

WYROK
z dnia 13 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 grudnia 2019 r. i 8 stycznia 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2019 r. przez wykonawcę

AERO-GSE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą w Krakowie

w postępowaniu prowadzonym przez

Skarb Państwa – 3 Regionalną Bazę Logistyczną z siedzibą w Krakowie

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **AERO-GSE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **AERO-GSE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – 3 Regionalna Baza Logistyczna w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę urządzeń do ciągłego pomiaru współczynnika tarcia sztucznych nawierzchni lotniskowych na lotniskach sił zbrojnych RP” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 5 marca 2019 r. pod numerem 2019/S 045-102234. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Podstawy wykluczenia Odwołującego i odrzucenia oferty Odwołującego

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego – AERO-GSE Sp. z o. o. Sp. komandytowa na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wykluczył go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskazał, że zgodnie z wymaganiami zawartymi w załączniku nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał, aby oferowany pojazd posiadał „układ napędowy, napędzający koła osi przedniej, koła przedniej osi kierowane. Tylne koło pojazdu o konstrukcji zapewniającej dobre właściwości trakcyjne i dostosowane do wymagań określonych dla urządzenia pomiarowego...”. Natomiast wykonawca zaoferował tester tarcia zamontowany na pojeździe ISUZU D-MAX. Z ogólnodostępnych informacji oraz wyjaśnień przekazanych przez wykonawcę wynika, iż w oferowanym pojeździe napęd stale przekazywany jest na oś tylną, a dołączenie napędu przedniego stanowi jedynie dodatkową możliwość, która uzależniona jest od warunków drogowych, na przykład gdy pojazd potrzebuje lepszej przyczepności (deszcz, śnieg, oblodzenie). Na lotniskach stosowane są ściśle określone, rygorystyczne procedury dotyczące letniego i zimowego utrzymania nawierzchni lotniskowych, które wskazują, że muszą być one na bieżąco oczyszczane z wszelkiego śniegu i oblodzenia. Ponadto, zgodnie z zaleceniami producenta pojazdu, na suchych, równych drogach (a takimi są pasy startowe) należy używać napędu na 2 koła, co potwierdził wykonawca w złożonych wyjaśnieniach. Stosowanie napędu 4x4 w takich warunkach może przyspieszać zużywanie się przednich opon, zwiększyć zużycie paliwa, a nawet doprowadzić do uszkodzenia napędu.

W oferowanym przez wykonawcę pojeździe możliwe są następujące tryby pracy napędu: 2H – napęd tylko na tylne koła, przełożenie drogowe; 4H – napęd na cztery koła, przełożenie drogowe; 4L – napęd na cztery koła i przełożenie terenowe. Zatem w żadnym z trybów napędu

ISUZU D-MAX nie ma możliwości zastosowania napędu jedynie na przednią oś, tym samym oferowany pojazd nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie napędu, a oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

W druku „Oferta” wykonawca miał do wyboru dwa oświadczenia: „Oświadczamy, że oferowany przedmiot dostawy znajduje się na liście urządzeń do pomiaru współczynnika tarcia wymienionych w przepisach ICAO (Załącznik 14 ICAO, Doc. 9137 ICAO)” albo „Oświadczamy, że oferowany typ urządzenia spełnia wymogi, o których mowa w pkt. GM1 ADR.OPS.C.010(b)(3) „Easy ACCESS Rules for Aerodromes (Regulation EU No 139/2014)”. Przywołany w drugim oświadczeniu dokument powiela listę ICAO, jednocześnie jednak wskazuje, iż do pomiaru tarcia mogą zostać użyte inne urządzenia, pod warunkiem, że zostały skorelowane z co najmniej jednym urządzeniem pomiarowym wymienionym w powyższej tabeli (punkt h str. 269 EASA). Zamawiający celowo dał wykonawcom możliwość wyboru, tak, aby mogli zaoferować urządzenia starszego typu, znajdujące się już na rynku oraz liście ICAO, jak i nowe urządzenie, pod warunkiem skorelowania go i dopuszczenia do użytkowania w lotnictwie.

W złożonej ofercie AERO-GSE Sp. z o. o. sp. komandytowa oświadczył, iż jego urządzenie, tj. Skiddometer BV-11 VI, znajduje się na liście ICAO, jednakże na liście tej znajduje się urządzenie Skiddometer BV-11 (przyczepa). Z wyjaśnień przedstawionych przez wykonawcę wynika, iż są to urządzenia tożsame, gdyż w obu urządzeniach występuje ten sam układ pomiarowy. Oczywistym jest jednak, że pomiędzy urządzeniami występują zasadnicze różnice mające fundamentalny wpływ na uzyskiwane podczas pomiaru wartości liczbowe współczynnika tarcia, tj. opona koła pomiarowego. Zgodnie z danymi ICAO urządzenie Skiddometer BV-11 współpracuje z oponą o ciśnieniu 210 kPa (tylko dla tej opony w załączniku 14 ICAO przedstawione są graniczne wartości współczynnika tarcia), natomiast oferowane urządzenie Skiddometer BV-11 VI współpracuje zarówno z oponą o ciśnieniu 210 kPa, jak i 700 kPa, przy czym ciśnienie w oponie koła pomiarowego ma znaczący wpływ na wartości współczynnika tarcia ocenianej nawierzchni. Wartość współczynnika tarcia jest m.in. funkcją ciśnienia w oponie koła pomiarowego, wartości te są odwrotnie proporcjonalne – wzrost ciśnienia w kole pomiarowym powoduje zmniejszenie współczynnika tarcia. Urządzenie pracujące z oponą 210 kPa wskaże więc inną wartość współczynnika niż urządzenie pracujące z oponą 700 kPa.

Z uwagi na fakt, iż lista ICAO została zamknięta i nie ma możliwości dopisania do niej urządzeń, wykonawca powinien przedstawić dokument wydany przez krajową władzę lotniczą, dopuszczający stosowanie urządzenia Skiddometer BV-11 VI z oponą 700 kPa na lotniskach. Z tego też względu wykonawca w złożonej ofercie powinien zaznaczyć, iż oświadcza, że oferowany typ urządzenia spełnia wymogi, o których mowa w punkcie GM1 ADR.OPS.C.010(B)(3) „Easy ACCES Rules for Aerodomes (Regulation EU No 139/2019”. Zaznaczając inne oświadczenie wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd.

Na etapie badania oferty Zamawiający, mając na uwadze swoje wymagania zawarte w punkcie B.II. 1.3) WET (załącznik nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia), prosił o jednoznaczne wskazanie, czy oferowane urządzenie, tj. Skiddometer BV-11 VI, zostało skorelowane do urządzenia ASFT i SFT wyszczególnionych w Normie Obronnej NO-17-A501 *Nawierzchni Lotniskowe. Badanie szorstkości. Wartości ciśnienia roboczego dla opon pomiarowych: a) T520 – 700 kPa (ASFT), b) ASTM – 210 kPa (SFT).* W wyjaśnieniach wykonawca stwierdził, iż oferowane urządzenie współpracuje z oponami o ciśnieniu roboczym 210 kPa i 700 kPa, tym samym nie wyjaśnił Zamawiającemu, czy oferowane urządzenie posiada wymaganą korelację, czy też nie. Zamawiający nie negocjował możliwości współpracy oferowanego urządzenia z oponami T520 – 700 kPa oraz ASTM – 210 kPa, tylko oczekiwał wyjaśnienia dotyczącego korelacji. W wyniku zadawanych w toku badania oferty pytań oraz pozyskanych informacji, zdaniem Zamawiającego, wykonawca sukcesywnie wycofywał się z wcześniejszych twierdzeń i swoje odpowiedzi uzależniał od aktualnej sytuacji, a nie od stanu faktycznego. W związku z powyższym Zamawiający powziął wątpliwości co do rzetelności podanych danych i istnienia wymaganej korelacji pomiędzy urządzeniami Skiddometer BV-11 VI oraz ASFT i uznał, że wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych za wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

W konsekwencji, z braku niepodlegających odrzuceniu ofert, Zamawiający unieważnił postępowanie w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II Stanowisko Odwołującego

Odwołujący wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie

1. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu niezłożenia żadnych ofert niepodlegających odrzuceniu, mimo iż podstaw do zastosowania tego przepisu nie było, gdyż oferta Odwołującego jest ofertą, która nie podlega odrzuceniu, co w konsekwencji powinno prowadzić do wyboru oferty Odwołującego, a nie do unieważnienia postępowania,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podczas gdy oferta Odwołującego jest ofertą ważną i niepodlegającą odrzuceniu,

3. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że Odwołujący w wyniku niedbalstwa lub lekkomyślności wprowadził w błąd Zamawiającego poprzez przedstawienie informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzję Zamawiającego,

4. art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niedokonanie czynności zgodnie z żądaniem odwołania, mimo iż żądaniem odwołania wniesionego do Izby 17 września 2019 r. był wybór najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
2. unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego,
3. unieważnienia wykluczenia Odwołującego,
4. wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,
5. nakazanie działania zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu złożonym do Izby 17 września 2019 roku.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że 27 maja 2019 r. Zamawiający dokonał oceny wszystkich ofert w tym postępowaniu. Wszystkie oferty uznał za ważne, prawidłowo złożone i niepodlegające odrzuceniu oraz wybrał ofertę wykonawcy D. W. HAX. Wybór tej oferty zakwestionował Odwołujący, a Krajowa Izba Odwoławcza nakazała wykluczenie wykonawcy i odrzucenie jego oferty (sygn. akt: KIO 1036/19). Zamawiający dokonał tej czynności dopiero po piśmie Odwołującego z 3 września 2019 r. W opinii Odwołującego Zamawiającemu zależy na tym, aby niniejsze zamówienie wygrała oferta firmy Hax, stąd wszystkie jego czynności zmierzają do wyboru tej oferty, jednakże z uwagi na prawomocny wyrok Izby Zamawiający nie może już wybrać tej oferty w tym postępowaniu, wobec czego postanowił odrzucić wszystkie oferty, aby wypełnić przesłanki dotyczące trybu z wolnej ręki i udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki wykonawcy HAX.

Następne czynności Zamawiającego w postępowaniu to ciągle wzywianie Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty. W wyniku tych czynności oferta Odwołującego została odrzucona, a postępowanie unieważnione. Odwołujący na tę czynność, 17 września 2019 r. złożył odwołanie, które Zamawiający w całości uwzględnił. Następnie Zamawiający znowu poprosił Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty i odrzucił jego ofertę oraz unieważnił postępowanie. Obecnie jest to trzecie odwołanie w niniejszej sprawie, a Zamawiający postępuje w taki sposób, aby nie dokonać wyboru oferty Odwołującego.

Odwołującemu zadano szereg pytań, wzywano go do przedstawienia dokumentów, które nie miały oparcia ani w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, ani w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający wezwał Odwołującego pismem z 24 lipca 2019 r. do wyjaśnień dotyczących punktu 4. złożonej oferty, tj. czy tester tarcia znajduje się na liście urządzeń do pomiaru wymienionych w przepisach ICAO oraz czy jest zamontowany na podwoziu samochodowym. Odwołujący szczegółowo wyjaśnił wszystkie wątpliwości Zamawiającego, przedstawił ilustracje oraz przekazał oświadczenie producenta o zgodności oferowanego produktu z wersją wspomnianą w załączniku 14 ICAO, Doc. 9137 ICAO.

Kolejne pismo zostało skierowane do Odwołującego 20 sierpnia 2019 r. i dotyczyło wątpliwości w zakresie układu napędowego i jezdnego. Zamawiający żądał wyjaśnień zgodności oferty z punktem B.1.3 WET, A.III.3 WET, B.II.1.1)c), B.II.1.1) e) oraz 4) b) WET. Odwołujący pismem z 25 sierpnia 2019 r. szczegółowo wyjaśnił wątpliwości Zamawiającego, za każdym razem udzielał odpowiedzi z należytą starannością, starał się odpowiadać w maksymalnie szeroki sposób, wyjaśniając wszystkie wątpliwości Zamawiającego. Niestety, kolejnym pismem z 30 sierpnia 2019 r. Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego do wyjaśnień, żądając przesłania tabeli wykazującej średnie graniczne wartości wymaganych współczynników tarcia dla urządzenia referencyjnego ASFT oraz sprawdzanego Skiddometer BV-11 VI, czego nie miał prawa żądać. W piśmie tym Zamawiający powołał się na załącznik nr 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. dokument, który będzie obowiązywał dopiero po zawarciu umowy. Odwołujący udzielił odpowiedzi pismem z 30 sierpnia 2019 r. Zamawiający kolejnymi pismami zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienia, co w konsekwencji spowodowało ponowne odrzucenie oferty Odwołującego. Jako powód odrzucenia podał, że: 1) W ISUZU D-MAX nie ma możliwości zastosowania napędu jedynie na przednią oś, tym samym oferowany pojazd nie spełnia wymagań w zakresie wymaganego napędu; 2) wprowadzenie w błąd, ponieważ oferowany Skiddometer BV-11 VI nie jest urządzeniem tożsamym z urządzeniem Skiddometer BV-11, które znajduje się na liście urządzeń do pomiaru współczynnika tarcia wymienionych w przepisach ICAO (załącznik 14 ICAO, Doc. 9137 ICAO); 3) w wyjaśnieniach oferent stwierdził, że oferowane urządzenie współpracuje z oponami 210 kPa i 700 kPa, tym samym nie wyjaśnił Zamawiającemu, czy oferowane urządzenie posiada wymaganą korelację, czy też nie.

Odnosząc się do pierwszego powodu odrzucenia Odwołujący wskazał, że zgodnie z załącznikiem nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – WET, punkt B 1.13) Zamawiający określił swoje wymagania w sposób następujący: „Układ napędowy i jezdny. Układ napędowy, napędzający koła osi przedniej, koła przedniej osi kierowane. Tylne koła pojazdu o konstrukcji zapewniającej dobre właściwości trakcyjne i dostosowana do wymagań

określonych dla urządzenia pomiarowego opisanych w punkcie B.II. Koła jezdne mają być wyposażone w felgi stalowe i czujniki ciśnienia.” Z postanowienia tego nie wynika, że napęd miałby być tylko na przednią oś. Przede wszystkim nie użyto jasnego sformułowania i doprecyzowania, że układ napędowy ma być jedynie na przednią oś ani nie wskazano żadnych wymagań szczegółowych co do przedniej osi, jedynie co do tylnej osi. Nawet jednak te wymagania nie precyzują, iż tylna oś ma nie mieć zastosowania napędu.

Zatem brak wymagań, że jedynie przednia oś ma mieć napęd, a tylna oś ma nie mieć napędu nie pozwalają Zamawiającemu na skorzystanie z dyspozycji przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oferowany przez Odwołującego ISUZU D-MAX spełnia wymóg z postanowień specyfikacji. Odwołujący też nigdy nie ukrywał zaferowanego rozwiązania, a zatem gdyby miał to być rzeczywisty powód odrzucenia oferty, to Zamawiający powinien był to już zrobić 17 września 2019 r.

Drugi z powodów odrzucenia oferty jest nieprawdziwy. Zamawiający uważa, że pomiędzy tymi urządzeniami występują zasadnicze różnice mające fundamentalny wpływ na uzyskiwane podczas pomiaru wartości liczbowe współczynnika tarcia, tj. opona koła pomiarowego. Według Zamawiającego zgodnie z danymi ICAO urządzenie Skiddometer BV-11 współpracuje z oponą o ciśnieniu 210 kPa, natomiast oferowane urządzenie Skiddometer BV-11 VI współpracuje zarówno z oponą o ciśnieniu 210 kPa, jak i 700 kPa. Zamawiający powołuje się na fakt, że tylko dla opony o ciśnieniu 210 kPa zostały podane wartości graniczne. Jednak jest to twierdzenie nieprawdziwe, bowiem w dokumencie ICAO (załącznik 14 ICAO, Doc. 9137 ICAO) jest wyraźnie napisane, że urządzenie Skiddometer BV-11 współpracuje zarówno z oponą o ciśnieniu 210 kPa, jak i 700 kPa. Zostało to wyjaśnione poprzez przytoczenie dokładnych fragmentów powyższego dokumentu w wyjaśnieniach Odwołującego z 27 października 2019 r. oraz z 7 listopada 2019 r. Wartości graniczne zostały podane tylko dla opony o ciśnieniu 210 kPa, bo tylko z takimi oponami, zgodnie z ICAO, wykonuje się pomiary w ramach programu utrzymania (*maintenance program*). Opona z ciśnieniem 700 kPa służy do pomiarów operacyjnych, co również zostało opisane w dokumencie ICAO. Nie tylko zatem Odwołujący nie wprowadził w błąd Zamawiającego, ale także wszystko wyjaśnił wskazując i podkreślając, iż jego urządzenie spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający niejednokrotnie dopytywał Odwołującego o oferowane urządzenie. 24 lipca 2019 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących punktu 4. złożonej oferty, tj. czy tester tarcia znajduje się na liście urządzeń do pomiaru wymienionych w przepisach ICAO. Odwołujący odpowiedział i odpowiedź ta została zweryfikowana pozytywnie. 30 sierpnia 2019 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnień w zakresie oferowanego urządzenia żądając przesłania tabeli wykazującej średnie graniczne wartości wymaganych współczynników tarcia dla urządzenia referencyjnego ASFT oraz sprawdzanego Skiddometer

BV-11 VI. I również tym razem Odwołujący szczegółowo wyjaśnił, załączył tabelkę, mimo że Zamawiający nie mógł jej żądać, a wyjaśnienia te zostały zweryfikowane pozytywnie. Obecne wyjaśnianie treści oferty, wracające do tego samego, nasuwa wniosek, że być może Zamawiający nieprecyzyjnie sformułował postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia i próbuje odrzucić Odwołującego na podstawie wymagań, które nie znalazły odzwierciedlenia w postanowieniach dokumentacji postępowania.

Aby wykluczyć wykonawcę na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych należy wskazać, jakie informacje nieprawdziwe podał wykonawca, a zatem należy wskazać obiektywną przyczynę niezgodności z rzeczywistością. Zamawiający takiej przyczyny nie wskazał. Nie dość, że twierdzenie Zamawiającego jest nieprawdziwe, to ową nieprawdziwość wywodzi on z subiektywnego przekonania, a nie z potwierdzenia niezgodności z rzeczywistością. Zatem Zamawiający nie miał prawa wykluczyć Odwołującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nawet jeśli uznać, że Odwołujący (czemu Odwołujący zaprzecza) błędnie zaznaczył oświadczenie, to i tak oba oświadczenia były możliwe do zaznaczenia, oba spełniały warunki i wymogi Zamawiającego, zatem nie ma tu ewidentnej przesłanki wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Skoro bez względu na to, jakie wykonawca by złożył oświadczenie, byłoby to dopuszczalne, nie jest spełniona przesłanka wskazana w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak wypełnienia dyspozycji tego przepisu.

Wskazany trzeci powód oferty Odwołującego nie jest możliwy w ramach obowiązujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający wskazał, że „w swoich wyjaśnieniach oferent stwierdził, że oferowane urządzenie współpracuje z oponami 210 kPa i 700 kPa, tym samym nie wyjaśnił Zamawiającemu, czy oferowane urządzenie posiada wymaganą korelację, czy też nie”. Samo „niewyjaśnienie Zamawiającemu” nie może być powodem odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, którego norma stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jest ona niegodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. A zatem, aby odrzucić ofertę, zamawiający musi wskazać ową niezgodność w sposób wyraźny i precyzyjny. Samo niewyjaśnienie Zamawiającemu nie wystarczy i nie pozwala na odrzucenie oferty na tej podstawie. Powód ten nie może też być uznany za zasadny, bowiem Zamawiający wymagał czego innego, a na innej podstawie odrzucił ofertę. Zamawiający nie negocjował możliwości współpracy oferowanego urządzenia z oponami T520 – 700 kPa oraz ASTM – 210 kPa, tylko oczekiwał wyjaśnienia dotyczącego korelacji, a takie wyjaśnienie zostało uczynione.

Zamawiający negocjował możliwość współpracy oferowanego urządzenia z oponami T520 – 700 kPa oraz ASTM – 210 kPa w piśmie z 30 sierpnia 2019 roku, gdzie wskazał, iż „w swoich wyjaśnieniach wykonawca stwierdził, że oferowane urządzenie zostało wielokrotnie

skorelowane z urządzeniem SFT, natomiast nie wyjaśnił, czy zostało skorelowane do urządzenia ASFT, podczas gdy taki właśnie wymóg postawił Zamawiający w SIWZ. Poza tym, z żadnej dokumentacji dostępnej Zamawiającemu (oferta, dokumentacja znajdująca się na stronie internetowej producenta) nie wynika, jakoby oferowane urządzenie zostało skorelowane z urządzeniem ASFT". Odwołujący w odpowiedzi na pismo z 30 sierpnia 2019 r. wyjaśnił, iż oferowane urządzenie posiada wymaganą korelację, ponadto wskazał, że złożył oświadczenie w formularzu ofertowym, iż dostarczy przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym z wymaganiami eksploatacyjno-technicznymi (WET) – załącznik nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący ponownie potwierdził, że urządzenia posiadają wymaganą korelację w wyjaśnieniach na pytania Zamawiającego z 4 września 2019 r. oraz z 25 sierpnia 2019 r. i zostały one zweryfikowane pozytywnie. Ponadto korelacja została potwierdzona poprzez wypełnienie tabeli w wyjaśnieniach przesłanych do Zamawiającego z 18 listopada 2019 r., w punkcie 1. odpowiedzi.

Zatem również to twierdzenie Zamawiającego jest nieprawdziwe, a Zamawiający celowo dąży do wyeliminowania Odwołującego z postępowania. Podana przyczyna odrzucenia jego oferty „Zamawiający powziął uzasadnione wątpliwości co do rzetelności podanych danych i istnienia wymaganej korelacji” nie jest przyczyną umożliwiającą odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Aby odrzucić ofertę na tej podstawie, Zamawiający ma wykazać niezgodność treści oferty ze specyfikacją. Ta niezgodność nie została wykazana, a Zamawiający nawet nie jest w stanie jej wskazać i powołuje się tylko na swoje wątpliwości. Wobec powyższego oferta Odwołującego jest ofertą ważną i niepodlegającą odrzuceniu, co powoduje, że unieważnienie postępowania jest bezpodstawne.

Zgodnie z przepisem art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zamawiający zatem, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący liczył na ten wybór, zamiast tego Zamawiający ponownie odrzucił jego ofertę. Tym samym Zamawiający naruszył przepis art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dyspozycja art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zdanie drugie, nakłada na Zamawiającego wyraźny obowiązek, zgodnie z którym wykonuje,

powtarza lub unieważnia czynność zgodnie z żądaniem zawartym w tym zakresie w odwołaniu.

III Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości,
2. dopuszczenie dowodu z opinii biegłego oraz dopuszczenie do udziału w postępowaniu biegłego – na okoliczność ustalenia, czy oferta Odwołującego jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w następującym zakresie: urządzenie ma być skorelowane do urządzeń ASFT (SFT), wyszczególnionych w Normie Obronnej NO-17-A510. Nawierzchnie lotniskowe. Badanie szorstkości oraz załączniku nr 14 ICAO. Wartość ciśnienia roboczego dla opon pomiarowych: a) T520 – 700 kPa (ASFT), b) ASTM – 210 kPa (SFT),
3. zasądzenie na rzecz Zamawiającego od Odwołującego kosztów postępowania w kwocie 3 600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz zwrotu poniesionych kosztów przejazdu.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał, że nie ma podstaw do twierdzeń jakoby Zamawiający postępował w taki w sposób, aby nie dokonać wyboru oferty Odwołującego, gdyż chce wybrać ofertę firmy HAX. Są to określenia nieznajdujące podstaw prawnych ani faktycznych i stanowią insynuacje mające na celu zdyskredytowanie Zamawiającego. Zamawiający nie będzie wdawał się w polemikę w tym zakresie.

Co do braku korelacji wskazał, że przedmiotem postępowania jest dostawa urządzeń do pomiaru współczynnika tarcia sztucznych nawierzchni lotniskowych – urządzeń skomplikowanych, od których wymaga się, by przedstawiane przez nie wyniki badań były dokładne i precyzyjne. Jest to niezwykle istotne, bowiem od wyników tych badań uzależnione będzie to, czy na pasie startowym będą mogły bezpiecznie lądować samoloty F-16 i F-35. Tylko bowiem odpowiedni współczynnik szorstkości (tarcia) nawierzchni pasa startowego pozwoli na bezpieczne wyhamowanie samolotu. Badania szorstkości wykonywane są regularnie i wielokrotnie – po opadach deszczu, deszczu ze śniegiem, odśnieżaniu pasa startowego lub gdy zażąda tego pilot bezpośrednio przed lądowaniem samolotu. Szorstkość pasa może zmieniać się z powodu warunków atmosferycznych czy większej liczby lądowań. Z tych przyczyn badania muszą być każdorazowo wykonywane zgodnie z restrykcyjnymi wymogami ICAO (załącznik 14. do Konwencji o Międzynarodowym Lotnictwie Cywilnym). Z tego powodu Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał: „Urządzenie ma być skorelowane do urządzeń ASFT (SFT), wyszczególnionych w Normie Obronnej NO-17-A510 *Nawierzchnie lotniskowe. Badanie szorstkości* oraz Załączniku 14 ICAO. Wartość ciśnienia roboczego dla opon pomiarowych: a) T520 – 700 kPa (ASFT), b) ASTM – 210 kPa (SFT).” Zamawiający wymagał zatem, aby urządzenie było skorelowane

do urządzeń typu ASFT oraz SFT. Korelacja nie oznacza, jak błędnie wskazuje Odwołujący, że „urządzenie może współpracować z oponą o ciśnieniu 210 kPa jak i 700 kPa”. Uzyskanie korelacji to skomplikowana procedura, trwająca około roku, która pozwala jednoznacznie określić, jaki przelicznik zastosować, by wyniki pomiaru na danym urządzeniu odnieść i porównać do wyników „wzorcowych”. Każdy bowiem typ urządzenia pomiarowego (na skutek m.in. różnic w budowie) podaje nieco inne wyniki badań, które następnie (na podstawie danych korelacji) należy przeliczyć, podstawiając je do wzoru matematycznego, by uzyskać wyniki „uniwersalne, wzorcowe”. Nie jest zatem istotne, z jaką oponą „może współpracować” dane urządzenie, ale istotne jest, by urządzenie było skorelowane do urządzeń ASFT (SFT), które są urządzeniami „wzorcowymi” dla różnych typów opon. Z matematycznego punktu widzenia zależność tę (korelację) można zapisać jako funkcję $y=ax$. Odwołujący w żadnym fragmencie odwołania nie wskazuje, że oferowane urządzenie jest skorelowane, a jedynie że urządzenie Skiddometer B-11 VI współpracuje zarówno z oponą o ciśnieniu 210 kPa, jak i 700 kPa. Wynika to z tego, że Odwołujący zdaje sobie sprawę, że oferowane urządzenie takiej korelacji nie posiada. Odwołujący próbuje zatem wprowadzić Izbę w błąd sugerując, że pojęcie „korelacja” oznacza to samo, co „może współpracować z oponą”.

Zamawiający w toku wyjaśnień treści oferty wystosował do Odwołującego pismo z wyraźnym i precyzyjnym zdefiniowaniem pojęcia „korelacja”. Było to podyktowane daleko idącą ostrożnością Zamawiającego, bowiem Odwołujący jako podmiot profesjonalny powinien zdawać sobie sprawę, co zgodnie z Normą ICAO to pojęcie oznacza i jakie badania musi przejść urządzenie, by taką udokumentowaną korelację posiadać.

Odwołujący bezpodstawnie wskazał także, że „samo niewyjaśnienie Zamawiającemu nie może być powodem odrzucenia oferty na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2”. Tymczasem Zamawiający nie odrzucił oferty z powodu „niewyjaśnienia” treści oferty, lecz że na skutek wyjaśnień doszedł do przekonania, iż nie odpowiada ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ocena współczynnika tarcia sztucznych nawierzchni lotniskowych jest jednym z kluczowych obszarów problematyki utrzymania bezpieczeństwa operacji lotniczych (startów i lądowań) wykonywanych na lotnisku. Wyposażenie Polskich Sił Powietrznych w samoloty wielozadaniowe F-16 spowodowało jakościową zmianę w tym obszarze w stosunku do obowiązujących wcześniej uregulowań. Lotniska bazowania tych samolotów zostały wyposażone w testery do ciągłego pomiaru współczynnika tarcia. Były to urządzenia produkcji szwedzkiej firmy ASFT. Jednocześnie rozpoczął się proces ustalania standardów w celu ich wdrożenia do stosowania na szeroką skalę w polskim lotnictwie wojskowym. Proces ten odbywa się przy współdziałaniu Instytutu Technicznego Wojsk Lotniczych z Warszawy. Wynikiem tych prac było opracowanie Normy Obronnej NO-17-A501:2015 oraz

wytucznych o kontrolach okresowych testerów tarcia, a także wdrożenie standardu ASFT (opona T520 z ciśnieniem roboczym 700 kPa), jako obowiązującego w Siłach Zbrojnych RP. Samoloty lotnictwa taktycznego większości państw zachodnich, w tym F-16, mogą kołować wyłącznie po nawierzchni sztucznej (utwardzonej). Opuszczenie takiej nawierzchni i wykołowanie na nawierzchnię naturalną podczas np. wydłużonego dobiegu lub przerwane go startu, może wiązać się ze zniszczeniem samolotu i zagrożeniem życia załogi. Zagrożenie wystąpienia wydłużonego dobiegu może się pojawić przy prawidłowo przeprowadzonym lądowaniu i w pełni sprawnym samolocie, np. w niesprzyjających warunkach atmosferycznych. Czynnością, którą w sposób stały wykonuje się więc na lotniskach, jest ocena stanu nawierzchni pod kątem ich właściwości przeciwpoślizgowych – ocena szorstkości z wykorzystaniem urządzeń do jej ciągłego pomiaru (ang. CFME).

Korelacja, w uproszczeniu, jest to związek pomiędzy dwiema zależnościami. Każdy typ testera tarcia wykonuje pomiary we właściwej dla konkretnego typu skali. Zależność pomiędzy skalami pomiarowymi dwóch typów testerów tarcia będzie więc zależnością, która je łączy i która jest korelacją. Aby można było więc porównywać pomiary wykonane przez dwa typy testerów tarcia, musi być dla nich określona funkcja korelacyjna, która pozwoli na dokonanie odpowiednich obliczeń. Sposób korelowania testerów tarcia przeznaczonych do oceny szorstkości sztucznych nawierzchni lotniskowych jest ściśle opisany w przepisach międzynarodowych organizacji lotniczych, m.in. ICAO.

Wymóg posiadania przez oferowany tester tarcia korelacji do urządzeń typu ASFT (opona T520, 700 kPa) oraz typu SFT (opona ASTM, 210 kPa) wynika z obowiązującego w SZ RP standardu, który na chwilę obecną stanowią wartości graniczne współczynnika tarcia urządzeń ASFT. Zgodnie z zapisami Normy Obronnej NO-17-A501:2015 pomiary współczynnika tarcia na obiektach lotniskowych Sił Zbrojnych RP, zarówno w celach eksploatacyjnych, jak i operacyjnych, są realizowane z wykorzystaniem opony gładko bieżnikowanej, wysokociśnieniowej T520 z ciśnieniem roboczym 700 kPa.

W odpowiedziach udzielanych Zamawiającemu na pytania o korelację do urządzeń ASFT (pismo z 25 sierpnia 2019 r.) Odwołujący stwierdził, że urządzenie BV-11 było skorelowane do urządzenia typu SFT – wielokrotnie, a korelacja została opisana w rozdziale 5.3 załącznika 14. ICAO. Jednak w swojej odpowiedzi nie wspomniał o korelacji do urządzeń typu ASFT, która jest kluczowa dla Zamawiającego.

W dalszej korespondencji (pismo z 4 września 2019 r.) Odwołujący stwierdził, że urządzenia SFT i ASFT są to te same urządzenia (co jest wprowadzaniem Zamawiającego w błąd, bowiem są to dwa różne typy urządzeń), a więc skoro oferowane urządzenie BV-11 zostało skorelowane do urządzenia typu SFT, to również do urządzenia typu ASFT. Jednak między tymi urządzeniami (SFT i ASFT) istnieje zasadnicza różnica – jest nią zastosowana opona pomiarowa, która powoduje zmianę wartości granicznych współczynnika tarcia. Z praw fizyki

wynika, że im wyższe ciśnienie powietrza w oponie, tym stawia ona mniejszy opór toczenia, a zatem współczynnik tarcia jest niższy. Można się o tym przekonać analizując tabelę nr 1 w ww. normie obronnej. Pomimo że, jak twierdzi Odwołujący, SFT i ASFT są to te same urządzenia, to jednak wartości graniczne współczynników tarcia dla opony o ciśnieniu 210 kPa są wyższe niż dla opony o ciśnieniu 700 kPa.

Urządzenie ASFT jest to zmodyfikowane przez producenta urządzenie typu SFT, w którym zastosowano oponę wysokociśnieniową T520. Odwołujący próbował wykazać na podstawie dostępnych dokumentów ICAO, że korelacja do urządzenia SFT jest równoważna z korelacją do urządzenia ASFT.

W obowiązujących dokumentach organizacji lotniczych ICAO, EASA i FAA nie występują wartości graniczne współczynników tarcia dla urządzenia BV-11 z oponą o ciśnieniu 700 kPa – w dokumentach tych nie ma więc wartości korelacyjnych urządzenia BV-11 do urządzeń SFT i ASFT. Takich wartości nie ma również w ww. normie obronnej – brak jest więc w obowiązujących uregulowaniach i dostępnych publikacjach korelacji wymaganej w ww. punkcie wymagań eksploatacyjno-technicznych. Dlatego też oferowane urządzenie powinno zostać skorelowane z urządzeniem ASFT współpracującym z oponą wysokociśnieniową (700 kPa), zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie procedurami.

Odwołujący, udzielając odpowiedzi na pytanie z 27 października 2019 r., dotyczące wartości granicznych współczynników tarcia, próbuje wykazać, że opony T520 nie wykorzystuje się, zgodnie z obowiązującymi przepisami ICAO, do pomiarów z filmem wodnym, lecz innych celów, tzw. pomiarów operacyjnych wykonywanych na potrzeby służb naziemnego ruchu lotniczego. Jest to wprowadzenie Zamawiającego w błąd, bowiem Norma Obronna NO-17-A501.2015 nie rozróżnia sprzętu do pomiarów operacyjnych i eksploatacyjnych. Norma ta nakazuje wykorzystywanie do pomiarów operacyjnych tych samych urządzeń, które są wyszczególnione w tabeli 1. przytoczonej normy. W tabeli tej jednak nie ma wymienionego urządzenia BV-11 z oponą o ciśnieniu 700 kPa, a jedynie o ciśnieniu 210 kPa – nie ma więc wartości granicznych współczynnika tarcia dla urządzenia BV-11 pracującego z oponą 700 kPa, zatem nie jest możliwe wykorzystywanie tego urządzenia zgodnie z zapisami tej normy, co było jednym z kluczowych wymogów Zamawiającego.

Wobec coraz większych wątpliwości Zamawiającego zasadne stały się kolejne wyjaśnienia. W odpowiedzi Odwołujący, w piśmie z 18 listopada 2019 r., wskazał graniczne wartości współczynników tarcia dla urządzenia BV-11 z oponą o ciśnieniu 700 kPa, takie same jak dla urządzenia ASFT. Jest to analogia dla wartości współczynnika tarcia dla urządzenia BV-11 i SFT, dla których korelacja wynosi 1, co oznacza, że wartości graniczne współczynników tarcia są takie same dla obu tych urządzeń.

Wartości graniczne przedstawione przez Odwołującego budzą wątpliwości specjalistycznej jednostki naukowo-badawczej, jaką jest Instytut Techniczny Wojsk Lotniczych. Wcześniej

Odwołujący, w toku badania jego oferty, unikał podania powyższych wartości, stosując wymijające odpowiedzi, co wiązało się z koniecznością dalszych wyjaśnień treści oferty. Zamawiający zatem uznał, że podane wartości graniczne nie są prawdziwe i nie są poparte procedurą badania i testowania. Stanowi to wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Odwołujący zdaje się nie mieć świadomości, jak istotne jest zapewnienie bezpieczeństwa operacji lotniczych poprzez prawidłowe wskazanie wartości współczynnika tarcia.

Powołanie się na załącznik nr 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia było uprawnione, gdyż stanowi on jej integralną część, a oferta nie może być niezgodna z wymaganiami tam zawartymi.

Wielokrotne żądanie od wykonawców wyjaśnień treści oferty nie może być uznane za naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Czynności Zamawiającego były zasadne, bowiem w toku udzielanych wyjaśnień treści oferty Odwołujący unikał konkretnych wyjaśnień lub składał wyjaśnienia wzajemnie sprzeczne. Znamienne jest, że nawet w treści odwołania Odwołujący ani razu nie wskazał, że oferowane przez niego urządzenie posiada korelację do urządzenia ASFT pracującego z oponą 700 kPa.

Zamawiający odrzucił ofertę z uwagi na fakt, iż w oferowanym pojeździe ISUZU D-MAX nie ma możliwości zastosowania napędu jedynie na przednią oś, a tym samym oferowany pojazd nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie wymaganego napędu. Zamawiający określił, iż pojazd ma posiadać układ napędowy napędzający koła osi przedniej, koła osi przedniej kierowane. Tylna oś pojazdu o konstrukcji zapewniającej dobre właściwości trakcyjne i dostosowana do wymagań określonych dla urządzenia pomiarowego. Zapis ten nie daje możliwości wyboru napędzanej osi, mówi natomiast wyraźnie o układzie napędzającym oś przednią. Zamawiający wymagał zastosowania napędu na przednią oś, które to rozwiązanie jest najpopularniejsze we współcześnie produkowanych samochodach, ze względu na jego zalety, tj. łatwość kierowania pojazdem, co ma bezpośredni wpływ na bezpieczeństwo jazdy oraz mniejsze zużycie paliwa.

Odwołujący zaoferował natomiast pojazd wyposażony w układ z dołączanym napędem na przednią oś, w którym w normalnych warunkach drogowych cały napęd trafia na tylną oś, a jedynie w sytuacjach określonych przez producenta (śnieg, oblodzenie, jazda w terenie) można przekazać część napędu na przednią oś pojazdu. Powyższe rozwiązanie uniemożliwia kierowcy-operatorowi skorzystanie z zalet przedniego napędu, które stały u podstaw wyboru przez Zamawiającego rodzaju układu napędowego, ponieważ pomiar współczynnika tarcia będzie wykonywany najczęściej w normalnych warunkach drogowych, a więc w przypadku oferowanego pojazdu, napęd będzie przekazywany na tylną oś. Nie ma możliwości wykonywania pomiaru tarcia w sytuacji oblodzenia lub zaśnieżenia pasa startowego. Przed wykonaniem pomiaru pas startowy jest najpierw odśnieżany i odladzany.

Ponadto zgodnie z zaleceniami producenta pojazdu, na suchych, równych drogach (a takimi są sztuczne nawierzchnie lotniskowe) należy używać wyłącznie napędu na oś tylną, co potwierdził Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach. Stosowanie napędu 4x4 w takich warunkach może przyspieszać zużywanie się przednich opon, zwiększyć zużycie paliwa, a nawet doprowadzić do uszkodzenia napędu. Stosowanie w takich warunkach napędu także na przednią oś może zatem prowadzić do uszkodzenia pojazdu, przy jednoczesnym pozbawieniu Zamawiającego uprawnień z tytułu gwarancji, bo byłoby to skutkiem niewłaściwego użytkowania urządzenia. W żadnym z trybów napędu zastosowanego w ISUZU D-MAX nie ma możliwości zastosowania napędu jedynie na przednią oś. Skoro producent pojazdu zaleca używanie napędu na oś tylną, a załączanie napędu na oś przednią tylko w określonych warunkach, nie może być mowy o spełnianiu wymagań określonych w punkcie B.1.1 3) WET. Twierdzenie Odwołującego, że wymagania co do tylnej osi nie precyzują, iż ma ona nie mieć zastosowania napędu, jest absurdalne, ponieważ Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określa wymagania wobec przedmiotu zamówienia, a nie czego w tym przypadku oferowany pojazd ma nie posiadać. Zamawiający jasno określił, że pojazd ma posiadać „układ napędowy, napędzający koła osi przedniej”. Z uwagi na powyższe oferowany pojazd nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie wymaganego napędu.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. między innymi ze względu na wprowadzenie w błąd w związku z oświadczeniem w ofercie, a także w wyjaśnieniach składanych na wezwanie Zamawiającego, iż oferowane urządzenie znajduje się na liście ICAO – zgodnie z wymogiem postawionym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie można uznać, iż oferowane urządzenie znajduje się na liście ICAO. Pomimo że lista zawiera urządzenie BV-11 (przyczepa), a Odwołujący wyjaśnił, że w oferowanym urządzeniu BV-11 VI (Vehicle Integration) zastosowano ten sam układ pomiarowy, co w urządzeniu BV-11 (przyczepa), co jest jednak niemożliwe do pozytywnego zweryfikowania ze względu na występujące różnice konstrukcyjne. Oczywiste jest, że występuje między nimi zasadnicza różnica mająca fundamentalny wpływ na uzyskiwane podczas pomiaru wartości liczbowe współczynnika tarcia, tj. opona koła pomiarowego oraz sposób zamontowania urządzenia, Zamawiający nie uznaje więc za prawdziwe stwierdzenia, iż te urządzenia są w pełni tożsame. Urządzenie Skiddometer BV-11 (przyczepa) zgodnie z danymi ICAO współpracuje wyłącznie z oponą o ciśnieniu 210 kPa (tylko dla takiej opony w załączniku 14. ICAO są przedstawione graniczne wartości współczynnika tarcia). Wartość współczynnika tarcia jest m.in. funkcją ciśnienia w oponie koła pomiarowego. Wartości te są odwrotnie proporcjonalne – wzrost ciśnienia w kole pomiarowym powoduje zmniejszenie współczynnika tarcia. Urządzenie pracujące z oponą 210 kPa wskaże więc inną wartość współczynnika niż urządzenie pracujące

z oponą 700 kPa. Z uwagi na fakt, iż lista ICAO została zamknięta i nie ma możliwości dopisania do niej urządzeń, wykonawca powinien przedstawić dokument wydany przez krajową władzę lotniczą dopuszczający stosowanie urządzenia Skiddometer BV-11 VI na lotniskach.

Wykonawca w ofercie miał do wyboru niżej wymienione oświadczenia: „Oświadczamy, że oferowany przedmiot dostawy znajduje się na liście urządzeń do pomiaru współczynnika tarcia wymienionych w przepisach ICAO (Załącznik 14 ICAO, Doc. 9137 ICAO)” lub „Oświadczamy, że oferowany typ urządzenia spełnia wymogi, o których mowa w punkcie GM1 ADR,OPS.C.010(B)(3) „Easy ACCES Rules for Aerodromes (Regulation EU No 139/2019)”. Przywołany w drugim oświadczeniu dokument powiela listę ICAO, jednocześnie jednak wskazuje, iż do pomiaru tarcia mogą zostać użyte inne urządzenia, pod warunkiem, że zostały skorelowane z co najmniej jednym urządzeniem pomiarowym wymienionym w powyższej tabeli (punkt h str. 269 EASA). Zamawiający celowo wprowadził możliwość wyboru, aby wykonawcy mogli zaoferować urządzenia starszego typu, znajdujące się na rynku, jak i nowe urządzenia pod warunkiem skorelowania ich i dopuszczenia do użytkowania w lotnictwie. Wykonawca oświadczył, iż jego urządzenie znajduje się na liście ICAO, jednak biorąc pod uwagę, iż jest to nowsze urządzenie i współpracujące z oponą wysokociśnieniową, wykonawca powinien posiadać dopuszczenie, o którym mowa w drugim oświadczeniu i przywołanych w nim przepisach. Dlatego też złożone przez Odwołującego oświadczenie oraz wyjaśnienia treści oferty wprowadziły Zamawiającego w błąd.

Ponadto Zamawiający wystosował do Instytutu Technicznego Wojsk Lotniczych zapytanie informacyjne dotyczące ewentualnego przeprowadzenia prób odbiorczych w przypadku zawarcia umowy, załączając jednocześnie przesłaną przez Odwołującego tabelę zawierającą wartości graniczne współczynnika tarcia w odniesieniu do korelacji z urządzeniami SFT oraz ASFT. W odpowiedzi ITWL wskazał, iż oferowane urządzenie Skiddometer BV-11 VI należy zaliczyć do grupy nowych urządzeń do ciągłego pomiaru współczynnika tarcia, a więc powinno ono przejść procedurę testowania (sprawdzenia i dopuszczenia) nowych urządzeń, zgodnie z którą uzyskiwane wyniki pomiaru współczynnika tarcia testowanego urządzenia w warunkach terenowych są porównywane z wynikami urządzenia referencyjnego (odniesienia), które zostało wcześniej dopuszczone przez ICAO do stosowania na nawierzchniach lotniskowych.

Procedura testowania powinna trwać minimum 12 miesięcy, gdyż pomiary należy wykonywać o każdej porze roku, na trzech grupach nawierzchni lotniskowych, tj. nowych, będących w eksploatacji oraz planowanych do remontu. Wynikiem przeprowadzonej procedury sprawdzenia i dopuszczenia nowego urządzenia do ciągłego pomiaru współczynnika tarcia nawierzchni lotniskowych powinna być szczegółowa dokumentacja z przeprowadzonych badań porównawczych. Raport taki powinien zawierać wszystkie

informacje na temat przebiegu badań terenowych, tj.: terminu, lokalizacji obiektu z wytypowanymi rodzajami nawierzchni, urządzenia referencyjnego, uczestników badań, podmiotu przeprowadzającego badania porównawcze i uzyskanych wyników zawierających wymagane, wyznaczone wartości współczynników korelacji pomiędzy testowanym urządzeniem a urządzeniem referencyjnym. Elementem finalnym powyższej procedury powinna być tabela wartości granicznych współczynnika tarcia testowanego urządzenia pomiarowego. Tak sporządzona dokumentacja jest podstawą dla krajowej władzy lotniczej dopuszczenia urządzenia do użytkowania na nawierzchniach lotniskowych.

Zamawiający, w świetle otrzymanych informacji, utwierdził się w przekonaniu, że Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd. Pierwotnie zaznaczone oświadczenie w ofercie podtrzymywał kolejnymi wyjaśnieniami i oświadczeniami. Zaznaczenie odpowiedniego oświadczenia w ofercie miało na celu pozyskanie przez Zamawiającego wiedzy odnośnie tego, jakie urządzenie zostało mu zaoferowane. Wprowadzanie na rynek lotniczy nowych urządzeń wiąże się ze ściśle określonymi procedurami przywołanymi powyżej, natomiast każda zmiana technologiczna (a za taką należy uznać pracę oferowanego urządzenia z oponą wysokociśnieniową) urządzenia znajdującego się już na liście ICAO traktowana jest jako wprowadzenie nowego urządzenia.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wskazał, że zgodnie z orzecznictwem KIO zamawiający, który postanowił uznać zarzuty, może i powinien zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych uczynić zadość wszystkim żądaniom odwołującego, jednakże powtarzając swoje czynności musi mieć na uwadze cel postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, która nie będzie obciążona żadną wadą. Dlatego też podejmując każdą czynność w toku powstępowania o udzielenie zamówienia, powinien kierować się obowiązującymi przepisami. Tym samym nie powinien czynić zadość żądaniom odwołującego, których wykonanie stanowiłoby naruszenie przepisów prawa.

Podstawy odrzucenia oferty, których dotyczyło odwołanie z 17 września 2019 r., nie są tożsame z podstawami odrzucenia oferty z grudnia 2019 r. Wynika to z przeprowadzonej przez Zamawiającego ponownej oceny oferty Odwołującego i podjęcia czynności przewidzianych ustawą Prawo zamówień publicznych, w tym szczegółowych wyjaśnień treści oferty.

Wobec powyższego należy uznać, że unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych było w pełni uzasadnione.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów (w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty Odwołującego, treść wezwań do wyjaśnień i udzielonych wyjaśnień) nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron i przedstawionych przez nie podczas rozprawy dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez unieważnienie postępowania, mimo iż podstaw do zastosowania tego przepisu nie było, gdyż oferta Odwołującego jest ofertą, która nie podlega odrzuceniu, co powinno prowadzić do wyboru oferty Odwołującego,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podczas gdy oferta ta jest ofertą ważną i niepodlegającą odrzuceniu,
3. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że Odwołujący w wyniku niedbalstwa lub lekkomyślności wprowadził w błąd Zamawiającego poprzez przedstawienie informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzję Zamawiającego,
4. art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niedokonanie czynności zgodnie z żądaniem odwołania, mimo iż żądaniem odwołania z 17 września 2019 r. był wybór najkorzystniejszej oferty.

Przywołane przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią:

Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem punktu 2 i 3 (art. 93 ust. 1 pkt 1) – punkty 2. i 3. odnoszą się do innych trybów niż przetarg i nie dotyczą niniejszej sprawy.

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem [art. 87 ust. 2 pkt 3](#) (art. 89 ust. 1 pkt 2) – art. 87 ust. 2 pkt 3 dotyczy poprawienia omyłki w ofercie i nie dotyczy przedmiotu sporu.

Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 24 ust. 1 pkt 17).

W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (art. 186 ust. 2).

Zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia – załącznik nr 4 „Wymagania eksploatacyjno-techniczne urządzenia do ciągłego pomiaru współczynnika tarcia sztucznych nawierzchni lotniskowych” (zwany też „WET”) część B „Wymagania techniczne” pkt I „Samochód” ppkt 1 „Podwozie samochodowe” pppkt 3 „Układ napędowy i jezdny” oferowany pojazd ma posiadać: „Układ napędowy, napędzający koła osi przedniej, koła przedniej osi kierowane. Tylne koła pojazdu o konstrukcji zapewniającej dobre właściwości trakcyjne i dostosowana do wymagań określonych dla urządzenia pomiarowego opisanych w punkcie B.II. Koła jezdne mają być wyposażone w felgi stalowe i czujniki ciśnienia.”

Odwołujący zaoferował samochód marki ISUZU model D-MAX, w którym – co nie było sporne pomiędzy Stronami – napęd stale przekazywany jest na oś tylną, a dołączenie napędu kół osi przedniej stanowi jedynie dodatkową możliwość i następuje poprzez ręczne włączenie go przez kierowcę (napęd na 4 koła). Nie ma też możliwości wyłączenia napędu kół osi tylnej i posługiwanie się jedynie napędem kół osi przedniej.

Powyższa konstrukcja nie została też uznana za rozwiązanie technicznie lepsze od wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – przeciwnie, Zamawiający uznał, że rozwiązanie to jest dla niego mniej korzystne ze względu na szybsze zużywanie się elementów samego pojazdu, jak i paliwa, mniejszą zwrotność pojazdu, a także mniej bezpieczne dla kierowcy.

W ocenie Izby zaoferowane rozwiązanie nie spełnia przywołanego wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Należy co prawda zgodzić się z Odwołującym, że

w postanowieniu tym nie zawarto zakazu posiadania przez pojazd napędu na tylną oś, jak też, że oferowany przez niego pojazd posiada napęd na przednią oś.

Jednak, zdaniem Izby, powyższy wymóg specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy interpretować w ten sposób, że Zamawiający wymagał obowiązkowego, samodzielnego napędu na przednią oś. W przypadku zaś pojazdów z napędem na więcej niż jedną oś, napęd na przednią oś nie musi być wyłączny, lecz musi być podstawą konstrukcji napędu lub samodzielną alternatywą, a nie opcją dodatkową, niesamodzielną. Zatem rozwiązanie z napędem na 4 koła byłoby dopuszczalne, gdyby było odwrotne, tj. można było wyłączyć napęd na oś tylną, pozostawiając na oś przednią.

Zamawiający nie naruszył więc przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odrzucając ofertę Odwołującego.

Zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia – załącznik nr 4 „Wymagania eksploatacyjno-techniczne urządzenia do ciągłego pomiaru współczynnika tarcia sztucznych nawierzchni lotniskowych” część B „Wymagania techniczne” pkt II „Urządzenie pomiarowe do ciągłej oceny współczynnika tarcia szorstkości sztucznych nawierzchni lotniskowych” ppkt 1 „Urządzenie pomiarowe” pppkt 3.: „Urządzenie ma być skorelowane do urządzeń ASFT (SFT), wyszczególnionych w Normie Obronnej NO-17-A510 *Nawierzchnie lotniskowe. Badanie szorstkości* oraz Załączniku 14 ICAO. Wartości ciśnienia roboczego dla opon pomiarowych: a) T520 – 700 kPa (ASFT), b) ASTM – 210 kPa (SFT).”

W normie obronnej, w punkcie 2. „Badanie szorstkości” ppkt 2.2. „Aparatura” pppkt 2.2.1 „Charakterystyka urządzeń pomiarowych” zawarto tabelę nr 1 „Zestawienie urządzeń pomiarowych stosowanych do badania szorstkości nawierzchni lotniskowych i wartości średnie wymaganych współczynników tarcia”, w których zawarto następujące urządzenia:

1. Przyczepa Surface Friction Tester (ASFT), opona testowa typ B, ciśnienie 700 kPa,
2. Przyczepa Mu-meter, opona testowa typ A, ciśnienie 70 kPa,
3. Przyczepa Skiddometer, opona testowa typ B, ciśnienie 210 kPa,
4. Przyczepa RUNAR, opona testowa typ B, ciśnienie 210 kPa,
5. Pojazd Airport Surface Friction Tester (ASFT), opona testowa typ B, ciśnienie 700 kPa,
6. Pojazd Surface Friction Tester, opona testowa typ B, ciśnienie 210 kPa,
7. Pojazd Runway Friction Tester, opona testowa typ B, ciśnienie 210 kPa,
8. Pojazd TATRA Friction Tester, opona testowa typ B, ciśnienie 210 kPa.

W załączniku 14 do Konwencji o Międzynarodowym Lotnictwie Cywilnym (obecnie nieobowiązującym) zawarto tabelę A-1 obejmującą urządzenia:

1. Przyczepa Mu-meter, opona testowa typ A, ciśnienie 70 kPa,
2. Przyczepa Skiddometer, opona testowa typ B, ciśnienie 210 kPa,

3. Surface Friction Tester Vehicle, opona testowa typ B, ciśnienie 210 kPa,
4. Runway Friction Tester Vehicle, opona testowa typ B, ciśnienie 210 kPa,
5. TATRA Friction Tester Vehicle, opona testowa typ B, ciśnienie 210 kPa,
6. Przyczepa GRIPTESTER, opona testowa typ C, ciśnienie 140 kPa.

W obu wskazanych przez Zamawiającego dokumentach została więc wymieniona przyczepa Skiddometer z oponą testową o ciśnieniu 210 kPa, bez wskazania konkretnego modelu urządzenia.

W związku z powyższym Zamawiający uznał, że zaoferowana przyczepa Skiddometer spełnia jego wymogi w zakresie współpracy z oponą o ciśnieniu 210 kPa, natomiast dla użycia jej z oponą o ciśnieniu 700 kPa wymagana jest korelacja z urządzeniem z listy, dla którego wskazano oponę testową o ciśnieniu 700 kPa, a jedyne takie urządzenia są przyczepa Airport Surface Friction Tester (ASFT) i pojazd Airport Surface Friction Tester (ASFT) wskazane w przywołanej normie obronnej. Znalazło to odzwierciedlenie w ww. wymogu: „wartości ciśnienia roboczego dla opon pomiarowych: a) T520 – 700 kPa (ASFT), b) ASTM – 210 kPa (SFT)”, w którym opony 700 kPa przypisano urządzeniu „ASFT”. Nie jest więc tak, że Zamawiający w swoim wymogu potraktował równoważnie urządzenia ASFT i SFT – zrobił to jedynie na początku wymogu, w jego części ogólnej „urządzenie ma być skorelowane do urządzeń ASFT (SFT)”, potem wymóg uszczegółowił: „a) T520 – 700 kPa (ASFT), b) ASTM – 210 kPa (SFT)”.

Zamawiający żądał potwierdzenia spełnienia wymogu poprzez zaznaczenie jednego z dwóch oświadczeń zawartych w punkcie 4. formularza ofertowego: „Oświadczamy, że oferowany przedmiot dostawy znajduje się na liście urządzeń do pomiaru współczynnika tarcia wymienionych w przepisach ICAO (Załącznik 14 ICAO, Doc. 9137 ICAO)” albo „Oświadczamy, że oferowany typ urządzenia spełnia wymogi, o których mowa w pkt. GM1 ADR.OPS.C.010(b)(3) „Easy ACCESS Rules for Aerodromes (Regulation EU No 139/2014)”. Odwołujący zaznaczył oświadczenie pierwsze.

W ocenie Izby nie jest to oświadczenie jako takie nieprawdziwe, gdyż przyczepa Skiddometer znajduje się na liście ICAO, więc zbyt daleko idącym stwierdzeniem jest zarzucenie mu wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Jakkolwiek nie jest to również informacja wyczerpująca – w kontekście wskazywanym przez Zamawiającego podczas rozprawy, tj. nie obejmującym opon o ciśnieniu 700 kPa.

Jednak taką treść oświadczeń przygotował sam Zamawiający, który w momencie sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia znał treść dokumentów, na które się powoływał (obu powyżej wskazanych tabel), i wiedział, że w załączniku 14 ICAO nie ma opon o ciśnieniu 700 kPa. Nie można więc wykonawcy obarczać odpowiedzialnością za

nieprawidłowe oświadczenie, które zostało przygotowane nieprawidłowo. W kontekście wyjaśnień Zamawiającego Odwołujący musiałby bowiem zaznaczyć nie jedno z alternatywnych oświadczeń, lecz jednocześnie oba – pierwsze dla opon 210 kPa i drugie dla opon 700 kPa.

Tym samym stwierdzenie wprowadzenia Zamawiającego w błąd – a zatem i wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie złożonych oświadczeń – było zbyt daleko idące.

Odrębną sprawą pozostaje jednak kwestia wymaganej korelacji. Niewątpliwie jest, że taki wymóg Zamawiający postawił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia: urządzenie ma być skorelowane do urządzeń ASFT (SFT) wyszczególnionych w Normie Obronnej NO-17-A510: a) T520 – 700 kPa (ASFT), b) ASTM – 210 kPa (SFT), przy czym Zamawiający nie wskazał jedynie ASFT jako równoważnego SFT, lecz podzielił wyraźnie, że dla opon T520 – 700 kPa ma to być ASFT.

Jak wyjaśniono podczas rozprawy, „ASFT” jest to nazwa firmy produkującej urządzenia, jakkolwiek nazwa ta była używana także rodzajowo.

W ocenie Izby nazwa „ASFT” została w tabeli użyta jako nazwa konkretnego producenta – wniosek ten wypływa z tego, że przy pozostałych urządzeniach również zastosowano nazwy własne: Skiddometer, Mu-meter, TATRA, RUNAR itd., a jej zastosowanie jako nazwy ogólnej (rodzajowej) jest wtórne.

Zgodnie z definicjami zawartymi w „Słowniku języka polskiego PWN” www.sjp.pwn.pl „korelacja” to 1. „współzależność lub zgodność między faktami, zjawiskami itp.; też: ustalanie lub tworzenie takiej współzależności lub zgodności”, 2. „współzależność występowania niektórych cech budowy i funkcji organizmu”, 3. „zbiór par fonemów różniących się między sobą tą samą cechą dystynktywną”, 4. „związek między zmiennymi losowymi polegający na tym, że zmianie jednej zmiennej towarzyszy zmiana drugiej”.

Dla celów niniejszej sprawy najbardziej odpowiednie jest znaczenie 1. i 4.

Jak wyjaśnił Zamawiający, korelacja to związek pomiędzy dwiema zależnościami. Każdy typ testera tarcia wykonuje pomiary we właściwej dla konkretnego typu skali, a zależność pomiędzy skalami pomiarowymi dwóch typów testerów będzie zależnością, która je łączy i która jest korelacją. Aby można było porównywać pomiary wykonane przez dwa typy testerów tarcia, musi być dla nich określona funkcja korelacyjna, która pozwoli na dokonanie odpowiednich obliczeń. Zależność tę (korelację) można zapisać jako funkcję $y=ax$. Sposób korelowania testerów tarcia przeznaczonych do oceny szorstkości sztucznych nawierzchni lotniskowych jest ściśle opisany w przepisach międzynarodowych organizacji lotniczych, m.in. ICAO.

Zamawiający nie kwestionował faktu, że zaoferowane urządzenie Skiddometer B-11 VI współpracuje zarówno z oponą o ciśnieniu 210 kPa, jak i 700 kPa. Jednocześnie Zamawiający urządzenie Skiddometer z oponą o ciśnieniu 210 kPa uznał za znajdujące się na liście ICAO i w normie obronnej, natomiast stwierdził, że w przypadku zastosowania opon o ciśnieniu 700 kPa potrzebuje korelacji do urządzenia ASFT, znajdującego się na liście w normie obronnej.

Odwołujący nie przedstawił dowodów, które by tej konieczności przeczyły. Odwołujący nie wykazał też, że oferowane urządzenie jest skorelowane z urządzeniem (firmy) ASFT, nawet pomimo odroczenia rozprawy pozwalającego na zgromadzenie odpowiednich dowodów.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są zobowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przy czym, jak stanowi zdanie drugie tego przepisu – dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać do zamknięcia rozprawy.

Izba nie bierze zatem pod uwagę dowodów spóźnionych.

Odwołujący nie wykazał, że oferowane przez niego urządzenie spełnia wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie skorelowania do urządzeń ASFT wyszczególnionych w Normie Obronnej NO-17-A510, opony T520 – 700 kPa, oferta podlegałaby więc odrzuceniu również z tego powodu, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przy czym należy zauważyć, że Zamawiający ma prawo odrzucić ofertę z powodu stwierdzonej niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – jeśli takowego stwierdzenia dokona – nawet jeśli na etapie składania ofert nie żądał na potwierdzenie danej okoliczności konkretnych dokumentów. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie zawiera bowiem żadnych ograniczeń co do zakresu niezgodności (poza omyłkami, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych), w tym do cech udowodnianych w postępowaniu odrębnymi dokumentami. Mogą być to zatem także cechy, co do których wykonawca składa ogólne oświadczenie o „zgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia”.

Zamawiający co prawda w tym zakresie nie powołał się na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak zmiana klasyfikacji prawnej nie ma wpływu na wynik postępowania, co wypełnia dyspozycję art. 190 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zdanie 2. w przypadku uwzględnienia odwołania zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Odwołujący podkreślił, że jednym z żądań uwzględnionego przez Zamawiającego odwołania z 17 września 2019 r. był wybór oferty najkorzystniejszej – w rozumieniu wyboru oferty Odwołującego.

Zamawiający jednak słusznie wskazał, że nie może wybrać oferty, która powinna podlegać odrzuceniu. Natomiast Izba nie pochwala działania Zamawiającego, w którym nie koncentruje on swoich czynności w czasie, lecz wybiera i zmienia poszczególne podstawy odrzucenia oferty – jest to stanowczo nieprawidłowe działanie.

W konsekwencji Izba uznała, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych również nie jest niezgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dodatkowo pozwoli to Zamawiającemu na korektę niedoskonałości postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które ujawniły się w trakcie niniejszego postępowania.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych. Finalnie Zamawiający nie złożył wniosku kosztowego.

Przewodniczący: