

**Sygn. akt: KIO 1087/22**

**WYROK**

**z dnia 13 maja 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Rafał Malinowski**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 10 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 21 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę Transactor Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Komendę Główną Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy MBA System Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
3. Zasądza od odwołującego Transactor Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Komendy Głównej Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie kwotę 3600 zł.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 1087/22**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Komenda Główna Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), dalej jako: „ustawa PZP”, na zakup terminali mobilnych wspierających rejestrację biometryczną w systemie EES wraz z czytnikami dokumentów oraz czytnikami umożliwiającymi rejestrację do 4-ech odcisków palców. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 stycznia 2022 r. pod numerem 2022/S 018-042848.

W dniu 21 kwietnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Transactor Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w którym zarzucił on Zamawiającemu:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wniesionej w postępowaniu przez wykonawcę MBA System Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, pomimo że oferta ta jest niezgodna z wymaganiami Specyfikacji Warunków Zamówienia odnośnie maksymalnego wymiaru krótszego boku oferowanego tabletu firmy Panasonic mierzonego z czytnikiem palców w stanie złożonym;

2) art. 239 ust. 1 ustawy PZP - poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wniesionej przez wykonawcę MBA System Sp. z o.o., pomimo że oferta ta nie jest najkorzystniejsza w świetle kryteriów oceny ofert, jako że podlega obrzuceniu jako niezgodna ze Specyfikacją Warunków Zamówienia (SWZ), a także poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;

3) w konsekwencji - naruszenie przepisu art. 16 pkt 1 ustawy PZP - poprzez przeprowadzenie postępowania w odniesieniu do dokonanego wyboru oferty wykonawcy MBA System Sp. z o.o. w sposób niezapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wobec podniesionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) odrzucenie oferty wniesionej przez wykonawcę MBA System Sp. z o.o. jako niezgodnej ze Specyfikacją Warunków Zamówienia,

2) dokonania wyboru oferty wniesionej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Argumentując podniesione zarzuty, Odwołujący wskazywał, co następuje:

Zdaniem Odwołującego krótszy bok obudowy tabletu zaoferowanego przez wykonawcę MBA System Sp. z o. o. przekracza maksymalny wymiar przewidziany przez Zamawiającego w pkt 3.1 zał. nr 1 do SWZ - OPZ, który został określony przez Zamawiającego na maksymalnie 20 cm. Odwołujący przy udziale współpracującej firmy dokonał badania tego tabletu specjalistycznym i precyzyjnym urządzeniem tj. współrzędnościowym skanerem optycznym, posiadającym świadectwo wzorcowania. Pomiar dokonany wskazanym skanerem optycznym wykazał, że przekroczony został parametr maksymalnej długości krótszego boku tabletu ofertowanego przez MBA System w stosunku do wymaganych przez Zamawiającego 20 cm, co znajduje potwierdzenie w raporcie załączonym do odwołania. Wynika z niego, że przekroczenie maksymalnego parametru krótszego boku tabletu mierzonego z czytnikiem palców w stanie złożonym, nastąpiło w przypadku tabletu oferowanego przez MBA System o 4.85 mm, gdyż długość tego boku wynosi 204.85 mm (vide załączony raport pomiarowy z dn. 13.04.2022r., str. 3). Przy tym długość krótszego boku tego tabletu (204,85 mm) została zmierzona wraz z czytnikiem palców, gdyż Zamawiający wyraźnie wskazał, że długość boku ma być mierzona z czytnikiem palców. Odwołujący podkreślił przy tym, że pomiar dotyczył całego czytnika palców wraz z wszystkimi elementami niezbędnymi do jego działania.

Niezależnie od powyższego, zdaniem Odwołującego, parametr długości krótszego boku tabletu oferowanego przez wykonawcę MBA System, mierzony nawet bez uwzględnienia czytnika palców w stanie złożonym, również przekracza maksymalną długość wskazaną przez Zamawiającego. Przekroczenie to wynosi 0,45 mm, co prowadzi do wniosku, że oferta wykonawcy MBA System powinna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią SWZ.

Jak wskazywał Odwołujący, sformułowanie „nie większy niż 20 cm” w odniesieniu do długości tego boku oznacza, że długość ta nie może przekroczyć 20 cm tj. może być równa lub mniejsza niż 20 cm. Przekroczenie maksymalnego wymiaru 20 cm choćby o setną milimetra oznacza, że wymóg Zamawiającego nie został spełniony i tym samym oferta nie jest zgodna z merytoryczną treścią SWZ i jako taka podlega odrzuceniu.

Powyższe zdaniem Odwołującego świadczy o zasadności odwołania, a zatem wniósł on o jego uwzględnienie w całości.

Pismem z dnia 22 kwietnia 2022 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca MBA System Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Zamawiający pismem z dnia 6 maja 2022 r. wniósł odpowiedź na odwołanie, w której odniósł się do postawionych zarzutów. Zamawiający wskazywał m. in., że w odpowiedzi na pytanie

nr 21 do SWZ wskazywał, że postanowienia dotyczące wymiarów tabletu należy interpretować wprost, co jego zdaniem oznacza, iż wymiary te dotyczą tabletu wraz zintegrowanym czytnikiem odcisków palców w położeniu transportowym, ale bez urządzeń peryferyjnych, w które tablet musi być wyposażony, takich jak np. uchwyt na rękę czy niezbędne okablowanie. Wskazał, że dokonał oceny przedłożonych środków podmiotowych zachowując najwyższą staranność, między innymi poprzez ich zbadanie za pomocą profesjonalnych urządzeń pomiarowych, posiadających świadectwa wzorcowania wydane przez Laboratorium Pomiarowe MUTECH sp. z o. o., akredytowane przez Polskie Centrum Akredytacji, sygnatariusza porozumień EA ML A i ILAC MRA, dotyczących wzajemnego uznawania świadectw wzorcowania. Zamawiający przedstawił również fotografie z dokonanych pomiarów i podkreślił, że pomiar uwzględniający złącza i okablowanie jest pomiarem błędnym.

W związku z przedstawioną argumentacją Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy PZP. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego wykonawcę MBA System Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego. Przystąpienie zostało złożone w terminie, a Przystępujący wskazał na interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dowody przedłożone przez Odwołującego, tj. raport pomiarowy z dnia 8 kwietnia 2022 r., świadectwo wzorcowania skanera optycznego HandySCAN BLACK ELITE z dnia 17 listopada 2020 r., certyfikat akredytacji Nr AP 181 oraz zakres akredytacji Laboratorium Wzorcującego o numerze AP 181, fotografia ilustrująca kształt krawędzi tabletu, a także złożone przez Zamawiającego: fotografie z dokonanych pomiarów szerokości, świadectwo wzorcowania z dnia 6 kwietnia 2022 r. suwmiarki dwustronnej z głębokościomierzem, przymiaru półszywnego oraz wysokościomierza suwmiarkowego, prezentacja tabletu Panasonic Toughbook G2 ze strony producenta oraz przez

Przystępującego: oświadczenie producenta tabletu Panasonic Connect Europe GmbH oraz Panasonic Connect Europe GmbH Oddział w Polsce z dnia 6 maja 2022 r, świadectwo pomiarowe 2022-D05 wraz z certyfikatem kalibracji.

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego dokonany przez Zamawiającego w trakcie rozprawy pomiar przedmiotowego środka dowodowego.

Wydając rozstrzygnięcie Izba oparła się jednak tylko na niektórych dowodach, co znajdzie wyraz w treści uzasadnienia.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dopuszaenie Straży Granicznej w sprzęt KRG na potrzeby systemu EES – Zakup terminali mobilnych wspierających rejestrację biometryczną w systemie EES wraz z czytnikami dokumentów oraz czytnikami umożliwiającymi rejestrację do 4-ech odcisków palców.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa kompletów wzmocnionych terminali do mobilnej odprawy granicznej wraz z akcesoriami, na które składają się tablety typu "rugged" oraz czytnik dokumentów z funkcjonalnością odczytu OCR-B + RFID, a także czytnik odcisków palców umożliwiający jednoczesne pobranie do 4-ech odcisków palców.

Zamawiający w pkt 3.1 załącznika nr do SWZ – OPZ wskazał na następujący wymóg w odniesieniu do obudowy tabletu : *„obudowa o wymiarach nie większych niż (długość – dłuższy bok, szerokość – krótszy bok, wysokość): 31cm x 20cm x 6cm (z wyłączeniem urządzeń peryferyjnych, uchwytów itp., mierzona z czytnikiem palców w stanie złożonym)”*.

W celu potwierdzenia zgodności oferowanej dostawy z wybranymi przez siebie wymaganiami i cechami określonymi w OPZ Zamawiający zażądał w rozdziale VI pkt 1 lit. b SWZ złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych, tj.:

*„b) Terminal mobilny wspierający rejestrację biometryczną w systemie EES wraz z czytnikiem dokumentów oraz czytnikiem umożliwiającymi rejestrację do 4-ech odcisków palców”*.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że: *„Urządzenia będą podlegać ocenie w zakresie:*

*- Ukompletowania. Terminal ze zintegrowanym czytnikiem odcisków palców oraz dostarczony osobno czytnik dokumentów.*

- Zgodności urządzeń z parametrami technicznymi OPZ. Zamawiający nie będzie badać dostarczonego oprogramowania oraz wymaganych akcesoriów, a jedynie parametry zewnętrzne/fizyczne dostarczonego urządzenia oraz sposób integracji z wymaganymi elementami kompletu. Dany parametr zostanie przez Zamawiającego zakwalifikowany, jako spełniający wymagania OPZ w badanym zakresie lub nie spełniający wymagań OPZ w badanym zakresie, na podstawie dostarczonego urządzenia. Urządzenia będą badane w stanie wyłączonym, z dołączonymi bateriami.

- Sposobu integracji elementów. Terminal/tablet oraz czytnik odcisków palców. Urządzenie musi stanowić spójną całość, mocowanie nie może opierać się jedynie na połączeniu kablowym. Zastosowane zatrzaski/śrubki lub dedykowany uchwyt muszą umożliwiać swobodne trzymanie, podnoszenie urządzenia. Zamawiający będzie również badać gotowość do zrealizowania wymogu związanego z położeniem transportowym oraz położeniem operacyjnym urządzenia określonymi w OPZ. Zamawiający będzie oceniał trwałość rozwiązania, o którym mowa w OPZ, tj. sprawdzał czy wszystkie rozwiązania wykorzystane do montażu nie zostały wykonane na drukarce 3D lub w inny sposób niezapewniający wystarczającej trwałości.

- Sposobu obsługi czytnika odcisków palców – korzystanie z czytnika odcisków palców nie może wymagać od użytkownika wykonania żadnych dodatkowych czynności niż rozłożenie/złożenie czytnika.

Badane urządzenia muszą być w stanie rozłożonym, gotowym do pracy. Wraz z dostarczeniem urządzenia nie jest wymagane dostarczenie akcesoriów oraz oprogramowania. Urządzenia i oferta wykonawcy zostaną odrzucone jako niespełniające wymagań zamawiającego, jeżeli któryś z ww. punktów zostanie niespełniony”.

Zgodnie z pytaniem nr 21 do SWZ:

„OPZ, Rozdział 3.1. Tablet typu "Rugged" w zakresie Obudowa: - o wymiarach nie większych niż (długość - dłuższy bok, szerokość - krótszy bok, wysokość): 31 cm, 20 cm, 6 cm ( z wyłączeniem urządzeń peryferyjnych...).

Zwracamy się z prośbą o potwierdzenie że ww. podane wymiary dotyczą tylko tabletu typu "rugged" bez urządzeń dodatkowych tj. czytnika dokumentów oraz czytnika odcisków palców”.

Odpowiedź na pytanie nr 21:

„Zamawiający w pkt. 3.1 OPZ „Obudowa” precyzyjnie określił maksymalne wymiary urządzenia oraz które komponenty one obejmują. „- o wymiarach nie większych niż (długość – dłuższy bok, szerokość – krótszy bok, wysokość): 31 cm x 20 cm x 6 cm (z wyłączeniem urządzeń peryferyjnych, uchwytów itp., mierzona z czytnikiem palców w stanie złożonym”. Po-

*wyższy zapis należy interpretować wprost wymiary dotyczą tabletu wraz z zintegrowanym czytnikiem odcisków palców ale bez urządzeń peryferyjnych, w które tablet musi być wyposażony takich jak np. uchwyt na rękę”.*

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert, do momentu upływu terminu składania ofert wpłynęły 4 oferty. Za najkorzystniejszą uznano ofertę wykonawcy MBA System Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. Na drugim miejscu uplasowała się oferta Odwołującego.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Jak przyjmuje się w orzecznictwie, by można było zastosować sankcję w postaci odrzucenia oferty na ww. podstawie, stwierdzona niezgodność musi mieć charakter jednoznaczny. Innymi słowy chodzi o to, by można było bez wątpliwości wskazać, które elementy oferty wykonawcy niezgodne są z ustalonymi przez Zamawiającego, niebudzącymi wątpliwości, określonymi w sposób wyraźny i jasny warunkami zamówienia.

Dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy kluczowe są dwa zagadnienia. Pierwsze dotyczy interpretacji zapisów opisu przedmiotu zamówienia dotyczących wymiarów zamawianych tabletów. W tabeli pod punktem 3.1 OPZ pn. „*Tablet typu rugged*” Zamawiający określił wymagane przez siebie parametry dla właściwości lub cech zamawianego tabletu.

Zgodnie z przedmiotową tabelą z punktu 3.1, Zamawiający wymagał by obudowa tabletu miała m. in. następujące parametry:

*„o wymiarach nie większych niż (długość – dłuższy bok, szerokość – krótszy bok, wysokość): 31 cm x 20 cm x 6 cm (z wyłączeniem urządzeń peryferyjnych, uchwytów itp., mierzona z czytnikiem palców w stanie złożonym)”.*

Spór pomiędzy stronami w zakresie interpretacji ww. zapisu dotyczył tego czy dokonując pomiaru tabletu zaoferowanego przez Przystępującego należało wziąć pod uwagę również wetknięte złącze zasilające czytnik odcisków palców, czy też pomiar nie powinien go uwzględniać.

Zdaniem Izby, interpretacja postanowień SWZ i jej załączników prowadzi do wniosku, iż nie przekraczający 20 cm wymiar krótszego boku obudowy tabletu typu „rugged”, dotyczy obudowy tego tabletu w rozumieniu zewnętrznej części urządzenia, która je osłania. Przy dokonywaniu pomiarów krótszego boku tabletu nie było obowiązku uwzględniania złącza czytnika odcisków palców. Izba doszła do takiego wniosku, z następujących powodów:



Po pierwsze wskazać należy, że tablet typu „rugged” jest częścią terminala do odprawy mobilnej, na który składają się dodatkowo czytnik dokumentów oraz czytnik odcisków palców. Wymagane cechy i właściwości dla pozostałych elementów składających się na terminal do odprawy mobilnej Zamawiający opisał odpowiednio w punkcie 3.2 oraz 3.3 OPZ. W tabeli 3.1 opisane zostały jedynie elementy właściwe dla tabletu, w tym dla jego obudowy.

Co również istotne, Zamawiający nie narzucił szczegółowego rozwiązania dotyczącego integracji czytnika palców z tabletem. Pewne wymagania zostały przez Zamawiającego określone w punkcie 3.3 OPZ, jednak wykonawcy posiadali dosyć duży margines swobody przy wyborze konkretnego rozwiązania. Zamawiający nie narzucił również rozwiązania, w którym złącze czytnika odcisków palców musiało zostać umiejscowione w ramach krótszego boku tabletu.

Ponadto, Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 21 do SWZ, nakazał interpretację zapisu określającego wymiary tabletu oraz sposób ich pomiaru wprost. Nie należy zatem dokonywać jego interpretacji rozszerzającej. Powyższe, zdaniem Izby, nakazuje odniesienie przedmiotowego zapisu tylko i wyłącznie do elementu terminala do odprawy mobilnej, jakim jest tablet typu „rugged”. Zatem wyrażenie „z wyłączeniem urządzeń peryferyjnych, uchwytów itp.”, dotyczy wszystkich tych dodatkowych elementów wyposażenia tabletu, które nie są niezbędne do jego działania, ale umożliwiają korzystanie z niego zgodnie z przeznaczeniem. Przy czym chodzi tutaj tylko i wyłącznie o elementy wskazane w tabeli 3.1 OPZ, a zatem odnoszące się do wyposażenia tabletu, a nie innych elementów terminala. W związku z tym wymiary obudowy tabletu typu „rugged”, określone w tabeli 3.1 OPZ, dotyczą jedynie tej części terminala jakim jest tablet, z wyłączeniem pozostałych elementów zestawu, tj. czytnika dokumentów oraz czytnika odcisków palców (z zastrzeżeniem opisanym poniżej), dla których wymagane parametry Zamawiający opisał w punkcie 3.2 oraz 3.3 OPZ. Powyższe wyklucza uwzględnienie przy dokonywanych pomiarach także kabla zasilającego czytnik odcisków palców.

Natomiast wyrażenie „mierzona z czytnikiem palców w stanie złożonym”, odnosi się do dopuszczonych przez Zamawiającego w pkt 3.3 OPZ rozwiązań w zakresie integracji czytnika palców z tabletem, polegających na dopuszczeniu „użycia elementów ruchomych, które będą umożliwiać ułożenie urządzenia w tzw. położeniu transportowym (czytnik schowany lub wsunięty) i położenie operacyjne – czytnik gotowy do pracy”. Zamawiający nie narzucił jednak umiejscowienia czytnika odcisków palców w ramach konkretnego boku. Możliwe było zatem jego dowolne umiejscowienie z zastrzeżeniem, że w razie zaoferowania rozwiązania z użyciem elementów ruchomych, obudowa tabletu uwzględniająca czytnik w

stanie złożonym, nie przekroczy maksymalnych wymiarów dla długości, szerokości i wysokości.

Podsumowując zatem, zdaniem Izby, wymiary określone w tabeli 3.1 OPZ dotyczą tylko obudowy tabletu typu „rugged”. Nie ulega wątpliwości, że kabel zasilający czytnik palców nie stanowi elementu tej obudowy. Złącze jest elementem terminala jako takiego, ale nie stanowi części obudowy tabletu. Natomiast wymiary określone przez Zamawiającego dotyczą obudowy części terminala, jakim jest obudowa tabletu. Niezależnie od powyższego, nawet gdyby przyjąć, że w zakresie postanowień SWZ istnieją pewne wątpliwości, to nie można ich interpretować na niekorzyść wykonawców składających oferty w postępowaniu. Wszelkie niejasności należy tłumaczyć na ich korzyść, co oznacza dopuszczenie rozwiązania, które wynika z interpretacji korzystniejszej dla wykonawcy, co także wyklucza uwzględnienie przy pomiarze również kabla zasilającego czytnik odcisków palców.

Z powyższych względów, zdaniem Izby, zarzut Odwołującego w tej części nie potwierdził się.

Drugim zagadnieniem kluczowym dla rozstrzygnięcia sprawy jest kwestia pomiarów dokonanych przez Odwołującego, z których wynika, iż nawet bez uwzględnienia złącza zasilającego czytnik odcisków palców, obudowa tabletu zaoferowanego przez Przystępującego, przekracza maksymalny wymiar krótszego boku określony przez Zamawiającego.

Co istotne, jedynym dowodem popierającym twierdzenia Odwołującego jest raport pomiarowy z dnia 8 kwietnia 2022 r. W raporcie tym przedstawione są wyniki pomiarów, jakich Odwołujący dokonał skanerem optycznym, ukazujące wymiary tabletu zaoferowanego przez Przystępującego. Należy jednak podkreślić, że opisując podstawę faktyczną zarzutów odwołania, Odwołujący nie formułował wątpliwości wobec czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu pomiarów w ramach badania przedmiotowych środków dowodowych. Odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów, które kwestionowałyby prawidłowość czynności Zamawiającego lub podważały jego metodykę czy też urządzenie, którym pomiar został dokonany. Twierdzenia w tym zakresie pojawiły się dopiero na rozprawie, jednak zdaniem Izby, są one spóźnione. Izba stoi na stanowisku, że odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim faktycznej argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Z kolei dowodzenie w procesie przed Izbą należy utożsamiać z czynnościami strony zmierzającymi do przekonania składu rozpoznającego spór o prawdziwości przedstawianych twierdzeń faktycznych, a nie do uzupełniania podstawowej treści odwołania. Aby skład orzekający mógł rozpoznać zarzut, konieczne jest postawienie

go na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej już we wniesionym środku ochrony prawnej, ponieważ Izba jest związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia (tak: wyrok z dnia 3 sierpnia 2021 r., KIO 1879/21).

Jeżeli Odwołujący wskaże okoliczności faktyczne dopiero na rozprawie, Izba nie ma możliwości, by je uwzględnić. Obowiązkiem strony jest w pierwszej kolejności wskazanie w środku zaskarżenia okoliczności, które uznaje za istotne dla rozstrzygnięcia, a następnie przedstawienie dowodów na potwierdzenie tych okoliczności.

W okolicznościach rozpatrywanego stanu faktycznego, Odwołujący argumenty podważające sposób i metodykę wykonania pomiarów przez Zamawiającego, przedstawił dopiero na rozprawie. W środku ochrony prawnej przeciwstawił jedynie wynikom pomiarów dokonanych przez Zamawiającego, swoje wyniki. Izba nie znajduje jednak podstaw, by pomiarom dokonany przez Zamawiającego odmówić wiarygodności. Zostały one dokonane akredytowanym urządzeniem oraz udokumentowane za pomocą zdjęć, a SWZ nie precyzowała metody badawczej ani urządzenia jakim pomiarów tych należy dokonać. Z kolei Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które podważyłyby wiarygodność dokonanych przez Zamawiającego pomiarów. Fakt, iż Odwołujący dokonał swoich pomiarów, nie świadczy, że pomiary dokonane przez Zamawiającego były błędne – okoliczność ta nie została wykazana przez Odwołującego, a zatem przedmiotowy zarzut również w tej części należało oddalić, co prowadzi do wniosku, że także zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 ustawy PZP należało uznać za niezasadne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....