

WYROK

z dnia 11 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Emil Kawa**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 kwietnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2013 r. przez **Odwołującego** – GONAR BIS Sp. z o.o., Obroki 109, 40-833 Katowice, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie-Zdrój, przy udziale **Wykonawców** wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Centrala Zbytu Węgla Węglózbyt S.A., Zakład Wyrobów Metalowych Carbonex, ul. Kościuszki 30 40-048 Katowice, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – GONAR BIS Sp. z o.o., Obroki 109, 40-833 Katowice, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – GONAR BIS Sp. z o.o., Obroki 109, 40-833 Katowice, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Odwołującego** – GONAR BIS Sp. z o.o., Obroki 109, 40-833 Katowice, na rzecz **Zamawiającego** - Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie-Zdrój, kwotę **4.358 zł 37 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta

pięćdziesiąt osiem złotych trzydzieści siedem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Gliwicach.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu - Zdroju, Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Towarowa 1, 44 - 330 Jastrzębie – Zdrój, zwana dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *„dostawy dla kopalń JSW S.A. noży do kombajnów ścianowych i kombajnów chodnikowych w łącznej ilości 371 540 sztuk z terminem realizacji od daty zawarcia umowy do 31.12.2014 r.”*.

Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (dalej „ustawy Pzp”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2012/S 177-291840. Zamówienie zostało podzielone na 12 części. Wykonawcy mogli składać oferty na całość zamówienia jak i na określone jego części.

W dniu 7 marca 2013 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty na poszczególne części zamówienia.

Do realizacji zamówienia na część siódmą zamówienia którą objęte jest przedmiotowe odwołanie została wybrana oferta Konsorcjum:

1. Centrala Zbytu Węgla „Węglzbyt” S.A. w Katowicach, ul. Kościuszki 30, 40 - 048 Katowice (pełnomocnik),
2. D..... P....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Wyrobów Metalowych „CARBONEX” w Jastrzębiu - Zdroju, ul. Pszczyńska 420, 44 - 336 Jastrzębi - Zdrój (uczestnik), które to konsorcjum skutecznie przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Natomiast oferta wykonawcy GONAR - BIS sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (zwany dalej „odwołującym”) została sklasyfikowana na drugim miejscu. Wykonawca ten składał również oferty na dostawę noży na 5 innych części zamówienia lecz jego oferty w tym zakresie zostały odrzucone jako niezgodne z treścią SIWZ. Natomiast na część siódmą zamówienia wykonawca ten nie został wykluczony, ani jego oferta nie została odrzucona.

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu nie wykluczenie wykonawcy „CARBONEX” z postępowania oraz nie odrzucenia jego oferty. Podniósł iż jego zdaniem wybrana oferta winna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy

Pzp jako niezgodna z treścią SIWZ, gdyż zamawiający wymagał noży z określonego gatunku spieku, a z przedłożonych wraz z ofertą dokumentów wynika iż zaoferowany spiek noża jest niewłaściwy. Ponadto wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania z powodu niespełnienia wymogu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący stwierdził ponadto, że zamawiający swoim postępowaniem naruszył przepis art. 7; art 22 ust.1 pkt 2) art. 24 ust. 2 pkt. 4), art. 89 ust. 1 pkt. 2) i art. 91 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził iż podniesione zarzuty są niezasadne i wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że w wyniku przeprowadzonego badania i oceny ofert dokonał właściwej oceny wybranej oferty zarówno pod względem spełniania warunków podmiotowych jak i zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Przystępujący poparł w całości stanowisko prezentowane przez zamawiającego – stronę do której przystąpił.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż uwzględnienie odwołania umożliwiłoby mu uzyskanie zamówienia ponieważ jego oferta byłaby najkorzystniejszą w postępowaniu biorąc pod uwagę jedyne kryterium oceny ofert oraz fakt, że na tą część zamówienia oferty złożyło tylko dwóch wykonawców i byłaby jedyną ofertą.

Ponadto na wstępie ocenie Izby podlegał zarzut formalny podniesiony przez odwołującego wobec przystępującego dotyczący niedoręczenia kopii zgłoszonego przystąpienia odwołującemu. Odwołujący w odpowiedzi na zarzut wskazał iż w dniu 21 marca 2013 roku przesłał odwołującemu kopię przystąpienia na jego skrzynkę e-mailowa, której adres jest podany na oficjalnej stronie internetowej odwołującego, przedstawiając w tym zakresie dokument w postaci zrzutu ze strony internetowej nadawcy. Odwołujący stwierdził iż zgodnie z postanowieniem SIWZ uznanie przesłanych informacji na skrzynkę poczty elektronicznej byłoby ważne pod warunkiem równoczesnego przesłania tej informacji drogą listowną, czego przystępujący nie uczynił. Zamawiający odnosząc się do tego zarzutu wniósł o jego

nieuwzględnienie gdyż powoływane postanowienie SIWZ dotyczy tylko korespondencji prowadzonej z zamawiającym, a nie pomiędzy wykonawcami.

Izba postanowiła nie uwzględnić wniosku odwołującego uznając iż przystępujący przesłał informację w tym zakresie, odwołującemu. Nadto wskazać należy, że zgodnie z przepisem art.61§2 k.c - .stosowanym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poprzez przepis art. 14 ustawy Pzp,- oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią.

Sąd Najwyższy w postanowieniu z 10 grudnia 2003r., V CZ 127/2003 (OSNC Nr 1 z 2005r., poz. 12) stwierdził, że *oświadczenie woli w postaci elektronicznej dokonywane on line zostaje złożone z chwilą jego przejścia do systemu informatycznego prowadzonego i kontrolowanego przez odbiorcę, to jest w momencie przyjęcia oświadczenia przez serwer odbiorcy i zarejestrowania na nim odpowiednich danych.*

Odwołujący nie kwestionował braku przesłania kopii odwołania lecz wskazywał, że przedmiotowej informacji od wykonawcy nie otrzymał, nieprzedstawiając w tym zakresie jakiegokolwiek dowodu. Ponadto stwierdzić należy, że jeden z wykonawców nie może ponosić skutków braku prawidłowego funkcjonowania urządzeń transmisyjnych w siedzibie innego wykonawcy, co mogło być ewentualną przyczyną – jak twierdzi odwołujący- nie otrzymania przez niego kopii odwołania.

W zakresie zarzutu nieodrzczenia oferty przystępującego z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ, polegającą na zaoferowaniu noża z niewłaściwym spiekem, odwołujący w odwołaniu w sposób bardzo lakoniczny podał, że złożone wraz z ofertą „*dokumenty jednoznacznie potwierdzają niewłaściwy gatunek spieku*”. Natomiast w dalszej części uzasadnienia tego zarzutu, odwołujący przywołał 28 tez bądź samych sygnatur wyroków Krajowej Izby odwoławczej (KIO) i sądów okręgowych.

W tym zakresie Izba stwierdza, że tezy z orzeczeń nie mogą być uznane za argumenty merytoryczne mające uzasadniać i udowadniać zasadność podniesionego zarzutu. Izba w swoich orzeczeniach wielokrotnie wskazywała, że przytaczanie na potwierdzenie zasadności podniesionych zarzutów w odwołaniu, wybranych fragmentów uzasadnień wyroków KIO zawierających generalne tezy, z którymi na pewnym poziomie ogólności nie sposób się nie zgodzić nie może być podstawą do przyjęcia zasadności podniesionego zarzutu. Każdy z przywołanych wyroków został wydany w oparciu o odmienny stan faktyczny co w sposób zasadniczy determinuje treść orzeczenia Izby.

Ponadto każdy skład Izby, wydając rozstrzygnięcie w sprawie konkretnego odwołania nie jest związany innym orzeczeniem sądu czy Krajowej Izby Odwoławczej wydanym w innej sprawie. Zgodnie z zasadą kontradiktoryjności wyrażoną w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp

gromadzenie i przedkładanie materiału dowodowego należy do stron i uczestników postępowania, a nie do organu orzekającego. To strony, pod rygorem negatywnych konsekwencji w wydanym przez Izbę orzeczeniu co do podnoszonych zarzutów, powinny przytoczyć odpowiednie okoliczności faktyczne, mogące być podstawą rozstrzygnięcia.

Na rozprawie odwołujący podniósł iż wykonawca CARBONEX przekazał jednostce badawczej – notyfikującej, Akademii Górniczo -Hutniczą w Krakowie wraz z 28 nożami do badania, także rysunek techniczny noża na którym w pkt 2 wskazał, że przekazane do badania noże posiadają spieki o symbolu B2. Natomiast z informacji jednostki badawczej – zawartej na str 70 oferty przystępującego wynikało, w oparciu o przeprowadzone badania iż spieki noży odpowiadają parametrom spieku oznaczonego jako G15. Tym samym stwierdził, że albo w sprawie nastąpiła niezgodność co do złożonego wraz z ofertą rysunku technicznego i jego opisu z nożami danymi do badania, albo zostały przedstawione inne niż podane na rysunku noże do badania jednostce notyfikującej.

Wobec takiej sytuacji jego zdaniem, zamawiający zaniechał dokonania ustaleń w tym zakresie co w konsekwencji może spowodować iż przedmiot zamówienia będzie niezgodny z SIWZ. Ponadto na rozprawie podniósł zarzut iż jednostka badająca noże – AGH badania te przeprowadziła niestaranie gdyż wydając zamawiającemu pismo – adresowane do Krajowej Izby Odwoławczej, z dnia 26 marca 2013 roku stwierdziła bez przeprowadzenia w tym kierunku jakichkolwiek dodatkowych badań, iż gatunek węgliku spieku noża zaliczony pierwotnie do gatunku G15 może zostać uznany jako B2, a więc zgodny z rysunkiem.

Na tą okoliczność wskazał, że jednostka oceniająca/notyfikująca w swojej opinii na stronie 70 oferty podała, iż zaoferowanym nożom należy przypisać gatunek węgliku spiekanego jako G15, a nie jak zaznaczono na rysunku B2.

Zamawiający odpowiadając na zarzut wskazał tryb przeprowadzania badania, gdzie zgodnie z ustalonym regulaminem badania, jednostka notyfikująca z dostarczonej partii 28 sztuk noży w sposób losowy dokonywała wyboru trzech sztuk i poddawała je badaniom w zakresie składu chemicznego, gęstości oraz twardości stali. Badanie dotyczyło węgliku spiekanego jako elementu tnącego noża. Wskazał, że złożony wraz z nożami rysunek techniczny wykonawcy - przystępującego Carbonex, w swojej pierwotnej wersji nie zawierał określenia rodzaju węgliku. Tym samym w wynikach badania na stronie 70 oferty figuruje, że wynik z badania i porównania z danymi wynikającymi z rysunku technicznego dla trzech noży jest nieokreślony z powodu braku danych w tym zakresie. Wobec braku tych danych jednostka badawcza wystąpiła do tego wykonawcy z wnioskiem o podanie rodzaju węgliku spiekanego noży przesłanych do badania.

W wyniku przeprowadzonego badania przez AGH został określony gatunek węgliku noży jako G15. Wynikało to z faktu, że uzyskane w trakcie badania parametry węgliku w ww. zakresach były najbliższe parametrom węgliku o tym gatunku wynikających z Polskiej Normy

Pn-88 / H-89500. Po uzyskaniu od Przystępującego informacji- w odpowiedzi na wezwanie, iż przekazane do badania noże posiadają węgliki spiekane o gatunku B2 badający w piśmie z 26 marca 2013 r. stwierdził, że brak jest podstaw, aby nie uznać, iż oferowane noże spełniają wymogi dla gatunku węglika B2, gdyż po pierwsze posiadają taką samą gęstość i skład chemiczny, natomiast twardość stali jest wyższa o 100 jednostek niż ta, która wynika z normy dla węglików o deklarowanym gatunku B2 i jest wyższa niż postawione w tym zakresie wymagania w Specyfikacji.

Izba odnosząc się do treści tego zarzutu oraz stanowisk stron w ślad za treścią dokumentu – pisma AGH z dnia 26 marca 2013 roku stwierdza, że węgliki w gatunku G15 i B2 posiadają identyczną gęstość, wyrażoną w g/cm^3 , zbliżoną wytrzymałość na zginanie określoną w MPa, oraz skład chemiczny. Natomiast w odniesieniu do wymaganego przez zamawiającego parametru twardości, wyrażonego w HV, gatunek G15 posiada lepsze właściwości niż gatunek B2. Równocześnie wyniki badań AGH z dnia 30 listopada 2012 r., przedstawione wraz z pismem z dnia 31 stycznia 2013 r. wskazują jednoznacznie, że oferowane przez Konsorcjum noże posiadają węgliki spiekane o gatunku B2, albowiem uzyskane w trakcie pomiarów wartości odpowiadały wymogom bardziej restrykcyjnego gatunku G1.

Powyższe w sposób jednoznaczny przesądza o niezasadności podniesionego przez odwołującego zarzutu w tym zakresie. Podnoszone nieścisłości dotyczące nieponowienia badań przez AGH po o trzymaniu od Carbonex informacji o gatunku zastosowanego w nożach węglika są po pierwsze zarzutem nie podniesionym w odwołaniu, po drugie podstawą odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ może być tylko niezgodność w sensie merytorycznym, a po trzecie nie przedstawiono jakiegokolwiek dowodu na nieprawidłowość przeprowadzonych przez AGH badań.

W zakresie kolejnego zarzutu odwołania dotyczącego niewykluczenia z postępowania wykonawcy konsorcjum Carbonex z powodu nie spełniania przesłanki z art. 22 ust. 1 pkt. 2) w zakresie wiedzy i doświadczenia odwołujący zarzucił, że załączone referencje Konsorcjum Carbonex są wadliwe, ponieważ referencję wystawili sobie sami nawzajem uczestnicy konsorcjum. Natomiast referencje winny być przedstawione od podmiotów trzecich, tj; np; z kopalni.

Stwierdził, że tylko użytkownik noży może potwierdzić wiedzę i doświadczenia w zakresie terminowości dostaw, ich właściwej jakości oraz wszelkich innych parametrów umowy jak dot. gwarancji, rozpatrywania reklamacji, oraz stwierdzeń potwierdzających należyłość wykonywania dostaw.

Tym samym, konsorcjum nie spełniło warunku wiedzy i doświadczenia wymaganego SIWZ i winno być wykluczone.

Do tak postawionego w odwołaniu zarzutu w trakcie rozprawy odwołujący stwierdził, że jego istotą jest to, że wobec faktu uczestniczenia członków przedmiotowego konsorcjum Carbonex również jako członków konsorcjum zajmujących się realizacją dostaw noży w latach 2011 i 2012 wynikających z załączonej referencji, to wartość tamtych dostaw wykonanych w ramach konsorcjum winna zostać nieuznana dla spełnienia warunku w tym postępowaniu.

Tak więc zarzut odwołania dotyczący wadliwej referencji został zamieniony na zarzut niewykazania spełnienia warunku w zakresie wartości zrealizowanych dostaw.

Izba przed merytorycznym odniesieniem się do tego zarzutu wskazuje, że zgodnie z treścią art. 180 ust 3 ustawy Pzp zarzut musi być postawiony wyraźnie, to znaczy wskazywać konkretną czynność zamawiającego mającą zdaniem odwołującego naruszać przepis prawa i określić sposób jego naruszenia, gdyż po upływie terminu na wniesienie odwołania nie jest dopuszczalne zarówno formułowanie jak i ani doprecyzowywać treści zarzutów odwołania.

Zważyć należy, że samo powołanie przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych, który miałby naruszyć zamawiający, nie tworzy zarzutu. Zarzut stanowi bowiem wskazanie czynności bądź zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp) oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa.

Istotne jest aby zarzut został w pełni sprecyzowany w odwołaniu, gdyż umożliwia to zarówno zamawiającemu jak i potencjalnym uczestnikom postępowania, odniesienie się do kwestionowanych przez odwołującego czynności zamawiającego, tym samym wskazanie konkretnych uchybień określa ramy postępowania odwoławczego.

Za niedopuszczalne należy uznać wskazywanie na rozprawie zarzutów mających oparcie tylko w przywołanej podstawie prawnej bez kwestionowania konkretnej czynności zamawiającego opisanej w odwołaniu.

W przedmiotowej sytuacji podnoszone nowe okoliczności - pomimo iż mieszczą się w wskazanej w odwołaniu podstawie prawnej, winny być traktowane jako nowy zarzut, który jak spóźniony nie może być podstawą orzekania i wyrokowania przez Izbę.

Tym samym ocenie Izby podlega zarzut zawarty w odwołaniu dotyczący niewykluczenia konsorcjum Carbonex z powodu niewykazania spełniania warunku udziału z art. 22 ust. 1 pkt. 2) w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający w tym zakresie podniósł na rozprawie, że na zadanie/część zamówienia numer siedem, postawiono w SIWZ wymóg, aby wartość dostaw, którymi winien legitymować się wykonawca była nie mniejsza niż 220 tysięcy złotych.

Carbonex przedstawił oświadczenie i referencje o wykonanych dostawach na kwotę ponad 8 ml złotych. Nadto podniósł, że zarzut podniesiony w odwołaniu jest niezasadny,

gdyż w okresie o którym mowa w wykazie i referencjach, członkowie Konsorcjum nie występowali w ramach Konsorcjum, działali wówczas odrębnie jako samodzielne podmioty, które łączyła umowa sprzedaży noży kombajnowych, zbywanych przez członka Konsorcjum na rzecz jego pełnomocnika.

Stąd brak jest podstaw do uznania, iż nie mogą one potwierdzać doświadczenia w zakresie dostaw noży kombajnowych. Ponadto zarzucił odwołującemu iż w żaden sposób nie tylko nie udowodnił, ale nawet nie uprawdopodobnił jego zasadności.

Ponadto stwierdził, że zamawiający nie postawił w SIWZ wymogu wykazania się dostawą bezpośrednio dla kopalni węgla.

Odnosząc się do tego zarzutu Izba wskazuje za wyrokiem KIO 961/11 iż dokumenty przedstawiane na potwierdzenie należytego wykonania określonych prac nie muszą potwierdzać wszystkich okoliczności związanych z wykazywanym zrealizowanym zamówieniem, także w kontekście określanego przez zamawiającego warunku. Wystarczy jeśli dokument przedłożony na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia potwierdza tę okoliczność.

Referencja załączona przez Odwołującego do „Wykazu usług” nie musi wskazywać dokładnego zakresu, dat, wartości zamówienia, ale musi potwierdzać, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie

Zauważyć należy, że odwołujący sformułował zarzut nie wykazania przez konsorcjum Carbonex spełniania warunku udziału w postępowaniu (art. 22 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp) natomiast w rzeczywistości zarzucił zamawiającemu uznanie niewłaściwej referencji złożonej przez Carbonex, a więc dokumentu mającego potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu (art. 26 ust.2 ustawy Pzp).

Izba stwierdza, że badanie doświadczenia na podstawie składanych referencji jest nieuprawnione i zwraca uwagę, iż wbrew twierdzeniom odwołującego, referencje nie służą potwierdzaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, bowiem to potwierdza sam wykonawca w składanym oświadczeniu (wykazie), zaś referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie, że usługi zostały właściwie zrealizowane (wyrok KIO z dnia 7 września 2009 r. KIO/UZP 1092/09, wyrok KIO z dnia 20 października 2010 r. KIO 2187/10; KIO 700/11 itd.).

Referencje to oświadczenie wiedzy podmiotu posiadającego w dyspozycji informacje z zakresu objętego ich przedmiotem, może je zatem wystawić każdy, kto ma wystarczający zasób wiedzy pozwalający uznać o należytej jakości wykonanych robót czy dostaw.

Tym samym nie podzielono argumentacji i wniosku zaprezentowanego w odwołaniu w powyższym zakresie.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust.1 ustawy Pzp dotyczącego naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, odwołujący zarzucił iż zamawiający za dużo mniejsze niedociągnięcia w ofertach odwołującego, składane na inne 5 części zamówienia, oferty te odrzucił, a natomiast pominął istotne elementy niezgodności, zarówno co do treści oferty jak i spełniania warunków podmiotowych w wybranej ofercie.

Zamawiający replikując podniósł iż wszystkich wykonawców składających oferty traktował jednakowo, wyboru najkorzystniejszych ofert dokonał stosując przepisy ustawy Pzp oraz postanowienia SIWZ, natomiast zarzut ten odwołujący nie poparł żadnym dowodem w sprawie.

Izba odnosząc się do tego zarzutu wskazuje, że art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zasadzie nie może stanowić samoistnej podstawy zarzutów odwołania, a zawsze winien odnosić się do konkretnego/szczegółowego przepisu ustawy Pzp, dotyczącego konkretnej czynności lub zaniechania czynności przez zamawiającego do której był na podstawie tego szczególnego przepisu ustawy zobowiązany.

Nierówne traktowanie wykonawców przejawia się przede wszystkim w odmiennej ocenie tych samych faktów, czy wyciąganie różnych następstw z takich samych okoliczności. Izba nie stwierdziła aby w przedmiotowym postępowaniu taka sytuacja zaistniała.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, a w szczególności treść sformułowanych zarzutów oraz brak przedstawienia jakichkolwiek dowodów na ich potwierdzenie, Izba orzekła jak w sentencji.

Uwzględniając procesową (art. 190 ust. 1 Pzp), jak i materialną zasadę ciężaru dowodu (art. 6 k.c.) spoczywającego na podmiocie, który z danych okoliczności wywodzi skutki prawne - *ten przeprowadza dowód, kto twierdzi, nie ten kto przeczy*, Izba wskazuje, iż odwołujący żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń które miałyby wykazać zasadność podniesionych zarzutów nie przedstawił.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 – miało miejsce w analizowanej sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 zasądziła zamawiającemu zwrot kosztów dojazdu pełnomocników na posiedzenia Krajowej Izby odwoławczej tylko za jedno posiedzenie, gdyż tylko w tym zakresie do faktury zostały załączone kopie rachunków/ dokumentów stwierdzających wysokość poniesionych kosztów.

Przewodniczący