

WYROK

Warszawa, dnia 22 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszekiewicz

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2024 r. przez wykonawcę NaviGate Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Główny Urząd Geodezji i Kartografii w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Głównemu Urzędowi Geodezji i Kartografii w Warszawie dokonanie zmiany Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ i Umowy, poprzez usunięcie wymogu dostarczenia w ramach przedmiotu zamówienia licencji do oprogramowania Trimble Pivot Platform tj. wymogu zamieszczonego w punkcie 19 Tabeli nr 1,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Główny Urząd Geodezji i Kartografii w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę NaviGate Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii w Warszawie na rzecz NaviGate Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez NaviGate Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie z tytułu wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 2346/24

Uzasadnienie

Zamawiający: Główny Urząd Geodezji i Kartografii w Warszawie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa odbiorników GNSS na potrzeby modernizacji systemu ASG-EUPOS” (numer referencyjny: BDGZP.2610.18.2024.GK). Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 czerwca 2024 r. pod nr 372318-2024

Dnia 4 lipca 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca NaviGate Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono od treści Specyfikacji Warunków Zamówienia obowiązującej w Postępowaniu („SWZ”), w części dotyczącej Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do SWZ).

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w Postępowaniu w zakresie opisanym w Tabeli nr 1 w punkcie 19, strona 3 Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ dotyczącym wymogu dostarczenia licencji do oprogramowania Trimble Pivot Platform, w sposób który utrudnia uczciwą konkurencję oraz nie uwzględnia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty w Postępowaniu, co powoduje, iż Postępowanie jest prowadzone w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosil o:

1. Uwzględnienie odwołania w całości.

2. Nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany Opisu przedmiotu zamówienia w Postępowaniu, stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ, poprzez usunięcie wymogu dostarczenia w ramach przedmiotu zamówienia licencji do oprogramowania Trimble Pivot Platform (wymóg zamieszczony w Tabeli nr 1 w punkcie 19, strona 3 Opisu przedmiotu zamówienia).

3. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do Odwołania, wnioskowanych w Odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

4. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający opublikował dokumentację Postępowania na swojej platformie zakupowej w dniu 24 czerwca 2024 r. zatem termin na wniesienie odwołania upłynął dnia 4 lipca 2024 r.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że zgodnie ze Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia w Postępowaniu (Załącznik nr 1 do SWZ i Umowy), w ramach realizacji zamówienia wykonawca jest zobowiązany m.in. do dostarczenia licencji do oprogramowania Trimble Pivot Platform. Punkt 19 Tabeli nr 1 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w Postępowaniu stanowi, że „w przypadku gdy oferowany odbiornik wymaga odrębnej licencji do uruchomienia w oprogramowaniu Trimble Pivot Platform, umożliwiającej włączenie i pełne wykorzystanie, w szczególności w obliczeniach i generowaniu sieciowych danych korekcyjnych z modułu RTX dla systemów GPS, GLONASS, Galileo i Beidou, wraz z odbiornikiem Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć odpowiednią licencję przeznaczoną do każdego oferowanego odbiornika. Zgodnie z dokumentacją oprogramowania Trimble Pivot Platform stanowiącą załącznik nr 1 do niniejszego opisu przedmiotu zamówienia odbiorniki GNSS wymagają personalizowanych licencji: 96801-44 – Trimble Pivot Platform - 1 additional non-Trimble receiver node. Zamawiający nie wymaga dostarczenia licencji 96801-68”.

Zdaniem Odwołującego, z dokumentacji postępowania wynika, że:

- wykonawca, który zaoferuje w Postępowaniu sprzęt firmy Trimble Geospatial nie będzie zobowiązany do dodatkowej dostawy licencji numer 96801-44 (Trimble Pivot Platform – podłączenie dodatkowego odbiornika producenta innego niż Trimble),
- wykonawca, który zaoferuje w Postępowaniu sprzęt innej firmy niż Trimble Geospatial, tj. np. firmy Septentrio, będzie zobowiązany do dodatkowej dostawy licencji numer 96801-44 (Trimble Pivot Platform – podłączenie dodatkowego odbiornika producenta innego niż Trimble),
- Zamawiający w ogóle nie wymaga dostarczenia licencji numer 96801-68.

Odwołujący wskazał, że obecnie na rynku nie istnieje możliwość swobodnego nabywania przez wykonawców omawianej licencji numer 96801-44 do oprogramowania Trimble Pivot Platform, celem dalszej odsprzedaży (dostawy) na rzecz Zamawiającego. Jedyńm dystrybutorem tego oprogramowania na terenie Polski jest bowiem wyłącznie firma Geotronics Dystrybucja Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. W konsekwencji, spółka Geotronics Dystrybucja Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie jest w ocenie Odwołującego de facto monopolistą na polskim rynku w zakresie sprzedaży omawianego oprogramowania, a jednocześnie jest bezpośrednim konkurentem innych wykonawców działających na rynku urządzeń dla geodezji, co z pewnością wpływa na warunki współpracy.

W dalszej części odwołania Odwołujący zauważył, że ceny omawianego oprogramowania oferowanego przez spółkę Geotronics Dystrybucja nie są powszechnie publikowane i ogólnie dostępne. Prowadzi to do sytuacji, w której przed złożeniem ofert w Postępowaniu wszyscy zainteresowani wykonawcy muszą zwrócić się z zapytaniem ofertowym do firmy Geotronics Dystrybucja w celu uzyskania aktualnej oferty cenowej na ww. oprogramowanie. W efekcie podmiot ten automatycznie uzyskuje wiedzę jacy wykonawcy planują składać oferty w Postępowaniu. Biorąc pod uwagę, że sama spółka Geotronics Dystrybucja także może i prawdopodobnie będzie składać ofertę w Postępowaniu, opisane powyżej okoliczności stawiają ją w zdecydowanie uprzywilejowanej pozycji względem pozostałych wykonawców – zna bowiem uprzednio grono potencjalnych wykonawców oraz koszty jakie będą musieli ponieść z tytułu dostawy omawianej licencji na rzecz Zamawiającego. Pozwala to zatem wpływać temu podmiotowi na atrakcyjność, a przez to konkurencyjność ofert pozostałych wykonawców.

Odwołujący wskazał, że wstępnie zamierza zaoferować w Postępowaniu sprzęt producenta Septentrio. W związku z powyższym w dniu 3 lipca 2024 r. wystąpił do spółki Geotronics Dystrybucja z prośbą o przedstawienie oferty handlowej na sprzedaż omawianych licencji numer 96801-44 do oprogramowania Trimble Pivot Platform. W odpowiedzi Geotronics Dystrybucja przesłała ofertę, w której wskazano, że aktualnie koszty zakupu jednej sztuki takiej licencji wynoszą 3.675,00

euro. Biorąc pod uwagę, iż Zamawiający wymaga dostarczenia 18 sztuk odbiorników GNSS (pkt. II.1. Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w Postępowaniu - Załącznik nr 1 do SWZ i Umowy), łączny koszt nabycia wymaganych licencji przez Odwołującego wyniesie zatem 66.150,00 euro netto (81.364,50 euro brutto).

Odwołujący podał, że zgodnie z posiadanymi przez niego informacjami, spółka Geotronics Dystrybucja zaoferuje w Postępowaniu urządzenia produkowane przez firmę Trimble Geospatial. Oznacza to, że oferta tego podmiotu może być tańsza od ofert pozostałych wykonawców (oferujących produkty innych producentów) co najmniej o ww. kwotę 66.150,00 euro netto, ze względu na brak konieczności dodatkowego zaoferowania i wycenienia licencji do oprogramowania Trimble Pivot Platform. Stawia to wykonawcę Geotronics Dystrybucja w oczywistej uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców. Uzasadniając swoje stanowisko Odwołujący powołał się na wcześniej prowadzone postępowania oraz informacje zawierające ich wyniki.

Odwołujący zauważył, że obowiązkiem Zamawiającego w Postępowaniu jest uwzględnienie przy opracowywaniu opisu przedmiotu zamówienia m.in. takich okoliczności jak kształt rynku, którego zamówienie dotyczy oraz skutki ograniczenia konkurencji dla ilości potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o uzyskanie zamówienia. Tym bardziej okoliczność, iż na rynku występuje wyłącznie jeden podmiot, który może samodzielnie zaoferować realizację pełnego przedmiotu zamówienia przesądza zdaniem Odwołującego, iż Zamawiający nie dokonał odpowiedniego rozpoznania bieżącej sytuacji rynkowej w segmencie, którego dotyczy Postępowanie i nie dostosował do niej treści dokumentacji Postępowania. Opis przedmiotu zamówienia, który prowadzi do takiego utrudnienia wzięcia udziału w Postępowaniu wykonawcom, iż tylko jeden z nich będzie w stanie sprostać postawionym wymaganiom, stanowi w ocenie Odwołującego wyraz naruszenia konkurencji i równości wykonawców. Opis przedmiotu zamówienia nie może bowiem prowadzić do eliminacji wykonawców, którzy są realnie zdolni w sposób należyty wykonać dane zamówienie. Nieprawidłowości w sposobie opisanego przedmiotu zamówienia, jako naruszające konkurencję, mogą być uznane za nieusuwalną wadę Postępowania, stojącą u podstaw jego unieważnienia.

Uzasadniając posiadanie interesu we wniesieniu środka odwoławczego Odwołujący wskazał, że jest podmiotem zainteresowanym wykonaniem przedmiotu zamówienia w Postępowaniu. Ponadto wskazał, że jest podmiotem zdolnym do wykonania przedmiotu zamówienia, przy czym w kontekście kwestionowanej dostawy licencji oprogramowania Trimble Pivot Platform, na skutek wadliwości dokumentacji Postępowania, na obecnym etapie jego sytuacja prawna i biznesowa jest znacznie mniej korzystna niż sytuacja innego podmiotu konkurencyjnego, funkcjonującego na rynku, również oferującego realizację przedmiotu zamówienia. Tym samym po ewentualnym uwzględnieniu niniejszego Odwołania, Odwołujący zauważył, że ma realną szansę na uzyskanie zamówienia i podpisanie umowy z Zamawiającym, co potwierdza, iż jest to podmiot mający realny interes we wniesieniu odwołania.

Izba wskazuje, że nie podziela stanowiska Zamawiającego odnośnie braku po stronie Odwołującego interesu, o którym mowa w art. 505 ustawy Pzp. W ocenie Izby po stronie Odwołującego wystąpiły wszystkie trzy materialnoprawne przesłanki do wniesienia środka ochrony prawnej tj. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia (Odwołujący jest wykonawcą funkcjonującym na rynku, którego dotyczy zamówienie, który chce ubiegać się o uzyskanie zamówienia), może on ponieść szkodę (potencjalny brak możliwości uzyskania zamówienia – utrata korzyści z realizacji zamówienia) oraz poniesiona szkoda jest wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp (naruszenie przepisów ustawy Pzp może doprowadzić do braku możliwości złożenia przez Odwołującego oferty konkurencyjnej dla podmiotu będącego wyłącznym dystrybutorem sprzętu i licencji, których dotyczy przedmiotowe postępowanie).

W dniu 11 lipca 2024 r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź na odwołanie (opatrzone datą 12 lipca 2024 r.), w której Zamawiający wnosił o:

- 1) oddalenie odwołania w całości;
- 2) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego, w tym zasądzenie – na podstawie faktury, która zostanie złożona do akt sprawy na rozprawie – wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

W dniu 15 lipca 2024 r. do akt sprawy wpłynęło pismo procesowe złożone przez Odwołującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia przez Izbę zarzutów odwołania Odwołujący będzie miał możliwość złożenia oferty i ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego ani po stronie Odwołującego w ustawowym terminie nie zgłosił żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego w dniu 11 lipca 2024 r., pisma procesowego złożonego przez Odwołującego dnia 15 lipca 2024 r. wraz z załącznikami oraz dowodów złożonych przez Zamawiającego na posiedzeniu.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie w całości należało uwzględnić.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa odbiorników GNSS na potrzeby modernizacji systemu ASG-EUPOS”. W ramach realizacji zamówienia Wykonawca ma dostarczyć 18 odbiorników GNSS przeznaczonych na stacje referencyjne, które będą spełniały wymagania określone w Tabeli 1, w której określono minimalne, wymagane parametry techniczne odbiorników GNSS. Zgodnie z punktem 19 wspomnianej tabeli, w którym parametr techniczny został nazwany „Licencje oprogramowania Trimble Pivot Platform” Zamawiający zastrzegł:

„W przypadku gdy oferowany odbiornik wymaga odrębnej licencji do uruchomienia w oprogramowaniu Trimble Pivot Platform, umożliwiającej włączenie i pełne wykorzystanie, w szczególności w obliczeniach i generowaniu sieciowych danych korekcyjnych z modułu RTX dla systemów GPS, GLONASS, Galileo i Beidou, wraz z odbiornikiem Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć odpowiednią licencję przeznaczoną do każdego oferowanego odbiornika. Zgodnie z dokumentacją oprogramowania Trimble Pivot Platform stanowiącą załącznik nr 1 do niniejszego opisu przedmiotu zamówienia odbiorniki GNSS wymagają personalizowanych licencji: 96801-44 – Trimble Pivot Platform - 1 additional non-Trimble receiver node

Zamawiający nie wymaga dostarczenia licencji 96801-68.”

Zgodnie z załącznikiem nr 2 do SOPZ:

„Trimble Pivot Platform poza odbiornikami producenta Trimble CORS GNSS (takie jak: Trimble NetR9 lub Alloy) obsługuje również odbiorniki innych producentów, aby wspierać naszych klientów korzystających z odbiorników GNSS CORS innych firm.

Poniższa lista przedstawia obsługiwane odbiorniki w oprogramowaniu Trimble Pivot Platform Software v5.1 w module przetwarzającym RTXNet, w tym GPS/GLONASS/Galileo/Beidou - gen III:

Producent odbiornika	Model odbiornika	Obsługiwane w RTXNet (GPS/Glonass/Galileo/Beidou/QZSS) - BeiDou- gen III - przetwarzane
Trimble	Alloy	tak
Leica	GR30	tak
	GR50	tak
Septentrio	PolaRx5	tak

Dodanie nowego odbiornika CORS innej firmy z powyższej tabeli do sieci będzie wymagało 2 licencji z poniższej tabeli na każdy odbiornik, aby móc go używać w Trimble PIVOT Platform v5.1, łącznie z przetwarzaniem w procesorze RTXNet.

Numer	Opis
96801-68	Trimble Pivot Platform – podłączenie dodatkowego odbiornika (węzeł plus możliwość pracy w sieci stacji)
96801-44	Trimble Pivot Platform – podłączenie dodatkowego odbiornika producenta innego niż Trimble

Jedynym dystrybutorem oprogramowania wymaganego przez Zamawiającego na terenie Polski jest Geotronics Dystrybucja Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. Oświadczenie z dnia 16 lipca 2024 r. przedłożone jako dowód nr 3 przez Zamawiającego potwierdza, że spółka ta jest autoryzowanym przedstawicielem firmy Trimble.

W dniu 3 lipca 2024 r. Odwołujący zwrócił się do spółki Geotronics Dystrybucja Sp. z o.o. o przedstawienie oferty handlowej na sprzedaż licencji numer 96801-44 do oprogramowania Trimble Pivot Platform. Z maila z dnia 3 lipca 2024 r. otrzymanego od przedstawiciela Geotronics Dystrybucja Sp. z o.o. wynika, że koszt zakupu jednej licencji to 3 675,00 euro netto. Łączny koszt nabycia wymaganych licencji to 66 150,00 euro netto (81 364,50 euro brutto). Z historii korespondencji załączonej do oferty z dnia 3 lipca 2024 r. wynika, że w październiku 2023 r. koszt zakupu jednej licencji wynosił 2 755,00 euro netto.

Z dokumentów przedłożonych przez strony (dowody w postaci Informacji o wyborze oferty stanowiące załączniki do odwołania oraz dowody nr 1 i 2 przedłożone przez Zamawiającego) wynika, że spółka Geotronics Dystrybucja Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie bierze udział w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego. Ze wspomnianych dokumentów również wynika, że Zamawiający prowadził postępowania, w których wymagał dostarczenia wyłącznie odbiorników (postępowanie prowadzone w 2017 r. pn. „Dostawa sprzętu GNSS na potrzeby modernizacji systemu ASG-EUPOS”, numer referencyjny: BO-ZP.2610.29.2017.GI-ASG.EUPOS), jak również takie, w których wymagał dostaw

zarówno odbiorników, jak i licencji (postępowanie prowadzone w 2021 r. pn. „Dostawa sprzętu i oprogramowania na potrzeby systemu ASG-EUPOS”).

W pkt 2.1 w ppkt 14 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał, że: „nie dopuszcza składania ofert częściowych. Przedmiot zamówienia dotyczy dostawy 18 szt. takich samych odbiorników GNSS, w związku z czym nie ma merytorycznej przesłanki dla podziału zamówienia na części”.

Rozpoznanie sprawy przez Izbę dotyczyło tego, czy Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia utrudnił uczciwą konkurencję oraz czy nie uwzględnił wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty w Postępowaniu, co powoduje, iż Postępowanie jest prowadzone w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający co prawda jest uprawniony do określenia swoich oczekiwań dotyczących przedmiotu zamówienia formułując jednak postanowienia Zamawiający powinien mieć na uwadze zachowanie uczciwej konkurencji. Zachowanie uczciwej konkurencji nie oznacza konieczności dopuszczenia do udziału w postępowaniu każdego potencjalnego wykonawcy, nie może być również postrzegane w oderwaniu od potrzeb Zamawiającego. Jak wynika z utrwalonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, niedopuszczalne jest jednak takie opisanie przedmiotu zamówienia, które ogranicza możliwość złożenia ofert, a które nie jest konieczne dla zaspokojenia racjonalnych i obiektywnie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia w sposób, który powoduje, że sytuacja wykonawców jest zróżnicowana, musi sprostać wykazaniu, że wynika to z jego uzasadnionych potrzeb.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt 2.1 w ppkt 14 wskazał, że: „nie dopuszcza składania ofert częściowych. Przedmiot zamówienia dotyczy dostawy 18 szt. takich samych odbiorników GNSS, w związku z czym nie ma merytorycznej przesłanki dla podziału zamówienia na części”. W uzasadnieniu Zamawiający poprzestał na wskazaniu, że przedmiot zamówienia dotyczy dostawy takich samych odbiorników, pominał jednak fakt, że w sytuacji zaoferowania jednego ze wspieranych odbiorników wymienionych w załączniku nr 1 do załącznika nr 1 do SWZ i Umowy Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (tj. innego odbiornika, niż odbiornik GNSS producenta Trimble) wymaga odrębnej licencji do uruchomienia w oprogramowaniu Trimble Pivot Platform, umożliwiającej włączenie i pełne wykorzystanie, w szczególności w obliczeniach i generowaniu sieciowych danych korekcyjnych z modułu RTX dla systemów GPS, GLONASS, Galileo i Beidou. Wykonawca oferujący jeden ze wspieranych odbiorników wraz z odbiornikiem jest zobowiązany dostarczyć odpowiednią licencję przeznaczoną do każdego oferowanego odbiornika. Bezsporne między stronami było to, że Zamawiający prowadził postępowania zarówno na zakup samych odbiorników (gdyż jak wskazał posiadał już licencje nabyte wcześniej), jak i postępowania, w których wymagał dostarczenia zarówno odbiorników wraz z licencją. Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego jednoznacznie wynika, że jedynym dystrybutorem w Polsce oprogramowania oczekiwanego przez Zamawiającego jest Geotronics Dystrybucja Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. Jest to jednocześnie podmiot biorący czynny udział w ogłaszanych postępowaniach co również potwierdzają zarówno dokumenty załączone do odwołania, jak i dowody przedłożone przez Zamawiającego. W ocenie Izby sposób opisanie przedmiotu postępowania przez Zamawiającego istotnie ogranicza konkurencję. Brak dokonania bowiem podziału zamówienia na części i jednoczesne wymaganie od wykonawców zarówno odbiorników, jak i dostarczenia licencji, jeśli będą to urządzenia wspierane, daje jak słusznie zauważył Odwołujący przewagę jednemu wykonawcy tj. Geotronics Dystrybucja Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, który nie będzie musiał w ofercie uwzględniać kosztu dostarczanych licencji. Jak przyznał zarówno w odpowiedzi na odwołanie, jak i podczas rozprawy sam Zamawiający brak podziału zamówienia na części, a co za tym idzie postawienie spornego wymagania w postępowaniu wynika m.in. z wydatkowania środków publicznych w sposób racjonalny. Podczas rozprawy Zamawiający wskazał również, że gdyby dokonał on podziału zamówienia na części musiałby rozdzielić poszczególne części w czasie, a wówczas mógłby się on nie zmieścić z wydatkowaniem środków przewidzianych w danym roku budżetowym. Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, że jednoczesne wymaganie licencji świadczy o racjonalnym wydatkowaniu środków. Zgadza się natomiast z Zamawiającym, że gdyby przedmiotem niniejszego postępowania była wyłącznie dostawa odbiorników, nie byłoby racjonalne jednoczesne ogłaszanie postępowania dotyczącego dostawy licencji. Zamawiający nie wie bowiem, jakie odbiorniki zaoferują wykonawcy składający oferty i jaka oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza. Może się okazać bowiem, że licencje w ogóle nie będą konieczne, jeśli wybrana zostanie oferta wykonawcy oferującego odbiorniki GNSS producenta Trimble.

Jak słusznie zauważył podczas rozprawy Odwołujący zamówienie dotyczy modernizacji systemu posiadanego przez Zamawiającego. Mógł on w związku z tym zaplanować przeprowadzenie postępowania zachowując zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z odpowiednim wyprzedzeniem. Wówczas nie miałby obaw, czy zdąży wydatkować środki w danym roku budżetowym. Zamawiający wskazał również, że nie wie, czy po zakupie odbiorników będzie w stanie nabyć licencje niezbędne do korzystania z nich. Jak wynika z dowodu nr 3 przedłożonego przez Zamawiającego tj. oświadczenia Geotronics Dystrybucja Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie każdy, kto zgłosi się z prośbą

o złożenie oferty taką ofertę na kwotę zgodną z wyciągiem z cennika otrzyma. Ponadto jak wynika z dowodów przedłożonych przez Strony sam autoryzowany przedstawiciel firmy Trimble bierze udział w postępowaniach. Niezrozumiała jest w związku z tym obawa Zamawiającego, że pozostanie on z nabytym sprzętem, do którego nie będzie miał odpowiedniego oprogramowania. Odnosząc się do wymienionego oświadczenia Izba wskazuje, że kwota za nabycie jednej licencji Trimble Pivot Platform jest zbieżna z kwotą wskazaną w odwołaniu, jednak z oświadczenia tego nie wynika np. przez jaki czas podana kwota netto będzie obowiązywała. Wykonawcy mogą w związku z tym spodziewać się, że otrzymają ofertę zgodną z cennikiem, jednak nie ma pewności jaką kwotę finalnie będą musieli zapłacić za jedną licencję.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Zamawiający wprowadzając w dokumentacji postępowania sporne wymaganie nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący zdaniem Izby w dostateczny sposób uprawdopodobnił ograniczenie przez zamawiającego konkurencji w postępowaniu oraz naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający natomiast nie podał obowiązkowi wykazania, że wprowadzenie spornego postanowienia jest uzasadnione jego w pełni uzasadnionymi potrzebami.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w całości wobec czego orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Przewodnicząca: