WYROK
z dnia 22 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ryszard Tetzlaff

Protokolant:Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w 24 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę "Umo" Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 61, 05-220 Zielonka w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Jednostka Wojskowa nr 2305, ul. Marsa 8, 04-520 Warszawa

przy udziale wykonawcy CENZIN Sp. z o.o., ul. Czerniakowska 81/83, 00-957 Warszawa
zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.oddala odwołanie
2.kosztami postępowania obciąża "Umo" Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 61, 05-220 Zielonka i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę "Umo" Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 61, 05-220 Zielonka tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone trybie przetargu ograniczonego na: *„Dostawę 5,56 mm karabinek HK 416"*, znak sprawy ZP-08/DOiB/2020 zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12.06.2020 pod nr 2020/S 113 - 275363 przezSkarb Państwa - Jednostka Wojskowa nr 2305, ul. Marsa 8, 04-520 Warszawa zwane dalej: *„Zamawiającym".*

W dniu 14.08.2020 r. (e-mailem) Zamawiający przekazał Wykonawcom zaproszenie do składnia ofert wraz ze Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: *„SIWZ".*

W dniu 24.08.2020 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) "Umo" Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 61, 05-220 Zielonka zwana dalej: *„"Umo" Sp. z o.o."* albo *„Odwołującym".* Wniosła odwołanie na postanowienia SIWZ przekazane 14.08.2020 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał 24.08.2020 r. (e-mailem). Zamawiającemu zarzucił naruszenie:
1)art. 29 ust. 3 w zw. z art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.
Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp" poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentu i pochodzenia, co doprowadziło do uprzywilejowania dostawców tylko jednego produktu,przy jednoczesnym ..... wyeliminowaniu dostawców produktów
równoważnych, w sytuacji, gdy nie jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający mógł opisać ten przedmiot za pomocą innych dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu znaku towarowego każdorazowo nie

towarzyszą wyrazy *„lub równoważny"*, tj. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przy użyciu określenia *„HK 416"* bez dodania wyrazów *„lub równoważny"*, co jednoznacznie identyfikuje produkt w postaci karabinka HK 416, którego producentem jest firma Heckler & Koch;

2)art. 29 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób następujący: *„Celownik kolimatorowy z optyką 1x20 mm zasilany panelem słonecznym oraz baterią ogólnie dostępną na rynku"* (w cz. III SIWZ opis przedmiotu zamówienia zwanej dalej:*„OPZ"*, str. 2, cz.: *„Specyfikacja techniczna celownika kolimatorowego")* tj. poprzez dokonanie OPZ przez wskazanie patentu charakteryzującego produkt konkretnego producenta tj. celownik optyczny SIG Sauer R0ME04T 1X20 MM, w sytuacji, gdy jednoczesne zasilanie celownika łącznie z baterii i panelu słonecznego nie

jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, i ma na celu wyłącznie wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dostawców produktów innych, niż celownik optyczny SIG Sauer R0ME04T 1X20 MM;

3)art. 29 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób następujący: *„Celownik posiadający możliwość zmiany siatki balistycznej: - pojedyncza kropka: 1 +2 MOA; - pojedyncza kropka: 1 +2 MOA z trzema kropkami 1 +2 MOA poniżej; - pojedyncza kropka: 1 +2 MOA w okręgu 60+70 MOA."* (w cz. III SIWZ OPZ, str. 2, cz.:*„Specyfikacja techniczna celownika kolimatorowego*"), tj. poprzez dokonanie OPZ przez wskazanie patentu charakteryzującego produkt konkretnego producenta tj. celownik optyczny SIG Sauer R0ME04T 1X20 MM, w sytuacji, gdy istnieją rozwiązania równoważne lub lepsze, i nie zostały one dopuszczone wobec wyeliminowania z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dostawców produktów innych, niż celownik optyczny SIG Sauer R0ME04T 1X20 MM;

4)art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 52 ust. 1 i 2 Pzp poprzez całkowicie bezzasadne wydłużenie terminu składania ofert z minimalnych 30 dni aż do 52 dni, podczas gdy wyznaczony termin składania ofert musi uwzględniać wyłącznie czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty, a przy tym wyznaczenie tak długiego terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu istotnie skraca efektywny czas przeznaczony na wykonanie umowy (tj. okres od dnia w którym możliwe stanie się jej zawarcie do upływu przewidzianego w niej terminu realizacji), co w konsekwencji doprowadziło do wyeliminowania uczciwej konkurencji w przedmiotowym postępowaniu; oraz poprzez wyznaczenie terminu realizacji zamówienia w sposób uniemożliwiający wykonawcom jego dochowanie. Wnosił:

1) uwzględnienie odwołania w całości; 2) nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany SIWZ w następujący sposób: a) Każdorazowo zastąpienie sformułowania *„5,56 mm karabinek HK 416"* sformułowaniem *„5,56 mm karabinek HK 416 lub równoważny":*

b)*Zmianę OPZ (w cz. III SIWZ OPZ, ust. 1 pkt 2)Zasada działania: wykorzystanie energii gazów prochowych odprowadzonych z przewodu lufy, strzelanie z zamkniętego zamka;" - na następujący: „Zasada działania: wykorzystanie energii gazów prochowych odprowadzonych z przewodu lufy, strzelanie z zamkniętego zamka; broń musi być wyposażona w tłokowy system przeładowania, wyklucza się systemy z bezpośrednim oddziaływaniem gazów prochowych na zespół zamka." - który to element OPZ stanowi podstawowe kryterium równoważności oferowanego karabinka z karabinkiem HK 416;*

c)*Zmianę OPZ (w cz. III SIWZ OPZ, str. 2, cz„Specyfikacja techniczna celownika kolimatorowego"): „Celownik kolimatorowy z optykę 1x20 mm zasilany panelem słonecznym oraz baterię ogólnie dostępne na rynku" - na następujący: „Celownik kolimatorowy z optykę do 1x20 mm zasilany baterię ogólnie dostępne na rynku. Zamawiający dopuszcza również*

celownik kolimatorowy z optykę do 1x20 mm zasilany panelem słonecznym oraz baterią ogólnie dostępną na rynku"

d)*Zmianę OPZ (w cz. III SIWZ OPZ, str. 2, cz„Specyfikacja techniczna celownika kolimatorowego") : „Celownik posiadający możliwość zmiany siatki balistycznej: - pojedyncza kropka: 1+2 MOA; - pojedyncza kropka: 1 +2 MOA z trzema kropkami 1 +2 MOA poniżej; pojedyncza kropka: 1 +2 MOA w okręgu 60+70 MOA" - na następujący: „Celownik posiadający możliwość zmiany siatki balistycznej: - pojedyncza kropka: 1+2 MOA; - pojedyncza kropka: 1 +2 MOA z trzema kropkami 1 +2 MOA poniżej; - pojedyncza kropka: 1 +2 MOA w okręgu 60+70 MOA; lub celownik posiadający możliwość zmiany nastaw siatki balistycznej umożliwiającej strzelanie na różnych dystansach i przy różnej amunicji"*

e)Zmianę terminu składania ofert z 05.10.2020 r. na dzień 14.09.2020 r., oraz zmianę terminu realizacji zamówienia podstawowego na 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, zmianę terminu realizacji zamówień opcjonalnych na 6 miesięcy

od dnia zawarcia umowy, oraz zmianę terminu przed upływem którego wykonawca nie może odmówić realizacji zamówienia opcjonalnego na jeden miesiąc od dnia zawarcia umowy; lub, ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia ww. wniosku, zmianę terminu realizacji zamówienia podstawowego na 3 miesiące od dnia zawarcia umowy, zmianę terminu realizacji zamówień opcjonalnych na 3 miesiące od dnia zawarcia umowy, oraz zmianę terminu przed upływem którego wykonawca nie może odmówić realizacji zamówienia opcjonalnego na 7 dni od dnia zawarcia umowy;
f)Zmianę dokumentacji postępowania w pozostałym zakresie, w jakim wymaga ona uwzględnienia zmian opisanych w ww. pkt a)-e).

Względem zarzutu 1: Przepis art. 29 ust 3 Pzp ustanawia zakaz opisywania przedmiotu zamówienia z zastosowaniem określonej kategorii określeń, w tym w szczególności takich jak znaki towarowe (w tym również funkcjonujące na rynku oznaczenia modelu konkretnego produktu) oraz pochodzenie (w tym również oznaczenia producenta). Zakaz ten nie ma jednak charakteru bezwzględnego - posługiwanie się ww. określeniami jest dopuszczalne jedynie w przypadku, gdy zastosowanie ww. określeń jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, a ponadto opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą innych dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń nie jest możliwe. W przypadku stosowania ww. określeń przy opisie przedmiotu zamówienia niniejszy przepis ustanawia natomiast bezwzględny wymóg, aby określeniu znaku towarowego lub pochodzenia każdorazowo towarzyszyły wyrazy *„lub równoważny”*. Przepisy art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp nakazują natomiast prowadzenie postępowania przy uwzględnieniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zakazują opisywanie przedmiotu zamówienia w sposób który mógłby (choćby potencjalnie) utrudniać uczciwą

konkurencję, co należy odczytywać w szczególności jako zakaz nieuzasadnionego faworyzowania konkretnych produktów kosztem rozwiązań równoważnych. Zakaz posługiwania się przez zamawiających nazwami własnymi i nakaz dopuszczenia składania ofert obejmujących rozwiązania równoważne do wskazanych w OPZ ma charakter praktyczny. Jego celem jest powstrzymanie zamawiających przed nieuzasadnionym faworyzowaniem określonych rozwiązań. Zakaz utrudniania konkurencji jest natomiast naruszony wtedy, gdy w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego dostawcę lub konkretny produkt, działając w ten sposób niezgodnie z obowiązkiem obiektywnego i równego traktowania wszystkich podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie publiczne. W OPZ (cz. III SIWZ) zamawiający zawarł wymaganie, aby przedmiot dostawy stanowił *5,56 mm karabinek HK 416"*. Określeniu temu nie towarzyszą wyrazy *„lub równoważny"*. Karabinek o takim oznaczeniu modelu występuje w ofercie tylko jednego producenta tj. firmy Heckler & Koch. Tak określony wymóg jest więc jasny tak pod względem wykładni językowej jak i celowościowej, i może być on interpretowany przez wykonawców wyłącznie jako wymóg zaoferowania karabinka Heckler & Koch HK 416, bez możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych. Wskazał, iż w przedmiotowym stanie faktycznym możliwe jest opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie karabinka poprzez zastosowanie dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, czego potwierdzeniem jest sama treść zawarta w części III SIWZ. Zamawiający - obok wskazania modelu konkretnego karabinka - określił również w sposób kompleksowy, a ponadto precyzyjny i zrozumiały, oczekiwane funkcjonalności oraz parametry techniczne. Dla precyzyjnego określenia potrzeb Zamawiającego nie jest zatem niezbędne posługiwanie się określeniem *„HK 416"*, nawet gdyby wyrażeniu temu towarzyszyły wyrazy *„lub równoważny"*. Odwołujący podnosił, iż na rynku istnieje szereg rozwiązań spełniających wszystkie wymogi Zamawiającego określone w OPZ, innych niż karabinek Heckler & Koch HK 416. Pokazuje to jednoznacznie, iż zawarcie określenia *„HK416"* w opisie przedmiotu zamówienia ma w niniejszym postępowaniu nie tyle znaczenie praktyczne, pozwalające Zamawiającemu na niedokonywanie czynności pozornych polegających na opisywaniu przedmiotu zamówienia wyłącznie za pomocą parametrów w sytuacji, gdy zbiór tych parametrów mógłby zostać określony poprzez odwołanie się do cech konkretnego produktu, z jednoczesnym dopuszczeniem rozwiązań równoważnych. Ma ono wyraźnie na celu wyeliminowanie możliwości dostarczenia produktów innych, niż karabinek Heckler & Koch HK 416. Zamawiający celowo a jednocześnie bezzasadnie wyłączył zatem konkurencję w postępowaniu na polu oferowanego produktu, naruszając tym samym art. 29 ust. 2 oraz 7 ust. 1 Pzp. Nawet gdyby uznać, iż dopuszczalne byłoby posługiwanie się określeniem „HK 416" obok szeregu wymogów określonych w OPZ, to

określeniu takiemu każdorazowo musiałyby towarzyszyć wyrazy *„lub równoważny"*. Brak dodania takich wyrazów, czego

bezwarunkowo wymaga dyspozycja art. 29 ust. 3 Pzp, stanowi rażące naruszenie tego przepisu przez Zamawiającego. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wnosił o nakazanie Zamawiającemu zastąpienie sformułowania *„5,56 mm karabinek HK416"* sformułowaniem *„5,56 mm karabinek HK416 lub równoważny".* Jednocześnie Odwołujący - rozumiejąc potrzebę określenia parametrów równoważności w sposób możliwie najbardziej kompleksowy - postuluje doprecyzowanie jednego z zakreślonych przez Zamawiającego wymogów przedmiotowych (w cz. III SIWZ ust. 1 pkt 2), w następujący sposób: *„Zasada działania: wykorzystanie energii gazów prochowych odprowadzonych z przewodu lufy, strzelanie z zamkniętego zamka; broń musi być wyposażona w tłokowy system przeładowania, wyklucza się systemy z bezpośrednim oddziaływaniem gazów prochowych na zespół zamka."* Pozwoli to Zamawiającemu uzyskać produkt o zasadzie działania (parametr kluczowy) najbardziej zbliżonej do produktu oczekiwanego, tj. karabinka Heckler & Koch HK 416, przy jednoczesnym poszanowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Na rynku istnieje bowiem gama produktów spełniających zarówno powyższy wymóg, jak i pozostałe wymogi zakreślone przez Zamawiającego, będących produktami równoważnymi karabinkowi Heckler & Koch HK 416.

Zarzut 2: W cz. III SIWZ Zamawiający zawarł wymaganie, aby oferowany celownik był zasilany zarówno z baterii jak i panelu słonecznego. Dostrzec jednocześnie należy, iż opis przedmiotu zamówienia w stosunku do celownika kolimatorowego został dokonany przy użyciu zbioru cech technicznych, z których niektóre mają charakter kluczowy (np. optyka), inne zaś są pozbawione większego znaczenia. Do tej drugiej kategorii niewątpliwie należy zaliczyć wymóg zasilania celownika również panelem słonecznym. W tego typu celownikach powszechnie występującym sposobem zasilania jest zasilanie standardowymi wymiennymi bateriami typu AAA bądź AA. Z uwagi na niski pobór mocy celownika, może on pracować na jednym zestawie baterii nawet do kilku lat, bez potrzeby ich wymiany. W tych realiach z użytkowego punktu widzenia drugie, alternatywne źródło zasilania celownika, jest całkowicie zbędne. Jego istnienie nie ma żadnego znaczenia praktycznego. Całkowicie bowiem absurdalne byłoby założenie, iż taki celownik musiałby pracować przez kilka lat, bez dostępu do zapasu baterii. Tego typu rozwiązania techniczne nie są więc stosowane na rynku. W realiach przedmiotowego stanu faktycznego element nie mający żadnego znaczenia praktycznego czy użytkowego jest jednocześnie elementem, który przesądza - w połączeniu z pozostałymi wymogami zakreślonymi w stosunku do celownika - o dopuszczeniu zaoferowania tylko jednego modelu celownika konkretnego producenta, tj. celownika SIG Sauer R0ME04T 1X20 MM. Celownik ten jest bowiem jedynym

celownikiem na rynku, który - obok zasilania z baterii - jest zasilany również z panelu słonecznego, a jednocześnie spełnia pozostałe wymogi zakreślone przez Zamawiającego. Z kolei usunięcie tego wymogu umożliwiłoby zaoferowanie co najmniej kilku różnych rozwiązań spełniających wszystkie wymogi zakreślone przez Zamawiającego (z zastrzeżeniem wymogu opisanego w zarzucie nr 3), o lepszych kluczowych parametrach funkcjonalnych niż celownik SIG Sauer R0ME04T 1X20 MM, a przy tym o niższej cenie rynkowej. Zauważył, iż gdyby Zamawiający rzeczywiście chciał zapewnić wydłużony czas pracy celownika, realizując tym samym swoje obiektywnie uzasadnione potrzeby, skupiłby się na parametrach kluczowych dla osiągnięcia tego efektu, tj. określiłby minimalny czas pracy na baterii bądź jej minimalną oczekiwaną pojemność. Skupienie się przez Zamawiającego na sposobie realizacji określonej funkcjonalności i jego opisaniu w sposób wskazujący na konkretny produkt konkretnego wykonawcy jednoznacznie pokazuje, iż celem Zamawiającego jest nie tyle realizacja jego uzasadnionych potrzeb, co bezprawne wyeliminowanie możliwości zaoferowania produktów innych, niż celownik SIG Sauer R0ME04T 1X20 MM, a tym samym całkowite wyeliminowanie konkurencyjności na polu produktu.

Zarzut nr 3: W cz. III SIWZ Zamawiający zawarł wymaganie, aby oferowany celownik posiadał możliwość zmiany siatki balistycznej na każdy z trzech ściśle określonych wariantów. Warianty te mają cechę wspólną w postaci pojedynczej kropki, na którą patrzy strzelec przez obiektyw celownika. W pierwszym z tych wariantów sama kropka jest elementem wystarczającym *(„pojedyncza kropka: 1+2 MOA").* Pozostałe dwa natomiast przewidują dodatkowe elementy pomocnicze, w postaci dodatkowych kropek *(„...z trzema kropkami 1+2 MOA poniżej")*, bądź okręgu *(„...w okręgu 60+70 MOA").* Możliwość ustawienia wariantów pomocniczych ma ułatwić użytkownikowi oddawanie strzałów na różnych dystansach i przy różnej amunicji. Widoczne o obiektywie celownika elementy pomocnicze stanowią bowiem dla Strzelca punkty odniesienia umożliwiające skorygowanie lotu pocisku. Zważył, iż dokładnie taka jak wyżej opisana możliwość zmiany siatki celowniczej tj. na jeden z trzech wariantów z kropką i ewentualnie elementami pomocniczymi w postaci okręgi lub dodatkowych kropek, charakteryzuje tylko jeden dostępny na rynku celownik tj. celownik SIG Sauer

ROME04T 1X20 MM. Jednocześnie zauważył, iż na rynku istnieją rozwiązania co najmniej równoważne. Przykładowo, można tu wskazać rozwiązanie cechujące najbardziej zaawansowane celowniki dostępne na rynku, tj. polegające na zmianie nastawy siatki balistycznej za pomocą pokrętła umożliwiającego wprowadzenie ustawień korygujących tor lotu pocisku. Wskutek takiej korekty strzelec może dostosować położenie kropki widocznej w obiektywie celownika w oparciu o wprowadzone za pomocą pokrętła ustawienia, uwzględniające odległość oraz rodzaj pocisku, bez konieczności bazowania na innych

8

punktach odniesienia widocznych w obiektywie celownika, takich jak dodatkowe kropki, linie czy okręgi. Mając na względzie powyższe stwierdził, iż zakreślając przedmiotowy wymóg zmiany nastawy siatki balistycznej w sposób właściwy konkretnemu produktowi konkretnego producenta Zamawiający dąży nie tyle do uzyskania produktu o najkorzystniejszych parametrach funkcjonalnych i użytkowych, lecz do całkowitego wyłączenia konkurencji na polu produktu, poprzez umożliwienie zaoferowania tylko jednego celownika tj. SIG Sauer R0ME04T 1X20 MM. Wprowadzenie wymogu wyłączającego konkurencję nie jest więc w żaden sposób uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Odwołujący stanął na stanowisku, iż obok opisanego rozwiązania Zamawiający ma obowiązek dopuścić rozwiązania alternatywne, o takich samych lub lepszych walorach użytkowych. Odwołujący wnosi wiec o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, poprzez dopisanie frazy: *„lub celownik posiadający możliwość zmiany nastaw siatki balistycznej umożliwiającej strzelanie na różnych dystansach i przy różnej amunicji"*. Wyżej opisana modyfikacja przedmiotowego wymogu umożliwiłoby zaoferowanie co najmniej kilku różnych rozwiązań spełniających wszystkie wymogi zakreślone przez Zamawiającego, o lepszych kluczowych parametrach funkcjonalnych niż celownik S1G Sauer R0ME04T 1X20 MM, a przy tym o niższej cenie rynkowej.

Zarzut nr 4: W treści ogłoszenia o zamówieniu, opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod nr 2020/S 113-275363 w dniu 12.06.2020 r., Zamawiający wskazał, iż Zamówienie będzie realizowane w okresie od dnia 01.09.2020 r. do dnia
30.11.2020r. Jednocześnie w treści ogłoszenia Zamawiający nie poinformował wykonawców w sposób choćby ogólny o skali przedmiotowego zamówienia, tj. o liczbie sztuk zamawianych karabinków. W oparciu o powyższe informacje Odwołujący podjął decyzję o złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący założył, iż skoro Zamawiający zakreślił zaledwie trzymiesięczny termin na wykonanie przedmiotowego zamówienia, to termin ten jest proporcjonalny do jego skali. Zamawiający przekazał wykonawcom szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w trybie art. 131ia pkt. 1 Pzp, tj. wraz z zaproszeniem do składania ofert. Odwołujący otrzymał zaproszenie do składania ofert w dniu 14.08.2020 r. W zaproszeniu tym Zamawiający wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa 420 sztuk karabinków HK 416, bez dodania określenia *„lub równoważnych"*. W zaproszeniu tym Zamawiający poinformował Odwołującego i pozostałych wykonawców, iż termin składania ofert wyznacza na dzień
05.10.2020r., tj. po upływie aż 52 dni od dnia wystosowania do wykonawców zaproszenia do ich złożenia. Jednocześnie - w stosunku do treści ogłoszenia opublikowanego w czerwcu 2020 r. - zmianie nie uległ końcowy termin wykonania zamówienia, i pozostał on wyznaczony na ostatni dzień listopada 2020 r. Na obecnym etapie postępowania zasadne jest założenie,

9

iż zawarcie ewentualnej umowy o udzielenie przedmiotowego zamówienia nastąpi nie wcześniej, niż w pierwszych dniach listopada 2020 r. Tym samym termin efektywnej realizacji zamówienia tj. okres pomiędzy zawarciem umowy a terminem jej wykonania wyniesie zaledwie miesiąc, podczas gdy podejmując decyzję o udziale w przedmiotowym postępowaniu (tj. w momencie publikacji ogłoszenia o zamówieniu) wykonawcy zostali poinformowani o dłuższym, trzymiesięcznym terminie realizacji zamówienia. Niezależnie od powyższego wskazał, iż również przewidziany pierwotnie w ogłoszeniu trzymiesięczny termin wykonania zamówienia należy uznać za absolutnie nierealny z uwagi na jego skalę, o której Odwołujący został poinformowany dopiero w dniu 14.08.2020 r., tj. w dniu otrzymania zaproszenia do składania ofert. Według informacji pozyskanych przez Odwołującego od producentów karabinków spełniających wszystkie wymogi Zamawiającego (tj. będących w pełni równoważnymi karabinkom HK 416), realizacja zamówienia 420 sztuk karabinków u producenta potrwałaby około sześciu miesięcy. Natomiast wydłużenie przez Zamawiającego terminu składania ofert ponad jakąkolwiek rzeczywistą potrzebę skróciło efektywny czas realizacji zamówienia na tyle, iż jego wykonanie w tym terminie stało się obiektywnie niemożliwe. Odwołujący zauważył, iż warunki realizacji zamówienia

zakwestionowane zarzutami oznaczonymi w petitum odwołania numerami od 1 do 3, w połączeniu z nierealnym terminem wykonania umowy, stwarzają okoliczności, w których o realizację przedmiotowego zamówienia może ubiegać się najprawdopodobniej tylko jeden podmiot, tj. wykonawca, który posiada w swoich zapasach magazynowych 420 sztuk karabinków Heckler & Koch HK 416 oraz taką samą ilość celowników SIG Sauer R0ME04T 1X20 MM. Takie zakreślenie przez Zamawiającego warunków przedmiotowego zamówienia de facto wyłącza w przedmiotowym postępowaniu nie tylko uczciwą, ale nawet jakąkolwiek realną konkurencję. Nie można również w tym przypadku mówić o równym dostępie wykonawców do przedmiotowego zamówienia. Nie sposób bowiem przyjąć, iż którykolwiek z wykonawców działających na polskim rynku - poza najprawdopodobniej jednym - jest w stanie spełnić ww. oczekiwania Zamawiającego, nieuzasadnione jakimikolwiek obiektywnymi potrzebami. Zamawiający naruszył zatem w sposób szczególnie rażący przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. W kwestii wyznaczenia aż 52-dniowego terminu składania ofert zauważyć ponadto należy, iż przepis art. 52 ust. 1 i 2 Pzp nie tylko określa minimalny termin składania ofert w trybie przetargu ograniczonego powyżej progu unijnego, lecz ponadto wskazuje, iż termin ten ma uwzględniać czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty. W ocenie Odwołującego należy przez to rozumieć nie tylko nakaz określenia terminu składania ofert dłuższego niż minimalny w przypadku, gdy może się on okazać niewystarczający dla rzetelnego przygotowania oferty w danym postępowaniu, lecz również nakaz określenia tego terminu w taki sposób, aby realnie było możliwe

wykonanie zamówienia w okresie pomiędzy jego upływem a upływem terminu realizacji zamówienia. Tym samym w ocenie Odwołującego w pojęciu terminu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty mieści się również zakaz wyznaczania terminu dłuższego niż niezbędny do przygotowania i złożenia oferty w realiach danego postępowania, o ile mogłoby to wpłynąć na konkurencję w postępowaniu i obiektywną zdolność wykonawców do realizacji zamówienia w terminie określonym w SIWZ. W przedmiotowym stanie faktycznym zakreślenie minimalnego, trzydziestodniowego terminu składania ofert należałoby uznać za nawet więcej niż wystarczające - przygotowanie ofert wymaga bowiem od wykonawców wyłącznie oznaczenia przedmiotu dostawy, który to przedmiot stanowią rzeczy oznaczone co do gatunku, oraz oznaczenia za ten przedmiot ceny jednostkowej. W tych realiach uznać należy, iż wyznaczenie terminu niemal dwukrotnie dłuższego niż minimalny ma na celu nie tyle umożliwienie wykonawcom sporządzenie ofert o dużym stopniu złożoności, co niczym nieuzasadnione wyeliminowanie możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie przez niektórych z wykonawców. W świetle powyższego, zasadny staje się wniosek o nakazanie Zamawiającemu:

a) Zmiany składania ofert na dzień 14.09.2020 r., tj. poprzez uwzględnienie minimalnego, trzydziestodniowego terminu składania ofert oraz jednocześnie zmianę terminu realizacji zamówienia podstawowego na 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, zmianę terminu realizacji zamówień opcjonalnych na 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, oraz zmianę terminu przed upływem którego wykonawca nie może odmówić realizacji zamówienia opcjonalnego na jeden miesiąc od dnia zawarcia umowy; - tj. w taki sposób, aby każdy z wykonawców mógł realnie zrealizować niniejsze zamówienie, co wymaga okresu sześciomiesięcznego z uwagi na przewidywane przez producentów karabinków równoważnych terminy realizacji zamówień produkcyjnych, a jednocześnie aby Zamawiający mógł otrzymać te karabinki w najwcześniejszym możliwym terminie, bez konieczności uwzględniania w okresie oczekiwania bezzasadnie długiego terminu składania ofert; lub, ewentualnie Zmiany składania ofert na dzień 14.09.2020 r., tj. poprzez uwzględnienie minimalnego, trzydziestodniowego terminu składania ofert oraz jednocześnie zmianę terminu realizacji zamówienia podstawowego na 3 miesiące od dnia zawarcia umowy, zmianę terminu realizacji zamówień opcjonalnych na 3 miesiące od dnia zawarcia umowy, oraz zmianę terminu przed upływem którego wykonawca nie może odmówić realizacji zamówienia opcjonalnego na 7 dni od dnia zawarcia umowy; - tj. w taki sposób, aby wykonawcy mieli możliwość wykonania zamówienia w okresie co najmniej trzech miesięcy, który to okres został pierwotnie przewidziany w ogłoszeniu o zamówieniu, a jednocześnie aby Zamawiający mógł otrzymać te karabinki w najwcześniejszym możliwym terminie, bez konieczności uwzględniania w okresie oczekiwania bezzasadnie długiego terminu składania ofert.

Zamawiający w dniu 25.08.2020 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 28.08.2020 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Cenzin Sp. z o.o., ul. Czerniakowska 81/83, 00-957 Warszawa zwana dalej: *„Cenzin Sp. z o.o."* albo *„Przystępującym"* zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została

przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Cenzin Sp. z o.o.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

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, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności treści ogłoszenia o zamówieniu, postanowień SIWZ oraz załączników do SIWZ. Dodatkowo, Izba dopuściła jako dowód w sprawie - pismo Odwołującego skierowane do Zamawiającego z 18.08.2020 r.

Izba dopuściła także jako dowód dołączony do odwołania przez Odwołującego załącznik:

• wydruk ze strony internetowej Zamawiającego wskazujący listę dokumentów udostępnionych przed dniem wniesienia niniejszego odwołania.

Izba dopuściła także jako dowód dołączony do odpowiedzi na odwołania przez Zamawiającego załącznika:

1)pismo DKWS Nr 4895/20 z 18.06.2020 r.,

2)pismo przedstawiciela łącznikowego w SOCOM,

3)wydruk oferty HOLOSUN.

Dowodami w sprawie są również złożone przez Odwołującego na rozprawie załączniki:

1)dwie karty katalogowe innego typu karabinków wraz z tłumaczeniem (dowód 1 i 2);

2)wydruk specyfikacji technicznej postępowania Komendy Głównej Policji (dowód 3);

3)Informację z otwarcia ofert w postępowaniu wskazanym powyżej (dowodu 4);

4)dwa wydruki ze stron internetowych (dowodu 5 i 6);

5)karta katalogowa produkty firmy AIMPOINT oraz informacja o jego dostarczeniu w 2019 r. Zamawiającemu (dowód 7 lub 8);

6)karta katalogowa produktu wraz z tłumaczeniem, jaki opisał w OPZ Zamawiający (dowodu 9);

7)szczegółowo opis zmiany siatki balistycznej wraz z tłumaczeniem (dowód 10);

8)kopia pisma producenta HAENEL z 17.09.2020 r. wraz z tłumaczeniem (dowód 11).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także złożone na posiedzeniu pisma procesowe w sprawie, tj. odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe Przystępującego, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:

1)art. 29 ust. 3 w zw. z art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentu i pochodzenia, co doprowadziło do uprzywilejowania dostawców tylko jednego produktu, przy jednoczesnym wyeliminowaniu dostawców produktów równoważnych, w sytuacji, gdy nie jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający mógł opisać ten przedmiot za pomocą innych dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu znaku towarowego każdorazowo nie towarzyszą wyrazy *„lub równoważny"*, tj. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przy użyciu określenia *„HK 416"* bez dodania wyrazów *„lub równoważny"*, co jednoznacznie identyfikuje produkt w postaci karabinka HK 416, którego producentem jest firma Heckler & Koch;

2)art. 29 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie OPZ przez wskazanie patentu charakteryzującego produkt

konkretnego producenta tj. celownik optyczny SIG Sauer R0ME04T 1X20 MM, w sytuacji, gdy jednoczesne zasilanie celownika łącznie z baterii i panelu słonecznego nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, i ma na celu wyłącznie wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dostawców produktów innych, niż celownik optyczny SIG Sauer R0ME04T 1X20 MM;

3)art. 29 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie OPZ przez wskazanie patentu charakteryzującego produkt konkretnego producenta tj. celownik optyczny SIG Sauer R0ME04T 1X20 MM, w sytuacji, gdy istnieją rozwiązania równoważne lub lepsze, i nie zostały one dopuszczone wobec wyeliminowania z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dostawców produktów innych, niż celownik optyczny SIG Sauer R0ME04T 1X20 MM;

4)art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 52 ust. 1 i 2 Pzp poprzez całkowicie bezzasadne wydłużenie terminu składania ofert z minimalnych 30 dni aż do 52 dni, podczas gdy wyznaczony termin składania ofert musi uwzględniać wyłącznie czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty, a przy tym wyznaczenie tak długiego terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu istotnie skraca efektywny czas przeznaczony na wykonanie umowy (tj. okres od dnia w którym możliwe stanie się jej zawarcie do upływu przewidzianego w niej terminu realizacji), co w konsekwencji doprowadziło do wyeliminowania uczciwej konkurencji w przedmiotowym postępowaniu; oraz poprzez wyznaczenie terminu realizacji zamówienia w sposób uniemożliwiający wykonawcom jego dochowanie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego. Skład orzekający Izby stwierdził, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych działań ze strony Zamawiającego. W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie do zarzutu pierwszego i czwartego (w zakresie terminu realizacji), Izba uznała w/w zarzuty mają charakter spóźniony, z tej przyczyny pozostawiając je bez merytorycznego rozpoznania.

W orzecznictwie sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że przepisy Pzp nie przewidują instytucji częściowego odrzucenia odwołania, jednakże zarzuty skutkujące odrzuceniem odwołania w przypadku gdy odwołanie nie zawiera pozostałych zarzutów, w sytuacji połączenia ich w odwołaniu z innymi zarzutami - powinny zostać pozostawione bez rozpoznania - podobnie w wyroku SO w Szczecinie z 20.07. 2012 r., sygn. akt: II Ca 685/12, wyroku SO w Przemyślu z 11.05.2015 r., sygn. akt: I Ca 131/15 - W tym ostatnim orzeczeniu w uzasadnieniu sąd wskazał, że gdyby zarzut stanowił
samodzielną podstawę odwołania, wówczas odwołanie podlegałoby odrzuceniu. Jednakże jeśli spóźniony zarzut został zgłoszony obok innych zarzutów, wniesionych w ustawowym terminie, winien być na podstawie odpowiedniego stosowania przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp pozostawiony bez rozpoznania, oraz wyrokach KIO z 19.05.2017 r., sygn. akt: KIO 903/17, z 03.03.2016 r., sygn. akt: KIO 222/16, z 05.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2690/13 oraz z 30.03.2012 r., sygn. akt: KIO 482/12. Podobnie w wyroku KIO z 03.08.2020 r., sygn. akt: KIO 1349/20, w wyroku KIO z 13.08.2019 r. sygn. akt: KIO 1447/19, w wyroku KIO z 19.09.2018 r., sygn. akt: KIO 1808/18, w wyroku KIO z 21.02.2018 r., sygn. akt: KIO 231/18, w wyroku KIO z 30.06.2016 r., sygn. akt: KIO 1047/16, czy też w wyroku KIO z 19.01.2015 r., sygn. akt: KIO 2743/14.

Z powyższych względów Izba oddaliła także wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania w całości, jak i wniosek Przystępującego o odrzucenie zarzutu pierwszego i czwartego (w przywołanym powyżej zakresie).

W ocenie Izby spóźniony charakter wynika nie tylko z faktu, że informacja odnośnie przedmiotu zamówienia, oraz terminu zakończenia realizacji znajdowała się już w ogłoszeniu z 12.06.2020 r. Istotna jest bowiem okoliczność tego rodzaju, że zgodnie z art. 38 ust. 4 b Pzp, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, jest niedopuszczalne dokonywanie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym i negocjacjach z ogłoszeniem, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. W konsekwencji należy uznać, że zgłoszenie zarzutów, których uznanie skutkowałoby takimi

zmianami SIWZ, które prowadziłyby do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, z uwagi na ich niedopuszczalny charakter skutkuje tym, że ich zgłoszenie powinno nastąpić wcześniej (i na których zgłoszenie we właściwym trybie termin upłynął).

Odnośnie pierwszego zarzutu, jego uznanie skutkowałoby koniecznością zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w Sekcji II pkt 1.1., 1.5 oraz 2.1. W ocenie Izby, ta okoliczność ma charakter bezsprzeczny i żadna argumentacja Odwołującego, nie mogłaby tego zmienić, gdyż brak zmiany w tym zakresie i ograniczenie się tylko i wyłącznie do SIWZ, OPZ oraz Warunków Umowy byłoby działaniem niewystarczającym. Jednocześnie, odnośnie zarzutu pierwszego Izba stoi na stanowisku, że profesjonalny charakter Odwołującego, dogłębna wiedza techniczna i merytoryczna przedstawiona na rozprawie dają podstawę do uznania, że Odwołujący doskonale wiedział, co jest przedmiotem zamówienia od dnia publikacji ogłoszenia. Jeżeli Odwołujący miał określone wątpliwości, to z uwagi na art. 38 ust. 4 b Pzp winien w tym zakresie zadać pytanie. Wymaga podkreślenia, że orzecznictwo KIO dopuszcza taką możliwość (np. wyrok KIO z 01.09.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 853/08), choć

dostrzega brak szczegółowych uregulowań w tym zakresie, podkreślając na zasadzie analogii, konieczność zachowania standardu przejrzystości i jawności nie gorszego, niż uregulowany w art. 38 Pzp (np. wyrok KIO z 25.04.2013 r., sygn. akt: KIO 855/13). Inaczej mówiąc Wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia o wyjaśnienie treści ogłoszenia o zamówieniu, jednakże nie wiążą ich terminy określone w przepisie art. 38 Pzp. Z kolei Zamawiający nie ma obowiązku udzielić odpowiedzi, niemniej jednak ze względu na dobro postępowania powinien on starać się udzielić wszelkich wyjaśnień wykonawcom.

Odnośnie zarzutu czwartego (w zakresie terminu realizacji), jego uznanie skutkowałoby zmianą treści ogłoszenia w Sekcji II pkt II.3.

Nadto, Izba wskazuje, że zakaz z art. 38 ust. 4 b Pzp nie jest przypadkowy, gdyż ma na celu wbrew pozorom zachowanie wynikających z art. 7 ust.1 Pzp zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W tych trybach Wykonawcy podejmują decyzję o wzięciu udziału w postepowaniu na podstawie ogłoszenia o zamówieniu. Zmiana ogłoszenia po kwalifikacji Wykonawców w oparciu o jego zapisy mogłaby prowadzić do sytuacji zmiany kręgu potencjalnych Wykonawców zainteresowanych wykonaniem zamówienia w momencie, w którym nie mogliby oni przystąpić do udziału w postępowaniu. Niniejsze stanowisko, Izba uznaje za adekwatne w zakresie zarzutu pierwszego i czwartego (w zakresie terminu realizacji). Wskazując na podobne stanowisko wyrażone w uchwale KIO z 25.05.2015 r., sygn. akt: KIO/KD 28/15 i przywołanych tam także uchwale KIO z 22.11.2010 r., sygn. akt: KIO/KU 83/10, czy też wyroku KIO z 30.04.2013 r., sygn. akt: KIO 871/10, KIO 875/10. Nadto, jak stwierdził w wyroku NSA z 09.12.2016 r., sygn. akt: II GSK 1458/15;*„(...) rozwiązanie przyjęte w art. 38 ust. 4 b Pzp ma na celu zapobieżenie ewentualnemu ograniczeniu konkurencji i równego traktowania potencjalnych wykonawców zamówienia (art. 7 ust. 1 P.z.p.) (...)”.*

Izba podkreśla, że przywołana powyżej uchwała z 25.05.2015 r., sygn. akt: KIO/KD 28/15 dotyczyła kwestii terminu realizacji zamówienia w SIWZ i informacji ujętych w tym zakresie w ogłoszeniu o zamówieniu, czyli kwestii z zarzutu czwartego (w zakresie terminu realizacji). Z kolei w wyroku NSA z 09.12.2016 r., sygn. akt: II GSK 1458/15 sąd stwierdził, że: *„(...) skarżąca w SIWZ nie zwarła szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia określonego w ogłoszeniu, ale w sposób istotny zmieniła ten przedmiot, co w świetle art. 38 ust. 4 b P.z.p. było niedopuszczalne (...)”.* Sytuacja ta wiec jest podobna do sytuacji z zarzutu pierwszego, proponowane zmiany niewątpliwie w sposób istotny zmieniłyby ten przedmiot. Izba podkreśla, że rozważania te nie mają charakter merytorycznego, ale określają powody pozostawienia tych zarzutów bez rozpoznania.

Jednocześnie, odnośnie zarzutu czwartego (w zakresie terminu realizacji), Izba rozumie argumentacje Odwołującego z rozprawy. Przy czym, odnosząc się do niej, stwierdza, że z ogłoszenia o zamówieniu niezbicie wynika, że zamówienie nie jest podzielone na części (Sekcja II. pkt 1.8), ani nie jest częścią jakiejś większej całości (co często jest umieszczane w Sekcji VI pkt VI. 3 Informacje dodatkowe - brak takiej informacji), przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 428.000 euro (Sekcja II pkt 2.1), przewiduje prawo opcji (Sekcja II pkt 2.1), podaje termin zakończenia realizacji (Sekcja II pkt 3) oraz wysokość wadium jakie będą zobowiązani do wniesienia Wykonawcy zaproszeni do składnia ofert (Sekcja III pkt 1.1 ppkt 1), co pozwala na ustalenie wartości szacunkowej zamówienia (art.

45 ust. 4 w zw. z art. 53 Pzp). W konsekwencji wszelkie tezy, o tym że z ogłoszenia o zamówieniu nie wynikał znaczny wolumen zamówienia są niewiarygodne. Założenia więc o śladowym, czy też niewielkim charakterze tego wolumenu przyjęte na podstawie ogłoszenia o zamówieniu, co miało być podstawą nie kwestionowania terminu realizacji zamówienia podanego w ogłoszeniu, a zostało w ten sposób przedstawione na rozprawie, są niewiarygodne lub co najmniej błędne. Treść ogłoszenia dla profesjonalisty, który regularnie bierze udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, którym niewątpliwe jest Odwołujący, przeczy temu założeniu, czyniąc go jak Izba wskazywała co najmniej błędnym. W konsekwencji, zarzut czwarty (w zakresie terminu realizacji) jest tym bardziej, w tym aspekcie spóźniony.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu czwartego (w zakresie zbyt długiego terminu składnia ofert), Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu. W pierwszej kolejności konieczne jest podkreślenia, że art. 52 ust. 2 Pzp, ani art. 131 ia ust. 6 Pzp odnosi się do najkrótszego terminu, w żaden sposób nie określa wiec terminu maksymalnego. Następnie, Izba stwierdza, że wydaje się, że wyznaczając taki termin Zamawiający kierował się aktualnymi trudnościami związanymi z COVID 19, chcąc na tym etapie dać potencjalnymi Wykonawcom czas na przygotowanie oferty także w aspekcie realizacji. W ocenie Izby, Zamawiający założył, że Wykonawca, który złożył wniosek o dopuszczenie miał świadomość charakteru postępowania i nie zapewnia sobie możliwości jego wykonania „na ostatnia chwilę" dopiero po wyborze, skoro we wniosku składa oświadczenie o dysponowaniu niezbędnymi zdolnościami technicznymi (takie stanowisko było wyrażane przez Zamawiającego na rozprawie). Jednocześnie, Izba podkreśla, że Przystępujący oświadczył do protokołu na rozprawie, że jest w stanie zrealizować zamówienie, w terminie wynikającym z ogłoszenia, czyli nie kwestionował terminu składnia ofert wskazanego w SIWZ. Podobnie, brak jest wiarygodnych przesłanek do tego aby zakładać odmiennie co do trzeciego podmiotu, który
złożył wniosek o dopuszczenie i został zaproszony do złożenia oferty, byłyby to na tym etapie spekulację. Jednocześnie, Izba dodatkowo podkreśla, że w odwołaniu Odwołujący wnosił o skrócenie terminu składnia ofert, a w ramach pisma skierowanego do Zamawiającego w 18.08.2020 r. wnosił zupełnie odmiennie o wydłużenie terminu składnia ofert. Nadto, w tym piśmie nie wnosi o wydłużenie terminu realizacji o 6, czy też ewentualnie o 3 miesiące, ale tylko i 1 miesiąc. Powyższe czyni stanowisko Odwołującego w zakresie zarzutu czwartego (co do zbyt długiego terminu składnia ofert) niespójnym, niekonsekwentnym oraz mało wiarygodnym.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie do zarzutu drugiego i trzeciego, Izba uznała w/w zarzuty za podlegające oddaleniu.

Izba na wstępie podkreśla, że Zamawiający musi potrafić każdorazowo wykazać swoje uzasadnione potrzeby, jeśli nie w ramach postanowień SIWZ, to w toku weryfikacji jego decyzji, np. podczas rozpatrywania wniesionego odwołania. Należy przywołać za orzecznictwem: „Izba wielokrotnie wskazywała w orzecznictwie, (...) na kwestie: "uzasadnionych potrzeb Zamawiającego" (przykładowo wyrok KIO z dnia 05.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1307/11, wyrok KIO z dnia 12.07.2012 r, sygn. akt: KIO 1360/12*), czy* też "obiektywnych 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 orzecznictwem przykładowo wyrok KIO z dnia 17.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2121/11, iż: "Izba zauważa, 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 poniechania 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 orzecznictwem, 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 (...) 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, wyrokiem z 19.12.2016 r., sygn. akt: KIO 2280/16 czy też za wyrokiem KIO 20.11.2018 r., sygn. akt: KIO 2278/18).*

W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający sprostał powyższemu i wykazał swoje uzasadnione potrzeby.

Należy podzielić argumentacje Zamawiającego z jego odpowiedzi na odwołanie złożonej na posiedzeniu (za wyrokiem SO w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15;*„Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, co słusznie zauważył uczestnik w odpowiedzi na skargę.")*, w zakresie utraty żywotności baterii w sytuacji działania w skrajnych warunkach pogodowych, zwłaszcza, gdy ma to miejsce przez dłuższy czas. Argumentacja Odwołującego z rozprawy nie zmieniła stanowiska Izby w tym zakresie, gdyż zupełnie abstrahuje ona od charakteru działań Zamawiającego i konieczności zapewnienia maksymalnej niezależności i operatywności w różnych nieprzewidywalnych sytuacjach (nie chodzi bowiem tylko o różnice temperatur i czy bateria będzie w nich działać). Jednocześnie swoisty dualizm systemu zasilania celownika karabinku może zdecydować niejednokrotnie

0życiu i zdrowiu operatora z uwagi na jego newralgiczny charakter. Tą kwestie Izba uznaje za decydującą i przeważającą względem tego zarzutu.

Odnośnie kolejnego zarzutu, Izba podkreśla, że Zamawiający przedstawił w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie uwarunkowania związane ze swoją specyfiką, jak i powody nieadekwatności rozwiązania Odwołującego opartego na „pokrętle" do działań

1docelowego przeznaczenia przewidzianego przez Zamawiającego. Izba naturalnie dostrzega okoliczności i wyjaśnienia Odwołującego z rozprawy, jednakże Zamawiający wskazywał na negatywne doświadczenia z zakupionymi od Odwołującego celownikami w 2019 r., w odpowiedzi na jego stanowisko, że specyfika Zamawiającego była mu znana już w 2019 r. i nie przeszkodziło to Zamawiającemu w przyjęciu i zakupie celowników, które chce aktualnie zaoferować Odwołujący. Zamawiający podkreślał problemy z ich rozszczelnianiem i zanikiem plamki w słońcu. Wskazywał także, że tego rodzaju celownik mógłby mieć zastosowanie raczej do karabinu snajperskiego dla strzelców wyborowych. Zamawiający podkreślał na rozprawie oraz w odpowiedzi na odwołanie dynamikę swoich działań, a w konsekwencji brak czasu, ale i możliwości dokonywania nastawu na pokrętłach celownika podczas swoich aktywnych i specjalnych działań. Izba także tak jak w wyroku KIO z 22.07.2019 r., sygn. akt: KIO 1271/19 wzięła pod uwagę, że Zamawiający to wysoce wykwalifikowana i wyspecjalizowana jednostka, stąd też kwestie związane ze system szkoleń nie są tylko i wyłącznie stanowiskiem procesowym Zamawiającego, ale mają realne odzwierciedlenie w rzeczywistości.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała 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 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 (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: