

Sygn. akt: KIO 2210/14

WYROK
z dnia 06 listopad 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **05 listopad 2014 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **23 października 2014 r.** przez wykonawcę **SRS POLSKA Sp. z o.o., ul. Jaškowa Dolina 75B, 80-286 Gdańsk** w postępowaniu prowadzonym przez **ENERGA-POLSKA S.A., ul. Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk**

przy udziale wykonawcy **Motorola Solutions Systems Polska Sp. z o.o., ul. Czerwone Maki 82, 30-392 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża SRS POLSKA Sp. z o.o., ul. Jaškowa Dolina 75B, 80-286 Gdańsk i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez SRS POLSKA Sp. z o.o., ul. Jaškowa Dolina 75B, 80-286 Gdańsk tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy **SRS POLSKA Sp. z o.o., ul. Jaškowa Dolina 75B, 80-286 Gdańsk** na rzecz **ENERGA-POLSKA S.A., ul. Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych trzydzieści zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowe prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawa i wdrożenie systemu TETRA” (nr postępowania: P1/AZL/00064/14), zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2014/S 196-347226 dnia 11.10.2014 r., przez ENERGA-POLSKA S.A., ul. Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk zwaną dalej: „Zamawiającym”. W dniu 13.10.2014 r. Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej: „SIWZ”.

W dniu 23.10.2014 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) SRS POLSKA Sp. z o.o., ul. Jaśkowa Dolina 75B, 80-286 Gdańsk zwana dalej: „SRS POLSKA Sp. z o.o.” albo „Odwołującym” wniosła odwołanie na postanowienia SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 23.10.2014 r. (e-mailem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: 1. art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”, poprzez wskazanie w treści SIWZ, iż dopuszcza on jedynie trójdrożny (potrójny) odbiór zbiorczy, a w konsekwencji opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję; 2. art. 30 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia poprzez dokładne wskazanie jego wymagań funkcjonalnych; 3. art. 30 ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wskazania w treści SIWZ, iż dopuszcza on rozwiązania równoważne do opisanego przez niego trójdrożnego odbioru zbiorczego, a w konsekwencji prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający realizacji zasady uczciwej konkurencji, poprzez uniemożliwienie złożenia zgodnej z SIWZ oferty wykonawcom dysponującym rozwiązaniami równoważnymi w stosunku do ww. technologii. Odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności sporządzenia i opublikowania SIWZ, z uwzględnieniem wprowadzenia w niej możliwości stosowania przez wykonawców rozwiązań równoważnych w stosunku do opisanego odbioru trójdrożnego, w tym odbioru dwudrożnego z equalizerem. Zamawiający prowadzi postępowanie w sprawie udzielenia w trybie przetargu nieograniczonego zamówienia sektorowego w zakresie dostawy i wdrożenia systemu TETRA. Jak wynika z treści SIWZ (Załącznik nr 1 do SIWZ - OPZ pkt 8.8.2), Zamawiający sformułował w stosunku do wykonawców wymóg, aby ich

oferta obejmowała zapewnienie trójdrożnego odbioru zbiorczego. Zamawiający zaniechał wskazania, iż dopuszcza zastosowanie równoważnych w stosunku do ww. systemu rozwiązań technologicznych, pomimo iż w świetle aktualnej wiedzy technicznej takowe istnieją. Stawiając ww. wymogi, Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Pozbawił bowiem możliwości złożenia poprawnej i zgodnej z SIWZ oferty tych wykonawców, którzy zaoferowaliby równoważne, tzn. równowartościowe pod względem funkcjonalnym dla użytkownika, rozwiązania kwestii odbioru. Działanie to stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp. Odwołujący zarzucił ponadto, iż sposób opisu zamówienia nie czyni zadość wymogom sypizowanym w art. 30 ust. 6 Pzp, tj. nie obejmuje szczegółowego wskazania wymagań funkcjonalnych, a w to miejsce wprowadza arbitralnie wybrany system odbioru. Niezależnie od powyższego Zamawiający w treści SIWZ pominął obligatoryjne, wynikające z art. 30 ust.4 Pzp zastrzeżenie, iż dopuszcza on co do zasady składanie rozwiązań równoważnych, co z jednej strony stanowi istotny formalny brak SIWZ, z drugiej zaś jednoznacznie negatywnie rzutuje na nakaz prowadzenia postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, sypizowany w art. 7 ust. 2 Pzp. Odwołujący wskazał, iż znane jest co najmniej jedno rozwiązanie równoważne w stosunku do trójdrożnego odbioru zbiorczego. Stanowi je tzw. dwudrożny odbiór zbiorczy z equalizerem. Przedmiotowe rozwiązanie cechuje się zyskiem (zwiększeniem siły) sygnału na poziomie porównywalnym do zysku sygnału z systemu trójdrożnego odbioru zbiorczego. Układ dwudrożny z equalizerem w odróżnieniu od standardowego układu dwudrożnego wyposażony jest w dedykowany equalizer, który rozdziela odebrany sygnał na nieskorelowane podstrumienie. Odwraca on zniekształcenia nadawanego sygnału i w efektywnie podnosi jego zysk, co zobrazowano w poniższej tabeli:

Odbiór zbiorczy (dwu- lub trójdrożny)	Equalizer
a. redukuje głębokość i czas zaników sygnału b. poprawia jakość odbioru na granicach zasięgów i w budynkach c. wzrastają koszty instalacji antenowych: -100% dla odbioru podwójnego - 200% dla odbioru potrójnego d. zysk sygnału (typowy): - dla odbioru podwójnego: 3-4 dB - dla odbioru potrójnego: 5-6 dB	a. przeciwdziała efektom dyspersji czasu b. rozdziela sygnał na podstrumienie, i odwraca jego zniekształcenia c. poprawia jakość sygnału w mobilnym i głośnym otoczeniu d. brak kosztów dodatkowych e. zysk sygnału (typowy): 2-3 dB
Podwójny odbiór zbiorczy + equalizer	-> zysk sygnału (typowy) 5-7 dB

Kluczowa z punktu widzenia funkcjonalności systemu cecha odbioru trójdrożnego, tj. opisany powyżej zysk sygnału, może w konsekwencji zostać w tym samym stopniu osiągnięta przy zastosowaniu opisanego wyżej rozwiązania. Implementacja wskazanego

rozwiązania jest korzystniejsza z ekonomicznego punktu widzenia. Wymaga ona instalacji jedynie dwóch, w miejsce trzech torów antenowych; tj. konstrukcji wsporczych, dróg kablowych, fidera i pozostałego osprzętu. W odniesieniu do przedmiotowego postępowania przekłada się to na niższe koszty w każdej ze 125 wymaganych lokalizacji. System dwudrożny z equalizerem jest z powodzeniem wykorzystywany przez wielu użytkowników z sektora energetycznego o podobnej do Zamawiającego działalności wykorzystujących wielkoobszarowe sieci TETRA w Europie, takich jak np: Energie AG (Austria), Kelag (Austria), RWE Power (Niemcy), czy w aktualnie realizowanym projekcie dla operatora Creos (Luksemburg). Spełnia on wszystkie wymogi, zarówno w zakresie funkcjonalności, niezawodności jak i zasięgów pokrycia sygnałem radiowym. Należy nadmienić, że systemy dwudrożne z equalizerem stosowane są również z powodzeniem w sieciach GSM obsługujących dużą liczbę mobilnych abonentów w zróżnicowanym środowisku (w tym w gęsto zabudowanych centrach miast). W oparciu o powyższe uwarunkowania technologiczne, odwołujący podnosi, iż ograniczenie się przez zamawiającego do technologii odbioru trójdrożnego narusza uczciwą konkurencję i czyni zasadnym zarzut obrazy art. 29 ust. 2 Pzp. Nie odbierając bowiem zamawiającemu prawa do sięgania do wybranych, choćby najdroższych, standardów jakościowych, wskazania wymaga, iż uprawnienie to nie ma charakteru nieograniczonego i podlega weryfikacji z punktu widzenia zachowania norm Pzp, w tym nakazu zachowania uczciwej konkurencji. Rozpatrując legalność takiego stanowiska zamawiającego należy każdorazowo rozstrzygnąć, czy przedmiotowe żądanie (w niniejszym postępowaniu - odbiór trójdrożny) znajduje uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego i w sposób nieuzasadniony nie ograniczy konkurencji w postępowaniu (wyrok KIO z dnia 27.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2197/13). Mając na uwadze opisane powyżej uwarunkowania technologiczne, stwierdzić należy, iż brak jest zasadnych, uwarunkowanych przeznaczeniem systemu potrzeb i przesłanek, które sprawiałby, iż system trójdrożny stanowi jedyne rozwiązanie, jakie zamawiający może zaakceptować. Przeciwnie - pod względem funkcjonalnym znajduje on równoważny ekwiwalent. Opisany powyżej system dwudrożny spełnia w związku z powyższym kryteria, pozwalające na uznanie go za równoważny w stosunku do rozwiązania wymaganego przez zamawiającego. Przytoczyć w tym kontekście należy treść wyroku o sygn. akt: KIO/UZP 1216/08: *„Przepis art. 30 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych dotyczy bowiem nie możliwości żądania dopuszczenia innego produktu niż wskazany przez zamawiającego, ale oznacza to, że oferent może zaproponować produkty niemające certyfikatu zgodności z normą, aprobatą czy specyfikacją techniczną zastosowaną przez zamawiającego, o ile wyroby te spełniają wymagania będące przedmiotem oceny tej zgodności”*. Odwołujący wskazał ponadto, iż Zamawiający w trakcie dialogu technicznego poprzedzającego ogłoszenie SIWZ planował zastosowanie odbioru zbiorczego w układzie 1Tx/2Rx (OPZ z dnia 18.07.2014 i OPZ z dnia

13.08.2014), co dawało możliwość zaoferowania optymalnych ekonomicznie rozwiązań przez szerszą grupę wykonawców. Możliwości te ustały wobec treści aktualnej SIWZ, w której wymagany jest trójdrożny system odbiorczy. W powyższym kontekście stwierdzić należy, iż zamawiający nie uczynił zadość wymogom art. 30 ust. 6 Pzp, czyli nie opisał przedmiotu zamówienia odwołując się w szczegółowy sposób do jego cech funkcjonalnych. Wskazał on bowiem na określoną technologię odbioru, abstrahując przy tym od jej dystynktywnego atrybutu, jakim pozostaje zysk sygnału. Tym samym nie można upatrywać w zastosowanej przez zamawiającego metodologii opisu uzasadnienia dla rezygnacji z wyraźnego zastrzeżenia, iż dopuszcza on rozwiązanie równoważne. Podkreślić w tym miejscu należy, iż wskazane przez zamawiającego rozwiązanie wybrane zostało w sposób arbitralny, wbrew wymaganiom uzgadnianym w trakcie dialogu technicznego. Uprawnienie wynikające z art. 30 ust. 6 Pzp jest zaś normą szczególną, pozwalającą w wyjątkowych przypadkach odstąpić od opisu przedmiotu zamówienia poprzez odwołanie się do polskich lub międzynarodowych norm. Furtka ta nie może być wykorzystywana, aby w zakamuflowany sposób wyeliminować możliwość zaoferowania rozwiązań alternatywnych, równoważnościowych pod względem funkcjonalnym i konkurencyjnych z punktu widzenia ekonomicznego. Stypizowane w Pzp zakazy nieuzasadnionego faworyzowania konkretnych producentów, dostawców lub rozwiązań stanowią normy o charakterze *ius cogens*, a wszelkie próby ich obejścia skutkują bezwzględną nieważnością takich czynności, jak również wywodzonych z nich konsekwencji. Odwołujący stoi na stanowisku, iż wskazanie dopuszczalności rozwiązań równoważnych stanowi bezwzględny obowiązek zamawiającego i nie podlega on wyłączeniu poprzez opis przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 ust. 6 Pzp. Tym bardziej jednak przedmiotowy obowiązek wiąże zamawiającego wobec braku w treści SIWZ opisu przedmiotu zamówienia spełniającego wymogi sformułowane w przywołanej powyżej normie prawnej. Zarzut naruszenia art. 30 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp jest w zw. z powyższym konieczny i zasadny.

Zamawiający w dniu 24.10.2014 r. wezwał (umieszczając na stronie internetowej) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 27.10.2014 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Motorola Solutions Systems Polska Sp. z o.o., ul. Czerwone Maki 82, 30-392 Kraków zwana dalej: „*Motorola Solutions Systems Polska Sp. z o.o.*” albo „*Przystępującym*” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 04.11.2014 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu na posiedzeniu. Zamawiający ocenił odwołanie jako niezasadne z następujących przyczyn:

- 1) technologia odbioru trójdrożnego (system potrójnych anten) zapewnia większą niezawodność niż technologia odbioru dwudrożnego co jest niezbędne dla Zamawiającego przy zakresie terytorialnym systemu oraz przeznaczeniu dla obsługi elementów sieci elektroenergetycznych;
- 2) z uwagi na właściwości kanału radiowego przy systemie TETRA equalizer (korektor) nie wpłynie w sposób istotny na poprawę odbioru - nie są to technologie równoważne,
- 3) wskazane w piśmie Odwołującego, w tabeli umieszczonej w pkt. II, pojęcia „zyski sygnału” nie są adekwatne do wskazanego rozwiązania jako alternatywy dla odbioru trójdrożnego i nie znajdują jakiegokolwiek
- 4) uzasadnienia w literaturze przedmiotu, ani też nie zostały w jakikolwiek sposób udowodnione przez Odwołującego. Można wobec tego wnioskować że w zamieszczonej tam tabeli wskazano jedynie jego subiektywna (niczym nie poparta) ocenę 4) w SIWZ Zamawiający nie opisywał przedmiotu zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, co oznacza, że do Zamawiającego nie ma zastosowania norma z art. 30 ust. 4 Pzp wymagająca by w ww. warunkach zamawiający wskazywał, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym.

Odnośnie zarzutu nr 1 tj. naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp, poprzez wskazanie w treści SIWZ, iż Zamawiający dopuszcza jedynie trójdrożny (potrójny) odbiór zbiorczy, a w konsekwencji opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję - Zamawiający wnosi o jego nieuwzględnianie. W pierwszej kolejności należy wskazać, że opis Zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia na dostawę i wdrożenie systemu TETRA nie ma celu naruszania konkurencji, lecz zapewnienie wdrożenia systemu o parametrach niezbędnych dla bezpieczeństwa obsługi sieci elektroenergetycznych. Nadto, że każdy Zamawiający, jako gospodarz postępowania, ma prawo stawiać wymagania nawet wysokie, ale adekwatne do przedmiotu zamówienia. Przepis art. 29 ust. 2 Pzp wskazuje m.in. granicę, której zamawiający nie może przekroczyć stawiając te wymagania, tj. nie może zamawiający opisywać przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Przez to ostatnie pojęcie należy rozumieć opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (z wyjątkiem sytuacji dopuszczonych przez art. 29 ust. 3 Pzp) lub poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt. W orzecznictwie podkreśla się, że trudność spełnienia

wymogów technicznych przez wykonawcę (UZP/ZO/0-0602/00), czy też żądanie przez zamawiającego wyższej jakości wykonania niż standardowa nie przesądza o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, jeżeli jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego (KIO 236/08). W wyroku z dnia 11.01.2008 r., KIO/UZP 33/07, KIO wskazała, iż zamawiającemu wolno określić przedmiot w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem, że określenie przedmiotu nie spowoduje wyeliminowania konkurencji poprzez wskazanie na konkretne rozwiązanie techniczne, które oferuje tylko jeden dostawca. Ponadto ograniczenie konkurencji, w kontekście normy art. 29 ust. 2 Pzp, bada się na rynku właściwym, tj. rynku określonych dóbr i usług, jak również w określonym czasie (wyrok KIO z 09.01.2013 r., sygn. akt: KIO 2852/12). W świetle powyższego przedmiot zamówienia może zostać opisany w sposób na tyle rygorystyczny, że tylko nieliczni wykonawcy będą mogli sprostać wymaganiom zamawiającego. Zamawiający ma prawo do takiego opisu przedmiotu zamówienia, aby zapewnić realizację postawionego sobie celu, tzn. wyłonienia wykonawcy, który będzie w stanie należycie wykonać zamówienie. Wysokie wymagania dla wykonawców, jeśli tylko są racjonalne, nie mogą być uznane automatycznie za naruszające zasadę uczciwej konkurencji (wyrok KIO z dnia 20.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 2004/08, wyrok KIO z dnia 01.11.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 33/07). Fakt, że wymogi zostały przez zamawiającego określone w taki sposób, że wziąć udział w postępowaniu może tylko wąska grupa podmiotów, nie przesądza, że doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji (wyrok ZA z 7.03.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-207/07). Przekładając powyższe na przedmiotowe postępowanie Zamawiający ENERGIA-OPERATOR SA opisał przedmiot zamówienia, w zakresie w jakim dotyczy on odbioru sygnału systemu łączności TETRA, w sposób jednoznaczny wskazując w pkt 8.8.2. SIWZ by „Stacje bazowe zapewniały możliwość potrójnego odbioru zbiorczego”, rozumianego w ten sposób by umożliwił zainstalowanie trzech anten na stacji bazowej (tzw. system trójdrożny). Powyższe, wybrane przez Zamawiającego rozwiązanie, podyktowane zostało właśnie zdecydowanie lepszymi właściwościami w odbiorze sygnału w porównaniu do dostępnego na rynku rozwiązania dwuantenowego plus equalizera (korektora). O lepszych właściwościach rozwiązania trójdrożnego i jego lepszej przydatności do zakresu terytorialnego i rzeczowego zamówienia, Zamawiający powziął wiedzę w toku prowadzonego dialogu technicznego bezpośrednio od uczestników rynku przed wszczęciem niniejszego postępowania. Zdecydowana większość wykonawców biorących udział w dialogu potwierdziła możliwość przedstawienia ww. rozwiązania trójdrożnego, wskazując równocześnie, że aktualnie jest to rozwiązanie powszechnie stosowane u większości podmiotów wprowadzających system łączności TETRA. Na marginesie należy wskazać, że niektórzy wykonawcy uczestniczący w dialogu technicznym byli nawet w stanie zapewnić jeszcze lepsze parametry odbioru sygnału proponując system odbiorczy 6-cio lub nawet 8-io drożny (złożone odpowiednio z 6 i 8 anten

na każdej stacji bazowej). Na takie systemy zamawiający nie zdecydował, gdyż przekraczałyby one aktualnie zapotrzebowanie Zamawiającego. Zresztą sam Odwołujący w odwołaniu wskazuje w tabeli, że technologia systemu odbioru trójdrożnego jest lepsza niż dwudrożnego. Potwierdzenie wyższej jakości technicznej rozwiązania trójdrożnego zostało również wykazane w załączonej do niniejszego pisma opinii Politechniki Gdańskiej Wydział Elektroniki, Telekomunikacji i Informatyki pt. „*Analiza porównawcza techniki trójdrożnego odbioru zbiorczego oraz techniki dwudrożnego odbioru zbiorczego z korektorem (equalizer)*” autorstwa prof. dr hab. inż. Ryszarda Katulskiego, dr hab. inż. Jacka Stefańskiego oraz dr inż. Jarosława Sadowskiego (dalej jako „Opinia”). Opinia ta, opiera się na uznanej w świecie naukowym literaturze przedmiotu, a także na dokumentach standaryzacyjnych ETSI, dotyczących przedmiotowego systemu TETRA. Analizie porównawczej poddano dwie techniki realizacji odbioru zbiorczego stosowane po stronie stacji bazowej dla łącza w górę, tj. w kierunku od stacji ruchomej do stacji bazowej:

a) dwudrożny odbiór zbiorczy z zastosowaniem korektora (equalizer) - technika jaką byłby w stanie przedstawić Odwołujący.

b) trójdrożny odbiór zbiorczy - wymagany przez Zamawiającego

Dowód: Opinia Politechniki Gdańskiej Wydział Elektroniki, Telekomunikacji i Informatyki pt. „Analiza porównawcza techniki trójdrożnego odbioru zbiorczego oraz techniki dwudrożnego odbioru zbiorczego z korektorem (equalizer)”

Zdaniem autorów Opinii, przeprowadzona analiza dowiodła, że stosowanie korektora (equalizer) po stronie odbiornika stacji bazowej jest nieuzasadnione. W szczególności wykazano, że stosowanie korektora (equalizer) w planowanym do wykorzystania paśmie częstotliwości, przy możliwej do użycia puli kanałów radiowych, nie przyniesie zauważalnej poprawy jakości. Z Opinii wynika również, że przy rozwiązaniu trójdrożnym zdecydowanie większe jest prawdopodobieństwo odbioru sygnału użytecznego niebędącego w zaniku, co bezpośrednio przekłada się na wyższą jakość odbioru uzyskiwaną w tym rozwiązaniu. Zdaniem autorów opinii można stwierdzić, że technika trójdrożnego odbioru charakteryzuje się dużo wyższą jakością odbioru w porównaniu z dwudrożną z korektorem w tym systemie. Przekładając powyższe na wymagania SIWZ należy podkreślić, że wymóg przedstawienia rozwiązania trójdrożnego odbioru technicznego był zatem podyktowany zdecydowanie lepszymi parametrami odbioru sygnału. Zamawiający, wykonujący zadania Operatora Systemu Dystrybucyjnego, będąc odpowiedzialnym za dostarczanie energii elektrycznej do blisko 1/4 mieszkańców Polski, przyjął zatem w SIWZ bardziej efektywny system odbioru - pozwala on służbom naprawczym i ratowniczym Zamawiającego, mieć wielokrotnie większą gwarancję zapewnienia nieprzerwanej łączności (uzyskania lepszego odbioru) w projektowanym systemie TETRA. Stosowanie dwudrożnego odbioru zbiorczego z korektorem, który opisuje Odwołujący, wielokrotnie zmniejszyłoby szansę Zamawiającego

na zapewnienie nieprzerwanej łączności z terminalami. W tym kontekście Zamawiający był i dalej jest uprawniony wymagać takiego rozwiązania w zakresie odbioru sygnału, jaki jego zdaniem jest niezbędny do prowadzonej działalności. Odnosząc się zatem nawet wprost do przytoczonego w odwołaniu orzeczenia KIO (wyrok KIO z dnia 27.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2197/13), należy stwierdzić, że wybór systemu trójdrożnego znajduje uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego i nie ograniczy w sposób nieuzasadniony konkurencji w postępowaniu. Fakt, że jeden podmiot (tu Odwołujący) nie spełnia stawianego w zamówieniu wymogu technicznego nie powoduje, że naruszona została uczciwa konkurencja, tym bardziej, że jest co najmniej kilku wykonawców, którzy są w stanie spełnić te wymogi. A zatem zarzut Odwołującego, że opis przedmiotu zamówienia utrudnia uczciwą konkurencję jest bezzasadny.

Odnosząc zarzutu nr 2, tj. naruszenia art. 30 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia poprzez dokładne wskazanie jego wymagań funkcjonalnych - Zamawiający wnosi o jego nieuwzględnianie. Wskazując w SIWZ, w opisie przedmiotu zamówienia, w pkt. 8.8.2 wymóg o treści „*Stacje bazowe muszą zapewniać możliwość potrójnego odbioru zbiorczego*”, Zamawiający jednoznacznie i precyzyjnie wskazał, iż wymaga odbioru sygnału radiowego na 3 odbiornikach radiokomunikacyjnych wchodzących w skład stacji bazowej, połączonych ze sobą, ale odbierających za pośrednictwem 3 anten oddalonych od siebie na odpowiednią dla danego rozwiązania odległość. Zamawiający wskazał tym samym powszechnie znaną, uznaną i otwartą dla każdego producenta technologię, jednoznacznie i precyzyjnie definiując w ten sposób wymagania funkcjonalne. Będąc dostawcą systemów TETRA, Odwołujący zna problematykę odbioru wielodrogowego i zna jej zalety. W publikowanych przez siebie materiałach, Odwołujący sam przywołuje pojęcie odbioru zbiorczego. *Dowód: ulotka informacyjna autorstwa Odwołującego pn. „eXTRAS SOLO, Stacja bazowa TETRA” (źródło <http://www.srspolska.pl/dk/produker/sepura/SOLO.pdf>, dostęp 2014-11-04)*. Nie może być więc mowy o braku wiedzy Odwołującego w tym zakresie, gdyż zna on doskonale tą technologię i korzyści płynące ze stosowania odbioru wielodrogowego. Wskazane w piśmie Odwołującego, w tabeli umieszczonej w pkt. II, pojęcia „zyski sygnału” nie są adekwatne do wskazanego rozwiązania jako alternatywy dla odbioru trójdrożnego i nie znajdują jakiegokolwiek uzasadnienia w literaturze przedmiotu, ani też nie zostały w jakikolwiek sposób udowodnione przez Odwołującego. Można wobec tego wnioskować, że w zamieszczonej tam tabeli wskazano jedynie jego subiektywną, niczym nie popartą ocenę. W sporządzonej przez ekspertów Politechniki Gdańskiej Opinii, bazującej na uznanej w świecie naukowym literaturze wskazano, że w odniesieniu do uzyskiwanej jakości odbioru, przy zastosowaniu korektora (equalizer) w stacji bazowej systemu TETRA, można spodziewać się jedynie znikomej i nieistotnej poprawy jakości odbioru. Dodatkowo

wskazano, że techniki te nie są wobec siebie równoważne. Jak wskazano wyżej, Zamawiający określił w pkt 8.8.2. SIWZ by „*stacje bazowe zapewniały możliwość potrójnego odbioru zbiorczego*”. W toku dialogu technicznego żaden z biorących w nich udział wykonawców, poza Odwołującym, nie kwestionował takiego lub niemal tożsamego zapisu wskazującego wymaganą liczbę anten na stacji bazowej. Wykonawcy z dialogu nie zarzucali Zamawiającemu, że przedmiot zamówienia w omawianym zakresie jest niezrozumiały, nieczytelny lub abstrahuje do wymagań technicznych - wszyscy interesujący się łącznością TETRA wiedzą czym jest odbiór zbiorczy i jakie są różnice pomiędzy dwudrożnym, a trójdrożnym odbiorem. Można zatem stwierdzić, że wskazał cechy funkcjonalne tego odbioru zamieszczając informację o liczbie anten wymaganych do zainstalowania na stacji nie oczekując rozwiązań alternatywnych dla tego wymagania. Dodatkowo, w równoległe prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z art. 39 Pzp postępowaniu, Zamawiający jednoznacznie wskazał w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, gdzie precyzyjnie wskazano, że „*Zamawiający zakłada zastosowanie odbioru zbiorczego systemu realizowanego za pomocą trzech anten dookólnych*”. Oznacza to, że Odwołujący powziął tą jednoznaczną informację lub mógł się z nią bez przeszkód zapoznać w chwili publikacji tego postępowania na stronie internetowej Zamawiającego, tj. w dniu 29.09.2014r. Z tego względu Zamawiający - wbrew zarzutowi odwołania - nie naruszył art. 30 ust. 6 Pzp. Zamawiający zapisem SIWZ wymagającym trojdrożnego systemu zbiorczego nie faworyzuje konkretnych producentów lub dostawców, ale znając parametry danego systemu w porównaniu z innym systemem, był uprawniony wybrać jeden z nich. Skoro go wybrał, a równocześnie zostało wykazane wyżej nie jest to rozwiązanie „szyte” tylko pod jednego dostawcę systemu TETRA, tylko powszechnie stosowany system, to zarzut braku rozpisania w SIWZ cech funkcjonalnych trojdrożnego systemu zbiorczego jest chybiony. Odwołujący wydaje się sam sobie przeczyć przedmiotowym zarzutem, skoro z jednej strony mówi, że Zamawiający nie przedstawił (a więc nie są mu znane) cechy funkcjonalne potrójnego odbioru zbiorczego, a z drugiej strony próbuje wykazać, że proponowane przez niego rozwiązanie (podwójny odbiór z equalizerem) jest równe wymaganemu przez Zamawiającego, a zatem znane są również Odwołującemu standardy (cechy funkcjonalne) przedmiotu zamówienia.

Odnosnie zarzutu nr 3 tj. naruszenia art. 30 ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wskazania w treści SIWZ, iż dopuszcza on rozwiązania równoważne do opisanego przez niego trojdrożnego odbioru zbiorczego, a w konsekwencji prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający realizacji zasady uczciwej konkurencji, poprzez uniemożliwienie złożenia zgodnej z SIWZ oferty wykonawcom dysponującym rozwiązaniami równoważnymi w stosunku do ww. technologii - Zamawiający wnosi o jego nieuwzględnianie. Wskazał, że w SIWZ Zamawiający nie opisywał przedmiotu zamówienia za pomocą norm,

aprobata, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w ust. 1-3 Pzp, tj. np. za pomocą:

- 1) europejskich aprobata technicznych;
- 2) wspólnych specyfikacji technicznych;
- 3) norm międzynarodowych;
- 4) innych technicznych systemów odniesienia ustanowionych przez europejskie organy normalizacyjne

Do Zamawiającego nie ma zatem zastosowania norma z art. 30 ust.4 Pzp wymagająca by w ww. warunkach zamawiający wskazywał, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. Jedynie tytułem wyjaśnienia należy zauważyć, że regulacja art. 30 ust. 4 Pzp wynika z prawa europejskiego, na gruncie którego w przypadku harmonizacji wymogów odnoszących się do danego produktu na poziomie wspólnotowym przez przyjęcie dyrektywy, producent może dostosować się do jej wymogów bądź do wymogów normy europejskiej. Nie można zatem narzucić stosowania jedynie rozwiązań wynikających z norm europejskich, o ile wyrób jest zgodny z wymogami wynikającymi z odpowiednich dyrektyw i tym samym, jeśli wykonawca oferuje przedmiot zamówienia zgodny z takimi wymogami, a nie posiada certyfikatu zgodności, może za pomocą innych dowodów wykazać, że oferowany przedmiot jest zgodny z wymogami dyrektyw (tak m.in. KIO w postanowieniu z 27.08.2013 r., 1932/13). Skoro w niniejszej sprawie Zamawiający nie użył - w omawianym zakresie - norm, aprobata, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w art. 30 ust. 1-3 Pzp, to dyspozycja art. 30 ust. 4 Pzp nie znajduje zastosowania do przyjętej hipotezy normy, a w konsekwencji Zamawiający nie mógł jej naruszyć. Ponadto niezrozumiała jest próba powiązania przez Wykonawcę w odwołaniu powyższej normy (nieznajdującej zastosowania w sprawie) z art. 7 ust. 1 Pzp, wymagającym by Zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Próbuąc się jednak odnieść do drugiej części zarzutu (tej dot. naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp) Zamawiający wskazuje, że twierdzenia odwołania (lub treść zarzutu), że skarżący Wykonawca dysponuje rozwiązaniem co najmniej równoważnym w stosunku do wymaganej przez Zamawiającego technologii są nieudowodnione. Odwołujący w sposób głośłowny, niepoparty żadnymi wyliczeniami czy dowodami próbuje nieudolnie wykazać, że proponowane przez niego rozwiązanie jest technicznie równoważne lub nawet lepsze od wymaganego przez Zamawiającego. Przyjęte jednak przez Odwołującego (w uzasadnieniu odwołania) dane techniczne systemu dwudrożnego z equalizerem nie znalazły potwierdzenia w żadnym naukowym czy technicznym opracowaniu, a gdyby nawet znalazły, to Odwołujący ich nie przywołał na poparcie swoich argumentów. Zamawiający zatem w całości kwestionuje zawarte w odwołaniu „wyliczenia” lub poglądy Odwołującego na temat rzekomo lepszych właściwości prezentowanego przez

siebie systemu odbioru. Potwierdzeniem powyższego stanowiska Zamawiającego są również wnioski płynące z Opinii, zgodnie z którą „*techniki trojdrożnego odbioru zbiorczego oraz dwudrożnego odbioru zbiorczego z korektorem w stacjach bazowych systemu TETRA nie są rozwiązaniami równoważnymi w odniesieniu do uzyskiwanych jakości odbioru*”. Podnoszona przez Odwołującego argumentacja, jakoby implementacja wskazanego rozwiązania jest korzystniejsza z ekonomicznego punktu widzenia, gdyż wymaga instalacji jedynie dwóch, w miejsce trzech torów antenowych; tj. konstrukcji wsporczych, dróg kablowych, fidera i pozostałego osprzętu, a tym samym w odniesieniu do przedmiotowego postępowania przekłada się na niższe koszty w każdej ze 125 wymaganych lokalizacji, w ocenie Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia. Celem Zamawiającego jest budowa kompletnego systemu działającego sprawnie na całym obszarze jego działania. Zapewnienie wysokiej sprawności i dostępności sygnału radiowego przy zastosowaniu, proponowanego przez Odwołującego, gorszego rozwiązania, zmuszałoby Zamawiającego do instalacji dodatkowych stacji bazowych. W ocenie Zamawiającego, zysk ekonomiczny wynikający z zastosowania wskazanego przez Odwołującego rozwiązania byłby nieadekwatny do kosztów które musiałby Zamawiający ponieść. Koszt wybudowania i utrzymania tylko jednej dodatkowej stacji bazowej w 10 letnim okresie czasu wyniósłby od 500.000zł do 1.000.000zł, przy czym zasadniczymi, policzalnymi kosztami są:

- 1) zapewnienie w dogodnej lokalizacji wieży telekomunikacyjnej, poprzez
 - a) ok. 500.000 wykup lub dzierżawa gruntu, posadowienie wieży i jej należyte utrzymanie, lub
 - b) od. 240.000 - 300.000 dzierżawa miejsca na wieży u operatora telekomunikacyjnego
- 2) dostawa i instalacja stacji bazowej od 250.000 do 500.000. A zatem wskazywane przez Odwołującego argumenty dowodzące istnienia korzyści ekonomicznych ze stosowania wskazanego przez niego rozwiązania, są bezzasadne.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, tj. ogłoszenia o zamówieniu /2014/S 196-347226 dnia 11.10.2014 r./, postanowień SIWZ, w szczególności zał. nr 1 /OPZ/, formularzu ofertowego, odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami (w tym: Ulotka informacyjna SRS Polska Sp. z o.o. pn. „eXTRAS SOLO, Stacja bazowa TETRA” z wyjątkiem: Opinii Politechniki Gdańskiej Wydział Elektroniki, Telekomunikacji i Informatyki pt. „Analiza porównawcza techniki trojdrożnego odbioru zbiorczego oraz techniki dwudrożnego odbioru zbiorczego z korektorem (equalizer)”, pisma procesowego Odwołującego wraz z załącznikami (w tym: Pismo z 31.10.2014 r. Sepura Systems GmbH wraz z tłumaczeniem z wyjątkiem: Opinii Politechniki Poznańskiej Wydział Elektroniki i Telekomunikacji pt. „Opinia dotycząca metod likwidacji skutków wielodrogowości pogarszającej odbiór w systemie trunkingowym TETRA”) złożonego na posiedzeniu oraz pisma procesowego Przystępującego wraz z załącznikami (przykładowymi katalogami 4 - producentów wraz z tłumaczeniem, ogłoszenie o zamówieniu Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2014/S 147-263881 dnia 02.08.2014 r., jak i SIWZ /OPZ/ z postępowania ogłoszonego przez Centrum Projektów Informatycznych.

Izba nie uznała, jako dowód w sprawie wydruku z artykułu internetowego /3/24/09/ wraz z tłumaczeniem złożonego na rozprawie przez Przystępującego. W tym zakresie, uznając że jest on mało wiarygodnym źródłem informacji, którego bliższy kontekst jest niejasny, nadto pochodzi z sprzed 5 lat.

Odnosnie obu przedstawionych opinii, Izba przypomina za judykaturą, że mają one charakter opinii prywatnych, które jednakże nie mogą stanowić dowodu w sprawie wskazując, iż na podstawie art. 278 k.p.c opinią biegłego jest wyłącznie opinia sporządzona przez osobę wyznaczoną przez sąd (uzasadnienie wyroku SN z dnia 10 grudnia 1998 r., I CKN 922/97). Według judykatury, nie może być traktowana jako dowód w postępowaniu opinia biegłego (w tym również biegłego sądowego) sporządzona na polecenie strony i złożona do akt sądowych (za wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 22.01.2009 r., sygn. akt: X Ga 22/08). Izba w konsekwencji wskazuje, że uznaje obie złożone opinie w sprawie za opinie prywatną stanowiącą stanowisko strony, stanowi ona jedynie dowód tego, że osoba lub osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w niej pogląd.

Odnosnie wniosku Odwołującego o odroczenie rozprawy celem uprawdopodobnienia naruszenia uczciwej konkurencji przez Zamawiającego, z uwagi na powzięcie wiedzy o rzeczywistych powodach rezygnacji z rozwiązania dwudrożnego dopiero na rozprawie, Izba oddaliła niniejszy wniosek uznając jego bezzasadność. Rozprawa pokazała, że

Odwołujący de facto powyższy wniosek formułował w kontekście, jakoby braku wiedzy, że system TETRA dla Zamawiającego będzie funkcjonowała na kanale 25 kHz w zakresie częstotliwości przydzielonych przez UKE /od 415 do 430 MHz/, czyli w zakresie pasma wąskiego, a nie szerokiego. Udzielone w toku rozprawy przez Zamawiającego wyjaśnienia, ze wskazaniem na konkretne postanowienia SIWZ, a w konsekwencji następująca zmiana strategii procesowej przez Odwołującego, czyniły odroczenie niecelowym i prowadzącym do zbędnej zwłoki i potwierdziły, że wiedza Zamawiającego w tym zakresie była wyczerpująca.

W sprawie wniosku Odwołującego o powołanie dowodu z opinii biegłego z zakresu telekomunikacji specjalność radiokomunikacja na okoliczność tego, czy system trójdrożny i dwudrożny z korektorem (equalizerem) są równoważne w zakresie likwidacji skutków wielodrogowości pogarszającej odbiór w systemie trunkingowym TETRA, tudzież następnie na okoliczność tego, czy system trójdrożny i dwudrożny z korektorem (equalizerem) są równoważne w zakresie zapewnienia łączności w kanale o szerokości 25 kHz, Izba oddaliła niniejszy wniosek uznając jego bezprzedmiotowość. W tym zakresie, Izba uznała po analizie stanowisk stron, a w szczególności Odwołującego, że przedmiotem sporu nie była *de facto* wybrana przez Zamawiającego technologia, ale okoliczność tego rodzaju, czy Zamawiający przedstawił, czy też wykazał swoje uzasadnione potrzeby w ramach postanowień SIWZ, które uzasadniałyby preferowanie technologii trójdrożnej. Izba wzięła także pod uwagę wyrok KIO z dnia 01.09.2014 r., sygn. akt: KIO 1655/14, KIO 1657.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wzięły pod uwagę również stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych odwołań:

W zakresie odwołania, Izba przywołuje stan faktyczny przywołany w odwołaniu oraz wynikający z odpowiedzi na odwołanie przedstawiony przez Zamawiającego, w tym także przywołane postanowienia SIWZ, jak i z pisma procesowego Odwołującego oraz Przystępującego złożonych na posiedzeniu.

Izba w szczególności przywołuje postanowienia zał. nr 1 do SIWZ /OPZ/:

„2.1 Specyfikacja dotyczy wdrożenia sieci łączności trunkingowej w standardzie ETSI TETRA. Sieć przeznaczona będzie do realizacji usług na potrzeby służb ENERGA-OPERATOR:

2.1.1 Łączność głosowa radiotelefoniczna (simplex)

2.1.2 Telefonía mobilna (duplex)

2.1.3 Mobilna transmisja danych

2.1.4 Sterowanie elementami systemu SCADA

2.2 Wdrożenie systemu obejmuje zasięgiem teren działania ENERGA-OPERATOR, tj. około 75.000 km².

2.3 W ramach zamówienia Wykonawca wdroży kompleksową infrastrukturę sieci TETRA obejmującą:

2.3.1 stacje bazowe TETRA

2.3.2 węzły centralne sieci zapewniające redundancję funkcjonalną i geograficzną

2.3.3 terminale przewoźne i przenośne

2.3.4 radiomodemy przeznaczone do transmisji komunikatów SCADA

2.3.5 niezbędne oprogramowanie i licencje”. (Rozdz. 2 pkt 2.1 – 2.3 – str.3);

„Wdrażana do eksploatacji sieć TETRA musi zapewniać realizację funkcji opisanych w niniejszej specyfikacji, niezależnie od tego, czy zostały opisane w części dotyczącej infrastruktury czy terminali” (Rozdz. 2 pkt 2.6 – str.3);

„8.3 Projekt wykonawczy i projekt radiowy

8.3.1 Projekt wykonawczy powinien zawierać pełną, szczegółową informację techniczną o zakresie i sposobie realizacji Przedmiotu Umowy, w szczególności:

8.3.1.1 Plan radiowy, w skład którego wchodzi: (...)

b. Plan przypisania częstotliwości radiowych – przydział kanałów częstotliwościowych dla poszczególnych stacji bazowych, uwzględniający dostępne kanały PTPIRE dla spółek energetycznych oraz koordynację transgraniczną z krajami ościennymi. (...). (Rozdz. 8 pkt 8.3 – str.6);

„8.8 Stacje bazowe

8.8.1 Oferowane stacje bazowe muszą obsługiwać co najmniej 2 częstotliwości nośne.” (Rozdz. 8 pkt 8.8.1 – str. 7);

„8.8.7 Każda stacja bazowa musi być zdolna do autodiagnostyki i wykrycia awarii oraz zgłoszenia raportu o tej awarii do systemu zarządzania.

8.8.8 Każda stacja bazowa musi umożliwiać obsługę dwóch niezależnych dróg teletransmisyjnych za pośrednictwem dwóch niezależnych sprzętowo interfejsów. Przełączenie w przypadku awarii musi odbywać się automatycznie.

8.8.9 Stacje bazowe muszą obsługiwać tryb pracy bez połączenia z infrastrukturą centralną, zapewniając realizację połączeń w trybie trunkingu.” (Rozdz. 8 pkt 8.8.7 – 8.8.9);

„8.8.16 Stacje bazowe systemu TETRA muszą spełniać co najmniej następujące wymagania w zakresie parametrów radiowych:

- Minimalna czułość dynamiczna stacji bazowej (BS): -109 dBm (P/4-DQPSK) dla maksymalnego BER i MER zgodnego z paragrafem 6.6.2.2.1 ETSI EN 300 392-2 v.3.4.1
- moc wyjściowa BS na złączu antenowym: regulowana w zakresie 0 - 25W ERP
- współczynnik ochronny dla zakłóceń wspólnokanałowych (co-channel C/I): 19 dB
- współczynnik ochronny dla zakłóceń sąsiedniokanałowych (adjacent channel C/I): 50 dB

- *minimalny zysk anteny BS: 5dBd*
- *minimalny zysk odbioru zbiorczego BS (separacja pozioma anten min. 3m): 3dB*
- *tłumienie toru kablowego BS: max 3dB (...)*" (Rozdz. 8 pkt 8.8.16 – str. 8).

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:

1. art. 29 ust. 2 Pzp, poprzez wskazanie w treści SIWZ, iż Zamawiający dopuszcza jedynie trójdrożny (potrójny) odbiór zbiorczy, a w konsekwencji opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;
2. art. 30 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia poprzez dokładne wskazanie jego wymagań funkcjonalnych;
3. art. 30 ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wskazania w treści SIWZ, iż dopuszcza on rozwiązania równoważne do opisanego przez niego trójdrożnego odbioru zbiorczego, a w konsekwencji prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający realizacji zasady uczciwej konkurencji, poprzez uniemożliwienie złożenia zgodnej z SIWZ oferty wykonawcom dysponującym rozwiązaniami równoważnymi w stosunku do ww. technologii.

Oдноśnie zarzutu 1, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 Pzp, poprzez wskazanie w treści SIWZ, iż Zamawiający dopuszcza jedynie trójdrożny (potrójny) odbiór zbiorczy, a w konsekwencji opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, Izba uznała w/w zarzut za niepotwierdzony.

W ocenie Izby sposób dokonania przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia nie utrudnia uczciwej konkurencji.

Po pierwsze, dlatego, że podmiotem mogącym sprostać wymogowi zastosowania rozwiązania trójdrożnego nie jest tylko Przystępujący, ale także inni Wykonawcy, zarówno dystrybutorzy, jak i producenci. Odwołujący nie kwestionował tej okoliczności i nie polemizował z dowodami przedłożonymi w tym zakresie przez Przystępującego na rozprawie (przykładowe katalogami 4 - producentów wraz z tłumaczeniem złożone wraz pismem procesowym Przystępującego). Należy bowiem wskazać za orzecznictwem, że: "(...) *zasada wyrażona w przepisie art. 7 Pzp nie może być interpretowana w taki sposób, że wymaga dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem a wybór produktu, który należy zaoferować w ramach danego zamówienia, pozostawiony jest wykonawcom.*" (wyrok KIO z 22.03.2012 r., sygn. akt: KIO 471/12). Zaś: "*Obowiązek przestrzegania reguł określonych*

w art. 29 ust. 1 i 2 Pzp nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa określić przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego potrzeby i aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby społeczne". (wyrok KIO z 28.03.2014 r., sygn. akt: KIO 486/14).

Po drugie, argumentacja Odwołującego przedstawiona na rozprawie polegała na tym, że nie polemizował on de facto z zastosowaną technologią - trójdrożna, uważał jedynie że Zamawiający nie wykazał uzasadnionych potrzeb w postanowieniach SWIZ, które implikowałyby jej wybór i rezygnację z rozwiązania oferowanego przez Odwołującego – dwudrożna z kolektorem /equalizerem/. W tym miejscu należy wskazać, że żaden przepis Pzp nie nakazuje takich działań Zamawiającemu, przy czym musi Zamawiający potrafić wykazać takie potrzeby w toku weryfikacji np. podczas rozpatrywania wniesionego odwołania. Należy przywołać za orzecnictwem: „Izba wielokrotnie wskazywała w orzecznictwie, (...) na kwestie: "uzasadnionych potrzeb Zamawiającego" (przykładowo wyrok KIO z dnia 05.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1307/11, tudzież wyrok KIO z dnia 12.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1360/12), czy też "obiektywne okoliczności" (za wyrokiem z dnia 08.07.2011 r., sygn. akt: 1344/11). Podobnie, w uchwale KIO z dnia 27.09.2012 r., sygn. akt: KIO/KD 80/12. Jednocześnie, w tym miejscu zasadnym jest wskazanie, za orzecnictwem przykładowo wyrok KIO z dnia 17.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2121/11, iż: "Izba zauważyła, że ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne, a Odwołujący w opinii Izby takich dowodów w niniejszej sprawie nie przedstawił. Przypomnienia wymaga, analogicznie jak to jest w procesie cywilnym, iż ów ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniesienia realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07)". Jednakże, w kontekście art. 29 ust. 2 Pzp Izba stwierdza za orzecnictwem, że niniejszy przepis stanowi, iż: "przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W konsekwencji fakt naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp wymaga tylko uprawdopodobnienia, co, jak wskazał Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 25.01.2006 r., sygn. akt: II Ca 693/05 (niepubl.) uznaje się za wystarczające dla uznania zasadności zarzutu". (za wyrokiem z dnia 26.08.2011 r., sygn. akt: KIO 1734/11). W konsekwencji zgodzić, należy się ze stanowiskiem, że w takiej sytuacji ciężar dowodu

w zakresie braku zaistnienia ograniczenia konkurencji spoczywa w całości na Zamawiającym. Dowód taki jest skutecznie przeprowadzony, jeśli Zamawiający, albo wykaże, że Odwołujący spełnia ustalone wymagania lub, że mimo braku spełniania tych wymagań opis przedmiotu zamówienia jest uzasadniony szczególnymi potrzebami Zamawiającego (za wyrokiem KIO z dnia 01.02.2011 r., sygn. akt: KIO 79/11, sygn. akt: 89/11, sygn. akt: 90/11). Jednakowoż, w ocenie Izby, kwestia sposobu wykazania potrzeb Zamawiającego może być oparta na uzasadnieniu potrzeb, pochodzącym wprost od użytkownika końcowego lub innej osoby merytorycznie odpowiedzialnej u Zamawiającego za zagadnienie techniczne lub medyczne (jak w przedmiotowym stanie faktycznym) będące przedmiotem sporu (w tym zakresie istnieje powszechna praktyka ustanawiania takich osób pełnomocnikami Zamawiającego, z uwagi na ekonomikę postępowania odwoławczego, tak również w przedmiotowym wypadku). Istotą jest bowiem wykazanie w sposób wiarygodny, logiczny i spójny, co było podstawą takich, a nie innych wymagań. Naturalnie nie jest takim uzasadnieniem gołosłowne oświadczenie Zamawiającego nie poparte żadną miarodajną argumentacją. Jest to o tyle istotne, że: "W orzecznictwie Izby ukształtował się pogląd, że nawet opis przedmiotu zamówienia dokonany w taki sposób, że wyłącznie jeden wykonawca może złożyć zgodną nim ofertę, może nie być poczytany za naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp. Zamawiający może bowiem oczekiwać rozwiązań najnowocześniejszych i wyjątkowych." (wyrok KIO z dnia 01.02.2011 r., sygn. akt: KIO 79/11, sygn. akt: 89/11, sygn. akt: 90/11), o ile Zamawiający swoje potrzeby uzasadni. (podobnie w wyroku z dnia 28.02.2012 r., sygn. akt: KIO 229/12, sygn. akt: KIO 238/12, sygn. akt: KIO 239/12, sygn. akt: KIO 242/12, sygn. akt: KIO 245/12, sygn. akt: KIO 247/12)" (za wyrokiem KIO z 12.12.2012 r., sygn. akt: KIO 2630/12). W przedmiotowym stanie faktycznym, w ocenie Izby, Zamawiający przede wszystkim skutecznie wykazał swoje uzasadnione potrzeby w toku toczącego się postępowania odwoławczego, nadto zawarł w postanowieniach SIWZ fragmenty, które potwierdzają powyższy stan rzeczy. Niewątpliwie bowiem zasadnie podnosił Zamawiający, że jako Zamawiający Sektorowy (ogłoszenie o zamówieniu /2014/S 196-347226 dnia 11.10.2014 r./) jest odpowiedzialny za dostarczanie energii elektrycznej do blisko ¼ mieszkańców Polski (okoliczność nie negowana przez Odwołującego) – niewątpliwie więc ma za zadanie dbanie o bezpieczeństwo energetyczne Kraju. Należy także zauważyć, że w tym konkretnie postępowaniu, chodzi o obszar około 75.000 km² (OPZ - Rozdz. 2 pkt 2.2 – str.3), więc wszelkiego rodzaju porównania do innych podobnych postępowań należy dokonywać z dużą dozą ostrożności, gdyż ilość zmiennych koniecznych do uwzględnienia jest adekwatna do niniejszego obszaru, który jak zgodnie przyznały strony charakteryzuje się znaczną różnorodnością. Istota sporu w konsekwencji nie sprowadzała się do technologii dwudrożnej z kolektorem /equalizerem/, czy trójdrożnej, ale do udowodnienia uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Dodatkowo Zamawiający

podnosił na rozprawie: „(...), że w wyniku dialogu technicznego zamawiający podjął decyzję, iż odstąpił od wykorzystania pasma szerokiego na rzecz pasma wąskiego 25 kHz. Wyjaśnił, iż uznał po dialogu technicznym, iż rozwiązanie drugiej generacji jest mu nie potrzebne biorąc pod uwagę przewidzianą przez niego transmisję danych. Poza tym generuje koszty finansowe, przy czym musiał także wziąć pod uwagę częstotliwości, które są mu przydzielone. Z tej też przyczyny ostatecznie poprzestano na częstotliwości 25 kHz. Wyjaśnił również, że w konsekwencji wyrobu technicznego przyjął rozwiązanie nie dwudrożne, ale trójdrożne jako optymalne dla jego kosztów. Wyjaśnia, że chodzi o możliwość łączności w sytuacjach, gdy systemy tradycyjne zawodzą z uwagi na działanie przyrody. Co do zaś kwestii przewidzianego rozstawu anten podkreśla, że w specyfikacji jest mowa o min. 3 m. Nie ma więc przeszkód do zastosowania rozstawu wskazywanego przez odwołującego, przy czym zastrzega, że każdorazowo należy uwzględnić charakter wieży.”

Izba w tym kontekście pragnie zauważyć, że Zamawiający miał wymierne podstawy do uznania rozwiązania oferowanego przez Odwołującego za mniej optymalnego dla jego potrzeb – w dniu ogłoszenia postępowania 11.10.2014 r., zważywszy, że kwestia zawodności tego rozwiązania wynikała z orzeczenia KIO z dnia 01.09.2014 r., sygn. akt: KIO 1655/14, KIO 1657 (str. 12 uzasadnienia). Przy czym, Izba zastrzega, że Zamawiający miał prawo uznać za optymalne rozwiązanie trójdrożne – zważywszy docelowy obszar działania, jego różnorodność, skale (130 stacji bazowych – zgodnie z formularzem ofertowym) oraz obowiązki i odpowiedzialność spoczywającą na Zamawiającym jako dostawcy energii elektrycznej dla ¼ obszaru Polski.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu 2, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 30 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia poprzez dokładne wskazanie jego wymagań funkcjonalnych, Izba uznała w/w zarzut za chybiony.

W ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył powyższego przepisu poprzez sformułowanie jako wymogu rozwiązania trójdrożnego (Rozdz. 8 pkt 8.8.2 – str. 7). Nadto, wskazał m.in. parametry, na których brak początkowo wskazywał na rozprawie Odwołujący (OPZ - Rozdz. 8 pkt 8.3.1 lit. b – str. 6; Rozdz. 8 pkt 8.8.1 – str. 7; Rozdz. 8 pkt 8.8.16, tiret 1 /system TETRA pierwszej generacji, nie TEDS/). W dalszej części rozprawy Odwołujący nawet (wycofując się z wcześniejszego stanowiska) stwierdził, że doskonale wie jakie systemu oczekuje docelowo Zamawiający, także w kontekście kanału o szerokości 25 kHz. Izba na marginesie także wskazuje, że: „Wdrażana do eksploatacji sieć TETRA musi zapewniać realizację funkcji opisanych w niniejszej specyfikacji, niezależnie od tego, czy zostały opisane w części dotyczącej infrastruktury czy terminali” (OPZ - Rozdz. 2 pkt 2.6 –

str.3). W konsekwencji nie podziela stanowiska Odwołującego o braku wskazania dokładnych wymagań funkcjonalnych. W tym zakresie, w samym tylko - Rozdz. 8 pkt 8.8.16 jest siedem tiretów nie tylko tiret odnoszący się do minimalnego zysku odbioru zbiorczego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu 3, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 30 ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wskazania w treści SIWZ, iż dopuszcza on rozwiązania równoważne do opisanego przez niego trojdrożnego odbioru zbiorczego, a w konsekwencji prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający realizacji zasady uczciwej konkurencji, poprzez uniemożliwienie złożenia zgodnej z SIWZ oferty wykonawcom dysponującym rozwiązaniami równoważnymi w stosunku do ww. technologii, uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W tym zakresie, Izba podnosi, że Zamawiający generalnie nie dokonał opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą aprobat, znaków towarowych lub pochodzenia, co implikuje wskazanie, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. Nadto, w przedmiotowym stanie faktycznym, sformułowano opis przedmiotu zamówienia, który operuje wymaganiami o charakterze funkcjonalnym, na co Izba już wskazywała we wcześniejszym zarzucie, w tym miejscu przykładowo wskazując - cały Rozdz. 8 OPZ. Jednocześnie, dalej aktualne także w kontekście niniejszego zarzutu pozostaje argumentacja oraz rozważania przedstawione na kanwie zarzutu pierwszego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący :

.....