

Sygn. akt: KIO 1521/18

WYROK
z dnia 16 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel - Kowalczyk

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 sierpnia 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę **AUDIOFON Sp. z o.o. Sp. k., ul. Aliancka 6, 53-014 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Dolnośląski Specjalny Ośrodek Szkolno – Wychowawczy nr 12 Dla Nieśłyszących i Słabosłyszących im. M. G. we Wrocławiu (54-144), ul. Dworska 8**

przy udziale wykonawcy Oticon Polska Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 22, 00-133 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **AUDIOFON Sp. z o.o. sp. k., ul. Aliancka 6, 53-014 Wrocław** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez wykonawcę **AUDIOFON Sp. z o.o. Sp. k., ul. Aliancka 6, 53-014 Wrocław**, 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 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Dolnośląski Specjalny Ośrodek Szkolno – Wychowawczy nr 12 Dla Niesłyszących i Słabosłyszących im. Marii Grzegorzewskiej prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.) (dalej „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa systemu wzmacniającego słuch FM” (dalej „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 czerwca 2018 r. pod numerem 573308-N-2018.

Dnia 27 lipca 2018 roku, zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę OTICON Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej „OTICON”.

Dnia 1 sierpnia 2018 roku wykonawca AUDIOFON Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą we Wrocławiu (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona oraz nie dokonanie wystarczająco wnikliwego zbadania i oceny złożonych w Postępowaniu ofert, w tym oferty OTICON oraz niewykluczenie wykonawcy OTICON, który poświadczył nieprawdę w złożonej przez siebie ofercie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 Pzp,
2. art. 26 ust. 2 pkt 3 Pzp

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. wykluczenie wykonawcy OTICON, który poświadczył nieprawdę w złożonej przez siebie ofercie,
2. uchylenie decyzji Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty i ponowne przystąpienie do dokonania wyboru z pominięciem oferenta wykluczonego z postępowania.

Odwołujący przedstawiając argumentację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania podał, że oferta wykonawcy OTICON (system Amigo T5/R5) była pozornie korzystniejsza od oferty Odwołującego - zarówno pod względem ceny jak i okresu oferowanej gwarancji.

Odwołujący ustalił jednak, że kluczowe dane zawarte w ofercie OTICON są nieprawdziwe. Wykonawca ten w treści dokumentacji technicznej systemu Amigo T5/R5 poświadczył nieprawdę i złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Porównanie danych technicznych urządzeń systemu Amigo T5/R5 w ofercie złożonej przez OTICON i danych tych samych urządzeń w ogólnodostępnych kartach

katalogowych producenta wskazuje na wysokie prawdopodobieństwo, że popełniono fałszerstwo.

Jednym z warunków technicznych zamówienia był zasięg urządzeń FM, określony przez Zamawiającego - „do 30 m w pomieszczeniach i do 100 m na zewnątrz”, W przetłumaczonej na język polski przez OTICON karcie katalogowej urządzeń systemu Amigo, przedstawionej jako załącznik do oferty tego wykonawcy, znalazły się dokładnie takie zapisy co do zasięgu, jak wymagane przez Zamawiającego. Tymczasem na oficjalnej stronie internetowej producenta, duńskiego koncernu Oticon, znajduje się informacja, że zasięg oferowanych urządzeń wynosi „30 m”. Na niektórych rynkach system Amigo T5/R5 oferowany jest ze specyfikacją zasięgu: „30m/100 feet, jednakże 100 stóp to dokładnie to samo co 30 m. Na żadnym rynku producent nie oferuje tego systemu ze wskazaniem zasięgu 100 metrów na zewnątrz - ponieważ zasięg taki byłby fizycznie niemożliwy do osiągnięcia w wypadku tego rodzaju technologii. Zachodzi zatem uzasadnione podejrzenie, że w tłumaczeniu karty katalogowej, stanowiącej załącznik do oferty OTICON, dopuszczono się fałszerstwa. Odwołujący podkreśla, że system Amigo T5/R5 został wprowadzony do sprzedaży w firmie Oticon w roku 2006, a jego konstrukcja jest jeszcze starsza; licencja została kupiona z firmy Phonic Ear. Urządzenie to jest bardzo przestarzałe technologicznie (12 lat od premiery). Przede wszystkim jest to system analogowy, w związku z czym z przyczyn fizycznych nie jest możliwe, aby zasięg urządzenia na zewnątrz wynosił 100 metrów.

Odwołujący podkreślił, że technologia analogowa zastosowana w systemie Amigo oferowanym przez Oticon Polska charakteryzuje się ograniczoną przepustowością pasma transmisji tzn. kiedy pracuje kilka urządzeń jednocześnie, powinny one transmitować sygnały na innych kanałach, aby się nie zakłócały wzajemnie. Tymczasem system Amigo firmy Oticon posiada zaledwie 12 kanałów transmisyjnych, co będzie skutkowało wzajemnymi zakłóceniami przy jednoczesnym zastosowaniu urządzeń w większej ilości klas. Dodatkowo ze względu na analogową transmisję nie ma możliwości zabezpieczenia tych kanałów przed wzajemnymi zakłóceniami.

Skoro Zamawiający zamawia urządzenia do 27 klas szkolnych, to Odwołujący zakłada, że potencjalnie wszystkie (lub zdecydowana większość z nich) może być używana jednocześnie. Tymczasem ze względu na wyżej wskazane parametry techniczne będzie to niemożliwe. Oznacza to, że system Amigo oferowany przez firmę OTICON będzie w znacznym stopniu bezużyteczny dla Zamawiającego.

Kluczową kwestią pozostaje jednak poświadczenie nieprawdy w dokumentacji przetargowej przedłożonej przez OTICON. W zaistniałej sytuacji zamawiający powinien wykluczyć z postępowania wykonawcę, który poświadczył nieprawdę na podstawie art. 26 ust 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z powyższym unormowaniem zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ

na wynik prowadzonego postępowania. Zamawiający winien także uchylić swoją decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty i ponownie przystąpić do dokonania wyboru z pominięciem oferenta wykluczonego z postępowania.

Odwołujący w trakcie rozprawy, wobec błędnie przywołanej podstawy prawnej zarzutu tj. art 26 ust. 2 pkt 3 Pzp, wskazał, że podstawą jego zarzutu powinny być przesłanki wykluczania określone w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie, w trakcie rozprawy wnosił o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił wykonawca OTICON Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba, wobec spełniania przez OTICON Polska Sp. z o.o. przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła dopuścić wykonawcę zgłaszającego przystąpienie (dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając całość dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ), oferty wykonawców, korespondencję pomiędzy zamawiającym i wykonawcami, odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska stron postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ Zamawiający określił parametry systemu wzmacniającego dot. zasięgu w następujący sposób:

- zasięg pomiędzy nadajnikiem a odbiornikiem do 30 m w pomieszczeniach,
- zasięg pomiędzy nadajnikiem a odbiornikiem do 100 m na zewnątrz.

Pkt VII SIWZ stanowił, że wykonawca zobowiązany jest złożyć formularz oferty, zawierający oświadczenie o wykonaniu zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ.

Wykonawca OTICON, złożył wymagane oświadczenie w Formularzu oferty oraz załączył do niej deklarację, iż oferowany sprzęt Amigo T5//R5, firmy Oticon spełnia wymagania, odnoszące się również do zasięgu systemu (str. 29 oferty). Do oferty wykonawca OTICON załączył również informację o produkcie Amigo T5/R5 (str. 30 – 31 oferty) w której określono zasięg systemu Amigo T5/R5 cyt. „do 30 m w pomieszczeniu, do 100 m w przestrzeni otwartej”.

W dniu 27 lipca 2018 r. Zamawiający dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty firmy OTICON.

Izba zważyła

Odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek przedstawiania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Zgodnie z art. 14 Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W myśl zaś art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przepis ten wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Reguła ta, znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 190 ust. 1 Pzp zdanie pierwsze, który implementuje zasady kodeksowe na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, i stanowi, że *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne* (por. m.in. wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 141/17; wyrok KIO z dnia 9 lipca 2016 r., sygn. akt KIO1591/16). Ponadto jak wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z 19 marca 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 92/08) w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony, na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. Podobne stanowisko przedstawił Sąd Okręgowy w

Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy, w wyroku z dnia 8 kwietnia 2008 r. (sygn. akt V Ca 571/08), stwierdzając, że kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej.

W toku postępowania odwoławczego to Odwołujący jest Stroną ofensywną i jako propagator zaskarżenia przedstawia argumenty, przemawiające za uznaniem oferty przeciwnika za niezgodną z SIWZ i obowiązany jest niezgodność tę udowodnić. Zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ust. 1 Pzp, to na Odwołującym spoczywa ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Krajowej Izby Odwoławczej dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności, którymi jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania.

Rolą Odwołującego było wykazać, że informacje i dokumenty, przedłożone przez Przystępującego wraz z ofertą zawierają nieprawdziwe dane. W ocenie Izby Odwołujący obowiązkowi temu nie sprostał.

W ocenie Odwołującego, Przystępujący przedstawiając w swojej ofercie dane dotyczące zasięgu „na zewnątrz” oferowanych urządzeń, poświadczył nieprawdę i złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Wniosek ten Odwołujący wywiódł m.in. z porównania danych technicznych urządzeń systemu Amigo T5/R5 w ofercie Przystępującego oraz ogólnie dostępnych na stronach internetowych kart katalogowych, np. producenta, duńskiego koncernu Oticon, którego Przystępujący jest spółką córką. Należy zaznaczyć, że Przystępujący nie przedstawił, tak jak twierdzi Odwołujący, tłumaczenia karty katalogowej – Przystępujący załączył do oferty, jak sam przyznał podczas rozprawy doprecyzowaną przez siebie informację o oferowanym produkcie. Informacja ta zawiera dane dotyczące zasięgu oferowanych urządzeń, w pomieszczeniu (do 30 m) oraz w przestrzeni otwartej (do 100 m). Natomiast, karta katalogowa dostępna na stronie internetowej producenta zawiera jedną daną dot. zasięgu tj. 30 m, bez określenia czy dotyczy to zasięgu na zewnątrz/w przestrzeni otwartej czy też w pomieszczeniach. Z samego porównania tych dokumentów nie sposób wywieść, że któryś z nich przedstawia nieprawdziwe dane, gdyż jest możliwe, że w karcie katalogowej producenta podano zasięg urządzenia w pomieszczeniu. Jednocześnie w ocenie Izby, samo doprecyzowanie informacji o produkcie poprzez zamieszczenie w niej danych wymaganych przez Zamawiającego, nie jest działaniem niedopuszczalnym, tym bardziej, że Przystępujący zadeklarował, iż uczynił to, z powodu braku określenia w ulotce zasięgu wewnątrz i na zewnątrz, po uprzednim przeprowadzeniu odpowiednich badań. Tym samym, działanie Przystępującego uznać należy za zamierzone, co wyklucza wystąpienie przesłanki określonej w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Odwołujący nie przedstawił dowodów podważających oświadczenie Przystępującego, w szczególności nie przedstawił szczegółowej argumentacji, testów, badań czy innych dowodów na powoływaną w odwołaniu okoliczność, że zasięg 100 metrów na zewnątrz byłby fizycznie niemożliwy do osiągnięcia w wypadku technologii, w której wykonane są urządzenia oferowane przez Przystępującego.

Wobec powyższego, Izba stwierdziła, że nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp tj. Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Jednocześnie, odnosząc się do spostrzeżenia Przystępującego, iż wobec sformułowania wymagania dot. zasięgu przez Zamawiającego w SIWZ tj. określenia wymaganego zasięgu za pomocą słowa „do” dopuszczalne byłoby zaoferowanie urządzenia o zasięgu 1 cm, Izba stwierdza, iż nie podziela takiej interpretacji SIWZ. Przedstawione przez Przystępującego rozumowanie jest nieracjonalne. Zamawiający wymagał, aby zasięg urządzeń pomiędzy nadajnikiem a odbiornikiem wynosił do 30 m w pomieszczeniach i do 100 m na zewnątrz, jest to odległość, wokół której powinien oscylować zasięg urządzenia na otwartej przestrzeni bez przeszkód. Oczywiście, tak jak Strony zgodnie twierdziły rzeczywisty zasięg będzie uzależniony od wielu okoliczności np. ukształtowania terenu, przeszkód na nim występujących, temperatury czy ciśnienia, jednakże na otwartej przestrzeni bez przeszkód zasięg ten, jak już wskazano powinien oscylować w granicach 100 m.

Za niepotwierdzony, Izba uznała, również zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp. Na tę okoliczność Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji poza wskazaniem, że Zamawiający zaniechał czynności, do której był zobowiązany w postępowaniu tj. nie dokonał wystarczająco wnikliwego zbadania i oceny złożonych ofert, oraz, że uprzednio poinformował Zamawiającego w trybie art. 181 ust. 1 Pzp, o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego lub zaniechaniu czynności do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy. Sam fakt, uprzedniego przekazania Zamawiającemu *informacji o niezgodnej z przepisami ustawy czynności* nie powoduje, po stronie Zamawiającego konieczności wszczęcia postępowania wyjaśniającego, a w odwołaniu brak jest podstaw faktycznych uzasadniających konieczność wszczęcia takiego postępowania przez Zamawiającego.

W zakresie zarzutu dot. ograniczonej przepustowości pasma transmisji i bezużyteczności oferowanego przez Przystępującego systemu, Izba stwierdziła, że zarzut ten nie został wystarczająco sprecyzowany i udowodniony, a jako taki również podlegał oddaleniu. Odwołujący nie odniósł twierdzeń o ograniczonej przepustowości pasma

transmisji i bezużyteczności oferowanego przez Przystępującego systemu do postanowień SIWZ i wymagań Zamawiającego, nie sprecyzował również czynności Zamawiającego której w związku z tymi twierdzeniami się domaga.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, iż stosownie do treści art. 180 ust. 3 Pzp, odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego podstawy prawnej takich zastrzeżeń, oraz argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 czerwca 2017 r. sygn. akt: KIO 1187/17).

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, jak również dokumenty złożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem. Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentów złożonych podczas rozprawy przez Odwołującego z uwagi na fakt, iż zostały one złożone w języku angielskim, bez tłumaczenia na język polski, a zatem niezgodnie z § 19 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2014 r. poz. 964 ze zm.). Izba nie włączyła również w poczet materiału dowodowego, dowodu złożonego przez Przystępującego, a dotyczącego parametrów urządzenia oferowanego przez Odwołującego, jako niemającego znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Ponadto dodatkowego wyjaśnienia wymaga postanowienie Izby, w kwestii nie dopuszczenia na etapie rozprawy wniosku Odwołującego o powołanie biegłego specjalisty z zakresu elektroniki na okoliczność, stwierdzenia faktycznego zasięgu urządzenia OPTICON Amigo T5/R5. Jednym ze środków dowodowych w postępowaniu o zamówienie publiczne, obok dowodu z zeznań świadków, dowodu z dokumentów, dowodu z przesłuchania stron jest dowód z opinii biegłego. Zasadniczą cechą wyróżniającą opinię biegłego spośród pozostałych środków dowodowych są zawarte w niej wiadomości specjalne, mające istotne znaczenie dla rozpoznawanej przez KIO sprawy. Opinia biegłego wyspecjalizowanego w konkretnej dziedzinie, rozstrzyga wątpliwości pojawiające się w toku postępowania celem prawidłowego ustalenia stanu faktycznego sprawy. Tak więc za powołaniem biegłego w postępowaniu powinny przemawiać racjonalne argumenty. Nie ma podstawy do powołania biegłego w sytuacji kiedy dowód z opinii, może być z powodzeniem zastąpiony innym

dowodem np. dowodem z dokumentu. Zdaniem Izby brak było jakichkolwiek przeszkód, aby Odwołujący w tej sprawie wystąpił ze stosownym zapytaniem do producenta urządzeń (choć jest to spółka matka Przystępującego), bądź samodzielnie dokonał badań zakresu lub zlecił przeprowadzenie takiego badania odpowiedniej jednostce, ewentualnie aby przedstawił dowody wskazujące, że ze względu na technologię w jakiej zostały wykonane oferowane urządzenia nie jest możliwe aby zasięg urządzenia na zewnątrz wynosił 100 metrów. Zdaniem Izby niedopuszczalne jest powoływanie biegłego w celu sanowania braku dowodu, który strona winna była przedstawić na rozprawie przed KIO celem udowodnienia zasadności stawianego zarzutu. Wnioskowanie o dowód z opinii biegłego w takiej sytuacji zostało ocenione przez Izbę jako próbę działania na zwłokę w zakończeniu postępowania odwoławczego. Zgodnie z wynikającą z art. 190 ust. 1 Pzp zasadą kontradyktoryjności oraz zasady z art. 6 kc na strony został nałożony obowiązek dbania o swoje interesy. Jeśli Odwołujący, podnosi zarzuty wobec oferty Przystępującego, ma obowiązek udowodnienia podnoszonych okoliczności (podobnie KIO w wyroku z dn. 18.12.2012 r. o sygn. akt 2687/12).

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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 ze zm.)

Przewodniczący: