

WYROK
z dnia 22 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 lutego 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **10 lutego 2012 r.** wniesionego przez wykonawcę **RADMOR S.A. z siedzibą w Gdyni, ul. Hutnicza 3, 81-212 Gdynia** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa**

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zmodyfikowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie:

- 1) załącznika nr 1 do specyfikacji w części dotyczącej Radiotelefonu Noszonego DMR, w pkt 1.30 przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, przez dokładne opisanie zgodnie z art. 30 Pzp:
 - a) funkcjonalności nazwanej przez zamawiającego „IP Site Connect”,
 - b) funkcjonalności nazwanej przez zamawiającego „Site Roaming”,
 - c) sposobu przesyłania wiadomości tekstowych,
 - d) sposobu maskowania korespondencji;
- 2) załącznika nr 1 do specyfikacji, w części dotyczącej Radiotelefonu Przewoźnego DMR, w pkt 1.27 przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty przez dokładne opisanie zgodnie z art. 30 Pzp:
 - a) funkcjonalności nazwanej przez zamawiającego „IP Site Connect”,

- b) funkcjonalności nazwanej przez zamawiającego „Site Roaming”,
- c) sposobu przesyłania wiadomości tekstowych,
- d) sposobu maskowania korespondencji.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000** zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **RADMOR S.A. z siedzibą w Gdyni, ul. Hutnicza 3, 81-212 Gdynia**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **15 000** zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez zamawiającego **Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa** na rzecz wykonawcy **RADMOR S.A. z siedzibą w Gdyni, ul. Hutnicza 3, 81-212 Gdynia** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484 i Nr 234, poz. 1286) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Doposażenie przygranicznych jednostek Policji w sprzęt radiokomunikacyjny służący poprawie możliwości komunikacji radiowej w obszarze granicy UE«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484 i Nr 234, poz. 1286) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2 lutego 2012 r. pod nrem 2012/S 22-035594.

Wykonawca Radmor SA z siedzibą w Gdyni, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, wniósł 10 lutego 2012 r. do Prezesa KIO odwołanie od czynności polegającej na sformułowaniu w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia) opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisami ustawy:

- 1) w części dotyczącej Radiotelefonu Noszonego DMR, w pkt 1.30 o następującym brzmieniu. „Współpraca w pełnym zakresie z urządzeniami radiokomunikacyjnymi DMR produkcji firmy MOTOROLA serii MOTOTRBO użytkowanymi przez Policję i Straż Graniczną, stacja retransmisyjna DR 3000, radiotelefon przewoźny DM 3601, radiotelefon noszony DP 3601. Współpraca w pełnym zakresie rozumiana jest w szczególności przez realizację następujących funkcjonalności: IP Site Connect, Site Roaming, przesyłanie wiadomości tekstowych i maskowanie korespondencji”;
- 2) w części dotyczącej Radiotelefonu Przewoźnego DMR, w pkt 1.27 o następującym brzmieniu: „Współpraca w pełnym zakresie z urządzeniami radiokomunikacyjnymi DMR produkcji firmy MOTOROLA serii MOTOTRBO użytkowanymi przez Policję i Straż Graniczną: stacja retransmisyjna DR 3000, radiotelefon przewoźny DM 3601, radiotelefon noszony DP 3601. Współpraca w pełnym zakresie rozumiana jest w szczególności przez realizację następujących funkcjonalności: IP Site Connect, Site Roaming, przesyłanie wiadomości tekstowych i maskowanie korespondencji”.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp – przez zamieszczenie w treści specyfikacji opisu przedmiotu zamówienia nie spełniającego norm zawartych w naruszonych

przepisach, gdyż przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń ze względu na to, że zamawiający przywołał nazwy funkcjonalności zamawianych radiotelefonów („IP Site Connect, Site Roaming, przesyłanie wiadomości tekstowych i maskowanie korespondencji”), odnoszące się do produktów jednego producenta, zamiast opisać je za pomocą ogólnie zrozumiałych parametrów technicznych, uniemożliwiając tym samym odwołującemu, nie reprezentującemu interesów wskazanego producenta, prawidłową ocenę dopuszczalności udziału w postępowaniu zamówienia i możliwości dostarczenia produktów równoważnych, czym naruszył zasadę równego traktowania wykonawców i utrudnił uczciwą konkurencję;

- 2) art. 30 Pzp – przez nieopisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z tymi przepisami – zamawiający używa we wskazanych wyżej fragmentach załącznika nr 1 do specyfikacji nazw własnych oraz nieprecyzyjnych określeń, nie zawierając informacji, o której mowa w art. 30 ust. 1-3 Pzp ani nie opisując wymaganych funkcjonalności przedmiotu zamówienia w sposób dokładny, naruszając tym art. 30 ust. 6 Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmodyfikowania specyfikacji w następujących częściach i we wskazany poniżej sposób:

- 1) załącznika nr 1 do specyfikacji w części dotyczącej Radiotelefonu Noszonego DMR w pkt 1.30 przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w szczególności przez dokładne opisanie zgodnie z art. 30 Pzp:
 - a) funkcjonalności IP Site Connect,
 - b) funkcjonalności Site Roaming,
 - c) sposobu przesyłania wiadomości tekstowych, a w szczególności przez:
 - podanie sposobu tworzenia reprezentacji bitowej przesyłanych wiadomości tekstowych,
 - podanie protokołu komunikacyjnego (radiowego) wykorzystywanego do przesyłania wiadomości tekstowych,
 - d) sposobu maskowania korespondencji, a w szczególności przez:
 - podanie szczegółowego zakresu danych podlegających maskowaniu,
 - podanie algorytmu maskującego przez wskazanie dokumentu standaryzującego, a jeżeli algorytm nie jest zestandaryzowany – przekazanie algorytmu w postaci dokładnego opisu (listingu) i diagramu,
 - podanie sposobu tworzenia reprezentacji bitowej klucza szyfrującego i sposobu jego implementacji w algorytmie.

2) załącznika nr 1 do specyfikacji (Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia), w części dotyczącej Radiotelefonu Przewoźnego DMR w pkt 1.27 przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w szczególności przez dokładne opisanie zgodnie z art. 30 Pzp:

- a) funkcjonalności „IP Site Connect”,
- b) funkcjonalności „Site Roaming”,
- c) sposobu przesyłania wiadomości tekstowych, a w szczególności przez:
 - podanie sposobu tworzenia reprezentacji bitowej przesyłanych wiadomości tekstowych,
 - podanie protokołu komunikacyjnego (radiowego) wykorzystywanego do przesyłania wiadomości tekstowych,
- d) sposobu maskowania korespondencji, a w szczególności przez:
 - podanie szczegółowego zakresu danych podlegających maskowaniu,
 - podanie algorytmu maskującego przez wskazanie dokumentu standaryzującego a jeżeli algorytm nie jest zestandaryzowany – przekazanie algorytmu w postaci dokładnego opisu (listingu) i diagramu,
 - podanie sposobu tworzenia reprezentacji bitowej klucza szyfrującego i sposobu jego implementacji w algorytmie.

Argumentacja odwołującego

Odwołujący składa odwołanie przed otwarciem ofert, a odwołanie dotyczy postanowień specyfikacji. W takim przypadku każdy wykonawca posiada interes, aby jemu zostało udzielone zamówienie. Podobnie wyrok KIO z 4 października 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2036/10. Zarzucane uchybienia mogą uniemożliwić odwołującemu złożenie oferty konkurencyjnej w stosunku do ofert innych wykonawców lub w ogóle uniemożliwić złożenie oferty.

W sekcji II.2.1 ogłoszenia zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest:

- 1) dostawa radiotelefonów noszonych i przewoźnych pracujących w systemie cyfrowym, zgodnie ze standardem ETSI – DMR w paśmie VHF z jednoczesną możliwością pracy analogowej, w tym:
 - a) 360 kpl. radiotelefonów noszonych DMR,
 - b) 174 kpl. radiotelefonów przewoźnych DMR;
- 2) dostawa 12 kpl. zestawów do programowania i strojenia radiotelefonów noszonych i przewoźnych;

- 3) przeprowadzenie szkolenia;
- 4) świadczenie serwisu gwarancyjnego.

W załączniku nr 1 do specyfikacji, zamawiający zawarł szczegółowy opis ww. przedmiotów, min. Radiotelefonów Noszonych DMR oraz Radiotelefonów Przewoźnych DMR. W części określonej jako „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia” zamawiający określił parametry ww. urządzeń.

Odwołujący dysponuje radiotelefonami noszonymi DMR oraz radiotelefonami przewoźnymi DMR w pełni spełniającymi wymagania standardu DMR opublikowanego w europejskich normach ETSI TS 102 361. W tych granicach radiotelefony te spełniają w pełni wymogi zamawiającego określone w załączniku nr 1 do specyfikacji („Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”), gdzie przedmiotem zamówienia jest dostawa radiotelefonów noszonych i przewoźnych pracujących w systemie cyfrowym, zgodnie ze standardem ETS1-DMR w paśmie VHF z jednoczesną możliwością pracy analogowej.

Wskazane typowe parametry zamawianych radiotelefonów są zgodne z opisanym standardem, za wyjątkiem zaskarżonej przez odwołującego części specyfikacji, tj. pkt 1.30 opisu Radiotelefonów Noszonych DMR oraz pkt 1.27 opisu Radiotelefonów Przewoźnych. W punktach tych – o identycznej treści zamawiający zawarł wymagania wykraczające poza opisany standard technologii DMR.

Zamawiający zażądał, aby dostarczone radiotelefony współpracowały w pełnym zakresie z urządzeniami radiokomunikacyjnymi DMR produkcji firmy MOTOROLA serii MOTOTRBO użytkowanymi przez Policję i Straż Graniczną: stacja retransmisyjna DR 3000, radiotelefon przewoźny DM 3601, radiotelefon noszony DP 3601.

O ile odwołujący nie kwestionuje faktu, że zamawiający może być zainteresowany, by przedmiot zamówienia współpracował z urządzeniami posiadanymi już przez zamawiającego, o tyle nie zgadza się z dalszym fragmentem opisu przedmiotu zamówienia, który brzmi następująco: „Współpraca w pełnym zakresie rozumiana jest w szczególności przez realizację następujących funkcjonalności: IP Site Connect, Site Roaming, przesyłanie wiadomości tekstowych i maskowanie korespondencji”.

We fragmencie tym zamawiający powołał się na funkcjonalności radiotelefonów, które znajdują się poza opisanym standardem DMR. „IP Site Connect” oraz „Site Roaming” to nazwy własne funkcjonalności systemu Motorola MotoTRBO, które nie są opisane żadną normą ani standardem.

Funkcjonalności: przesyłanie wiadomości tekstowych i maskowanie korespondencji są realizowane zarówno przez radiotelefony DMR odwołującego jak i przez radiotelefony DMR Motorola. Radiotelefony nie mogą ze sobą w tym zakresie domyślnie współpracować, ponieważ posiadają różne protokoły transmisyjne i algorytmy maskowania.

Firma Radmor SA może jednak dostosować oferowane przez siebie radiotelefony DMR do współpracy z radiotelefonami Motorola w zakresie powyższych funkcjonalności, lecz musi posiadać informacje na temat zastosowanych w używanych przez zamawiającego radiotelefonach standardach przesyłania wiadomości tekstowych i maskowania korespondencji oraz posiadać dokładne informacje na temat funkcjonalności „IP Site Connect” oraz „Site Roaming”. W tej chwili odwołujący nie jest w stanie ocenić możliwości dostosowania ze względu na sposób sformułowania wymagań zamawiającego (brak opisów protokołów transmisji).

W związku z tym w celu zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zamawiający powinien przekazać pozostałym wykonawcom informacje na ten temat. W chwili obecnej dostęp do tych informacji mają jedynie producent Motorola oraz jego autoryzowani przedstawiciele.

W sekcji II.2.1 „Ogłoszenia o zamówieniu” jest mowa jedynie o „dostawie radiotelefonów noszonych i przewoźnych pracujących w systemie cyfrowym, zgodnie ze standardem ETSI-DMR w paśmie VHF z jednoczesną możliwością pracy analogowej” – nie wskazuje się przy tym konkretnego producenta, a jedynie określone wymagania techniczne. Dopiero wskazane punkty specyfikacji znacznie zawężają dostęp potencjalnym wykonawcom. Skoro zamawiający postanowił o ogłoszeniu przetargu nieograniczonego, na radiotelefony spełniające określone europejskimi normami, niekoniecznie urządzenia konkretnej marki, to wszelkie dodatkowe funkcjonalności, nieopisane normami i standardem, powinien opisać w sposób dokładny (art. 30 ust. 6 Pzp). Zaniechując tego, zamawiający narusza również art. 29 ust. 2 Pzp, ponieważ utrudnia uczciwą konkurencję, uprzywilejowując wykonawców dostarczających radiotelefony produkowane przez Motorolę, i mających pełen dostęp do odpowiedniej dokumentacji.

Na poparcie swojego stanowiska odwołujący przywołał orzecznictwo, wyrok KIO z 21 maja 2008 r., sygn. KIO/UZP 442/08, w którym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „opis przedmiotu zamówienia nie może stanowić bariery dostępu do postępowania, a samo istnienie na rynku wykonawców zdolnych zrealizować zamówienie nie przesądza jeszcze o dopuszczalności takiego opisu”; wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 9 listopada 2005 r., zgodnie z którym „Zakazane jest formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę bądź też które eliminowałyby konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodując sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych”; wyrok KIO z 2 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1556/11– „przepis art. 29 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za

pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń dla wszystkich potencjalnych uczestników postępowania o zamówienie publiczne. Opis musi być na tyle oczywisty i niebudzący jakichkolwiek wątpliwości, by mógł stanowić podstawę do złożenia przez zainteresowane podmioty porównywalnych ofert. Zabronione jest umieszczanie w opisie przedmiotu zamówienia wszelkich określeń odnoszących się do konkretnych produktów lub usług”.

Ponadto postanowienia te naruszają art. 30 ust. 6 Pzp oraz art. 29 ust. 1 Pzp, ponieważ nie można uznać, że przedmiot zamówienia został opisany „w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”; nie można również uznać, że przedmiot zamówienia został opisany „w sposób dokładny przez wskazanie wymagań funkcjonalnych”, ponieważ zamawiający posłużył się określeniami niejasnymi, niezrozumiałymi, niedokładnymi, uniemożliwiającymi prawidłową, obiektywną i wyczerpującą ocenę dopuszczalności złożenia oferty w postępowaniu.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 09 lutego 2012 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

09 lutego 2012 r. zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej (art. 185 ust. 1 *in fine* Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez zamawiającego:

- 1) (dowód bez numeru) wydruki ze stron internetowych na dowód, że tego typu nomenklatura (IP Site Connect i Site Roaming) pojawia się z fachowych publikacjach;**
- 2) (dowód nr 1) pismo KGP z 5 i 12 października 2011 r. w innym postępowaniu, ale na identyczny przedmiot zamówienia, gdzie odwołujący zwracał się o wyjaśnienie innej specyfikacji i uzyskał odpowiedź na kwestie dotyczące odwołania w rozpoznawanym postępowaniu;**
- 3) (dowód nr 2) pisma z 15 i 17 lutego 2012 r. na potwierdzenie, że wymagane doprecyzowania przez zamawiającego dotyczące IP Site Connect i Site Roaming są ogólnodostępne, a inne są zastrzeżone przez producenta sprzętu Motorola i w związku z tym zamawiający nie może ich udostępnić, bo sam nie ma takiej wiedzy**

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba stwierdziła, że odwołujący posiada interes we wniesieniu środków ochrony prawnej na postanowienia specyfikacji. Odwołujący jest podmiotem mogącym ubiegać się o udzielenie rozpoznawanego zamówienia publicznego. Dlatego istotny jest dla odwołującego sposób ustalenia przez zamawiającego poszczególnych postanowień specyfikacji, a w tym opisu przedmiotu zamówienia. Sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz złożenia ważnej oferty.

Na etapie postępowania, przed otwarciem ofert, krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcy mogącego wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Nie można na tym etapie oceniać interesu wykonawców bądź możliwości poniesienia szkody w kontekście zdarzenia przyszłego i niepewnego, jakim jest złożenie oferty w postępowaniu czy też wybór oferty najkorzystniejszej. Prowadziłoby to w każdym przypadku do niezasadnego ograniczenia prawa wnoszenia środków ochrony prawnej.

Wykazywanie szkody lub wymaganie wykazania szkody na tym etapie postępowania prowadziłoby tylko do przewlekłości postępowania, a zgodnie z art. 190 ust. 6 Pzp Izba odmawia przeprowadzenia dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały powołane jedynie dla zwłoki.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem oraz złożone przez zamawiającego dowody w postaci (dowód nr 1) pism zamawiającego z 5 i 12 października 2011 r. w innym postępowaniu, ale na identyczny przedmiot zamówienia i w postaci (dowód nr 2) pism zamawiającego i producenta Motorola z 15 i 17 lutego 2012 r. KGP.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp – przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nie jednoznaczny i nie wyczerpujący, bez zastosowania dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, które uwzględniałyby wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który to sposób mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz zarzut naruszenia art. 30 ust. 1-3 Pzp – przez zastosowanie w załączniku nr 1 do spe-

cyfikacji nazw własnych oraz nieprecyzyjnych określeń, z pominięciem informacji, o których mowa w art. 30 ust. 1-3 Pzp i naruszenia art. 30 ust. 6 Pzp – przez pominięcie opisaną wymaganą funkcjonalności przedmiotu zamówienia w sposób dokładny – zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający wskazał typowe parametry zamawianych radiotelefonów zgodne z opisanym standardem, za wyjątkiem zaskarżonej przez odwołującego części specyfikacji, tj. pkt 1.30 opisu Radiotelefonów Noszonych DMR oraz pkt 1.27 opisu Radiotelefonów Przewoźnych. W punktach tych – o identycznej treści zamawiający zawarł wymagania wykraczające poza opisany standard technologii DMR. Zamawiający zażądał, aby dostarczone radiotelefony współpracowały w pełnym zakresie z urządzeniami radiokomunikacyjnymi DMR producenta MOTOROLA serii MOTOTRBO użytkowanymi przez Policję i Straż Graniczną: stacja retransmisyjna DR 3000, radiotelefon przewoźny DM 3601, radiotelefon noszony DP 3601.

Zamawiający może postawić wymaganie, aby przedmiot zamówienia współpracował z urządzeniami posiadanymi już przez zamawiającego, ale w takim przypadku zamawiający musi się dostosować do art. 30 ust. 6 Pzp, czyli zawrzeć w specyfikacji dokładny opis przedmiotu zamówienia przez wskazanie wymagań funkcjonalnych.

Skład orzekający Izby musi uznać, że zawarte we wskazanych miejscach specyfikacji stwierdzenia „Współpraca w pełnym zakresie rozumiana jest w szczególności przez realizację następujących funkcjonalności: IP Site Connect, Site Roaming, przesyłanie wiadomości tekstowych i maskowanie korespondencji” nie spełniają wymaganą w art. 30 ust. 6 Pzp dokładności opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie wymagań funkcjonalnych.

Zamawiający nie może wskazać wymagań funkcjonalnych przez użycie nazw tych funkcjonalności „przesyłanie wiadomości tekstowych i maskowanie korespondencji”, a tym bardziej nie może wskazać wymagań funkcjonalnych przez użycie nazw w języku obcym „IP Site Connect” i „Site Roaming”, o ile te funkcjonalności nie są zestandaryzowane np. normach, przepisach prawa czy choćby w literaturze fachowej. Zamawiający musi określić na czym polegają wymagane funkcjonalności i to w zakresie takim, aby był jednoznacznie zrozumiały dla wszystkich podmiotów potencjalnie zamierzających złożyć ofertę.

Takie uszczegółowienie przedmiotu zamówienia służy nie tylko wykonawcom, którzy dostosowują ofertę do przedmiotu zamówienia, ale również zamawiającemu, który dzięki temu może sprawdzić spełnianie funkcjonalności przez oferowany przedmiot na podstawie określeń zawartych w specyfikacji.

Zamawiający na dowód występowania nazw „IP Site Connect” i „Site Roaming” złożył wydruki ze stron internetowych producenta Motorola i podmiotów współpracujących z tym

producentem. Jednak dowód ten nie może być wzięty pod uwagę przez skład orzekający Izby, gdyż wydruki ze stron internetowych nie znajdują się w art. 190 ust. 3 Pzp. Ponadto na podstawie tego dowodu można byłoby jedynie stwierdzić, że wyrazy „IP Site Connect” i „Site Roaming” są używane w Internecie przez podmioty związane z producentem Motorola. Natomiast zastosowanie tych wyrazów w specyfikacji bez bliższego określenia mogłoby być uznane za zasadne w przypadku zestandaryzowania ich znaczenia.

Również złożenie przez zamawiającego dowodu nr 1 na fakt doprecyzowania znaczenia użytych przez zamawiającego określeń nie może być uznane, gdyż przedstawione pisma dotyczyły innego zamówienia. Wykonawcy zamierzający wziąć udział w rozpoznawanym postępowaniu byłiby w gorszej sytuacji, niż wykonawcy biorący udział w tym innym postępowaniu, gdyż dysponowałiby mniejszą liczbą informacji. Ponadto w każdym postępowaniu liczą się tylko dokumenty z danego postępowania, a nie można brać pod uwagę dokumentów z innych postępowań, gdyż każde postępowanie jest traktowane indywidualnie.

Zamawiający wszczynając postępowanie musi je odpowiednio przygotować, szczególnie w zakresie opisanego przedmiotu zamówienia. W rozpoznawanym przypadku zamawiający przedstawił dowód nr 2, korespondencję między zamawiającym a producentem Motorola z 15-17 lutego 2012 r., a więc korespondencję datowaną znacznie później niż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia. Nadto zamawiający nie może tłumaczyć braku doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia incydentalnym pismem i odpowiedzią, które przedstawił w dowodzie nr 2.

Przytoczone orzecznictwo nie odpowiada swoimi stanami faktycznymi stanowi faktycznemu rozpoznawanemu postępowaniu, dlatego nie mogło być wzięte pod uwagę.

Argument zamawiającego, że do postępowania odwoławczego nie przystąpił po stronie odwołującego żaden inny wykonawca niczego nie dowodzi.

Argument zamawiającego przedstawiony podczas rozprawy, że zamawiający może wnieść odpowiedź na odwołanie ustnie do protokołu, zgodnie z art. 186 ust. 1 Pzp nie dowodzi niczego. Jednak skład orzekający Izby musi zauważyć, że w przypadku wnoszenia odpowiedzi ustnie do protokołu, na rozprawie, zamawiający pozbawia możliwości cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy, co wiąże się ze zwrotem odwołującemu 90% wpisu, zgodnie z art. 187 ust. 8 Pzp. Ponadto zamawiający wnosząc odpowiedź na piśmie kontroluje precyzyjnie swoje wystąpienie.

W związku z powyższym skład orzekający Izby, zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp – przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia bez zastosowania dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, mogący utrudniać uczciwą konkurencję oraz zarzut naruszenia art. 30 ust. 6 Pzp – przez zastosowanie w specyfikacji nazw własnych i nieprecyzyjnych określeń oraz pominięcie

opisania wymaganych funkcjonalności przedmiotu zamówienia w sposób dokładny – zasługują na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp – nie zasługuje na uwzględnienie. Od dnia wejścia w życie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, które nastąpiło 2 marca 2004 r. nie obowiązuje przepis art. 79 ust. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (ostatnie miejsce publikacji Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664, Nr 113, poz. 984 i Nr 197, poz. 1661 oraz z 2003 r. Nr 2, poz. 16, Nr 130, poz. 1188 i Nr 165, poz. 1591). Przepis ten brzmiał: *»Dostawcom lub wykonawcom, których interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego określonych w ustawie zasad udzielania zamówień, przysługują środki odwoławcze przewidziane w niniejszym rozdziale«.*

Pod rządami ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych odwołujący [i protestujący] mieli obowiązek wskazać naruszenie którejś z zasad udzielania zamówień. Jednak wobec obecnie obowiązującego art. 179 ust. 1 Pzp o brzmieniu *»Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy«*, odwołujący nie musi wykazywać naruszenia zasad zamówień publicznych, aby odwołanie podlegało rozpoznaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Odwołujący przywołał tylko naruszenie ogólnej zasady art. 7 ust. 1 Pzp bez uzasadnienia. W związku z tym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 i 2 i art. 30 ust. 6 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....