Sygn. akt: KIO 1925/24

WYROK

Warszawa, dnia 27 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 3 czerwca 2024 r. przez odwołującego: Covertech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: 4 Regionalną Bazę Logistyczną z siedzibą we Wrocławiu

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany Specyfikacji Warunków Zamówienia przez:
   1.1 usunięcie wymogu z Załącznika nr 2 do Projektowanych postanowień umowy (oraz z pozostałych dokumentów postępowania, o ile ten wymóg został w nich powtórzony), wskazującego, że radiotelefon powinien być następcą generacyjnym radiotelefonu systemu TETRA wprowadzonego do użytkowania w Siłach Zbrojnych RP poleceniem Nr 4/Log/ZPSDiŁ-P6 Szefa Inspektoratu Wsparcia SZ z 15 stycznia 2010 r.,
   1.2 wprowadzenie obowiązku dostawy przez wykonawców wraz ze sprzętem będącym przedmiotem zamówienia, oprogramowania i narzędzi do programowania
   w sytuacji, gdy do programowania oferowanych radiotelefonów wymagane będzie inne oprogramowanie i narzędzia do programowania niż posiada zamawiający.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,
   2.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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.

Przewodniczący …….....

Sygn. akt: KIO 1925/24

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

4 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Zamawiający) prowadzi
na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego
pn.: „Dostawa radiotelefonów” (Numer referencyjny: TECH/162/ES/2024), zwane dalej postępowaniem.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 23 maja 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 304829-2024.

3 czerwca 2024 r. wykonawca Covertech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1-3 Pzp w związku z art. 99 ust. 2 i 4-6 Pzp przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, co prowadzi
   do nieuzasadnionego wyeliminowania niektórych wykonawców oraz produktów, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest sporządzenie takiego opisu przedmiotu zamówienia, który będzie stanowił wyraz prawdziwych i uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, jednocześnie zgodnych z przepisami ustawy Pzp, a dokładnie: - ustanowienie wymogu, aby radiotelefon będący przedmiotem zamówienia „powinien być następcą generacyjnym radiotelefonu systemu TETRA wprowadzonego
   do użytkowania w Siłach Zbrojnych RP poleceniem Nr 4/Log/ZPSDiŁ-P6 Szefa Inspektoratu Wsparcia SZ z 1

stycznia 2020 r.", co wskazuje na obowiązek dostarczenia radiotelefonów wyłącznie jednego producenta - Motoroli, przy jednoczesnym braku dopuszczenia rozwiązań równoważnych oraz braku wskazania kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności, a nadto brak postanowień przewidujących dostawę oprogramowania i narzędzi do programowania urządzeń równoważnych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu następujących zmian:

1. W załączniku nr 2 do projektowanych postanowień umowy – Odwołujący wniósł:
   a) o usunięcie przypisu nr 1, tj.:
      ~~„1 Radiotelefon powinien być następcą generacyjnym radiotelefonu systemu TETRA wprowadzonego do użytkowania w Siłach Zbrojnych RP poleceniem Nr 4/Log/ZPSDiŁ-P6 Szefa Inspektoratu Wsparcia SZ z 15 stycznia 2010 r.".~~
   b) oraz o wprowadzenie postanowienia o treści: „Jeżeli do programowania oferowanych radiotelefonów wymagane będzie inne oprogramowanie i narzędzia do programowania niż posiada Zamawiający, to takie oprogramowanie i narzędzia do programowania powinny być uwzględnione w cenie oferty i dostarczone wraz z dostawą" lub alternatywnie,
   c) o realne, rzeczywiste (nie pozorne/fikcyjne) dopuszczenie w opisie przedmiotu zamówienia możliwości zaoferowania urządzeń równoważnych oraz wskazanie że kryteriami równoważności jest opis cech i funkcjonalności znajdujący się już w aktualnie obowiązującym opisie przedmiotu zamówienia,
   d) oraz o wprowadzenie postanowienia, o niżej wskazanej treści:
      „Jeżeli do programowania oferowanych radiotelefonów wymagane będzie inne oprogramowanie i narzędzia do programowania niż posiada Zamawiający,
      to takie oprogramowanie i narzędzia do programowania powinny być uwzględnione w cenie oferty i dostarczone wraz z dostawą".

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał m. in.:

Zamawiający w odnośniku nr 1 w załączniku nr 2 do projektowanych postanowień umowy (opis przedmiotu zamówienia), zawarł wymóg zgodnie z którym: „Radiotelefon powinien być następcą generacyjnym radiotelefonu systemu TETRA wprowadzonego do użytkowania w Siłach Zbrojnych RP poleceniem Nr 4/Log/ZPSDiŁ-P6 Szefa Inspektoratu Wsparcia SZ z 15 stycznia 2010 r.". Zamawiający nie udostępnił wykonawcom powołanego w ww. zastrzeżeniu polecenia, ani też nie wskazał dokładnie nazwy / modelu / producenta urządzenia, którego „następcę generacyjnego" należy dostarczyć w ramach przedmiotowego zamówienia. Mimo tego, zdaniem Odwołującego, Zamawiający ograniczył faktyczną możliwość dostarczenia urządzeń wyłącznie jednego producenta – Motoroli. Świadczy o tym fakt, że przywołane w pkt 1.2 opisu przedmiotu zamówienia stacje bazowe jak i radiotelefony, jakie już są w posiadaniu Zamawiającego – to urządzenia Motoroli. A zatem należy uznać, że urządzenia, którymi obecnie dysponuje Zamawiający (urządzenia Motoroli), to radiotelefony, które także są „następcą generacyjnym radiotelefonu systemu TETRA wprowadzonego do użytkowania w Siłach Zbrojnych RP poleceniem Nr 4/Log/ZPSDiŁ-P6 Szefa Inspektoratu Wsparcia SZ z 15 stycznia 2010 r.".

Okoliczność, że Zamawiający wymaga urządzeń, które będą „następcą generacyjnym" radiotelefonów, jakie zostały wprowadzone poleceniem służbowym w 2010 r., wykluczają możliwość dostarczenia radiotelefonów, które będą nowszej bądź najnowszej generacji, niemniej nie będą „następcą" radiotelefonu systemu TETRA wprowadzonego do użytkowania w Siłach Zbrojnych RP poleceniem Nr 4/Log/ZPSDiŁ-P6 Szefa Inspektoratu Wsparcia SZ z 15 stycznia 2010 r. – tj. radiotelefonu, którego producentem jest Motorola.

Zamawiający w ogóle nie dopuścił rozwiązań równoważnych, co stoi w oczywistej sprzeczności z bezwzględnie obowiązującym wymogiem art. 99 ust. 4-6 Pzp. Tymczasem wykonawcy są w stanie zaoferować urządzenia innych producentów, które będą spełniały wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia.

Standard TETRA został stworzony i tak dokładnie opisany właśnie po to, aby możliwe było współdziałanie urządzeń od różnych producentów i w celu ochrony konkurencji na tym rynku. Wszelkie aspekty interoperacyjności urządzeń TETRA opisane są w kilkudziesięciu standardach europejskich i nie ma w nim pól niewystandaryzowanych. Stopień zaawansowania tego standardu można porównać do systemu GSM, gdzie mamy dziesiątki telefonów różnych producentów działających w dziesiątkach różnych systemów.

Wymóg, aby radiotelefon był „następcą generacyjnym radiotelefonu systemu TETRA wprowadzonego do użytkowania w Siłach Zbrojnych RP poleceniem Nr 4/Log/ZPSDiŁ-P6 Szefa Inspektoratu Wsparcia SZ z 15 stycznia 2010 r. nie jes związany z przedmiotem zamówienia ani proporcjonalny do jego wartości i celów. W związku z szybkim postępem technologicznym, który w żadnym wypadku nie może odnosić się wyłącznie do jednego producenta, na rynku pojawiają

się nowoczesne rozwiązania, które będą spełniać oczekiwania Zamawiającego i nie ma żadnej racjonalnej podstawy, aby ograniczać konkurencję wyłącznie do urządzeń producenta Motoroli jedynie z tej przyczyny, że zostały one wprowadzone do Sił Zbrojnych poleceniem służbowym 14 lat temu.
Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie stanowczo zaprzeczył,
by oczekiwał dostawy sprzętu produkowanego przez Motorolę. Zamawiający wyjaśnił,
że pojęcie „następca generacyjny" to w postępowaniu pojęcie dotyczące urządzeń nowszych i nowocześniejszych od dotychczas używanych przez Zamawiającego, ale nie odnoszące
się do konkretnego produktu czy producenta.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności
treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte
w odwołaniu i piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.
Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.
Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.
Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając,
że zasługuje ono na uwzględnienie.
Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami,
2. dokumentów wskazanych i powołanych przez uczestników postępowania.

Izba nie znalazła podstaw do odmowy przeprowadzenia któregokolwiek z wnioskowanych dowodów.
Izba ustaliła, co następuje:
Kwestionowany przez Odwołujacego wymóg został zamieszczony w Opisie przedmiotu zamówienia (dalej: OPZ), tj. Załączniku nr 2 do projektu umowy. Dokument ten zawiera bardzo szczegółowe wymogi techniczne dotyczące zamawianych radiotelefonów. Odwołujący podniósł zarzut dotyczący przypisu nr 1 zawartego w OPZ i odnoszącego się do słów „radiotelefon przenośny".
Przypis ten brzmi: „Radiotelefon powinien być następcą generacyjnym radiotelefonu systemu TETRA wprowadzonego do użytkowania w Siłach Zbrojnych RP poleceniem Nr 4/Log/ZPSDiŁ-P6 Szefa Inspektoratu Wsparcia SZ z dnia 15 styczni 2010 r.".
W poleceniu, o którym mowa w przypisie wskazany został konkretny model urządzenia wyprodukowanego przez Motorolę.
Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, w szczególności Zamawiającego, Izba uznała,
że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.
Izba uznała, że pojęcie „następca generacyjny" pojawiające się w odniesieniu
do poprzedniego, dotychczas eksploatowanego sprzętu należy interpretować jako nowszy model tego samego urządzenia, zatem urządzenia tego samego producenta co pierwotne. Tym samym literalna wykładnia kwestionowanego wymogu wprost wskazuje na obowiązek złożenia oferty na nowszy model urządzenia Motorola. Biorąc pod uwagę treść dokumentacji postępowania Izba uznała, że twierdzenie Odwołującego potwierdziło się – zamawiający
w zawoalowany sposób określił, że zamawia urządzenia Motorola. Tymczasem Zamawiający w piśmie procesowym i w toku rozprawy oświadczył, że nie zamawia wyłącznie urządzeń tego producenta, a ofertę można złożyć na każde urządzenie spełniające wymogi OPZ i będące generacją nowszą wobec telefonów używanych przez zamawiającego na podstawie polecenia z 2010 r.
Co istotne OPZ zawiera szczegółowe wymogi techniczne dotyczące zamawianego radiotelefonu, a zamawiający nie był w stanie wykazać konkretnego celu dla którego wprowadził kwestionowany przez odwołującego wymóg. Trudno również jednoznacznie określić, szczególnie na gruncie wymogów technicznych, czym w mierzalny sposób jest następca generacyjny określonego urządzenia.
W konsekwencji Izba uwzględniła odwołanie i nakazała usunięcie ww. wymogu uznając,
że wobec stanowiska Zamawiającego, jest to wymóg zbędny, potencjalnie wprowadzający
w błąd, a bez zapoznania się z interpretacją i stanowiskiem Zamawiającego – ograniczający uczciwą konkurencję w postępowaniu. Izba uwzględniła również żądanie odwołującego dotyczące wprowadzenia obowiązku złożenia wraz z

ofertą oprogramowania do oferowanego sprzętu, jeśli zamawiający tym oprogramowaniem nie dysponuje. Zamawiający wskazał,
że taki wymóg został już wprowadzony do warunków postępowania, tj. w punkcie 1.5.4. OPZ, ale z tego punktu nie wynika żaden konkretny obowiązek w zakresie przygotowania i złożenia oferty. Nie ma też wskazania zasad wyceny oferty w tym zakresie. Wymóg w dotychczasowym kształcie ma charakter ogólny i nie może być potraktowany jako obowiązek złożenia wraz
z ofertą oprogramowania do oferowanego sprzętu.
Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy
na podstawie art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania
(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący …….....