



Warszawa, dnia 6 kwietnia 2023 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

Krajowa Izba Odwoławcza

ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Odwołujący:

Coverttech sp. z o.o.

ul. Trakt Lubelski 275T/10, 04-667 Warszawa

KRS: 0000551198, REGON: 361194668

reprezentowany przez:

r. pr. Dariusza Ziemińskiego, r. pr. Żaklinę Ossowską, r. pr. Ewelinę Toborek

Kancelaria Radcy Prawnego Dariusz Ziemiński & Partnerzy

tel. 664118801, e-mail: dziembinski@kzp.net.pl

Zamawiający:

Komenda Stołeczna Policji

ul. Nowolipie 2, 00-150 Warszawa

tel. 47 72386 08

mail: zamowienia@ksp.policja.gov.pl

Dokumentacja postępowania dostępna pod adresem:

<https://platformazakupowa.pl/transakcja/739935>

ODWOŁANIE

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: „Dostawa urządzeń radiowych”, numer sprawy: **WZP-537/23/37/Ł** (dalej: „Postępowanie”).

I. Na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.; dalej: „**ustawa Pzp**”), w imieniu wykonawcy Coverttech sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, (dalej: „**Odwołujący**”), działając na podstawie załączonego pełnomocnictwa, wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Komendy Stołecznej w Warszawie (dalej: „**Zamawiający**”), podjętych w Postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp.

II. Przedmiotem zamówienia jest zawarcie umowy ramowej na dostawy urządzeń radiowych. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 6 do SWZ oraz Rozdział XIX SWZ. Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych w podziale na:

- a) Zadanie nr 1: Dostawa zestawów umożliwiającą zdalne sterowanie radiotelefonami;
- b) Zadanie nr 2: Dostawa stacji bazowych DMR SIMULCAST;
- c) Zadanie nr 3: Dostawa radiotelefonów.

Na oferowany asortyment Wykonawca udzieli:

- a) w Zadaniu nr 1 - minimum 24 mc-y gwarancji i 24 m-cy miesięcy rękojmi,
- b) w Zadaniach nr 2 i nr 3 – minimum 12 m-cy gwarancji i 12 m-cy rękojmi.

III. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 marca 2023 r. pod numerem 2023/S 061-181922.

IV. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w Postępowaniu o wartości zamówienia wyższej niż progi unijne, określone w przepisach Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/EU z dnia 26 lutego 2014r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94 z 28.03.2014 str. 14, z późn. zm.).

V. O okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął wiadomość w dniu 27 marca 2023 r., w którym zapoznał się z publikacją ogłoszenia i odnośną specyfikacją warunków zamówienia (dalej: „**SWZ**”). Niniejsze odwołanie jest wnoszone 6 kwietnia 2023 r., w związku z czym uznać należy, że Odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 515 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp.

VI. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone na następujące czynności Zamawiającego, podjęte oraz zaniechane w toku Postępowania, a polegające na:

1. sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, tj. w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,
2. sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 99 ust. 1 i 6 ustawy Pzp, tj. w sposób dopuszczający pozornie możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych,
3. nieuprawnione ograniczenie konkurencji w Postępowaniu.

VII. Przez opisane wyżej czynności i zaniechania Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów prawa wskazanych bezpośrednio poniżej oraz w uzasadnieniu odwołania:

1. **art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w związku z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp**, poprzez 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 radiotelefony będące przedmiotem zamówienia w ramach Zadania 3 miały możliwość bezprzewodowego programowania radiotelefonu drogą radiową (OTAP) przy użyciu wykorzystywanego przez Zamawiającego oprogramowania do zdalnego programowania Radio Management 2.0 firmy Motorola lub systemu w pełni kompatybilnego – gdy przez system kompatybilny należy rozumieć, system zdolny programować radiowo zarówno radiotelefony dostarczone w ramach zamówienia, jak i radiotelefony, które jest w stanie programować platforma zarządzająca Radio Management 2.0 firmy Motorola, z zachowaniem wszystkich jej funkcjonalności, a zwłaszcza posiadane w dużych ilościach przez Zamawiającego radiotelefony Motorola DP4801E oraz Motorola DM4601E,
2. **art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w związku z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp**, poprzez 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 dostawa radiotelefonów będących przedmiotem zamówienia w ramach Zadania 3 była zrealizowana oficjalnym kanałem dystrybucji producenta - w łańcuchu dostaw: Producent - Autoryzowany Dystrybutor Producenta na terytorium UE lub Autoryzowany Partner Producenta na terytorium UE, co w koniunkcji z wymogiem opisanym pkt VII 1.a) odwołania ograniczającym liczbę producentów, z urzędzeń których wykonawcy mogą korzystać - wyłącznie do Motoroli, stanowi wymóg ograniczający konkurencję,

3. **art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp w związku z art. 99 ust. 1, 4, 5 i 6 ustawy Pzp**, poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, że Zamawiający dopuszcza wyłącznie iluzoryczną równowagę, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest doprowadzenie do takiego opisu przedmiotu zamówienia, gdzie rzeczywiście możliwym będzie zaoferowanie rozwiązań równoważnych.

VIII. Wskazując na powyższe, na podstawie art. 516 ust. 1 pkt. 9 ustawy Pzp Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu, aby:

1. zmienił treść Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ (w tym Załącznika nr 4 „Wzór umowy”) w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
2. dokonaną zmianę Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SWZ, oraz zamieścił zmianę Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ na stronie internetowej, na której Ogłoszenie o zamówieniu lub SWZ jest udostępniana,
3. przesunął termin składania wniosków o niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, tj. na dzień 5 maja 2023 r.

IX. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. Jednak w sytuacji, gdy treść ogłoszenia o zamówieniu i postanowienia SWZ zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą Pzp, w szczególności, gdy Zamawiający opisał przedmiot zamówienia, Odwołując nie ma możliwości złożenia oferty spełniającej tak sformułowane wymogi, pomimo wyjątkowo bogatego doświadczenia wykonawcy oraz możliwości dostarczenia urzędzeń spełniających wymogi Zamawiającego. Kwestionowane w odwołaniu postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ pozbawiają Odwołującego możliwości

uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach. Powyższe niezbicie dowodzi istnienia interesu Odwołującego w dochodzeniu zmian zapisów SWZ w taki sposób, który umożliwi udział w postępowaniu wykonawcom zdolnym do jego realizacji, na zasadach uczciwej konkurencji.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to prawidłowo sformułowałby treść ogłoszenia o zamówieniu i postanowienia SWZ, w szczególności w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, faktycznie umożliwiając Odwołującemu złożenie oferty spełniającej wszystkie wymagania SWZ. Tym samym, dopiero gdy Zamawiający doprowadzi ogłoszenie o zamówieniu i SWZ do zgodności z przepisami ustawy, Odwołujący będzie mógł złożyć ofertę, a oferta ta będzie miała szansę zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez wskazane powyżej czynności Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia. Zamawiający doprowadził bowiem do sytuacji, w której Odwołujący nie jest w stanie złożyć prawidłowej oferty, spełniającej wymagania SWZ. W rezultacie Odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej, przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje nadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie Odwołującemu złożenie oferty i jej wyboru jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpływa na wynik Postępowania.

X. Odwołujący oświadcza, iż w dniu 6 kwietnia 2023 r. przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania, spełniając tym samym wymóg określony w przepisie art. 516 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp niniejsze odwołanie, jako wniesione w formie elektronicznej, zostało przekazane Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

UZASADNIENIE

I. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w związku z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, poprzez 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 radiotelefony będące przedmiotem zamówienia w ramach Zadania 3 miały możliwość bezprzewodowego programowania radiotelefonu drogą radiową (OTAP) przy użyciu wykorzystywanego przez Zamawiającego systemu zdalnego programowania Radio Management 2.0 firmy Motorola lub systemu w pełni kompatybilnego – gdy przez system kompatybilny należy rozumieć, system zdolny programować radiowo zarówno radiotelefony dostarczone w ramach zamówienia, jak i radiotelefony, które jest w stanie programować platforma programująca Radio Management 2.0 firmy Motorola, z zachowaniem wszystkich jej funkcjonalności, a zwłaszcza posiadane w dużych ilościach przez Zamawiającego radiotelefony Motorola DP4801E oraz Motorola DM4601E,

1. W rozdziale III SWZ Zamawiający określił przedmiot zamówienia w sposób następujący:

III. Opis przedmiotu zamówienia, termin wykonania zamówienia

1. Przedmiotem zamówienia jest zawarcie umowy ramowej na dostawy urządzeń radiowych, zwanych dalej „asortymentem”.
2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 6 do SWZ oraz Rozdział XIX SWZ.
3. Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych w podziale na:
 - a) **Zadanie nr 1: Dostawa zestawów umożliwiający zdalne sterowanie radiotelefonami;**
 - b) **Zadanie nr 2: Dostawa stacji bazowych DMR SIMULCAST;**
 - c) **Zadanie nr 3: Dostawa radiotelefonów.**
4. Na oferowany asortyment Wykonawca udzieli:
 - a) w Zadaniu nr 1 - minimum **24 mc-y gwarancji i 24 m-cy miesięcy rękojmi,**
 - b) w Zadaniach nr 2 i nr 3 – minimum **12 m-cy gwarancji i 12 m-cy rękojmi.**

2. W załączniku nr 6 do SWZ, w odniesieniu do Zadania nr 3 (Radiotelefon nasobny pracujący w standardzie DMR) Zamawiający sformułował następujący wymóg:

1.24. Możliwość bezprzewodowego programowania radiotelefonu drogą radiową (OTAP) przy użyciu wykorzystywanego przez Zamawiającego systemu zdalnego programowania Radio Management 2.0 firmy Motorola lub systemu w pełni kompatybilnego.

3. W związku z powyższym, zostało do Zamawiającego skierowane pytanie o następującej treści:

Pytanie nr 1

Zadanie nr 3 Pytanie nr 1. 1.24. Możliwość bezprzewodowego programowania radiotelefonu drogą radiową (OTAP) przy użyciu wykorzystywanego przez Zamawiającego systemu zdalnego programowania Radio Management 2.0 firmy Motorola lub systemu w pełni kompatybilnego. Czy powyższy zapis należy rozumieć w ten sposób, iż oferowany system OTAP musi obsługiwać radiotelefony Motorola, nawet jeżeli oferowany jest sprzęt innego producenta? Prosimy również o doprecyzowanie znaczenia użytego określenia "w pełni kompatybilnego"

4. W odpowiedzi na powyższe, w dniu 30 marca 2023 r. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

Odpowiedź na pytanie nr 1:

System w pełni kompatybilny, to w rozumieniu Zamawiającego, system zdolny programować radiowo zarówno radiotelefony dostarczone w ramach zamówienia, jak i radiotelefony, które jest w stanie programować platforma programująca Radio Management 2.0 firmy Motorola, z zachowaniem wszystkich jej funkcjonalności, a zwłaszcza posiadane w dużych ilościach przez Zamawiającego radiotelefony Motorola DP4801E oraz Motorola DM4601E. Zamiarem i w interesie Zamawiającego jest integracja nowo zakupionych radiotelefonów z wdrożoną i używaną u niego na szeroką skalę platformą programującą OTAP Radio Management firmy Motorola.

5. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 1506/22) dla stwierdzenia naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 Prawa zamówień publicznych niezbędne jest zbadanie i ocena co najmniej kilku okoliczności związanych z danym zamówieniem, w szczególności takich jak kształt rynku, którego zamówienie dotyczy oraz skutki ograniczenia konkurencji dla ilości potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o uzyskanie zamówienia, i z drugiej strony waga potrzeb zamawiającego, których realizacji takie ograniczenie służy. Przywołany wyżej fragment opisu przedmiotu zamówienia narusza wymienione w treści zarzutu przepisy ustawy Pzp, przy uwzględnieniu aspektów wskazanych w ww. wyroku KIO, z następujących przyczyn.

6. W pierwszej kolejności wskazać należy, że radiotelefony, stanowiące przedmiot zamówienia określony w Zadaniu nr 3, są specjalistycznym sprzętem przeznaczonym dla służb mundurowych – a zatem dla ograniczonego kręgu odbiorców. Krąg wykonawców realizujących

tego typu zamówienia jest bardzo wąski. Na rynku nie tylko polskim, ale także światowym istnieją 3 producenci podobnej klasy urządzeń, (spełniających wymagania techniczne wymienione w SWZ) tj:

- Motorola,
- Excera
- Hytera.

Każdy z ww. producentów oferuje urządzenia w pełni odpowiadające przedmiotowi zamówienia. Niemniej przy tak skonstruowanym opisie przedmiotu zamówienia, z uwagi na przywołany wyżej zapis, możliwe jest zaoferowanie wyłącznie radiotelefonów Motorola, co w sposób nieuprawniony eliminuje urządzenia pozostałych producentów, pomimo tego, że ich jakość i właściwości odpowiadają tym, jakimi charakteryzują się produkty Motoroli.

7. Taki sposób opisu przedmiotu zamówienia (a dokładniej – wymagań dotyczących zdolności programowania radiowo nie tylko radiotelefonów dostarczonych w ramach zamówienia, ale także radiotelefonów, które jest w stanie programować platforma programująca Radio Management 2.0 firmy Motorola), jest na gruncie art. 99 ust. 4 ustawy Pzp dopuszczalny **tylko wtedy, gdy nie wiąże się to z potencjalnym ryzykiem doprowadzenia do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów i jest uzasadnione przedmiotem zamówienia, co nie ma miejsca w tym przypadku.**

W przedmiotowym stanie faktycznym ww. zapis całkowicie eliminuje możliwość zaoferowania innych produktów niż Motoroli, wyklucza wykonawców zdolnych do należytej realizacji zamówienia i nie wynika z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. **Takie dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpłynie na mniejszą liczbę złożonych w postępowaniu ofert oraz spowoduje oferowanie przez wykonawców produktów tylko i wyłącznie jednego producenta. W efekcie prowadzi to do powstania ułomnego rynku kreowanego przez Zamawiającego, na którym rzeczywistą konkurencję zastępuje quasi - konkurencja między dostawcami produktów tego samego producenta – w tym przypadku Motoroli.**

8. Zamawiający wymóg: „1.24. *Możliwość bezprzewodowego programowania radiotelefonu drogą radiową (OTAP) przy użyciu wykorzystywanego przez Zamawiającego systemu zdalnego programowania Radio Management 2.0 firmy Motorola lub systemu w pełni*

*kompatybilnego” doprecyzował w odpowiedzi na pytanie w następujący sposób: „System w pełni kompatybilny, to w rozumieniu Zamawiającego, **system zdolny programować radiowo zarówno radiotelefony dostarczone w ramach zamówienia, jak i radiotelefony, które jest w stanie programować platforma programująca Radio Management 2.0 firmy Motorola, z zachowaniem wszystkich jej funkcjonalności, a zwłaszcza posiadane w dużych ilościach przez Zamawiającego radiotelefony Motorola DP4801E oraz Motorola DM4601E”.***

Odpowiedź Zamawiającego na ww. pytanie sugeruje, jakoby istniała możliwość zaoferowania radiotelefonów innego producenta niż Motorola, jeśli oprogramowanie będzie zdolne obsługiwać radiowo urządzenia Motoroli. **W praktyce każdy profesjonalny uczestnik rynku jak i Zamawiający wie, że to jest całkowicie niemożliwe, ponieważ rozwiązania Motoroli w zakresie jaki kwestionuje Odwołujący nie są oparte na żadnych normach ani przepisach i dostęp do nich ma wyłącznie Motorola.** Na tej samej zresztą zasadzie rzeczony oprogramowanie Motorola nie jest w stanie obsłużyć radiotelefonów innych producentów. To jest unikalny sposób w jaki urządzenia tego producenta są programowane – niedostępny innym podmiotom. To nie jest taki sam produkt jak np. serwery, routery czy komputery, gdzie występuje wielu producentów i można znaleźć gotowe rozwiązania software’owe pozwalające na zarządzanie urządzeniami różnych producentów, lecz jest to produkt ściśle powiązany wyłącznie z urządzeniami Motoroli. Radiotelefony zgodne ze standardem DMR współpracują ze sobą w warstwie komunikacji radiowej, wymagają jednakże odpowiedniego wstępnego zaprogramowania parametrów pracy. Jednak architektura wewnętrzna takich urządzeń, jako że nie jest przedmiotem unormowania, jest realizowana przez każdego producenta na swój sposób. Stąd brak kompatybilności między takimi urządzeniami na poziomie sposobu w jaki dane (np. częstotliwości pracy, ustawienia kanałów itd.) są zapisywane i odczytywane przez oprogramowanie do strojenia i zapisywania parametrów w tych urządzeniach. Producenci wymyślają własne sposoby na realizację tych czynności, co w konsekwencji oznacza że chronią je jako swoją własność przemysłową, nierzadko w formie patentów i nie udostępniają na zewnątrz.

9. Powyższe stanowi typowy przykład uzależnienia od dostawcy (angl. vendor lock-in) – a zatem „*sytuacja, w której klient jest uzależniony od produktów dostawcy do tego stopnia, że nie może zmienić dostawcy bez poniesienia kosztów zmiany. W przypadku oprogramowania termin ten odnosi się do niemożności wymiany komponentu oprogramowania na inny z powodu ich*

niekompatybilności. Dostawcy oprogramowania tworzą często różne architektury, interfejsy systemów, które uniemożliwiają łatwą migrację. (...) Może się zdarzyć, że niekompatybilność komponentów jest celowym zamierzeniem dostawcy, który z uzależnienia nabywcy czerpie korzyści (...). Jednym ze sposobów na uniknięcie uzależnienia od dostawcy jest korzystanie z produktów opartych na otwartych standardach¹”. Wobec powyższego radiotelefony Motoroli będą mogły być sterowane radiowo wyłącznie przez oprogramowanie Motoroli – tak samo wygląda sytuacja z pozostałymi producentami. Nie jest to jednak cecha czy właściwość, która uzasadniałaby ograniczenie konkurencji do tego jednego producenta.

10. Odwołujący wskazuje, że kwestionowany wymóg Zamawiającego nie jest niezbędny do prawidłowego funkcjonowania ani też programowania posiadanych przez niego radiotelefonów – pozwala jedynie na programowanie urządzenia zdalnie zamiast poprzez podłączenie go kablem do komputera. Zamawiający jest również w posiadaniu innego oprogramowania, które pozwala mu na programowanie posiadanych radiotelefonów Motorola (nazywanego Motorola CPS 2.0). Pozostali dwaj producenci są w stanie dostarczyć radiotelefony z oprogramowaniem, które pozwala na ich radiowe programowanie (OTAP) (tj. oferowanych radiotelefonów innych niż Motorola). To nie oznacza, że Zamawiający zostanie pozbawiony możliwości radiowego programowania posiadanych już przez siebie radiotelefonów Motorola, za pomocą posiadanego oprogramowania. Nie jest natomiast możliwa sytuacja aby dostarczyć radiotelefony oraz oprogramowanie pozostałych dwóch producentów (Hytera, Excera), które to oprogramowanie będzie kompatybilne z radiotelefonem Motorola (z powodu praw autorskich protokołów komunikacji), ale też nie ma racjonalnego powodu, aby takie oczekiwanie Zamawiający formułował.

11. Jeżeli Zamawiającemu zostaną dostarczone radiotelefony Hytera lub Excera, to Zamawiający powinien zażądać dostawy odpowiedniego oprogramowania realizującego pożądaną funkcję OTAP. Otrzyma wtedy odpowiednie oprogramowanie do zdalnego programowania tych urządzeń. W taki właśnie sposób opisują przedmiot zamówienia na radiotelefony inne komendy, tytułem przykładu wskazać można:

- Zamówienie Komendy Wojewódzkiej w Krakowie na „Dostawę radiotelefonów oraz akumulatorów do radiotelefonów”, nr postępowania ZP.3.2023, gdzie zamawiający

¹ https://pl.wikipedia.org/wiki/Uzale%C5%BCnienie_od_dostawcy

wymaga w pkt. 2.2. opisu przedmiotu zamówienia

„Zamawiający dysponuje osprzętem i oprogramowaniem umożliwiającym programowanie radiotelefonów DMR DP4... (Motorola) – CPS 2.0 wersja 2.21.61.0. W przypadku oferowania innych radiotelefonów Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia osprzętu i oprogramowania umożliwiającego programowanie dostarczonych radiotelefonów oraz zapewni niezbędny instruktaż w tym zakresie. Zamawiający dopuszcza instruktaż w formie on-line, bądź spotkania w siedzibie Zamawiającego w ustalonym przez strony terminie (mieszczącym się w terminie realizacji umowy).

Przywołany powyżej opis przedmiotu zamówienia Komendy Wojewódzkiej Policji w Krakowie, nie ogranicza konkurencji, a jednocześnie zabezpiecza uzasadnione interesy zamawiającego.

12. Jednocześnie wskazać należy, że Zamawiający będzie mógł nadal używać oprogramowania Motorola do zdalnego programowania posiadanych radiotelefonów Motorola. Jeśli Zamawiający zakupi radiotelefony Motoroli w przyszłości to również obsłuży je posiadany już oprogramowaniem, a jeżeli następnie Zamawiający zakupi radiotelefony Hytera lub Excera będzie mógł je zdalnie programować za pomocą oprogramowania dedykowanego tym radiotelefonom (które pozyskać może choćby w przedmiotowym zamówieniu). Oczywistym jest, że żadne z ww. oprogramowań nie obsłuży urządzeń innego producenta bo to nie jest objęte normą i producenci bronią w tym zakresie swojej wyłączności.

13. Podkreślić należy, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 1 opublikowanej 30 marca 2023 r. wskazuje, że posiada **w dużych ilościach radiotelefony Motorola DP4801E oraz Motorola DM4601E**. Z powyższego w żaden sposób nie wynika, aby Zamawiający nie posiadał radiotelefonów innych producentów. Fakt „posiadania w dużej ilości” określonych radiotelefonów w żaden sposób nie uzasadnia ograniczenia konkurencji w aktualnym oraz przyszłych zamówieniach wyłącznie do jednego producenta. Stałoby to w oczywistej sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych, w tym z zasadą zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasadą proporcjonalności.

14. Zamawiający zobowiązany jest wydatkować środki publiczne w sposób racjonalny, gospodarny i zmierzający do wyłonienia wykonawcy zdolnego do zaspokojenia uzasadnionych w sposób obiektywny potrzeb Zamawiającego, nie narażając finansów publicznych na uszczerbek.

W tym miejscu wskazać należy, że analiza rynku wskazuje, że oferty na urządzenia Motoroli w sposób zdecydowany przewyższają swoją wartością ceny urządzeń pozostałych producentów. Z powyższego wynika, że zapewnienie monopolu na urządzenia Motoroli nie pozostanie bez wpływu na koszty tego typu zamówień.

15. Odwołujący wskazuje, że pierwszoplanową funkcją unijnego prawa zamówień publicznych jest ochrona konkurencji. W unijnych dyrektywach podkreśla się wyraźnie, że udzielanie zamówień publicznych musi być zgodne z zasadami traktatowymi, tworzącymi fundamenty UE, w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Zasady te są również wyraźnie afirmowane przez polskiego ustawodawcę w treści art. 16 pkt 1-3. Wobec powyższego ograniczenie konkurencji do jednego producenta (co będzie miało drastyczne konsekwencje w przyszłych zamówieniach i zapewni temu producentowi całkowity monopol) wyłącznie z takiej przyczyny, aby zapewnić Zamawiającemu możliwość radiowego programowania posiadanej przez niego części radiotelefonów Motorola, w sytuacji, gdy może on dokonywać tego programowania posiadanymi przez siebie urządzeniami stoi w ewidentnej sprzeczności z zasadą konkurencyjności, równego traktowania wykonawców przejrzystości i proporcjonalności. Dobro jakie uzyska Zamawiający w zestawieniu z tym, że chcąc je pozyskać całkowicie eliminuje konkurencyjność w zakresie dostawy radiotelefonów co przecież nie pozostaje bez wpływu na cenę ofert – nie znajduje uzasadnienia na gruncie ustawy Pzp oraz zasad wyrażonych w Dyrektywach UE.

16. Ważną okolicznością dla oceny kwestionowanego wymogu jest też to, że 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 ETSI TS 102 361 oraz ETSI EN 300 113. Radiotelefony do współpracy pomiędzy sobą w zakresie objętych wspomnianą w SWZ normą, 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. Wymóg konieczności obsługi dostarczanych urządzeń przez oprogramowanie konkretnego producenta, którego to (oprogramowania) sposób pracy (protokół komunikacyjny) nie jest objęte wspomnianą wyżej normą a stanowi właśnie owo „udoskonalenie” powoduje, że wyeliminowano z możliwości składania ofert produkty inne niż Motorola, pomimo że spełniają w całości specyfikację techniczną zawartą w SWZ i są zgodne z pożądaną normą podstawową.

Podkreślenia wymaga fakt, iż wspomniane oprogramowanie będące w posiadaniu Zamawiającego nie jest mu niezbędne do programowania radiotelefonów, jest ono bowiem dodatkowym pakietem ponad podstawowe oprogramowanie o nazwie CPS 2.0 firmy Motorola. Zamawiający ponadto dotąd radził sobie bez oprogramowania Radio Management przez ostatnie ponad 30 lat, od kiedy użytkuje sprzęt producenta Motorola. Wspomniane oprogramowanie jest nowe, zostało wypuszczone na rynek w 2021 roku i stanowi jedynie dodatek, pewnego rodzaju ułatwienie (dla wydziału zajmującego się programowaniem sprzętu) pozwalające na zdalne programowanie radiotelefonów, ale wyłącznie producenta Motorola. Odwołujący jest w stanie zaoferować swoje oprogramowanie do realizacji funkcji OTAP, jednak z uwagi na brak standardów w tym zakresie, będzie ono obsługiwało wyłącznie produkty oferowane przez Odwołującego. Zamawiający będzie mógł dalej używać posiadanego oprogramowania do obsługi swojej floty radiotelefonów producenta Motorola, natomiast w przypadku zakupu sprzętu innego producenta będzie mógł zrobić to samo przy pomocy innego pakietu oprogramowania. Opisana praktyka Zamawiającego to typowy, na własne życzenie, vendor lock-in.

17. Zamawiający, być może z powodu wygody użytkowania, godzi się na zakup dużo droższego sprzętu, co z racjonalizowaniem wydatków nie ma wiele wspólnego, i dodatkowo na zakup sprzętu, który po upływie gwarancji lub bez podpisania płatnej umowy serwisowej z producentem, nie będzie możliwy do „upgrade-u” oprogramowania układowego w przypadku pojawienia się nowych wersji, ponieważ tak działa sprzęt Motorola. To rodzi konieczność w zasadzie ciągłego opłacania producenta przez cały okres eksploatacji, który wynosi w polskiej Policji nawet 15 lat.

18. Nie twierdzi Odwołujący, że produkty Motorola są złe lub wadliwe. To jest bardzo dobry sprzęt, ale bardzo drogi, wymagający i o zamkniętej strukturze. Istnieje jeszcze co najmniej 2 producentów sprzętu porównywalnej jakości, który jest jednak dużo efektywniejszy ekonomicznie, a pewne dodatki do wyrobów Motorola nie są warte w ocenie Odwołującego aż

takich nieracjonalnych wydatków środków publicznych. Warto podkreślić, że ostatecznym celem i przeznaczeniem radiotelefonów jest ich użytkowanie do łączności głosowej przez funkcjonariuszy wykonujących obowiązki służbowe. Żądane oprogramowanie jest wykorzystywane wyłącznie przez osoby, które te radiotelefony dla funkcjonariuszy przygotowują do pracy. Procedura zamówień publicznych ma na celu ochronę konkurencji, a ochrona konkurencji ma na celu racjonalizację wydatkowania publicznych środków.

19. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia dokonał wyeliminowania z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy chcieliby zaoferować sprzęt innych producentów niż Motorola, pomimo tego, że radiotelefony innych producentów spełniają wymagania SWZ oraz Zamawiający nie ma realnej potrzeby zawężania kręgu wykonawców wyłącznie do tych, którzy oferują tylko urządzenia Motoroli. Zamawiający, wydając środki publiczne, dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezapewniający żadnej konkurencyjności.

Akceptacja ww. wymogu Zamawiającego doprowadzi do monopolu Motoroli w zamówieniach na radiotelefony dla Komendy Stołecznej Policji w Warszawie i całkowicie zamknie rynek na radiotelefony pozostałych dwóch producentów, w tym, a także w przyszłych, zamówieniach.

20. Z uwagi na wskazane okoliczności, Odwołujący żąda wprowadzenia następujących zmian:

W załączniku nr 6 do SWZ, Zadanie 3, pkt 1.24

zamiast:

„1.24. Możliwość bezprzewodowego programowania radiotelefonu drogą radiową (OTAP) przy użyciu wykorzystywanego przez Zamawiającego systemu zdalnego programowania Radio Management 2.0 firmy Motorola lub systemu w pełni kompatybilnego”.

Odwołujący wnosi o nadanie ww. zapisowi następującego brzmienia:

„Możliwość bezprzewodowego programowania radiotelefonu drogą radiową (OTAP)”

lub alternatywnie

„Zamawiający dysponuje osprzętem i oprogramowaniem umożliwiającym programowanie radiotelefonów Motorola W przypadku oferowania innych radiotelefonów Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia osprzętu i oprogramowania umożliwiającego programowanie dostarczonych radiotelefonów oraz zapewni niezbędny instruktaż w tym zakresie. Zamawiający dopuszcza instruktaż w formie on-line, bądź spotkania w siedzibie Zamawiającego w ustalonym przez strony terminie”.

II. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w związku z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, poprzez 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 dostawa radiotelefonów będących przedmiotem zamówienia w ramach Zadania 3 była zrealizowana oficjalnym kanałem dystrybucji producenta - w łańcuchu dostaw: Producent - Autoryzowany Dystrybutor Producenta na terytorium UE lub Autoryzowany Partner Producenta na terytorium UE, co w koniunkcji z wymogiem z pkt VII 1.a) odwołania ograniczającym liczbę producentów, z rządzeń których wykonawcy mogą korzystać - wyłącznie do Motoroli, stanowi wymóg ograniczający konkurencję,

21. Zamawiający sformułował w załączniku nr 6 następujący wymóg:

5. Warunki dostawy:

Dostawa radiotelefonów powinna być zrealizowana oficjalnym kanałem dystrybucji producenta na Polskę- w łańcuchu dostaw: Producent - Autoryzowany Dystrybutor na Polskę lub Autoryzowany Partner na Polskę.

22. W związku z powyższym zostało zadane Zamawiającemu pytanie o następującej treści:

Takie wymaganie stoi w sprzeczności z zasadą wyrażoną w z art. 16 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710). Zamawiający nie może stosować praktyk, które mogłyby ograniczać konkurencję. Jeżeli zaoferowany zostanie produkt konkretnego producenta, to nie ma znaczenia jakim kanałem dystrybucji zostanie dostarczony. Sprzęt będzie pochodził z tej samej fabryki, a jego droga do Zamawiającego nie ma żadnego znaczenia. Zwracamy się zatem z prośbą o wykreślenie w/w punktów z SWZ.

23. W dniu 30 marca 2023 r. Zamawiający zmodyfikował ww. zapis w następujący sposób:

Odpowiedź na pytanie nr 2:

Zamawiający informuje, że wykreśla z postanowień Załącznika nr 6 do SWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawartych w punktach 5 (Warunki Dostawy) oraz 6 (Wymagania Serwisowe) wyrazy „na Polskę”. Wymienione punkty otrzymują brzmienie:

„5. Dostawa radiotelefonów powinna być zrealizowana oficjalnym kanałem dystrybucji producenta -w łańcuchu dostaw: Producent -Autoryzowany Dystrybutor Producenta na terytorium UE lub Autoryzowany Partner Producenta na terytorium UE.

24. Wskazany wyżej wymóg w kontekście zarzutu opisanego w pkt I odwołania stanowi naruszenie wymienionych w treści zarzutu przepisów ustawy Pzp. W zasadniczej części argumentacja podniesiona w pkt I odwołania odnosi się także do przedmiotowego zarzutu.

25. W pierwszej kolejności Odwołujący zwraca uwagę, że ww. wymóg Zamawiający sformułował wyłącznie w zakresie Zadania nr 3. Jeżeli chodzi o Zadanie nr 1 oraz 2 Zamawiający nie stawia wymogu, aby dostawa zestawów umożliwiających zdalne sterowanie radiotelefonami oraz stacji bazowych DMR SIMULCAST były realizowane oficjalnymi kanałami dystrybucji producenta w łańcuchu dostaw: Producent – Autoryzowany Dystrybutor Producenta na terytorium UE lub Autoryzowanego Partnera Producenta na terytorium UE. Zatem wszelkie tłumaczenia Zamawiającego odnośnie konieczności takiego zapisu z jakichkolwiek powodów nie będą wiarygodne, skoro żąda ich wyłącznie w stosunku do jednego rodzaju sprzętu, o którym wie, iż system dystrybucji jest bardzo duży z uwagi na wielkość prowadzonej działalności przez preferowanego producenta Motorola. Nie istnieją na rynku żadne „podróbki” sprzętu radiokomunikacyjnego żadnego z producentów z uwagi na stosunkowo mały rynek, stopień skomplikowania produkcji i ograniczony krąg użytkowników. Istnieje za to sieć powiązanych z producentem Dystrybutorów i Partnerów, którzy dzielą między sobą rynki na których działają pod auspicjami producenta. Fakt, że producent w taki sposób dzieli swoje rejony dystrybucji, aby chronić działających na nim swoich partnerów, poprzez np. odmowę dostawy innym podmiotom lub oferowanie im produktów w nieatrakcyjnych cenach nie może być przedmiotem troski Zamawiającego. Przedmiotem tej troski winno być jedynie to, aby sprzęt który otrzyma być oryginalny, zgodny z prawem oraz spełniający niedyskryminacyjne warunki zawarte w SWZ. Zamawiający nie określa też w jaki sposób miałyby weryfikować ów „łańcuch dostaw”. Jest to o tyle interesujące, iż weryfikacji takiej może dokonać jedynie producent, z którym w takim wypadku Zamawiający musiałby pozostać w kontakcie.

26. W tym miejscu warto przywołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (2436/14) zgodnie z którym:

„Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie opisu zawartego w Załączniku 5a do SIWZ, Opis Przedmiotu Zamówienia, pkt 1.1. Wymagania ogólne stanowiącego, iż całość dostarczonego sprzętu i oprogramowania musi pochodzić z autoryzowanego kanału sprzedaży producenta. Literalna wykładnia spornego postanowienia OPZ nie potwierdza zarzutu podniesionego przez Odwołującego. Zamawiający wskazał wyłącznie, że wszystkie elementy dostarczonego sprzętu i oprogramowania muszą pochodzić z autoryzowanego kanału sprzedaży producenta. Zamawiający nie posłużył się stwierdzeniem "jednego" producenta; nie wprowadził również innych zapisów, które mogłyby wskazywać, że oczekuje od wykonawców, aby całość dostarczonego sprzętu i oprogramowania pochodził od jednego producenta. Zamawiający wyłącznie oczekuje, iż każdy z elementów oprogramowania i sprzętu będzie pochodził z autoryzowanego kanału sprzedaży producenta, nie ograniczając liczby producentów, z których wykonawcy mogą korzystać. W konsekwencji Izba uznała, że brak jest w powyższym zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.”

Wobec powyższego *a contrario* uznać należy, że sformułowanie wymogu, aby sprzęt pochodził z oficjalnego kanału sprzedaży producenta - w łańcuchu dostaw: Producent - Autoryzowany Dystrybutor Producenta na terytorium UE lub Autoryzowany Partner Producenta na terytorium UE, w sytuacji gdy Zamawiający wymusza dostawę sprzętu konkretnego producenta innymi zapisami SWZ – stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp.

27. Powyższy wymóg stanowi poważne ograniczenie konkurencji i uzależnia udział wykonawcy w postępowaniu od dobrej bądź złej woli autoryzowanych dystrybutorów Motoroli na terytorium UE lub autoryzowanych partnerów Motoroli na terytorium UE. Oczywistym jest, że Motorola kontroluje oficjalne kanały sprzedaży na terytorium UE i ma możliwość decydowania o tym, kto może skorzystać z jej oficjalnych kanałów sprzedaży na terenie UE a kto nie. Reasumując, kwestionowany zapis w znaczny sposób ogranicza uczciwą konkurencję, gdyż w praktyce polega to na tym, iż to producent (Motorola) bądź jego przedstawiciel decyduje o tym, któremu wykonawcy taką deklarację wystawi, a któremu nie. Tymczasem, w przypadku zmiany ww. zapisu, możliwy byłby zakup radiotelefonów w sposób legalny, inny niż oficjalny kanał dostawy producenta na terenie UE. Nie znajduje uzasadnienia także ograniczenie wyłącznie do UE.

28. Zamawiający w projektowanych postanowieniach umowy w § 3 ust. 1 lit. g wymaga:

1. Wykonawca gwarantuje, że dostarczany w ramach umów wykonawczych asortyment będzie:

(...)

g) posiadał cechy/atributy jego legalności, tj. co najmniej oznaczenie producenta, modelu oraz numeru seryjnego

Jak wynika z powyższego, Zamawiający zagwarantował sobie ww. regulacją, by dostarczony sprzęt posiadał cechy legalności. Zatem formułowanie w opz dodatkowego wymogu w zakresie dostawy oficjalnym kanałem dystrybucji producenta producenta - w łańcuchu dostaw: Producent - Autoryzowany Dystrybutor Producenta na terytorium UE lub Autoryzowany Partner Producenta na terytorium UE, w sytuacji, gdy:

- Zamawiający ogranicza przedmiot zamówienia wyłącznie do jednego producenta, a nadto
- ogranicza krąg wykonawców do tych, którzy z woli podmiotów trzecich dostaną zgodę na dostawę oficjalnym kanałem dystrybucji producenta - w łańcuchu dostaw: Producent - Autoryzowany Dystrybutor Producenta na terytorium UE lub Autoryzowany Partner Producenta na terytorium UE wyłącznie na terenie UE, nie znajduje uzasadnienia, a jednocześnie ogranicza konkurencję.

29. Z uwagi na wskazane okoliczności, Odwołujący żąda wprowadzenia następujących zmian:

a) w załączniku nr 6 do SWZ, Zadanie 3, pkt 5 zmieniony odpowiedzią na pytanie nr 2 opublikowaną 30 marca 2023 r.

zamiast:

„5. Dostawa radiotelefonów powinna być zrealizowana oficjalnym kanałem dystrybucji producenta -w łańcuchu dostaw: Producent -Autoryzowany Dystrybutor Producenta na terytorium UE lub Autoryzowany Partner Producenta na terytorium UE.

Odwołujący wnosi o nadanie ww. zapisowi następującego brzmienia:

„5. Wszystkie dostarczone radiotelefony muszą pochodzić od jednego producenta”. (analogicznie do przywołanego w treści niniejszego odwołania przetargu Komendy Wojewódzkiej w Krakowie)

lub alternatywnie:

„5. Dostawa radiotelefonów powinna być zrealizowana z legalnego źródła”.

b) w § 3 ust. 1 pkt e) projektowanych postanowień umowy

zamiast

„e) pochodził z legalnego kanału dystrybucyjnego na teren Unii Europejskiej”

Odwołujący wnosi o nadanie ww. zapisowi następującego brzmienia:

„e) pochodził z legalnego źródła”

III. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1, 2, 3 ustawy Pzp w związku z art. 99 ust. 1, 4, 5, 6 ustawy Pzp, poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, że Zamawiający dopuszcza wyłącznie iluzoryczną równoważność, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest doprowadzenie do takiego opisu przedmiotu zamówienia, gdzie rzeczywiście możliwym będzie zaoferowanie rozwiązań równoważnych.

30. Zamawiający w rozdziale III SWZ – opis przedmiotu zamówienia wskazuje:

6. Użyte przez Zamawiającego, w niniejszej dokumentacji:
 - znaki towarowe, patenty lub pochodzenie, źródła lub szczególny proces, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, o których mowa w art. 99 ust. 4 ustawy, oraz
 - normy, europejskie oceny techniczne, aprobaty, specyfikacje techniczne i systemy referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 4 ustawy- stanowią wyłącznie wzorzec jakościowy, funkcjonalny, techniczny, technologiczny lub estetyczny i we wszystkich przypadkach ich użycia dopuszcza się stosowanie materiałów, urządzeń, systemów technicznych i innych elementów równoważnych, zwanych dalej „rozwiązaniami równoważnymi”. Określone materiały, urządzenia, systemy techniczne i inne elementy opisu przy pomocy „sformułowań ograniczających” mogą być zastąpione rozwiązaniami równoważnymi o odpowiednio nie gorszych właściwościach technicznych, technologicznych, estetycznych oraz nie gorszych cechach jakościowych lub funkcjonalnych opisanych w niniejszej dokumentacji. Użycie „sformułowań ograniczających” nie ma na celu preferowania danego producenta lub jego produktu, lecz służy jedynie wskazaniu na rozwiązanie, które powinno posiadać właściwości oraz cechy nie gorsze od podanych w niniejszej dokumentacji. Zamawiający w przypadku ofert zawierających rozwiązania równoważne będzie je weryfikować pod względem spełniania wymogów poszczególnych pozycji wymagań zawartych w niniejszej dokumentacji. Wykonawca obowiązany jest udowodnić w ofercie równoważność oferowanych materiałów. Zamawiający nie uzna oferowanych rozwiązań za równoważne, jeśli będą o gorszych właściwościach lub cechach niż wskazane w niniejszej dokumentacji.

31. Następnie Zamawiający w załączniku nr 6 do SWZ w zakresie Zadania nr 3 – dostawa radiotelefonów skazuje konkretny przykładowy model urządzenia jakie oczekiwałby otrzymać:

4. Przykładowy model spełniający wymagania Zamawiającego:

Motorola DP4801e.

32. W związku z faktem wynikającym z uzasadnienia zarzutu nr I oraz II, z których jasno wynika, że Zamawiający ograniczył przedmiot zamówienia wyłącznie do jednego spośród trzech producentów oferujących urządzenia odpowiadające SWZ, wskazać należy, że dopuszczenie rozwiązań równoważnych w przedmiotowym postępowaniu należy uznać za pozorne i nieskuteczne. Tym samym nie został spełniony wymóg określony w art. 99 ust. 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym: Jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności. A zatem w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dopuszcza wyłącznie iluzoryczną równoważność, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest doprowadzenie do takiego opisu przedmiotu zamówienia, gdzie rzeczywiście możliwym będzie zaoferowanie rozwiązań równoważnych.

33. Zarzut jest ściśle związany z tymi, które zostały opisane w pkt I i II odwołania – tym samym uzasadnia wnioskowane w ramach ww. zarzutów zmiany SWZ.

34. Na koniec Odwołujący wskazuje w ślad za Krajową Izbą Odwoławczą (KIO/KD 32/16), że "(...) **sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z najistotniejszych czynności Zamawiającego poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która determinuje cały przebieg postępowania o udzielenie zamówienia i może wywrzeć wpływ na jego wynik.** Dlatego też Zamawiający winni dokonywać tej czynności z poszanowaniem wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady nakładającej obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ustawodawca stanął jednoznacznie na stanowisku, iż Zamawiający nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłby w wyżej wskazaną zasadę. **Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bowiem na mniejszą liczbę złożonych w postępowaniu ofert oraz może**

powodować oferowanie przez wykonawców produktów tylko i wyłącznie jednego producenta czy dystrybutora. W efekcie prowadzi to do powstania ułomnego rynku kreowanego przez Zamawiających, na którym rzeczywistą konkurencję zastępuje quasi - konkurencja między dostawcami tej samej technologii lub produktów tego samego producenta lub dystrybutora."

35. Należy także wskazać, za Krajową Izbą Odwoławczą (np. KIO 2130/21), że „Przepis art. 99 ust. 4 Prawa zamówień publicznych stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności 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. **Dla wykazania powyższego stanu rzeczy wystarczające jest uprawdopodobnienie możliwości wystąpienia zakłócenia uczciwej konkurencji, a nie jej udowodnienie. Już sama potencjalna możliwość wystąpienia sytuacji utrudnienia uczciwej konkurencji może uzasadniać stwierdzenie naruszenia ww. przepisu”.**

Mając na uwadze powyższe, wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości.

Z poważaniem,

r. pr. Dariusz Ziemiński

Załączniki:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości,
- 2) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
- 3) odpis z Krajowego Rejestru Sądowego,
- 4) pełnomocnictwo do wnoszenia środków ochrony prawnej wraz z dowodem opłaty skarbowej.