjnej z powodu działań uznanych za sprzeczne z interesami bezpieczeństwa narodowego USA.

Ponadto, w Belgii zdecydowano o zakazie korzystania z jej technologii, a próba zakupu skanerów przez lotnisko w Strasburgu w 2022 roku wywołała protesty wśród członków Parlamentu Europejskiego.

Kontrowersyjne metody zdobywania kontraktów przez Nuctech Komisja Europejska podejrzewa, że chińska firma mogła korzystać z nielegalnych subwencji państwowych, co pozwalało jej na oferowanie cen, które europejscy konkurenci mogli uznać za dumpingowe. Praktyka ta mogła zaburzyć równowagę na rynku, eliminując inne firmy i jednocześnie zwiększając zależność Europy od technologii kontrolowanych przez Pekin, a to już nie tylko kwestia finansów i rynkowej konkurencji. Sprawa Nuctech dotyka bezpośrednio europejskiego bezpieczeństwa. Jak zauważył szef belgijskiego urzędu celnego, produkty firmy mogły dać jej dostęp do wrażliwych systemów, a co za tym idzie, do danych o wszystkim, co przekracza granice państwa. To scenariusz, który może budzić niepokój w każdym kraju członkowskim UE, w którym używane są skanery Nuctech. Ze skanerów chińskiej spółki korzystają m.in. lotniska w Pizie i Zurychu, największy europejski port w Rotterdamie, a także organy celne Estonii i takich państw jak Włochy, Węgry, Holandia, Chorwacja, Dania, Bułgaria, Łotwa i Litwa. Na liście znajduje się również Polska.

W sytuacji, gdy Unia Europejska potwierdzi, że Nuctech stosował dumping cenowy, aby eliminować konkurencję, firma może zostać obciążona karą do 10% swoich rocznych przychodów, które wynoszą około 840 mln EUR. W obliczu potencjalnych sankcji rodzi się pytanie o dalsze losy skanerów Nuctech, które są kluczowym elementem infrastruktury bezpieczeństwa na wielu europejskich granicach i portach. Usunięcie ich może być kosztowne i skomplikowane, ale pozostawienie może wiązać się z długoterminowym ryzykiem. To dylemat, przed którym teraz stoi Europa, a decyzje, które zostaną podjęte, będą miały wpływ nie tylko na bezpieczeństwo kontynentalne, ale i na polityczne relacje z Chinami.

W odpowiedzi na te wyzwania Nuctech zadeklarował pełną współpracę z unijnymi służbami i obiecał, że jego dział prawny niebawem przedstawi więcej szczegółów. Firma Nuctech założyła swój oddział w Polsce w 2009 roku, a już pięć lat później zaczęła dostarczać swoje produkty dla polskich celników i Straży Granicznej. – Wybraliśmy Polskę ze względu na niższe koszty produkcji i bardzo wysoki poziom wykształcenia technicznego – tak w 2018 roku mówił lokalnemu serwisowi „Wieści Podwarszawskie" Wang Weidong, prezes zarządu Nuctech Warsaw. Okazją do tego wystąpienia było otwarcie już drugiego zakładu firmy w Polsce.

Nuctech produkuje w Polsce skanery wykorzystywane przez służby celne, lotnictwo cywilne oraz w miejscach użyteczności publicznej do kontroli pojazdów, kontenerów, wagonów kolejowych oraz bagaży na lotniskach. Części do urządzeń są pozyskiwane z krajów Unii Europejskiej, a kluczowe komponenty takie jak wykrywacze i detektory są produkowane w fabryce zlokalizowanej w Kobyłce. Oprogramowanie do urządzeń jest importowane z Chin.

Dowody odwołującego:

Pytanie wymagające odpowiedzi na piśmie E-003419/2023

do Komisji

Artykuł 138

A.K. (ECR)

Temat: Kwestie bezpieczeństwa związane z urządzeniami skanującymi na zewnętrznych granicach UE

Wyrażono obawy dotyczące kwestii bezpieczeństwa związanych z wykorzystaniem urządzeń skanujących i usług dostarczanych przez chińską firmę Nuctech na większości zewnętrznych granic UE. Jako firma państwowa, Nuctech podlega Komisji Nadzoru i Administracji Aktywów Państwowych Rady Państwa i raportuje do chińskich służb wywiadowczych. Eksperci techniczni udowodnili, że celne urządzenia skanujące Nuctech są podatne na wycieki. Co więcej, jest prawdopodobne, że sprzęt i usługi Nuctech są wykorzystywane do tłumienia mniejszości (religijnych) w Chinach.

Fundusz instrumentu wsparcia finansowego na rzecz sprzętu do kontroli celnej (Customs Control Equipment Instrument (CCEI)) obecnie nadal umożliwia państwom członkowskim UE zamawianie sprzętu i usług Nuctech. Jednak wymogi prawne i warunki korzystania ze środków CCEI jasno określają, że firma taka jak Nuctech nie powinna być dopuszczana do udziału w procedurach przetargowych na warunkach CCEI.

Czy Komisja w pełni wdroży i wyegzekwuje obowiązujące zasady i wstrzyma takie zamówienia? Czy Komisja dostosuje format CCEI tak, aby środki te mogły być wykorzystywane wyłącznie do nabywania całkowicie bezpiecznych urządzeń skanujących produkowanych w UE, zapewniając, że wszystkie luki w systemach kończą się na terytorium UE i mogą być weryfikowane w ramach jurysdykcji UE?
E-003419/2023
Odpowiedź udzielona przez pana Gentiloni
w imieniu Komisji Europejskiej
(25.1.2024 r.)
Do tej pory Komisja nie otrzymała konkretnych dowodów awarii technicznych sprzętu do kontroli celnej zagrażających bezpieczeństwu UE lub prawom człowieka.
Jak stwierdzono w poprzednich odpowiedziach Komisji na pytania pisemne E-003926/2022, E-04137/2022 i P-002805/2023, odpowiedzialność za procedury udzielania zamówień spoczywa na państwach członkowskich. Kryteria i wymogi kwalifikowalności instrumentu wsparcia finansowego na rzecz sprzętu do kontroli celnej (CCEI) są określone w zaproszeniu do składania wniosków na lata 2021-2022 i odpowiednich umowach o udzielenie dotacji.
Jak stwierdzono w poprzedniej odpowiedzi Komisji na pytanie pisemne P-002805/2023, w obecnych ramach zamówienia mogą być ograniczone przez państwo członkowskie, w szczególności po przeprowadzeniu krajowej oceny bezpieczeństwa. Bezpieczeństwo urządzeń ma ogromne znaczenie, a Komisja zapewnia państwom członkowskim wytyczne w tym zakresie.
Aby jeszcze bardziej chronić bezpieczeństwo UE, Komisja przewiduje dodatkowe środki w odniesieniu do przyszłych zaproszeń do składania wniosków dot. CCEI. Obejmuje to w szczególności zaostrzone wymogi dotyczące zapewnienia bezpieczeństwa urządzeń i ich użytkowania (w tym ochrony wytwarzanych danych) w ramach zamówień związanych z CCEI oraz konieczność zaangażowania krajowych służb bezpieczeństwa/cyberbezpieczeństwa w ten proces w stosownych przypadkach.
Dowody:
Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania, dowody złożone przez odwołującego, zamawiającego i przystępującego Anglosec.
Rozważania Krajowej Izby Odwoławczej:
KIO dopuściła w charakterze uczestników postępowania wykonawcę Cenzin spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie po stronie odwołującego i wykonawcę Anglosec spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie po stronie zamawiającego.
KIO nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy. W ocenie KIO art. 528 pkt. 2 ustawy nie ma zastosowania w sytuacji, gdy zamawiający podnosi brak wykazania przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy. Brak materialnoprawny może być podstawą oddalenia odwołania, a nie uznania odwołania za wniesione przez podmiot nieuprawniony. Podmiotem nieuprawnionym będzie przykładowo jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, który wnosi odwołanie wyłącznie we własnym imieniu, albo gdy odwołanie wnosi podmiot, który nie złożył w ogóle w postępowaniu oferty. Natomiast brak interesu w uzyskaniu zamówienia czy brak wykazania szkody są swoim charakterem zbliżone do interesu prawnego w procedurze cywilnej i jako takie stanowią przesłanki materialnoprawne dopuszczalności odwołania, których nie wykazanie skutkuje oddaleniem odwołania, a nie jego odrzuceniem w oparciu o art. 528 pkt. 2 ustawy.
KIO oceniła, że odwołujący wbrew stanowisku zamawiającego posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Zamawiający podnosił, że odwołujący nie będzie mógł złożyć oferty, bo nie jest w stanie zaoferować przedmiotu, który spełniałby wymagania zamawiającego, co do posiadania certyfikatu TSA i limitu kontroli przekraczającej 100ml. Jednak jak słusznie podnosił odwołujący nie można wykluczyć, że odwołujący jest zainteresowany udziałem w postępowaniu wspólnie z innymi podmiotami czy w charakterze podmiotu udostępniającego zasoby, a jego udział w postępowaniu nie musi być ściśle skorelowany z dostawą produktu o określonych w SWZ właściwościach. Można wskazać, że zamawiający poza przedmiotowymi warunkami zamówienia, przewidział także warunki udziału w postepowaniu, w tym w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej - w zakresie płynności finansowej i posiadania polisy ubezpieczeniowej określonej wartości, których spełnienie nie musi wiązać się z dostawą przedmiotu zamówienia, a umożliwiać odwołującemu realizację zamówienia w określonej części. Natomiast określenie dodatkowych przesłanek wykluczenia w pkt. IV pkt. 4 SWZ uniemożliwia mu nawet taki udział w uzyskaniu zamówienia, bowiem przesłanki wykluczenia będą powodowały, że w żadnej konfiguracji odwołujący nie będzie mógł się ubiegać o przedmiotowe zamówienie. Tym samym to właśnie dodatkowa przesłanka wykluczenia stanowi dla odwołującego barierę dostępu do zamówienia w jakiejkolwiek części czy w jakimkolwiek charakterze. Tym samym KIO uznała, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.
Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący uważa, że zamawiający nie wykazał obiektywnego charakteru

dodatkowej przesłanki wykluczenia. KIO nie podziela tego poglądu. Przede wszystkim rację ma zamawiający, że zamawiający sektorowi są na gruncie przepisów tak unijnych jak i krajowych traktowani w sposób szczególny. Do zamawiających sektorowych ma zastosowanie odrębna dyrektywa 2014/25/WE, która w art. 80 przewiduje większą swobodę zamawiających sektorowych w stosowaniu obligatoryjnych i fakultatywnych przesłanek wykluczenia, w tym także analogicznie jak art. 393 ust. 1 pkt 2 ustawy możliwość skorzystania z przesłanek nie występujących w dyrektywie klasycznej 2014/24WE pod warunkiem obiektywnego charakteru przesłanki i wskazania w dokumentach zamówienia. Ustawodawca wspólnotowy wpisał też wprost dla zamawiających sektorowych prawo do stosowania preferencji unijnych - art. 85 dyrektywy sektorowej posiadający swój odpowiednik w art. 393 ust. 1 pkt 4 ustawy oraz szczególny sposób postępowania w relacjach z państwami trzecimi w zakresie zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi - art. 86 dyrektywy sektorowej. To świadczy o tym, że zamawiający sektorowi z racji swego szczególnego statusu ocenianego przez pryzmat działalności jaką wykonują, a nie rodzaj władztwa jakie sprawują, mają szersze prawa od zamawiających klasycznych. Jednocześnie należy zauważyć, że ustawodawca tak unijny jak i krajowy dostrzegają potrzebę ochrony unijnego rynku zamówień publicznych ograniczając dostęp wykonawców pochodzących z państw nie posiadających umów międzynarodowych zawartych, czego przykładami na poziomie unijnym są przywoływane przez obie strony rozporządzenie Rady (UE) nr 833/2014 z 31 lipca 2014 dotyczące środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie w brzmieniu nadanym rozporządzeniem Rady (UE) 2022/576 w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014, czy rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2025/1197 z 19 czerwca 2025 r. nakładające środek Instrumentu Zamówień Między narodowych ograniczający dostęp wykonawców i wyrobów medycznych pochodzących z Chińskiej Republiki Ludowej do unijnego rynku zamówień publicznych dla wyrobów medycznych zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/1031, czy na gruncie prawa krajowego art. 16 a i 16b dodane ustawą z dnia 9.07.2025 r. (Dz.U. z 2025 r. poz. 1165), które weszły w życie 9 września 2025 r., a które dotyczą także zamawiających sektorowych.

W tej sprawie zamawiający rozszerzył zakres stosowania niedopuszczenia wykonawców pochodzących z tzw. państw trzecich rozszerzając zakres art. 16a ustawy. Zgodnie z art. 16 b pkt. 1 wykonawcami pochodzącymi z tzw. państw trzecich to wykonawcy, którzy prowadzą działalność gospodarczą oraz mają siedzibę albo miejsce zamieszkania w państwach trzecich. Natomiast w tym postępowaniu zamawiający wykluczył udział także wykonawców, którzy wprawdzie mają siedzibę lub miejsce zamieszkania w państwie członkowskim i w nim prowadzą działalność gospodarczą, ale którzy z uwagi na różne formy powiązania z państwem trzecim mogą korzystać z warunków świadczenia zamówienia niedostępnych wykonawcom z państw unijnych. W swojej istocie ta sprawa wymaga zatem rozstrzygnięcia, czy zamawiający sektorowy ma prawo zawęzić dostęp do zamówienia innym podmiotom niż określone w art. 16a i b ustawy. Aby odpowiedzieć na to pytanie trzeba odwołać się do dwóch wyroków Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej czyli z 22 października 2024 r., w sprawie C-652/22 Kolin, w którym TSUE stwierdził, że wykonawcy z państw trzecich, które nie zawarły z Unią Europejską umowy międzynarodowej gwarantującej dostęp do zamówień publicznych na zasadzie wzajemności i równości (dalej jako „wykonawcy z państw trzecich"), nie mają prawa do „nie mniej korzystnego traktowania" w rozumieniu art. 43 dyrektywy 2014/25 (tzw. dyrektywa sektorowa) i nie mogą powoływać się na przepisy dyrektywy 2014/25 w celu zakwestionowania decyzji o udzieleniu danego zamówienia. Innymi słowy tacy wykonawcy nie mają co do zasady zapewnionego dostępu do unijnego rynku zamówień publicznych. Decyzję o dopuszczeniu takich wykonawców do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak również to na jakich warunkach będą uczestniczyć z postępowaniu decyzja co do tego na jakich zasadach będą oni dopuszczeni, ma podejmować zamawiający. TSUE podkreślił, że dostęp do rynku zamówień publicznych państw członkowskich, jako element wspólnej polityki handlowej, pozostaje w zakresie wyłącznej kompetencji Unii Europejskiej, oraz
Z 13 marca 2025 r., C-266/22 Qingdao, w trybie prejudycjalnym na wniosek złożony przez Curtea de Apel Bucureşti (sąd apelacyjny w Bukareszcie, Rumunia), gdzie TSUE podtrzymując wcześniejsze rozstrzygnięcie, podkreślił wyłączną kompetencję Unii do stanowienia prawa lub przyjmowania prawnie wiążących aktów w zakresie dostępu do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego dla wykonawców z państw trzecich, które nie zawarły umowy międzynarodowej z Unią.

W obu tych rozstrzygnięciach Trybunał wyraźnie podkreślał, że wykonawcy z państw trzecich nie mają zapewnionego równego dostępu do unijnych zamówień, oraz to, że do stanowienia prawa w tym zakresie ma wyłączną kompetencję Unia, a także i to jest najważniejsze dla rozstrzygnięcia tej sprawy, że to instytucje zamawiające mogą decydować do tym czy wykonawcy z państw trzecich będą dopuszczeni i na jakich warunkach do zamówienia unijnego. Czyli co do zasady Trybunał przyznał zamawiającym (w tym zamawiającym sektorowym) uprawnienie do dopuszczania wykonawców do udziału w zamówieniu.

W dalszej kolejności należy wskazać na wytyczne Komisji UE „PARTICIPATION IN THE EU PROCUREMENT MARK OF BIDDERS FROM NON-COVERED THIRD COUNTRIES IN VIEW OF THE RECENT COURT OF JUSTICE LAW (JUDGMENTS IN CASES C-652/22, *KOLIN*, AND C-266/22, *QINGDAO*). Z wytycznych tych wynika, że :

„Instytucje / podmioty zamawiające w UE mają obowiązek dopuszczenia do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, na niedyskryminacyjnych zasadach, wyłącznie wykonawców z państw trzecich, z którymi UE ma międzynarodowe zobowiązania w zakresie zamówień (zob. pkt 41-43 wyroku w sprawie Kolin).
W odniesieniu do wykonawców z państw nieobjętych zobowiązaniami (zob. pkt 44 wyroku w sprawie Kolin), to każda instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający decyduje o dopuszczeniu lub niedopuszczeniu takich wykonawców do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (zob. pkt 63 wyroku w sprawie Kolin).
Wspólna polityka handlowa UE, która stanowi sedno rozumowania Trybunału, nie podlega żadnym progom ani istnieniu interesu transgranicznego, w przeciwieństwie do swobód rynku wewnętrznego, które są podstawą dyrektyw w sprawie zamówień publicznych i mają zastosowanie tylko powyżej pewnych progów. W związku z tym zasady wyroku w sprawie Kolin mają zastosowanie do każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, niezależnie od progów unijnych i wartości oferty.
Instytucje państw członkowskich nie mogą przyjmować żadnych przepisów o charakterze ogólnym dotyczących traktowania lub ochrony prawnej wykonawców z państw nieobjętych dyrektywą ani żadnych innych kwestii lub warunków związanych z dostępem wykonawców z państw nieobjętych dyrektywą do unijnego rynku zamówień publicznych.
Poszczególne instytucje zamawiające mogą podejmować decyzje w odniesieniu do własnych postępowań o udzielenie zamówienia dotyczących dostępu wykonawców nieobjętych dyrektywą, albo na podstawie indywidualnych przypadków, albo zgodnie z niewiążącym jednolitym podejściem.
Instytucje zamawiające mogą z wyprzedzeniem wskazać w dokumentach przetargowych swoją decyzję o dopuszczeniu lub niedopuszczeniu do udziału w postępowaniu wykonawców z państw trzecich nieobjętych zobowiązaniami oraz, w przypadku ich dopuszczenia, ustalenia mające zastosowanie do ich ofert.
Mogą również podjąć decyzję o nieinformowaniu o tym z wyprzedzeniem. W przypadku braku jakiegokolwiek odniesienia do tej kwestii w ogłoszeniu o zamówieniu / specyfikacji istotnych warunków zamówienia, instytucja zamawiająca / podmiot zamawiający nadal ma możliwość przyjęcia lub odrzucenia oferty wykonawcy z kraju nieobjętego gwarancją w dowolnym momencie procesu udzielania zamówienia."
Tym samym w ocenie KIO należy uznać, że wbrew stanowisku odwołującego nie musi być wydany przepis prawa czy to unijnego, czy krajowego, aby wykonawcy z państw trzecich mogli być pozbawieni dostępu do zamówienia unijnego, jest to zależne od decyzji zamawiającego. Odwołujący podnosił, że sankcja wykluczenia wykonawcy z państwa trzeciego nie może być rozciągnięta na wykonawcę posiadającego siedzibę i prowadzącego działalność na terenie państwa członkowskiego. Jednak w ocenie KIO ujęcie przez krajowego ustawodawcę w art. 16 b pochodzenia wykonawcy wyłącznie przez pryzmat siedziby i miejsca prowadzenia działalności, jest ujęciem węższym niż wynika to z art. 3 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/1031 z dnia 23 czerwca 2022 r. w sprawie dostępu wykonawców, towarów i usług z państw trzecich do unijnych rynków zamówień publicznych i koncesji oraz procedur wspierających negocjacje dotyczące dostępu unijnych wykonawców, towarów i usług do rynków zamówień publicznych i koncesji państw trzecich (Instrument Zamówień Międzynarodowych – IZM), zgodnie z którym
1. Za miejsce pochodzenia wykonawcy uznaje się:
a) w przypadku osoby fizycznej – państwo, którego osoba ta jest obywatelem lub w którym osoba ta posiada miejsce stałego pobytu;
b) w przypadku osoby prawnej:
(i) państwo, zgodnie z którego prawem osoba prawna została utworzona lub w inny sposób zorganizowana i na którego terytorium prowadzi istotną działalność gospodarczą;
(ii) jeżeli osoba prawna nie prowadzi istotnej działalności gospodarczej na terytorium państwa, w którym została utworzona lub w inny sposób zorganizowana, miejscem pochodzenia tej osoby prawnej jest miejsce pochodzenia osoby lub osób, które mogą wywierać, bezpośrednio lub pośrednio, dominujący wpływ na tę osobę prawną z racji bycia właścicielem tej osoby prawnej, posiadania w niej udziału finansowego lub zasad, które rządzą tą osobą prawną.
Do celów akapitu pierwszego lit. b) pkt (ii) uznaje się, że dana osoba lub osoby wywierają dominujący wpływ na daną osobę prawną w którymkolwiek z następujących przypadków, w których, bezpośrednio lub pośrednio:
a) posiadają większość subskrybowanego kapitału osoby prawnej;
b) kontrolują większość głosów przypadających na udziały lub akcje wyemitowane przez osobę prawną; lub
c) mogą powołać więcej niż połowę członków organu administracyjnego, zarządzającego lub nadzorczego osoby prawnej.
2. W przypadku gdy wykonawca jest grupą osób fizycznych lub prawnych, podmiotów publicznych lub jakimkolwiek ich połączeniem, a przynajmniej jedna z tych osób lub przynajmniej jeden z tych podmiotów pochodzi z państwa trzeciego, którego wykonawcy, towary lub usługi są objęte środkiem IZM, środek ten stosuje się również do ofert złożonych przez tę grupę.
Jednakże w przypadku gdy udział takich osób lub podmiotów w grupie wynosi mniej niż 15 % wartości oferty złożonej

przez tę grupę, środek IZM nie ma zastosowania do tej oferty, chyba że te osoby lub podmioty są niezbędne do spełnienia w większości przynajmniej jednego z kryteriów kwalifikacji w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
KIO oczywiście dostrzega, że rozporządzenie IZM nie ma w tej sprawie zastosowania, jednak przyjęta w nim definicja pochodzenia wykonawców przeczy tezie odwołującego, że wykonawca posiadający siedzibę i miejsce prowadzenia działalności w państwie członkowskim nie może być uznany na gruncie prawa unijnego za podmiot pochodzący z państwa trzeciego. To w ocenie KIO oznacza, że zamawiający sektorowy, jak w tej sprawie mając możliwość szerszego zastosowania przesłanek wykluczenia niż zamawiający klasyczny, mógł odnieść się do definicji pochodzenia wykonawcy wiążącej to pochodzenie nie tylko z siedzibą i prowadzeniem działalności, ale także z powiązaniami kapitałowymi, właścicielskim i innymi działaniami kontrolnymi wskazującymi na rzeczywiste pochodzenie wykonawcy.
Co do braku możliwości wykluczenia, to należy dostrzec, że art. 3 ust. 3 cyt. rozporządzenia IZM przewiduje sankcję wykluczenia już tylko za nieuzasadnioną odmowę przedłożenia, rozszerzenia, wyjaśnienia lub uzupełnienia w odpowiednim terminie informacji lub dokumentów związanych z weryfikacją pochodzenia wykonawcy. Tym samym ponownie nie jest tak jak podniósł to odwołujący, że wykluczenie ze względu na pochodzenie nie jest możliwe na gruncie prawa unijnego. Co do obiektywnej przesłanki, o której mowa w art. 393 ust. 1 pkt 2 ustawy, to w ocenie KIO przesłanki wykluczenia tak określone w art. 108 i 109 jak i wprowadzone przez zamawiających sektorowych mają służyć eliminacji wykonawców nierzetelnych. W ocenie KIO wykonawca nierzetelny, to taki, który nie daje gwarancji zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji. W sytuacji, gdy wobec wykonawcy utworzonego według przepisów prawa unijnego jedynie w celu zapewnienia takiemu wykonawcy równego dostępu do zamówienia, z obejściem zasad niestosowania przepisów dyrektyw zamówieniowych do podmiotów pochodzących z państw trzecich, należałoby uznać, że nie jest to wykonawca gwarantujący odpowiedni poziom wiarygodności. W ocenie KIO wykonawca pochodzący w rozumieniu art. 3 rozporządzenia IZM z państwa trzeciego i mogący korzystać z zasobów udostępnianych przez to państwo trzecie, może prowadzić do zaburzenia uczciwej konkurencji w ramach unijnego rynku zamówień, choćby z uwagi na niedostępne innym wykonawcom źródła finansowania, czy zasoby udostępniane przez państwo trzecie. W tym znaczeniu w ocenie KIO przesłanka zastosowana przez zamawiającego ma charakter obiektywny i jej wprowadzenie było dopuszczalne na gruncie art. 393 ust. pkt. 2 ustawy.
W tym miejscu warto wskazać na wyrok TSUE wydany w sprawie sygn. C-94/99 Arge, w którym TSUE stwierdził, że żaden z przepisów dyrektywy nie przewiduje zakazu udziału wykonawców, który korzysta z pomocy pub licznej, jednak jeśli ta pomoc byłaby niezgodna z postanowieniami Traktatu, to może on zostać wykluczony w udziału w postępowaniu. Zdaniem KIO wyrok ten wskazuje, że zamawiający sektorowy może wprowadzić dodatkową przesłankę wykluczenia wykonawcy, w tym wykonawcy utworzonego zgodnie z prawem unijnym, jeśli wykonawca ten w ramach prowadzonej działalności może korzystać z wsparcia, które można byłoby ocenić jako niezgodne z zasadami traktatowymi. Dodatkowo zamawiający w tym postępowaniu wskazywał na ważny interes publiczny jakim jest zachowanie operacyjności lotniska i zwiększenie gwarancji bezpieczeństwa.
W ocenie KIO, to na odwołującym, wbrew jego twierdzeniom ciążył obowiązek wykazania, że zamawiający jest w stanie zrealizować zasadę uczciwej konkurencji w sytuacji dopuszczenia odwołującego do postępowania, stosując inne bardziej proporcjonalne rozwiązania. W ocenie KIO odwołujący powołał się wyłącznie na zasady traktatowe, pomijając przepisy unijne oraz wykładnię stosowaną przez TSUE, z których wynika, że nawet wykonawca utworzony na terenie Unii i prowadzący na jej terenie działalność może być uznany za wykonawcę pochodzącego z państwa trzeciego. Nadrzędnym celem dyrektyw zamówieniowych jak i ustawy jest zachowanie zasady uczciwej konkurencji, a jak wynika z rezolucji Parlamentu Europejskiego, na którą powoływał się zamawiający, udział wykonawców powiązanych osobowo lub kapitałowo z państwem trzecim może w tym przypadku zaburzać uczciwą konkurencję.
Z tych wszystkich względów KIO oddaliła odwołanie.
KIO nie mogła odrzucić odwołania na podstawie 505 ust. 1 a w związku z art. 528 ustawy, bowiem art. 16a ustawy zakreśla zastosowanie ustawy, w tym przepisów odwoławczych, a art. 16b ust. 1 pkt 1 ustawy wskazuje na węższą niż w przypadku tego postępowania definicję wykonawcy z państwa trzeciego. W ocenie KIO zatem nie było podstaw prawnych do odmowy odwołującemu prawa do wniesienia odwołania na gruncie przepisów prawa krajowego, którymi KIO rozpoznaje odwołania od czynności zamawiających dokonanych niezgodnie z przepisami ustawy lub zaniechań czynności, do których zamawiający był zobowiązany przepisami ustawy. Zatem zakres kognicji KIO każdorazowo wyznacza przepis ustawy, który nie może być zmieniony przez zamawiających dokumentami zamówienia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt. 1 cyt. rozporządzenia

zaliczając w poczet kosztów koszty wpisu. Skoro zarzuty odwołania nie potwierdziły się, żaden z zaliczonych kosztów odwołującego nie podlegał rozliczeniu. Zamawiający wniósł o zasądzenie kosztów i złożył spis kosztów oraz faktury i bilety, przy czym wydatki pełnomocnika z tytułu kosztów dojazdu w wysokości 338 zł. i koszty noclegu pełnomocnika w wysokości 280,25 zł. zgodnie z par. 5 pkt. 2 lit. b obejmują wydatki i wynagrodzenie pełnomocnika w limitowanej łącznej kwocie 3 600zł., z tego względu KIO nakazała odwołującemu zwrot na rzecz zamawiającego kosztów postępowania w postaci wydatków pełnomocnika w kwocie 3 600 zł. i dojazdu zamawiającego w kwocie 2 125zł. łącznie 5 725 zł.

Przewodnicząca: ……

……

……