

Sygn. akt: KIO 1356/18

WYROK
z dnia 23 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lipca 2018 r. przez wykonawcę **COVERTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Straży Granicznej w Warszawie,**

przy udziale wykonawców:

- 1) **Aksel Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku,**
- 2) **D. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „ELNEX” D. J. N.,**
- 3) **W. K., T. S., S. H., D. S. – wspólnicy spółki cywilnej RTcom,**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę COVERTECH Sp. z o.o. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) 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 Straży Granicznej – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Modernizacja systemu radiokomunikacyjnego SG*.

W dniu 9 lipca 2018 r. wykonawca COVERTECH Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec opisu przedmiotu zamówienia w zakresie:

- 1) wprowadzenia wymagania obsługi programowania oferowanych radiotelefonów przy pomocy funkcji programowania zdalnego (OTAP) wyłącznie poprzez konkretne modele radiotelefonów MOTOROLA (Część I) i HYTERA (Część II);
- 2) wprowadzenia żądania istnienia w oferowanych urządzeniach „mechanizmu autentykacji”;
- 3) wprowadzenia żądania, aby opis wszystkich funkcji i parametrów możliwych do ustawienia w radiotelefonach pojawiał się w oknie oprogramowania w momencie wybrania tej funkcji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 30 ust. 1 ustawy Pzp i wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian postanowień SIWZ zgodnie z żądaniami przedstawionymi w uzasadnieniu odwołania oraz dokonania zmiany terminu składania ofert, a na wypadek braku możliwości sanacji prowadzonego postępowania Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia postępowania.

Odwołujący wskazał, że 29 czerwca 2018 r. Zamawiający wprowadził do SIWZ związane z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 21 maja 2018 r. (sygn. akt. 823/18), w którym Izba stwierdziła, że Zamawiający utrudniał konkurencję wprowadzając między innymi wymóg, aby w ramach danego zadania, cały sprzęt pochodził od jednego producenta, co przy zastosowaniu opisu stacji retransmisyjnych jednoznacznie wskazującego na Motorola w Części 1 i Hytera w Części 2 całkowicie uniemożliwiało zaoferowanie jakichkolwiek innych rozwiązań. W ocenie Odwołującego analiza nowych postanowień SIWZ wskazuje, że Zamawiający w istocie rzeczy podtrzymał opis przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, który faworyzuje rozwiązania określonych producentów, a także w dalszym ciągu nie dokonał wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podał, że we wstępie opisu przedmiotu zamówienia dla Części nr 1 (Załącznik nr 1, str. 3) Zamawiający zapisał:

Część jednostek organizacyjnych Straży Granicznej wykorzystuje sieć radiokomunikacyjną zbudowaną w całości z radioprzebienników Motorola SLR5500, MTR3000, DR3000. Zastosowane urządzenia umożliwiają pracę w ramach systemu komunikacji MOTOTRBO, w szczególności w ramach nw. interfejsów sieciowych: cyfrowe konwencjonalne; IP Site Connect; Capacity Plus; Capacity Max; Connect Plus. Wyżej wymienione interfejsy sieciowe zapewniają przenoszenie pomiędzy użytkownikami przedmiotowego systemu, usług typu dane oraz głos w oparciu o protokół IP. Straż Graniczna wykorzystuje funkcjonalności z zakresu bezpieczeństwa ww. systemu łączności radiowej VHF, które są realizowane m.in. poprzez: szyfrowanie korespondencji radiowej algorytmem ARC4 o długości 40 bitów; zdalne zablokowanie radiotelefonu drogą radiową; mechanizm autentykacji (RAS Restricted Access to System) zabezpieczający ww. urządzenia przed nieuprawnionym korzystaniem. Ponadto Straż Graniczna wykorzystuje radiotelefony nasobne, przewoźne oraz stacjonarne (przewoźne w wersji stacjonarnej) Motorola serii 3000 oraz serii 4000, które obsługują ww. mechanizmy bezpieczeństwa. Dodatkowo przedmiotowe radiotelefony posiadają możliwość zdalnego programowania przy wykorzystaniu urządzeń oraz oprogramowania firmy Motorola.

Odwołujący podniósł, że oświadczenie powyższe ma zapewne w zamyśle Zamawiającego stworzyć legitymację do zamawiania wyłącznie wyrobów Motorola. Większość z wymienionych funkcjonalności nie jest w rzeczywistości wykorzystywana. Zamawiający zresztą nie twierdzi, że są ona w użyciu, lecz jedynie że są dostępne. Pomija fakt, że do chwili obecnej nie zakupił licencji na funkcjonalności interfejsów sieciowych IP SITE CONNECT, CAPACITY PLUS, CAPACITY MAX, CONNECT PLUS. Zamieszczenie tekstów o możliwości ich używania ma zatem zapewne za zadanie wzmocnienia argumentów, które miałyby potwierdzić konieczność nabycia wyrobów Motorola.

Odwołujący wskazał, że podobny zabieg zastosowano w załączniku nr 3 dla części drugiej:

Część jednostek organizacyjnych Straży Granicznej wykorzystuje sieć radiokomunikacyjną zbudowaną z radioprzebienników Hytera RD625, RD965, RD985. Zastosowane urządzenia umożliwiają pracę w ramach systemu komunikacji Hytera, w szczególności w ramach nw. interfejsów sieciowych: cyfrowe konwencjonalne; IP Multi Site. Wyżej wymienione interfejsy sieciowe zapewniają przenoszenie pomiędzy użytkownikami przedmiotowego systemu, usług typu dane oraz głos w oparciu o protokół IP. Straż Graniczna wykorzystuje funkcjonalności z zakresu bezpieczeństwa ww. systemu łączności radiowej VHF, które są realizowane m.in. poprzez: szyfrowanie korespondencji radiowej algorytmem ARC4 o długości 40 bitów; zdalne zablokowanie radiotelefonu drogą radiową, mechanizm autentykacji (Over the Air Encrypt) zabezpieczający ww. urządzenia przed nieuprawnionym korzystaniem. Ponadto Straż Graniczna wykorzystuje radiotelefony nasobne Hytera

PD785G, przewoźne Hytera MD785G oraz stacjonarne (przewoźne w wersji stacjonarnej) Hytera MD785G, które obsługują ww. mechanizmy bezpieczeństwa. Dodatkowo przedmiotowe radiotelefony posiadają możliwość zdalnego programowania przy wykorzystaniu urządzeń oraz oprogramowania firmy Hytera.

Zarzut nr 1

Odwołujący wskazał, że w treści zmodyfikowanego Załącznika nr 1 pkt III tabela nr 1 i 2 pkt 1.22, tabeli nr 3 i 4 pkt. 1.18 oraz Załącznika nr 3 pkt III tabela nr 1 pkt 1.23, tabela nr 2 pkt 1.24, tabela nr 3 i 4 pkt 1.18 Zamawiający zawarł wymóg obsługi programowania oferowanych radiotelefonów przy pomocy funkcji OTAP wyłącznie poprzez konkretne modele radiotelefonów, bezzasadnie nie dopuszczając rozwiązań innych producentów oraz bezprawnie nie dokonując opisu żądanych funkcjonalności, a także nie dopuszczając rozwiązań równoważnych ani nie opisując sposobu zapewnienia równoważności.

Odwołujący podniósł, że w każdym przypadku opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konieczność programowania przez konkretny radiotelefon wskazany w części I OPZ (co zostało przytoczone przez Odwołującego na stronie 4 i 5 niniejszego Odwołania). Zamawiający nie opisał sposobu programowania ani nie dopuścił żadnych rozwiązań równoważnych. Zamawiający powinien był dokładnie opisać protokół komunikacji a także interfejs służący do zdalnego programowania radiotelefonów opisanych w tych punktach czego nie uczynił. Zamiast tego zamieścił odesłania do typów posiadanych radiotelefonów. Oznacza to wprost, że przedmiotem oferty muszą być radiotelefony takiego samego typu, jak wymienione modele posiadane przez Zamawiającego, ponieważ programowanie poprzez interfejs radiowy jest niestandardową cechą, inną dla każdego producenta. Żaden wykonawca, który nie posiada dostępu do dokumentacji technicznej wskazanych radiotelefonów, nie ma możliwości wejścia w posiadanie wiedzy koniecznej dla skonfigurowania funkcji programowania zdalnego. Wiedza ta powinna wynikać z OPZ. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający konsekwentnie utrudnia dostęp do zamówienia wykonawców, którzy oferują inne rozwiązania niż Motorola i Hytera.

Odwołujący podniósł, że OTAP nie jest objęty standardem w DMR (tzw. TIER II) oraz że oferowane przez niego radiotelefony Excera posiadają możliwość programowania zdalnego przy wykorzystaniu dowolnego z własnych radiotelefonów. Oznacza to, że bez uszczerbku dla funkcjonalności dostępnych Zamawiającemu można dopuścić takie programowanie, wystarczy wykreślenie obowiązku programowania przez posiadane urządzenia. Zamawiający, poprzez ustanowienie konieczności programowania OTAP wyłącznie poprzez istniejące radiotelefony stacjonarne Motorola/Hytera, nie tylko bezprawnie ograniczył konkurencję, ale jeszcze zamroził na określonym niskim poziomie technicznym

i koncepcyjnym metody programowania, wykluczając programowanie z dowolnego radiotelefonu przewoźnego lub przenośnego, stanowiącego przedmiot oferty i zgodnego z SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia wymagania programowania wyłącznie przez istniejące już radiotelefony bazowe Motorola/Hytera oraz dopuszczenia programowania przez dowolny radiotelefon spośród dostarczanych.

Zarzut nr 2

Odwołujący wskazał, że w treści zmodyfikowanych Załącznika nr 1 pkt III tabela nr 1 i 2 pkt 1.23, tabela nr 3 pkt 1.20 i tabela nr 4 pkt 1.20 oraz Załącznika nr 3 pkt III tabela nr 1, 2, 3 i 4 pkt 1.24 Zamawiający zawarł żądanie posiadania przez oferowane radiotelefony „mechanizmu autentykacji”.

Odwołujący podniósł, że podobnie jak w przypadku OTAP (zarzut nr 1) Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia, zamiast tego wskazując na konieczność autentykacji w stacjach retransmisyjnych, które posiada. Dodatkowo, we wstępie opisu przedmiotu zamówienia dla Części nr 1 (Załącznik nr 1, strona 3) Zamawiający zapisał, że chodzi o system RAS (Restricted Access to System), który jest autorskim rozwiązaniem Motoroli i tzw. „Over the Air Encrypt”, będący autorskim rozwiązaniem Hytery. Oczywiście przedstawiciele Motoroli i Hytery posiadają lub łatwo mogą uzyskać wiedzę na temat tych systemów. Pozostali wykonawcy muszą się jakoś domyśleć, o co może chodzić w sprawie, nie ma bowiem w SIWZ ani opisu tych systemów ani opisu zakresu równoważności.

Odwołujący podkreślił, że autentykacja nie jest częścią standardu DMR, a w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zgodnie ze standardem DMR, bezpieczeństwo transmisji jest gwarantowane poprzez wykorzystanie algorytmu szyfrowania ARC4 lub AES. Spełniają je wszystkie radiotelefony DMR, w tym Excera oferowana przez Odwołującego. W rzeczywistości autentykacja nie jest mechanizmem bezpieczeństwa systemu, pozwala jedynie na dopuszczenie konkretnego radiotelefonu do pracy w sieci z konkretnym przemiennikiem, ale nie gwarantuje bezpieczeństwa komunikacji, nie blokuje bowiem możliwości przechwycenia komunikacji i wejścia w posiadanie informacji przesyłanej przez przemiennik. Nie chroni zatem transmisji przed podsłuchem. Autentykacja stanowi autorskie rozwiązanie każdego producenta. Dla przykładu wskazana przez Zamawiającego RAS (autentykacja) jest niezależną, nieobjętą standardem DMR funkcją ograniczonego dostępu do systemu oferowaną jedynie w urządzeniach firmy Motorola Solutions. Oferowane przez Odwołującego radiotelefony, jak również żadne inne radiotelefony oprócz wyrobów Motorola Solutions, tej funkcji nie wspierają, gdyż jest ona rozwiązaniem autorskim jej producenta.

Odwołujący wskazał, że przemienniki firmy Motorola można zaprogramować w różnych trybach RAS:

- poprzez ustalenie zakresu ID;
- poprzez kluczkowanie – jest to unikalne rozwiązanie Motoroli, jednak w tym przypadku istnieją dwa podtryby: trusted (dla „swoich” radiotelefonów Motorola) oraz migracja (dla radiotelefonów innych producentów).

Tryb RAS „Migracja” umożliwia współużytkowanie w jednym systemie radiotelefonów z uruchomionym RAS (Motorola) oraz radiotelefonów bez tej funkcjonalności. W tym trybie system obsługuje zarówno radiotelefony abonentów z włączoną, jak i wyłączoną funkcją RAS. Ponadto można uruchomić funkcjonalność „Sprawdzanie zakresu ID radiotelefonu”, która to funkcja będzie działać również z radiotelefonami bez włączonego RAS w trybie „Migracja”. Funkcja sprawdzania zakresu ID radiotelefonu zapewnia dodatkowe zabezpieczenie dostępu do systemu. Można dzięki niej konfigurować opcję użycia przez radiotelefon abonenta przemienników systemowych zgodnie z definicją w zakresach ID użytkownika. W tym sensie można stwierdzić, że radiotelefony Motorola będą współpracowały z radiotelefonami i przemiennikami, na których uruchomiona jest funkcjonalność RAS w trybie „Migracja” – innych producentów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- szczegółowego opisanie metod autentykacji a także sposobów zapewnienia równoważności;
- dopuszczenia trybów autentykacji umożliwiających współpracę wszystkich radiotelefonów, na przykład sprawdzania zakresów ID;
- alternatywnie wykreślenia wymagania autentykacji.

Zarzut nr 3

Odwołujący wskazał, że w Załączniku nr 1 Tabela nr 8 pkt. 7 oraz Załącznik nr 3 Tabela nr 5 pkt 7 Zamawiający zamieścił następujące wymaganie:

Dostarczone oprogramowanie musi zapewniać opis wszystkich funkcji i parametrów (możliwych do ustawienia w radiotelefonach). Ww. opis musi pojawiać się w oknie oprogramowania w momencie wybrania danej funkcji lub parametru.

Oznacza to, że niezależnie od stopnia zaawansowania umiejętności użytkownika, zawsze będzie pojawiał się w oknie oprogramowania w momencie wybrania danej funkcji opis wszystkich funkcji i parametrów możliwych do ustawienia w radiotelefonach. Powyższe nie tylko nie posiada żadnego uzasadnienia merytorycznego, lecz jest charakterystyczne wyłącznie dla interfejsów Motorola i Hytera. Tymczasem w rozwiązaniu Excera funkcja Help

(plik pomocy) pojawia się w oknie na żądanie. Zamawiający nie przedstawił motywu, którym kierował się przy ustalaniu tego rodzaju wadliwego zapisu. W ocenie Odwołującego jest to wymaganie pozbawione jakichkolwiek podstaw merytorycznych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dopuszczenia rozwiązania, w którym okno wypowiedzi pojawia się na żądanie użytkownika, co jest najczęściej spotykanym rozwiązaniem i nie istnieje żadna racjonalna przyczyna uzasadniająca jego niedopuszczenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienia następujący wykonawcy: Akxel Sp. z o.o. D. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „ELNEX” D. J. N., W. K., T. S., S. H., D. S. – wspólnicy spółki cywilnej RTcom oraz RADMOR S.A.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Izba stwierdziła, że nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Przystępującego RTcom o braku po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia. Przystępujący podniósł, że o niespełnieniu tej przesłanki warunkującej istnienie legitymacji do wniesienia odwołania świadczy okoliczność, że – według oferty dostępnej na stronie internetowej Odwołującego – nie dysponuje on urządzeniami spełniającymi wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego w OPZ. Odnosząc się do tego stanowiska stwierdzić należy, że nieuprawnione jest antycypowanie przez Przystępującego możliwości złożenia przez Odwołującego oferty na podstawie informacji zamieszczonych w opublikowanej na stronie internetowej oferty handlowej Odwołującego. Treść tych informacji handlowych nie przesądza o niemożliwości zaoferowania określonych produktów w przyszłości ani nie świadczy o tym, że wykonawca nie jest w stanie pozyskać takich produktów dla potrzeb konkretnego zamówienia. Na etapie poprzedzającym składanie ofert nie sposób więc odmówić wykonawcy prawa do skorzystania ze środków ochrony prawnej z powołaniem się na okoliczności, których wystąpienie jest na obecnym etapie postępowania zdarzeniem przyszłym i niepewnym.

Izba nie dopuściła do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy RADMOR S.A. z uwagi na niedopełnienie obowiązku przekazania kopii

przystąpienia Odwołującemu (art. 185 ust. 2 ustawy Pzp). Odwołujący podniósł, że nie otrzymał kopii przystąpienia tego wykonawcy. Izba ustaliła, że RADMOR S.A. nie załączył do zgłoszenia przystąpienia dowodu przekazania kopii przystąpienia, nie stawiał się również na posiedzenie Izby, w związku z czym dopełnienie tego obowiązku nie zostało przez niego wykazane.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z rozdz. I załącznika nr 1 do SIWZ:

Realizacja tego projektu stanowi kontynuację procesu stopniowego wprowadzania cyfrowych systemów łączności radiowej VHF. Zakup tego rodzaju urządzeń pozwoli jednostkom organizacyjnym SG na przejście na bezpieczniejszą i pewniejszą transmisję cyfrową, a także wyeliminowanie przestarzałych i wyeksploatowanych urządzeń analogowych.

Straż Graniczna działając na podstawie ustawy o Straży Granicznej wykorzystuje w codziennej służbie systemy radiokomunikacyjne VHF, niezbędne do realizacji ustawowych zadań SG, w tym m.in.:

- *ochrona granicy państwowej;*
- *organizowanie i dokonywanie kontroli ruchu granicznego;*
- *zapobieganie i przeciwdziałanie nielegalnej migracji;*
- *zapewnienie bezpieczeństwa w komunikacji międzynarodowej.*

Część jednostek organizacyjnych Straży Granicznej wykorzystuje sieć radiokomunikacyjną zbudowaną w całości z radioprzebienników Motorola SLR5500, MTR3000, DR3000. Zastosowane urządzenia umożliwiają pracę w ramach systemu komunikacji MOTOTRBO, w szczególności w ramach nw. interfejsów sieciowych:

- *cyfrowe konwencjonalne;*
- *IP Site Connect;*
- *Capacity Plus; Capacity Max;*
- *Connect Plus.*

Wyżej wymienione interfejsy sieciowe zapewniają przenoszenie pomiędzy użytkownikami przedmiotowego systemu, usług typu dane oraz głos w oparciu o protokół IP.

Straż Graniczna wykorzystuje funkcjonalności z zakresu bezpieczeństwa ww. systemu łączności radiowej VHF, które są realizowane m.in. poprzez:

- *szyfrowanie korespondencji radiowej algorytmem ARC4 o długości 40 bitów;*
- *zdalne zablokowanie radiotelefonu drogą radiową;*
- *mechanizm autentykacji (RAS Restricted Access to System) zabezpieczający ww. urządzenia przed nieuprawnionym korzystaniem.*

Ponadto Straż Graniczna wykorzystuje radiotelefony nasobne, przewoźne oraz stacjonarne (przewoźne w wersji stacjonarnej) Motorola serii 3000 oraz serii 4000, które obsługują ww. mechanizmy bezpieczeństwa. Dodatkowo przedmiotowe radiotelefony posiadają możliwość zdalnego programowania przy wykorzystaniu urządzeń oraz oprogramowania firmy Motorola.

Analogiczne postanowienia znalazły się w rozdz. I załącznika nr 3 do SIWZ, z tym że Zamawiający wskazał, że część jednostek organizacyjnych wykorzystuje sieć zbudowaną z radioprzebiegników Hytera RD625, RD965, RF985, które umożliwiają pracę w ramach interfejsów sieciowych cyfrowych konwencjonalnych i IP Multi Site oraz że SG wykorzystuje funkcjonalności z zakresu bezpieczeństwa systemu łączności realizowane m.in. poprzez: szyfrowanie korespondencji radiowej algorytmem ARC4 o długości 40 bitów, zdalne zablokowanie radiotelefonu drogą radiową oraz mechanizm autentykacji (Over the Air Encrypt) zabezpieczający ww. urządzenia przed nieuprawnionym korzystaniem. Zamawiający podał również, że SG wykorzystuje radiotelefony nasobne Hytera PD785G, przewoźne Hytera MD785G oraz stacjonarne (przewoźne w wersji stacjonarnej) Hytera MD78G, które obsługują ww. mechanizmy bezpieczeństwa i możliwość zdalnego programowania przy wykorzystaniu urządzeń oraz oprogramowania firmy Hytera.

W Opisie przedmiotu zamówienia, w brzmieniu nadanym w dniu 29 czerwca 2018 r., Zamawiający zamieścił następujące wymagania:

- 1) w zakresie programowania radiotelefonów – Załącznik nr 1 pkt III tabeli: nr 1 (Telefon nasobny), nr 2 (Radiotelefon nasobny wraz z mikrogłośnikiem) pkt 1.22, nr 3 (Radiotelefon przewoźny), nr 4 pkt 1.18 (Radiotelefon przewoźny w wersji stacjonarnej) oraz Załącznik nr 3 pkt III tabeli: nr 1 (Radiotelefon nasobny) pkt 1.23, nr 2 (Radiotelefon nasobny - kamuflowany) pkt 24, nr 3 (Radiotelefon przewoźny) pkt 1.18, nr 4 (Radiotelefon przewoźny w wersji stacjonarnej) pkt 1.18: *Obsługa zdalnego programowania radiotelefonów OTAP (Over the air programming) na kanale komunikacyjnym VHF, przy wykorzystaniu telefonów stacjonarnych opisanych w Dziale I OPZ.*
- 2) w zakresie mechanizmu autentykacji – Załącznik nr 1 pkt III tabela nr 1 (Telefon nasobny) i 2 (Radiotelefon nasobny wraz z mikrogłośnikiem) pkt 1.23, tabela nr 3 (Radiotelefon przewoźny) pkt 1.20 i tabela nr 4 (Radiotelefon przewoźny w wersji stacjonarnej) pkt 1.20 oraz Załącznik nr 3 pkt III tabeli: nr 1 Radiotelefon nasobny) pkt 24, nr 2 (Radiotelefon nasobny - kamuflowany) pkt 1.25, nr 3 (Radiotelefon przewoźny) pkt 1.20 i nr 4 (Radiotelefon przewoźny w wersji stacjonarnej) pkt 1.20: *Mechanizm autentykacji zgodny z mechanizmem zastosowanym w stacjach retransmisyjnych opisanych w Dziale I OPZ.*

- 3) w zakresie opisu funkcji i parametrów – Załącznik nr 1 tabela nr 8 (Zestaw do programowania i strojenia radiotelefonów) pkt 7 oraz Załącznik nr 3 Tabela nr 5 (Zestaw do programowania i strojenia radiotelefonów) pkt 7: *Dostarczone oprogramowanie musi zapewniać opis wszystkich funkcji i parametrów możliwych do ustawienia w radiotelefonach. Ww. opis pojawiać się w oknie oprogramowania w momencie wybrania danej funkcji lub parametru.*

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 29 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (ust. 1), przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (ust. 2), przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny” (ust. 3). W ocenie Izby opis przedmiotu zamówienia w zaskarżonym zakresie nie narusza przywołanych wyżej przepisów ustawy.

Oceniając kwestię naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp należy mieć na uwadze, że celem tego przepisu jest wyeliminowanie elementu niepewności wykonawców co do oczekiwań zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia i zagwarantowanie im wiedzy niezbędnej do prawidłowego przygotowania oferty. W ocenie Izby, w niniejszym postępowaniu przedmiot zamówienia został określony jednoznacznie i wyczerpująco, nie ma bowiem wątpliwości co do tego, jakie są wymagania Zamawiającego dotyczące parametrów i funkcjonalności radiotelefonów będących przedmiotem zamówienia. Istnienie takich wątpliwości nie zostało przez Odwołującego wykazane. Uzasadnienie zarzutów odwołania sprowadza się w zasadniczej części do wykazywania tezy o opisanu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję. Z treści odwołania nie wynika, które z użytych określeń są niejednoznaczne, a w kwestii wyczerpującego opisanu przedmiotu zamówienia Odwołujący wskazał jedynie, że w zakresie programowania Zamawiający nie opisał protokołu komunikacji i interfejsu do zdalnego programowania telefonów. W zakresie mechanizmu autentykacji Odwołujący ograniczył się do stwierdzenia, że „Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia zamiast tego wskazując na konieczność autentykacji w stacjach retransmisyjnych, które posiada”. Powyższe nie oznacza jednak, że wykonawcy

nie mają wiedzy koniecznej do przygotowania oferty. Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób uniemożliwia mu to przygotowanie oferty, zmierzał natomiast do wykazania, że nie jest w stanie zaoferować przedmiotu zamówienia zgodnego z tak opisanymi wymaganiami, co jednak nie jest związane z przepisem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Za tym, że opis przedmiotu zamówienia był dla Odwołującego zrozumiały przemawia sposób sformułowania pozostałych zarzutów odwołania, z których uzasadnienia wynika, że wykonawca wie, jakie są oczekiwania Zamawiającego, kwestionuje natomiast ich zasadność.

W ocenie Izby brak jest również podstaw do stwierdzenia, że kwestionowane postanowienia opisu przedmiotu zamówienia mogą utrudniać uczciwą konkurencję. W odniesieniu do tej kwestii podkreślenia wymaga, że zamawiający, jako podmiot dokonujący zakupów, jest uprawniony do określenia swoich oczekiwań dotyczących przedmiotu zamówienia, jego cech i funkcjonalności. Każde z takich wymagań w większym lub mniejszym stopniu ogranicza konkurencję, jednak tak długo, jak wymagania te są podyktowane obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a ich celem nie jest zawężenie kręgu wykonawców mogących je wykonać, to zamawiający jest uprawniony do ich sformułowania. Nie jest natomiast celem systemu zamówień publicznych i obowiązującej w nim zasady uczciwej konkurencji, umożliwienie uzyskania zamówienia wszystkim wykonawcom działającym w danej branży, bez względu na to, jakie cechy i właściwości ma przedmiot zamówienia, który mogą zaoferować i bez uwzględnienia potrzeb zamawiającego. To bowiem zamawiający jest uprawniony do określenia tego co, zamierza nabyć i jeśli tylko nie stawia wymagań, które mają za cel ograniczenie konkurencji, nie zaś realizowanie jego potrzeb, to nie można mu w drodze środków ochrony prawnej nakazywać, aby nabył produkty lub rozwiązania, które jego potrzeb nie zaspokoją. Natomiast okoliczność, że dany wykonawca nie jest w stanie dostarczyć produktów spełniających wymagania określone przez zamawiającego, nie może być automatycznie utożsamiana z naruszeniem konkurencji.

W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie Zamawiający przedstawił racjonalne i przekonujące wyjaśnienie wprowadzenia do OPZ zaskarżonych postanowień, co pozwala uznać kwestionowane wymagania za mające oparcie w jego uzasadnionych potrzebach, nie zaś za podyktowane dążeniem do ograniczenia konkurencji.

Przed wszystkim należy wziąć pod uwagę, że przedmiotem zamówienia jest modernizacja systemu łączności radiowej, w związku z czym ze swej natury opis przedmiotu zamówienia nawiązuje do rozwiązań będących już w dyspozycji Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że wykorzystywany przez niego system w zdecydowanej większości bazuje na rozwiązaniach dwóch producentów, czego Odwołujący nie zakwestionował. Nieuwzględnienie potrzeby współpracy nabywanych radiotelefonów z posiadanymi rozwiązaniami powodowałoby, że Zamawiający musiałby z nich zrezygnować (mimo że

odpowiadają jego potrzebom) i ponieść koszty stworzenia de facto nowego systemu radiokomunikacyjnego, co byłoby sprzeczne z założonym celem modernizacji obecnie wykorzystywanego systemu.

Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, *Straż Graniczna od 2010 roku rozbudowuje swój system służbowej łączności radiowej VHF. W ramach przedmiotowej rozbudowy zostało zakupione dla jednostek organizacyjnych Straży Granicznej kilka tysięcy radiotelefonów cyfrowych oraz znaczne ilości stacji retransmisyjnych. Postępowanie pod nazwą „Modernizacja systemu radiokomunikacyjnego SG” (...) jest kolejnym etapem ww. rozbudowy, która ma na celu unowocześnienie systemu służbowej łączności radiowej VHF oraz jego trwałe ulepszenie, zmierzające do zwiększenia wartości użytkowej przedmiotowego systemu m.in. poprzez uruchomienie dodatkowych funkcjonalności. W tym stanie rzeczy oczywistym jest, że Zamawiający w dalszym ciągu korzystać będzie z już posiadanych elementów systemu, a sprzęt, który dopiero zamierza zakupić, musi być kompatybilny z tymi elementami i stanowić ich unowocześnienie. Determinuje to i uzasadnia stanowisko Zamawiającego, iż Zamawiający nie jest zainteresowany jakimkolwiek dowolnymi, dostępnymi na rynku rozwiązaniami w zakresie łączności bezprzewodowej, ale tylko tymi rozwiązaniami, które w możliwie najszerszym zakresie służyć będą założonemu celowi, tj. modernizacji i rozbudowie istniejącego systemu. Jest to szczególnie istotne, biorąc pod uwagę stopień skomplikowania przedmiotowego systemu łączności oraz jego znaczenie dla działalności Zamawiającego, zwłaszcza w aspekcie obowiązku zapewnienia bezpieczeństwa państwa.* Powyższe uzasadnienie Izba uznała za przekonujące.

Odnosząc się do wymogu obsługi zdalnego programowania radiotelefonów OTAP przy wykorzystaniu posiadanych już telefonów stacjonarnych, po pierwsze należy stwierdzić, że funkcjonalność, jakiej Zamawiający wymaga jest uzasadniona charakterem zadań wykonywanych przez jednostki Straży Granicznej. Zamawiający wskazał tu na takie okoliczności, jak wykorzystywanie sieci radiowej na dużym obszarze, potrzeba zapewnienie możliwości szybszego przeprogramowania posiadanych radiotelefonów w razie wystąpienia takiej potrzeby, np. w sytuacji zagubienia lub utraty radiotelefonu przez funkcjonariusza Straży Granicznej. W ocenie Izby, uwzględniając specyfikę zadań realizowanych przez funkcjonariuszy Straży Granicznej nie sposób zakwestionować celowości zapewnienia zdalnego programowania radiotelefonów. Po drugie należy wziąć pod uwagę, że Zamawiający już dysponuje telefonami stacjonarnymi przeznaczonymi do zdalnego programowania radiotelefonów, wobec czego założenie, że będą one wykorzystywane w tym celu również do programowania nowo zakupionych radiotelefonów jest racjonalne i uzasadnione ekonomicznie, pozwoli bowiem spożytkować już posiadany sprzęt i uniknąć dodatkowych kosztów. Skoro Zamawiający dysponuje telefonami stacjonarnymi

przeznaczonymi do zdalnego programowania radiotelefonów, to nieracjonalne byłoby oczekiwanie, że przestanie tego sprzętu używać i poniesie koszty związane z wdrożeniem programowania za pomocą innych urządzeń. Z powyższych względów Izba doszła do przekonania, że oczekiwanie, aby radiotelefony będące przedmiotem niniejszego postępowania były kompatybilne z już posiadany systemem programowania, jest uzasadnione.

Analogicznie należy ocenić wymóg mechanizmu autentykacji zgodnego z mechanizmem zastosowanym w posiadanych już stacjach retransmisyjnych. Po pierwsze stwierdzić należy, że wykorzystywanie takiego mechanizmu jest uzasadnione specyfiką służby i względami bezpieczeństwa, dla których bezawaryjna i bezpieczna łączność radiowa ma wagę fundamentalną. Twierdzenia Odwołującego, jakoby wymaganie to nie miało żadnego znaczenia z punktu widzenia bezpieczeństwa, okazały się zdaniem Izby niezasadne. Odwołujący, kwestionując znaczenie mechanizmu autentykacji podniósł, że nie eliminuje on możliwości „przechwycenia” korespondencji, tymczasem dla bezpieczeństwa systemu istotna jest nie tylko ochrona transmisji przed podsłuchem, ale również ochrona przed wykorzystaniem radioprzemiennika przez nieuprawnionych użytkowników spoza Straży Granicznej, nie ulega bowiem wątpliwości, że działania takie mogłoby stanowić zagrożenie dla zadań realizowanych przez funkcjonariuszy, prowadząc np. do zakłócenia wykorzystywanych przez nich urządzeń. Nie ulega wątpliwości, że obowiązkiem Zamawiającego jest zabezpieczenie sieci radiokomunikacyjnej przed osobami do tego niepowołanymi, co bezpośrednio przekłada się na poziom bezpieczeństwa i możliwość wykonywania zadań przez funkcjonariuszy Straży Granicznej, dla których radiotelefony bywają jedynym środkiem łączności (patrole w terenach leśnych, górzystych, brak sygnały GSM). Zamawiający przedstawił w odpowiedzi na odwołanie opis specyfiki pracy funkcjonariuszy Straży Granicznej, obrazujący wagę łączności radiowej z punktu widzenia bezpieczeństwa funkcjonariuszy, a także bezpieczeństwa państwa.

Jak wskazał Zamawiający, jest on w trakcie uruchamiania autentykacji w celu podniesienia poziomu bezpieczeństwa oraz zwiększenia wartości użytkowej systemu radiokomunikacyjnego, w związku z czym planuje do zakupu radiotelefony posiadające ww. mechanizm autentykacji. Podał również, że w ramach wcześniejszych etapów modernizacji systemu radiokomunikacyjnego zakupił znaczne ilości stacji retransmisyjnych firm Hytera oraz Motorola (okoliczność niekwestionowana przez Odwołującego). Należy więc stwierdzić, że w celu uruchomienia autentykacji w dostarczanych radiotelefonach niezbędne i uzasadnione było postawienie wymagania, by posiadały one mechanizm autentykacji zgodny z mechanizmem zastosowanym w posiadanych stacjach retransmisyjnych. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do konieczności rezygnacji z posiadanych stacji

retransmisyjnych i poniesienia kosztów nabycia nowych stacji. W ocenie Izby zmuszanie Zamawiającego do takiej decyzji byłoby nieuprawnione.

Zauważenia wymaga też, że Odwołujący w żaden sposób nie podważył twierdzeń Zamawiającego, że rozwiązanie proponowane w treści odwołania, tj. sprawdzanie zakresów ID, nie zabezpiecza dostępu do infrastruktury Zamawiającego z tego powodu, że numery ID mogą być odczytane drogą radiową przez osoby chcące w sposób nieuprawniony wykorzystać lub zakłócić pracę systemu Zamawiającego.

Dodatkowo podkreślić należy, że Zamawiający miał prawo określić wymagania wykraczające poza standardy DMR, nie ma bowiem żadnych przeszkód prawnych do wprowadzenia takich dodatkowych wymagań, jeżeli jest to uzasadnione obiektywnie usprawiedliwionymi potrzebami Zamawiającego. Argumentacja Odwołującego, zgodnie z którą o zasadności podniesionych zarzutów miałyby świadczyć okoliczność, że kwestionowane funkcjonalności nie są częścią standardu DMR, nie zasługuje więc na uwzględnienie.

W ocenie Izby, za usprawiedliwione potrzebami Zamawiającego należy uznać także wymaganie, aby opis funkcji pojawiał się w oknie oprogramowania w momencie wybrania danej funkcji lub parametru. Stwierdzić bowiem należy, że z uwagi na rodzaj zadań realizowanych przez funkcjonariuszy Straży Granicznej i warunki, w jakich te zadania są wykonywane, każda funkcjonalność ułatwiająca i przyspieszająca korzystanie z radiotelefonu jest pożądana. Co istotne, Odwołujący – na którym spoczywał ciężar dowodu – w ogóle nie podjął próby wykazania, że jest to funkcjonalność, która nie może być w łatwy sposób przez każdego z wykonawców zapewniona, w związku z tym nie ma podstaw twierdzić, że wymaganie to może ograniczać konkurencję w postępowaniu.

Odnosząc się do złożonych przez Odwołującego dowodów (certyfikat autoryzacji dotyczący radiotelefonów Excera, OPZ z postępowania z 2017 r., umowa i protokołu odbioru dotyczące dostawy dla Zamawiającego radiotelefonów Excera, wyciągów z dokumentacji technicznej czy informacji o dotyczącym systemie Motoroli w zakresie błędu w systemie RAS Motorola) zauważyć należy, że żaden z nich nie dowodzi braku potrzeb Zamawiającego w zakresie kwestionowanych wymagań oraz działania ukierunkowanego na ograniczenie konkurencji w postępowaniu. W szczególności zauważyć należy, że możliwości konfiguracyjne radiotelefonów oferowanych przez Zamawiającego nie mogą podważać zgodności OPZ z przepisem art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, którego nie można interpretować jako nakazujący dopuszczenie wszystkich dostępnych na rynku rozwiązań. Podobnie o naruszeniu przywołanego wyżej przepisu nie świadczy fakt, że Zamawiający zakupił wcześniej 100 telefonów Excera, co – jak wskazał Zamawiający – stanowi zaledwie 2%

wykorzystywanych przez niego urządzeń i nie może negować zasadności postawionych w tym postępowaniu wymagań.

Odnosząc się do zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 3 ustawy Pzp stwierdzić należy, że przedmiot zamówienia w rozpoznawanej sprawie nie został opisany w sposób określony w tym przepisie, co wiązałoby się z koniecznością dopuszczenia rozwiązań równoważnych. Należy bowiem zauważyć, że kwestionowane postanowienia OPZ dotyczą wymaganych funkcjonalności przedmiotu zamówienia i jego współpracy z urządzeniami już posiadanyymi przez Zamawiającego, czego nie można utożsamiać z opisaniem przedmiotu zamówienia w sposób określony w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiające podał pochodzenie urządzeń, które już posiada, nie zaś urządzeń będących przedmiotem niniejszego zamówienia. W świetle zaskarżonych postanowień OPZ nie jest istotne, od jakiego producenta będą pochodzić oferowane dostawy, ale to, czy będą kompatybilne z systemem, którego modernizacja jest przedmiotem zamówienia. Gdyby nawet przyjąć, że osiągnięcie takich właściwości przez urządzenia innych producentów, niż producenci sprzętu, który Zamawiający nabył wcześniej, jest utrudnione lub niemożliwe, nie oznacza to, że została wypełniona dyspozycja art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Nie wiadomo zresztą na czym w takiej sytuacji miałyby polegać dopuszczenie rozwiązań równoważnych, skoro bowiem oczekiwana jest współpraca radiotelefonów z posiadanyim systemem łączności (uzasadniona potrzeba Zamawiającego), to albo przedmiot zamówienia będzie te wymagania spełniał, albo zakładane przez Zamawiającego wykorzystanie istniejących elementów systemu nie mogłoby być osiągnięte.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018, poz. 972).

Przewodniczący: