

WYROK

z dnia 23 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2019 r. przez wykonawcę **Mechatronika Wyposażenie Dydaktyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Mielecki – Centrum Kształcenia Praktycznego i Doskonalenia Nauczycieli w Mielcu**

przy udziale wykonawcy: **ABPLANALP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Mechatronika Wyposażenie Dydaktyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** 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 **Mechatronika Wyposażenie Dydaktyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Mechatronika Wyposażenie Dydaktyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** na rzecz **Powiatu Mieleckiego – Centrum Kształcenia Praktycznego i Doskonalenia Nauczycieli w Mielcu** kwotę **2 554 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące pięćset pięćdziesiąt cztery złote zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Kształcenia Praktycznego i Doskonalenia Nauczycieli w Mielcu (Powiat Mielecki) – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa sprzętu dydaktycznego dla ZST realizowaną w ramach projektu Mielec stawia na zawodowców.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 8 października 2019 roku wykonawca Mechatronika Wyposażenie Dydaktyczne sp. z o.o. w Poznaniu (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Abplanalp sp. z o.o. (zwanej dalej „Abplanalp”), która obejmuje również niezgodne z przepisami prawa zaniechanie wykluczenia Abplanalp z udziału w postępowaniu lub zaniechanie odrzucenia oferty Abplanalp;

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści pisma, na okoliczności w nim wskazane, w szczególności dowód z przesłuchania stron, z ograniczeniem do odwołującego, za którego działa Prezes Zarządu

Odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu uzasadnionych kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym wpisu w wysokości 7500 zł, kosztów zastępstwa radcowskiego w wysokości 3600 złotych oraz kwoty 17 złotych tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 93 ust. 1 pkt 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Abplanalp, w sytuacji gdy oferta ta była niezgodna specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), a w konsekwencji zaniechanie unieważnienia postępowania i dokonanie wyboru oferty Abplanalp jako najkorzystniejszej,
2. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Abplanalp z udziału w postępowaniu, pomimo przedstawienia przez tego wykonawcę w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji wybranie oferty Abplanalp jako najkorzystniejszej;

3. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. przez potraktowanie wykonawców w sposób nierówny i zaniechanie odrzucenia przez zamawiającego oferty Abplanalp, w sytuacji, w której firma ta złożyła ofertę nieodpowiadającą s.i.w.z., a w konsekwencji zamawiający wybrał tę ofertę jako najkorzystniejszą.

Odwołujący podniósł, że zgodnie ze stanowiskiem SN wyrażonym w uchwałach z 17.11.2017 r, (III CZP 56/17 oraz III CZP 58/17, MoP 2017, Nr 24, s. 1296), kwestionowanie wyboru oferty może obejmować inne sprzeczne z prawem czynności zamawiającego. W przeciwnym razie ochrona konkurentów wybranego wykonawcy w postępowaniach poniżej progów unijnych byłaby iluzoryczna. Odwołujący posiada interes w złożeniu odwołania. Gdyby zamawiający nie dokonał wadliwych czynności i zaniechał, postępowanie winno zostać unieważnione i odwołujący miałby szansę wystartować w kolejnym postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdzie miałby szansę na to, by jego oferta została wybrana najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że w przetargu nieograniczonym prowadzonym przez zamawiającego pn. „Dostawa sprzętu dydaktycznego dla ZST realizowaną w ramach projektu Mielec stawia na zawodowców”, oferty złożyły 2 firmy: Odwołujący oraz Abplanalp sp. z o.o. Przedmiotem zamówienia był m.in. cyfrowy miernik głębokości bieżnika (pkt. 3.1 s.i.w.z.), który winien mierzyć głębokość bieżnika w zakresie 0-30 mm, z dokładnością do 0,1 mm (s. 15 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego zał. nr 1 do s.i.w.z.). Oferty wykonawców miały zawierać informację o tym, jaki sprzęt (z podaniem producenta i oznaczeniem produktu) zostanie dostarczony w ramach wykonania zamówienia, w formularzu według wzoru, stanowiącego załącznik nr 3 do s.i.w.z. „Wykaz oferowanego asortymentu - Sprzęt dydaktyczny”. Oferta odwołującego została odrzucona z uwagi na nieco mniejszy zakres pomiarów, mieszczący się w standardach dla tego typu przyrządów.

Natomiast firma Abplanalp złożyła ofertę niezgodną z s.i.w.z., oferując zupełnie innego rodzaju głębokościomierz, lecz jej oferta nie została odrzucona. W pozycji 8. „Wykazu oferowanego asortymentu - sprzęt dydaktyczny” dla „Cyfrowego miernika głębokości bieżnika” Abplanalp wskazała, że dostarczy następujący sprzęt: „Cyfrowy miernik głębokości bieżnika, 1110186, Producent: PRAZISION”. Tymczasem nie jest to cyfrowy miernik głębokości bieżnika, tylko „Głębokościomierz elektroniczny z końcówką igłową”. Nie jest to zatem głębokościomierz dedykowany pomiarom głębokości bieżnika opon, lecz głębokościomierz metrologii warsztatowej. Jego producent w swoim katalogu opisuje ten sprzęt jako „Głębokościomierz elektroniczny z końcówką igłową”. W ocenie odwołującego, sprzęt ten jest niezgodny z s.i.w.z. Różnica jest zasadnicza. Pomiar głębokości bieżnia opon ma być przeprowadzany z dokładnością do 0,1 mm. Opony są wykonane z miękkiej mieszanki gumy.

Aby nie zafałszowywać pomiaru dedykowane mierniki głębokości bieżnika opony posiadają końcówkę o znacznie większej powierzchni (najczęściej 4x5 mm, czyli 20 mm²) niż zwykłe mierniki głębokości. Oferowany przez Abplanalp głębokościomierz posiada końcówkę igły o średnicy 2 mm, czyli o powierzchni 3,14 mm².

Odwołujący podniósł, że ciśnienie jest ilorazem przyłożonej siły na powierzchnię oddziaływania ($p=F/s$, gdzie p ~ ciśnienie, F -siła, s -powierzchnia). Stąd dokonując pomiaru przyrządem nieprzeznaczonym do badania głębokości bieżnika, o małej powierzchni nacisku, w wyniku wysunięcia końcówki, następuje miejscowe ugięcie materiału gumowego opony, powodując zafałszowanie wyników pomiaru o nawet kilka dziesiątych milimetra, w zależności od użytej siły docisku końcówki, a w konsekwencji wyniki odbiegające nawet o kilkakrotność wymaganej przez zamawiającego dokładności (0,1 mm).

Odwołujący stwierdził, że jest jeszcze jeden powód, dla którego mierniki głębokości bieżnika opon mają grubszą końcówkę. Mierniki dedykowane temu celowi z uwagi na dość charakterystyczne warunki pracy (np. pomiar na zamontowanym w nadkolu kole), które narażają je na większe niż w przypadku zwykłych głębokościomierzy zgięcia/ułamania końcówki, wymagają solidniejszej, grubszej końcówki.

W ocenie odwołującego, każdy staranny wykonawca wiedząc, że wymagany jest głębokościomierz bieżnika, nie zaoferowałby zwykłego miernika głębokości. Oferta Abplanalp zatem celowo zawiera nieprawdziwą nazwę oferowanego sprzętu. To wprowadzenie w błąd nastąpiło w wyniku niedbalstwa lub lekkomyślności. PRAZISION w ogóle nie oferuje mierników głębokości bieżnika. Wyszukiwarka produktów na stronie www.prazision.pl nie daje żadnych rezultatów dla frazy „miernik głębokości bieżnika” ani „głębokościomierz bieżnika”. Jest to okoliczność istotna dla postępowania, bowiem gdyby Abplanalp napisał prawdziwą nazwę tego produktu, to zamawiający od razu odrzuciłby jego ofertę, jako nieodpowiadającą przedmiotowi s.i.w.z.

Odwołujący wskazał, że oferta Abplanalp zawiera oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania pt. „Dostawa sprzętu komputerowego w ramach projektu Mielec stawia na zawodowców”. Tymczasem postępowanie dotyczyło postępowania pt. „Dostawa sprzętu dydaktycznego dla ZST realizowaną w ramach projektu Mielec stawia na zawodowców”. Zatem to oświadczenie nie dotyczy w ogóle tego przetargu.

Odwołujący podniósł, że Abplanalp złożył w postępowaniu ofertę niezgodną z s.i.w.z. Zamawiający w razie podpisania umowy z tym wykonawcą otrzyma nie to, co chciał nabyć. Zamawiający zatem winien odrzucić tę ofertę jako niezgodną z s.i.w.z. (na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7) i unieważnić postępowanie, a nie wybierać ofertę Abplanalp jako najkorzystniejszą. Wpisanie w ofercie Abplanalp zwykłego głębokościomierza jako

głębokościomierza bieżnika opon w świetle katalogu producenta, jest oczywistym, lekkomyślnym lub niedbałym wprowadzeniem w błąd zamawiającego, które ma tak doniosłe konsekwencje dla tego postępowania, że zamawiający winien wykonawcę Abplanalp wykluczyć z postępowania na zasadnie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., a nie wybierać jej ofertę jako najkorzystniejszą. Gdyby odwołujący wiedział wreszcie, że zamawiający tak naprawdę (wbrew treści s.i.w.z.) nie chce głębokościomierza bieżnika, ale zwykły głębokościomierz, to zaoferowałby taki, który jest znacznie tańszy i ma o te kilka mm większy zakres pomiarów. Przez zaniechanie odrzucenia oferty Abplanalp (zupełnie inny przedmiot) a odrzucenie oferty Mechatronika (dokładnie taki przedmiot z nieco innym zakresem) zamawiający naruszył zasadę bezstronności i przejrzystości postępowania (art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p.).

Zamawiający na rozprawie w dniu 22 października br. wniósł o odrzucenie odwołania, stwierdzając, że odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania.

Wobec oddalenia przez Izbę wniosku o odrzucenie odwołania, zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że środki, którymi dysponuje zamawiający to środki unijne, którymi zamawiający może dysponować do 31 października bieżącego roku. Podniósł, że odwołujący sam przyznał, że urządzenie zaoferowanym przez przystępującego można zmierzyć głębokość. W specyfikacji wskazane były warunki, jakim winno odpowiadać zaoferowane urządzenie, czyli: odczyt miał być na wyświetlaczu, głębokość do 30 mm, dokładność pomiaru 0,1 mm. Wskazał, że podniesione zarzuty to zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, a do s.i.w.z. nie zostały zgłoszone żadne zapytania. Stwierdził, że urządzenie oferowane przez przystępującego ma dokładność do 0,01 mm, jest zatem dużo dokładniejsze.

Przystępujący w piśmie procesowym z 16 października 2019 roku wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na brak wykazania po stronie odwołującego legitymacji czynnej do wniesienia. Oferta odwołującego została odrzucona i nie zakwestionował on tej czynności. Ponadto sformułowany przez odwołującego zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania został sformułowany w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., który to zarzut nie został w żaden sposób doprecyzowany ani uzasadniony. Zarzucany art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. wskazuje na obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli: „wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3” podczas gdy w niniejszej sprawie zamawiający nie poprawiał w ofercie przystępującego tzw. „innej” omyłki i — co oczywiste — nie zawiadamiał o takiej czynności przystępującego.

Przystępujący podniósł, że odwołujący upatruje swój interes w możliwości wzięcia udziału w kolejnym postępowaniu, jakie ogłosiłby zamawiający po unieważnieniu postępowania, którego dotyczy odwołanie, a jednocześnie obowiązek unieważnienia postępowania wiąże z zarzutem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., który to zarzut nie został przez odwołującego sprecyzowany (brak zarówno uzasadnienia faktycznego jak i prawnego w tym zakresie). W ocenie przystępującego, wskazuje to na brak interesu odwołującego we wniesieniu odwołania o treści, jaką sformułował odwołujący.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego parametrów zaoferowanego miernika głębokości bieżnika, przystępujący wskazał, że zarzuty odwołującego w warstwie uzasadnienia faktycznego sprowadzają się do twierdzenia, że zaoferowany przez przystępującego cyfrowy miernik głębokości bieżnika jest niezgodny z s.i.w.z., (z czego odwołujący wywodzi, że oferta przystępującego winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. a przystępujący winien podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p.; z tymi zarzutami odwołujący wiąże także zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 82 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p.).

Przystępujący wskazuje, iż zaoferowany przez niego sprzęt w pełni odpowiada wymaganiom s.i.w.z. Stwierdził, iż – jak wynika z s.i.w.z. – zamawiający objął przedmiotem zamówienia różne pomoce dydaktyczne, a wśród nich „Cyfrowy miernik głębokości bieżnika”. Zgodnie z SOPZ (s. 15) zamknięta lista wymagań wobec tego urządzenia była następująca:

- odczyt pomiaru na wyświetlaczu,
- głębokość pomiaru: 30 mm,
- dokładność pomiaru 0,1 mm,
- etui w zestawie.

przy czym zarzuty odwołującego sprowadzają się do twierdzenia, że zaoferowane przez przystępującego urządzenie ma inną nazwę („głębokościomierz elektroniczny z końcówką igłową”) oraz posiada końcówkę o powierzchni 3,14 mm².

Przystępujący wskazał, iż podana przez zamawiającego w SOPZ nazwa urządzenia stanowi wskazanie na jego funkcję, a nie nazwę własną. Jest to związane z rodzajem urządzenia, gdyż dla tego typu sprzętu producenci stosują różne nazewnictwo, wskazujące na funkcje ich użytkowe. Wbrew temu, na co wskazuje odwołujący, zaoferowane urządzenie firmy PRAZISON dedykowane jest m.in. do pomiaru głębokości bieżnika opon. Wskazuje na to wprost producent urządzenia, w Instrukcji obsługi oferowanego urządzenia, w części "Właściwości", *tiret* przedostatnie (str. 2):

- Urządzenie wykorzystywane do pomiarów głębokościowych tj. pomiarów rowków, podcięć, wycięć, odsadzeń i otworów, zarówno na detalach z tworzyw sztucznych tj. gumy (w tym głębokości bieżnika opon) oraz na detalach metalowych

Zatem, urządzenie może być wykorzystywane do pomiarów głębokościowych na detalach z gumy, w tym głębokości bieżnika opon.

Przystępujący stwierdził, iż okoliczność, że urządzenie nie zostało przez jego producenta nazwane identycznie, jak określenie użyte w s.i.w.z. a nadto że można wykorzystać nie tylko do mierzenia bieżnika opon, ale także do innych pomiarów, nie może być w żadnym razie przesłanką do uznania, że produkt nie odpowiada treści s.i.w.z. Nawet gdyby urządzenie zostało nazwane głębokościomierzem bieżnika opon i tak mogłoby być w praktyce wykorzystywane do innych pomiarów. Oczywistym jest zatem, że zaoferowany produkt odpowiada s.i.w.z.

W ocenie przystępującego, zarzuty odwołującego odnoszące się do powierzchni końcówki urządzenia nie znajdują oparcia w s.i.w.z. (SOPZ). Zamawiający nie podał, wśród wymaganych parametrów głębokościomierza, wymagania dotyczącego średnicy, czy też powierzchni końcówki igły. Brak takiego wymagania jest uzasadniony, bowiem nie jest prawdą, że głębokość bieżnika opony może być mierzona wyłącznie urządzeniem o końcówce o określonej powierzchni. Dowodzi tego sam odwołujący, który przedstawia dowód nr 5 — wydruk porady zamieszczonej na portalu motofakty.pl "Bezpieczny samochód — głębokość bieżnika". W tej publikacji wskazuje się, iż w sytuacji braku głębokościomierza bieżnika "zawsze można wykorzystać zapalkę, wykałaczkę lub linijkę" (ostatni akapit dowodu nr 5 odwołującego). Autor w żaden sposób nie wskazuje więc, na konieczność użycia do pomiaru bieżnika produktu o odpowiednio szerokiej powierzchni. Fakt, że głębokościomierz firmy LIMIT posiada końcówkę o większej powierzchni w żaden sposób nie dowodzi niezgodności oferty przystępującego z s.i.w.z. Tym samym, oferta przystępującego jest zgodna z s.i.w.z., brak w niej informacji wprowadzających w błąd, a wybór tej oferty został wykonany w zgodzie z art. 91 ustawy P.z.p. i brak jest podstaw do unieważnienia postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

W postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego: oferty złożyły 2 firmy: odwołujący oraz przystępujący. Przedmiotem zamówienia był m.in. cyfrowy miernik głębokości bieżnika (pkt. 3.1 s.i.w.z.). Zgodnie ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia (s.o.p.z.), str. 15, lista wymagań wobec tego urządzenia była następująca:

- odczyt pomiaru na wyświetlaczu,
- głębokość pomiaru: 30 mm,

- dokładność pomiaru 0,1 mm,
- etui w zestawie.

Oferty wykonawców miały zawierać informację o tym, jaki sprzęt (z podaniem producenta i oznaczeniem produktu) zostanie dostarczony w ramach wykonania zamówienia, w formularzu według wzoru, stanowiącego załącznik nr 3 do s.i.w.z. „Wykaz oferowanego asortymentu - Sprzęt dydaktyczny”.

Oferta odwołującego została odrzucona z uwagi na niezgodność jej treści z treścią s.i.w.z. Odwołujący nie wniósł odwołania na czynność odrzucenia jego oferty.

Przystępujący w pozycji 8. „Wykazu oferowanego asortymentu - sprzęt dydaktyczny” dla „Cyfrowego miernika głębokości bieżnika” wskazał, że dostarczy: „Cyfrowy miernik głębokości bieżnika, 1110186, Producent: PRAZISION”.

Zaoferowany sprzęt, zgodnie z instrukcją obsługi, nosi nazwę „Głębokościomierz elektroniczny z końcówką igłową” i posiada m.in. następujące parametry:

Odczyt – 0,01mm/0,0005”

Wyświetlacz – LCD ze wskaźnikiem minus

Dokładność pomiaru 0,03 mm osiągnięta jest w zakresie do 30 mm.

Urządzenie ma zastosowanie do pomiarów głębokościowych, tj. pomiarów rowków, podcięć, wycięć, odsadzeń i otworów, zarówno na detalach z tworzyw sztucznych, tj. gumy (w tym głębokości bieżnika opon) oraz na detalach metalowych.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p., tj. z powodu jego wniesienia przez podmiot nieuprawniony ani też do oddalenia odwołania z powodu braku interesu w uzyskaniu zamówienia.

Izba wskazuje w tym zakresie na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 11 maja 2017 r, (sygn. C-131/16), zgodnie z którym oferentowi, który wniósł skargę, przysługuje uzasadniony interes w wykluczeniu oferty wybranego wykonawcy, które może w odpowiednim razie doprowadzić do stwierdzenia, że instytucja zamawiająca nie jest w stanie

dokonać wyboru prawidłowo złożonej oferty. Stanowisko to zostało potwierdzone m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 listopada 2017 roku, sygn. akt KIO 2218/17.

Odnosząc się do stanowiska przystępującego, iż odwołujący podał podstawę prawną zarzutu jako art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., przy czym w żaden sposób jej nie uzasadnił, Izba wskazuje, że podanie pkt. 7 zamiast 2 jest oczywistą omyłką w sytuacji, gdy podniesiona przez odwołującego argumentacja bez wątplenia dotyczy zaniechania odrzucenia oferty niezgodnej z s.i.w.z.

Jednocześnie Izba podkreśla, że zarzut to zawarte w treści odwołania stwierdzenie, że z pewnych wskazanych powodów czynność bądź zaniechanie dokonania czynności przez zamawiającego powinno być uznane za nieprawidłowe.

Prawidłowo podniesiony zarzut nie musi zawierać wskazania konkretnego przepisu, którego naruszenia dopuścił się zamawiający. W myśl łacińskiej zasady *da mihi factum dabo tibi ius* (podaj mi fakty, a ja wskażę ci prawo) wystarczy, że odwołujący zarzut swój sformułuje w sposób jednoznacznie określający jego stanowisko w kwestii budzącej jego sprzeciw. Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 29 czerwca 2009 r., sygn. akt X Ga 110/09/za stwierdził, iż o tym, jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu, nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę.

Przy rozpoznaniu zarzutów odwołania Izba przeprowadziła dowody z następujących dokumentów:

- 1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia,
- 2) oferty przystępującego,
- 3) instrukcji obsługi urządzenia Prazision.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodów z dokumentów złożonych przez odwołującego i zamawiającego na rozprawie w dniu 22 października 2019 roku z powodu niezłożenia odpisów ze składanych dokumentów dla stron i przystępującego.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Izba wskazuje, że przedmiotem zamówienia miał być cyfrowy miernik głębokości bieżnika, przy czym określenie to nie jest nazwą własną zamawianego urządzenia, lecz wskazaniem, że urządzenie ma posiadać właściwości umożliwiające dokonanie cyfrowego pomiaru głębokości bieżnika opon. Nazwa urządzenia zaoferowanego przez przystępującego, tj. głębokościomierz elektroniczny z końcówką igłową, nie przesądza o tym, że urządzenie nie odpowiada treści s.i.w.z. Istotne dla oceny

postawionego zarzutu jest bowiem ustalenie, czy zaoferowany miernik służy do pomiaru głębokości bieżnika i czy posiada parametry określone w s.i.w.z.

Zgodnie ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia (s.o.p.z.), str. 15, lista wymagań wobec tego urządzenia była następująca:

- odczyt pomiaru na wyświetlaczu,
- głębokość pomiaru: 30 mm,
- dokładność pomiaru 0,1 mm,
- etui w zestawie.

Przystępujący zaoferował urządzenie, które spełnia wszystkie powyższe wymagania, co wynika z instrukcji urządzenia przedłożonej przez przystępującego jako dowód w sprawie. Odwołujący zresztą nie zakwestionował spełniania wskazanych parametrów, lecz podnosił, że zaoferowane urządzenie nie może być wykorzystywane do pomiaru bieżnika, ponieważ ma końcówkę igłową, nie zaś szeroką, umożliwiającą precyzyjne przyłożenie jej do badanej powierzchni.

Podkreślić należy, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia nie przewidywał żadnych wymogów w zakresie końcówki miernika. Odwołujący, o ile uważał, że tego rodzaju parametr powinien być wymagany, winien zakwestionować jego brak poprzez wniesienie odwołania wobec opisu przedmiotu zamówienia. Zgłaszanie tego rodzaju zarzutów po wyborze najkorzystniejszej oferty należy uznać za spóźnione.

Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że badanie głębokości bieżnika opon nie może być dokonywane za pomocą sprzętu zaoferowanego przez przystępującego. Wręcz przeciwnie – przyznał, że urządzenie to może mierzyć głębokość bieżnika, niemniej jednak nie jest to sprzęt dedykowany do tego rodzaju pomiarów. Odwołujący nie przedstawił jednak żadnego dowodu, z którego wynikałoby, że urządzenie zaoferowane przez przystępującego nie może być wykorzystywane do pomiaru bieżnika.

Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego z dnia 23 października 2019 roku o otwarcie rozprawy na nowo. Odwołujący uzasadnił wniosek tym, iż złożona przez przystępującego instrukcja urządzenia Prazision została przygotowana na potrzeby przedmiotowego postępowania odwoławczego i nie jest dołączana do urządzenia. Ponadto wskazał, że stosowne dokumenty w zakresie tego, że urządzenie nie może być wykorzystywane do mierzenia głębokości miernika przedłoży na rozprawie.

Zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy P.z.p., Izba otwiera na nowo zamkniętą rozprawę, jeżeli po jej zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania. Taką

istotną okolicznością mogą być oczywiście nowe dowody mające wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, jednakże *ratio legis* cytowanego przepisu nie oznacza możliwości dla uczestnika postępowania powoływania jakichkolwiek nowych dowodów, lecz tylko takich, które ujawniły się już po zamknięciu rozprawy. Chodzi więc o takie dowody, o których istnieniu uczestnik postępowania wcześniej nie wiedział i przy zachowaniu należytej staranności nie mógł się dowiedzieć. W ocenie Izby przywołane w piśmie okoliczności nie uzasadniają twierdzenia, iż odwołujący nie mógł ich powołać przed zamknięciem rozprawy, tym bardziej, że we wzmiankowanym piśmie nie uzasadnił przyczyn, dla których okoliczności tych nie ujawnił wcześniej. W ocenie Izby, wszystkie dowody, na które powoływał się odwołujący we wniosku o otwarcie rozprawy, mogły być przez niego złożone na rozprawie.

Odnosząc się do wskazanej w odwołaniu informacji, że oferta przystępującego zawiera oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania pt. „Dostawa sprzętu komputerowego w ramach projektu Mielec stawia na zawodowców”, zaś postępowanie dotyczyło postępowania pt. „Dostawa sprzętu dydaktycznego dla ZST realizowaną w ramach projektu Mielec stawia na zawodowców”, Izba wskazuje, że w tym zakresie odwołujący nie postawił żadnego zarzutu, Jak już wyżej wskazano, zarzut to stwierdzenie, że czynność bądź zaniechanie dokonania czynności przez zamawiającego powinno być uznane za nieprawidłowe. Odwołujący nie wskazał, na czym miałyby polegać w tym przypadku naruszenie przepisów ustawy przez zamawiającego. Nie zgłosił również w tym zakresie żadnego żądania. Wobec powyższego Izba do wskazanej informacji się nie odniosła.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....