

Sygn. akt: KIO 1636/19

WYROK

z dnia 9 września 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 września 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 sierpnia 2019 roku przez wykonawcę KenBIT Koenig i Wspólnicy spółka jawna z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Jednostkę Wojskową 4101 w Lublińcu, z siedzibą w Lublińcu

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w części 1 zamówienia, w zadaniu nr 1 w zakresie Opisu Przedmiotu Zamówienia w załączniku nr 3 w następujący sposób:

a) zmianę wymagań dla parametru Walizka transportowo-ochronna - na Wymiary muszą spełniać wymogi rozmiaru bagażu podręcznego międzynarodowej organizacji lotnictwa FAA max. 45 cali,

b) usunięcie wymogów co do wielkości i wagi urządzenia dla routera taktycznego polowego SWaP-C oraz switcha taktycznego polowego małego SWaP-C;

c) jednoznaczne wskazanie, iż dopuszczalne jest zaoferowanie urządzeń z większą liczbą portów we wszystkich urządzeniach wchodzących w skład zestawu;

d) Router taktyczny połowy SWaP-C - wskazanie, że wymagany pobór mocy jest maksymalny, a urządzenie może pobierać mniejszą ilość energii, czyli wprowadzenie zapisów:

pobór mocy:

- nominalny: do 25W (przy podłączonym KG-250X i lx telefonie Cisco serii 7911

poprzez PoE),

- maksymalny: do 42W (przy poborze mocy 15W przez urządzenia podłączone do portów PoE);

e) Sposób dystrybucji zasilania między modułami systemu oraz zakres napięć wejściowych - usunięcie wymagania:

- 1x zatraskowe złącze modułowe do dystrybucji zasilania pomiędzy modułami z tej samej serii

oraz zastąpienie sformułowania: (Router taktyczny połowy SWaP-C): Zakres napięć wejściowych 10 - 35 V DC, sformułowaniem:

- zasilanie DC w zakresie 10 - 48V zintegrowane z systemem walizki, dobrane do oferowanego rozwiązania;

e) wprowadzenie zapisu Router taktyczny połowy SWaP-C - Temperatura robocza -20°C do + 60°C z wymogiem pasywnego chłodzenia;

f) usunięcie z wymagania „Oprogramowanie zarządzające umożliwiające

monitorowanie pracy - możliwość automatycznej konfiguracji urządzenia do wysyłania syslogów przy pomocy aplikacji IQCore” zapisów odnoszących się do konkretnej aplikacji.

2. kosztami postępowania obciąża Jednostkę Wojskową nr 4101 w Lublińcu, z siedzibą w Lublińcu i:

a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego KenBIT Koenig i Wspólnicy spółka jawna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

b) zasądza od Zamawiającego: Jednostki Wojskowej nr 4101 w Lublińcu, z siedzibą w Lublińcu na rzecz Odwołującego: KenBIT Koenig i Wspólnicy spółka jawna z siedzibą w Warszawie kwotę w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześćset złotych 00/100 groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisów oraz zastępstwa procesowego

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Częstochowie.

Przewodniczący:

sygn. akt KIO 1636/19

UZASADNIENIE

W dniu 23 sierpnia 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z siedzibą w Warszawie, podstawie art. 180 ust. 1 w z w. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm. - dalej jako: „ustawa PZP”), odwołanie złożył wykonawca KenBIT Koenig i Wspólnicy spółka jawna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”).

Zamawiający - Jednostka Wojskowa 4101 w Lublińcu, z siedzibą w Lublińcu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu ograniczonego, na Dostawę wyposażenia mobilnego systemu teleinformatycznego BICES dla Jednostki Wojskowej Nr 4101 w Lublińcu - nr sprawy 2/OIB/2019, część 1 zamówienia (Zadanie nr 1). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod nr 2019/S 130-320650, w dniu 9 lipca 2019 r.

Odwołanie złożono od niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego, polegającej na sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia (w zakresie części 1 zamówienia - Zadania nr 1) w sposób sprzeczny z przepisami ustawy PZP, co spowodowało rażące naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie następujących przepisów ustawy PZP:

I. art. 29 ust. 2 w zw. z 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez sformułowanie w sposób ograniczający a wręcz eliminujący wszelką konkurencję wśród wykonawców, w Załączniku nr 3 dla Zadania nr 1, następujących postanowień opisu przedmiotu zamówienia:

1. Walizka transportowo-ochronna - Wymiary muszą spełniać wymogi rozmiaru bagażu podręcznego międzynarodowej organizacji lotnictwa FAA max. 550 x 400 x 230 mm.

2. Wymiary i masa urządzeń:

- Router taktyczny połowy SWaP-C - małe wymiary i waga nie większe niż 135 x 181 x 41 mm i 1,1 kg

- Switch taktyczny połowy mały SWaP-C - wymiary i waga nie większe niż 135 x 181 x 41 mm i 1,2 kg

3. Router taktyczny połowy SWaP-C:

5 portów Ethernet w tym 4 porty PoE

(...)

Funkcje sieciowe:

5x portów Ethernet, w tym 2x trasowane (routed)
3x przełączane (switched)

(...)

Łączna liczba portów Ethernet: (5), w tym min: 1x RJ45 (10/100 Base-T Ethernet, rutowalny)
1x RJ45 (10/100 Base-T Ethernet, rutowalny, PoE),

3x RJ45 (10/100 Base-T Ethernet, przełączany, PoE)

4. Router taktyczny połowy SWaP-C - pobór mocy:

nominalny: 25W (przy podłączonym KG-250X i 1x telefonie Cisco serii 7911 poprzez PoE),

maksymalny: 42W (przy poborze mocy 15W przez urządzenia podłączone do portów PoE).

5. Sposób dystrybucji zasilania między modułami systemu oraz zakres napięć wejściowych:

Router taktyczny połowy SWaP-C - Zakres napięć wejściowych 10 - 35 V DC Urządzenia sieciowe - 1x zatrzaskowe złącze modułowe do dystrybucji zasilania pomiędzy modułami z tej samej serii

6. Switch taktyczny połowy mały SWaP-C -10x portów Ethernet w tym 4x porty PoE

7. Router taktyczny połowy SWaP-C - Temperatura robocza -20°C do +70°C z wymaganiami pasywnego chłodzenia

To jest w sposób, który wskazuje na sztywne a nie minimalne lub graniczne (od-do) parametry, funkcje i wymiary urządzeń, podczas gdy nie jest to uzasadnione ani specyfiką urządzeń ani potrzebami Zamawiającego a ogranicza nabycie towaru wyłącznie od jednego producenta.

II. art. 29 ust. 2 oraz 3 w zw. z 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez sformułowanie, w załączniku nr 3 dla Zadania nr 1, następujących postanowień opisu przedmiotu zamówienia:

8. Oprogramowanie zarządzające umożliwiające monitorowanie pracy - możliwość automatycznej konfiguracji urządzenia do wysyłania syslogów przy pomocy aplikacji IQCore;
- które to postanowienia, w sposób pośredni, a w przypadku wymaganego oprogramowania zarządzającego - bezpośrednio, wskazują na urządzenia produkcji PacStar, których wyłącznym dystrybutorem na terenie Polski jest GISS sp. z o.o., która to spółka również otrzymała zaproszenie do złożenia oferty w postępowaniu.

Wskazywane parametry techniczne nie mają decydującego waloru dla funkcjonalności zamawianych urządzeń, tym samym różnią się w urządzeniach poszczególnych producentów. Ścisłe określenie ich przez Zamawiającego de facto uniemożliwia zaoferowanie wyrobów innych niż urządzenia PacStar. W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, a tym samym różnicując traktowanie poszczególnych wykonawców.

Odwołujący wnosil o:

I. uwzględnienie odwołania w całości;

II. nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian w załączniku nr 3 dla

Zadania nr 1:

1. Walizka transportowo-ochronna - Wymiary muszą spełniać wymogi rozmiaru bagażu podręcznego międzynarodowej organizacji lotnictwa FAA max. 22x14x9 cali (560 x 360x 230 mm) - tzn. poprzez dostosowanie wymiarów do faktycznych wymogów FAA;

2. Wymiary i masa urządzeń:

Router taktyczny połowy SWaP-C - poprzez usunięcie wymogów co do wielkości i wagi urządzenia.

Switch taktyczny połowy mały SWaP-C - poprzez usunięcie wymogów co do wielkości i wagi urządzenia.

3. Router taktyczny połowy SWaP-C:

minimum 5 portów Ethernet w tym 4 porty PoE

(...)

Funkcje sieciowe:

minimum 5x portów Ethernet, w tym minimum 2x trasowane (routed) minimum 3x przełączane (switched)

(...)

Złącza:

Łączna liczba portów Ethernet minimum 5. w tym minimum: 1x RJ45 (10/100 Base-T

Ethernet, rutowalny) 1x RJ45 (10/100 Base-T Ethernet, rutowalny, PoE),

- tj. poprzez jednoznaczne wskazanie, iż dopuszczalne jest zaoferowanie urządzeń z większą liczbą portów.

4. Router taktyczny połowy SWaP-C

pobór mocy:

- nominalny: do 25W (przy podłączonym KG-250X i 1x telefonie Cisco serii 7911 poprzez PoE),

- maksymalny: do 42W (przy poborze mocy 15W przez urządzenia podłączone do

portów PoE).

- tj. poprzez wskazanie, że wymagany pobór mocy jest maksymalny, a urządzenie może pobierać mniejszą ilość energii.

5. Sposób dystrybucji zasilania między modułami systemu oraz zakres napięć wejściowych - poprzez usunięcie wymagania

- 1x zatraskowe złącze modułowe do dystrybucji zasilania pomiędzy modułami z tej samej serii

oraz zastąpienie sformułowania: (Router taktyczny połowy SWaP-C): Zakres napięć wejściowych 10 - 35 V DC, następującym:

- zasilanie DC w zakresie 10 - 48V zintegrowane z systemem walizki, dobrane do oferowanego rozwiązania

6. Switch taktyczny połowy mały SWaP-C - minimum 10x portów Ethernet w tym 4x porty PoE

- tj. poprzez wskazanie, że dopuszczalne będzie zaoferowanie urządzeń z większą liczbą portów.

7. Router taktyczny połowy SWaP-C - Temperatura robocza -20°C do + 60°C

- tj. poprzez dopuszczenie urządzeń z niższą maksymalną temperaturą roboczą oraz usunięcie wymogu pasywnego chłodzenia.

8. Oprogramowanie zarządzające umożliwiające monitorowanie pracy - możliwość automatycznej konfiguracji urządzenia do wysyłania syslogów

- tj. poprzez usunięcie odwołania do konkretnej aplikacji

Wartość zamówienia przekracza równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP. Odwołanie zostało wniesione z w terminie określonym w art. 182 ust. 1 pkt 1 PZP - 10 dni od dnia przekazania Wykonawcy treści opisu przedmiotu zamówienia w zakresie części 1 zamówienia. Zaproszenie do II etapu postępowania, wraz załącznikami przesłane zostały (drogą elektroniczną) Odwołującemu w dniu 13 sierpnia 2019 r. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu i uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości. Odwołanie nie zawierało braków formalnych.

Odwołujący podkreślił, że posiada interes we wniesieniu odwołania, stosownie do wymogów art. 179 ust. 1 ustawy PZP, jako wykonawca zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Możliwość uzyskania zamówienia potwierdzona została przez dopuszczenie Odwołującego do złożenia oferty (w trybie przetargu ograniczonego).

Aktualne brzmienie Załącznika związanego z opisem przedmiotu zamówienia, jego zdaniem w sposób rażąco narusza obowiązujące przepisy (art. 29 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP). Zamawiający formuje liczne wymagania techniczne, które nie wpływają na faktyczną funkcjonalność urządzenia, jednocześnie parametry te pośrednio lub nawet bezpośrednio wskazują na konkretne urządzenia jednego producenta. Zmodyfikowanie parametrów technicznych, pozwoli na złożenie oferty przez większą liczbę Wykonawców, w tym Odwołującego.

Na wstępie Odwołujący podkreślił, że wszystkie parametry techniczne, które kwestionowane są w odwołaniu, a które blokują konkurencję w stosunku urządzeń produkcji PacStar, nie mają decydującego wpływu na funkcjonalność przedmiotu zamówienia.

Co więcej, znaczna część żądanych zmian, zagwarantuje możliwość zaoferowania urządzeń o parametrach przewyższających wymagania Zamawiającego (np. z większą ilością portów, mniejszym poborem energii elektrycznej), co tylko pozytywnie wpłynie na ich użytkowanie. Wniesienie odwołania wynika zatem nie z faktu, iż wymagane parametry techniczne są „za wysokie”, a jedynie z powodu ich zbyt ścisłego określenia. Sam fakt, iż Zamawiający określa np. wymiary poszczególnych urządzeń co do milimetra, może budzić uzasadnione wątpliwości co do zadośćuczynienia wymogom wskazanym w art. 29 ust. 2 oraz art. 7

ustawy PZP. Prawidłowo sporządzone opisy przedmiotu zamówienia zakreślają minimalne wymogi co do urządzeń, a jedynie wyjątkowo parametry ściśle określone. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy PZP może polegać na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb zamawiającego. Zamawiający nie może bowiem wymagać od wykonawców takich właściwości przedmiotu zamówienia, które nie mają znaczenia dla spełnienia celu, któremu ma służyć przedmiot zamówienia, a które powodują lub wręcz eliminują konkurencję na rynku (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10 czerwca 2015 r., sygn. KIO 1112/15).

Szersza analiza dokumentacji prowadzi zdaniem Odwołującego do wniosku, że nadmiernie szczegółowe wymagania techniczne pokrywają się z parametrami urządzeń produkowanych przez PacStar. Na terenie Polski wyłącznym dystrybutorem tych produktów jest firma GISS sp. z o.o., która złożyła wniosek w postępowaniu. Co więcej, polityka sprzedażowa firmy PacStar uniemożliwia dokonanie zakupu jej produktów, w Polsce, z pominięciem firmy GISS. Tylko zatem ten wykonawca może złożyć ofertę w postępowaniu, co w sposób rażąco narusza podstawowe zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Dokonanie w ten sposób opisu przedmiotu zamówienia wprost narusza przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że przedmioty przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zgodnie z jednolitym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest zbyt rygorystyczne i nieuzasadnione określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które zawęża krąg wykonawców mogących złożyć ofertę w danym postępowaniu. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący wprost na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który przez swą drobiazgowość i rygoryzm umożliwia dostęp do zamówienia jedynie kilku wybranym wykonawcom działającym w danym obszarze rynku (tak: uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 maja 2016 r. KIO/KD 30/16).

Swoboda zamawiającego w określaniu cech produktów, które chce zakupić nie jest niczym nieograniczona. Zamawiający jest zobowiązany przepisami prawa do zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz o dbałość o oszczędne i legalne wydatkowanie środków publicznych. Opis przedmiotu zamówienia umożliwiający złożenie tylko jednemu wykonawcy oferty w postępowaniu narusza art. 7 i 29 ustawy Pzp, ale również w sposób negatywny wpłynie na wartość uzyskanej w tym postępowaniu oferty.

Ad. 1 W Załączniku, w opisie szczegółowym, Zamawiający określa rozmiary walizki transportowo-ochronnej odnosząc się do wymogów rozmiaru bagażu podręcznego „międzynarodowej organizacji lotnictwa FAA”, określając je jednocześnie na max. 550 x 400 x 230 mm.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż nie istnieje żadna międzynarodowa organizacja lotnicza, posługująca się skrótem FAA. Akronim ten używany jest przez Federal Aviation Administration (pol. Federalna Administracja Lotnictwa) - organ nadzoru lotniczego - agencja Departamentu Transportu Stanów Zjednoczonych.

Z analizy wytycznych FAA wynika, że agencja określa rozmiar bagażu na taki, który powoli na schowanie go pod siedzeniem pasażera lub w schowku, przy czym suma wymiarów [długość + wysokość + szerokość] nie może przekroczyć 45 cali.

Określenie rozmiaru walizki transportowo-ochronnej na max. 550 x 400 x 230 mm, ogranicza możliwość doboru rozwiązania technicznego tylko do rozwiązania technicznego produkowanego przez PacStar.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnoszą o zmianę maksymalnych wymiarów na 22 x 14 x 9 cali (w zaokrągleniu: 560 x 360 x 230 mm).

Proponowane wymiary są zgodne z wymaganiami określonymi przez FAA oraz stosowane przez innych niż PacStar producentów tego rodzaju sprzętu działających na rynku.

Ad. 2. W Załączniku, w opisie szczegółowym Zamawiający określa wymiary i wagę dla modułów:

- Router taktyczny połowy SWaP-C - małe wymiary i waga nie większe niż 135 x 181 x 41 mm i 1,1 kg

- Switch taktyczny połowy mały SWaP-C - wymiary i waga nie większe niż 135 x 181 x 41 mm i 1,2 kg,

co przy dodatkowych wymaganiach co do rozmiaru walizki transportowo-ochronnej jest bezzasadne, ponieważ wielkość modułów nie wpływa bezpośrednio na rozmiar i wagę walizki transportowo-ochronnej.

Podanie wymiarów (niekiedy bardzo precyzyjnych - 181 mm, 41 mm) i wag ogranicza możliwość doboru rozwiązania technicznego tylko do rozwiązania PacStar oferowanego przez dostawcę GISS sp. z o.o. Tak określone parametry eliminują możliwość złożenia oferty przez pozostałych wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wskazane parametry nie wpływają na żadną wymaganą przez Zamawiającego funkcjonalność, a ich zmiana nie ograniczy projektowanego przez Zamawiającego sposobu lub zakresu korzystania ze sprzętu. Tym samym wymóg ten w sposób bezpodstawny narusza przepisy art. 7 i 29 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosil o usunięcie wskazanych parametrów z wymogów skazanych

w Załączniku

Ad. 3. W Załączniku nr 3 dla zad. Nr 1, w opisie szczegółowym Zamawiający określa cechy Routera taktycznego połowego SWaP-C m.in. w następujący sposób: 5 portów Ethernet w tym 4 porty PoE

(...)

Funkcje sieciowe:

5x portów Ethernet, w tym 2x trasowane (routed)

3x przełączane (switched)

(...)

Łączna liczba portów Ethernet: (5), w tym min: 1x RJ45 (10/100 Base-T Ethernet, rutowalny)

1x RJ45 (10/100 Base-T Ethernet, rutowalny, PoE), 3x RJ45 (10/100 Base-T Ethernet,

przełączany, PoE)

Opis ten również wskazuje na konkretne rozwiązanie produkowane jedynie przez firmę PacStar, której wyłącznym dystrybutorem na rynku polskim jest firma GISS. Również w tym przypadku Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający art. 7 i 29 ustawy Pzp. W efekcie działań Zamawiającego jedynie wykonawca GISS może złożyć ofertę w postępowaniu, co jak należy założyć, nie jest celem Zamawiającego.

Odwołujący wnosil o jednoznaczne wskazanie, iż wymagane liczby portów stanowią

jedynie liczby minimalne a zaoferowany Router może mieć większą liczbę portów, co tylko ulepszy jego funkcjonalności. Pozwoli to zadośćuczynić wymaganiom Zamawiającego, a równocześnie umożliwi złożenie oferty szerokiemu kręgowi wykonawców.

Ad. 4. W Załączniku, w opisie szczegółowym Zamawiający określa cechy Routera taktycznego połowego SWaP-C, podając wymagania:

- pobór mocy:

- nominalny: 25W (przy podłączonym KG-250X i 1x telefonie Cisco serii 7911 poprzez PoE),

- maksymalny: 42 W (przy poborze mocy 15W przez urządzenia podłączone do portów

PoE).

Opis ten jest nieprecyzyjny. Uznanie, że zawiera on wartości nominalne, a nie brzegowe (min/max) wskazuje na konkretne rozwiązanie produkowane jedynie przez firmę PacStar, której wyłącznym przedstawicielem na rynku polskim jest firma GISS sp. z o.o.. Zamawiający dokonał więc opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający art. 7 i 29 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o doprecyzowanie jak w żądaniu

odwołania, że wskazany pobór mocy powinien mieć charakter maksymalny, tj:

Pobór mocy:

- nominalny: do 25W (przy podłączonym KG-250X i 1x telefonie Cisco serii 7911 poprzez PoE),
- maksymalny: do 42 W (przy poborze mocy 15W przez urządzenia podłączone do portów PoE).

Także w tym przypadku dokonanie zmiany w Załączniku, nie wpłynie negatywnie na wymagane parametry urządzenia.

Ad. 5. W Załączniku, w opisie szczegółowym Zamawiający określa wymaganie dla wartości napięcia DC zasilania modułów sieciowych oraz dystrybucji zasilania między modułami w następujący sposób:

- 1x zatrzaskowe złącze modułowe do dystrybucji zasilania pomiędzy modułami z tej samej serii
- Zakres napięć wejściowych DC 10-35 V DC - dla Routera taktycznego polowego SWaP-C

Opis taki wskazuje na konkretne rozwiązanie produkowane jedynie przez firmę PacStar, której wyłącznym dystrybutorem na rynku polskim jest firma GISS.

W związku faktem, że przyjęte przez Zamawiającego zakresy napięć dla modułów sieciowych nie są jednolite (10-35 V DC oraz 10-32 V DC), a urządzenia mają pracować w systemie ze wspólnym zasilaniem, Odwołujący wnioskował o ujednoczenie wymagań na zasilanie dla wszystkich urządzeń poprzez wprowadzenie następującego wymagania

w miejsce kwestionowanego:

zasilanie DC w zakresie 10 - 48V zintegrowane z systemem walizki dobrane do oferowanego rozwiązania" oraz usunięcie wymagań:

„1x zatrzaskowe złącze modułowe do dystrybucji zasilania pomiędzy modułami z tej samej serii”

Ad. 6. W Załączniku, w opisie szczegółowym, Zamawiający określa wymagania dla taktycznego, małego Switcha polowego SWaP-C: -10x portów Ethernet w tym 4x porty PoE.

Opis ten nie określa czy podane wartości mają charakter nominalny, czy też minimalny. Uznanie, że zawiera on wartości nominalne (tzn. nie maksymalne lub minimalne) w zakresie portów Ethernet i zasilania PoE wskazuje na konkretne rozwiązanie produkowane jedynie przez firmę PacStar, której wyłącznym dystrybutorem na rynku polskim jest firma GISS sp. z o.o.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosil o zmianę. wymagania w zakresie zamawianego małego Switcha polowego SWaP-C na:

- Minimum 10x portów Ethernet w tym minimum 4x porty PoE;

Powyższa zmiana pozwoli na pełną realizację wymogów Zamawiającego, przy jednoczesnym poszerzeniu kręgu potencjalnych wykonawców.

Ad. 7. W Załączniku, w opisie szczegółowym Zamawiający określa wymaganie na wartości temperatury pracy Routera taktycznego polowego SWaP-C na:

- Temperatura robocza -20°C do +70°C z wymaganiem pasywnego chłodzenia

Opis ten wskazuje na konkretne rozwiązanie produkowane jedynie przez firmę PacStar, której wyłącznym dystrybutorem na rynku polskim jest firma GISS.

Odwołujący wnosil o zmianę kwestionowanego wymagania na: - Minimalny zakres temperatur pracy -20°C do +60°C

Wskazany powyższej zakres temperatur spełnia wymogi określone w standardzie MIL-STD 810G, na które powołuje się sam Zamawiający. Standard ten wykorzystywany jest jako podstawa badania wytrzymałości urządzeń wojskowych, więc nie jest konieczne jego dodatkowe podwyższanie przez Zamawiającego.

Ad. 8. W Załączniku nr 3 dla zad. Nr 1, w opisie szczegółowym Zamawiający określa wymagania Oprogramowania zarządzającego umożliwiające monitorowanie pracy, wskazując na oprogramowanie PacStar IQCore: - możliwość automatycznej konfiguracji urządzenia do wysyłania syslogów przy pomocy aplikacji IQCore.

Właścicielem wymaganego oprogramowania aplikacji jest firma PacStar, której wyłącznym przedstawicielem na Polskę jest firma GISS sp. z o.o., która złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Z uwagi na politykę sprzedażową producenta, w praktyce nie jest możliwe dokonanie zakupu na rynku polskim produktów PacStar z pominięciem firmy GISS. Tym samym opis przedmiotu zamówienia ograniczający się wyłącznie do jednego rozwiązania, oferowanego przez jednego wykonawcę działającego na właściwym rynku wprost ogranicza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp). Założyć należy, że nie jest celem prowadzonego w trybie konkurencyjnym postępowania faktyczne wyeliminowanie możliwości złożenia konkurencyjnych ofert przez innych wykonawców działających na rynku i spełniających wymagania podmiotowe Zamawiającego.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o usunięcie z Załącznika wskazania nazwy IQCore.

Dodatkowo Odwołujący podkreślił, zgodnie z treścią art. 29 ust. 3 ustawy PZP przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, 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”. W prowadzonym postępowaniu Zamawiający posłużył się nazwą IQCore, pomimo że nie zaistniała żadna z przesłanek wskazanych w przywołanym przepisie. Co więcej, przyjmując nawet odmienne stanowisko, Zamawiający nadal powinien dodać zwrot „lub równoważny”, a w konsekwencji opisać wymagane parametry równoważności. Obowiązek taki znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok z 20 kwietnia 2017 r., sygn. KIO 641/17).

Mając jednak na uwadze całokształt wymagań Zamawiającego, za wystarczające należy uznać usunięcie nazwy IQCore z treści Załącznika.

Mając na uwadze przedstawioną argumentację faktyczną i prawną, wniesienie odwołania zdaniem Odwołującego stało się konieczne i uzasadnione.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia pismach procesowych wraz z załącznikami, włączonych w poczet materiału dowodowego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Należy bowiem wskazać, że środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp 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 ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i SIWZ przyjęć należy, iż każdy

wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu, a szkodą jest niemożliwość złożenia oferty i podpisania ważnej umowy (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt KIO 2036/10). Wykonawca złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu publicznym, otrzymał od Zamawiającego zaproszenie do złożenia oferty, jest zdolny do wykonania zamówienia, deklaruje zainteresowanie postępowaniem, ma więc szansę na uzyskanie zamówienia, natomiast sposób ukształtowania zapisów SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia przekłada się na sytuację Wykonawcy w postępowaniu i możliwość złożenia konkurencyjnej oferty.

Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2019 roku, podpisanym przez Katarzynę Prowadzisz, z upoważnienia Prezesa Izby, wyznaczony został skład do rozpoznania niniejszego odwołania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła, że Odwołujący prawidłowo w odwołaniu przytoczył brzmienie zapisów SIWZ oraz opisu przedmiotu zamówienia, prawidłowo określił także zakres dokumentów wymaganych w postępowaniu na potwierdzenie warunków podmiotowych i przedmiotowych.

Biorąc powyższe ustalenia po uwagę, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Z uważ natury ogólnej dostrzeżenia wymaga w ślad za orzecznictwem, że: "(...) zasada wyrażona w przepisie art. 7 Pzp nie może być interpretowana w taki sposób, że wymaga dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem a wybór produktu, który należy zaoferować w ramach danego zamówienia, pozostawiony jest wykonawcom" (tak wyrok KIO z 22.03.2012 r., sygn. akt: KIO 471/12). Zaś: "Obowiązek przestrzegania reguł określonych w art. 29 ust. 1 i 2 Pzp nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa określić przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego potrzeby i aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby społeczne" (tak wyrok KIO z 28.03.2014 r., sygn. akt: KIO 486/14). Niewątpliwie granicę dozwolonych działań Zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz przyszłych postanowień kontraktowych stanowią wspomniane wyżej zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jako nadrzędne zasady wyznaczone Prawem zamówień publicznych.

Zasada równego traktowania sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna, nie oznacza to natomiast konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek. Opis przedmiotu zamówienia nie może preferować jedynie niektórych podmiotów. Wszyscy wykonawcy powinni mieć zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, dokonywanie oceny warunków oraz ofert powinno następować wedle wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie przedłożonych dokumentów, a nie wiedzy zamawiającego. W ocenie Izby nie oznacza to jednak, że zamawiający tylko wówczas działa w granicach uczciwej konkurencji oraz z zachowaniem wymogu proporcjonalności przy opisie przedmiotu zamówienia, gdy jego działania pozwalają na uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim podmiotom występującym na rynku. Jeżeli zatem zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu, w tym warunki kontraktowe, nie czyni tego w sposób, który wskazuje na konkretny produkt lub wykonawcę, nie można uznać, iż narusza zasady uczciwej konkurencji poprzez odniesienie się do przedmiotu zamówienia. Nie jest obowiązkiem Zamawiającego uwzględnianie doświadczenia zawodowego i polityki prowadzenia działalności komercyjnej wszystkich podmiotów działających na rynku ale uwzględnienie wymagań gwarantującej sprawne wykonanie danego zamówienia, na miarę potrzeb i możliwości Zamawiającego.

Nie można również zapominać, że obowiązkiem Zamawiającego jest uwzględnienie jego potrzeb związanych z należyłą realizacją zamówienia, które w obiektywny sposób doprowadzą do wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia.

Przechodząc do omówienia zasady proporcjonalności, dostrzeżenia wymaga, iż w wyroku z dnia 6 grudnia 2016 r. (sygn. akt KIO 2180/16) Izba odwołała się do orzecznictwa TSUE wskazując, że proporcjonalność polega na określeniu przez zamawiającego wyłącznie takich wymagań, które są konieczne do osiągnięcia zakładanego celu. Wyrażono również pogląd w zakresie rozkładu ciężaru dowodu przy tak rozumianej zasadzie proporcjonalności. Izba uznała, że to od odwołującego się wykonawcy należy oczekiwać argumentacji wskazującej, że postawione przez zamawiającego wymagania są oderwane od zasadniczego celu prowadzenia postępowania i w konsekwencji realizacji zamierzenia inwestycyjnego, stanowiącego jego przedmiot, jak również że nie są one konieczne do osiągnięcia zakładanych celów lub pozostają z nimi w wyraźnej dysproporcji.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, Izba uznała, że Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia naruszył art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zakresie niektórych opisanych parametrów dla zamawianych urządzeń. Odwołujący wykazał i uprawdopodobnił poprzez złożony materiał dowodowy, że ustalone w opisie przedmiotu zamówienia wymagania parametrów nie są konieczne do osiągnięcia zakładanych celów danego zamówienia oraz że w postępowaniu naruszono zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zamawiający w żadnym miejscu w SIWZ dla zadania pierwszego nie określił zasad równoważności, a posługiwał się przy opisie bardzo szczegółowymi i drobiazgowymi parametrami, raczej o znaczeniu drugorzędym. To w ocenie Izby może sugerować, iż Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia kierując się parametrami konkretnych urządzeń. Co więcej, ani w odpowiedzi na odwołanie, ani na rozprawie Zamawiający nie umiał wskazać i podać choć jednego przykładu rozwiązania odmiennego niż wskazywany przez Odwołującego, które spełniałoby wszystkie wymogi opisane w SIWZ. Już sam ten fakt w ocenie Izby niezbitnie dowodzi, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia z przekroczeniem zasad wyznaczonych art. 29 ustawy Pzp, dopuszczając jako jedyne, prawidłowe rozwiązanie tylko jednego producenta, bez jakiegokolwiek uzasadnienia takiego działania w dokumentach zgromadzonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W przypadku wymiarów walizki transportowo-ochronnej powołując się na wymogi rozmiaru bagażu podręcznego „międzynarodowej organizacji lotnictwa FAA”, Zamawiający określił je jednocześnie w granicach 550 x 400 x 230 mm. W odpowiedzi na odwołanie wskazywał, że propozycja Odwołującego jest sprzeczna logicznie i nie spełnia wymogów umożliwiających skryty przewóz bagażu na pokładzie samolotu bez zwracania na siebie uwagi. Poza tym Odwołujący dopuszcza przekroczenie wymagań 45 cali, bowiem łączna suma proponowanych wymiarów (560x360x230 mm) daje 45,28 cala.

W ocenie składu orzekającego Izby argumentacja Zamawiającego jest dziwna i niezrozumiała. Po pierwsze wymagania organizacji lotnictwa FAA, na które powołuje się Zamawiający posługują się jednostką cali a nie centymetrów, którymi w opisie parametrów posłużył się Zamawiający. Agencja określiła dopuszczalną wielkość bagażu podręcznego na 45 cali jako wynik totalnej sumy wysokości, szerokości i głębokości bagażu oraz rozmiarami 22x14x9 cali (informacje wynikające z dokumentacji przedłożonej przez Odwołującego oraz zweryfikowane przez skład orzekający na stronie internetowej Agencji). Jeżeli zgodnie z odpowiedzią na odwołanie przyjmujemy, że 1 cal to 2,54 cm, to referencyjna suma wymiarów walizki winna wynosić 114,30 cm (odpowiednio 55,88cm x 35,56cm x 22,86cm). Tymczasem suma wymiarów podanych w wymaganiu przez samego Zamawiającego wynosi 118 cm, co oznacza z jednej strony przekroczenie limitu 45 cali oraz że taka walizka jest większa niż proponowana przez Odwołującego, bowiem to Odwołujący proponuje walizkę o wymiarach 115 cm, przy czym w odwołaniu podkreśla, że wymiary podane są w zaokrągleniu.

Zamawiający na rozprawie dodatkowo powoływał się na wytyczne PLL LOT dla bagażu podręcznego, choć odnośników do wymagań innych przewoźników próżno szukać w SIWZ. Owszem, w przewodniku tego przewoźnika można dowiedzieć się, że dopuszczalne on rozmiary walizki na 55x40x23 cm, ale jednocześnie z dokumentu tego wynika, że za przekroczenie dozwolonego limitu bagażu podręcznego będzie uważane przekroczenie sumy 118 cm. To zaś oznacza, że propozycja Odwołującego wymagania przewoźnika spełni i nie nastąpi przekroczenie ustalonych limitów. Jednocześnie analiza wymagań poszczególnych przewoźników pokazuje, że wymiary bagażu podręcznego określone jako szerokość x wysokość x głębokość mają charakter umowny, a istotny jest globalny wymiar walizki stanowiącej bagaż podręczny.

Jeżeli dla Zamawiającego wymogi FAA są istotne (co Izba uznaje za dopuszczalne), to zapisy SIWZ winny wprost do tych wymogów referować. Oznacza to, że dopuszczona powinna być każda walizka, której wymiary globalnie mieszczą się w sumie 45 cali.

Dlatego też Izba nakazała Zamawiającemu zmianę zapisów SIWZ i opisu zamówienia

poprzez wprowadzenie opisu Walizka transportowo-ochronna - Wymiary muszą spełniać

wymogi rozmiaru bagażu podręcznego międzynarodowej organizacji lotnictwa FAA max. 45 cali. Celem uniknięcia niejasności na etapie oceny ofert, Zamawiający winien podać w wymaganiu wartość przeliczenia dla 1 cala zgodną z układem właściwym dla tej jednostki miary i zasady zaokrąglania wyników.

W zakresie wagi i wymiarów urządzeń routerów i switchy, Izba podzieliła stanowisko przedstawione przez Odwołującego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, że urządzenia z racji ich docelowego wykorzystywania w działaniach specjalnych, operacyjnych powinny być możliwie lekkie oraz odporne. Na potrzeby działań specjalnych przyjęło się używać przelicznika w postaci załadowanego magazynku do broni głównej ważącego 0,5 kg. Stąd w wymogu masę urządzeń określono w przybliżeniu na wielkość dwóch załadowanych magazynków, co daje operatorom podczas działań specjalnych jasność dla wagi wyposażenia, które zabierają. Wymiary urządzeń odnoszą się do wymiarów płyty głównej, której zastosowania Odwołujący w odwołaniu nie kwestionował oraz do przyszłego działania w niejawnych systemach teleinformatycznych w infrastrukturze zunifikowanej ogólnosiwiatowo.

Izba w składzie rozpoznającym odwołanie nie znajduje uzasadnienia dla tak szczegółowo określonych wymogów. Zamawiający nie określił docelowej maksymalnej wagi dla zestawu, w skład którego wchodzić mają router i switch. Jednocześnie elementy te nie wyczerpują całego zestawu, na który składa się wiele dodatkowych urządzeń peryferyjnych. Jeżeli więc dla Zamawiającego nie jest istotne ile będzie ważył globalnie cały zestaw (walizka + urządzenia), to w ocenie Izby szczegółowe określenie wymiarów i wagi dla tylko dwóch z wielu urządzeń stanowi kwestię zbędną. Argumentacja Zamawiającego byłaby logiczna, gdyby celem dbałości o bezpieczeństwo i komfort docelowych użytkowników zestawu określono by maksymalny ciężar zestawu. Obecnie, to do Wykonawcy należał będzie taki dobór urządzeń, by w oparciu o opisaną płynę główną stworzyć zestaw maksymalnie lekki, mieszający wszystkie wymagane urządzenia w wymiarach określonych dla walizki.

Dlatego też Izba nakazała Zamawiającemu wykreślenie wymogów co do wielkości i wagi urządzenia dla routera taktycznego polowego SWaP-C oraz switcha taktycznego polowego małego SWaP-C.

Konfrontując wymagania Zamawiającego dla ilości portów z zarzutami odwołania, Izba podzieliła stanowisko Odwołującego.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający zauważył, że płyta główna, o wykorzystanie której oparte będzie rozwiązanie, a tego wymogu nie kwestionuje Odwołujący, oferuje maksymalne ilości portów wymienione przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający opisał swoje maksymalne potrzeby i oświadczył, że na szczeblu taktycznym nie przewiduje się konieczności posiadania większej liczby portów. Zwiększenie ilości portów zdaniem Zamawiającego (zapewne przez wykorzystanie drugiej identycznej zintegrowanej płyty) podniosłoby wielkość, masę i pobór mocy w pracy urządzenia.

Zdaniem składu orzekającego Izby taki opis przedmiotu zamówienia, z zawężeniem liczby portów do konkretnej wartości nie jest uzasadniony i celowy, przynajmniej takiej celowości Zamawiający nie wykazał. Co więcej, zauważyć również należy, iż taki opis przedmiotu zamówienia należałoby uznać za nieprecyzyjny. Wymaganie Zamawiającego co do liczby portów można równie dobrze uznać za wymaganie minimalne (można zaoferować urządzenie posiadające co najmniej 5 portów), jak też za wymaganie maksymalne (można zaoferować urządzenie wyposażone w maksymalnie 5 portów). Zdaniem Izby bez doprecyzowania zapisów każde rozwiązanie wyposażone w przynajmniej 5 lub więcej portów spełniałoby wymagania SIWZ.

Ponadto Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do argumentacji Odwołującego przedstawionej na rozprawie, że możliwe jest zaoferowanie wyższej wersji płyty głównej z kartą rozszerzeń z dodatkowym modulem ale liczba minimalna portów będzie spełniona. W żaden sposób nie wykazano, że zwiększenie liczby portów wpłynie na masę urządzenia i pogorszy jakościowo inne jego parametry. Oferowana większa liczba portów nie musi być przez Zamawiającego wykorzystywana podczas działań taktycznych, a jednocześnie dopuszczenie rozwiązań z większą niż minimalna liczbą portów ulepszy funkcjonalność urządzenia.

Dlatego też Izba nakazała Zamawiającemu jednoznaczne doprecyzowanie w opisie przedmiotu zamówienia, iż dopuszczalne jest zaoferowanie urządzeń z większą liczbą portów we wszystkich urządzeniach wchodzących w skład zestawu.

Odnosnie opisanych parametrów dla poboru mocy routera, to Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zauważył, że w dokumentacji technicznej urządzeń podaje się parametry brzegowe (minimalne, maksymalne) oraz nominalne (typowe, statystyczne, najczęściej występujące). Parametry graniczne wskazują jasno granice, zaś nominalne wykorzystuje się do analizy ekonomicznej i predykcji czasu pracy urządzenia. Zdaniem Zamawiającego oczywistym powinno być, że maksymalny pobór mocy oznacza, że urządzenie pobiera nie więcej niż wskazana wartość maksymalnych obciążających warunków brzegowych, zaś nominalny pobór mocy oznacza, że urządzenie pobiera wskazaną wartość przy określonych warunkach brzegowych. Określone parametry mają na celu racjonalną kalkulację wymaganych modułów zasilania oraz przygotowanie efektywnego planu zasilania w warunkach polowych, a także efektywne wykorzystanie w warunkach polowych telefonów VoIP klasy II PoE, których to wykorzystanie możliwe będzie bez dodatkowego okablowania i zasilania.

Odwołujący wnosił o doprecyzowanie, że wskazany pobór mocy powinien mieć charakter maksymalny.

Izba zgadza się ze stanowiskiem przedstawionym w odwołaniu, że sporządzony opis przedmiotu zamówienia w odniesieniu do kwestionowanych parametrów może mieć charakter nieprecyzyjny. Wobec powyższego nakazano Zamawiającemu wskazanie w SIWZ, że wymagany pobór mocy jest maksymalny, a urządzenie może pobierać mniejszą ilość energii. Jeżeli wartość maksymalna oznaczać ma (według Zamawiającego) pobór mocy nie większy niż podana w wymaganiu wartość, to wnioski Odwołującego uznać należy za uzasadnione, bowiem każda wartość do 42W wypełniała będzie wymaganie. Podobnie sytuacja przedstawia się w przypadku wartości nominalnej poboru mocy. Każda wielkość poboru mocy do 25W będzie spełniała opisany parametr, a jednocześnie takie zapisy umożliwiają zaoferowanie urządzeń generujących mniejszy pobór mocy, co jak kilkakrotnie podkreślano w odpowiedzi na odwołanie, jest elementem funkcjonalnie istotnym przy użytkowaniu urządzeń.

W przypadku parametrów odnoszących się do sposobu dystrybucji zasilania między modułami systemu oraz zakres napięć wejściowych, w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że zwiększenie zakresu napięć na wyższe będzie mniej bezpieczne dla użytkownika w warunkach polowych. Zamawiający jest pewien, że spowoduje to jednocześnie zwiększenie gabarytów modułu zasilania i jego masy, co nie jest intencją Zamawiającego.

Co do modułowych złączy zatrzaskowych Zamawiający oczekuje utrzymania tej funkcjonalności z powodów taktycznych. Konieczność instalacji zasilania bateryjnego z radiostacji do modułu lub też łączenie modułów przewodami zasilającymi nie jest ergonomiczne i wpływa dodatkowo na komplikacje konfiguracji urządzenia w warunkach taktycznych. Wymogi te mają zapewnić Zamawiającemu prostotę i efektywność wykorzystania systemu przez zmniejszenie ilości przenoszonego okablowania zasilającego, ilości przenoszonych baterii.

Izba przychyliła się do argumentacji Odwołującego. Zamawiający nie zaprzeczył twierdzeniom podniesionym na rozprawie, że zasilanie typu „moduł od modułu”, czyli poprzez urządzenie jest charakterystyczne tylko dla rozwiązania PacStar. Zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego pozostali producenci oferują rozwiązania oparte o zasilanie kablowe albo od zasilacza z walizki. Tym samym przez taki opis wymagania Zamawiający całkowicie wyeliminował możliwość zaoferowania rozwiązania pochodzącego od innego producenta niż PacStar, uzasadniając decyzję bliżej niesprecyzowanymi wymogami działań taktycznych. Ponadto w SIWZ Zamawiający dopuścił inne możliwe rozwiązania - połączenie kablowe. Poza tym, co również słusznie zauważył na rozprawie Odwołujący, w SIWZ nie wymieniono żadnych innych urządzeń, z którymi współpracować ma zestaw, stanowiąc jedyne źródło zasilania dla takich urządzeń. Zamawiający nie opisał i nie wymienił żadnych serii urządzeń, z którymi dane źródło zasilania ma być kompatybilne. Zapis ten w SIWZ tym samym pozostaje wewnątrz pustym. Nie udowodniono również, że rezygnacja lub też zmiana w zakresie sposobu zasilania spowoduje zwiększenie typów i rodzajów baterii. W ocenie Izby każde rozwiązanie, które zapewni osiągnięcie określonej funkcjonalności winno być dopuszczalne, istotny jest bowiem ostateczny cel, a nie sposób dojścia do tego celu.

W przypadku zakresu napięć i wniosku Odwołującego o zwiększenie tego zakresu do

48V, Odwołujący zwrócił uwagę, iż napięcie 48V jest standardowym zasilaniem w ramach systemu PoE, do którego referuje SIWZ, oraz które przywołuje Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie dla telefonów, co ważne użytkownicy razem z zamawianymi urządzeniami w warunkach polowych. Tym samym argumentacja, że zwiększenie zakresu napięć spowoduje większe niebezpieczeństwo dla użytkowników w warunkach polowych nie mogła się ostać. Skoro i tak użytkowane są urządzenia o wyższym napięciu niż opisane dla zasilania modułów sieciowych, de facto do takiej wartości odnosić powinny się zapisy SIWZ, jeżeli dane elementy mają ze sobą współpracować. Z tych powodów Izba nakazała zmianę zapisów opisu przedmiotu zamówienia jak w sentencji niniejszego orzeczenia.

Badając zapisy SIWZ dotyczące temperatury roboczej pracy routera Izba częściowo podzieliła argumentację Odwołującego.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający powoływał się między innymi na właściwości płyty głównej oferującej maksymalne parametry pracy tej płyty, zamieszczając stosowne linki do dokumentów źródłowych. Tymczasem weryfikacja tych danych pokazuje, że płyta główna może pracować w temperaturze od -40 stopni do +85 stopni w przypadku systemu aktywnego chłodzenia oraz od -40 stopni do +70 stopni w przypadku systemu pasywnego chłodzenia. Zatem zakresy wymogów SIWZ i pracy płyty głównej nie pokrywają się, co zdaniem Izby oznacza, że wymogi dla płyty głównej nie mogły być uzasadnieniem dla wymogów SIWZ w przypadku routera. Zamawiający nie wskazał żadnych innych uwarunkowań dla innych urządzeń, które uzasadniałyby ustalony zakres temperatur referencyjnych. Jednocześnie proponowany przez Odwołującego zakres pracy w temperaturze - 20 stopni do +60 stopni spełnia wymogi określone w standardzie MIL-STD 810G, na które powołuje się sam Zamawiający, tak w odpowiedzi na odwołanie, jak w SIWZ. Dlatego też uznano, że możliwe jest obniżenie zakresu temperatury roboczej pracy routera do wartości wskazywanych przez Odwołującego z jednoczesnym pozostawieniem wymogu zapewnienia pasywnego chłodzenia.

Niewątpliwie zgodzić należy się z twierdzeniami Zamawiającego, że parametry odnoszące się do temperatury roboczej urządzenia należy uznać za przedmiotowo istotne. Niewątpliwie także prawdą jest, że urządzenia te będą pracowały w trudnych warunkach klimatycznych, w gorącym i suchym klimacie, mogą być wystawione na działanie promieni słonecznych i znajdować się w pojazdach, gdzie nie jest możliwe korzystanie z klimatyzacji. Urządzenia te przede wszystkim w takich warunkach winny pracować w sposób stosunkowo bezgłośny. Dzięki elementowi pasywnego chłodzenia będziemy mieli do czynienia z taką bezgłośną pracą urządzenia, co może mieć znaczenie w przypadku pracy skrytej i co może przełożyć się na bezpieczeństwo końcowych użytkowników urządzenia w warunkach bojowych.

W przypadku zapisów SIWZ dotyczących konkretnego oprogramowania, to jest aplikacji IQCore Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił użycia konkretnego znaku towarowego. Nie opisano również cech, które ma spełniać oprogramowanie jako warunków granicznych i nie wskazano jakie rozwiązania Zamawiający uważał będzie za równoważne. Takie działanie w obliczu brzmienia art. 29 ust. 3 ustawy Pzp należy uznać za niedopuszczalne. Ponadto odpowiedź na odwołanie w przypadku tego zarzutu odnosi się do bliżej niezidentyfikowanych dokumentów, nie zawiera żadnej treści i uzasadnienia merytorycznego dla takich konkretnych wymagań. Wskazano jedynie, że będzie to ułatwienie pracy pojedynczego operatora, dopuszczone do pracy w systemie przez organizatora jako integralna część zestawu (?). Argumentacji uzasadniającej stanowisko Zamawiającego nie przedstawiono również w toku rozprawy przed Izbą. Dlatego też skład orzekający Izby nakazał usunięcie odniesień do konkretnej aplikacji z opisu przedmiotu zamówienia.

Końcowo, wartym dostrzeżenia jest, że choć Zamawiający wielokrotnie w odpowiedzi na odwołanie podkreśla specyfikę funkcjonowania sił specjalnych oraz precyzyjne wymogi organizatora systemu teleinformatycznego, powołuje się na dokumenty Gestora i wytyczne, to uzasadnienia takiego trudno poszukiwać w podstawowym dokumencie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia i stanowiący jej część opis przedmiotu zamówienia. Zamawiający składa na posiedzeniu przed Izbą dokument pt. Dokument Normujący wykaz sprzętu dopuszczonego do użytku w sojuszniczej sieci teleinformatycznej ST-BICES (z pismem przewodnim), sporządzony w języku angielskim, powołując się na wytyczne organów organizacji międzynarodowych, podczas gdy zgodnie z § 16 Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 roku, poz. 1126 ze zmianami) „Dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski.” Materiały te nie mogą

więc dowodzić twierdzeń Zamawiającego, nie podlegają bowiem ocenie merytorycznej Izby. Nie są one także elementem opisu zamówienia przekazanym wykonawcom zaproszonym do składania ofert. Trudno zrozumieć w jaki sposób Zamawiający chciałby opierać się na treści i wytycznych ujętych w tych dokumentach, kiedy wymogi te nie zostały wyartykułowane nawet

w minimalnym stopniu Wykonawcom. Dostrzeżenia wymaga, iż względy organizacyjne jednostki samego Zamawiającego nie są i nie mogą być jedynym usprawiedliwieniem dla zawężającego opisu przedmiotu zamówienia, który umożliwić ma zakup ujednoczonego parku sprzętu. Zwłaszcza jeżeli w dokumentach dotyczących zasad funkcjonowania sojuszu NATO wielokrotnie podkreśla się, że sojusznicy zamierzają wspólnie działać - z poszanowaniem prawa krajowego i międzynarodowego oraz przyjętych procedur NATO.

Zamawiający nie powołuje się na wyłączenia od stosowania przepisów ustawy dopuszczone art. 4 i następane ustawy Pzp, zezwalające na ograniczony zakres stosowania ustawy w przypadku umów międzynarodowych łączących Polskę, także, a może przede wszystkim, w przypadku zamówień z zakresu obronności i bezpieczeństwa. Wybrano jeden z podstawowych trybów udzielenia zamówienia, to jest przetarg ograniczony. Tym samym Zamawiający, jako jednostka sektora finansów publicznych, zobowiązany jest do przestrzegania wszystkich reguł obowiązujących w postępowaniach o nieograniczonym zakresie podmiotowym i zasięgu terytorialnym.

Reasumując, Izba uznała, że opis przedmiotu zamówienia dokonany został z naruszeniem zasad określonych w art. 29 ustawy Pzp i w tym zakresie nakazała odpowiednie zmiany zapisów składających się na dokumenty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący: