

Sygn. akt: KIO 2212/20

WYROK

z dnia 26 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 21 października 2020r. w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2020 r. przez **odwołującego** COVERTECH Sp. z o.o., ul. Trakt Lubelski 275T/10, 04-667 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego** Skarb Państwa - 24 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Giżycku, ul. Nowowiejska 20, 11-500 Giżycko

przy udziale przystępującego P. M., B. T. Sp. j. Al. 3 Maja 5a/41, 00-401 Warszawa **po stronie zamawiającego**

orzeka

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża COVERTECH Sp. z o.o., ul. Trakt Lubelski 275T/10, 04-667 Warszawa i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez COVERTECH Sp. z o.o., ul. Trakt Lubelski 275T/10, 04-667 Warszawa tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od COVERTECH Sp. z o.o., ul. Trakt Lubelski 275T/10, 04-667 Warszawa kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione na wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2019 r., 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:

Uzasadnienie

Odwołanie dotyczy czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa radiotelefonów przenośnych, stacjonarnych, przewoźnych wraz z ukompletowaniem, programatorami i antenami do nich na rzecz 24 WOG w Giżycku”,

numer sprawy 45/2020,

opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 08 maja 2020 roku pod numerem 559406-N-2020, Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest dostępna na stronie internetowej <http://platformazakupowa.pl/pn/24wog>.

Odwołanie z dnia 07.09.2020r.

Odwołujący w niniejszym postępowaniu odwoławczym zaskarżył następujące **czynności** zamawiającego:

1. Pierwsza czynność, która stanowi podstawę zarzutu naruszenia przepisów ustawy to ponowne opisanie przedmiotu zamówienia w zmodyfikowanym pkt 4.9d OPZ i SIWZ przez bezwzględne wymaganie spełnienia podstawowego celu dotyczącego funkcjonalności ładowarki w nim określonego, tj. „przeprowadzenia automatycznego dopasowania trybu ładowania” za pomocą wyłącznie jednego technologicznego procesu opisanego jako proces w którym ładowarka „powinna posiadać funkcję (kondycjonowania i rekalkibracji) rozumianej jako funkcję regeneracji akumulatora uwzględniająca poziom zużycia (wyeksploatowania) akumulatora, w celu osiągnięcia maksymalnej efektywności pracy akumulatora rozumianej dalej jako funkcja w której ładowarka na podstawie danych zapisanych w pamięci akumulatora pozyskanych z akumulatora potrafi przeprowadzić automatyczne dopasowanie trybu ładowania”

Zdaniem odwołującego co nie jest opisem przedmiotu zamówienia neutralnym technologicznie wyrażonym za pomocą norm i układów odniesienia, nadal nie poddaje się weryfikacji z powodu braku podania norm odniesienia oraz nadal wskazuje na konkretną technologię jednego producenta opisaną innymi słowami niż w poprzednim brzmieniu SIWZ którego zmianę nakazała KIO w wyroku o Sygn. akt KIO 1595/2020.

Zdaniem odwołującego, zamawiający nie wykonał wyroku o Sygn. akt KIO 1595/20.

Ponadto opis w pkt 4.9 SIWZ zdaniem odwołującego jest niejasny, niedookreślony oraz

niezwiązany z celem podstawowym zamówienia wyrażonym w pkt 4.9 tj." efektywnego i rzeczowego planowania dotyczącego wymiany (rotacji) akumulatorów" i nie umożliwia zaoferowania odpowiedniego produktu bez narażenia się na ryzyko odmiennej interpretacji znaczenia tego wymogu i dodatkowo wymogi te już zostały opisane w nowym brzmieniu pkt 4.9.b OPZ i SIWZ, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1,2 i 3 oraz art. 30 ust. 1 ustawy,

2. Druga czynność, która stanowi podstawę zarzutu naruszenia przepisów ustawy to opisanie przedmiotu zamówienia w pkt 4.9.e OPZ i SIWZ przez bezwzględne wymaganie określonych cech akumulatora w postaci posiadania przez niego bliżej nieokreślonej, niejasnej i nie mającej oparcia w żadnym racjonalnym celu funkcjonalności w postaci „systemu gromadzenia informacji o procesach ładowania” sugerującej konieczność wyposażenia akumulatora w jakiś niedookreślony rodzaj pamięci nieulotnej w sytuacji, kiedy wystarczające z technicznego punktu widzenia do osiągnięcia celu opisanego w tym punkcie, tj. aby „pojemność ładowanego akumulatora była wartością rzeczywistą, związaną ze stopniem wyeksploatowania ogniwa a nie wartością nominalną, która jest równa wartości rzeczywistej tylko w przypadku fabrycznie nowych i sprawnych akumulatorów” są dalsze warunki opisane w tym punkcie, oraz istnieją inne technologie prowadzące do tego samego celu, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 i ust. 3 ustawy;

Wskazując na powyższe, odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. Powtórzenie czynności opisanego przedmiotu zamówienia przez usunięcie z zapisów pkt 4.9 d OPZ i SIWZ następującego fragmentu zdania: „powinna posiadać funkcję (kondycjonowania i rekalkulacji) rozumianej jako funkcję regeneracji akumulatora uwzględniająca poziom zużycia (wyeksploatowania) akumulatora” oraz dalej: „rozumianej dalej jako funkcja w której ładowarka na podstawie danych zapisanych w pamięci akumulatora pozyskanych z akumulatora” jako naruszających zapisy ustawy i pozostawienie jako wymagań dotyczących ładowarki istniejącego pozostałej treści tego punktu lub dopuszczenie spełnienia celu za pomocą innych, równoważnych do opisanej, technologii.
2. Powtórzenie czynności opisanego przedmiotu zamówienia przez usunięcie z zapisów pkt 4.9 e OPZ i SIWZ fragmentu „być wyposażony w system gromadzenia informacji o procesach ładowania” pozostawiając pozostałe wymogi w nim zawarte.

Zarzuty te i żądania odwołujący uzasadnił w odwołaniu, jak poniżej.

W dniu 8 lipca 2020 roku na platformie zakupowej Zamawiającego ukazało się ogłoszenie o zamówieniu oraz Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

W dniu 2 września 2020 r. Zamawiający opublikował modyfikację treści SIWZ w zakresie pkt 4.9 SIWZ i OPZ. W treści tej modyfikacji, w ocenie odwołującego, zawarto zapisy naruszające przepisy ustawy wskazane w treści zarzutów.

Odwołujący nie akceptuje wprowadzonych zmian do SIWZ i OPZ (pkt.4.9), na podstawie wyroku Sygn. akt KIO 1595/20.

Izba badając termin do wniesienia odwołania, uwzględniając też brak zastrzeżeń stawających co do jego dotrzymania, nie stwierdziła naruszenia terminu i przyjęła argumentację w tym zakresie odwołującego. Termin do wniesienia odwołania

Pięciodniowy termin do wniesienia odwołania upływa w poniedziałek 7 września 2020 roku. *Oznacza to, iż przedmiotowe odwołanie zostało wniesione z zachowaniem terminu ustawowego.*

Interes w uzyskaniu zamówienia.

Interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia może doznać uszczerbku w wyniku wadliwych czynności Zamawiającego. Odwołujący zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Zapisy SIWZ preferujące technologię jednego producenta uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty w tym postępowaniu. W obecnym stanie sprawy, Odwołujący może ponieść szkodę wynikającą z możliwości nieuzyskania zamówienia, a tym samym nie otrzymania wynagrodzenia w wysokości wynikającej z kwoty oferty, którą chcielibyśmy złożyć w przedmiotowym postępowaniu. Powyższe wyczerpuje materialną i prawną przesłankę do wniesienia środka ochrony prawnej, o której mowa w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy.

W ocenie Izby tak sformułowany przez odwołującego interes w uzyskaniu zamówienia, w oparciu o stan faktyczny sprawy to jest kwestionowane wykonanie wyroku o Sygn. akt KIO 1595/20, uprawnia odwołującego do złożenia odwołania, jako potencjalnego wykonawcę zamówienia.

Uzasadnienie zarzutów odwołania Zarzut nr 1

Opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załączniku numer 7 do SIWZ. W punkcie 4.9. zmienionym przez Zamawiającego na podstawie wyroku KIO o Sygn. akt 1595/2020. Zamawiający zmienił brzmienie kwestionowanych wcześniej zapisów, jednak dokonał tego w taki sposób, iż użył niemal dokładnie tych samych nieostrych określeń jakie podważyła Izba w poprzednim wyroku. I tak nadal Zamawiający używa zwrotu „powinna posiadać funkcję (kondycjonowania i rekalkibracji) rozumianej jako funkcję regeneracji akumulatora uwzględniająca poziom zużycia

(wyeksploatowania) akumulatora, w celu osiągnięcia maksymalnej efektywności pracy akumulatora rozumianej dalej jako funkcja w której ładowarka na podstawie danych zapisanych w pamięci akumulatora pozyskanych z akumulatora (...)", które to Izba w wyroku o Sygn. akt KIO 1595/2020 określiła jako Określenia te są nieostre, nie wiadomo co kryje się za ich brzmieniem i dlatego Zamawiający nadal arbitralnie stwierdza że akurat tak opisany proces ma zapewnić cel jaki postawił Zamawiający. Nie można wywieść z powyższego opisu w jaki sposób zupełnie odmienne technologicznie procesy „kondycjonowania i rekalkibracji” miałyby być rozumiane jako jeszcze inny technologicznie proces „regeneracji” a ich suma z kolei miałyby prowadzić do osiągnięcia „maksymalnej efektywności pracy akumulatora” litowo-jonowego i to w dodatku jeszcze dalej rozumianej jako konieczność wyposażenia rzeczzonego akumulatora w enigmatyczny system gromadzenia danych (jakich ?). Odwołujący wyjaśnia, że w literaturze fachowej pojęcia te są tłumaczone następująco:

1. Regeneracja - Regeneracja baterii to proces polegający na wysyłaniu impulsów elektrycznych o dużej mocy, które rozkładają warstwę krystaliczną utworzoną przez amorficzny siarczan ołowiu. Tradycyjna ładowarka nie może pozwolić na ten proces, podczas gdy specjalnie zaprojektowane urządzenie daje przekonujące rezultaty. Pod koniec procesu siarczan ołowiu z procesu elektrolizy jest ponownie przekształcany w kwas siarkowy, a płytki są odtwarzane. Bateria powraca do swojego pierwotnego stanu. Następujące trzy technologie mogą skorzystać z regeneracji baterii:

- Kwasowo-ołowiowe otwarte, pozostawiając dostęp do kompensacji utraty wody przez dodanie płynu. Akumulatory otwarte są dostępne w trzech typach akumulatorów wymienionych powyżej: akumulator rozruchowy, akumulator wolno rozładowujący się, akumulator stacjonarny.
- AGM (Absorbed Glass Mat), w której warstwa włókna szklanego absorbuje elektrolit. Ta technologia jest używana głównie w kontekście akumulatorów rozruchowych.
- Akumulator żelowo-elektrolitowy, z którego nie wypływa kwas, jest uważany za technikę związaną z akumulatorem głęboko rozładowanym, nadającą się do zastosowań tego typu.

Wszystkie 3 typy to akumulatory samochodowe lub trakcyjne. Proces ten nie ma zastosowania do akumulatorów litowo-jonowych jakie są przedmiotem postępowania.

Kondycjonowanie - jest to proces polegający na kilkukrotnym rozładowaniu/naładowaniu nowej baterii w celu uzyskania optymalnej pojemności. Ma on zastosowanie do baterii typu Ni-Cd (niklowo-kadmowe) w której występuje tzw. „efekt pamięci” polegający na stopniowej utracie pojemności wskutek doładowywania po niepełnym rozładowaniu oraz (w mniejszym stopniu) Ni-Mh (niklowo-metalowo-wodorkowy), w których istnieje tzw. efekt leniwej baterii, powstający wskutek niecałkowitego rozładowania, co powoduje nieznaczny spadek napięcia znamionowego. Proces kondycjonowania jest za to wręcz niedopuszczalny dla baterii litowo-jonowych jakie są przedmiotem zamówienia, ponieważ głębokie rozładowanie jest jedną z najczęstszych przyczyn awarii takich baterii a ponadto akumulator Li-Ion jest niewrażliwy na doładowywanie po niepełnym rozładowaniu ani na inne „bólączki” pozostałych dwóch typów akumulatorów. W przypadku akumulatora Li-Ion

doładowywanie przy niepełnym rozładowaniu jest wręcz zalecane.

Rekalibracja - jest to proces który pozwala na okresową korektę tzw. „wskaźnika naładowania” tak, aby stan pełnego naładowania (na wyświetlaczu urządzenia) wskazywał rzeczywisty poziom naładowania baterii, tzw. SoC - State of Charge (stan naładowania). Jest to proces który zwykle odbywa się w czasie normalnej eksploatacji, kiedy raz na jakiś czas bateria rozładuje się całkowicie do dopuszczalnego dla baterii Li-Ion poziomu i następnie zostanie całkowicie naładowana. Ten proces odnosi się wyłącznie do baterii Litowo jonowych. Może on jednak się odbywać w różny sposób, nie tylko w taki jak wskazał zamawiający, tj. poprzez specjalną ładowarkę oraz specjalny akumulator z pamięcią, które czynią to tylko same ze sobą. W innych rozwiązaniach kontrolę procesu przejmuje np. urządzenie które akumulator zasila, gdy jest do niego podłączona bateria i są umieszczone w ładowarce.

W poprzednim brzmieniu tego punktu zamawiający napisał „Ładowarka i akumulatory do radiotelefonu przenośnego wyposażone w inteligentny system zarządzania energią. Ładowarka posiadająca funkcję kondycjonowania i rekalibracji pojemności akumulatorów. Akumulatory muszą być wyposażone w system gromadzenia informacji o procesie ładowań”. Są to opisy tożsame i nadal nie wiadomo co kryje się pod tymi pojęciami, na co wskazała Izba w przytoczonym wyroku. Arbitralny opis i twierdzenia zamawiającego jakoby opisany przez niego skomplikowany sposób wypełnienia prostego warunku jakim jest prawidłowa obsługa akumulatorów Li-Ion będących przedmiotem zamówienia nadal nie wytrzymuje konfrontacji z ustawowo nakazanym sposobem opisu przedmiotu zamówienia wyrażonym w art. 30 ust 1 ustawy. Ponadto opisane przez zamawiającego funkcjonalności są nadal charakterystycznym procesem i technologią autorską firmy Motorola nawet jeśli została opisana innymi słowami. Żaden inny producent radiotelefonów nie posiada bowiem tak skonstruowanej technologii ładowania akumulatorów, zupełnie zresztą niepotrzebnej, zatem tak opisany wymóg stanowi pośrednie wskazanie konkretnego rozwiązania technicznego, które nie jest niezbędne do prawidłowej eksploatacji akumulatorów będących wyposażeniem przedmiotu zamówienia i istnieją inne technologie które dają ten sam efekt końcowy tj. prawidłową i bezpieczną obsługę akumulatorów. Na przykład technologia którą oferuje odwołujący polegająca na takim sposobie ładowania akumulatorów, który za każdym cyklem ładowania sprawdza stan ogniwa i ładuje je do stanu rzeczywistego, zapewniając „maksymalną efektywność pracy akumulatora” jakkolwiek rozumieć ten wymóg, jednak nie posiada funkcji kondycjonowania ani regeneracji, gdyż nie są one w ogóle potrzebne.

Treści obecnego punktu 4.9 i poprzedniego jego brzmienia są tożsame z tą różnicą że w obecnej treści tego punktu zamawiający dopisał jeszcze dodatkowe wymagania, które powielają się w kolejnych podpunktach, tworząc niezwykle złożone, niezrozumiałe wymogi wynikające jeden z drugiego, co pozostawia wątpliwość czego tak naprawdę zamawiający żąda, natomiast wymagań technicznych lub jakościowych dotyczących „regeneracji akumulatora”, „funkcji kondycjonowania i rekalibracji pojemności akumulatorów” oraz „systemu gromadzenia informacji o procesie ładowań” ani też parametrów równoważności nie opisał. Ponadto Zamawiający pisząc o celu jaki przyświecał

mu w konstruowaniu opisu w pkt 4.9 tj. o tym iż „posłużą zamawiającemu do efektywnego i rzeczowego planowania dotyczącego wymiany (rotacji) akumulatorów w okresie 10 letniego użytkowania radiotelefonów w Siłach Zbrojnych RP” nie wskazał w jaki sposób tak opisane funkcjonalności miałyby przyczynić się do spełnienia tego celu i dlaczego muszą być to akurat te konkretne rozwiązania technologiczne a nie inne, równoważne. Ponadto Zamawiający w stosunku do akumulatorów określił odmienne czasowo wymogi dotyczące gwarancji niż te wskazane w treści w/w „celu”. Nadmienić należy ponadto, że opisany przez zamawiającego system gromadzenia danych zapisanych w pamięci akumulatora wymaga specjalnego oprogramowania oraz przystawki, które nie są przedmiotem niniejszego zamówienia a ponadto nie zapewniają celu jaki zamawiający zamierza osiągnąć, gdyż w przypadku akumulatorów Li-Ion jakie są przedmiotem zamówienia informacja o np. bliżej nieokreślonej „efektywności” akumulatora nic nie mówi o jego dalszej przydatności do użytkowania oraz stanie elektrochemicznym ogniwa. Co więcej, system ten został stworzony przez firmę Motorola w celu stworzenia u użytkownika przeświadczenia że musi już kupić nową baterię, podczas gdy ta którą ma mogłaby mu nadal służyć, ale nie spełnia założonych przez producenta takiego rozwiązania bliżej nieokreślonych wymogów. Ma to na celu wyłącznie zwiększenie sprzedaży baterii. Aby przeprowadzić rzetelny test ogniwa akumulatorów, należałoby kupić oddzielne, wyspecjalizowane analizatory ogniwa, które w procesie analizy są w stanie zbadać stan baterii, czego nie potrafi żadna ładowarka, nawet firmy Motorola. Rozwiązanie, przy którym upiera się zamawiający jest niczym innym jak gadżetem, mającym na celu eliminację konkurencyjnych rozwiązań, nie wnoszącym nic do prawidłowej obsługi akumulatorów Litowo-jonowych. Ponadto Odwołujący zwraca uwagę, że normą opisującą wymagania bezpieczeństwa ogniwa będących przedmiotem zamówienia jest norma PN-EN 62133-2:2017-08 - Ogniwa i baterie wtórne zawierające zasadowe lub inne niekwasowe elektrolity — Wymagania bezpieczeństwa dla przenośnych ogniwa wtórnych oraz baterii z nich wykonanych do użytkowania w zastosowaniach przenośnych — Część 2: Systemy litowe i takiej normy zamawiający w swoich wymaganiach nie wskazał jako wymaganej. Wskazanie tej normy byłoby jedynym zgodnym z ustawą sposobem postawienia wymogu dotyczącego ładowarek i akumulatorów. Zamawiający posłużył się za to skomplikowanym i pustym w treści opisem wyrażonym w zdaniach wielokrotnie złożonych, które nie dają odpowiedzi na pytanie czego tak naprawdę Zamawiający wymaga. Podsumowując, taki sposób sformułowania zapisów SIWZ w tym punkcie świadczy to o tym, że zamawiający wpisał te wymogi wyłącznie w celu eliminacji innych producentów (bo ma te funkcje wyłącznie preferowany przez niego producent) a także tak opisane wymagania mają się nijak do celu jaki wskazał zamawiający i mogą być realizowane w inny sposób, a wymóg ładowarki o takich cechach jakie są zawarte w dalszej treści pkt 4.9 jest wystarczający do prawidłowego jej opisanie. Na podkreślenie zasługuje też fakt, iż wymieniona przez zamawiającego technologia nie wytrzymuje konfrontacji z drugą częścią celu jaki wskazał, tj. z racjonalnym wydatkowaniem środków finansowych. Ładowarki bowiem i baterie wyposażone w opisywany przez zamawiającego system są średnio 25 % droższe od innych, przy czym nie wnoszą, jak już udowodniono wcześniej, żadnej wartości dodanej.

Zarzut nr 2

Zarzut ten jest pochodną zarzutu nr 1, albowiem Zamawiający w kilku miejscach umieścił wymóg wyposażenia oferowanych akumulatorów w „system gromadzenia danych”, chcąc w ten sposób podkreślić istotność tego niezrozumiałego wymagania. Sformułowanie „system gromadzenia informacji o procesie ładowań” zostało podważone przez Izbę w wyroku 1595/2020 jako wątpliwe co do znaczenia a tym samym niezgodne z art. 30 ust 1 ustawy Pzp, mimo to Zamawiający powtórzył je dosłownie, zmieniając jedynie kontekst i kolejność. Zgodnie z zapisami Tabeli nr 1 Załącznika nr 7, przedmiotem zamówienia są akumulatory litowo - jonowe. Jak już opisano w uzasadnieniu zarzutu nr 1 akumulatory te z racji technologii w nich zastosowanej nie wymagają kondycjonowania ani nie wymagają żadnej regeneracji a zatem bezzasadne jest „gromadzenie” jakichkolwiek informacji na ten temat w „pamięci” akumulatora. Odwołujący w tym miejscu oświadcza, że oferowane przez niego akumulatory wyposażone są w ogniwa firmy Panasonic, które zgodnie z kartą katalogową tego produktu nie posiadają efektu pamięci, w związku z czym ich regeneracja czy też kondycjonowanie nie są w ogóle potrzebne. Wymagana przez Zamawiającego cecha akumulatora o nazwie „system gromadzenia informacji o procesach ładowań” jest zatem niedookreśloną i nieopartą na żadnych unormowaniach szykaną mającą na celu nadal wyłącznie ograniczenie konkurencji, gdyż nie jest niezbędna do prawidłowej eksploatacji akumulatora będącego przedmiotem postępowania.

Ładowanie i rozładowywanie akumulatorów to reakcja chemiczna, ale akumulator Li-Ion jest uważany za wyjątek. Naukowcy zajmujący się bateriami mówią o energii wpływającej i wypływającej z baterii w ramach ruchu jonów między anodą a katodą.

Ładowarka akumulatora litowo-jonowego to urządzenie ograniczające napięcie, które jest podobne do tej z układu kwasowo-ołowiowego. Różnice w porównaniu z akumulatorem litowo-jonowym polegają na jego wyższym napięciu na ogniwo, węższych tolerancjach napięcia i braku ładowania podtrzymującego lub podtrzymującego przy pełnym naładowaniu. Podczas gdy kwas ołowiowy zapewnia pewną elastyczność w zakresie odcięcia napięcia, producenci ogniw litowo-jonowych bardzo surowo przestrzegają prawidłowego ustawienia napięcia, ponieważ akumulatory litowo-jonowe nie mogą akceptować przeładowania. Tak zwana cudowna ładowarka, która obiecuje przedłużyć żywotność baterii i uzyskać dodatkowa pojemność dzięki impulsom i innym sztuczkom, nie istnieje. Akumulator Litowo- jonowy to „czysty” system i pobiera tylko tyle energii, ile jest w stanie wchłonąć. Żadna ładowarka nie jest w stanie zwiększyć tej pojemności, a przedłużenie żywotności polega na skrupulatnym przestrzeganiu reżimów napięcia i temperatury ładowania i przechowywania. Nie są tu potrzebne żadne „cudowne” ładowarki czy akumulatory z pamięcią, ponieważ nie wnoszą one żadnej wartości dodanej do prawidłowej eksploatacji akumulatorów tego typu. Prawidłowo eksploatowany akumulator Litowo-jonowy wytrzyma co najmniej 5 lat pracy, pod warunkiem że będzie ładowany w odpowiednim, określonym przez producenta reżimie temperaturowym za pomocą ładowarki kontrolującej napięcie, prąd i temperaturę ładowanej baterii.

I to wystarczy. Każdy dodatkowy „system gromadzenia informacji o procesach „ładowań” to marketingowy chwyt nie wnoszący nic do prawidłowości takiego procesu.

Zatem wymaganie posiadania przez akumulator „systemu gromadzenia informacji o procesie ładowań” w celu ich „regeneracji i kondycjonowania” jest zupełnie oderwane od rzeczywistości technologicznej oraz przedmiotu zamówienia, natomiast tzw „rekalibracja” (przy czym nie jest to „rekalibracja” samego akumulatora a wyłącznie wskaźnika naładowania) może odbywać się na różne - sposoby z zastosowaniem różnych rozwiązań technicznych, niekoniecznie konkretnie żądanych przez Zamawiającego. Jest to proces, który jest charakterystyczny dla systemu producenta Motorola o nazwie IMPRES. Są inne sposoby „rekalibracji” wskaźnika naładowania (chodzi o wskaźnik poziomu naładowania widoczny na ekranie urządzenia), równie skuteczne. Taki zatem sposób opisu przedmiotu zamówienia, gdzie tj, poprzez bezwzględne żądanie wyposażenia baterii w niedookreślony rodzaj pamięci wewnętrznej zwany „system gromadzenia informacji o procesach ładowań” ogranicza w znaczącym stopniu konkurencję prowadząc do supremacji podmiotów, które taką funkcją, choć nie niezbędną, nie dysponują. Zamawiający nie dopuścił innych rozwiązań technicznych oprócz wskazanego w pkt 4.9e, pomimo tego że takowe istnieją.

Nadmienić należy że nieposługiwanie się nazwą własną lecz jednocześnie jej dokładne opisanie, bez istnienia obiektywnego uzasadnienia zastosowania takiej funkcjonalności powoduje, że trwa stan naruszenia uczciwej konkurencji i proporcjonalności.

Wskazując na powyższe. Odwołujący wnosi jak na wstępie o uwzględnienie odwołania w całości, ponieważ tylko łączne potraktowanie wszystkich zarzutów wyeliminuje skutecznie stan naruszenia ustawy. Pozostawienie chociaż jednego z kwestionowanych zapisów spowoduje, że trwać będzie stan naruszenia uczciwej konkurencji gdyż nawet tylko jeden, dowolny z kwestionowanych zapisów skutecznie odpycha innych producentów od niniejszego postępowania.

Zamawiający:

ODPOWIEDŹ NA ODWOŁANIE z dnia 24.09.2020r., wniesione przez COVERTECH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wniesiono o :

1. odrzućcie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 5 ustawy pzp, gdyż odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2020r. sygn. akt 1595/20, alternatywnie w przypadku gdy Izba uzna, iż odwołanie nie podlega odrzuceniu,
2. oddalenie odwołania jako bezzasadne,
3. zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, stosownie do norm prawem przepisanych.

UZASADNIENIE

COVERTECH w dniu 7 września 2020r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę radiotelefonów przenośnych, stacjonarnych, przewoźnych wraz z uкомплекowaniem, programatorami i antenami do nich na rzecz 24 WOG w Giżycku, (post. nr 45/2020) zarzucając Zamawiającemu:

1. ponowny opis przedmiotu zamówienia w zmodyfikowanym pkt. 4.9d OPZ i SIWZ przez bezwzględne wymaganie spełnienia podstawowego celu dotyczącego funkcjonalności ładowarki w nim określonego, tj. „przeprowadzenia automatycznego dopasowania trybu ładowania” za pomocą wyłącznie jednego technologicznego procesu opisanego jako proces w którym ładowarka „powinna posiadać funkcję (kondycjonowania i rekalkibracji) rozumianej jako funkcję regeneracji akumulatora uwzględniająca poziom zużycia (wyeksploatowania) akumulatora, w celu osiągnięcia maksymalnej efektywności pracy akumulatora rozumianej dalej jako funkcja w której ładowarka na podstawie danych zapisanych w pamięci akumulatora pozyskanych z akumulatora potrafi przeprowadzić automatyczne dopasowanie trybu ładowania, co nie jest opisem przedmiotem zamówienia neutralnym technologicznie wyrażonym za pomocą norm i układów odniesienia, nadto nie podaje się weryfikacji z powodu braku podania norm odniesienia oraz nadal wskazuje na konkretną technologię jednego producenta opisaną innymi słowami niż w poprzednim brzmieniu SIWZ którego zmianę nakazało KIO w wyroku o Sygn. akt KIO 1595/2020, ponadto jest niejasne, nieokreślone oraz niezwiązane z celem, podstawą zamówienia wyrażonym w pkt. 4.9 tj. „efektywnego i rzeczowego planowania dotyczącego wymiany (rotacji) akumulatorów” i nie umożliwia zaferowania odpowiedniego produktu bez narażenia się na ryzyko odmiennej interpretacji znaczenia tego wymogu i dodatkowo wymóg ten już został opisany w nowym

brzmieniu pkt. 4.9b OPZ i SIWZ, czym naruszono przepis art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1,2 i 3 oraz art. 30 ust.1 ustawy pzp

2. opisanie przedmiotu zamówienia w pkt 4.9e OPZ i SIWZ poprzez bezwzględne wymaganie określonych cech akumulatora w postaci posiadania przez niego bliżej nieokreślonej, niejasnej i nie mającej oparcia w żadnym racjonalnym celu funkcjonalności w postaci „systemu gromadzenia informacji o procesach ładowań” sugerując konieczność wyposażenia akumulatora w jakiś niedookreślony rodzaj pamięci nieulotnej w sytuacji, kiedy wystarczające z technologicznego punktu widzenia do osiągnięcia celu opisanego w tym punkcie tj. aby „pojemność ładowanego akumulatora jest wartością rzeczywistą, związaną ze stopniem wyeksploatowania ogniwa a nie wartością nominalną, która jest równa wartości rzeczywistej tylko w przypadku fabrycznie nowych i sprawnych akumulatorów” są dalsze warunki opisane w tym punkcie, oraz istnieją inne technologie prowadzące do tego samego celu, czym narusza przepis art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1,2 i 3 ustawy pzp.

Odwołujący żąda dokonania czynności:

1. powtórzenia czynności opisanego przedmiotu zamówienia poprzez usunięcie zapisu pkt. 4.9d. OPZ i SIWZ następującego fragmentu zadania „powinna posiadać funkcję (kondycjonowania i rekaliibracji) rozumianej jako funkcję regeneracji akumulatora uwzględniająca poziom zużycia (wyeksploatowania) akumulatora, w celu osiągnięcia maksymalnej efektywności pracy akumulatora rozumianej dalej jako funkcja w której ładowarka na podstawie danych zapisanych w pamięci akumulatora pozyskanych z akumulatora” jako naruszającym zapisy ustawy i pozostawienie jako wymagań dotyczących ładowarki istniejącego pozostałej treści tego punktu lub dopuszczenie spełnienia celu za pomocą innych, równoważnych do opisanej technologii;

2. powtórzenia czynności opisanego przedmiotu zamówienia przez usunięcie zapisu pkt. 3.9.1 .e OPZ i SIWZ fragmentu „być wyposażony w system gromadzenia informacji o procesach ładowań” pozostawiając pozostałe wymagania;

Zamawiający nie zgadza się z zarzutami Odwołującego.

COVERTECH w dniu 13 lipca 2020r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego dostawę radiotelefonów przenośnych, stacjonarnych, przewoźnych wraz z ukompletowaniem, programatorami i antenami do nich na rzecz 24 WOG w Giżycku, (post. nr 45/2020) zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. opisaniu przedmiotu zamówienia w pkt. 4.9 OPZ przez bezwzględne wymaganie określonych funkcjonalności dotyczących ładowarki i akumulatora w postaci bliżej

nieokreślonego „inteligentnego systemu zarządzania energią”, nieokreślonej „funkcji kondycjonowania i rekalkulacji pojemności akumulatora” oraz wyposażenia akumulatorów w „system gromadzenia informacji o procesie ładowania”, które to funkcjonalności są opisane działania autorskiego Inteligentnego Systemu Zarządzania Energią Motorola IMPRES oferowanego wyłącznie przez producenta Motorola, bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych i bez opisanie 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. ust. 1-3 oraz art. 30 ust. 1 ustawy pzp;

2. opisanie przedmiotu zamówienia w pkt. 3.9. 1.e OPZ przez bezwzględne wymaganie określonych cech konstrukcyjnych klipsa do baterii w postaci sposobu montowania klipsa służącego do przyczepiania radiotelefonu do pasa wyłącznie do baterii, która to cecha konstrukcyjna jest charakterystyczna dla wyrobów tylko jednego producenta — Motorola w sytuacji, kiedy nie jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia ani dający się uzasadnić potrzebami Zamawiającego, czym naruszono art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust.3.ustawy pzp;

3. opisanie w pkt. 3.6.e OPZ żądania posiadania przez wyświetlacz radiotelefonu funkcji wskazującej poziom naładowania akumulatora w sposób graficzny oraz określony procent w sytuacji gdy taką połączoną funkcjonalność mają wyłącznie radiotelefony jednego producenta, wyposażenie w akumulatory zgodnie z autorską technologią Motorola opisaną w zarzucie nr 1, kiedy to żądanie Zamawiającego o dodatkowo dla użytkownika wystarczający jest jeden, graficzny sposób przedstawiania poziomu naładowania baterii, czym naruszono art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 i ust. 3 ustawy pzp;

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

a) funkcji automatycznego dostosowania czułości toru mikronowego do natężenia otaczającego hałasu oraz automatycznej regulacji głośności w hałaśliwym otoczeniu,

b) 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, 5z

c) funkcja eliminacji szumu tła (tor nadajnika radiotelefonu), który automatycznie dostosowują wzmocnienie toru mikronowego radiotelefonu, dodatkowo wykorzystująca zaawansowaną technologie 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 Motoroli o nazwach SINC+, AGC+ i Noise Suppressor podczas, gdy wszystkie funkcje służą do tego samego celu w głównym pkt. 4.4 OPZ, czyli zapewnieniu wyraźnej fonii w hałaśliwym otoczeniu i istnieją inne technologie zapewniające ten sam efekt funkcjonalny, art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 i ust. 3 ustawy pzp;

5. opisanie 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 od anteny zewnętrznej do takiego samego telefonu w wersji stacjonarnej, zaś jedynym producentem, który oferuje antenę samochodową spełniającą wymogi SIWZ i jednocześnie oznakowaną logo producenta jest Motorola, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 i ust. 3 ustawy pzp;

6. opisanie w pkt. 4.10 wymogu trwałego oznaczenia mało istotnych elementów dostawy takich jak kable, złącza, akcesoria montażowe poprzez nadruki nadruki, etykiety niezmywalną, tłoczenia, 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 ustawy pzp, a także zakazu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który narusza uczciwą konkurencję to jest art, 29 ust. 2 ustawy pzp.

Odwolujący żądał dokonania czynności:

1. powtórzenia czynności opisanie przedmiotu zamówienia przez usunięcie zapisu pkt. 4.9. OPZ jako naruszającym zapisy ustawy i pozostawienie jako wymagań dotyczących ładowarki istniejący pkt. 3.10 OPZ;

2. powtórzenia czynności opisanie przedmiotu zamówienia poprzez usunięcie zapisu pkt. 3.9. I.e OPZ lub dopuszczenie w tym punkcie również mocowania klipsa do obudowy radiotelefonu zamiast do wyłącznie do baterii;

3. powtórzenia czynności opisanie przedmiotu zamówienia poprzez zmianę wymogu posiadania przez wyświetlacz radiotelefonu przenośnego funkcji wskazującej poziom naładowania akumulatora w sposób „graficzny oraz procentowy” na sposób „graficzny lub procentowy”;

4. powtórzenia czynności opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wykreślenie pkt. pkt. 4.4. a, 4.4. b i 4.4.c bądź uczynienie z pkt. pkt. 4.4. a, 4.4. b i 4,4.c alternatywnych,

niezależnych sposobów spełnienia wymogów z pkt. 4.4 OPZ lub dopuszczenie spełnienia wymogów pkt. 4.4. OPZ przez inne technologie zapewniające żądany w tym punkcie efekt funkcjonalny;

5. powtórzenia czynności opisanego przedmiotu zamówienia poprzez zmianę pkt. 5 w taki sposób, aby spośród wymogów tego samego producenta co radiotelefon wykreślić antenę samochodową (tabela nr 2 pkt. 1.2);

6. powtórzenia czynności opisanego 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, mikrofonów biurkowych i zasilaczy, a nie dotyczyło osprzętu pomocniczego, takiego jak klips do paska, kable, złącza, konektory anteny oraz wykreślenia lub precyzyjnym określeniu zawartości merytorycznej kart katalogowych jakie mają być dostarczone Zamawiającemu przed podpisaniem umowy, a także określenie, jakiego rodzaju wymogiem są rzeczony karty katalogowe i jakie mają wpływ na realizację zamówienia”.

Zamawiający uwzględnił zarzuty Odwołującego wyrażonymi w pkt. pkt. 2 - 6 opis przedmiotu zamówienia naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1-3 ustawy pzp i uznał je za zasadne dokonując modyfikacji treści SIWZ. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie zarzutu z pkt. 1.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 sierpnia 2020r. o Sygn. akt KIO 1595/20 pkt. 2:

„Uwzględniła 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 rekalkulacja pojemności akumulatorów”, „system gromadzenia informacji o procesie ładowań”.

W uzasadnieniu wyroku Izba wskazała przykładowy sposób opis pkt.4.9 SIWZ „ładowarki i akumulator do radiotelefonu przenośnego wyposażonych w inteligentny system zarządzania energią rozumiany jako....., poprzez zaoferowanie ładowarki posiadającej funkcję kondycjonowania i rekalkulacji pojemności akumulatorów rozumianej jako..... poprzez

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

Zamawiający zgodnie z sentencją wyroku Krajowej Izby Odwoławczej oraz wskazówkami znajdującymi się uzasadnieniu niniejszym wyroku dokonał w dniu 2 września br. modyfikacji doprecyzując ppkt. 4.9:

„4.9. Ładowarka i akumulatory do radiotelefonu przenośnego wyposażone w inteligentny system zarządzania energią. Poprzez inteligentny system zarządzania energią należy rozumieć:

a) Ładowarka radiotelefonu przenośnego jedno stanowiskowa z możliwością ładowania radiotelefonu z akumulatorem, bądź samego akumulatora Li- Ion i NiMH.;

b) ładowarka posiada możliwość automatycznego rozpoznania stanu naładowania akumulatora i przypisania właściwych parametrów, tj napięcia i natężenia oraz monitorowaniu temperatury akumulatora podczas ładowania;

c) ładowarka z sygnalizacją wizualną całego procesu ładowania w oparciu np. o sygnalizację w formie diody, wyświetlacz ciekło krystaliczny lub inne rozwiązania technologiczne dające możliwość wizualnego określenia procesu ładowania, w tym stanu naładowania baterii,

d) ładowarka powinna posiadać funkcję (kondycjonowania i rekalkibracji) rozumianej jako funkcję regeneracji akumulatora uwzględniająca poziom zużycia (wyeksploatowania) akumulatora, w celu osiągnięcia maksymalnej efektywności pracy akumulatora rozumianej dalej jako funkcja w której ładowarka na podstawie danych zapisanych w pamięci akumulatora pozyskanych z akumulatora potrafi przeprowadzić automatyczne dopasowanie trybu ładowania. Dzięki temu procesowi pojemność ładowanego akumulatora jest wartością rzeczywistą, związaną ze stopniem wyeksploatowania ogniwa a nie wartością nominalną, która jest równa wartości rzeczywistej tylko w przypadku fabrycznie nowych i sprawnych akumulatorów.

e) akumulator powinien być wyposażony w system gromadzenia informacji o procesach ładowań oraz posiadać środki ochronne (układy, rozwiązania kontrolujące pracę baterii litowo-jonowych) poprzez korzystanie z zabezpieczeń różnego typu z dopuszczeniem przynajmniej dwóch niezależnych sposobów na odłączenie zasilania w przypadku przepięcia lub przeciążenia prądowego, co pozwala zapewnić bezpieczeństwo użytkownikom nawet w przypadku awarii jednego z elementów ochronnych.

Wskazane w powyższym opisie funkcjonalności dotyczące zarówno akumulatorów jak i ładowarek posłużą zamawiającemu do efektywnego i rzeczowego planowania dotyczącego wymiany (rotacji) akumulatorów w okresie 10 letniego użytkowania radiotelefonów w Siłach Zbrojnych RP co wiąże się z racjonalnym wydatkowaniem środków finansowych. Dzięki właściwej ocenie stanu eksploatowanego akumulatora zamawiający będzie mógł zaplanować konkretną liczbę akumulatorów do zakupu w kolejnych latach eksploatacji radiotelefonów biorąc pod uwagę faktyczny ich stan wyeksploatowania, które są użytkowane i przechowywane w różnych warunkach.”

Należy zauważyć, iż dokonując w dniu 2 września roku modyfikacji SIWZ, Zamawiający doprecyzował, pojęcia:

1. „inteligentny system zarządzania energią”,
2. „kondycjonowanie i rekalkibracja pojemności akumulatora”,
3. „system gromadzenia informacji o procesie ładowania”.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, wprowadzone i zmienione zapisy SIWZ nie są więc jedynie lakoniczne i nie stanowią powtórzenie poprzedniego opisu przedmiotu zamówienia ujętego innymi słowami.

Jednocześnie należy zauważyć, iż odwołujący nie udowodnił, że wprowadzone zapisy w rzeczywistości uniemożliwiły złożenie oferty. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy pzp ciężar dowodowy spoczywa na tym, kto dąży do poparcia swoich twierdzeń. To Odwołujący twierdzili, że modyfikacja SIWZ była dokonana w sposób niezgodny z wcześniejszym orzeczeniem Izby i uniemożliwia złożenie oferty zgodnej z przepisami ustawy pzp. Jednak poza twierdzeniami, że wyrok Izby został przez Zamawiającego wykonany jedynie pozornie i inna była intencja Izby w powoływanym wyroku Odwołujący w żaden sposób nie dowodzą, że dokonana modyfikacja spowodowała, że przedmiot zamówienia stał się niewykonalny, lub stał się niewykonalny w stopniu wyższym, niż przed modyfikacją, że modyfikacja preferuje konkretnego wykonawcę, czy też narusza uczciwą konkurencję i powoduje, że niemożliwe lub znacznie utrudnione będzie równe traktowanie wykonawców. Odwołujący nie wnosili o przeprowadzenie jakiegokolwiek dowodu w tym zakresie, wskazywali jedynie swoją własną interpretację zapisów SIWZ po dokonanej modyfikacji w dniu 2 września 2020r.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wnosi jak we wstępie odpowiedzi na odwołanie.

W dniu 20 października 2020r. odwołujący złożył pismo procesowe wnosząc o uwzględnienie odwołania, załączając dowody.

PISMO ODWOŁUJACEGO na odpowiedź zamawiającego z dnia 24.09.2020r.

W nawiązaniu do odpowiedzi na odwołanie z dnia 24.09.2020 udzielonej przez Zamawiającego przedstawiamy nasze stanowisko dotyczące zawartych w niej wniosków oraz też.

1. Odwołujący wnosi o oddalenie wniosku o odrzucenie odwołania w trybie art. 189 ust. 2 pkt. 5 ustawy gdyż odwołanie nie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2020r. Sygn. akt KIO 1595/20, lecz czynności nowej.

W treści uzasadnienia wniosku Zamawiający w sposób wybiórczy przytoczył dyspozycje zawarte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2020r. Sygn. akt KIO 1595/20.

Zamawiający stwierdził:

„Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 sierpnia 2020r. Sygn. akt KIO pkt. 2 uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu z pkt. 1 i nakazała Zamawiającemu modyfikację rozdziału III „Opis przedmiotu zamówienia” specyfikacji istotnych warunków zamówienia pkt 4 „Wymagania funkcjonalne” ppkt.4.9 poprzez doprecyzowanie, na czym polegać mają funkcję ładowarki i akumulatora:

„inteligentny system zarządzania energią”, „kondycjonowanie i rekalkibracja pojemności akumulatora”, „ system gromadzenia informacji o procesie ładowania”. W uzasadnieniu wyroku Izba wskazała przykładowy sposób opis pkt.4.9 SIWZ „ładowarki i akumulator do radiotelefonu przenośnego wyposażonych w inteligentny system zarządzania energią rozumiany jako....., poprzez zaoferowanie ładowarki posiadającej funkcję kondycjonowania i rekalkibracji pojemności akumulatorów rozumianej jako....., poprzez zaoferowanie akumulatora wyposażonego w system gromadzenia informacji o procesie ładowania rozumianego jako.....” .

W rzeczywistości Izba orzekła w następujący sposób:

„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 zarządzania energią rozumiany jako....., poprzez zaoferowanie ładowarki posiadającej funkcję kondycjonowania i rekalkibracji pojemności akumulatorów rozumianej jako..... poprzez zaoferowanie akumulatora wyposażonego w system gromadzenia informacji o procesie ładowań rozumianego jako.....”.

Izba wyraźnie podkreśliła, że jedynym mierzalnym czynnikiem, na który powołał się Zamawiający, jest 10 lat trwałości akumulatorów. Sposób dojścia do tej trwałości Izba uznała za nieistotny.

Izba zaproponowała zapis mówiący o niewyłącznym sposobie dojścia do takiego żadanego parametru 10 lat trwałości pisząc „w szczególności”.

Tymczasem Zamawiający zmienił jedynie semantycznie istniejący wcześniej opis uszczegółowiając go o procesy nadal charakterystyczne wyłącznie dla wyrobów MOTOROLA. Ponadto wbrew wytycznym zawartym w wyroku Izby, uczynił to w sposób obligatoryjny. Zamawiający pominął fakt, że w treści uzasadnienia Wyroku z dnia 13 sierpnia 2020r. Sygn. akt KIO 1595/20, Izba wyraźnie zabroniła stosowania wymiennie za nazwy własne, opisów konkretnych procesów charakterystycznych dla danego rozwiązania:

„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.”

Dowód nr 1: Odpis Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2020 roku Sygn. akt, KIO 1595/20

Wskazując na powyższe Odwołujący podnosi, że dokonana przez Zamawiającego czynność opisu przedmiotu zamówienia w zakresie objętym odwołaniem jest czynnością nową, wykonaną w wyniku, lecz niezgodnie z treścią Wyroku KIO, wobec której przysługuje zastosowanie środka ochrony prawnej.

Dlatego wniosek o odrzucenie odwołania w trybie art. 189 ust. 2 pkt. 5 ustawy jako pozbawiony podstaw faktycznych i prawnych, powinien zostać oddalony.

2. Odwołujący podtrzymuje podniesione w treści odwołania zarzuty wskazując jak poniżej.

Bezzasadny jest zarzut Zamawiającego, że Odwołujący nie udowodnił, że nie posiadał możliwości złożenia oferty. Odwołujący podobnie jak inni konkurujący na rynku wykonawcy, został skutecznie pozbawiony możliwości złożenia oferty nie podlegającej odrzuceniu. Dowodem powyższego jest fakt, że oferta została złożona wyłącznie przez Przystępującego.

Dowód: Zbiorcze zestawienie złożonych ofert (w aktach postępowania)

Odwołujący jest podmiotem uczestniczącym w rynku w sposób aktywny. Nie stosuje środków ochrony prawnej wyłącznie dla ich zastosowania, lecz dlatego, że chciałby posiadać możliwość złożenia oferty.

Nie otrzymawszy jej, broni swoich praw zagwarantowanych ustawą.

W odniesieniu do części merytorycznej, Odwołujący wnosi o przeprowadzenie następujących dowodów:

Dowód nr 2: opis technologii Motorola IMPRES,„ dokument pt.:” Inteligentny System Zarządzania Energią: The Motorola IMPRESTM Smart Energy System-white paper”,

Dowód nr 3: Wyciąg z instrukcji opcjonalnego czytnika firmy Motorola pt.: „IMPRES battery reader" wraz z tłumaczeniem oraz zaznaczonymi fragmentami dotyczącymi ich funkcji wobec akumulatorów Li-Ion.

Dowód nr 4: wyciąg z instrukcji firmy Motorola IMPRESS Battery reader user guide, str 56 (General Battery Care and Tips, pkt 1 zdanie zaznaczone na żółto) potwierdzającej fakt braku efektu pamięci w akumulatorach Li-Ion.

na okoliczność wykazania, że zastosowany przez Zamawiającego nowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie objętym niniejszym odwołaniem, jest opisem opatentowanej technologii producenta MOTOROLA.

Zamawiający twierdzi, iż Odwołujący nie przedstawił dowodów na fakt iż opisana w pkt 4.9 OPZ funkcjonalność jest technologią firmy Motorola. W treści odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1595/20. Odwołujący zamieścił stosowny dowód, poprzez przedstawienie dokumentem nie będących wydrukami z internetu ale kopią dokumentacji technicznej producenta Motorola, w której jasno jest napisane, iż jest to technologia unikalna dla tego producenta której funkcjonalność odpowiada w 100% treści pkt 4.9 OPZ. Dowód ten, oznaczono w niniejszym piśmie numerem 2.

Zgodnie z treścią pkt 3.3.b OPZ przedmiotem zamówienia są radiotelefony zgodne z DMR TIER II. DMR (Digital Mobile Radio) to nazwa standardu ustanowionego przez Europejski Instytut Systemów Telekomunikacyjnych (ETSI) — instytucję standaryzacyjną Międzynarodowej Unii Telekomunikacyjnej (ITU). Normy stanowione przez tę instytucję stanowią prawo w zakresie sprzętu elektronicznego i elektrycznego i określają warunki, jakim musi sprostać każdy sprzęt oferowany na wspólnym rynku telekomunikacyjnym. Emanacją spełnienia tych norm w odpowiednim zakresie dotyczącym konkretnego wyrobu jest oznaczenie CE. W zakresie DMR, szczegółowymi normami regulującymi wymagania jest zestaw norm ETSI TS 102 361, ETSI TR 102 398, ETSI TR 102 335, ETSI TS 102 362, ETSI TR 102 335-2 oraz dyrektywa 2014/53/EU (RED — Radio Equipment Directive). Żądany w pkt 4.9 system nie jest częścią tego standardu i nie występuje w ogóle standard opisujący taki system stąd konkluzja poparta załączonym do odwołania dowodem iż opis przedmiotu zamówienia w tym punkcie wymienia zabronione przez ustawę zapisy powołujące się na szczególne technologie oferowane przez jednego producenta, które wykraczają poza wspomniany standard. Wskazać należy, iż zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą nawet dopuszczenie rozwiązań równoważnych nie może wiązać się z koniecznością wykazania zgodności co do wszystkich szczegółowych parametrów danego elementu przedmiotu zamówienia, gdyż w takim przypadku dopuszczenie rozwiązań równoważnych należałoby uznać jedynie za pozorne. Jednak Zamawiający w tym postępowaniu nawet nie dopuścił żadnych rozwiązań równoważnych, ponadto Zamawiający nadal nie opisał dokładnie, za pomocą zrozumiałych określeń, norm i systemów odniesienia, na czym żądane przez niego funkcjonalności miałyby się opierać. Zamawiający ograniczył się jedynie do marketingowego opisu, nie zagłębiając się w szczegóły technologii, jakiej rzekomo niezbędnie potrzebuje. Dowodem na to jest sposób sformułowania nowej treści punktu 4.9, poprzez wielokrotnie złożone odniesienia jednych technologii do innych, przy czym przywołanie tych technologii w taki sposób, w jaki uczynił to Zamawiający w nowym brzmieniu punktu 4.9 nie ma żadnego

merytorycznego sensu, gdyż Zamawiający wywodzi konieczność stosowania jednej technologii z innej itd., podczas gdy wymienione technologie się wzajemnie wykluczają i dotyczą zupełnie odmiennych procesów i typów akumulatorów.

W tym miejscu Odwołujący wyjaśnia, iż w literaturze fachowej pojęcia użyte przez Zamawiającego w opisie pkt 4.9 OPZ tłumaczone są następująco:

1. Regeneracja - Regeneracja baterii to proces polegający na wysłaniu impulsów elektrycznych o dużej mocy, które rozkładają warstwę krystaliczną utworzoną przez amorficzny siarczan ołowiu. Wymaga specjalnie zaprojektowanego urządzenia. Pod koniec procesu siarczan ołowiu z procesu elektrolizy jest ponownie przekształcany w kwas siarkowy, a płytki są odtwarzane. Bateria powraca do swojego pierwotnego stanu. Następujące trzy technologie mogą skorzystać z regeneracji baterii:

- Kwasowo-ołowiowe otwarte, pozostawiając dostęp do kompensacji utraty wody przez dodanie płynu. Akumulatory otwarte są dostępne w trzech typach akumulatorów wymienionych powyżej: akumulator rozruchowy, akumulator wolno rozładowujący się, akumulator stacjonarny.
- AGM (Absorbed Glass Mat), w której warstwa włókna szklanego absorbuje elektrolit. Ta technologia jest używana głównie w kontekście akumulatorów rozruchowych.
- Akumulator żelowo-elektrolitowy, z którego nie wypływa kwas, jest uważany za technikę związaną z akumulatorem głęboko rozładowanym, nadającą się do zastosowań tego typu.

Wszystkie 3 typy to akumulatory samochodowe proces ten nie ma w ogóle nic wspólnego z akumulatorami Litowo-jonowymi będącymi przedmiotem zamówienia.

2. Kondycjonowanie — jest to proces polegający na kilkukrotnym rozładowaniu/naładowaniu nowej baterii w celu uzyskania optymalnej pojemności. Ma on zastosowanie do baterii typu Ni-CD oraz (w mniejszym stopniu) NiMh. Jest za to wręcz niezalecany dla baterii Litowo-jonowych jakie są przedmiotem zamówienia, ponieważ głębokie rozładowanie jest jedną z najczęstszych przyczyn awarii takich baterii.

3. Rekalibracja — jest to proces który pozwala na okresową korektę tzw. „wskaźnika naładowania” (czyli wskaźnika naładowania baterii widocznego dla użytkownika np. na ekranie telefonu) tak, aby stan pełnego naładowania wskazywał rzeczywisty poziom naładowania baterii, tzw SoC State of Charge. (stan naładowania). Jest to proces który w większości urządzeń na rynku odbywa się w czasie normalnej eksploatacji, kiedy raz na jakiś czas bateria rozładuje się całkowicie i następnie zostanie całkowicie naładowana. Ten

proces odnosi się wyłącznie do baterii Litowo jonowych. Sposób realizacji tej funkcji wskazany przez Zamawiającego, tj. poprzez specjalną ładowarkę oraz specjalny akumulator z pamięcią, które czynią to tylko same ze sobą jest jednym ze sposobów na spełnienie tej funkcji, opatentowany przez producenta Motorola. W innych rozwiązaniach inteligencję przejmuje sam n.p. radiotelefon gdy jest do niego podłączona bateria i przeprowadza proces „rekalibracji”, o ile jest potrzebny.

Zamawiający sformułował obecnie treść punktu 4.9 m.in. w następujący sposób:

„Ładowarka powinna posiadać funkcję (kondycjonowania i rekalkibracji) rozumianej jako funkcję regeneracji akumulatora uwzględniająca poziom zużycia (wyeksploatowania) akumulatora, w celu osiągnięcia maksymalnej efektywności pracy akumulatora rozumianej dalej jako funkcja w której ładowarka na podstawie danych zapisanych w pamięci akumulatora pozyskanych z akumulatora potrafi przeprowadzić automatyczne dopasowanie trybu ładowania”

Konstrukcja logiczna obecnego brzmienia zmodyfikowanej treści spornego punktu jest więc następująca: Przedmiot powinien mieć technologie A i B, rozumiane dalej jako technologia C i dalej powinny być one rozumiane jako technologia D i jeszcze dalej powinna być rozumiana jako technologia E.

Obrazowo mówiąc — opis oznacza to samo co: Przedmiot powinien być okrągły i kwadratowy, dalej rozumiany jako żółty, dalej rozumiany jako metalowy i dalej rozumiany jako lekki.

Takie zdanie z logicznego punktu widzenia nie ma żadnego sensu, natomiast z technologicznego punktu widzenia przywołuje zupełnie odmienne technologie jako tożsame i wynikające jedna z drugiej, co jest absurdem.

Ładowarka wg Zamawiającego:

powinna posiadać funkcję (kondycjonowania i rekalkibracji) (proces kondycjonowania nie ma zastosowania w ogniach będących przedmiotem zamówienia) dalej te dwa procesy mają być „rozumiane jako funkcja regeneracji akumulatora uwzględniająca poziom zużycia (wyeksploatowania) akumulatora, w celu osiągnięcia maksymalnej efektywności pracy akumulatora” — (proces regeneracji pojemności nie ma zastosowania do akumulatorów Li-Ion będących przedmiotem zamówienia a ponadto akumulatory Li-Ion nie ulegają zużyciu polegającemu na utracie pojemności) i dalej wszystkie poprzednie (?) procesy mają być rozumiane „jako funkcja w której ładowarka na podstawie danych zapisanych w pamięci akumulatora pozyskanych z akumulatora potrafi przeprowadzić automatyczne dopasowanie trybu ładowania” — proces automatycznego dopasowania trybu ładowania potrafi

przeprowadzić KAŻDA ładowarka do akumulatorów Litowo-jonowych jakie są przedmiotem zamówienia ponieważ taka jest ogólna natura tych ogniwi i ich technologii ładowania. Nie jest potrzebna do tego żadna pamięć wbudowana w akumulator, będąca dodatkiem wprowadzonym przez producenta Motorola.

Powstaje zatem pytanie, czy skoro Zamawiający nie wie czego tak naprawdę potrzebuje i jak dokładnie ma taka funkcja działać, to czy jest mu ona rzeczywiście niezbędnie potrzebna? Jak już Odwołujący udowodnił w pierwszym Odwołaniu, każda ładowarka której używa się do ładowania akumulatorów typu Li-Ion, jakie są przedmiotem zamówienia, posiada jakiś rodzaj „inteligencji”, w postaci mikroprocesorowego sterownika, gdyż bez tego ładowanie takich akumulatorów w sposób prawidłowy i bezpieczny nie byłoby w ogóle możliwe. „Inteligencja” ta ma na celu kontrolę procesu ładowania pod kątem odpowiedniego napięcia, prądu i temperatury. Ładowarki wyposażone w taki rodzaj „inteligencji” wskazują czy akumulator jest sprawny czy uszkodzony, czy trwa ładowanie, czy zostało ono zakończone oraz wskazują również kiedy akumulator osiąga określoną pojemność podczas ładowania. Jest to wystarczający poziom „inteligencji” ładowarki niezbędny do prawidłowej obsługi akumulatora. Zresztą opisana wyżej „inteligencja” znajduje się w każdej ładowarce, jaka w dzisiejszej dobie smartfonów, komputerów i tabletów jest powszechnie dostępna. Powstaje pytanie, dlaczego producenci tysięcy urządzeń powszechnego użytku nie stosują żądanych przez Zamawiającego „inteligentnych technologii zarządzania energią”? Odpowiedź jest prosta — bo nie są one niezbędne a podnoszą tylko koszty sprzętu. Spowodowane jest to powszechnie znanym i przytoczonym już wcześniej faktem, iż akumulatory Litowo-jonowe nie tracą pojemności, więc np. żądanie pomiaru przez ładowarkę ich pojemności jest zbędną szykaną, albowiem pojemność ta zawsze będzie zgodna z nominalną, umieszczoną na naklejce znamionowej akumulatora, dopóki będzie on sprawny. Akumulator taki, z racji swojej konstrukcji i użytej technologii elektrochemicznej nie traci bowiem pojemności w czasie. Po średniej ilości 500 cykli ładowania przestanie być w ogóle użyteczny i należy go wymienić. Wystarczy zatem, że urządzenie ładujące poda informację o konieczności wymiany akumulatora z powodu jego zużycia, w dowolny zrozumiały sposób.

Odwołujący podnosi w tym miejscu, że zamierzał zaoferować ładowarkę, która posiada m.in. następujące cechy:

„Inteligentny”, automatyczny proces ładowania oparty na mikroprocesorze kontrolujący czas ładowania, napięcie, prąd oraz temperaturę akumulatora, posiadającą układy zabezpieczające przed przeładowaniem i nadmierną temperaturą, oraz umożliwiającą okresową rekalkulację wskaźnika naładowania i ponadto czyni to bez konieczności posiadania pamięci akumulatorów i komunikacji danych w nich zapisanych z ładowarką, co

zdaniem Odwołującego spełnia cel jaki Zamawiający przedstawił w zmodyfikowanej treści pkt 49 a mianowicie, a mianowicie „potrafi przeprowadzić automatyczne dopasowanie trybu ładowania”,

Ponad te cechy wykraczają w związku z tym zbędne wymogi w postaci „funkcji kondycjonowania, regeneracji” oraz „danych zapisanych w pamięci akumulatora pozyskanych z akumulatora”. Te dwa wymogi eliminują z postępowania całą konkurencję zewnętrzną dla wyrobów Motorola, co zresztą się stało gdyż jedyną ofertę w tym postępowaniu złożył przedstawiciel firmy Motorola.

Kwestionowane zapisy pkt 4.9 OPZ w brzmieniu zmienionym są zatem wymaganiem niezachowującym neutralności technologicznej i wskazującym na konkretny sposób rozwiązania wymaganej funkcjonalności a przez to na konkretnego producenta. Kwestia naruszania zasady uczciwej konkurencji podlega badaniu i ocenie pod względem stopnia ograniczenia możliwości uzyskania zamówienia dla zidentyfikowanego kręgu wykonawców obecnych na rynku, co bezpośrednio ma się przekładać na nieuzasadnione preferowanie i ułatwianie przez zamawiającego innym podmiotom uzyskania zamówienia. Jako podstawowe kryterium i punkt odniesienia przy ocenie powyższego można wskazać identyfikację i określenie kręgu podmiotów, które dane postanowienia siwz preferują/dyskryminują oraz skonfrontowanie powyższego i odniesienie do uzasadnionych i obiektywnych potrzeb zamawiającego, które w skrajnych wypadkach mogą prowadzić nawet do konieczności zupełnego wyeliminowania konkurencji w danym zamówieniu (np.: udzielenia zamówienia z wolnej ręki). A contrario uznać należy, iż nadmierne ograniczenie dostępu do zamówienia czy stwarzanie przez zamawiającego bardziej korzystnych warunków dla określonych wykonawców, zarówno bezpośrednio, jak i pośrednio, (poza przewidzianymi w przepisach ustawy) w przypadku gdy brak ku temu rzeczowego uzasadnienia, stanowiło będzie naruszenie ww. zasad ustawy. Dopuszczalny stopień ograniczenia dostępu do zamówienia i preferowania jednych wykonawców kosztem innych rósł będzie wraz ze wzrostem znaczenia i wagi potrzeb zamawiającego, które tego typu ograniczenia będą dyktować i uzasadniać. I na odwrót: im mniejszy faktyczny stopień ograniczenia konkurencji przy danym zamówieniu, tym proporcjonalnie mniejsze mogą być potrzeby zamawiającego uzasadniające takie ograniczenie. Jakikolwiek ograniczenie konkurencji musi się więc opierać się na realnych i proporcjonalnych powodach, które stopień tego ograniczenia będą sankcjonować i uzasadniać. W tym konkretnym przypadku zamawiający nie potrafi nawet przekonująco uzasadnić potrzeby jaką kierował się przy formułowaniu treści pkt 4.9 OPZ., a jedyną konkretną potrzebę, tj. zdolność do „automatycznego dopasowania trybu ładowania” można zapewnić poprzez różne rozwiązania, niekoniecznie opatentowane przez producenta Motorola.

Żądanie tej technologii jest zatem wyłącznie szykaną z punktu widzenia uczciwej konkurencji.

Wskazując na powyższe Odwołujący podtrzymuje swoje stanowisko zawarte w odwołaniu oraz żądania z nim związane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Zamówienie dotyczy

„Dostawa radiotelefonów przenośnych, stacjonarnych, przewoźnych wraz z ukompletowaniem, programatorami i antenami do nich na rzecz 24 WOG w Giżycku”, numer sprawy 45/2020,

Ogłoszenie opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 08 maja 2020 roku pod numerem 559406-N-2020, Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest dostępna na stronie internetowej <http://platformazakupowa.pl/pn/24wog>.

Informacje ogólne co do stanu faktycznego i prawnego sprawy odwoławczej

Izba powyżej przedstawiła stanowiska stron zaprezentowane w:

1. odwołaniu z dnia 07.09.2020r. z podaniem zarzutów, żądań i ich uzasadnienia faktycznego i prawnego,
2. odpowiedzi na odwołanie z dnia 24.09.2020r. z przedstawieniem wniosku o odrzucenie alternatywnie o oddalenie odwołania, przebiegiem postępowania przed zamawiającym i Izba (Sygn. akt KIO 1595/20), wykonaniem wyroku, jak i argumentacją faktyczną i prawną,
3. piśmie odwołującego z dnia 20.10.2020r., złożonym w związku z odpowiedzią na odwołanie, odnoszącym się do wniosku o odrzucenie odwołania jak i stanu faktycznego i prawnego w związku z wykonaniem wyroku o Sygn. akt KIO 1595/20.

Zaskarżone przez odwołującego czynności zamawiającego z dnia 02.09.2020r., odnoszą się do wykonania wyroku Izby z dnia 13.08.2020r. w sprawie o Sygn. akt KIO 1595/20.

Odwołujący w niniejszym postępowaniu odwoławczym wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w opisie przedmiotu zamówienia, przez skreślenie wyspecyfikowanych zwrotów użytych w opisie przedmiotu zamówienia, precyzując swoje żądania do pkt III opis funkcjonalności ppkt 4.9. dotyczący opisu funkcjonalności ładowarki oraz akumulatora radiotelefonów, które są przedmiotem zamówienia.

Izba wyjaśnia, że odwołujący w pierwszej sprawie odwoławczej (Sygn. akt KIO 1595/20) zakwestionował łącznie 6 (sześć) punktów swiz co do opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający udzielając odpowiedzi na odwołanie uwzględnił pięć z sześciu zarzutów pierwszego odwołania, wnosząc o oddalenie zarzutu 1 (pierwszego) odwołania.

W zakresie uwzględnionych zarzutów Izba w sprawie o Sygn. akt KIO 1595/20 umorzyła postępowanie co do uwzględnionych zarzutów od 2 do 6 podniesionych zarzutów. Zarzut nr 1 odwołania Izba uwzględniła, nakazując zamawiającemu zmiany w tym zakresie.

Izba wyjaśnia, że w poprzednio toczącym się postępowaniu odwoławczym (Sygn. akt KIO 1595/20) nie wniesiono sprzeciwu z racji uwzględnienia odwołania w części (pkt 2-6 odwołania) przez zamawiającego, ponieważ do postępowania po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca.

Przystąpienie wykonawcy po stronie zamawiającego

Izba wyjaśnia, że w niniejszym postępowaniu skutecznie przystąpił wykonawca po stronie zamawiającego, który złożył w postępowaniu ofertę i to jako jedyny wykonawca. Do zgłoszonego przystąpienia w postępowaniu odwoławczym żadna ze stron nie zgłosiła zastrzeżeń natury formalnej to jest w zakresie terminu przystąpienia, formy przystąpienia jak i przekazania kopii przystąpienia czy to odwołującemu, czy to zamawiającemu.

Izba również stwierdza prawidłowość przystąpienia z uwzględnieniem przesłanek wynikających z art.185 ust.2 ustawy.

Natomiast odwołujący zgłosił opozycję przeciw przystąpieniu podnosząc, że wykonawca zgłaszający przystąpienie nie ma interesu w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego. Swoje stanowisko przede wszystkim wykazywał zakresem zarzutów oraz żądań wniesionego odwołania. Zdaniem odwołującego uwzględnienie odwołania przez Izbę nie zmieni sytuacji przystępującego, który w ramach zarzutów i żądań odwołującego nie straci możliwości i podstaw do złożenia oferty. W ocenie odwołującego, w przypadku uwzględnienia odwołania,

nie będzie miało to wpływu na możliwość złożenia oferty przez zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego. Bowiem odwołujący domaga się żeby zamawiający poszerzył konkurencyjność postanowień, które opisują przedmiot zamówienia. W aktualnej sytuacji to jak twierdzi odwołujący, nie może złożyć oferty z uwagi na opis przedmiotu zamówienia. Odwołujący domaga się skreślenia z opisu przedmiotu zamówienia, wyspecyfikowanych w odwołaniu postanowień siwz, które uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty, a z kolei przystępujący spełnia opisane warunki jako jedyny wykonawca, który spełnia warunki opisane w siwz, których skreślenia domaga się odwołujący. Jeżeli chodzi o zamawiającego to wnosił o nie uwzględnienie zgłoszonej przez odwołującego opozycji. Z kolei wykonawca zgłaszający przystąpienie podnosił, że zarzuty i żądania są nieuprawnione, ponieważ według niego nie tylko on ale inni wykonawcy spełniają warunki opisu przedmiotu zamówienia i wymieniał dwóch innych wykonawców. Argumentem, który podnosił odwołujący była również okoliczność, że ofertę złożył tylko jeden wykonawca to jest zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego. Z kolei zamawiający odpierał ten zarzut odwołującego wskazując, że zainteresowanych złożeniem ofert było dwóch innych jeszcze wykonawców, ale ze względu na przedłużające się postępowanie potwierdził docelowo dnia 7 września 2020r. tylko jeden wykonawca składając ofertę, to jest zgłaszający przystąpienie po jego stronie.

Izba oceniając wniesioną opozycję przede wszystkim wzięła pod uwagę, czy rzeczywiście wskutek rozstrzygnięcia odwołania na korzyść odwołującego, zgłaszający przystąpienie, będzie mógł złożyć ofertę. Oceniając charakter zarzutów i żądań Izba stwierdza, że wskutek żądań skreślenia opisanych w zarzutach opisów przedmiotu zamówienia, co do zasady mniej precyzyjnie będzie opisany przedmiot zamówienia. W związku z tym poszerzy się zakres możliwych ofert przez potencjalnych wykonawców. Podsumowując będzie zwiększona konkurencja ofertowa, a czym zamawiający powinien być zainteresowany. Biorąc pod uwagę stanowisko zamawiającego, w odpowiedzi na odwołanie, w którym wnosił o oddalenie odwołania, czyli jego nie uwzględnienie to wprost oceniając tę sytuację należało by stwierdzić, że wykonawca zgłaszający przystąpienie ma wspólny interes z zamawiającym to jest w żądaniu oddalenia odwołania, ponieważ skoro odwołujący nie będzie mógł złożyć oferty to wykonawca przystępujący pozbawia się konkurenta (odwołującego). Niemniej mając na uwadze obowiązujące zasady uczciwej konkurencji (art.7 ust.1 ustawy) i efekt rozszerzenia konkurencji wskutek uwzględnienia odwołania, jak i możliwość nadal składania oferty przez przystępującego to jest po skreśleniu podnoszonych w odwołaniu postanowień siwz, to szanując zasady art.7 ust.1 ustawy należałoby uwzględnić opozycję.

Niemniej Izba przy rozstrzygnięciu opozycji wzięła również pod uwagę inne okoliczności w sprawie to jest, że pierwotny termin składania ofert był wyznaczony na 16.07.2020r., termin

związania ofertą wynosił 30 dni i ostatecznie po rozstrzygnięciu w sprawie o Sygn. akt KIO 1595/20 z dnia 13 sierpnia 2020, zmianie siwz w dniu 02.09.2020r i terminie składania ofert 07.09.2020r. ostatecznie ofertę złożył tylko przystępujący wykonawca. Natomiast według oświadczenia zamawiającego było zainteresowanych z przystępującym trzech wykonawców. Również znaczenie przy rozpoznaniu opozycji miała okoliczność, że w przypadku uwzględnienia odwołania będzie unieważnione postępowanie prowadzone przez zamawiającego, na co powoływał się przystępujący. W tej powyżej opisanej sytuacji postępowania przetargowego Izba uznała, że zgłaszający przystąpienie ma żywotny interes popierania zamawiającego w kierunku oddalenia odwołania. Bowiem rozstrzygnięcie na korzyść zamawiającego gwarantuje przystępującemu szansę na uzyskanie zamówienia co w ocenie Izby przekłada się na interes przystępującego w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego.

W tak opisanej sytuacji faktycznej i prawnej w ocenie Izby przystępujący ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, ponieważ oddalenie odwołania, a tego żąda zamawiający, daje mu szansę na uzyskanie zamówienia. W przeciwnym przypadku to jest uwzględnienia odwołania i koniecznością unieważnienia postępowania zgłaszający się wykonawca po stronie zamawiającego traci szansę na uzyskanie zamówienia, a przecież złożył ofertę i to jako jedyny wykonawca. Izba taką sytuację to jest w przypadku uwzględnienia odwołania kwalifikuje do art.93 ust.1 pkt 7) ustawy to jest do obowiązku unieważnienia postępowania przez zamawiającego.

W związku z powyższym Izba postanowiła o dopuszczeniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłaszającego się wykonawcę, oddalając opozycję zgłoszoną przez odwołującego w rozumieniu art.185 ust.4 ustawy.

Termin do wniesienia odwołania (art.182 ust.1 pkt 2 ustawy) i interes w uzyskaniu zamówienia po stronie odwołującego (art.179 ust.1 ustawy)

Powyższe kwestie Izba rozstrzygnęła pozytywnie dla odwołującego, o czym wskazała, prezentując w pierwszej części uzasadnienia zarzuty, żądania i uzasadnienie faktyczne i prawne odwołania.

Wniosek o odrzuceniu odwołania

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie jak i na posiedzeniu, popierany przez przystępującego po jego stronie, złożył wniosek o odrzucenie odwołania, posługując się podstawą, jaka wynika z art.189 ust.1 pkt 5 ustawy. Według zamawiającego wykonał on wyrok Izby o Sygn. akt KIO 1595 /20 zgodnie z nakazem zawartym w tym wyroku to jest zmianą opisu przedmiotu zamówienia, przez doprecyzowanie pojęć wymienionych w tym wyroku. Natomiast odwołujący posłużył się argumentacją, że jest to po pierwsza czynność, która tworzy nowy stan faktyczny i prawny w sprawie, w związku z nakazem w wyroku zmiany opisu przedmiotu zamówienia. Po drugie w skrajnych wypadkach zamawiający mógłby dokonać czynności powołując się na wyrok, wykonując go przez powtórzenie w tożsamy sposób np. co do treści opisu przedmiotu zamówienia jak w czynności, która została zaskarżona i nakazano jej zmianę. Przystępujący jako poparcie dla wniosku zamawiającego rozszerzył podstawę do odrzucenia przywołując art.189 ust.2 pkt 4 ustawy, gdzie jest mowa o powoływaniu się na te same okoliczności, które były już przedmiotem wcześniejszego rozpoznania w innym odwołaniu (KIO 1595/20) to jest tego samego postępowania i przez tego samego odwołującego. Okolicznościami tymi samymi wskazywanymi przez przystępującego jest opis przedmiotu zamówienia w zakresie zaskarżonym przez odwołującego w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 1595/20, gdzie Izba nakazała doprecyzowanie definicji określających przedmiot zamówienia. Izba rozważając argumentację zarówno zamawiającego jak i jego wspierającego przystępującego oraz odwołującego rozważyła ten wniosek mając również na uwadze, treść art.189 ust.3 ustawy, który dopuszcza do udziału w posiedzeniu strony, świadków lub biegłych. Niemniej Izba wzięła pod uwagę, że odwołujący w piśmie z dnia 20.10.2020r., stanowiącym odpowiedź na pismo zamawiającego - odpowiedź na odwołanie z dnia 24.09.2020r., złożył dowody w postaci dokumentów, mających wykazać zasadność jego zarzutów jak i żądań podniesionych w odwołaniu, a kwestionujących zgodność czynności zamawiającego z treścią wyroku Izby (KIO 1595/20). Izba uwzględniła treść art.190 ust.1 ustawy zgodnie z którym dowody w tym dowody z dokumentów (art.190 ust.3 ustawy) przeprowadza się na rozprawie to jest formalnie nawet aż do zamknięcia rozprawy, w związku z treścią art.189 ust.3 ustawy, dopuszczającym na posiedzenie strony, świadków lub biegłych. Ponadto Izba podzieliła pogląd odwołującego, że w wyniku wykonania wyroku powstają nowe okoliczności faktyczne i prawne, zwłaszcza wobec treści wyroku, który nakazuje doprecyzowanie pojęć, nie wskazując ich zakresu, treści, sposobu doprecyzowania.

W tym stanie rzeczy Izba odmówiła zamawiającemu, wspieranemu przez przystępującego po jego stronie, uwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania, zarówno na podstawie pkt.5 i pkt 4 ust.2 art.189 ustawy, kierując rozpoznanie zarzutów i żądań odwołania, jak i dowodów z dokumentów na rozprawie (art.189 ust.4 ustawy).

Rozpoznanie zarzutów i żądań odwołania

W związku z tym, że będące przedmiotem rozpoznania odwołanie z dnia 07.09.2020r. dotyczy nie wykonania Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13.08.2020r. w sprawie o Sygn. akt KIO 1595/20, poniżej zestawione zostaną zarzuty, żądania obydwu odwołań.

W przedmiotowej sprawie odwołujący zaskarżył czynność zamawiającego na:

1. ponowny opis przedmiotu zamówienia w zmodyfikowanym pkt. 4.9d OPZ i SIWZ przez bezwzględne wymaganie spełnienia podstawowego celu dotyczącego funkcjonalności ładowarki w nim określonego, tj. „przeprowadzenia automatycznego dopasowania trybu ładowania” za pomocą wyłącznie jednego technologicznego procesu opisanego jako proces w którym ładowarka „powinna posiadać funkcję (kondycjonowania i rekalkibracji) rozumianej jako funkcję regeneracji akumulatora uwzględniająca poziom zużycia (wyeksploatowania) akumulatora, w celu osiągnięcia maksymalnej efektywności pracy akumulatora rozumianej dalej jako funkcja w której ładowarka na podstawie danych zapisanych w pamięci akumulatora pozyskanych z akumulatora potrafi przeprowadzić automatyczne dopasowanie trybu ładowania, co nie jest opisem przedmiotu zamówienia neutralnym technologicznie wyrażonym za pomocą norm i układów odniesienia, nadto nie podaje się weryfikacji z powodu braku podania norm odniesienia oraz nadal wskazuje na konkretną technologię jednego producenta opisaną innymi słowami niż w poprzednim brzmieniu SIWZ którego zmianę nakazało KIO w wyroku o Sygn. akt KIO 1595/2020, ponadto jest niejasne, niedookreślone oraz niezwiązane z celem, podstawą zamówienia wyrażonym w pkt. 4.9 tj. „efektywnego i rzeczowego planowania dotyczącego wymiany (rotacji) akumulatorów” i nie umożliwia zaoferowania odpowiedniego produktu bez narażenia się na ryzyko odmiennej interpretacji znaczenia tego wymogu i dodatkowo wymóg ten już został opisany w nowym brzmieniu pkt. 4.9b OPZ i SIWZ, czym naruszono przepis art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1,2 i 3 oraz art. 30 ust.1 ustawy pzp

2. opisanie przedmiotu zamówienia w pkt 4.9e OPZ i SIWZ przez bezwzględne wymaganie określonych cech akumulatora w postaci posiadania przez niego bliżej nieokreślonej, niejasnej i nie mającej oparcia w żadnym racjonalnym celu funkcjonalności w postaci „systemu gromadzenia informacji o procesach ładowań” sugerując konieczność wyposażenia akumulatora w jakiś niedookreślony rodzaj pamięci nieulotnej w sytuacji, kiedy wystarczające z technologicznego punktu widzenia do osiągnięcia celu opisanego w tym punkcie tj. aby „pojemność ładowanego akumulatora jest wartością rzeczywistą, związaną ze stopniem wyeksploatowania ogniwa a nie wartością nominalną, która jest równa wartości rzeczywistej tylko w przypadku fabrycznie nowych i sprawnych akumulatorów” są dalsze

warunki opisane w tym punkcie, oraz istnieją inne technologie prowadzące do tego samego celu, czym narusza przepis art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1,2 i 3 ustawy pzp.

Na podstawie tak dwóch sformułowanych zarzutów odwołujący żąda dokonania przez zamawiającego następujących czynności:

1. powtórzenia czynności opisanego przedmiotu zamówienia przez usunięcie zapisu pkt. 4.9d. OPZ i SIWZ następującego fragmentu zadania „powinna posiadać funkcję (kondycjonowania i rekalkulacji) rozumianej jako funkcję regeneracji akumulatora uwzględniającą poziom zużycia (wyeksploatowania) akumulatora, w celu osiągnięcia maksymalnej efektywności pracy akumulatora rozumianej dalej jako funkcja w której ładowarka na podstawie danych zapisanych w pamięci akumulatora pozyskanych z akumulatora” jako naruszającym zapisy ustawy i pozostawienie jako wymagań dotyczących ładowarki istniejącego pozostałej treści tego punktu lub dopuszczenie spełnienia celu za pomocą innych, równoważnych do opisanej technologii;
2. powtórzenia czynności opisanego przedmiotu zamówienia przez usunięcie zapisu pkt. 3.9.1.e OPZ i SIWZ fragmentu „być wyposażony w system gromadzenia informacji o procesach ładowań” pozostawiając pozostałe wymagania;

Izba dokonując merytoryczne rozpoznania przedmiotowych zarzutów jak i żądań, w kontekście uprzednio wydanego wyroku dnia 13.08.2020r. o Sygn. akt KIO 1595/20 i podnoszonej argumentacji odwołującego o nie wykonaniu tegoż wyroku zgodnie z jego treścią dokonała badania i oceny czynności zamawiającego w kontekście nakazu wynikającego z powyższego wyroku Izby.

Wyrok Izby z dnia 13.08.2020r. o Sygn. akt KIO 1595/20 został wydany w związku wniesionym odwołaniem, przez tożsamego odwołującego jak w przedmiotowej sprawie, w dniu 13 lipca 2020r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego to jest na dostawę radiotelefonów przenośnych, stacjonarnych, przewoźnych wraz z ukompletowaniem, programatorami i antenami do nich na rzecz 24 WOG w Giżycku, (post. nr 45/2020) gdzie zarzucono zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy przy:

1. opisanie przedmiotu zamówienia w pkt. 4.9 OPZ przez bezwzględne wymaganie określonych funkcjonalności dotyczących ładowarki i akumulatora w postaci bliżej nieokreślonego „inteligentnego systemu zarządzania energią”, nieokreślonej „funkcji

kondycjonowania i rekalkulacji pojemności akumulatora” oraz wyposażenia akumulatorów w „system gromadzenia informacji o procesie ładowania”, które to funkcjonalności są opisane przez działania autorskiego Inteligentnego Systemu Zarządzania Energią Motorola IMPRES oferowanego wyłącznie przez producenta Motorola, bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych i bez opisanie 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. ust. 1-3 oraz art. 30 ust. 1 ustawy pzp;

W odwołaniu z dnia 13 lipca 2020r. zarzuty odwołania dotyczyły jeszcze kolejnych pięciu punktów opisów przedmiotu zamówienia, których Izba nie cytuje, ponieważ jak już wyżej wzmiankowano zostały one uwzględnione przez zamawiającego i nie wniesiono sprzeciwu z racji, że zamawiający występował w sprawie bez udziału przystępującego po jego stronie wykonawcy. Podsumowując pozostał Izbie do rozpoznania zarzut odnoszący się do wymaganych funkcjonalności ładowarki i akumulatora.

Co do żądań podniesionych w odwołaniu z dnia 13 lipca 2020r. to uwzględniając wycofane zarzuty odwołujący we wniesionym odwołaniu żądał dokonania czynności:

1. powtórzenia czynności opisanego przedmiotu zamówienia przez usunięcie zapisu pkt. 4.9. OPZ jako naruszającym zapisy ustawy i pozostawienie jako wymagań dotyczących ładowarki istniejący pkt. 3.10 OPZ;

Zamawiający uwzględniając zarzuty odwołującego wyrażone w pkt. 2 - 6 i żądania opisane do tychże punktów opisu przedmiotu zamówienia, ze wskazaniem naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. ust. 1-3 ustawy dokonał modyfikacji treści SIWZ, informując o tym w odpowiedzi na odwołanie.

Jednocześnie zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie zarzutu z pkt. 1 zarzutów, czyli odnoszącego się do wymaganych w opisie przedmiotu zamówienia funkcjonalności ładowarki i akumulatora.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 sierpnia 2020r. o Sygn. akt KIO 1595/20 w pkt. 2 wyroku orzekła następująco:

„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 rekalkibracja pojemności akumulatorów”, „ system gromadzenia informacji o procesie ładowań”.

W uzasadnieniu wyroku Izba wskazała na nie nienumerowanej 12 stronie uzasadnienia przykładowy sposób opis pkt.4.9 SIWZ. Zdanie zaczynając „Jedyną konkretną potrzebą, którą wyartykułował zamawiający w toku rozprawy to oczekiwanie żywotności akumulatorów wynoszącej co najmniej 10 lat- brzmienie pkt 4.9. 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 zarządzania energią rozumiany jako.....,poprzez zaoferowanie ładowarki posiadającej funkcję kondycjonowania i rekalkibracji pojemności akumulatorów rozumianej jako..... poprzez zaoferowanie akumulatora wyposażonego w system gromadzenia informacji o procesie ładowania rozumianego jako.....

Zamawiający zgodnie z sentencją wyroku Krajowej Izby Odwoławczej oraz wskazówkami znajdującymi się uzasadnieniu niniejszego wyroku dokonał w dniu 2 września 2020r. modyfikacji doprecyzując ppkt. 4.9:

„4.9. Ładowarka i akumulatory do radiotelefonu przenośnego wyposażone w inteligentny system zarządzania energią. Poprzez inteligentny system zarządzania energią należy rozumieć:

- a) Ładowarka radiotelefonu przenośnego jednostanowiskowa z możliwością ładowania radiotelefonu z akumulatorem, bądź samego akumulatora Li- Ion i NiMH.;
- b) ładowarka posiada możliwość automatycznego rozpoznania stanu naładowania akumulatora i przypisania właściwych parametrów, tj., napięcia i natężenia oraz monitorowaniu temperatury akumulatora podczas ładowania;
- c) ładowarka z sygnalizacją wizualną całego procesu ładowania w oparciu np. o sygnalizację w formie diody, wyświetlacz ciekło krystaliczny lub inne rozwiązania technologiczne dające możliwość wizualnego określenia procesu ładowania, w tym stanu naładowania baterii,

d) ładowarka powinna posiadać funkcję (kondycjonowania i rekaliibracji) rozumianej jako funkcję regeneracji akumulatora uwzględniająca poziom zużycia (wyeksploatowania) akumulatora, w celu osiągnięcia maksymalnej efektywności pracy akumulatora rozumianej dalej jako funkcja w której ładowarka na podstawie danych zapisanych w pamięci akumulatora pozyskanych z akumulatora potrafi przeprowadzić automatyczne dopasowanie trybu ładowania. Dzięki temu procesowi pojemność ładowanego akumulatora jest wartością rzeczywistą, związaną ze stopniem wyeksploatowania ogniwa a nie wartością nominalną, która jest równa wartości rzeczywistej tylko w przypadku fabrycznie nowych i sprawnych akumulatorów.

e) akumulator powinien być wyposażony w system gromadzenia informacji o procesach ładowań oraz posiadać środki ochronne (układy, rozwiązania kontrolujące pracę baterii litowo-jonowych) poprzez korzystanie z zabezpieczeń różnego typu z dopuszczeniem przynajmniej dwóch niezależnych sposobów na odłączenie zasilania w przypadku przepięcia lub przeciążenia prądowego, co pozwala zapewnić bezpieczeństwo użytkownikom nawet w przypadku awarii jednego z elementów ochronnych.

Jak zamawiający podał w odpowiedzi na odwołanie „Wskazane w powyższym opisie funkcjonalności dotyczące zarówno akumulatorów jak i ładowarek posłużą zamawiającemu do efektywnego i rzeczowego planowania dotyczącego wymiany (rotacji) akumulatorów w okresie 10 letniego użytkowania radiotelefonów w Siłach Zbrojnych RP co wiąże się z racjonalnym wydatkowaniem środków finansowych. Dzięki właściwej ocenie stanu eksploatowanego akumulatora zamawiający będzie mógł zaplanować konkretną liczbę akumulatorów do zakupu w kolejnych latach eksploatacji radiotelefonów biorąc pod uwagę faktyczny ich stan wyeksploatowania, które są użytkowane i przechowywane w różnych warunkach.”

Należy zauważyć, iż dokonując w dniu 2 września 2020 roku modyfikacji SIWZ, Zamawiający doprecyzował, na czym polegać mają funkcje ładowarki i akumulatora:

1. „inteligentny system zarządzania energią”,
2. „kondycjonowanie i rekaliibracja pojemności akumulatora”,
3. „system gromadzenia informacji o procesie ładowania”.

„Wbrew twierdzeniom odwołującego, wprowadzone i zmienione zapisy SIWZ nie są więc jedynie lakoniczne i nie stanowią powtórzenia poprzedniego opisu przedmiotu zamówienia ujętego innymi słowami”. Tak skwitował sytuację dokonanych zmian w siwz zamawiający w udzielonej odpowiedzi.

Izba również podziela dalszą argumentację zamawiającego w udzielonej odpowiedzi na odwołanie.

„Jednocześnie należy zauważyć, iż odwołujący nie udowodnił, że wprowadzone zapisy w rzeczywistości uniemożliwiły złożenie oferty. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy pzp ciężar dowodowy spoczywa na tym, kto dąży do poparcia swoich twierdzeń. To Odwołujący twierdzili, że modyfikacja SIWZ była dokonana w sposób niezgodny z wcześniejszym orzeczeniem Izby i uniemożliwia złożenie oferty zgodnej z przepisami ustawy pzp. Jednak poza twierdzeniami, że wyrok Izby został przez Zamawiającego wykonany jedynie pozornie i inna była intencja Izby w powoływanym wyroku Odwołujący w żaden sposób nie dowodzą, że dokonana modyfikacja spowodowała, że przedmiot zamówienia stał się niewykonalny lub stał się niewykonalny w stopniu wyższym, niż przed modyfikacją, że modyfikacja preferuje konkretnego wykonawcę, czy też narusza uczciwą konkurencję i powoduje, że niemożliwe lub znacznie utrudnione będzie równe traktowanie wykonawców. Odwołujący nie wnosili o przeprowadzenie jakiegokolwiek dowodu w tym zakresie, wskazywali jedynie swoją własną interpretację zapisów SIWZ po dokonanej modyfikacji w dniu 2 września 2020r”.

Izba rozstrzygając sporną kwestię, uwzględniła także stanowisko odwołującego zawarte w piśmie z dnia 20 października 2020r. wraz ze złożonymi do pisma dowodami, którego to pisma prezentacja znajduje się powyżej w uzasadnieniu, jak również uwzględniła dowody złożone na posiedzeniu/rozprawie przez przystępującego po stronie zamawiającego.

Izba w zakresie materiału dowodowego w sprawie włączyła akta sprawy o Sygn. akt KIO 1595/20, którego wyrok i uzasadnienie stanowiły podstawę do zmiany opisu ładowarek i akumulatorów. Badaniu i ocenie Izba poddała również odpowiedź na odwołanie zamawiającego z dnia 21.07.2020r. wraz z załączonymi dowodami, pismo procesowe odwołującego z dnia 11.08.2020r. wraz z załączonymi dowodami oraz protokół posiedzenia i rozprawy z dnia 13.08.2020r., jak i samo uzasadnienie wyroku w sprawie o Sygn. akt KIO 1595/20, a to w związku z koniecznością rozpatrzenia zarzutów i żądań przedmiotowego odwołania.

Odnosząc się do powyżej przywołanego materiału dowodowego zarówno z akt bieżącej sprawy jak i o Sygn. akt KIO 1595/20 Izba stwierdza, jak poniżej.

Z pisma odwołującego z dnia 20 października 2020r. wynika, że odwołujący z faktu, że tylko jeden oferent złożył ofertę wywodzi, że on i inni wykonawcy na rynku skutecznie zostali pozbawieni możliwości złożenia oferty nie podlegającej odrzuceniu. Na dowód czego przywołuje zbiorcze zestawienie złożonych ofert (w aktach postępowania). Faktowi co do jednej złożonej oferty nie zaprzeczył zamawiający na rozprawie w dniu 21 października 2020r., ale jednocześnie oświadczył, że byli inni zainteresowani przetargiem, jednak z powodu przedłużającej się procedury nie złożyli oferty. Do pisma procesowego odwołujący podobnie jak w sprawie o Sygn. akt KIO 1595/20 złożył opisy technologii Motorola, wyciąg z instrukcji opcjonalnego czytnika Motoroli, jak i wyciąg z instrukcji Motorola na dowód, że nowy opis przedmiotu zamówienia, jest opisem Motoroli. Z kolei przystępujący po stronie zamawiającego na odparcie twierdzeń i dowodów odwołującego, na rozprawie w dniu 21.10.2020r. przedłożył na dowód przeciwny, że jest więcej potencjalnych wykonawców w zakresie funkcji akumulatorów i ładowarek opisanych przez zamawiającego, wydruk Katalog Akcesoriów 2017 Hytera Communications Corporation Limited (VLI (2017-12-01) w języku polskim i angielskim oraz oświadczenie pisemne ELEKTRIT sp. z o.o. 18-100 Łapy ul. Gen. Wł. Sikorskiego 18 z 13.10.2020r. podpis Prezes Zarządu J. Ł., jako autoryzowany dystrybutor marki JCV KENWOOD, że w ofercie są radiotelefony ręczne zasilane akumulatorami litowo-jonowymi, wyposażonymi w układ pamięci nieulotnej, zapisujące informacje o cyklach ładowania akumulatora oraz inteligentne ładowarki do tych telefonów oraz akumulatorów. Przystępujący przedstawił oświadczenie mailowe dr B. H. Wydział Chemii Uniwersytet Warszawski, który między innymi stwierdza, że wyposażenie akumulatorów Li-Ion w moduły elektroniczne pozwalające zapamiętywać historię eksploatacji/parametry danego akumulatora ma uzasadnienie technologiczne. Kontrola aktualnego stanu pojemności ogniwa i dostosowanie wartości prądu ładowania powinno w pewnym stopniu zapobiec szybszej jego degradacji. Z kolei w sprawie o Sygn. akt KIO 1595/20 w odpowiedzi na odwołanie z dnia 21.07.2020r. zamawiający odpierając zarzut nr 1 co do wymogu wyposażenia ładowarki i akumulatora do radiotelefonu przenośnego w inteligentny system zarządzania energią, co ma wydłużyć żywotność akumulatorów przez monitoring i optymalizację procesu ładowania przy jednoczesnej automatyzacji tego procesu stwierdził, że funkcja ta dotyczy technologii występującej w wielu markach radiotelefonów na rynku krajowym i na poparcie wskazał firmy KENWOOD i HYTERA załączając oferty tych firm (KENWOOD KAS 12 – oprogramowanie Battery Reader do inteligentnego zarządzania akumulatorami – inteligentny system akumulatorowy pomaga przedłużyć żywotność baterii i zapewnia optymalną konserwację akumulatorów, tak aby były gotowe do operacji o

znaczeniu krytycznym. System obejmuje opcjonalne akumulatory litowo-jonowe i Ni-MH wyposażone w wyspecjalizowane układy scalone (KNB-L1/L2/L3/N4/LSW5), inteligentnej ładowarki (KSC-Y32) i oprogramowania Battery Reader (KAS-12/12PRO) oraz (HYTERA CH20L04 – oferta dwóch inteligentnych ładowarek (smart) wyposażone w opcje szybkiego ładowania baterii inteligentnych). Z kolei odwołujący w piśmie z 11.08.2020r. również załączył wyciągi ulotki produktów KENWOOD i HYTERA oraz ich opisy technologii i szczegółowo do nich się odnosząc w zakresie technicznym i funkcjonalnym wywodził, że nie posiadają wymogów wyrażonych przez zamawiającego w pkt 4.9.OPZ.

Izba z badania treści protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 13.08.2020r. w sprawie o Sygn. akt 1595/20 ustaliła, że odwołujący popierając jak w odwołaniu zarzut, że w OPZ brak możliwości złożenia ofert równoważnych, wobec opisu użytego przez zamawiającego z opisu technologii Motoroli stwierdził „Odwołujący: Podkreśla, iż w swojej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający w ogóle nie odniósł się do możliwości złożenia ofert równoważnych” (str.3 akapit pierwszy od góry). Dalej stwierdza ”Wedle wiedzy Odwołującego radiotelefony będące przedmiotem zamówienia nie są przeznaczone dla jednostek bojowych- nie będą używane w działaniach bojowych” (str.3 akapit drugi od góry). Również na tej samej stronie protokołu „Zamawiający: Ocenia, iż najslabszym ogniwnem systemów łączności jest zawsze zasilanie. Zamawiający jest zainteresowany pozyskiwaniem coraz nowszych, a tym samym lepszych technologii. Zależy mu na dłuższym użytkowaniu radiotelefonów”(Dalej zamawiający opisuje okoliczności użycia radiotelefonów - czytaj drugi akapit od dołu – str.3) Izba ocenia je jako stany krytyczne. Dalej protokół Zamawiający: „Podkreśla, iż żądaniem Odwołującego było, inaczej niż w przypadku pozostałych kwestionowanych punktów, wykreślenie pkt 4.9.a nie jego modyfikacja czy dookreślenie .” (str. 5 trzeci akapit od dołu).

Izba przechodząc do podsumowania rozstrzyganej sprawy stwierdza jak poniżej.

Odwołujący w złożonym odwołaniu, zarzuca nie wykonanie wyroku w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 1595/20 i domaga się kolejnych zmian w opisie ładowarki i akumulatora radiotelefonów przenośnych.

Na poparcie zarzutów i żądań odwołujący składa dowody tożsame, które złożył w poprzednim postępowaniu (Sygn. akt KIO 1595/20), a które nie spowodowały nakazania zamawiającemu skreślenia ppkt 4.9, jak również nie spowodowały, że Izba uznała to jako opis dotyczący Motoroli i w związku z tym nakazała zamawiającemu obok dokonanego opisu zamieścić zwrot „lub równoważne’.

Odwołujący uważa, że zamawiający nie ma prawa przy opisie przedmiotu zamówienia powoływać się na technologie/funkcjonalności tylko na efekt/skuteczność.

Odwołujący zarzuca naruszenie art.29 ust.1,2.i 3 ustawy oraz art.30 ust.1 ustawy, to jest tych samych przepisów jak w poprzednim postępowaniu (Sygn. akt KIO 1595/20).

Oceniając dyspozycję z wyroku o Sygn. akt KIO 1595/20 Izba stwierdza jej wykonanie w pełnym zakresie i w sposób prawidłowy.

Zarzutom odwołującego nie służą także przywoływane przez niego fragmenty uzasadnienia wyroku. Zwłaszcza przywoływany przez odwołującego ostatni z akapitów uzasadnienia, na jego ostatniej stronie.

„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 zarządzania energią rozumiany jako, poprzez zaoferowanie ładowarki posiadającej funkcję kondycjonowania i rekalkibracji pojemności akumulatorów rozumianej jako, poprzez zaoferowanie akumulatora wyposażonego w system gromadzenia informacji o procesie ładowań rozumianego jako*”.

Analiza tej wytycznej Izby odnosi się do treści wyroku (sentencji), który brzmi następująco:

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 sierpnia 2020r. o Sygn. akt KIO 1595/20 w pkt. 2 wyroku orzekła następująco:

„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 rekalkibracja pojemności akumulatorów”, „ system gromadzenia informacji o procesie ładowań”.

Porównując wytyczną Izby z uzasadnienia i treść wyroku należy stwierdzić, że Izba odnosząc się do oczekiwanej żywotności akumulatorów wynoszącej co najmniej 10 lat przykładowo podaje, że żywotność akumulatorów można określić przez ich skuteczność/wydajność (art.30 ust.1 pkt 1) ustawy) stosując zapis wymogu *„Ładowarka i akumulatory do radiotelefonu przenośnego zapewniające wydłużenie żywotności akumulatorów co najmniej do 10 lat w szczególności,”*

Natomiast odnosząc się wprost do wyroku Izba powieliła przykładowy zapis o treści „*poprzez zaoferowanie ładowarki i akumulatora do radiotelefonu przenośnego wyposażonych w inteligentny system zarządzania energią rozumiany jako, poprzez zaoferowanie ładowarki posiadającej funkcję kondycjonowania i rekalkibracji pojemności akumulatorów rozumianej jako, poprzez zaoferowanie akumulatora wyposażonego w system gromadzenia informacji o procesie ładowania rozumianego jako*”.

Tak więc wywodzenie przez odwołującego, że określenie funkcjonalności ładowarki i akumulatora nakazane wyrokiem Izby w sprawie o Sygn. akt KIO 1595/20, przez doprecyzowanie ich funkcji:

1. „inteligentny system zarządzania energią”,
2. „kondycjonowanie i rekalkibracja pojemności akumulatora”,
3. „system gromadzenia informacji o procesie ładowania”..

ma nastąpić przez określenie ich wydajności, a nie funkcjonalności (art.30 ust.1 pkt 1) ustawy) czyli, że ma być tylko przykładowe („w szczególności”) nie wynika z przywoływanej przez odwołującego wytycznej przykładowego zapisu na ostatniej stronie uzasadnienia wyroku, a tym bardziej z samego wyroku.

Bowiem wbrew argumentacji odwołania, ustawa nie zabrania zamawiającym opisywania przedmiotu zamówienia przez funkcjonalność, a nie tylko przez wydajność, jak wywodzi odwołujący, a reguluje powyższe art.30 ust.1 pkt 1) ustawy.

Kończąc Izba również nie znajduje usprawiedliwienia co do oczekiwań odwołującego, że z Wyroku o Sygn. akt KIO 1595/20 wynika zobowiązanie dla zamawiającego użycia przy opisie przedmiotu zamówienia „lub równoważny” (art.29 ust.3 ustawy). Bowiem po pierwsze przedstawione dowody w obydwu postępowaniach są zbieżne wręcz tożsame zarówno przez odwołującego jak i zamawiającego, a w aktualnym postępowaniu przez przystępującego po stronie zamawiającego. Po drugie Izba w poprzednim postępowaniu oceniając materiał dowodowy nie stwierdziła opisu przedmiotu zamówienia wskazującego na jedynego możliwego dostawcę Motorola i nie nakazała użycia przy opisie przedmiotu zamówienia zwrotu „lub równoważny” (art.29 ust.3 ustawy). W związku z powyższym w niniejszym postępowaniu Izba nie znajduje podstaw do innych ustaleń w stosunku do wcześniejszych ustaleń Izby (Sygn. akt KIO 1595/20), opartych na tym samym materiale dowodowym składanym w rozstrzyganej sprawie.

Podsumowując Izba nie znalazła podstaw do nakazania ponownych zmian w opisie przedmiotu zamówienia co do akumulatorów i ładowarek radiotelefonów, opisanych na nowo w związku z nakazem zawartym w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia

Sygn. akt KIO 2212/20

2020r. w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 1595/20 i wykonanych przez zamawiającego w dniu 2 września 2020r.

Tym samym Izba nie stwierdza naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1,2 i 3 oraz art. 30 ust. 1 ustawy, w związku z wykonaniem przez zamawiającego wyroku z dnia 13 sierpnia 2020r. o Sygn. akt KIO 1595/20.

W związku z powyższym odwołanie na mocy art.192 ust.1 w zw. z ust.2 tego artykułu ustawy podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, a także w oparciu o przepisy § 3 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. z 2018 r. poz. 972) zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 7.500,00 zł. oraz na rzecz zamawiającego 3.600,00 zł. kosztu poniesionego na wynagrodzenie pełnomocnika z tytułu zastępstwa procesowego, na podstawie złożonej do protokołu faktury vat.

Przewodniczący: