

Sygn. akt: KIO 2602/20

WYROK
z dnia 29 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2020 r. przez Odwołującego **COVERTECH Sp. z o.o. (ul. Trakt Lubelski 275T/10, 04-667 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Skarb Państwa Oddział Zabezpieczenia Żandarmerii Wojskowej (ul. J. Ostroroga 35, 01-163 Warszawa)**

przy udziale Wykonawcy **PERFECT P. M., B. T. Sp. j. (Al. 3 Maja 5A/41, 00-401 Warszawa)** głaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Skarb Państwa Oddział Zabezpieczenia Żandarmerii Wojskowej (ul. J. Ostroroga 35, 01-163 Warszawa)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **COVERTECH Sp. z o.o. (ul. Trakt Lubelski 275T/10, 04-667 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego **Skarb Państwa Oddział Zabezpieczenia Żandarmerii Wojskowej (ul. J. Ostroroga 35, 01-163 Warszawa)** na rzecz Odwołującego **COVERTECH Sp. z o.o. (ul. Trakt Lubelski 275T/10, 04-667 Warszawa)** kwotę **11100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2602/20

UZASADNIENIE

Zamawiający Skarb Państwa - Oddział Zabezpieczenia Żandarmerii Wojskowej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa radiotelefonów stacjonarnych przewoźnych i przenośnych na potrzeby Żandarmerii Wojskowej”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 lipca 2020 roku pod 564559-N-2020. Odwołujący COVERTECH Spółka z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na opisanu kryterium K2 w Rozdziale III pkt 1 i 3 SIWZ za pomocą dokładnego opisu opatentowanej technologii „RAS” producenta Motorola i nie dopuszczeniu spełnienia tego kryterium w inny technologicznie sposób, co powoduje iż żaden z innych dostępnych na rynku wyrobów konkurencyjnych nie ma żadnych szans na otrzymanie punktów w ramach tego kryterium a ponadto określeniu sposobu oceny ofert w ramach tego kryterium wyłącznie w formie spełnia/nie spełnia, przez co produkty konkurencyjne oparte na innych technologiach zapewniających jednakże ten sam efekt funkcjonalny nie otrzymają żadnych punktów ponieważ kryterium to nie przewiduje gradacji spełnienia częściowego lub odmiennego wymogu zabezpieczenia dostępu do przemiennika, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 30 ust. 1 ustawy, opisie kryterium oceny ofert K3 zawartych w Rozdziale (II pkt 1 i 3 SIWZ poprzez określenie poziomów czułości które umożliwiają uzyskanie dodatkowej punktacji wyłącznie w przypadku oferowania produktu charakteryzującego się określonymi poziomami czułości opisanymi w tym punkcie, z uwagi na fakt, iż tak określone wartości tych parametrów posiada wyłącznie sprzęt producenta Motorola a przez to żaden z innych dostępnych na rynku wyrobów konkurencyjnych nie ma żadnych szans na otrzymanie punktów w ramach tego kryterium, a ponadto określeniu sposobu oceny ofert w ramach tego wyłącznie w formie spełnia/nie spełnia, przez co produkty konkurencyjne posiadające lepsze niż podstawowe ale gorsze niż wymienione w tym punkcie wartości parametru czułości nie otrzymają żadnych punktów, ponieważ zostały one określone bez gradacji spełnienia częściowego, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 30 ust. 1 ustawy, opisie kryteriów oceny ofert K4 i K5 zawartych w Rozdziale III pkt 1 i 3 SIWZ pkt K4 i K5 poprzez opisanie łącznie w tych dwóch kryteriach jako pozwalających na uzyskanie punktacji, określonych funkcjonalności dotyczących ładowarki i akumulatora będących wspólnie dokładnym opisem autorskiego Inteligentnego Systemu Zarządzania Energią Motorola IMPRES składającego się z ładowarki i akumulatorów, oferowanego wyłącznie przez producenta Motorola, który to system nie jest wyspecyfikowany przez normę DMR ETSI TS 102 361, ponadto nie dopuszczeniu rozwiązań pośrednich, częściowych czy równoważnych oraz braku częściowej punktacji w sytuacji, kiedy te łączne i określone w obecny sposób kryteria jest w stanie spełnić wyłącznie sprzęt firmy Motorola, a zatem wyłącznie sprzęt tego producenta otrzyma punkty za te kryteria, w sytuacji, gdy opisane w ramach przedmiotowych kryteriów funkcjonalności nie wynikają z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 30 ust. 1 ustawy, opisie kryteriów oceny ofert zawartych w Rozdziale III pkt 1 i 3 SIWZ pkt K6 poprzez sztywne (spełnia/nie spełnia) wskazanie punktowanej dokładności wskazania pozycji GPS, jaką spełnia produkt firmy Motorola, przez co Zamawiający nie daje szansy wyrobom konkurencyjnym, które charakteryzują się lepszą niż minimalną dokładnością określoną w pkt 4.3.5 OPZ ale gorszą niż wymienione w kryterium K6, na uzyskanie jakichkolwiek punktów za to kryterium, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 30 ust. 1 ustawy, opisie kryteriów oceny ofert zawartych w Rozdziale III pkt 1 i 3 SIWZ pkt K8 poprzez żądanie posiadania przez oferowany sprzęt radiotelefoniczny funkcji automatycznej regulacji głośności w zależności do natężenia otaczającego hałasu w sytuacji, kiedy wymóg ten stanowi opis funkcjonalny unikalnej, opatentowanej technologii producenta Motorola o nazwie REGULACJA GŁOŚNOŚĆ ODBIERANEGO DŹWIĘKU, co powoduje że punkty za to kryterium może uzyskać wyłącznie wyrób firmy Motorola, czym naruszono art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 i 3 ustawy, opisie kryteriów oceny ofert zawartych w Rodz III pkt 1 i 3 SIWZ pkt K9 poprzez niedookreślenie rodzajów trybu pracy żądanej funkcji w sytuacji, kiedy na rynku dostępne są różne technologie oferujące ten sam efekt funkcjonalny i posiadają zwykle dwa tryby pracy podczas gdy trzema trybami pracy takiego modułu (wyl/wł/auto) dysponuje wyłącznie produkt firmy Motorola i wymóg ten ma wyłącznie na celu preferowanie tego konkretnego rozwiązania, nie dając szansy innym rozwiązaniom, które mają dwa tryby pracy np. (wyl/wł) lub (wyl/auto) a pozostają w dalszej części tożsame z preferowanym rozwiązaniem firmy Motorola lecz nie mają w obecnej sytuacji

szans na uzyskanie żadnych punktów w tym kryterium, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 30 ust. 1 ustawy.

Odwolujący wniósł o powtórzenie czynności opisaną wartości punktowych kryterium K2 poprzez sprawiedliwe rozdzielanie punktów w odpowiednich zakresach dla częściowego lub odmiennego sposobu spełnienia wymogu podstawowego tj. zabezpieczenia dostępu do przemiennika, powtórzenie czynności opisaną wartości punktowych kryterium K3 poprzez sprawiedliwe rozdzielanie punktów w odpowiednich zakresach wartości oferowanych dla tego parametru (np. $\approx 0,3 \text{ p.V} - 0 \text{ pkt}$, $>0,3 \text{ p.V} - 0,25 \text{ p.V} - 3 \text{ pkt}$, $>0,25 \text{ u.V} - 0,18 \text{ p.V} - 7 \text{ pkt}$ oraz $>0,18 \text{ p.V} - 10 \text{ pkt}$) lub usunięcie kryterium K3 jako naruszającego zapisy ustawy, wykreślenie kryteriów oceny ofert K4 i K5 lub połączenie ich w jeden i nadanie im wspólnej, mniejszej a przez to bardziej konkurencyjnej wartości punktowej niż obecne 14 pkt. oraz określenie zakresu funkcji za które przyznawane są punkty (np. Ładowarka- radiotelefonu przenośnego, obsługująca technologię automatycznego pomiaru pojemności ładowanych akumulatorów, wyposażona w adaptacyjny system ładowania, umożliwiający automatyczne dostosowanie prądu ładowania akumulatorów. do ich, faktycznej pojemności - 3 pkt; j.w. plus dodatkowa funkcja „system sygnalizacji (np. diodę LED) informujący użytkownika o spadku pojemności nominalnej ładowanego akumulatora" - 6 pkt, j.w. plus akumulatory z pamięcią nieulotną - 9 pkt. 1, powtórzenie czynności opisaną wartości punktowych kryterium K6 poprzez sprawiedliwe, rozdzielanie punktów w odpowiednich zakresach wartości oferowanych dla tego parametru (np. $\approx 10 \text{ m} - 0 \text{ pkt}$; $>10 - 6 \text{ m} - 3 \text{ pkt}$; $>6 \text{ m} - 5 \text{ pkt}$), powtórzenie czynności opisaną przedmiotu zamówienia poprzez wykreślenie kryterium określonego w Rozdziale III pkt 1 i 3 SIWZ pkt K8 lub dopuszczenie spełnienia wymogu wyraźnego odbioru przez inne technologie lub sposoby, np. za pomocą pokręteł lub przycisków, zapewniające żądany w tym punkcie efekt funkcjonalny w postaci możliwości regulacji głośności, powtórzenie czynności opisaną wartości punktowych kryterium Rozdział III pkt 1 i 3 SIWZ pkt K9 poprzez usunięcie ich z SIWZ lub wprowadzenie gradacji punktowej za częściowe lub odmienne spełnienie tego kryterium.

21 lipca 2020 roku na platformie zakupowej Zamawiającego ukazało się ogłoszenie o zamówieniu oraz Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwolujący wniósł odwołanie co do treści tych postanowień. 27 lipca 2020 r. Zamawiający uwzględnił je w całości, podkreślając ich słuszość i zasadność. Jak wskazał Odwołujący, przedmiotem odwołania były dokładnie te same postanowienia, które w obecnej wersji SIWZ zostały przeniesione do kryteriów oceny ofert.

07 października 2020 r. ukazała się nowa wersja SIWZ, która przeniosła wszystkie zarzucane w poprzednim odwołaniu postanowienia z Opisu Przedmiotu Zamówienia do opisu kryteriów oceny ofert. Zamawiający usunął jedynie nazwy własne opisywanych funkcjonalności i technologii producenta Motorola. Obecnie wszystkie pozacenowe kryteria oceny ofert opisują funkcjonalności i technologie dostępne wyłącznie u jednego producenta. Jak wskazał Odwołujący, ilość konkurencyjnych produktów o podobnym przeznaczeniu i spełniających wymagania podstawowe OPZ jest na rynku skończona i wynosi dokładnie trzy. Są to wyroby firmy Motorola (model DP4601e), Hytera (model PD985G) oraz Excera EP8100, który oferuje Odwołujący.

W opinii Odwołującego obecna konstrukcja SIWZ w kwestii naruszenia zasady konkurencyjności nie wnosi żadnej różnicy poza tą, iż w poprzednim brzmieniu SIWZ nie można było złożyć ważnej oferty na sprzęt inny niż Motorola, zaś w obecnej wersji złożenie oferty na sprzęt inny niż Motorola powoduje, że z powodu konstrukcji oraz ocen punktowych poszczególnych kryteriów, do złożenia oferty lepszej niż oferta oparta o sprzęt firmy Motorola należałoby zaproponować cenę o ponad 50% niższą, gdyż uzyskanie jakichkolwiek punktów za kryteria pozacenowe jest niemożliwe, ponieważ opisują one technologie i funkcjonalności oferowane wyłącznie przez produkty firmy Motorola.

Odwolujący podkreślał, że nie kontestuje prawa Zamawiającego do kształtowania kryteriów oceny ofert wedle własnego uznania, jednak kryteria te, jako całokształt powinny uwzględniać zasadę poszanowania konkurencji zawartą w ustawie pzp. Obecne postanowienia dotyczące kryteriów oceny ofert to zdaniem Odwołującego jawna kpina z zasady konkurencyjności. Odwołujący zwrócił uwagę, że wszystkie kryteria pozacenowe opisane w obecnej treści SIWZ to gadżety, ekstrawaganckie, autorskie dodatki firmy Motorola do właściwej funkcji radiotelefonu - komunikacji głosowej.

Odwolujący oświadczył, że oferuje sprzęt równoważny do produktów Motorola, nie jest on jednak identyczny. Nie jest możliwe spełnienie wymogów posiadania wszystkich cech produktu, jakie wymyślił i wdrożył ich producent, ponieważ może to łamać prawa patentowe a ponadto każdy producent ma swój własny model rozwoju produktu.

Zarzut opisaną kryterium oceny ofert K2 w Rozdziale III pkt 1 i 3 SIWZ za pomocą dokładnego opisu funkcjonalnego systemu o nazwie „RAS" należącego do producenta Motorola, będącego opatentowaną technologią jednego producenta, co skutecznie uniemożliwia wszystkim innym producentom uzyskanie jakichkolwiek punktów za to kryterium w sytuacji, kiedy opis ten wymienia dwa sposoby spełnienia tego kryterium lecz oceniane są one łącznie przy jednoczesnym braku określenia dających się porównać kryteriów równoważności oraz dopuszczenia rozwiązań równoważnych co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 oraz art. 30 ust. 1 ustawy.

Odwolujący wskazał, że pomimo pozornego dopuszczenia w pkt 3 rozdziale III SIWZ rozwiązań równoważnych, opis kryterium oceny oferty w tym punkcie wymienia zabronione przez ustawę zapisy powołujące się na szczególną technologię oferowaną przez jednego producenta. Dokładny opis słowny takiej technologii, nawet nie wymieniający jej z nazwy, z uwagi na brak jej standaryzacji w normach zharmonizowanych ETSI stanowi zdaniem Odwołującego szykanę uniemożliwiającą składanie ofert na wyroby inne niż producenta Motorola. Zamawiający opisał sposób, w jaki ta funkcja ma działać. Tak opisana funkcjonalność stanowi opatentowany przez producenta Motorola (patent USA US2013/0288643 A1) sposób spełnienia funkcjonalności „ograniczenia dostępu do przemiennika". Zamawiający nie dopuścił innych, alternatywnych technologii i sposobów spełniających ten wymóg ani też nie wprowadził punktacji za częściowe lub odmienne jego spełnienie, czym w opinii Odwołującego naruszył art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 oraz art. 30 ust. 1 ustawy.

Jak wskazał Odwołujący sprzęt firmy EXCERA oferowany przez Odwołującego z oczywistych względów nie posiada technologii firmy Motorola RAS. Sprzęt oferowany przez Odwołującego posiada inny system, funkcjonalnie zbliżony do żadanego rozwiązania RAS producenta Motorola, jednak z uwagi na ograniczenia patentowe, oparty o własne rozwiązania technologiczne. Z uwagi na dokładne opisanie sposobu działania takiego systemu w kryterium K2 nie jest w stanie uzyskać za nie punktów.

Takie działania w opinii Odwołującego Zamawiającego stanowią rażące naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 oraz, art. 30 ust. 1 ustawy.

Zarzut opisaną kryterium oceny ofert K3 zawartych w Rodz III pkt 1 i 3 SIWZ poprzez określenie poziomów czułości, które umożliwiają uzyskanie dodatkowej punktacji wyłącznie w przypadku oferowania produktu charakteryzującego się określonymi poziomami czułości opisanymi w tym punkcie z uwagi na fakt, iż tak określone wartości tych parametrów posiada wyłącznie sprzęt producenta Motorola, a przez to żaden z innych dostępnych na rynku wyrobów konkurencyjnych nie ma żadnych szans na otrzymanie punktów w ramach tego kryterium; a ponadto określenia sposobu

oceny ofert w ramach tego kryterium wyłącznie w formie spełnia/nie spełnia, przez co produkty konkurencyjne posiadające lepsze niż podstawowe, ale gorsze niż wymienione w tym punkcie wartości parametru czułości nie otrzymają żadnych punktów, ponieważ zostały one określone bez gradacji spełnienia częściowego, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 30 ust. 1 ustawy

Jak wskazał Odwołujący, radiotelefony oferowane na rynku są produkowane przez różnych producentów wg specyfikacji technicznej standardu telekomunikacyjnego jaki stanowią normy europejskie. W przypadku przedmiotu zamówienia obowiązująca normą, z którą wszystkie wyroby muszą być zgodne jest norma DMR; ETS TS 102 361 oraz ETSI EN 300 113. Radiotelefony do współpracy pomiędzy sobą wymagają spełnienia wymogów tych norm. Niektórzy producenci udoskonalają swoje wyroby w zakresie niektórych parametrów ponad te wymagane przez normę, głównie w celach eliminacji konkurencji, o ile Zamawiający zechcą wykorzystać takie różnice w swoich wymaganiach. W niniejszym postępowaniu do takiej właśnie sytuacji doszło. Odwołujący wskazał, że fakt iż jeden producent zadeklarował iż posiada niektóre parametry lepsze od tych, które określa norma został wykorzystany przez Zamawiającego do takiego opisanie kryterium i oceny ofert aby wyeliminować z uzyskania punktów inne niż Motorola, również zgodne z normą produkty. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający zażądał, aby te same parametry były inne dla radiotelefonów przenośnych i inne dla radiotelefonów przewoźnych. Jest to działanie niezrozumiałe, gdyż zwykle różne typy radiotelefonów jednego producenta mają te parametry takie same.

Zamawiający po prostu przepisał parametry z ulotki do SIWZ bardzo dokładnie nie zwracając uwagi na rozbieżności. Zdaniem Odwołującego, dokładne przepisanie pozwoliło bowiem w kolejnym punkcie wyeliminować z otrzymania dodatkowej punktacji niechcianą konkurencję.

Odwołujący wskazał, że fakt posiadania przez wyroby oznakowania CE świadczy o tym że wyroby spełniają wymagania zasadnicze, zostały przebadane na zgodność z odpowiednimi normami i są zdolne do prawidłowej pracy zgodnej z wymaganiami normy zharmonizowanej. Zdaniem Odwołującego wystarczającym dla spełnienia zadość zasadzie poszanowania konkurencji byłoby zatem określenie tego wymogu jako zgodny z odpowiednią normą w tym zakresie i ewentualne określenie zakresów tego parametru, który przyznaje różne punktacje.

Taki sposób oceny kryterium w opinii Odwołującego byłby sprawiedliwym i konkurencyjnym, zapewniającym większej ilości produktów otrzymanie jakichkolwiek punktów w tym kryterium. W jego obecnej konstrukcji jedynie produkt firmy Motorola otrzyma punkty.

Odwołujący podkreślił, że konkretne parametry, o których mowa w kwestionowanym punkcie nie mają większego wpływu na poprawną pracę zgodnego z normą sprzętu, a ich sformułowanie w taki sposób jak to uczynił Zamawiający stanowi oczywistą, kolejną szykanę mającą odepchnąć inne produkty od tego zamówienia.

Jak dalej wskazał Odwołujący, wyroby innych producentów mają te parametry ustawione na innym poziomie niż radiotelefony firmy Motorola. Nie oznacza to jednak, że ich prawidłowe użytkowanie do celu w jakim zakupuje je Zamawiający nie będzie możliwe lub będzie utrudnione.

Odwołujący wyjaśnił, że dosyć wygórowane parametry radiotelefonów Motorola w praktyce oznaczają, iż są one bardziej podatne na zakłócenia pochodzące od sygnałów niepożądanych. Wszyscy producenci tę normę spełniają, niektórzy z większym a inni z mniejszym zapasem. Pominięcie niektórych z nich oprócz Motoroli, pomimo że wszyscy spełniają normę jest zatem działaniem naruszającym uczciwą konkurencję. Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie wskazał z jakiego powodu żąda akurat parametrów spełnianych wyłącznie przez jeden produkt, skoro istnieją inne, zgodne i z tą samą normą i służące do tego samego celu wyroby konkurencyjne.

Zarzut opisanie kryteriów oceny ofert zawartych w Rozdziale III pkt 1 i 3 SIWZ pkt K4 i K5 poprzez opisanie w tym kryterium jako wymaganych określonych funkcjonalności dotyczących ładowarki i akumulatora będących wspólnie dokładnym opisem autorskiego Inteligentnego Systemu Zarządzania Energią Motorola IMPRES oferowanego wyłącznie przez producenta Motorola, który to system nie jest wyspecyfikowany przez normę DMR ETSI TS 102 361, ponadto nie dopuszczono rozwiązań pośrednich, częściowych czy równoważnych oraz braku częściowej punktacji w sytuacji, kiedy te łączne i określone w obecnym sposobie kryteria jest w stanie spełnić wyłącznie sprzęt firmy Motorola, a zatem wyłącznie sprzęt tego producenta otrzyma punkty za te kryteria, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 30 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z zapisami Tabeli nr T 4.1 pkt 1.2 Załącznika nr 1 pkt 3 do SIWZ - OPZ (radiotelefon przenośny), przedmiotem zamówienia są akumulatory litowo - jonowe. Wyjaśnił, że akumulatory te z racji zasady technologii elektrochemicznej w niej zastosowanej nie wymagają żadnych specjalistycznych autorskich technologii do prawidłowej pracy procesu ładowania, nawet takich, jakie zapewnia technologia firmy Motorola opisana w kryteriach K4 i K5 czyli np. sprawdzanie utraty pojemności takiego akumulatora, ponieważ zjawisko takie po prostu w nich nie występuje i jest to wiedza powszechnie znana. Odwołujący wyjaśnił, że zasada ładowania akumulatora litowo-jonowego sprowadza się do zapewnienia przez ładowarkę kontroli napięcia, prądu i temperatury ładowanego akumulatora. Są to jedyne niezbędne parametry do zapewnienia prawidłowej eksploatacji takiego typu akumulatora. Zatem wymaganie jakiegś specjalnej, zwłaszcza należącej do jednego producenta i bliżej nieuzasadnionej technologicznie funkcjonalności i przyznawanie za nią bardzo dużej ilości punktów w kryterium oceny jest wyłącznie szykaną mającą utrudnić dostęp do zamówienia dla sprzętu innego niż produkowany przez producenta Motorola. Ogranicza w znaczącym stopniu konkurencję prowadząc do supremacji podmiotów, które taką funkcją, choćby nieprzydatną w tym postępowaniu, dysponują. Odwołujący wyjaśnił także, że żądanie wyrażone w punkcie XIII.3. K4 a dotyczące tego, iż „Ładowarka musi być dodatkowo wyposażona w system sygnalizacji (np. diodę LED) informujący użytkownika o spadku pojemności ładowanego akumulatora (do poziomu ok. 60% pojemności znamionowej)”, wynikające wprost ze sposobu, w jaki działa ładowarka firmy Motorola, ale tylko w przypadku akumulatorów Ni-Mh i Ni-Cd, które nie są przedmiotem zamówienia, nie znajduje również potwierdzenia w powszechnie znanych prawach elektrochemii, gdyż ze swej natury ogniwa litowo-jonowe (Li-Ion), które są wymagane jako wyposażenie radiotelefonu nie posiadają tzw. „efektu pamięciowego” (charakterystycznego dla ogniw niklowo - kadmowych NiCd zjawiska utraty pojemności w czasie) ani też „efektu leniwej baterii” (charakterystycznej dla ogniw niklowo-wodorkowych NiMH utraty pojemności w czasie), a co za tym idzie nie wymagają sprawdzania utraty pojemności, gdyż w akumulatorach będących przedmiotem postępowania takie zjawiska po prostu nie występują, a więc żądanie tych funkcjonalności jest całkowicie zbędne. W obecnym brzmieniu SIWZ jedynym producentem, którego wyroby spełniają te zapisy jest Motorola.

W Rozdziale III pkt 1 i 3 SIWZ pkt K6 Zamawiający napisał iż przyzna 5 pkt za Radiotelefony wyposażone w moduł GPS o dokładności poziomej nie gorszej niż 5m, przy czym podstawowy wymóg OPZ opisany w pkt 4.3.5 OPZ wymienia jako podstawową dokładność 10 m. Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie określił żadnych podzakresów dla tego kryterium oceny ofert, które dawałyby punkty za inne niż wymieniona w tym kryterium wartości. Wszystkie punkty zamierza przyznawać jedynie za wypełnienie warunku dwukrotnie lepszej od podstawowej dokładności.

Zdaniem Odwołującego wymóg postawiony w kryterium K6 pozbawiony jest merytorycznej podstawy dającej się uzasadnić jakąkolwiek rzeczywistą potrzebą Zamawiającego. Odwołujący zwrócił także uwagę, iż Zamawiający nie wskazał, w jakich okolicznościach taka dokładność ma być zapewniona.

Jak wskazał Odwołujący, możliwe jest, że u podstaw takiego żądania leży fakt, że wyłącznie produkty firmy Motorola posiadają taką właśnie deklarowaną dokładność. Wynika to z faktu konstrukcji tych wyrobów, które posiadają inny rodzaj wewnętrznej anteny która zapewnia nieco lepszy odbiór sygnału GPS, a przez to teoretycznie zwiększa dokładność pomiaru. Jak wskazał Odwołujący, w dających się wyobrazić zastosowaniach o jakie mogłoby chodzić Zamawiającemu, nie ma żadnej różnicy czy lokalizacja pojedynczego radiotelefonu w otwartym terenie będzie pokazywana z dokładnością 5 czy 10 m. Funkcjonalnie nie ma to żadnego znaczenia. Zamawiający nie jest jednostką geodezyjną dokonującą dokładnych pomiarów w terenie, do których używa się zupełnie innego typu sprzętu. W ocenie Odwołującego jedynym celem umieszczenia takiego wymagania przez Zamawiającego była chęć eliminacji innych wyrobów niż wyroby firmy Motorola, ponieważ żaden inny producent radiotelefonów nie posiada takiej dokładności lokalizacji GPS w podobnych wyrobach.

Odwołujący podkreślił, że nie kontestuje prawa Zamawiającego do kształtowania kryteriów oceny ofert według własnego uznania, jednak powinno to być dokonane z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji. W tym konkretnym kryterium da się bowiem zakreślić ramy punktowe dla różnych wartości oferowanej dokładności zawierających się pomiędzy podstawową, określoną w OPZ a pożądaną, określoną w kryterium wartością dokładności co umożliwiłoby innym produktom uzyskanie jakichkolwiek punktów w ramach tego kryterium. Zamawiający zdecydował się przyznać wszystkie punkty jedynie wyrobom, które sztywno spełniają warunek 5m dokładności całkowicie pozbawiając punktacji wyroby, które mają dokładność 6m, 7 m, 8 m.

Zarzut opisanego kryterium oceny ofert w Rozdziale XIII pkt 3 SIWZ kryterium K8 poprzez żądanie posiadania przez oferowany sprzęt radiotelefoniczny funkcji automatycznej regulacji głośności w zależności do natężenia otaczającego hałasu w sytuacji, kiedy wymóg ten stanowi opis funkcjonalny unikalnej, opatentowanych technologii producenta Motorola o nazwie REGULAGA GŁOŚNOŚCI ODBIERANEGO DŹWIĘKU, która to technologia nie jest wyspecyfikowana w normie DMR ETSI TS 102 361 i nie jest niezbędna Zamawiającemu i służy funkcjonalnie do głównego celu czyli zapewnieniu wyraźnej fonii w hałaśliwym otoczeniu, podczas gdy istnieją inne sposoby i technologie zapewniające ten sam efekt funkcjonalny, które nie zostały dopuszczone, czym naruszono art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 i 3 ustawy.

Jak wyjaśnił Odwołujący: wymóg podstawowy zawarty w tym punkcie sprowadza się do obowiązku zapewnienia wyraźnej fonii w hałaśliwym otoczeniu radiotelefonu. Taki wymóg stanowi zrozumiałe i powszechnie dostępne na rynku w różnych postaciach wymaganie. Każdy użytkownik jakiegokolwiek odbiornika wie, że aby lepiej słyszeć musi zwiększyć głośność. Ta zasada dotyczy wszystkich urządzeń, zarówno powszechnego użytku jak i sprzętu specjalistycznego. Czynności tej dokonuje się np. za pomocą pokrętła lub przycisku głośności.

Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający zdecydował się rozszerzyć i uszczegółowić ten powszechny wymóg poprzez opisanie dodatkowych, wysoko ocenianych kryteriów, jakie oferowany radiotelefon musi spełniać, używając do tego opisu szczególnego procesu, jaki do realizacji tego celu wykorzystuje jeden tylko producent - Motorola. Sposób ten opisany został jako wymóg posiadania „automatycznej regulacji głośności w zależności do natężenia otaczającego hałasu. Odwołujący dodał, że opis w tym punkcie jest niejednoznaczny, ponieważ Zamawiający używa naprzemiennie słów „automatycznej” oraz „inteligentny dźwięk”, gdzie to drugie określenie jest już dosłowną nazwą systemu oferowanego przez wyroby firmy Motorola.

Zdaniem Odwołującego, żądanie takiej funkcjonalności jest jedynie szykaną mającą na celu eliminację z postępowania wyrobów innych niż Motorola producentów i pozostaje bez związku z rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego. Zamawiający nie żąda najbardziej powszechnego sposobu regulacji głośności za pomocą pokrętła lub przycisków, czyli dopuszcza zaoferowanie radiotelefonów wyposażonych wyłącznie w ową „automatyczną regulację głośności” co wydaje się irracjonalne. Zamawiający dopuszcza zatem również dostawę radiotelefonu, który w ogóle nie będzie posiadał regulacji głośności, o ile nie zadeklaruje się spełnienia tego kryterium. Zdaniem Odwołującego oznacza to, że wymagania w tym zakresie opisujące dokładnie jedną z unikalnych technologii i funkcjonalności oferowanych przez jednego producenta mają na celu już nie tylko utrudnienie dostępu do zamówienia, ale całkowite zablokowanie możliwości składania ofert na inny niż Motorola sprzęt i są ponadto całkowicie oderwane od rzeczywistych potrzeb Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego zapisy obecne stanowią naruszenie art. 29 ust 3 ustawy poprzez wskazanie szczególnego procesu dostępnego u jednego producenta w sytuacji, kiedy nie ma to odzwierciedlenia w rzeczywistych potrzebach Zamawiającego i możliwym jest opisanie tego wymogu przy pomocy dostatecznie dokładnych określeń. Wymóg punktu Rozdziału XIII pkt 3 SIWZ kryterium K8 sprowadza się do tego, aby głośność radiotelefonu mogła być regulowana.

Jak wskazał Odwołujący, z jego doświadczenia wynika, że ta funkcja ma wiele wad i jej teoretyczne działanie może być potencjalnie interesujące, jednak w rzeczywistości nie radzi sobie z warunkami do jakich została teoretycznie stworzona, a już z pewnością nie jest niezbędna do prawidłowej eksploatacji radiotelefonów zgodnie z ich przeznaczeniem.

Zarzut opisanego kryteriów oceny ofert zawartych w Rozdziale III pkt 1 i 3 SIWZ pkt K9 poprzedziedo określenie rodzajów trybu pracy żądanej funkcji w sytuacji, kiedy na rynku dostępne są różne technologie oferujące ten sam efekt funkcjonalny i posiadają zwykle dwa tryby pracy, a trzema trybami pracy takiego modułu (wyl/wł/auto) dysponuje wyłącznie produkt firmy Motorola i wymóg ten ma wyłącznie na celu preferowanie tego konkretnego rozwiązania, nie dając szansy innym rozwiązaniom, które mają dwa tryby pracy np. (wyl/wł) lub (wyl/auto), a pozostają w dalszej części tożsame z preferowanym rozwiązaniem firmy Motorola lecz nie mają w obecnej sytuacji szans na uzyskanie żadnych punktów w tym kryterium, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 30 ust. 1 ustawy.

Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający opisał w tym kryterium dość powszechnie występującą funkcję polegającą na zastosowaniu modułu elektronicznego oraz odpowiedniego oprogramowania, które mają na celu wytłumienie szumów i podwyższenie poziomów dźwięków w otoczeniu nadającego radiotelefonu. Zamawiający, znając sposób działania tej funkcjonalności w wyrobach Motorola umieścił w tym kryterium dodatkowy zapis o „minimum 3 trybach pracy”. Zapis taki w ocenie Odwołującego jest niezrozumiały, albowiem Zamawiający nie opisał, jakie „tryby” ma na myśli, a ponadto uniemożliwił w ten sposób uzyskanie punktów za to kryterium wyrobom, które co prawda posiadają system redukcji szumów, jednak ma on dwa tryby pracy (np. załączony/wyłączony). Zamawiający mógł w tym miejscu wprowadzić gradację punktów za częściowe/odmienne spełnienie tego kryterium, zdecydował się jednak po raz kolejny na stworzenie go wyłącznie dla wyrobów jednego producenta. W opinii Odwołującego nie ma to żadnego merytorycznego uzasadnienia.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlegało uwzględnieniu.

Kluczowe znaczenie przy rozpoznawaniu niniejszej sprawy miał artykuł 29 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień

publicznych.

Zgodnie z artykułem 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Z kolei zgodnie z artykułem 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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.

Zamawiający w trakcie rozprawy nie zaprzeczał, że opisane przez niego kryterium oceny ofert w postaci warunków technicznych prowadzi do przyznania punktów wyłącznie za telefon jednego producenta – Motorola. Opisane kryterium, zgodnie z twierdzeniem Odwołującego, nie przewidywało także gradacji punktowej, a zatem przyznawania także jakichkolwiek punktów w przypadku zaoferowania telefonu innego producenta. Oznacza to, że jedynie w przypadku zaoferowania telefonu producenta Motorola można było zdobyć punkty w kryterium warunki techniczne, którego waga stanowiła 50%.

Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia i opisu kryteriów oceny ofert, dokonał wyeliminowania z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy oferowali sprzęt innych producentów. Odwołujący przedstawił symulację ceny i spełnienia warunków technicznych, z której wynika, że w sytuacji, gdy spełni zaledwie jedno czy dwa kryteria będzie musiał zaoferować urządzenie za cenę nierealną, rażąco niską. W trakcie rozprawy wskazał, że: „w sytuacji, gdy oferta wykonawcy oferującego aparat Motorola wynosi 500.000,00 zł, to oferta konkurencji oferująca aparat innego producenta spełniająca 1 kryterium musiałaby wynosić ok. 30.000,00 zł, co jest ceną nierealną, rażąco niską i absolutnie nieopłacalną”.

Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do przedstawionej kalkulacji. Oznacza to, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny ofert w taki sposób, że uniemożliwił uzyskanie punktów w kryterium technicznym (czy wzięcie udziału w postępowaniu) wykonawcom oferującym inne urządzenia, poza radiotelefonem Motorola. A zatem Zamawiający dokonał opisu w sposób nie zapewniający żadnej konkurencyjności. Potwierdzeniem powyższej okoliczności jest fakt, że w postępowaniu złożone zostały dwie oferty, a przedmiotem każdej z nich jest radiotelefon firmy Motorola.

Zgodnie z artykułem 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Skoro zatem Zamawiający opisał tak kryteria oceny, że punkty w zakresie kryterium warunków technicznych mogły zdobyć wyłącznie telefony jednego producenta, bez jakiegokolwiek gradacji, to Zamawiający ograniczył uczciwą konkurencję, a zatem naruszył ww. artykuł.

Wyjaśniając potrzebę zakupu radiotelefonów producenta Motorola, Zamawiający powołał się na dokonany zakup 248 samochodów wyposażonych w radiotelefony producenta Motorola. Zamawiający nie przedstawił w tym zakresie żadnych umów, rachunków, a zatem twierdzenia w tym zakresie należy uznać za gołosłowne. Co więcej, wyjaśnienia w zakresie potrzeb Zamawiającego starał się wyjaśniać i oceniać Przystępujący po stronie Zamawiającego, jednakże również w zakresie zakupu ww. samochodów wraz z telefonami nie przedstawił żadnych dowodów. Nie potrafił także wyjaśnić, w jaki sposób zakup samochodu miałby wpływać na zakup radiotelefonu określonego producenta.

Zamawiający przedstawił jedynie pisemne zestawienie radiotelefonów Motorola w ilości 16 sztuk z dopiskiem, że posiada radiotelefony, które są w ukończeniu pojazdów zakupionych w latach 2019 – 2020 w ilości 72 sztuk. Tymczasem Odwołujący przedstawił jako dowód poświadczenie wystawione przez Oddział Zabezpieczenia Żandarmerii Wojskowej w Warszawie, która potwierdza, że Zamawiający dysponuje także telefonami oferowanymi przez Odwołującego (w ilości 230 sztuk), co przeczy argumentowi Zamawiającego o konieczności dokonania zakupu w niniejszym postępowaniu radiotelefonów producenta Motorola w celu zapewnienia kompatybilności z już posiadanymi radiotelefonami. Skoro bowiem Zamawiający dysponuje dotychczas również radiotelefonami innych producentów niż Motorola, to ma możliwość zapewnienia kompatybilności również w zakresie tego sprzętu.

Odwołujący w treści odwołania w odniesieniu do kryterium oceny ofert K2 (Funkcja zabezpieczenia przemiennika przed nieuprawnionym dostępem) wskazał, że: „Zamawiający opisał sposób w jaki ta funkcja ma działać. Tak opisana funkcjonalność stanowi opatentowany przez producenta Motorola sposób spełnienia funkcjonalności „ograniczenia dostępu do przemiennika”. Zamawiający nie dopuścił innych alternatywnych technologii i sposobów spełniających ten wymóg, ani też nie wprowadził punktacji za częściowe lub odmienne jego spełnienie. Dalej Odwołujący wskazał, że sprzęt przez niego oferowany posiada inny system, funkcjonalnie zbliżony do żadanego rozwiązania RAS producenta Motorola, jednak z uwagi na dokładne opisanie sposobu działania takiego systemu w kryterium K2, nie jest w stanie uzyskać za nie punktów. Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, że dopuszczenie rozwiązań równoważnych wiązałoby się z brakiem kompatybilności z istniejącą infrastrukturą i w przypadku wyboru innego rozwiązania technologicznego, koniecznością wymiany 100% posiadanego sprzętu oraz koniecznością dodatkowego zakupu przemiennika konkretnego Wykonawcy, co nie jest przedmiotem postępowania.

Zamawiający podniósł zatem argument, że jedynym sposobem zapewnienia kompatybilności z radiotelefonami innych producentów byłby zakup przemiennika konkretnego wykonawcy, a jak wskazał Zamawiający jest to znaczny koszt, który nie został objęty przedmiotem zamówienia. W odpowiedzi na tę argumentację Odwołujący wskazał, że z przedstawionych przez Zamawiającego dokumentów w postaci faktury nr F/0621/2018 z dnia 05 listopada 2018 roku wynika, że koszt przemiennika to około 10 000 złotych (dokładnie 9963 zł brutto). Zatem zdaniem lbzy, wbrew twierdzeniu Zamawiającego, nie jest to tak znaczny koszt, na jaki wskazywał Zamawiający. Należy podkreślić, że Zamawiający miał możliwość w taki sposób dokonać opisu przedmiotu zamówienia, aby koszt przemiennika został przez wykonawców oferujących radiotelefony różnych producentów wliczony do ceny oferowanego zamówienia, celem zapewnienia kompatybilności z oferowanym przez Zamawiającego sprzętem. Zatem argumentacja podnoszona przez Zamawiającego dotycząca braku zapewnienia kompatybilności z posiadanymi dotychczas radiotelefonami jest bezzasadna.

Co więcej, należało przyznać rację Odwołującemu, że Zamawiający opisując w SIWZ jako premiowany konkretny sposób działania określonego urządzenia, premiuje wyłącznie rozwiązanie oferowane przez jednego producenta. Zamawiający nie przewidział jednocześnie możliwości przydzielenia punktów za uzyskanie podobnego rozwiązania w inny sposób. Zamawiający nie odniósł się w ogóle do argumentacji podnoszonej przez Odwołującego co do możliwości zapewnienia tej samej funkcjonalności w inny sposób niż dokładnie przez Zamawiającego opisany w SIWZ. Takie działanie Zamawiającego stanowi naruszenie zasady konkurencyjności w postępowaniu.

Zamawiający uzasadniając sposób opisanie kryteriów powołał się na przygotowaną ekspertyzę. Zamawiający jednakże w niniejszym postępowaniu żadnej ekspertyzy nie przedstawił. Trudno zatem uznać za wiarygodne twierdzenie Zamawiającego, że taka ekspertyza powstała, skoro Zamawiający nie jest w stanie złożyć dokumentacji o tak

fundamentalnym znaczeniu i zakresie. Nie jest także wiadomo, co było tematem i celem tej ekspertyzy, bowiem Zamawiający jej nie przedstawił i nie wskazał tego w trakcie rozprawy. Ogólne zatem twierdzenie Zamawiającego co do istnienia ekspertyzy o nieznannej treści nie może stanowić żadnego dowodu, czy wyjaśnienia w sprawie.

Przystępujący po stronie Zamawiającego przedstawił opinię Wojskowego Instytutu Łączności im. prof. J. G. Państwowy Instytut Badawczy z 23 października 2020 roku, a także opinię Wojskowych Zakładów Łączności nr 2 S.A. wraz z zadanymi przez Przystępującego pytaniami.

Opinie te stanowią odpowiedzi na pytania zadane przez Przystępującego, a zatem są to opinie będące stanowiskiem strony (opinie prywatne), na zlecenie której zostały przygotowane. Taki charakter potwierdza również treść odpowiedzi na pytania. Poszczególne pytania zostały zadane pod kątem wskazania zalet jednego modelu telefonu producenta Motorola. Nie jest to zatem żadna obiektywna ekspertyza, która stanowiłaby badanie, sprawdzenie występujących na rynku radiotelefonów, ocenę ich możliwości, funkcjonalności. Są to jedynie odpowiedzi na pytania, dotyczące jednego modelu radiotelefonu. Co więcej, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte w lipcu 2020 roku, natomiast pytania te zostały zadane dopiero 23 października 2020 roku, a zatem na kilka dni przed rozprawą, nie zaś na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający twierdził, że ekspertyzę na jego rzecz sporządzono we wrześniu br., a zatem również nie mogła stanowić ona obiektywnego badania rynku w celu rozpoczęcia postępowania, a jedynie być może zawierała odpowiedzi na pytania w zakresie jednego z modeli telefonu.

Nie można stwierdzić, aby przedstawione ekspertyzy poprzedzało przeprowadzenie jakichkolwiek badań, zatem jak wskazano powyżej, są one prywatną oceną instytutów co do jednego modelu telefonu, sporządzoną na zapytanie jednej ze stron postępowania. Ustalenie kryteriów oceny ofert byłoby uzasadnione i wiarygodne, gdyby przed rozpoczęciem postępowania przetargowego dokonano stosownych badań w oparciu o cały rynek radiotelefonów, a także dokonano obiektywnego ustalenia potrzeb Zamawiającego oraz rzeczywistych dodatkowych wartości, jakie chciałby uzyskać Zamawiający kosztem wyższej ceny. Takie działania Zamawiającego nie miało miejsca. Jak wspomniano powyżej, odpowiedzi na pytania udzielone przez dwie jednostki są jedynie prywatnymi ocenami jednej marki telefonów, udzielone po terminie składania ofert, na wniosek jednej ze stron postępowania. Jako takie nie mogą stanowić przekonującego dowodu co do obiektywnie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego i co do ustalenia obiektywnych, niedyskryminujących kryteriów oceny ofert. Nie jest także wiadomo, jaką funkcję pełnią ww. jednostki względem Zamawiającego. Ta okoliczność również nie została w sposób wystarczający wyjaśniona.

Niezależnie od powyższego, z przedstawionych opinii nie wynika, że każde rozwiązanie oferowane przez radiotelefon producenta Motorola jest Zamawiającemu aż tak niezbędne, że uzasadnione było ograniczanie możliwości złożenia ofert na produkty konkurencyjne w stosunku do radiotelefonu producenta Motorola.

Odwołujący zwracał uwagę na okoliczność, że opinie te wręcz potwierdzają, że niektóre funkcjonalności nie tylko nie są niezbędne, ale mogą okazać się problematyczne w trakcie użytkowania. Dotyczy to premiiwanej przez Zamawiającego dodatkowymi punktami funkcjonalności automatycznej głośności. Odwołujący już w treści odwołania wskazywał, że automatyczna regulacja głośności może powodować zakłócenia i dodatkowe trudności. Podkreślał, że nie stanowi większej trudności dla użytkownika radiotelefonu zwiększenie głośności przy użyciu dodatkowego pokrętła czy przycisku, tak bowiem działają wszelkie urządzenia. Stanowisko Odwołującego potwierdziła opinia Wojskowego Instytutu Łączności, która co prawda wskazuje, że taka funkcjonalność (automatycznej głośności) będzie przyczyniać się do poprawy jakości i zrozumiałości prowadzonej rozmowy poprzez utrzymywanie stałego odstępu pomiędzy poziomem głośności odbieranej mowy, a poziomem głośności szumu tła, jednakże z opinii tej wynika również, że: „W opinii WIL PIB użytkownik powinien mieć możliwość łatwego wyłączenia tej funkcji, ponieważ może przeszkadzać w prowadzeniu rozmowy w środowisku, w którym występują krótkie i gwałtowne zmiany w poziomie szumu tła akustycznego, np. podczas częstych wybuchów petard.” Zatem również w ocenie opiniującego funkcja ta może powodować trudności w prowadzeniu rozmowy, a nadto powinna zostać przewidziana możliwość łatwego wyłączenia tej funkcji.

Powyższe oznacza, że przyjęte przez Zamawiającego premiowanie funkcjonalności automatycznej głośności, przy jednoczesnym braku wymagania OPZ w zakresie najbardziej powszechnego sposobu regulacji głośności za pomocą pokrętła lub przycisków (na co wskazywał Odwołujący w treści odwołania) nie jest w żaden sposób uzasadnione. Oznacza to, że Zamawiający dopuszcza zaferowanie radiotelefonów wyposażonych wyłącznie w opisaną funkcjonalność automatycznej głośności, a więc urządzenie jednego producenta, nie przewidując możliwości zaferowania innego urządzenia. Przedmiotowa funkcjonalność nie tylko nie jest Zamawiającemu niezbędna (bo tej okoliczności Zamawiający nie wykazał), ale przy zachowaniu dotychczasowych postanowień SIWZ (połączenie kryteriów oceny ofert z OPZ) może powodować trudności w użytkowaniu. Oferty Wykonawców oferujących inne rozwiązania niż przyjęte w radiotelefonie Motorola nie uzyskują dodatkowych punktów (i w konsekwencji nie będą mogli oni złożyć oferty (o czym powyżej)) pomimo, że zapewniają urządzenia, które mogłyby być wystarczające dla Zamawiającego. W konsekwencji należy uznać, że Zamawiający opisał kryterium techniczne oceny ofert w sposób dyskryminujący wykonawców, czym naruszył artykuł 29 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wskazał Odwołujący, w treści opinii nie zawarto zapytania o akumulator litowo – jonowy, który jest przedmiotem zamówienia. Zatem opinia w zakresie akumulatorów nie odnosi się do przedmiotu zamówienia. Ponadto Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do twierdzeń Odwołującego zgodnie z którym: „Akumulatory te z racji zasady technologii elektrochemicznej w niej zastosowanej nie wymagają żadnych specjalistycznych autorskich technologii do prawidłowej pracy i procesu ładowania, nawet takich, jakie zapewnia technologia firmy Motorola opisana w kryteriach K4 i K5 czyli np. sprawdzanie utraty pojemności takiego akumulatora, ponieważ zjawisko takie po prostu w nich nie występuje i jest to wiedza powszechnie znana. Zasada ładowania akumulatora litowo - jonowego sprowadza się do zapewnienia przez ładowarkę kontroli napięcia, prądu i temperatury ładowanego akumulatora. Zatem wymaganie jakiejś specjalnej, zwłaszcza należącej do jednego producenta i bliżej nieuzasadnionej technologicznie funkcjonalności i przyznawanie za nią bardzo dużej ilości punktów w kryterium oceny jest wyłącznie szykaną mającą utrudnić dostęp do zamówienia dla sprzętu innego niż produkowany przez producenta Motorola.” Oznacza to, że Zamawiający nie dowiódł, że funkcjonalność kontroli parametrów technicznych akumulatora przez ładowarkę jest niezbędna. Przyznanie 7 punktów za rozwiązanie oferowane wyłącznie przez jednego producenta, bez uzasadnienia wyjątkowości tego rozwiązania i przedłożenia jego wartości nad wyższą cenę. Zamawiający po raz kolejny nie udowodnił, że pozyska jakąkolwiek większą jakość. Powyższe stanowi potwierdzenie działania dyskryminującego, które jest niezgodne z artykułem 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do parametru czułości (K3) należy wskazać, że Zamawiający nie odniósł się też do twierdzenia Odwołującego zawartego w treści odwołania, zgodnie z którym: „Zamawiający zażądał, aby te same parametry były inne dla radiotelefonów przenośnych i inne dla radiotelefonów przewoźnych. Jest to działanie niezrozumiałe, gdyż zwykle różne typy radiotelefonów jednego producenta mają te parametry takie same.” Brak odniesienia się Zamawiającego do

tego twierdzenia Odwołującego oznacza przyznanie Zamawiającego, iż zwyczajnie przepisał do SIWZ parametry, jakie posiada radiotelefon jednego producenta, a zatem określił możliwość uzyskania punktów tylko w sytuacji zaoferowania urządzenia jednego producenta. Potwierdził także brak jakiegokolwiek refleksji nad rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego co do wymagań w zakresie parametrów czułości radiotelefonu, o czym świadczy właśnie przepisanie parametrów w sposób niezrozumiały – na co właśnie zwrócił uwagę Odwołujący w treści odwołania (przytoczony powyżej fragment).

Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie nie odniósł się również w żaden sposób do punktowanej funkcjonalności eliminacji szumu tła. Nie wyjaśnił, dlaczego istotne znaczenie dla Zamawiającego miałyby mieć zastosowanie akurat trzech trybów pracy, oferowane akurat przez radiotelefon producenta Motorola. Zamawiający nie wykazał zatem, że nie określił kryteriów oceny ofert (także w odniesieniu do tego kryterium) w sposób niedyskryminacyjny.

Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie nie odniósł się także do funkcjonalności dokładności odbiornika GPS. Zgodnie z wymaganiem tego kryterium, 5 punktów uzyska Wykonawca, który zapewni radiotelefony wyposażone w moduł GPS o dokładności poziomej nie gorszej niż 5 m. Zamawiający nie wyjaśnił, dlaczego przyjął akurat taką dokładność. Nie wykazał potrzeby dla przyjęcia dokładnie takiej funkcjonalności. Nie wyjaśnił funkcjonalnego znaczenia takiej dokładności. Skoro istnieją na rynku radiotelefony innych producentów, które oferują inne dokładności pomiaru, możliwe było dokonanie oceny tych dokładności w kontekście rzeczywistych potrzeb Zamawiającego. Te natomiast nie zostały przedstawione, jak również nie dokonano w tym zakresie obiektywnego badania występujących na rynku radiotelefonów (o czym powyżej). Na marginesie należy zauważyć, że pytanie, jakie zadał Przystępujący Wojskowemu Instytutowi Łączności (a więc swojemu opiniodawcy) nie było pytaniem ogólnym, ale pytaniem ukierunkowanym: „Czy w ocenie kryteriów dokładności poziomej modułu GPS radiotelefonu jest sens stosowania gradacji oceny dokładności lokalizacji na poziomie 1 m (np. 9 m, 8 m, itd.), czy bardziej trafnym rozwiązaniem będzie przyjęcie gradacji wynoszącej 5 m (np. 15 m, 10 m, 5 m)?”.

Odniesienie Zamawiającego do zarzutów Odwołującego było tym bardziej konieczne, że kryterium to spełnia tylko telefon jednego producenta, a zatem określenie takiego wymagania jest poczytywane jako dyskryminujące innych wykonawców. Jak zwrócił uwagę Odwołujący, Zamawiający nie przyjął także możliwości uzyskania punktów za inną dokładność, co oznacza, że albo Wykonawcy zaoferują radiotelefon producenta Motorola, albo nie uzyskają żadnych punktów.

Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie wskazał, że: „Reasumując, w ocenie zamawiającego, przychylenie się do żądań Odwołującego byłoby wyrażeniem zgody na daleko idącą ingerencję potencjalnych wykonawców w działania Zamawiającego i niewątpliwie spowodowałoby, że Wykonawcy za każdym razem żądaliby zmian poszczególnych wartości wag lub ich zmiany na inne, jeśli tylko byłyby one dla nich niekorzystne. Byłoby też potwierdzeniem, że to Wykonawca lepiej od Zamawiającego zna jego potrzeby i to on będzie dyktował warunki spełnienia wymogów jakościowych.” Tymczasem, jak wykazał to przebieg rozprawy, to właśnie Przystępujący po stronie Zamawiającego, który jest jednym z dwóch wykonawców, którzy złożyli ofertę w postępowaniu oferując radiotelefony producenta Motorola, był w posiadaniu „ekspertyzy”, (w przeciwieństwie do Zamawiającego, który takiej ekspertyzy nie przedstawił), tj. prowadził korespondencję z podmiotami (Wojskowym Instytutem Łączności oraz Wojskowym Zakładem Łączności nr 2 S.A.) w zakresie preferencyjnych cech radiotelefonów Motorola.

Co więcej, Przystępujący przyznał w trakcie rozprawy, że to on występował o sporządzenie ekspertyz, a także przyznał, że posiada wiedzę na temat dokonywanych przez Zamawiającego zakupów. Zatem istnieje wykonawca, który zna potrzeby Zamawiającego (jak ujawnił przebieg rozprawy - znacznie lepiej niż sam Zamawiający), prowadzi w tym zakresie korespondencję z innymi podmiotami, drugi zaś z wykonawców (wnoszący odwołanie) został posądzony o „dyktowanie warunków” Zamawiającemu. Skoro tak, to Zamawiający naruszył również przepis procedury zamówień publicznych, na który wskazywał Odwołujący – art. 7 ust. 1, który nakazuje równe traktowanie wykonawców.

Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie wskazał także, że „Co więcej, Zamawiający nie ograniczył konkurencji, z uwagi na fakt, iż istnieje na rynku więcej niż jeden Wykonawca (dystrybuujący zarówno radiotelefony Motorola jak i inne). Wszczynając procedurę otwartą umożliwił przystąpienie do przedmiotowego postępowania szerokiemu gronu Wykonawców.”

Tymczasem w trakcie rozprawy Zamawiający nie zaprzeczył, że funkcjonalności premiowane przez Zamawiającego dodatkowymi punktami jednoznacznie dotyczą telefonu jednego producenta – Motorola. Co więcej, Zamawiający uwzględnił w całości uprzednio wniesione przez Odwołującego odwołanie, w którym Odwołujący wskazywał na opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na radiotelefon producenta Motorola i jednocześnie dyskryminujący wykonawców oferujących inne radiotelefony. Obecnie Zamawiający przepisał te same funkcjonalności, jednakże określił je w kryteriach oceny ofert, nie zmieniając zatem w żaden sposób warunków postępowania przetargowego – w dalszym ciągu, bez uzasadnienia ze strony Zamawiającego, nie mają możliwości uzyskania zamówienia radiotelefony innych producentów, poza producentem Motorola. Zamawiający zatem, wbrew zacytowanemu powyżej twierdzeniu, ograniczył konkurencyjność w postępowaniu. Jak wskazano, Zamawiający ograniczył konkurencyjność w taki sposób, że żaden inny wykonawca (poza oferującym radiotelefony producenta Motorola) nie jest w stanie wziąć udziału w postępowaniu na równych, racjonalnych warunkach (nie narażając się na zarzut rażąco niskiej ceny).

Odwołujący wniósł odwołanie 12 października 2020 roku. 15 października 2020 roku, nie czekając na wyrok Izby, Zamawiający dokonał czynności otwarcia ofert. W tej sytuacji, gdy odwołanie podlega uwzględnieniu, Izba nie ma możliwości nakazania Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ i opisanie kryteriów oceny ofert w sposób niedyskryminacyjny.

Zamawiający nie może powtórnie dokonać czynności otwarcia ofert w postępowaniu, a jednocześnie Zamawiający nie ma możliwości zmienić postanowień SIWZ w zakresie opisu kryteriów. Postępowanie obarczone jest więc wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Z powyższych względów Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1).

Przewodniczący:

.....