

WYROK

z dnia 21 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2018 r. przez **wykonawcę COVERTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Komendę Główną Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę postanowień SIWZ dotyczących wymagań, aby radiotelefony i stacje retransmisyjne pochodziły od tego samego producenta oraz wymagań dotyczących obowiązku współpracy oferowanego sprzętu ze standardem ETSI DMR funkcjonalnościami producentów Motorola (dla części I) i Hytera (dla części II), z uwzględnieniem również okoliczności wskazanych w uzasadnieniu orzeczenia. Ponadto nakazuje Zamawiającemu uwzględnienie konsekwencji ww. zmian w pozostałych postanowieniach SIWZ wraz z załącznikami.**
- 2. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutu dotyczącego opisu sposobu programowania przemienników poprzez port USB, z uwagi na wycofanie przez Odwołującego niniejszego zarzutu,**
- 3. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.**

4. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Komendę Główną Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę COVERTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
- 2) zasądza od **Zamawiającego: Komendy Głównej Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy COVERTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18.600,00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze 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:

.....

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

Zamawiający – Komenda Główna Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*Modernizacja systemu radiokomunikacyjnego SG*”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 kwietnia 2018 r. pod numerem 2018/S 074-163748.

Wykonawca COVERTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 27 kwietnia 2018 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwaną dalej również: „*SIWZ*”), zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp a także art. 30 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o zmianę niektórych postanowień SIWZ, ich modyfikację, czy wykreślenie. Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko w odwołaniu, wskazał m. in. na następujące okoliczności, Odwołujący zaskarżył opis przedmiotu zamówienia, który w jego ocenie poprzez wprowadzone postanowienia ograniczał uczciwą konkurencję, t.j.:

- 1) Żądanie aby wszystkie radiotelefony oraz stacje retransmisyjne dostarczone w ramach jednej części zamówienia w zakresie podstawowym i w zakresie prawa opcji, pochodziły od tego samego producenta przy jednoczesnym wymaganiu, aby stacja retransmisyjna ETSI DMR dla Części I zamówienia posiadała funkcjonalności charakterystyczne dla stacji retransmisyjnej MOTOROLA w sytuacji, gdy funkcjonalności te nie wynikają ze standardu ETSI DMR, zaś ich stosowanie nie jest Zamawiającemu niezbędne;
- 2) Żądanie aby wszystkie radiotelefony oraz stacje retransmisyjne dostarczone w ramach jednej części zamówienia w zakresie podstawowym i w zakresie prawa opcji, pochodziły od tego samego producenta przy jednoczesnym wymaganiu, aby stacja retransmisyjna ETSI DMR dla Części II zamówienia posiadała funkcjonalności charakterystyczne dla stacji retransmisyjnej HYTERA, w sytuacji, gdy funkcjonalności te nie wynikają ze standardu ETSI DMR, zaś ich stosowanie nie jest Zamawiającemu niezbędne;

- 3) Opisanie wymiarów radiotelefonów w sposób niejednoznaczny, bez ustalenia tolerancji wymiarów, w wyniku czego brak możliwości ustalenia czy oferowane radiotelefony spełniają wymagania SIWZ zaś w przypadku przyjęcia maksymalnie niekorzystnego sposobu pomiaru — eliminuje możliwość złożenia oferty niepodlegającej odrzuceniu;
- 4) Opisanie sposobu programowania przemienników poprzez port USB co jest charakterystyczne wyłącznie dla jednego producenta MOTOROLA, bez żadnego faktycznego uzasadnienia, co prowadzi do eliminacji możliwości złożenia oferty na inne rozwiązanie sprzętowe;
- 5) Ustalenie bez żadnego uzasadnienia merytorycznego obowiązku dostarczenia radiotelefonów wyprodukowanych nie wcześniej, niż siedem miesięcy od daty zawarcia umowy a także uzależnienie przyjęcia dostawy od oświadczenia podmiotu nie będącego stroną postępowania i umowy zakładając, że podmiotem składającym ofertę nie będzie sam producent, gdy obowiązek złożenia takiego oświadczenia nie wynika z przepisu prawa;
- 6) Zaniechanie przez Zamawiającego opisu rozwiązań równoważnych w zakresie:
 - a) stacji retransmisyjnej ETSI DMR dla Części I gdzie wskazano z nazwy funkcjonalności charakterystyczne dla stacji retransmisyjnej MOTOROLA;
 - b) stacji retransmisyjnej ETSI DMR dla Części II gdzie wskazano z nazwy funkcjonalności charakterystyczne dla stacji retransmisyjnej HYTERA.

Powyższymi zaniechaniami czynności, w ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust.1, art. 29 ust. 1 i 2 a także art. 30 ust. 1 ustawy Pzp, t.j. umieszczenie w treści SIWZ postanowień wykraczających poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym, poprzez narzucenie obowiązku zapłaty kary umownej za uchybienie terminowi naprawy jednego urządzenia, stanowiącemu ułamek procenta wartości całej dostawy została w tym punkcie odniesiona do wartości całej dostawy, w wysokości o rząd wielkości większej niż w punkcie dotyczącym całej dostawy co powoduje, że kara umowna zostanie wykorzystana w sposób spreczny z funkcją naprawienia powstałej szkody, jaką powinna pełnić kara umowna oraz w sposób spreczny z zasadami współżycia społecznego, to jest naruszenia art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 483 § 1 kc w zw. z art. 353¹ kc oraz w zw. z art. 5 kc.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia – w terminie przewidzianym w ustawie – żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający – Komenda Główna Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Modernizacja systemu radiokomunikacyjnego SG*”.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ”) zawierała m. in. następujące postanowienia:

- W punkcie IV SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” Zamawiający zawarł następujące wymagania: *Wszystkie radiotelefony oraz stacje retransmisyjne dostarczone w ramach części (...) w zakresie podstawowym i w zakresie prawa opcji, muszą, być tego samego producenta.* Wymaganie to dotyczy każdej z części i zostało powtórzone w opisie technicznym „**WSZYSTKIE RADIOTELEFONY ORAZ STACJE RETRANSMISYJNE DOSTARCZANE W RAMACH JEDNEJ CZĘŚCI MUSZĄ BYĆ TEGO SAMEGO PRODUCENTA**”

- Także w Załączniku nr 2 „UMOWA” zapisano:

§2. 10. Zamawiający wymaga aby wszystkie dostarczone poszczególne elementy zamówienia pochodziły od jednego producenta urzędzeń

W tabeli 5. , na stronie 18 Opisu przedmiotu zamówienia dla Części I, została opisana „Stacja retransmisyjna ETSI DMR.” W wierszu 1.2 tabeli znalazły się następujące zapisy;

Praca przy wykorzystaniu sieci IP z przemiennikami Motorola SLR5500, MTR3000, DR3000 w ramach systemu komunikacji MOTOTRBO, w szczególności w ramach nw. interfejsów sieciowych (ew. licencje wymagane do uruchomienia interfejsów wskazanych w tiret od 2 do 5 nie są przedmiotem zamówienia):

- *cyfrowe konwencjonalne;*

- *IP Site Connect;*
- *Capacity Plus;*
- *Unked Capacity Plus;*
- *Connect Plus.*

●Podobnie, na stronie 19 OPZ dla Części II zamówienia , w wierszu 1.2 zapisano: Praca w ramach jednej sieci z zastosowaniem połączenia 1P (tzw* IP Multi Site) z przemiennikami Hytera RD985 i RD965 w trybie DMR (DMR TierII). Gdzie IP Multi Site jest analogicznie jak w przypadku opisanym wyżej, autorskim rozwiązaniem tym razem firmy Hytera, nieobjętym standardem ETSI DMR.

Od niniejszych postanowień SIWZ wykonawca COVERTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie w dniu 27 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty odwołania potwierdziły się.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ustawy Pzp oraz 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 30 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Wymagania Zamawiającego niewątpliwie przy tak przyjętej konstrukcji mogą stanowić zaprzeczenie opisanego przedmiotu zamówienia jako „dostawa urządzeń łączności radiowej standardu ETSI DMR”, gdyż wprowadzanie standardów służy zwiększeniu oferty produktów zgodnych z danym standardem a nie ograniczeniu producentów i produktów a tym samym konkurencji. Zgodzić należało się z Odwołującym, że blokowanie możliwości zaoferowania i sprzedaży urządzeń zgodnych ze standardem ETSI DMR, ale pochodzących od różnych producentów stanowi niczym nieuzasadnione utrudnienie uczciwej konkurencji. Jak zauważył Odwołujący aktualnie w eksploatacji w jednostkach organizacyjnych Straży Granicznej znajdują się urządzenia co najmniej trzech producentów radiotelefonów w standardzie ETSI DMR. Optymalizacji użytkowej można dokonywać poprzez ich alokację fizyczną w określonych obszarach kraju. Nie jest konieczne, aby w całym kraju w określonej klasie urządzeń, użytkowano aparaty jednego producenta.

Zresztą Zamawiający w żadnym miejscu nie wymaga w ogóle podania nazwy i typu oferowanego urządzenia. Niemniej jednak niewątpliwie przy takiej konstrukcji SIWZ Zamawiający opisując w ten sposób przedmiot zamówienia otrzyma ofertę lub oferty na konkretny sprzęt, gdyż konkurencyjne oferty innych producentów zostaną odrzucone lub nie zostaną złożone z uwagi na niespełnienie tak opisanych wymogów SIWZ. Zgodnie z zapisami SIWZ podmiot producenta musi być ten sam, ale w zakresie całej części, co gwarantuje, iż jeżeli jedynym możliwym do złożenia w obecnym brzmieniu zapisów SIWZ jest przemiennik firmy MOTOROLA w części I i HYTERA w części II to pozostały sprzęt będzie musiał być tych samych producentów. Zgodzić należało się z Odwołującym, że połączenie wymogów zawartych w SIWZ sprowadza się do tego, iż poprzez dopuszczenie autorskich, wzajemnie niekompatybilnych rozwiązań dwóch różnych producentów Zamawiający de facto nie przykłada wagi do interoperacyjności, a zawarcie tych zapisów w SIWZ ma jedynie na celu zakupienie produktów konkretnych, wybranych już wcześniej poza procedurą przetargową producentów. Owszem Zamawiający dopuścił składanie ofert równoważnych, jednak nie zamieścił żadnego opisu w odniesieniu do awizowanej równoważności. Nie będąc producentem ani oferentem sprzętu MOTOROLA ani HYTERA, inni wykonawcy, w tym Odwołujący nie ma żadnej możliwości złożenia oferty nie podlegającej odrzuceniu, pomimo faktu, że oferowane przez niego radiotelefony spełnią wymagania techniczno-funkcjonalne i współpracują z przemiennikami MOTOROLA jak też HYTERA w zakresie standardu ETSI DMR w trybie wymaganym przez zamawiającego. Jak wskazał odwołujący oferowane przez niego przemienniki firmy EXCERA posiadają zdolność budowy opartych o nie sieci łączności oraz funkcjonalności objęte standardem ETSI DMR, które funkcjonalnie realizują te same zadania, co wymienione w SIWZ autorskie rozwiązania Motorola i Hytera, jednak w inny technologicznie sposób. Ponadto Odwołujący uprawdopodobnił w przedmiotowej sprawie, że doszło do uzależnienia możliwości zaoferowania i wykonania dostawy kilkuset radiotelefonów od dostawy 3 sztuk przemienników (w części I), zaś w części II zamówienia od dostawy 1 szt. przemiennika. Dodatkowo Zamawiający nie zakupuje obecnie licencji na tryby pracy (interfejsy sieciowe). Zgodzić należało się z Odwołującym, że takie działanie narusza przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. W konsekwencji Izba nakazała Zamawiającemu zmianę postanowień SIWZ poprzez wykreślenie wymagania, aby radiotelefony i stacje retransmisyjne pochodziły od tego samego producenta; oraz wykreślenie obowiązku współpracy oferowanego sprzętu z nie objętymi standardem ETSI DMR specyficznymi funkcjonalnościami producentów MOTOROLA (w Części 1) i HYTERA (w części 2) tj wykreślenie z tabeli nr 5 str. 18 OPZ dla części I nazw własnych producenta MOTOROLA, tj. „Motorola SLR5500”, „MTR3000”, „DR3000”, „MOTOTRBO”, „IP Site Connect”; „Capacity Plus”; „Linked Capacity Plus”; „Connect Plus”. Oraz „IP Multi Site” w odniesieniu OPZ dla Części II zamówienia , w wierszu 1.2 na stronie 19.

W pozostałym zakresie Izba oddaliła niniejsze odwołanie, uznając że Zamawiający nie naruszył wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp a Zamawiający zobowiązany jest do zabezpieczenia swoich interesów w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Co do zarzutu wycofanego przez Odwołującego Izba umorzyła niniejsze postępowanie odwoławcze.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....