Sygn. akt: KIO 1595/20

WYROK

z dnia 13 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2020 r. przez wykonawcę Covertech Sp. z o.o., ul. Trakt Lubelski 275T/10, 04-667 Warszawa w postępowaniu

prowadzonym przez zamawiającego 24 Wojskowy Oddział Gospodarczy,

ul. Nowowiejska 20, 11-500 Giżycko

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutów 2 - 6 odwołania,

2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu 1 odwołania i nakazuje zamawiającemu modyfikację

rozdziału III „Opis przedmiotu zamówienia" specyfikacji istotnych warunków zamówienia - pkt 4 „Wymagania funkcjonalne" ppkt 4.9., poprzez doprecyzowanie, na czym polegać mają funkcje ładowarki i akumulatora: „inteligentny system zarządzania energią", „kondycjonowanie i rekalibracja pojemności akumulatorów", "system gromadzenia informacji o procesie ładowań".

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego 24 Wojskowy Oddział Gospodarczy,

ul. Nowowiejska 20, 11-500 Giżycko i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Covertech Sp. z o.o., ul. Trakt Lubelski 275T/10, 04-667 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego 24 Wojskowego Oddziału Gospodarczego, ul. Nowowiejska 20, 11-500 Giżycko na rzecz wykonawcy Covertech Sp. z o.o., ul. Trakt Lubelski 275T/10, 04-667 Warszawa kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący: .....

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę radiotelefonów przenośnych, stacjonarnych, przewoźnych wraz z ukompletowaniem, programatorami i antenami do nich na rzecz 24 WOG w Giżycku", opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 559406-N-2020 przez 24 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Giżycku (dalej „zamawiający") wykonawca Covertech Sp. z o.o. z Warszawy (dalej „odwołujący") złożył odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na:

1. opisaniu przedmiotu zamówienia w pkt. 4.9 OPZ, poprzez bezwzględne wymaganie określonych funkcjonalności dotyczących ładowarki i akumulatora w postaci bliżej nieokreślonego „inteligentnego systemu zarzadzania energią", nieokreślonej „funkcji kondycjonowania i rekalibracji pojemności akumulatorów" oraz wyposażenia akumulatorów w „system gromadzenia informacji o procesie ładowań", które to funkcjonalności są opisem działania autorskiego Inteligentnego Systemu Zarządzania Energią Motorola IMPRES oferowanego wyłącznie przez producenta Motorola, bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych i bez opisania parametrów równoważności w sytuacji, kiedy to żądanie nie jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i rzeczywistymi potrzebami zamawiającego i dodatkowo wymogi te zostały odmiennie opisane w pkt 3.10.f OPZ, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1 , art. 29 ust. 1,2 i 3 oraz art. 30 ust. 1 ustawy Pzp,

2. opisaniu przedmiotu zamówienia w pkt 3.9.1 e. OPZ, poprzez bezwzględne wymaganie określonych cech konstrukcyjnych klipsa do baterii w postaci sposobu mocowania klipsa służącego do przyczepiania radiotelefonu do pasa wyłącznie do baterii, która to cecha konstrukcyjna jest charakterystyczne dla wyrobów tylko jednego producenta - Motorola w sytuacji, kiedy nie jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia ani dającymi się uzasadnić potrzebami zamawiającego, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1 , art. 29 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp,

3. opisaniu w pkt 3.6.e OPZ żądania posiadania przez wyświetlacz radiotelefonu funkcji wskazującej poziom naładowania akumulatora w sposób graficzny oraz określony procentowo w sytuacji, gdy taką połączoną funkcjonalność mają wyłącznie radiotelefony jednego producenta, wyposażone w akumulatory zgodne z autorską technologią Motorola opisaną w zarzucie nr 1, kiedy to żądanie nie jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia ani dającymi się uzasadnić potrzebami zamawiającego i dodatkowo dla użytkownika wystarczający jest jeden, graficzny sposób przedstawiania poziomu naładowania baterii, czym naruszono art. 7 ust. 1 , art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp,

4. ustanowieniu w pkt 4.4a, 4.4 b i 4.4 c OPZ żądania posiadania przez oferowany sprzęt radiotelefoniczny łącznie następujących funkcjonalności:

- funkcja automatycznego dostosowania czułości toru mikrofonowego do natężenia otaczającego hałasu oraz automatycznej regulacji głośności w hałaśliwym otoczeniu,

- funkcja inteligentnego dźwięku automatycznie dostosowująca głośność radiotelefonu do poziomu hałasu w danym miejscu (tor odbiornika radiotelefonu), zwalniająca użytkownika sprzętu z konieczności regulowania poziomu głośności odbiornika radiotelefonu, tak by dostosować głośność do poziomu głośności otaczającego go środowiska,

- funkcja eliminacji szumu tła (tor nadajnika radiotelefonu) która automatycznie dostosowuje wzmocnienie toru mikrofonowego radiotelefonu, dodatkowo wykorzystując zaawansowaną technologię przetwarzania dźwięku, tak by głos korespondenta był zawsze wyraźny i zrozumiały a hałas otoczenia wytłumiony. Wymaganie dotyczy pracy w trybie cyfrowym w sytuacji, kiedy wszystkie trzy wymogi stanowią opis funkcjonalny unikalnych technologii producenta Motorola o nazwach SINC+, AGC i Noise Suppressor podczas gdy wszystkie te funkcje służą do tego samego celu opisanego w głównym pkt 4.4 OPZ czyli zapewnieniu wyraźnej fonii w hałaśliwym otoczeniu, i istnieją inne technologie zapewniające ten sam efekt funkcjonalny, czym naruszono art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp,

5. opisaniu w pkt 5.10 OPZ żądania, aby wszystkie wymienione w tym punkcie elementy pochodziły od tego samego producenta w sytuacji, kiedy jednym z tych elementów jest antena samochodowa zewnętrzna przy jednoczesnym braku takiego żądania względem anteny zewnętrznej do takiego samego radiotelefonu w wersji stacjonarnej, zaś jedynym producentem, który oferuje antenę samochodową spełniającą wymogi SIWZ i jednocześnie oznakowaną własnym logo producenta jest Motorola, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1

i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp,

6. opisaniu w pkt 4.10 wymogu trwałego oznaczenia mało istotnych elementów dostawy takich jak kable, złącza, akcesoria montażowe poprzez nadruk, etykietę niezmywalną, tłoczenie, grawerowanie, co stanowi przejaw dyskryminacji większości producentów , którzy posiłkują się zaakceptowanymi urządzeniami dostarczanymi przez podwykonawców, którzy produkty

oferują jako wyposażenie swoich wyrobów, w sytuacji kiedy nie ma to żadnego merytorycznego uzasadnienia, stanowiąc naruszenie zasady proporcjonalności opisanej w art. 7 ust. 1 a także zakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który narusza uczciwą konkurencję to jest art. 29 ust 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- usunięcia zapisów pkt 4.9 OPZ i pozostawienie jako wymagań dotyczących ładowarki istniejącego punktu 3.10 OPZ,

- usunięcie zapisów pkt 3.9. 1.e OPZ lub dopuszczenie w tym punkcie również mocowania klipsa do obudowy radiotelefonu zamiast do wyłącznie do baterii,

- zmianę wymogu posiadania przez wyświetlacz radiotelefonu przenośnego funkcji wskazującej

7ST 10

poziom naładowania akumulatora w sposób „graficzny oraz procentowo" na sposób „graficzny lub procentowo".

- wykreślenie punktów 4.4.a i 4.4.b i 4.4.c bądź uczynienie z pkt 4.4.a, 4.4.b i 4.4.c alternatywnych, niezależnych sposobów spełnienia wymogu z pkt 4.4. OPZ lub dopuszczeniem spełnienia wymogów pkt 4.4. OPZ przez inne technologie zapewniające żądany w tym punkcie efekt funkcjonalny,

- zmianę wymogu pkt 5 w taki sposób, aby spośród wymogów tego samego producenta co radiotelefon wykreślić antenę samochodową (Tabela nr 2 pkt 1.2),

- powtórzenie czynności opisania przedmiotu zamówienia w pkt 4.10 w taki sposób, aby wymaganie to dotyczyło konieczności oznaczenia w sposób trwały (np. etykietą) jedynie istotnych i dających się oznaczyć w ten sposób głównych pozycji zamówienia, tj. radiotelefonów, baterii, mikrofonogłośników, mikrofonów biurkowych i zasilaczy, a nie dotyczyło osprzętu pomocniczego, takiego jak klipsy do pasa, kable, złącza, konektory, anteny oraz wykreśleniu lub precyzyjnym określeniu zawartości merytorycznej kart katalogowych jakie mają być dostarczone do zamawiającego przed podpisaniem umowy, a także określenie, jakiego rodzaju wymogiem są rzeczone karty katalogowe i jaki maja wpływ na realizację zamówienia.

Pismem z dnia 21 lipca 2020 r. zamawiający, w „Odpowiedzi na odwołanie", oświadczył, że uwzględnia odwołanie „w zakresie zarzutów od 2 do 6', wnosząc jednocześnie o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu 1.

W odniesieniu do zarzutu 1 odwołujący zaprezentował, co następuje.

Podał, że opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załączniku numer 7 do SIWZ - w pkt. 4.9. zamawiający zażądał: „Ładowarka i akumulatory do radiotelefonu przenośnego wyposażone w inteligentny system zarzadzania energią. Ładowarka posiadająca funkcję kondycjonowania i rekalibracji pojemności akumulatorów. Akumulatory muszą być wyposażone w system gromadzenia informacji o procesie ładowań, tak by administrator systemu radiowego miał możliwość sprawdzenia ilości cykli ładowań danego akumulatora jego pojemności oraz daty produkcji.'

Odwołujący stwierdził, że opisane przez zamawiającego funkcjonalności są charakterystycznym procesem i technologią autorską firmy Motorola, żaden inny producent radiotelefonów nie posiada takiej technologii

Odwołujący podniósł, że pisząc o możliwości sprawdzenia ilości cykli ładowań oraz pojemności danego akumulatora i jego daty produkcji, zamawiający nie sprecyzował do czego takie informacje miałyby mu służyć i przede wszystkim w jaki sposób chciałby je pozyskiwać.

Stwierdził, że opisany przez zamawiającego system IMPRES producenta Motorola do

odczytu takich danych z akumulatora wymaga specjalnego oprogramowania oraz przystawki, które nie są przedmiotem niniejszego zamówienia, na potwierdzenie czego załączył do odwołania kartę informacyjną oprogramowania do zarządzania produktami z technologią IMPRES producenta Motorola.

Wskazał, że zgodnie z zapisami Tabeli nr 1 Załącznika nr przedmiotem zamówienia

są akumulatory litowo-jonowe, które z racji zasady swojej pracy nie podlegają kondycjonowaniu, co oznacza, że wymaganie kondycjonowania jest oderwane od przedmiotu zamówienia i ogranicza w znaczącym stopniu konkurencję, prowadząc do supremacji podmiotów, które taką funkcją, choćby nieprzydatną w tym postępowaniu, dysponują.

W ocenie odwołującego fakt, że zamawiający nie posłużył się nazwą własną, a jednocześnie dokładnie opisał konkretne rozwiązanie, bez istnienia obiektywnego uzasadnienia zastosowania takiej funkcjonalności powoduje, że trwa stan naruszenia uczciwej konkurencji i proporcjonalności.

Uzupełnił, że żądanie wyrażone w pkt. 4.9. nie znajduje potwierdzenia w prawach elektrochemii, gdyż ze swej natury ogniwa litowo-jonowe, które są wymagane jako wyposażenie radiotelefonu w tabeli nr 1 pkt 1.7 i 1.8 nie posiadają tzw. „efektu pamięciowego" (charakterystycznego dla ogniw niklowo-kadmowych NiCd zjawiska utraty pojemności w czasie) ani też „efektu leniwej baterii" (charakterystycznej dla ogniw niklowo-wodorkowych NiMh utraty pojemności w czasie), a co za tym idzie nie wymagają, a wręcz niezalecane jest poddawanie ich procesowi „kondycjonowania" ani tym bardziej „rekalibracji", który polega na automatycznym rozładowaniu i ponownym naładowaniu w celu zlikwidowania efektu pamięciowego rozumianego jako samoistna utrata pojemności i ponownym określeniu pojemności. Stwierdził, że w akumulatorach będących przedmiotem postępowania takie zjawiska po prostu nie występują, a więc żądanie tych funkcjonalności jest całkowicie zbędne.

Podał, że jedynym sposobem kontrolowania procesu ładowania akumulatorów litowo-jonowych (Li-Ion) jest sprawdzanie stanu ładowania przez przeznaczoną do tego celu specjalizowaną ładowarkę, która posiada odpowiednie układy elektroniczne chroniące tego typu ogniwa głównie przed przeładowaniem i przegrzaniem i wymóg ładowarki o takich cechach byłby wystarczający do prawidłowego jej opisania.

Podsumował, że zamawiający wpisał kwestionowane przez niego wymogi wyłącznie w celu eliminacji innych producentów i uznał, że zamawiający nie zamierza w ogóle korzystać z tej funkcjonalności, ponieważ dla typu baterii jaka jest przedmiotem postepowania oraz bez wspomnianego wcześniej oprogramowania skorzystanie z żądanych funkcjonalności jest niemożliwe i całkowicie bezpodstawnym jest ich żądanie.

Zaznaczył, że o ile w części technicznej (pkt 3 OPZ) zamawiający posłużył się normami, konkretnymi parametrami technicznymi i funkcjonalnymi, o tyle w punkcie 4.9 nie opisał co rozumie pod wszystkimi spornymi wymaganiami, z jakimi normami technicznymi

mają one być zgodne lub z jakich wynikają, ani też nie określił ich parametrów technicznych, zadowalając się dostępnymi w marketingowych ulotkach opisami ich działania, nie określił też dlaczego żąda akurat takich, występujących u jednego producenta cech.

Uznał, że w obecnym brzmieniu SIWZ jedynym producentem, którego wyroby spełniają zapisy (w połączeniu z innymi zapisami będącymi przedmiotem odwołania) jest Motorola.

Do odwołania załączył nadto SIWZ do postępowania nr 33/2020 z zaznaczonym fragmentem tego wymogu w poprzednim brzmieniu.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego, przekazanej przez zamawiającego w kopii potwierdzonej „za zgodność

z oryginałem" przy piśmie z dnia 17 lipca 2020 r. - dokumentów przywołanych w dalszej części

uzasadnienia, „Odpowiedzi na odwołanie" wraz z załącznikami - pismo zamawiającego z dnia

21 lipca 2020 r., „Pisma procesowego odwołującego" z dnia 11 sierpnia 2020 r. wraz

z załącznikami, złożonego na posiedzeniu przez odwołującego fragmentu opisu systemu

Impres producenta Motorola, a także oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych w toku

rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu

przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, czego zamawiający nie kwestionował.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w zakresie zarzutów 2 - 6, oraz ustalenia, że po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, skład orzekający Izby, na podstawie art. 186 ust. 4a ustawy Pzp, poddał rozpoznaniu zarzut, który pozostał, tj. zarzut 1, umarzając postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów 2 - 6, które nie stanowią już przedmiotu sporu.

Zarzut opisania przedmiotu zamówienia w pkt. 4.9 OPZ z naruszeniem przepisów ustawy Pzp potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Kwestionowane przez odwołującego postanowienie SIWZ, tj. pkt 4.9. Opisu przedmiotu zamówienia (dalej nadal „OPZ"), stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ brzmi: „Ładowarka i akumulatory do radiotelefonu przenośnego wyposażone w inteligentny system zarzadzania energią. Ładowarka posiadająca funkcję kondycjonowania i rekalibracji pojemności akumulatorów. Akumulatory muszą być wyposażone w system gromadzenia informacji o procesie ładowań, tak by administrator systemu radiowego miał możliwość sprawdzenia ilości cykli ładowań danego akumulatora jego pojemności oraz daty produkcji. Ma to na celu wydłużenie żywotności akumulatorów poprzez monitoring i optymalizację procesu ładowania przy jednoczesnej automatyzacji tego procesu."

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 i 2: „Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.", „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwa konkurencję.'

Art. 30 ust. 1 brzmi zaś: „Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w jeden z następujących sposobów, z uwzględnieniem odrębnych przepisów technicznych:

1) przez określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, w tym wymagań środowiskowych, pod warunkiem że podane parametry są dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu udzielenie zamówienia;

2) przez odniesienie się w kolejności preferencji do:

a) Polskich Norm przenoszących normy europejskie,

b) norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących normy europejskie,

c) europejskich ocen technicznych, rozumianych jako udokumentowane oceny działania wyrobu budowlanego względem jego podstawowych cech, zgodnie z odpowiednim europejskim dokumentem oceny, w rozumieniu art. 2 pkt 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. ustanawiającego zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylającego dyrektywę Rady 89/106/EWG (Dz. Urz. UE L 88 z 04.04.2011, str. 5, z późn. zm.),

d) wspólnych specyfikacji technicznych, rozumianych jako specyfikacje techniczne w dziedzinie produktów tele-informatycznych określone zgodnie z art. 13 i art. 14 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1025/2012 z dnia 25 października 2012 r. w sprawie normalizacji europejskiej, zmieniającego dyrektywy

Rady 89/686/EWG i 93/15/EWG oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady

94/9/WE, 94/25/WE, 95/16/WE, 97/23/WE, 98/34/WE, 2004/22/WE, 2007/23/WE,

2009/23/WE i 2009/105/WE oraz uchylającego decyzję Rady 87/95/EWG i decyzję

Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1673/2006/WE (Dz. Urz. UE L 316 z 14.11.2012, str. 12),

e) norm międzynarodowych,

f) specyfikacji technicznych, których przestrzeganie nie jest obowiązkowe, przyjętych przez instytucję normalizacyjną, wyspecjalizowaną w opracowywaniu specyfikacji technicznych w celu powtarzalnego i stałego stosowania w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa,

g) innych systemów referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organizacje normalizacyjne;

3) przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w pkt 2, oraz przez odniesienie do wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, o których mowa w pkt 1, w zakresie wybranych cech;

4) przez odniesienie do kategorii wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, o których mowa w pkt 1, i przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w pkt 2, stanowiących środek domniemania zgodności z tego rodzaju wymaganiami dotyczącymi wydajności lub funkcjonalności. ”

Przypomnienia wymaga, że opis przedmiotu zamówienia ma kluczowe znaczenia dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiającemu gwarantować ma zakup towaru odpowiadające jego uzasadnionym potrzebom, wykonawcy zaś szansę na udział postępowaniu, o ile jest w stanie zaoferować towar wpisujący się w owe uzasadnione potrzeby zamawiającego, opisany zgodnie z art. 29 ustawy Pzp i następne.

Skład orzekający Izby uznał, że zamawiający, opisując swoje oczekiwania w odniesieniu do ładowarek i akumulatorów do radiotelefonu w pkt. 4.9. Załącznika nr 7 do SIWZ, nie wywiązał się prawidłowo z obowiązku opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, w sposób, który nie mógłby utrudniać uczciwej konkurencji.

Zamawiający posłużył się sformułowaniami:

- „inteligentny system zarzadzania energią”,
- „funkcja kondycjonowania i rekalibracji pojemności akumulatorów”,

system gromadzenia informacji o procesie ładowań”.

Po pierwsze, nasuwa się wątpliwość, czy „funkcja kondycjonowania i rekalibracji pojemności akumulatorów” oraz „system gromadzenia informacji o procesie ładowań” to dwa elementy składające się na „inteligentny system zarzadzania energią”, czy też są to oczekiwania zamawiającego zupełnie od niego odrębne. Opis zawarty w pkt. 4.9. odpowiedzi na powyższą wątpliwość nie daje.

Po wtóre, nasuwa się wątpliwość co w ogóle kryje się za ww. sformułowaniami w kontekście dopuszczonych ustawowo sposobów opisania przedmiotu zamówienia, tj. sposobów, o których mowa w art. 30 ust. 1 ustawy Pzp, jak choćby, poprzez podanie oczekiwanych parametrów, czy zakresu parametrów. [pkt 1) ust. 1 art. 30]. Także ta wątpliwość pozostaje, w świetle brzmienia pkt. 4.9., bez odpowiedzi.

Po trzecie, wskazany przez zamawiającego cel, tj. „wydłużenie żywotności akumulatorów” nie poddaje się weryfikacji (nie zapewnia weryfikacji ofert), ponieważ zamawiający nie wskazał odpowiedniego odnośnika, tj. nie podał „jaka żywotność”

akumulatora jest „normą", której przekroczenie będzie oznaczało spełnienie celu.

W toku rozprawy zamawiający oświadczył, że „radiotelefony, które kupuje, wedle obowiązujących Zamawiającego norm eksploatacji będą użytkowane aż przez 10 lat", na potwierdzenie czego złożył wyciąg z „Katalogu Norm Eksploatacji Techniki Lądowej DTU-4.22.13.1(A) z 2019 roku (str. 4 Protokołu z rozprawy).

Oczywistym wobec tego jest wniosek, że zamawiający winien ująć w opisie przedmiotu zamówienia, że oczekuje zaoferowania akumulatorów o żywotności nie krótszej niż 10 lat, wskazując jednocześnie sposób w jaki będzie to weryfikował.

Zamawiający twierdził także na rozprawie, w odniesieniu do „inteligentnego systemu zarządzania energią", że „ładowarki z tym systemem dają możliwość naładowania akumulatora w stopniu większym niż ładowarki bez tego systemu", pozostawiając jednak to istotne twierdzenie całkowicie gołosłownym.

Arbitralność tego twierdzenia, przy obecnym opisie przedmiotu zamówienia w pkt. 4.9., oznacza w konsekwencji arbitralność oceny ofert w zakresie ładowarek i akumulatorów, co z perspektywy zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji jest niedopuszczalne.

Potwierdza to ocena zamawiającego z rozprawy, tj. iż „żaden z radiotelefonów

Odwołującego nie jest w stanie sprostać wymogowi w zakresie inteligentnego zarządzania energią" (str. 4 Protokołu z rozprawy), na potwierdzenie czego zamawiający złożył wydruk ze strony internetowej odwołującego z prezentacją oferowanych przez odwołującego modeli radiotelefonów i ich specyfikacjami, nie przedstawiając jednak w tym zakresie żadnej argumentacji uzasadniającej taką ocenę i wskazującej na czym niezgodność z oczekiwaniami

zamawiającego polega.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego z rozprawy, iż opisując przedmiot zamówienia nie wskazał żadnego producenta, ani żadnego systemu konkretnego producenta, skład orzekający Izby podkreśla, że nie oznacza to automatycznie, że opis jest prawidłowy, zgodny z obowiązującymi przepisami. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w odniesieniu do naruszającego równe traktowanie wykonawców i uczciwą konkurencję opisu przedmiotu zamówienia, poprzez pośrednie (a nie wprost) wskazanie oczekiwanego przez zamawiającego rozwiązania konkretnego producenta jest bogate.

Bez znaczenia dla oceny prawidłowości opisania przedmiotu zamówienia w zgodzie z przepisami o zamówieniach publicznych pozostaje okoliczność, czy opis został ujęty przez zamawiającego z akceptacją, czy bez akceptacji „szefostwa", ponieważ Izba nie ocenia zgodności działań zamawiającego z jakimikolwiek regulacjami wewnętrznymi zamawiającego, ale wyłącznie zgodność działań zamawiającego z przepisami ustawy Pzp. Z tego względu złożone przez zamawiającego na rozprawie dokumenty (korespondencja pomiędzy zamawiającym a Inspektoratem Wsparcia Sił Zbrojnych 2 Regionalnej Bazy Logistycznej w Warszawie) były całkowicie nieprzydatne, a tym samym zbędne.

Odnosząc się do materiałów, na które powołał się zamawiający (załączniki do „Odpowiedzi na odwołanie"), tj. opisu produktu firmy Kenwood, w którym mowa o „oprogramowaniu Battery Reader do inteligentnego zarządzania akumulatorami" oraz opisu produktu firmy Hytera, w którym mowa o „inteligentnej ładowarce", skład orzekający Izby wskazuje, że nie sposób na ich podstawie ustalić jak owo „inteligentne zarządzania akumulatorami" czy „inteligentna ładowarka" ma się do „inteligentnego systemu zarządzania energią" już choćby z przyczyn czysto semantycznych - sformułowania nie są tożsame, a tożsamości ich znaczenia, czy relacji do wymaganego „inteligentnego systemu zarządzania energią" także nie sposób stwierdzić na podstawie treści SIWZ.

Stwierdzić natomiast należy, że zaprezentowany przez odwołującego opis rozwiązania firmy Motorola (załącznik nr 1 do odwołania) zawiera sformułowanie tożsame z ujętym w SIWZ, tj. w obu przypadkach chodzi o „inteligentny system zarządzania energią".

Odnosząc się wreszcie do stanowiska zamawiającego, że uprawnieniem

zamawiającego jest taki opis przedmiot zamówienia, który będzie odpowiadał jego potrzebom, skład orzekający Izby wskazuje, że stanowisko to w pełni podziela z tym jednakże zastrzeżeniem, że muszą to być, o czym szeroko w orzecznictwie Krajowej Izy Odwoławczej, po pierwsze potrzeby uzasadnione, a po wtóre, potrzeby, których odzwierciedlenie następuje

poprzez opis przedmiotu zamówienia wskazany w art. 29 ustawy Pzp i następnych.

W ocenie składu orzekającego Izby zamawiający w „Odpowiedzi na odwołanie" bardzo ogólnie uzasadniał ujęte w pkt. 4.9. wymogi, a to iż „Niniejsza nowoczesna funkcja ma na celu zabezpieczenie procesu ładowania akumulatorów uwzględniając specyfikę wykorzystania radiotelefonów w warunkach polowych i różnych warunkach pogodowych, co powoduje znaczne korzyści w zakresie zabezpieczenia funkcjonalności ładowarek oraz wydłuża okres eksploatacji akumulatorów.", co nie jest wystarczające, ponieważ zwroty „znaczne korzyści" czy „wydłuża okres eksploatacji" są niedookreślone, a przez to nie poddające się obiektywnej weryfikacji.

Jedyną konkretną potrzebą, którą wyartykułował zamawiający w toku rozprawy to oczekiwanie żywotności akumulatorów wynoszącej co najmniej 10 lat - brzmienie pkt. 4.9. winno to odzwierciedlać. Kwestią nieistotną w związku z tym oczekiwaniem pozostaje w istocie, w jaki sposób wymóg zostanie spełniony wobec czego zamawiający, wskazaną przez siebie potrzebę może zrealizować, stosując przykładowo następujący opis w pkt. 4.9. SIWZ: „Ładowarka i akumulatory do radiotelefonu przenośnego zapewniające wydłużenie żywotności akumulatorów co najmniej do 10 lat w szczególności, poprzez zaoferowanie ładowarki i akumulatora do radiotelefonu przenośnego wyposażonych w inteligentny system zarzadzania

energią rozumiany jako ....., poprzez zaoferowanie ładowarki posiadającej funkcję

kondycjonowania i rekalibracji pojemności akumulatorów rozumianej jako ....., poprzez

zaoferowanie akumulatora wyposażonego w system gromadzenia informacji o procesie ładowań rozumianego jako.....".

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) 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: .....