

**Sygn. akt: KIO 1734/18**

**WYROK**  
**z dnia 11 września 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 września 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę Z. K., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą WINGSTORE Z. K. w Jeleniej Górze w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – 32 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zamościu

przy udziale wykonawcy Mactronic spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa we Wrocławiu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu – 32 Wojskowemu Oddziałowi Gospodarczemu w Zamościu modyfikację postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez:
  - 1) wykreślenie w opisie przedmiotu zamówienia w pkt 1.1. czterech poziomów intensywności świecenia każdej diody i w to miejsce określenie co najmniej trzech poziomów świecenia oraz światła typu stroboskopu,
  - 2) wykreślenie w opisie przedmiotu zamówienia w pkt 1.8 zdania „Soczewki latarki: wykonane z poliwęglanu, nietłukące, pokryte powłoką odporną na zarysowania” i w to miejsce wpisanie zdania „Soczewki latarki: wykonane z poliwęglanu albo innego materiału, nietłukące, pokryte powłoką odporną na zarysowania”,
  - 3) wykreślenie w opisie przedmiotu zamówienia w pkt 1.14 zdania „Główka latarki musi posiadać możliwość obrotu o 180 stopni” i w to miejsce wpisanie zdania „Główka latarki musi posiadać możliwość obrotu o co najmniej 130 stopni”,

4) wykreślenie opisie przedmiotu zamówienia w pkt 1.15 wymogu, że klips musi posiadać możliwość przełożenia na drugą stronę obudowy.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – 32 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zamościu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Z. K., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą WINGSTORE Z. K. w Jeleniej Górze tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego – 32 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Zamościu na rzecz wykonawcy Z. K., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą WINGSTORE Z. K. w Jeleniej Górze kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Zamościu.

**Przewodniczący:**

## Uzasadnienie

I. 32 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zamościu (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Dostawa 1510 szt. latarek stanowiących indywidualne wyposażenie żołnierza”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017, poz. 1579 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 28 sierpnia 2018 r. wykonawca Z. K., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą WINGSTORE Z. K. w Jeleniej Górze (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art 29 ust. 1, 2 i 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art 7 Prawa zamówień publicznych, poprzez

a) sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia (pkt. III ppkt. 2.1-2,15 SIWZ - Wymagania eksploatacyjno-techniczne WET) w sposób, naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców, tj. wskazanie na takie parametry latarki co do źródła i mocy światła, czasu świecenia, wagi, zasilania, zasilania, wodoodporności, wstrząsoodporności, ładowania, główki latarki, rodzaju soczewek oraz systemu mocowania, które mogą zostać spełnione tylko przez jeden konkretny produkt określonego producenta, tj. latarkę Sidewinder produkowaną przez firmę Streamlight, której wyłącznym dystrybutorem na terenie Polski jest firma Mactronic sp. z o.o. sp. k. we Wrocławiu.

b) sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia (pkt. III ppkt. 7.2 i 7.3 SIWZ - Wymagania eksploatacyjno-techniczne WET) w sposób, naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców, tj. wprowadzenie wymogu dysponowania przez wykonawcę autoryzowanym przez producenta wyrobów serwisem lub posiadania własnych autoryzowanych uprawnień serwisowych pozwalających na prowadzenie na terenie RP serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego dostarczanych wyrobów,

2) art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

W treści SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia (pkt. III ppkt. 2.1-2.15 SIWZ - Wymagania eksploatacyjno-techniczne WET) Zamawiający wskazał na takie parametry latarki co do źródła i mocy światła, czasu świecenia, wagi, zasilania, wodoodporności, wstrząsoodporności, ładowania, główki latarki, systemu mocowania oraz rodzaju soczewki, które mogą zostać spełnione tylko przez jeden konkretny produkt określonego producenta, tj. latarkę Sidewinder produkowaną przez firmę Streamlight, której wyłącznym dystrybutorem na terenie Polski jest firma Mactronic sp. z o.o. sp. k. we Wrocławiu.

Wykonawca porównywał parametry opisane w opisie zamówienia (A) z specyfikacją latarki Sidewinder 14000 (B):

- A. Źródło światła: nie mniej niż cztery diody LED (biała, czerwona, niebieska I emitująca podczerwień), w tym cztery poziomy intensywności świecenia każdej diody: niski (5%), średni (20%), średnio-wysoki (50%). wysoki (100%) plus światło typu stroboskopu (100%).
  - B. Źródło światła: cztery diody LED (biała, czerwona, niebieska I emitująca podczerwień), w tym cztery poziomy intensywności świecenia każdej diody: niski (5%), średni (20%), średnio-wysoki (50%). wysoki (100%) plus światło typu stroboskopu (100%);
- 
- A. Moc światła, minimalna wymagana wielkość strumienia świetlnego:
    - Dioda biała minimum 55 lm;
    - Dioda czerwona minimum 1 lm;
    - Dioda niebieska minimum 1,8 lm;
    - Dioda emitująca poczerwień minimum 25
  - B. Moc światła, wielkość strumienia świetlnego, :
    - Dioda biała 55 lm;
    - Dioda czerwona 1 lm;
    - Dioda niebieska 1,8 lm;
    - Dioda emitująca poczerwień 25 mW/sr.
- 
- A. Czas świecenia w trybie 100% wg ANSI — co najmniej 5,5 godz
  - B. Czas świecenia w trybie 100% wg ANSI —5,5 godz
- 
- A. Waga (bez baterii oraz opcjonalnych przejściówek) — do 150 g
  - B. Waga (bez baterii oraz opcjonalnych przejściówek) — do 150 g;
  - A. Zasilanie: akumulatorki (opcjonalnie dopuszcza się baterie)
  - B. Zasilanie: akumulatorki (opcjonalnie dopuszcza się baterie);

- A. Obudowa latarki: tworzywo sztuczne bądź metal wytrzymaujące upadek z wysokości co najmniej 3 m, o matowej fakturze pomagającej w maskowaniu.
  - B. Obudowa latarki: tworzywo sztuczne bądź metal wytrzymaujące upadek z wysokości 3 m, o matowej fakturze pomagającej w maskowaniu;
- 
- A. Soczewki latarki: wykonane z poliwęglanu, nietłukące, pokryte powłoką odporną na zarysowania
  - B. Soczewki latarki: wykonane z poliwęglanu, nietłukące, pokryte powłoką odporną na zarysowania;
- 
- A. Wodoodporność: pozwalająca na pływanie z latarką w wodzie, zgodna z międzynarodową normą minimum IPX7 według standardu 1EC 529 i odpowiadająca minimum pierwszej klasie wodoszczelności podwójnej - 0B4 (pozwala na zanurzenie w wodzie do 30 minut na głębokość do 1 m);
  - B. Wodoodporność: pozwalająca na pływanie z latarką w wodzie, zgodna z międzynarodową normą minimum IPX7 według standardu 1EC 529 i odpowiadająca minimum pierwszej klasie wodoszczelności podwójnej - 0B4 (pozwala na zanurzenie w wodzie do 30 minut na głębokość do 1 m);
- 
- A. Wstrząsoodporność: tak. Układy elektryczne i źródła światła wytrzymaujące upadek z wysokości do 3m;
  - B. Wstrząsoodporność: tak. Układy elektryczne i źródła światła wytrzymaujące upadek z wysokości do 3m;
- 
- A. Główka latarki musi posiadać możliwość obrotu o 180 stopni. Opcja taka umożliwi jej zastosowanie np. celem oświetlenia drogi, mapy, twarzy zatrzymanego, wnętrza pojazdu, itd. Główka latarki posiada możliwość obrotu o 180 stopni.
  - B. Opcja taka umożliwi jej zastosowanie np. celem oświetlenia drogi, mapy, twarzy zatrzymanego, wnętrza pojazdu, itd.
- 
- A. Latarka musi posiadać mocny i sztywny klips do montowania na pasku i na systemie MOLLE. Klips musi posiadać możliwość przełożenia na drugą stronę obudowy. Stosując opcjonalną przejściówkę latarka musi mieć możliwość przymocowania do hełmu wojskowego.
  - B. Latarka posiada mocny i sztywny klips do montowania na pasku i na systemie MOLLE. Klips posiada możliwość przełożenia na drugą stronę obudowy. Stosując opcjonalną przejściówkę latarka ma możliwość przymocowania do hełmu wojskowego.

Jako dowód na powyższe porównanie Odwołujący przywołał kartę katalogową Latarki Sidewinder 14000 wraz z tłumaczeniem.

Odwołujący podnosił, że wszystkie wskazane w opisie przedmiotu zamówienia parametry spełnia tylko latarka Sidewinder, podczas gdy latarki firm konkurencyjnych posiadają np. trzy poziomy intensywności świecenia lub inną liczbę diod lub też inne kolory. Przykładowo Odwołujący wskazywał na dostępną na rynku latarkę taktyczną wyprodukowaną przez firmę Energizer, która posiada znacznie nowocześniejszą konstrukcję od latarki firmy Streamlight, większą moc źródła światła - 80 lumenów, w miejsce wymaganych przez Zamawiającego 55 lumenów. Urządzenie to jest użytkowane przez wiele armii NATO, w tym przez armię Stanów Zjednoczonych. Posiada też praktyczne rozwiązanie (w przeciwieństwie do produktu firmy Streamlight), jak możliwość działania z wykorzystaniem tylko jednej baterii, w tym także w przypadku, gdy będzie włożona odwrotnie. Dodać należy, że w przeszłości latarki tej firmy były także dostarczane na wyposażenie polskich sił zbrojnych i były przez te jednostki użytkowane.

Według opinii zawodowych żołnierzy użytkujących ten rodzaj wyposażenia, wymagania dotyczące obrotu główki latarki, mocowania klipsa i czterech trybów świecenia wskazane w SIWZ przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, są nadmierne i nieuzasadnione jego potrzebami.

Ponadto Odwołujący podnosił, iż również zapis dotyczący wymogu dysponowania autoryzowanym przez producenta wyrobów serwisem lub posiadania własnych autoryzowanych uprawnień serwisowych pozwalających na prowadzenie na terenie RP serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego dostarczanych wyrobów (Pkt. 7.3 i pkt. 7.2 Załącznika nr 7 do SIWZ) narusza zasadę uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Wykonawca wskazywał, że latarki firmy Streamlight, które jako wyłączne, spełniają wymagania SIWZ, posiadają tylko jednego (wyłącznego) dystrybutora na terenie Polski - firmę Mactronic sp. z o.o. sp. k. we Wrocławiu. Konsekwentnie tylko jeden potencjalny wykonawca firma Mactronic może dostarczyć żądany produkt i zapewnić autoryzowany przez producenta serwis gwarancyjny i pogwarancyjny, o czym zresztą informuje na swojej stronie internetowej.

Odwołujący podnosił jednocześnie, iż Mactronic sp. z o.o. sp. k. we Wrocławiu oferuje serwis gwarancyjny i pogwarancyjny latarek firmy Streamlight zakupionych wyłącznie od tej spółki, mimo że uprzednio spółka ta oferowała wyżej wymieniony serwis na wszystkie latarki niezależnie od źródła ich zakupu. Fakt ten dowodzi tego że obecnie serwis gwarancyjny i ogwarancyjny na terenie RP może być świadczony wyłącznie przez wyłącznego oraz autoryzowanego przedstawiciela firmy Streamlight - Mactronic sp. z o.o. sp. k. we Wrocławiu.

Odwołujący podkreślał, że Mactronic sp. z o.o. sp. k. we Wrocławiu podejmuje działania mające na celu ograniczenie konkurencji na rynku europejskim dostawy i serwisu latarek Streamlight w kontekście postępowań o udzielenie zamówień publicznych na terenie Polski w postępowaniach o zbliżonym przedmiocie. Popierał powyższe stwierdzenie wydrukiem wiadomości z poczty elektronicznej z dnia 16.08.2018 od przedstawiciela firmy Eurolamp (dystrybutora latarek firmy Streamlight na terenie Republiki Czeskiej) wraz z tłumaczeniem.

Nieuzasadniony i dyskryminujący jest również zdaniem Odwołującego wymóg posiadania wskazanego serwisu na terenie Polski. Postawienie przez Zamawiającego wymagań związanych z nałożonym ograniczeniem terytorialnym (teren Polski) powoduje dyskryminację i ograniczenie potencjalnym wykonawcom w dostępie do udziału w danym postępowaniu. Warunek ten ogranicza dostęp do zamówienia potencjalnym wykonawcom z krajów członkowskich UE. Potencjalni wykonawcy, którzy mogliby złożyć oferty w danym postępowaniu, a nie posiadają serwisu gwarancyjnego, który posiadałby siedzibę na terenie Polski mają uniemożliwiony udział w takim postępowaniu, a co za tym idzie nie są traktowani na równych warunkach z wykonawcami posiadającymi serwis gwarancyjny funkcjonujący lub posiadający siedzibę na terenie Polski. Sam fakt posiadania przez wykonawcę siedziby na terenie Polski i punktu serwisowego na terenie Polski nie gwarantuje jakości i sprawności tego serwisu. Istotna jest bowiem organizacja tego serwisu i sprawność jego działania.

Warunek ten jest także nieproporcjonalny, latarka nie jest urządzeniem, która wymagałaby posiadania autoryzowanego serwisu, nie wymaga stałych przeglądów, podobnie zresztą jak i inne indywidualne wyposażenie żołnierza (np. mundury, buty itp.). Odpowiedzialność z tytułu dostawy produktów w sposób dostateczny regulują obowiązujące przepisy, w szczególności kodeksu cywilnego regulującego odpowiedzialność z tytułu rękojmi za wady rzeczy sprzedanej.

Zdaniem Odwołującego sformułowanie SIWZ w rażący sposób łamie zasadę konkurencyjności wynikającą z ww. przepisów, prowadzi do sytuacji, że przedmiotem dostawy może być tylko i wyłącznie konkretny produkt jednego producenta, co jest niedopuszczalne w szczególności w sytuacji, gdy na rynku funkcjonują inne równorzędne lub lepsze nawet produkty innych firm. Takie sformułowanie SIWZ zawęży także znacząco ilość podmiotów, które mogą wziąć udział w tym konkretnie postępowaniu, co ostatecznie może się odbić chociażby na proponowanych cenach.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o modyfikację SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia poprzez zmianę zapisów co do charakterystyki źródła światła, opisu głowicy latarki, sposobu mocowania klipsa, rodzaju soczewek oraz zapewnienia przez wykonawcę serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego w następujący sposób:

- a) określenie trzech poziomów intensywności świecenia oraz światła trybu stroboskopu

w jednej z diod,

- b) określenie, że główka latarki musi posiadać możliwość obrotu co najmniej o 130 stopni,
- c) określenie, że latarka musi posiadać mocny i sztywny klips do montowania na pasku i na systemie MOLLE,
- d) określenie, że soczewki latarki powinny być wykonane z poliwęglanu lub polimetakrylan metylu, nietłukące, pokryte powłoką odporną na zarysowania,
- e) wykreślenie zapisu pkt. III ppkt. 7.3 SIWZ Wymagania eksploatacyjno-techniczne WET oraz zmianę pkt. III ppkt. 7.2 SIWZ Wymagania eksploatacyjno-techniczne WET poprzez usunięcie z niego zapisu o wykonywaniu napraw gwarancyjnych i pogwarancyjnych na terenie RP.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Na posiedzeniu złożył do akt pismo gestora, stanowiące odpowiedź merytoryczną na zarzuty odwołania.

W ocenie Zamawiającego, z dokonanej na rozprawie prezentacji latarki Odwołującego wynika, że nie tylko spełnia ona warunki brzegowe postawione w SIWZ, a jest nawet od nich lepsza. Dlatego w ocenie Zamawiającego postanowienia SIWZ nie wykluczają złożenia oferty przez Odwołującego i nie naruszają uczciwej konkurencji.

Odnosnie serwisuje gwarancyjnego Zamawiający nie oczekiwał wraz z ofertą ani oświadczenia ani odpowiedniego dokumentu.

Czy wykonawca ma serwis gwarancyjny czy go nie ma - jest to sytuacja dynamiczna i zależy od operatywności wykonawcy.

Jest naturalną rzeczą, że dostawca powinien zapewnić serwis gwarancyjny. Wynika to z OPZ i z wzoru umowy.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Mactronic spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa we Wrocławiu. (dalej: Przystępujący).

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.



Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba oddaliła wniosek Odwołujący o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego „z zakresu urządzeń oświetleniowych na okoliczność tego, że wymagania wskazane w opisie przedmiotu zamówienia wskazanego w treści SIWZ może spełnić wyłącznie latarka Sidewinder firmy Streamlight oraz na okoliczność tego, że na terenie RP oraz Europy żadne inne latarki tego typu nie spełniają ww. wymagań”, ponieważ w ocenie Izby dla oceny, że wymagania Zamawiającego zawarte w opisie przedmiotu zamówienia zostały oparte o specyfikacje techniczne latarek Sidewinder nie wymagały wiadomości specjalnych.

Okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia został oparty o parametry latarki Sidewinder wynikał wprost z dokonanego w odwołaniu porównania opisu przedmiotu zamówienia z parametrami latarki Sidewinder, wynikającymi z jej karty katalogowej. Zamawiający i Przystępujący w zasadzie tej zbieżności nie kwestionowali i Izba uznała ją za bezsporną.

Izba rozstrzygnęła zarzuty odwołania w oparciu o dokumentację postępowania, przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ), karty katalogowe latarki Sidewinder oraz stanowiska stron.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z kolei w ust. 3 tego przepisu jest mowa, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Izba stwierdziła, że opisanie przedmiotu zamówienia w oparciu o cechy charakterystyczne dla jednego z produktów występujących na rynku, przy czym niektóre parametry spełnia tylko ten produkt – narusza art. 29 ust. 2 i 3 Prawa zamówień publicznych.

Utrudnia to uczciwą konkurencję – w połączeniu z wymogiem dysponowania autoryzowanym serwisem produkt opisany przez Zamawiającego może dostarczyć tylko jeden wykonawca. Zamawiający nie wskazał co prawda bezpośrednio „znaków towarowych, patentów itd.”, jednak zestawienie paramentów wprost wskazuje na skonkretyzowany produkt. Zamawiający przy tym w żadnym miejscu SIWZ nie opisał właściwości produktów/materiałów równoważnych.

W ocenie składu orzekającego, Zamawiający może opisać przedmiot zamówienia na wyższym, niż przeciętny, poziomie jakości, nawet w sposób zawężający krąg podmiotów zdolnych do realizacji zamówienia – jednak opis przedmiotu zamówienia powinien wynikać ze zobiektywizowanych potrzeb Zamawiającego. Potrzeby te Zamawiający powinien uzasadnić, wskazać, z czego wynikają jego wygórowane, określone oczekiwania. W ocenie składu orzekającego Zamawiający tego nie uczynił. W odpowiedzi na odwołanie nie wskazał, dlaczego trzy poziomy jasności światła dyskwalifikują latarki inne od opisanych w SIWZ. Według Zamawiającego, możliwość obrotu główki latarki to >>wymagalność niezbędna w prowadzeniu działań taktycznych polegających na utrzymaniu kontaktu wzrokowego z żołnierzem „z przodu” oraz w warunkach desantowych poprzez łatwe sygnalizowanie położenia i wysyłanie sygnału świetlnego „w tył” i „w przód” bez konieczności zdejmowania (wyjmowania) latarki<<, lecz nie podał, dlaczego tak twierdzi, i dlaczego latarka z możliwością obrotu główki o 130 stopni nie jest w stanie zapewnić pożądanej funkcjonalności. Zamawiający podał, że nie akceptuje proponowanej zmiany odnośnie wykreślenia wymogu odnośnie montażu klipsa na latarce, ponieważ „Zawarty w WET zapis, że klips musi posiadać możliwość przełożenia na drugą stronę obudowy daje możliwość wykorzystania latarki zarówno przez praworęcznych i leworęcznych żołnierzy (np. możliwość montażu z lewej lub prawej strony hełmu) i zwiększa uniwersalność zastosowania w działaniach nieprzewidywalnych i z wykorzystaniem różnego rodzaju sprzętu.”. Jednak Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił, dlaczego latarka skonstruowana w ten sposób, że do jej obsługi dowolną ręką nie jest potrzebne przełożenie klipsa, nie spełnia wymaganej funkcjonalności (polegającej na możliwości obsługi zarówno prawą, jak i lewą ręką).

Zamawiający wskazał, że „określenie, że soczewki latarki powinny być wykonane z poliwęglanu, nietłukące, pokryte powłoką odporną na zarysowanie” nie wyklucza proponowania przez Wykonawcę dostawy przedmiotu zamówienia o parametrach równoważnych lub lepszych. Jednak z SIWZ, w skarżonym brzmieniu, nie wynika, w ocenie składu orzekającego, możliwość zaferowania latarki z soczewką z innych materiałów – jeżeli Zamawiający takie materiały dopuszcza (a z odpowiedzi na odwołanie można wywieść taką intencję) powinien opisać co najmniej cechy materiałów oczekiwanych.

1. W konsekwencji Izba nakazała modyfikację postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez:
  - 1) wykreślenie w opisie przedmiotu zamówienia w pkt 1.1. czterech poziomów intensywności świecenia każdej diody i w to miejsce określenie co najmniej trzech poziomów świecenia oraz światła typu stroboskopu,
  - 2) wykreślenie w opisie przedmiotu zamówienia w pkt 1.8 zdania „Soczewki latarki: wykonane z poliwęglanu, nietłukące, pokryte powłoką odporną na zarysowania” i w to miejsce wpisanie zdania „Soczewki latarki: wykonane z poliwęglanu albo innego materiału, nietłukące, pokryte powłoką odporną na zarysowania”,
  - 3) wykreślenie w opisie przedmiotu zamówienia w pkt 1.14 zdania „Główka latarki musi posiadać możliwość obrotu o 180 stopni” i w to miejsce wpisania zdania „Główka latarki musi posiadać możliwość obrotu o co najmniej 130 stopni”,
  - 4) wykreślenie opisie przedmiotu zamówienia w pkt 1.15 wymogu, że klips musi posiadać możliwość przełożenia na drugą stronę obudowy.

Izba jednak nie nakazała modyfikacji SIWZ w związku z wymogiem dysponowania serwisem gwarancyjnym – w ocenie składu orzekającego wymóg ten jest uzasadniony, i nie jest dyskryminujący, o ile zaoferować będzie można również inne latarki, niż pierwotnie opisane w SIWZ.

Reasumując, Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 i 3 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 [rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania \(t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.972\).](#)

**Przewodniczący:**

.....