

WYROK
z dnia 13 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko
Członkowie: Emil Kuriata
Anna Majstrowicz
Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 stycznia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Consortia Sp. z o.o., Warszawa, ul. Jagiellońska 74** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komendę Główną Straży Granicznej, Warszawa, ul. Podchorążych 38** protestu z dnia 2 grudnia 2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Consortia Sp. z o.o., Warszawa, ul. Jagiellońska 74 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Consortia Sp. z o.o., Warszawa, ul. Jagiellońska 74**,
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 2 800 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące osiemset złotych zero groszy) przez **Consortia Sp. z o.o., Warszawa, ul. Jagiellońska 74** na rzecz **Komendy Głównej Straży Granicznej, Warszawa, ul. Podchorążych 38**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
-
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Consortia Sp. z o.o., Warszawa, ul. Jagiellońska 74**.

Uzasadnienie

Zamawiający tj. Komenda Główna Straży Granicznej w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na systemu Straży Granicznej. Ogłoszenie modernizację radiokomunikacyjnego o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 listopada 2008 r. pod numerem 2008/S 223-296812. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 18 listopada 2008 r.

W dniu 2 grudnia 2008 r. Consortia Sp. z o.o. wniosła protest wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia stwierdzając, iż przedmiot zamówienia w części I dotyczącej skramblerów cyfrowych został opisany w taki sposób, że ofertę może złożyć tylko jeden podmiot.

Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób utrudniający konkurencję,
- 2) art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przez określenie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający konkurencję,
- 3) art. 29 ust. 3 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia za pośrednictwem znaków towarowych.

Kwestionowane zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia naruszające, zdaniem Protestującego, zasadę uczciwej konkurencji, dotyczą sposobu opisu wymagań odnoszących się do skramblera cyfrowego. Protestujący podniósł, iż wymóg sformułowany w pkt 2.8 załącznika nr 1 do Specyfikacji, L.p. 1 tj. „Urządzenie *musi działać w radiotelefonie*

z radiotelefonem wyposażonym w skrambler typu Transcript 460. Skrambler cyfrowy musi umożliwiać pracę na przynajmniej jednym z zaprogramowanych kodów ze skramblerem typu Transcript 460" umożliwia zaoferowanie jedynie skramblera marki Transcript. Jak stwierdził Protestujący, nie ma wątpliwości, że jedynie skramblery jednej marki będą ze sobą w pełni współpracowały. Z informacji posiadanych przez Protestującego wynika, że jedynym skramblerem spełniającym wymagania Zamawiającego jest skrambler wytwarzany w technologii „DES Series Encryption Security” typu „VoSec”. Zdaniem Protestującego, firma Transcript ma na terenie Polski tylko jednego dystrybutora, stąd ofertę na część I przedmiotowego postępowania może złożyć tylko jeden podmiot, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

W ocenie Protestującego, trudno uznać za celowy wymóg, aby nowe skramblery cyfrowe musiały współpracować ze skramblerami analogowymi. Jak wskazał Protestujący, analogowa technologia maskowania korespondencji głosowej wychodzi z użycia i jest wycofywana przez służby większości państw europejskich. Modernizacja systemu radiokomunikacyjnego w Straży Granicznej ma polegać m.in. na zastąpieniu analogowych skramblerów nowoczesnymi, cyfrowymi urządzeniami, zapewniającymi wysoki stopień bezpieczeństwa korespondencji głosowej. Niezrozumiałym jest zatem, zdaniem Protestującego, działanie polegające na w użyciu Zamawiającego pozostawieniu skramblerów analogowych. Protestujący wskazał ponadto, że ograniczając zakres podmiotów, jakie mogą złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający szkodzi również interesom Skarbu Państwa. Zwrócił uwagę, że w przypadku wzięcia udziału w postępowaniu większej ilości podmiotów, Zamawiający będzie mógł wybrać ofertę najkorzystniejszą pod względem cenowym. W przypadku braku zmiany kwestionowanego wymagania Zamawiający będzie zmuszony wybrać jedyną złożoną ofertę przy założeniu, że jej cena będzie równa bądź niższa od kwoty, o której mowa w art. 86 ust. 3 ustawy Pzp.

Protestujący wniósł o zmianę treści załącznika nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w pkt 2.8 L.p. 1 przez usunięcie kwestionowanego zapisu, ewentualnie o unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpienie zgłosił w dniu 5 grudnia 2008 r. Wykonawca RADMOR S.A.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 12 grudnia 2008 r. przez jego oddalenie w całości. Zdaniem Zamawiającego, opis przedmiotu zamówienia nie wyklucza

jakiegokolwiek wykonawcy z udziału w postępowaniu, w tym również Protestującego i w żaden sposób nie narusza zasady uczciwej konkurencji. Urządzenia stanowiące przedmiot zamówienia w części I mogą być dostarczone przez dystrybutorów radiotelefonów oraz dystrybutorów skramblerów występujących w postępowaniu wspólnie. Zamawiający nie stawia w tym zakresie przed Wykonawcami żadnych ograniczeń. Nie ma żadnych przeszkód, aby Protestujący, jako dystrybutor między innymi radiotelefonów złożył ofertę w postępowaniu wspólnie z innym podmiotem, który zaoferuje pozostałe urządzenia wchodzące w skład zamówienia w części I. Zamawiający podkreślił, że ofertę na skramblery firmy Transcript mogą złożyć firmy spoza rynku polskiego. Ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i nie ma formalnych przeszkód, aby ofertę złożyli dystrybutorzy skramblerów firmy Transcript na rynku europejskim np. ConnecTel Inc., AIRadioNet S.L., BEARCOMS s.r.o., AIR Germany Representative itd. Ponadto, zgodnie z wiedzą Zamawiającego, po przeprowadzeniu przez niego rozpoznania rynku, na rynku polskim istnieje co najmniej dwóch wykonawców mogących dostarczyć cyfrowe skramblery współpracujące z radiotelefonem wyposażonym w skrambler typu Transcript 460.

Zamawiający stwierdził, iż dokonując opisu przedmiotu zamówienia oraz kryteriów oceny ofert nie naruszył żadnej z zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający, konstruując dokumentację przetargową, ma prawo do określenia przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby przy zachowaniu wszystkich zasad udzielania zamówień publicznych mógł oczekiwać produktu najwyższej jakości, o najwyższych parametrach technicznych, najnowocześniejszego i gwarantującego osiągnięcie zakładanych przez siebie parametrów, który w maksymalnym stopniu spełni oczekiwania eksploatacyjne Zamawiającego. Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia oraz warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego indywidualnym potrzebom. Fakt, iż wymogi określone zostały w sposób, który nie pozwala wziąć udziału w postępowaniu wszystkim działającym w branży na rynku podmiotom, nie przesądza, iż doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Zamawiający przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 204/08).

Zamawiający podkreślił, iż Protestujący nie jest świadom wszystkich okoliczności, jakie mają wpływ na tworzenie opisu przedmiotu zamówienia. Wskazał, iż bardzo istotny jest fakt, iż prawie połowa posiadanych przez Straż Graniczną radiotelefonów jest wyposażonych w skramblery starego typu, które do czasu wycofania z eksploatacji będą wykorzystywane we wspólnych relacjach radiowych z produktem będącym przedmiotem zamówienia, dlatego niezbędne jest wprowadzenie wymogu dotyczącego współpracy skramblerów cyfrowych z analogowymi typu Transcript 460 użytkowanymi obecnie w Straży Granicznej. W związku

4

z powyższym, zarzut naruszenia art. 29 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający uznał za bezzasadny.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że modernizacja systemu radiokomunikacyjnego Straży Granicznej nie ogranicza się jedynie do przedmiotowego postępowania. Sprzęt, w tym i skramblery, które mają być zakupione w ramach przedmiotowego postępowania są tylko częścią potrzeb Straży Granicznej w zakresie modernizacji systemów radiokomunikacyjnych w najbliższym czasie. Zakres modernizacji systemów Straży Granicznej nie jest przedmiotem postępowania przetargowego i w związku z powyższym twierdzenie Protestującego, że pozostawienie w użyciu skramblerów analogowych nie ma nic wspólnego z modernizacją systemu radiokomunikacyjnego jest bezpodstawne i jako takie nie może stanowić uzasadnienia wniesionego protestu.

Z powyższą decyzją nie zgodziła się Consortia Sp. z o.o., która wniosła w dniu 22 grudnia 2008 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu, jak w proteście, naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w proteście. Ponadto podkreślił, że stworzenie możliwości złożenia oferty dotyczącej dostawy jedynie jednego produktu samo w sobie stanowi działanie naruszające zasady uczciwej konkurencji. Wskazał, że jedynym dystrybutorem produktów firmy Transcript na terenie Polski jest spółka MAW TELECOM SRP Sp. z o.o., co wynika m. in. z informacji zamieszczonych na oficjalnych stronach internetowych spółki, nie ma zatem możliwości, aby zakupić wskazany wyżej produkt od innego podmiotu. Co więcej, w związku z posiadaniem przez Transcript na terenie Polski wyłącznego dystrybutora nie może dojść do sytuacji, w której ofertę w przedmiotowym postępowaniu złożą inne spółki z terenu Europy. Wykluczone jest również, w ocenie Odwołującego, wejście w konsorcjum z dostawcą skramblerów, jak to sugeruje Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, bowiem MAW TELECOM SRP Sp. z o.o. nie będzie zainteresowana zawarciem konsorcjum, skoro może złożyć ofertę samodzielnie. Nie jest również możliwe jednoczesne złożenie w postępowaniu samodzielnej oferty i oferty w konsorcjum z innym podmiotem. Jednak nawet w przypadku woli MAW TELECOM SRP Sp. z o.o. do zawarcia konsorcjum z innym podmiotem, zawsze będzie istniała możliwość złożenia tylko jednej oferty. Fakt możliwości złożenia oferty jedynie przez jednego wykonawcę stanowi drugą okoliczność, która świadczy o tym, zdaniem Odwołującego, że w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przepisów dotyczących zakazu naruszania uczciwej konkurencji.

Odwołujący dodatkowo podkreślił, że ustalając przedmiot postępowania w sposób umożliwiający złożenie oferty przez jednego wykonawcę i zaoferowanie jednego produktu, uniemożliwia konkurowanie w zakresie jakości produktu. Oczywistym jest bowiem, zdaniem Odwołującego, że to właśnie konkurencja wpływa na uzyskanie dostaw czy usług najwyższej jakości.

5

Odwołujący wskazał na nieadekwatność do stanu faktycznego niniejszej sprawy przywołanego przez Zamawiającego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Jednocześnie wskazał na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 7 marca 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-207/07).

Ponadto Odwołujący zauważył, iż pozostawienie w treści Specyfikacji kwestionowanego przez Odwołującego wymagania w praktyce uzależni Zamawiającego od jednego dostawcy skramblerów cyfrowych. W sytuacji konieczności dokonania zakupu nowych skramblerów Zamawiający zawsze będzie zmuszony zakupić towar marki Transcrypt, aby współdziałał on z aktualnie użytkowanym. Zdaniem Odwołującego, możliwe jest takie rozmieszczenie posiadanych przez Straż Graniczną skramblerów na terenie kraju, aby wszystkie (zarówno analogowe jak i nowe cyfrowe) były stale użytkowane.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany zapisów załącznika nr 1 do Specyfikacji w pkt 2.8 tabeli przez usunięcie zapisów znajdujących się w L.p. 1 o treści: „Urządzenie *musi działać w radiotelefonie pracującym w trybie łączności konwencjonalnej z modulacją F3E umożliwiające współpracę z radiotelefonem wyposażonym w skrambler typu Transcrypt 460 (użytkowany obecnie w Straży Granicznej).* Skrambler cyfrowy *musi umożliwiać pracę na przynajmniej jednym z zaprogramowanych kodów ze skramblerem typu Transcrypt 460*”, ewentualnie o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Odwołującego zgłosiła pismem z dnia 6 stycznia 2009 r. RADMOR S.A.

Na rozprawie Odwołujący uznał prawo Zamawiającego do postawienia spornego wymogu w sytuacji, kiedy Zamawiający rzeczywiście używa radiotelefony ze skramblerami typu Transcrypt 460. Stwierdził jednak, że Zamawiający powinien wtedy prowadzić postępowanie nie w trybie przetargu nieograniczonego, a w innym właściwym, np. w trybie zamówienia z wolnej ręki. Podniósł ponadto, iż nie istnieje sprzęt równoważny do opisanego w Specyfikacji w spornym zakresie. Wywiódł dodatkowo, że nie ma uzasadnienia dla połączenia w jedną część zamówienia radiotelefonów, które jest w stanie dostarczyć wielu wykonawców i skramblerów, które mogą dostarczyć na rynku polskim tylko trzy firmy tj. Transcrypt, Radmor i Consortia. Na dowód możliwości przejścia z systemu analogowego na system cyfrowy Odwołujący złożył fragment Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na dostawę radiotelefonów wraz z akcesoriami dla Komendy Wojewódzkiej Policji w Gdańsku.

6

Zamawiający oświadczył, iż z 13 500 radiotelefonów, których używa, ponad 6 000 jest wyposażonych w skramblery analogowe firmy Transcrypt, a pozostałe około 7 500 nie jest wyposażonych w urządzenia maskujące korespondencję głosową. Podkreślił, iż w chwili zakupu posiadanych przez niego radiotelefonów ze skramblerami na rynku nie funkcjonowały jeszcze skramblery cyfrowe. Oświadczył, iż nie zdecydował się na wydzielenie skramblerów do osobnej części postępowania, bowiem obawiał się zarzutu nieuzasadnionego dzielenia zamówienia na części. Podkreślił, iż postawienie spornego wymogu wynika z racjonalnego wykorzystania posiadanych urządzeń oraz ograniczeń finansowych. Dodatkowo podniósł, iż nie był uprawniony do przeprowadzenia postępowania na zakup skramblerów w trybie zamówienia z wolnej ręki, bowiem zgodnie z jego wiedzą, istnieje co najmniej dwóch wykonawców, którzy mogą złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu, co wyklucza zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Na dowód powyższego złożył wydruk z korespondencji elektronicznej z przedstawicielem firmy ALTRAN. Dodatkowo oświadczył, że z dużym prawdopodobieństwem można stwierdzić, iż sporny wymóg Specyfikacji spełnia tylko sprzęt firmy Transcrypt, jednak ze względu na szybki postęp technologiczny nie ma co do tego pewności. Wskazał również na inne okoliczności powodujące konieczność określenia przedmiotu zamówienia w sposób dokonany w Specyfikacji tj. na planowaną przez Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji budowę ogólnokrajowego systemu cyfrowego, wobec którego zbędne będzie używanie zarówno skramblerów analogowych, jak i cyfrowych.

Analizując dokumentację postępowania Izba dokonała następujących ustaleń:

Izba postanowiła nie dopuścić jako przestępującego do postępowania odwoławczego Radmor S.A. z uwagi na zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu po terminie określonym ustawą Pzp. Uczestnikami postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu stają się wykonawcy, którzy mają interes prawny w tym, aby protest został rozstrzygnięty na korzyść jednej ze stron i którzy przystąpili do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu w terminie trzech dni od dnia otrzymania wezwania Zamawiającego (art. 181 ust. 4 pkt 1 ustawy Pzp). Wyjątkiem od powyższej zasady jest przystąpienie do protestu dotyczącego treści ogłoszenia, a w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego także postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tym przypadku ustawodawca przewidział inny termin - wykonawcy mogą zgłosić przystąpienie do upływu maksymalnego terminu na wnoszenie protestu, o którym mowa w art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, a nie w terminie trzech dni od dnia otrzymania wezwania. Wobec zamieszczenia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 18 listopada 2008 r., maksymalny termin na zgłoszenie przystąpienia mijał w dniu 2 grudnia 2008 r. (zgodnie

7

z art. 180 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp w przedmiotowym postępowaniu termin na złożenie protestu na treść Specyfikacji wynosi 14 dni).

Izba ustaliła, iż w pkt 2.8 *Moduł szyfrujący (skrambler)* Załącznika nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, L.p. 1 Zamawiający zawarł następujące wymaganie: „Urządzenie musi działać w radiotelefonie pracującym w trybie łączności konwencjonalnej z modulacją F3E umożliwiające współpracę z radiotelefonem wyposażonym w skrambler typu Transcript 460 (użytkowany obecnie w Straży Granicznej). Skrambler cyfrowy musi umożliwiać pracę na przynajmniej jednym z zaprogramowanych kodów ze skramblerem typu Transcript 460”.

Jednocześnie w pkt IV *Opis przedmiotu zamówienia* ppkt 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający wskazał, że w przypadku, gdy w opisie przedmiotu zamówienia użyto oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta, konkretny produkt lub wskazano znaki towarowe, patenty lub pochodzenie urządzeń, Zamawiający dopuszcza zastosowanie produktów równoważnych spełniających kryteria równoważności określone w Opisie przedmiotu zamówienia. Konsekwentnie, w pkt VIII *Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie muszą dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu*, ppkt 5 Specyfikacji Zamawiający wymagał, aby w przypadku zaoferowania przez wykonawcę produktów równoważnych opisywanym przez Zamawiającego, wykonawca przedstawił w swojej ofercie dokładny opis oferowanych produktów, z którego wynikać będzie zachowanie warunków równoważności.

W tym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest niezasadne i jako takie nie podlega uwzględnieniu.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do wniesienia środków ochrony prawnej.

Analizując dokumentację postępowania, złożone przez strony dowody oraz oświadczenia stron Izba stwierdziła, iż Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z określonym w art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Wskazana w pkt 2.8 L.p. 1 Załącznika nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nazwa producenta sprzętu nie odnosi się do urządzeń stanowiących przedmiot zamówienia. Określenie Transcript 460 dotyczy sprzętu posiadanego i używanego obecnie przez Zamawiającego. Zamawiający dopuścił też, zgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, rozwiązania równoważne (pkt. IV, ppkt 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia). Stanu faktycznego przedmiotowej sprawy nie sposób oceniać w oderwaniu od konkretnej sytuacji

8

Zamawiającego. Izba dała wiarę oświadczeniu Zamawiającego, iż w chwili obecnej używa 13 500 radiotelefonów, z których ponad 6 000 jest wyposażonych w skramblery analogowe firmy Transkrypt (pozostałe nie są wyposażone w urządzenia maskujące korespondencję głosową), bowiem jest logiczne, jasne i spójne. Biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia oraz cel, któremu ma służyć, Izba za uprawnione i uzasadnione potrzebami

Zamawiającego uznała wymaganie, aby sprzęt stanowiący przedmiot zamówienia współpracował ze sprzętem obecnie używanym przez Zamawiającego. Takie uprawnienie Zamawiającemu przyznał sam Odwołujący na rozprawie wskazując, iż jeżeli w istocie Zamawiający użytkuje sprzęt opisany w Specyfikacji, to ma prawo wymagać, aby nowy sprzęt współpracował z obecnie posiadanym.

Zakaz utrudniania uczciwej konkurencji przez opis przedmiotu zamówienia zawarty w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nie odpowiadających jego potrzebom. Zawiera on jedynie nakaz, aby dopuścić konkurencję między wykonawcami będącymi w stanie spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Ustawodawca dał zamawiającym możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący ich indywidualne interesy. Prawem i jednocześnie obowiązkiem każdego zamawiającego jest racjonalna ocena własnych potrzeb i opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z nimi. Wobec powyższego, za nieuprawnione Izba uznała działanie Odwołującego polegające na próbie wywarcia wpływu na treść opisu przedmiotu zamówienia przez żądanie, aby Zamawiający zrezygnował z korzystania z analogowej technologii maskowania korespondencji głosowej i wymienił cały posiadany sprzęt z tego powodu, iż „wychodzi z użycia” i jest wycofywana przez inne państwa europejskie. Argument ten nie może stanowić podstawy do zmiany treści Specyfikacji w sposób żądany przez Odwołującego. To Zamawiający wie najlepiej jaki sprzęt, w jakiej ilości i w jakim stanie posiada, zna również własne możliwości i potrzeby w zakresie zakupu nowego sprzętu. Jak stwierdził Zamawiający, nie jest on w stanie z uwagi na brak środków finansowych wymienić całego sprzętu, który posiada na nowy, w ilości zapewniającej realizację potrzeb. W związku z tym konieczne jest, aby sprzęt posiadany współpracował z nowo zakupionym. Podkreślić należy, że na rozprawie Odwołujący uznał prawo Zamawiającego do określenia przedmiotu zamówienia w sposób dokonany w Specyfikacji.

W sytuacji uniemożliwienia Zamawiającemu postawienia spornego wymogu Zamawiający mógłby jedynie zrezygnować z zakupu nowych urządzeń i ograniczyć możliwość maskowania korespondencji głosowej tylko do skramblerów analogowych w ilości, którą obecnie dysponuje lub zrezygnować z używania wciąż sprawnych urządzeń i zakupić nowe dla wszystkich pracowników, którzy z racji swoich obowiązków powinni być wyposażeni w tego typu sprzęt. Jednakże w przypadku wyboru drugiego ze wskazanych

9

powyżej rozwiązań, Zamawiający w sytuacji potrzeby zakupu choćby niewielkiej liczby skramblerów musiałby za każdym razem wymieniać cały posiadany sprzęt. Tylko w taki sposób pozostawiłby wszystkim wykonawcom (producentom i dystrybutorom tego typu sprzętu) możliwość ubiegania się o zamówienie ryzykując jednak możliwość postawienia Zamawiającemu przez odpowiednie organy zarzutu niegospodarnego wydatkowania środków publicznych. Wymiana wszystkich posiadanych urządzeń na nowe jest nieuzasadniona również w świetle planowanej przez Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji budowy ogólnokrajowego systemu cyfrowego. Z uwagi na prawo Zamawiającego do samodzielnego określania przedmiotu zamówienia w zależności od własnych potrzeb i uwarunkowań, Izba za niemający znaczenia dla przedmiotowej sprawy uznała złożony przez Odwołującego na rozprawie fragment Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia stworzony przez Komendę Główną Policji w Gdańsku. Za fakt nieistotny Izba uznała również ocenę przez Zamawiającego jakości posiadanych urządzeń, zawartą w złożonym przez Odwołującego fragmencie „Sprawozdania z testów „modułów maskujących korespondencję radiową Daxon” przeprowadzonych przez Śląski Oddział Straży Granicznej pod nadzorem Komendy Głównej Straży Granicznej”, skoro pozostają one wciąż w użyciu Zamawiającego i jak stwierdził Zamawiający, obecnie nie ma możliwości wymiany wszystkich urządzeń na nowe.

Odwołujący postawił tezę, iż jedynym sprzętem, który spełnia sporne wymaganie jest sprzęt firmy Transcrypt. Twierdzenie to nie zostało jednak przez Odwołującego udowodnione, a to Odwołujący, zgodnie z art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) jest zobowiązany do wskazywania dowodów na poparcie faktów, z których wywodzi skutki prawne. Jednakże nawet jeśli ww. twierdzenie jest prawdziwe, nie ma to znaczenia dla przedmiotowej sprawy. W ocenie Izby, nawet w sytuacji, gdy jedynym sprzętem współpracującym z urządzeniami używanymi przez Zamawiającego jest sprzęt firmy Transcrypt, to bezpodstawne jest powoływanie się na

naruszenie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji przez ograniczenie podmiotom dostępu do ubiegania się o udzielenie zamówienia, jeżeli jest co najmniej dwóch wykonawców, którzy są w stanie zaoferować urządzenia spełniające wymogi wskazane przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Powyższy pogląd jest zbieżny ze stanowiskiem reprezentowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, uprzednio Zespołów Arbitrów oraz sądów powszechnych.

Z całą mocą należy podkreślić, iż w przypadku dostaw wykonawcą nazwać należy nie tylko producentów sprzętu, ale również jego dystrybutorów. Możliwa i prawnie dopuszczalna jest sytuacja, w której ofertę w tym samym postępowaniu złoży producent danego sprzętu i jego dystrybutorzy. Zdarza się również, iż zakupienie danego typu urządzeń możliwe jest wyłącznie przez ich dystrybutorów. Z uwagi na powyższe Izba nie przychyliła się

10

do stanowiska zaprezentowanego przez Odwołującego na rozprawie, iż nawet w sytuacji istnienia konkurencji dystrybutorów nie można mówić o zachowaniu uczciwej konkurencji. Stanowisko to jest niezgodne z linią orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych. Z uwagi na wyjątkową sytuację Zamawiającego, który wykazał potrzebę zakupu sprzętu umożliwiającego współpracę z urządzeniami obecnie użytkowanymi oraz na specyfikę przedmiotu zamówienia Izba uznała, iż możliwość zaoferowania przedmiotu zamówienia przez dwóch wykonawców (np. dwóch dystrybutorów sprzętu) świadczy o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji. Należy podkreślić, iż fakt, że wymagania zostały określone w sposób, który nie pozwala wziąć udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym na danym rynku nie przesądza o tym, że doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący stawiając ww. tezę, iż jedynym sprzętem spełniającym sporny wymóg Zamawiającego jest sprzęt firmy Transcrypt stwierdził jednocześnie, iż jedynym dystrybutorem na Polskę sprzętu tej firmy, a co za tym idzie, jedynym wykonawcą, który jest w stanie złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest MAW TELEKOM SRP Sp. z o.o., na dowód czego złożył wydruk ze strony internetowej ww. spółki, gdzie stwierdzono, iż „jako wyłączny na terenie naszego kraju dystrybutor firmy Transcrypt” oferuje ona skramblery analogowe i cyfrowe. W ocenie Izby, informacja ta nie może stanowić dowodu w niniejszej sprawie, jako że jest skierowana do nie oznaczonej liczby osób, nie wykazano również, że podane informacje są aktualne. Odwołujący nie przedstawił innego dowodu na poparcie swoich twierdzeń. Z kolei Zamawiający złożył na rozprawie wydruk z korespondencji elektronicznej z przedstawicielem firmy ALTRAN, który stwierdził, iż firma ta może dostarczyć Zamawiającemu skramblery firmy Transcrypt. Izba nie znalazła podstaw do podważenia prawdziwości ww. oświadczenia. Podkreślić należy, iż zostało ono złożone po konsultacjach z przedstawicielem Transcrypt (co wynika z treści korespondencji). Powodu do podważania ww. oświadczenia nie stanowi fakt, iż złożone zostało ono w formie elektronicznej, bowiem ten tryb porozumiewania się jest zwyczajowo przyjętą drogą w kontaktach biznesowych. Przyczyny takiej nie stanowi również fakt, iż przedstawiciel ALTRAN nie podał cen sprzętu, jest to bowiem nieistotne na obecnym etapie postępowania (firmy będą konkurowały ze sobą cenowo na etapie składania ofert). Wobec wskazanego powyżej oświadczenia przedstawiciela ALTRAN stwierdzić należy, iż istnieje co najmniej dwóch wykonawców będących w stanie dostarczyć sprzęt spełniający wymagania Zamawiającego. Nie ma przy tym znaczenia czy wszyscy wykonawcy złożą ofertę w przedmiotowym postępowaniu – fakt ten jest sprawą przyszłą i jest zależny wyłącznie od woli poszczególnych wykonawców. Ponadto warto podkreślić, iż nabywcą produktów firmy Transcrypt może być każdy, w tym Odwołujący. Nie ma bowiem przeszkód, aby Odwołujący zakupił skramblery w którejkolwiek z firm będących dystrybutorem sprzętu

11

i zaoferował je w przedmiotowym postępowaniu. Nie można przy tym w takim przypadku mówić o braku konkurencji cenowej, bowiem nawet jeśli z uwagi na zakup skramblerów u dystrybutora ich cena będzie w ofercie Odwołującego wyższa od ceny podanej przez dystrybutora, to istnieje możliwość jej obniżenia dla pozostałego sprzętu stanowiącego przedmiot zamówienia w części I (m.in. radiotelefony, laptopy, stacje bazowe).

Na rozprawie Odwołujący wywiódł także, iż wobec uzasadnionego wymogu

zapewnienia współpracy nowego sprzętu z urządzeniami używanymi przez Zamawiającego oraz z uwagi na istnienie na polskim rynku jednego, zdaniem Odwołującego, jego dystrybutora, Zamawiający powinien przeprowadzić postępowanie na skramblery w innym trybie lub wydzielić je do osobnej części postępowania. W ocenie Izby, wobec posiadania przez Zamawiającego wiedzy o istnieniu co najmniej dwóch dystrybutorów sprzętu stanowiącego przedmiot zamówienia, Zamawiający nie był uprawniony do udzielenia zamówienia na skramblery w trybie zamówienia z wolnej ręki, nie spełniał bowiem przesłanek, których zamknięty katalog został określony w art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga przy tym fakt, iż Odwołujący nie postawił w proteście zarzutu niewłaściwego wyboru trybu bądź niewłaściwego podziału zamówienia na części. Nie wnosił również o modyfikację Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przez wydzielenie skramblerów do osobnej części postępowania.

Mając na uwadze, iż nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Odwołującego.

12

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy Pzp na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

13