

Sygn. akt: KIO 2619/13

WYROK
z dnia 21 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 listopada 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2013 r. przez wykonawcę **Polmil sp. z o.o. w Bydgoszczy**

przy udziale wykonawcy **Abook sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Centrum Zdrowia Matki Polki w Łodzi**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Polmil sp. z o.o. w Bydgoszczy** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Polmil sp. z o.o. w Bydgoszczy** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Polmil sp. z o.o. w Bydgoszczy** na rzecz **Instytutu Centrum Zdrowia Matki Polki w Łodzi** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Instytut Centrum Zdrowia Matki Polki w Łodzi - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa rękawic sterylnych i niesterylnych jednorazowego użytku oraz rękawic foliowych dla Instytutu „CZMP”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 lipca 2013 r., Nr 2013/S 142-246940.

W dniu 30 października 2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Polmil sp. z o.o. w Bydgoszczy, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze, w zakresie części 1 zamówienia, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Abook sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym”.

W dniu 8 listopada 2013 r. odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- 1) zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego w zakresie części 1 zamówienia,
- 2) czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez przystępującego w zakresie części 1 zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 zamówienia,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie części 1 zamówienia,
- 3) dokonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego w zakresie części 1 zamówienia.

Odwołujący argumentował, że zaoferowane przez przystępującego rękawice „Safety + Comfort” producenta Supermax są rękawicami lateksowymi bezpudrowymi mikroteksturowanymi, chlorowanymi wewnątrz, nie są to rękawice polimeryzowane, jakich wymagał zamawiający. Powyższe miało wynikać z załączonej do oferty próbki o numerze LOT 32922568, oraz wyników badań dotyczących tego numeru lotu zamieszczonych na 24 i 25 stronie oferty przystępującego. Odwołujący wywiódł, że ww. wyniki badań są jedynym dokumentem potwierdzającym parametry np. poziom protein zaoferowanych rękawic

zgodnie z załączoną próbką. Zdaniem odwołującego, zarówno próbka jak i badania są niezgodne z wymogami SIWZ i potwierdzają, że zaoferowane rękawice nie są polimeryzowane.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, przystąpił wykonawca Abook sp. z o.o.w Warszawie. Wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odpowiedzi na pytania o wyjaśnienie treści SIWZ z 21 sierpnia 2013 r. ofertę złożoną przez przystępującego, ofertę złożoną przez odwołującego, zawiadomienie zamawiającego o rozstrzygnięciu postępowania, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe odwołującego, dokonane na rozprawie oględziny próbek rękawic złożonych przez przystępującego i odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego w części 1 zamówienia – w świetle kryteriów oceny ofert – została sklasyfikowana na drugim miejscu, za ofertą wybraną. Zarzucał on zamawiającemu zaniechanie czynności odrzucenia oferty wybranej przez zamawiającego

jako najkorzystniejsza. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp zaniechał czynności odrzucenia oferty wybranej, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania tej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Natomiast szkoda, jaką wykonawca ponosi wyraża się w utracie korzyści, jakie wiążą się z uzyskaniem zamówienia i niewątpliwie ma związek z zarzucanymi zamawiającemu naruszeniami ustawy Pzp. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający, w zakresie zadania 1, postanowił w załączniku nr 2 do SIWZ, iż przedmiotem dostawy są *rękawice diagnostyczne, niesterylne, lateksowe bezpudrowe z wewnętrzną warstwą polimerową, mikroteksturowane lub teksturowane (na końcach palców lub na całej powierzchni), spełniające normy EN 455 (zamawiający dopuszcza tolerancję w długości rękawicy określonej w normie +/- 5 mm), EN 420, EN 374 - 3 , AQL≤1,5 - oznaczenie na opakowaniu, zawartość protein ≤ 34,5 ug/g na rękawice, oznakowane podwójnie, jako wyrób medyczny klasy I i środek ochrony indywidualnej kategorii III. Rozm. S, M, L, XL po max. 200 sztuk w op. Rękawice nie mogą pękać podczas zakładania. Rękawiczki w opakowaniu muszą być ułożone równomiernie jedna na drugiej, co umożliwi łatwe wyjmowanie rękawiczki po rękawicze z opakowania (nie mogą być zrolowane i wyjmować się po kilka na raz).*

Ustalono również, że w § 12 SIWZ zamawiający, w zakresie zadania 1, wymagał aby wykonawcy złożyli następujące dokumenty potwierdzające spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego.

- a) dokument potwierdzający średnią zawartość protein w oferowanych rękawiczkach wystawiony nie wcześniej niż w 2011 r.,
- b) dokument potwierdzający liczbę AQL w oferowanych rękawiczkach,
- c) katalog lub ulotki producenta,
- d) wzór i próbkę.

Przystępujący w złożonej przez siebie ofercie, w formularzu cenowym wskazał, że oferuje rękawiczki Safety+Comfort/lat-LA-S+C-rozmiar. Załączył do oferty raport z inspekcji wysyłki z 30.7.2013 r. wystawiony przez Supermax Latex Product Sdn Shd, dotyczący produktu Safety+Comfort i odnoszący się do liczby protein i liczby AQL, w którym m.in. rękawice opisywane są jako mikroteksturowane, chlorowane, bezpudrowe. Złożył ulotkę producenta Maxter Glove Manufacturing Sdn Bhd, w której rękawiczki charakteryzowane są min. jako „*rękawice diagnostyczne, niejałowe, bezpudrowe, jednorazowego użytku, chlorowane z wewnętrzną warstwą polimerową*”.

Złożył wraz z ofertą wzór (próbkę) oferowanych przez siebie rękawiczek Safety+Comfort o nr partii 32922568.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Postępowanie o udzielenie zamówienia jest prowadzone na podstawie reguł, jakie zamawiający określa w SIWZ. To zamawiający opisuje swoje wymogi odnośnie przedmiotu zamówienia. W świetle art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, to również zamawiający opisuje w SIWZ, jakie oświadczenia lub dokumenty wykonawcy obowiązani są złożyć celem wykazania, że oferowane dostawy odpowiadają opisanym wymogom zamawiającego.

Jak wynikało z załącznika nr 2 do SIWZ, zamawiający oczekiwał dostawy rękawiczek, które musiały posiadać m.in. *wewnętrzną warstwę polimerową*. Natomiast jeżeli chodzi o sposób wykazania zgodności z opisem, to w § 12 SIWZ nałożono obowiązek złożenia:

- a) dokumentu potwierdzającego średnią zawartość protein w oferowanych rękawiczkach,
- b) dokumentu potwierdzającego liczbę AQL w oferowanych rękawiczkach,
- c) katalogu lub ulotki producenta,
- d) wzoru (próbki) oferowanych rękawiczek.

Jak wynika z powyższego zestawienia dokumentów, w zakresie spełnienia wymogu odnośnie posiadania przez rękawiczki warstwy polimerowej, zamawiający wymagał wyłącznie katalogu lub ulotki producenta oraz wzoru (próbki). Pozostałe wymagane przez zamawiającego dokumenty miały służyć udokumentowaniu innych okoliczności (tj. liczby AQL czy średniej zawartości protein).

W ocenie Izby, przystępujący wywiązał się z obowiązku wykazania w sposób określony SIWZ, iż oferowane przez niego rękawiczki Safety+Comfort posiadają *wewnętrzną warstwę polimerową*. Przystępujący złożył bowiem wraz z ofertą ulotkę producenta, w której wskazano w sposób jednoznaczny i wyraźny, że rękawiczki Safety+Comfort to rękawice chlorowane „z *wewnętrzną warstwę polimerową*”. Przystępujący wywiązał się również z obowiązku złożenia próbki (wzoru) rękawic. Jednakże, jak wynikało ze stanowiska zamawiającego, zbadanie próbki pod kątem posiadania warstwy polimerowej przekraczało jego możliwości techniczne. Stanowisku zamawiającego nie zaprzeczył odwołujący. Nie twierdził on bowiem, że zamawiający na podstawie fizycznej analizy próbki rękawiczek mógłby stwierdzić brak warstwy polimerowej. Potwierdzeniem tego stanowiska były również oględziny próbek rękawiczek dokonane przez Izbę w trakcie rozprawy. Analiza próbek poprzez ich zwykłe fizyczne badanie nie pozwalała na stwierdzenie, że próbka rękawiczek złożona przez przystępującego nie posiada spornej warstwy. Izba porównując bowiem próbkę złożoną przez odwołującego, co do której nikt nie twierdził, że nie posiada warstwy

polimerowej i próbkę złożoną przez przystępującego nie potrafiła znaleźć żadnych wyczuwalnych różnic, a tym bardziej stwierdzić, że rękawiczki zaoferowane przez przystępującego nie są polimeryzowane.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że faktu iż rękawiczki Safety+Comfort nie są polimeryzowane nie można było ustalić na podstawie złożonego przez przystępującego raportu z inspekcji wysyłki z 30.7.2013 r. wystawionego przez Supermax Latex Product Sdn Shd. W dokumencie tym, dotyczącym oferowanego produktu Safety+Comfort, rękawice opisywane były jako mikrotęsktrowane, chlorowane, bezpudrowe. Podkreślenia wymagało jednak, że taki opis nie wykluczał posiadania przez rękawiczki Safety +Comfort warstwy polimerowej. Nie był bowiem spornym pomiędzy stronami fakt, że rękawiczki chlorowane mogą posiadać warstwę polimerową lub nie. Tak więc taka charakterystyka, jak opisana w raporcie, sama przez się nie wykluczała posiadania przez produkt wewnętrznej warstwy polimerowej. Potwierdzeniem prawidłowości takiego stanowiska były również wyniki badań dotyczące rękawiczek zaoferowanych przez odwołującego. Również w badaniach załączonych do oferty odwołującego można było odnaleźć wzmiankę o tym, iż są to rękawiczki chlorowane, a nie wynikał z nich fakt posiadania warstwy polimerowej. A zatem z faktu, że w wynikach badań rękawic Safety + Comfort brakowało adnotacji o istnieniu warstwy pomiarowej nie można było – na zasadzie domniemania faktycznego – ustalić faktu, że rękawiczki takiej warstwy nie posiadają. Wreszcie przypomnienia wymaga w tym miejscu również niewątpliwa okoliczność, że dokument w postaci wyników badań w świetle § 12 SIWZ miał dokumentować zupełnie inne okoliczności tj. średnią zawartość protein w oferowanych rękawiczkach i liczbę AQL.

Spornego faktu nie dowodziło również okazane w trakcie rozprawy opakowanie próbki rękawiczek oferowanych przez przystępującego. Rzeczywiście, jak Izba stwierdziła w trakcie oględzin, na opakowaniu tej próbki próżno było szukać stosownej wzmianki o warstwie polimerowej. Zresztą zamawiający w § 12 SIWZ nie wymagał złożenia opakowania próbki, które dokumentowałoby tę okoliczność. Nie przywołano Izbie również żadnych regulacji prawnych, z których wynikałby obowiązek zamieszczenia takiej wzmianki na opakowaniu z rękawiczkami. Potwierdzeniem słuszności tego stanowiska były przeprowadzone przez Izbę oględziny opakowania próbki rękawiczek oferowanych przez odwołującego. Na opakowaniu tym wprawdzie znajdowała się wzmianka o istnieniu pokrycia, jednakże nie potwierdzała ona w sposób jednoznaczny, że jest to warstwa polimerowa. Na opakowaniu znajdował się bowiem jedynie opis „inner coated”. Powyższe oznaczało jedynie, że rękawiczki są „wewnętrznie pokryte”, ale nie dowodziło, że są pokryte polimerem.

Reasumując należało dojść do wniosku, że obydwaj wykonawcy w sposób bardzo zbliżony udowodnili spełnienie spornego wymogu co do posiadania przez rękawiczki warstwy polimerowej. Jedynym dokumentem potwierdzającym polimeryzację była ulotka producenta produktu. Zgodzić należy się z odwołującym, że badanie oferty przez zamawiającego nie może polegać jedynie na bezkrytycznym przyjmowaniu składnych mu dokumentów lub oświadczeń. Rolą zamawiającego jest weryfikacja oświadczeń i dokumentów, czemu może służyć instytucja wezwania do złożenia wyjaśnień. Dostrzeżenia wymaga jednak to, że zamawiający przy owej weryfikacji ma ograniczone możliwości. Nie może bowiem na etapie badania ofert nałożyć na wykonawców obowiązku złożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ponad treść SIWZ, w tym dokumentów dotyczących udokumentowania posiadania warstwy polimerowej.

Niezasadnym było powoływanie się przez odwołującego w piśmie procesowym na spoczywające rzekomo na przystępującym obowiązki dowodowe wynikające z przepisu art. 30 ust. 5 ustawy Pzp. Stosownie do przywołanego przez odwołującego przepisu, *wykonawca który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane dostawy spełniają wymogi zamawiającego.* Izba stwierdziła, że przepis ten nie znajduje zastosowania w analizowanej sprawie. Uszło uwadze odwołującego, że zamawiający nie opisał zamawianych rękawiczek poprzez użycie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, czemu w myśl art. 29 ust. 3 ustawy Pzp musiałoby towarzyszyć dopuszczenie rozwiązań równoważnych. Zamawiane rękawiczki zostały bowiem opisane poprzez ich cechy techniczne i jakościowe, a nie w sposób określony w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Zatem przystępujący nie musiał dowodzić żadnej równoważności swego produktu, albowiem zamawiający nie określił w opisie przedmiotu zamówienia produktu referencyjnego, do którego produkt oferowany miałby być porównywany.

W tej sytuacji, zgodnie z klasycznym rozkładem ciężaru dowodu, to na odwołującym, stosownie do art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp, spoczywał ciężar wykazania spornej okoliczności. To odwołujący z faktu, że rękawiczki oferowane przez przystępującego nie posiadają wewnętrznej warstwy polimerowej wywodził skutek prawny, jakim był obowiązek odrzucenia oferty przystępującego, jako niezgodnej z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Skoro zatem odwołujący utrzymywał, że pomimo złożenia przez jego konkurenta kompletu wymaganych dokumentów, zaoferowane przez przystępującego rękawiczki nie posiadają warstwy polimerowej, powinien ten fakt w sposób niebudzący wątpliwości wykazać. Zdaniem Izby, odwołujący temu zadaniu nie sprostał. Odwołujący złożył w trakcie posiedzenia Izby wydruk prywatnej korespondencji prowadzonej za pomocą poczty elektronicznej pomiędzy firmami Skamex sp. z o.o. s.k.a. a producentem rękawiczek - firmą Maxter. Wiarygodność tej korespondencji budzi wątpliwości Izby. Wydruk dotyczy korespondencji prowadzonej przez Skamex sp. z o.o. s.k.a. z Panią Y..... T....., która w

świetle emaila zajmuje stanowisko „pracownika działu sprzedaży i marketingu”, w którym dyrektorem jest Pan T..... T..... Nie wiadomo, czy do zakresu obowiązków pracownika tego działu należy udzielanie odpowiedzi na zadane pytania dotyczące składu rękawiczek i czy posiada ona w tym zakresie stosowną wiedzę. Ponadto poważne wątpliwości Izby budzi to, że z wydruku poczty elektronicznej z firmy Maxter z 11.11.2013 r. wynika jedynie, że rękawice są chlorowane, bezpydrowe i mikroteksturowane, nie wynika z niej, że nie posiadają warstwy polimerowej. Powyższych wątpliwości nie usuwa treść pytania zadanego przez Skamex sp. z o.o. s.k.a., które rzeczywiście dotyczyło kwestii, czy rękawice są chlorowane i polimeryzowane czy tylko chlorowane. Jednakże, zdaniem Izby, skoro odwołujący zamierzał posłużyć się korespondencją jako dowodem, w tak istotnej kwestii jak niezgodność oferty jego konkurenta z treścią SIWZ, to powinien zadbać o stanowcze i wyraźne oświadczenie nadawcy korespondencji, w którym podmiot ten w sposób jednoznaczny potwierdziłby, że rękawice nie posiadają warstwy polimerowej. Wszelkie wątpliwości należało rozstrzygnąć na niekorzyść strony, na której spoczywał ciężar udowodnienia spornej okoliczności.

Odnośnie drugiego dokumentu złożonego przez odwołującego – oświadczenia pochodzącego z firmy Skamex sp. z o.o. s.k.a. - to jak wynika z jego treści - zostało no złożone w wyniku otrzymanej korespondencji mailowej od Pani Y..... T..... Zatem wiarygodność tego oświadczenia obarczona była identycznymi wątpliwościami, jak przedstawione powyżej. Dodatkowo nie zostało udowodnione, że firma Skamex sp. z o.o. s.k.a. jest wyłącznym importerem rękawiczek oferowanych przez przystępującego, a co za tym idzie, że wiarygodność oświadczeń tej firmy jest większa aniżeli wiarygodność oświadczeń przystępującego, choćby z uwagi na większość znajomość przedmiotu sprzedaży. Zaprzeczył temu przystępujący, który oświadczył, że również jest bezpośrednim importerem oferowanych przez siebie rękawiczek. W ocenie Izby jednakową wartość dowodową mają oświadczenia przystępującego i firmy Skamex sp. z o.o. s.k.a., które są rozbieżne.

Reasumując, w ocenie Izby, nie został przeprowadzony żaden dowód, który pozwoliłby na ustalenie, że zaoferowane przez przystępującego rękawice Safety + Comfort nie posiadają warstwy polimerowej.

W trakcie posiedzenia przystępujący złożył ponadto Izbie dokument pochodzący od producenta rękawic Safety + Comfort, z którego wynikało, że producent charakteryzuje swoje produkty jako chlorowane online i pokryte polimerem. Jak słusznie zauważył odwołujący, w oparciu o ww. oświadczenie nie można było ustalić, o partii jakich rękawiczek wypowieda się producent. Nie wiadomo zatem czy w oświadczeniu jest mowa z pewnością o rękawicach zaoferowanych przez przystępującego, których próbkę złożono zamawiającemu. Zatem analiza oświadczenia przedstawionego przez przystępującego mogła prowadzić jedynie do

ustalenia, że w ofercie handlowej firmy Maxter znajdują się wymagane przez zamawiającego rękawiczki.

Powyższe nie zmienia jednak tego, że - jak podkreślono wcześniej - to na odwołującym spoczywał ciężar wykazania spornej okoliczności, czemu odwołujący, zdaniem Izby, nie sprostał. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że Izba nie jest zobowiązana do dociekania prawdy materialnej. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontradyktoryjny, a brak przedstawienia dowodów na poparcie swojego stanowiska skutkuje nieuwzględnieniem zarzutu, który nie został udowodniony. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w spr. o sygn. akt V Ca 571/08, kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej. Podobnie również stwierdził SO w Katowicach w wyroku o sygn. XIX Ga 92/08, iż *„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. W przedmiotowej sprawie dotyczyło to Odwołującego”*. Oznacza to zatem tyle, że każda ze stron prezentujących odmienne stanowiska procesowe obowiązana jest wskazywać dowody na poparcie swoich twierdzeń. W myśl art. 190 ust. 1 ustawy Pzp to strony obowiązane są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Izba może, ale nie musi dopuszczać dowodów niewskazanych przez strony, zaś dopuszczenie dowodu z urzędu należy traktować jako wyjątek od zasady kontradyktoryjności. Izba wzięła pod uwagę to, że stroną odwołującą była spółka prawa handlowego, reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika i nie zdecydowała się na dopuszczenie z urzędu innych dowodów, które ewentualnie mogłyby doprowadzić do ustalenia spornej okoliczności. Konsekwencją nie sprostania przez odwołującego obowiązkowi wykazania spornej okoliczności faktycznej były ujemne konsekwencje procesowe, w postaci konieczności oddalenia odwołania. Wobec niepotwierdzenia się podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż oferta przystępującego nie podlegała odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów, nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: