

WYROK

z dnia 17 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2015 r. przez **wykonawcę Apator S. A. z siedzibą w Toruniu** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Enea Operator Sp. z o.o. z siedzibą z Poznaniu**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe „Politech” Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy** oraz **D. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Eletrometr” z siedzibą w Świdnicy** zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Apator S. A. z siedzibą w Toruniu i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Apator S. A. z siedzibą w Toruniu** 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 2013 r., poz. 907 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 Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Enea Operator Sp. z o.o. z siedzibą z Poznaniu prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *Dostawa komunalnych liczników energii elektrycznej na 2015 rok z podziałem na 2 części zamówienia.*

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 21 listopada 2014 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 listopada 2014 r. pod numerem 2014/S 227-401676.

Wykonawca Apator S. A. z siedzibą w Toruniu (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 19 czerwca 2015 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie m. in. na czynność oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Odwołującego w zadaniu numer I oraz zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe „Politech” Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy oraz D. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Eletrometr” z siedzibą w Świdnicy w zadaniu numer II, zarzucając naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 91, 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności z dnia 9 czerwca 2015 r. t.j. wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego, dokonanie czynności badania i oceny ofert złożonych przez Odwołującego oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowego „Politech” Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy oraz D. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Eletrometr” z siedzibą w Świdnicy w zakresie spełniania warunków technicznych 1-fazowych liczników energii elektrycznej – w zakresie zadania nr I, oraz unieważnienie czynności z dnia 9 czerwca 2015 r. wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe „Politech” Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy oraz D. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Eletrometr” z siedzibą w Świdnicy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2

ustawy Pzp, z uwagi na brak spełniania standardu DIN 43857, dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego – w zakresie zadania nr II.

Zamawiający pismem z dnia 22 czerwca 2015 r. odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu, wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, oferty wykonawcy Apator S. A. z siedzibą w Toruniu oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowego „Politech” Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy oraz D. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Eletrometr” z siedzibą w Świdnicy, jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Na marginesie koniecznym jest odniesienie się do stanowiska Zamawiającego dotyczącego braku interesu Odwołującego, w związku z tym że Zamawiający w zadaniu nr II przeznaczył na sfinansowanie tego zadania kwotę 9.499.880,00 zł netto, natomiast oferta Odwołującego opiewa na kwotę 9.621.186,16 zł netto. Nie podzielono stanowiska Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, że skutkiem wykonania zaniechanych czynności będzie konieczność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, co miałyby świadczyć o braku po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia. Przywołany przez Zamawiającego przepis ustawy Pzp stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie, *jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty*. Stwierdzono, że cena oferty Odwołującego wynosząca 11.834.058,98 zł brutto jest rzeczywiście wyższa od kwoty, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Izba wzięła jednak pod uwagę, że

przywoływany przepis nie obliguje Zamawiającego do unieważnienia postępowania w każdym przypadku, gdy cena wybranej oferty przewyższa kwotę przeznaczoną na finansowanie zamówienia. Zgodnie z literalnym brzmieniem ww. przepisu, Zamawiający w takim przypadku ma bowiem możliwość przeanalizowania swego budżetu w celu stwierdzenia, czy istnieje możliwość zwiększenia kwoty finansowania do wartości umożliwiającej zawarcie umowy z wybranym wykonawcą. Tak więc w przypadku odrzucenia oferty Przystępującego Politech oferta Odwołującego jako druga w kolejności mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza, albowiem oferta ta nie została odrzucona. Konieczność unieważnienia postępowania będzie następstwem ewentualnego ustalenia przez Zamawiającego, że w danych okolicznościach nie będzie on już miał możliwości zwiększenia kwoty finansowania do wartości oferty Odwołującego. Może się zatem okazać, że w przypadku wyboru oferty Odwołującego budżet zostanie zwiększony, a więc nie jest pewne czy po ewentualnym wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej postępowanie zostanie unieważnione. Natomiast stanowisko Zamawiającego, że kwota jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest maksymalną wartością, jaką może on przeznaczyć na to zadanie, która wyczerpuje oszczędności Zamawiającego pozostało gołosłowne. Zamawiający nie przedstawił Izbie żadnego dowodu, z którego wynikałoby, iż nie będzie możliwości zwiększenia kwoty finansowania zamówienia do wartości oferty Odwołującego. A zatem uznano, że Odwołującemu przysługiwała legitymacja do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 9 czerwca 2015 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania zgłosili przystąpienie następujący wykonawcy:

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe „Politech” Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy oraz D. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Eletrometr” z siedzibą w Świdnicy zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego;
- wykonawca FOXYTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy zgłaszający przystąpienie po stronie Odwołującego.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowego „Politech” Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy oraz D. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe

„Eletrometr” z siedzibą w Świdnicy zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego (zwanych dalej również: „Przystępującym Politech”).

Izba nie potwierdziła skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2015 r.) wykonawcy FOXYTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy, z uwagi na niewykazanie przez ww. wykonawcę interesu, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść strony do której wykonawca przystępuje – t.j. Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: *Dostawa komunalnych liczników energii elektrycznej na 2015 rok z podziałem na 2 części zamówienia.*

/dokumentacja postępowania: Rozdział II „Opis przedmiotu zamówienia” Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, str. 14/.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ”) zawierała m. in. następujące postanowienia:

- Rozdział II „Opis przedmiotu zamówienia”:

Pkt 2.1.1 – „Wymagania i parametry techniczne”, „Wymagania techniczne dla liczników 1-fazowych”:

Ppkt 3 – Obudowa i zaciski licznika w zakresie rozstawu wieszaków/otworów montażowych i zacisków skrzynki zaciskowej licznika zgodnie ze standardem DIN 43857 (możliwość spełniania wymagania poprzez zastosowanie dodatkowych wieszaków);

Ppkt 4 – Obudowa z licznika, z wyłączeniem wyświetlacza i portu optycznego, powinna być wykonana z samo gasnących tworzyw sztucznych i powinna spełniać wymagania dla kategorii palności V0 zgodnie z normą: PN-EN 60695-11-10:2002;

Ppkt 5 – Skrzynka zaciskowa licznika przystosowanego do założenia plomb monterskich, natomiast na obudowę powinna istnieć możliwość nałożenia plomb legalizacyjnych lub zabezpieczających;

Ppkt 11 – Wbudowany wewnętrzny zegar czasu rzeczywistego RTC z automatyczną zmianą czasu lato/zima, zima/lato.

Pkt 2.1.3 – „Wymagania i parametry techniczne”, „Wymagania techniczne dla liczników 3-fazowych”:

Ppkt 3 – Obudowa i zaciski licznika w zakresie rozstawu wieszaków/otworów montażowych i zacisków skrzynki zaciskowej licznika zgodnie ze standardem DIN 43857 (możliwość spełniania wymagania poprzez zastosowanie dodatkowych wieszaków).

Pkt 2.1.6 – Zamawiający żąda przedłożenia po dwa kompletne egzemplarze zaoferowanych liczników. Dołączone do oferty egzemplarze oferowanych przez wykonawcę liczników stanowią jej treść i nie podlegają uzupełnieniu.

/dokumentacja postępowania: Rozdział II pkt 2 Wymagania i parametry techniczne Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, str. 14, 18, 22 /.

W niniejszym postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy:

● Zadanie I:

1. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe „Politech” Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy oraz D. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Eletrometr” z siedzibą w Świdnicy – 85 pkt,
2. Wykonawca FOXYTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy – oferta odrzucona,
3. Wykonawca Apator S. A. z siedzibą w Toruniu - oferta odrzucona,
4. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Systemy Pomiarowe Elgama Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy oraz UAB Elgama-Elektronika z siedzibą w Świdnicy – oferta odrzucona.

● Zadanie II:

1. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe „Politech” Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy oraz D. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Eletrometr” z siedzibą w Świdnicy – 95 pkt,
2. Wykonawca Apator S. A. z siedzibą w Toruniu – 66,49 pkt,
3. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Systemy Pomiarowe Elgama Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy oraz UAB Elgama-Elektronika z siedzibą w Świdnicy – oferta odrzucona.

/dokumentacja postępowania: Powiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 9 czerwca 2015 r., zbiorcze zestawienie ofert – str. 3./.

Zamawiający pismem z dnia 9 czerwca 2015 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowego „Politech” Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy oraz D. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Eletrometr” z siedzibą w Świdnicy w zadaniu nr I i II.

Ponadto Zamawiający poinformował o odrzuceniu w zadaniu nr I oferty wykonawcy Apator S. A. z siedzibą w Toruniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem jej treść nie odpowiada treści SIWZ; „*w trakcie przeprowadzania badań stwierdzono uszkodzenie licznika. Licznik blokuje się; nie rejestruje energii i mocy, zatrzymuje się zegar RTC, brak komunikacji z licznikiem*”.

/dokumentacja postępowania: Powiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 9 czerwca 2015 r./.

Od niniejszych czynności Zamawiającego wykonawca – Apator S. A. z siedzibą w Toruniu – wniósł odwołanie w dniu 19 czerwca 2015 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy: Apator S. A. z siedzibą w Toruniu z dnia 19 czerwca 2015 r./.

Pismem z dnia 22 czerwca 2015 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

/dokumentacja postępowania: Pismo Zamawiającego z dnia 22 czerwca 2015 r. /.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba - oceniając zarzut dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi, iż „*licznik blokuje się: nie rejestruje energii i mocy, zatrzymuje się zegar RTC, brak komunikacji z licznikiem*” (zarzut w zadaniu nr I) - uznała, że zarzut ten nie potwierdził się z zebranych przez Izbę materiałów dowodowych.

Przede wszystkim – w ocenie Izby – Zamawiający uzasadnił swoje stanowisko dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego. Nie ulega wątpliwości, że została podana podstawa prawna – art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – jak również uzasadnienie faktyczne w postaci stwierdzenia, iż „*licznik blokuje się: nie rejestruje energii i mocy, zatrzymuje się zegar*

RTC, brak komunikacji z licznikiem". Zamawiający nie był w stanie więcej wskazać, gdyż jak przyznał na rozprawie badał jedynie funkcjonalność tego urządzenia, nie badał jego elementów na płycie, nie posiadał urządzeń do badania konstrukcji licznika od wewnątrz. Wykonawca zatem dostał jasną i klarowną informację dotyczącą powodów odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba nie przychyliła się również do stanowiska Odwołującego, iż z badania próbek nie sporządzono protokołu. Protokołem takim jest przywoływana przez obie strony „*Informacja z badań liczników*”, wskazująca na nieprawidłowości dotyczące próbek złożonych przez Odwołującego. Istotnym zatem jest treść tego dokumentu, a nie jego nazwa nadana przez Zamawiającego. Ponadto z informacji tej wynika również, że została ona podpisana przez Pana A. C. – osobę będącą członkiem komisji przetargowej.

Zgodzić należy się również z Zamawiającym, że wykonawca zobowiązany był do dostarczenia dwóch próbek, które – jak jasno określił Zamawiający – stanowiły treść oferty. Zatem nieprawidłowości odnoszące się do jednej z próbek, stanowić mogły jedynie podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy, gdyż niewątpliwie obie próbki były treścią tej oferty. Nigdzie nie wskazano, że druga z próbek ma charakter pomocniczy, zatem nieprawidłowości występujące tylko w jednej z próbek prowadziły do odrzucenia oferty wykonawcy odwołującego się.

Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, który – wobec przeprowadzonego okazania – wykazał, że wbrew postanowieniom SIWZ, w liczniku Odwołującego zatrzymuje się zegar RTC, brak komunikacji z licznikiem. Odwołujący w trakcie okazania, nie próbował wykazać, że jest inaczej, skupił się jedynie na braku kompetencji i niezachowania szczególnej ostrożności przez Zamawiającego w toku badania próbek. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że uszkodzenie nastąpiło z winy Zamawiającego, nie wskazał na żadne dowody, bądź ślady które przesądzałyby, że uszkodzenie nastąpiło z winy Zamawiającego. Nie jest przecież wykluczone, że licznik złożony jako próbka mógł być uszkodzony już w momencie jego składania wraz z ofertą, nie jest wykluczone, że uszkodzenie mogło nastąpić np. u trakcie transportu bądź przesyłki. Wobec powyższego nie można obciążać Zamawiającego tymi okolicznościami, biorąc pod uwagę, że wykonawca nie wykazał, że uszkodzenie tego licznika nastąpiło przez Zamawiającego.

Odnosząc się do złożonych dowodów przez Przystępującego Politech, należy zauważyć, że złożone dowody nie odnoszą się do tego konkretnego licznika, będącego podstawą odrzucenia przez Zamawiającego, są to liczniki z innego postępowania, z innej

umowy, zatem Izba argument ten nie może brać pod uwagę przy rozpoznawaniu niniejszego zarzutu. Jednak biorąc pod uwagę okoliczności i argumenty przywołane powyżej, Izba uznała, że zarzut niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego nie potwierdził się w zebranych przez Izbę materiale dowodowym.

Odnosząc się do zarzutów skierowanych wobec oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe „Politech” Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy oraz D. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Eletrometr” z siedzibą w Świdnicy złożonej w zadaniu nr II, Izba również uznała, że zarzut ten jest niezasadny. W ocenie Odwołującego w przypadku licznika zaoferowanego przez Przystępującego Politech wymiary zacisków są niezgodne z normą DIN, w tym także z wymaganiami Zamawiającego. W ocenie Izby zarzut ten również nie został przez Odwołującego wykazany. Nie jest wiadomo, w jaki sposób Odwołujący dokonał pomiaru, m. in. w przypadku ostatniej pary zacisków. Ponadto sam Odwołujący przyznał, że nie dokonywał pomiarów suwmiarką. Nie jest wiadome na ile wyliczenia te są miarodajne, czy nie przewidują ewentualnego błędu przy dokonywaniu tych pomiarów, wyliczeń. Powyższe może jedynie stanowić o ewentualnym prawdopodobieństwie niezgodności treści oferty Przystępującego z SIWZ, a ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne, a Odwołujący w opinii Izby takich dowodów w niniejszej sprawie nie przedstawił. Przypomnienia wymaga, analogicznie jak to jest w procesie cywilnym, iż ów ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07).

Jeszcze raz przypomnienia wymaga, iż zgodnie z art. 190 ust. 7 ustawy Pzp Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie zebranego materiału. Skoro Odwołujący wywodzi, że oferta Przystępującego Politech jest niezgodna z SIWZ, to powinien powyższe wykazać w toku postępowania odwoławczego. Ciężar dowodu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, zaś postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasad kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu

Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08).

Dodatkowo odnosząc się do mocy dowodowej złożonego przez Odwołującego wykresu – nie został on przez Odwołującego podpisany, w związku z tym nie może być przez Izbę brany pod uwagę, przy rozpatrywaniu niniejszego zarzutu.

Odnosząc się do zarzutu złamania przez Zamawiającego zasady jawności Zamawiający wyjaśnił, iż udostępnienie ofert miało miejsce, udostępniono również liczniki stanowiące próbkę, zabroniono jedynie podłączenia liczników do własnego komputera, tak aby uniemożliwić wewnętrzną ingerencję prowadzącą do naprawy, zmiany oprogramowania, w konsekwencji do naprawienia tego licznika. Działanie Zamawiającego wydaje się zatem być zasadne w świetle przedstawionej argumentacji.

Reasumując, Izba nie znalazła podstaw do przypisania Zamawiającemu naruszenia dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 91, 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji, odwołanie podlegała oddaleniu. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....