

Sygn. akt: KIO 2900/13

## WYROK

z dnia 9 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Katarzyna Brzeska

**Protokolant:** Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FUO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Pimago Sp. z o.o. z siedzibą w Wrocławiu, Teleoptics Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Matic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Kujawsko-Pomorską Sieć Informacyjną Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu,**

przy udziale wykonawcy **Sprint S. A. z siedzibą w Olsztynie, Oddział w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FUO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Pimago Sp. z o.o. z siedzibą w Wrocławiu, Teleoptics Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Matic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i:
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FUO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Pimago Sp. z o.o. z siedzibą w Wrocławiu, Teleoptics Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Matic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2) zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FUO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Pimago Sp. z o.o. z siedzibą w Wrocławiu, Teleoptics Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Matic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Kujawsko-Pomorskiej Sieci Informacyjnej Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu,** stanowiącą 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 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 **Toruniu**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Kujawsko-Pomorska Sieć Informacyjna Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Budowę szerokopasmowej infrastruktury radiowej sieci dostępowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą dla województwa kujawsko-pomorskiego*”.

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

Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FUO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Pimago Sp. z o.o. z siedzibą w Wrocławiu, Teleoptics Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Matic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwani dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 16 grudnia 2013 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność odrzucenia oferty Odwołującego oraz jego wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez bezzasadne wykluczenie Odwołującego;
- 2) art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezprawne i bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego;
- 3) art 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- 2) unieważnienie czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Sprint SA w Olsztynie,
- 3) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

4) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego; 51 wybór oferty Odwołującego - jako jedynej oferty nie podlegającej odrzuceniu;

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko, wskazał m. in. na następujące okoliczności:

1) Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego:

Jak wskazał Odwołujący w dniu 6 grudnia 2013 r. Zamawiający zawiadomił go m.in. o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jako podstawę faktyczną odrzucenia wskazał niewykazanie przez Odwołującego dostatecznych dowodów na dysponowanie zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia. W jego ocenie Odwołujący poinformował Zamawiającego, że w zasobach konsorcjum znajduje się wszelkie niezbędne do realizacji zadania doświadczenie w postaci posiadanych przez konsorcjum referencji, które to spełnia wszelkie wymagania Zamawiającego. Niezależnie od powyższego Odwołujący był przygotowany na każdą ewentualność i posiadał z każdą osobą wymienioną w załączniku numer 5 - wykaz osób, stosowne porozumienie oraz oświadczenie tej osoby do uczestniczenia w projekcie Budowa szerokopasmowej infrastruktury radiowej sieci dostępowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą dla województwa kujawsko-pomorskiego wraz z pełnym opisem jej kwalifikacji oraz projektów w jakiej brała udział.

2) Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezprawne i bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego:

a) Siłownia telekomunikacyjna:

W ocenie Odwołującego Zamawiający otrzymał w toku uzupełnień kompletną dokumentację dotyczącą zaoferowanych siłowni telekomunikacyjnych firmy Merawex. Jednoznacznie z tej dokumentacji wynikało, że siłownia zgodnie z opisem w dokumentacji techniczno-ruchowej dla siłowni SI48-48. Zamawiający otrzymał jej kopię na etapie uzupełnień i wyjaśnień! zawartej na stronie 4 rys. 1 Dopuszczalne obciążenie siłowni w funkcji temperatury otoczenia, z której jednoznacznie wynika fakt pracy oferowanej siłowni w temperaturze wyższej niż 70 stopni. Ponadto Odwołujący w toku uzupełnień załączył oświadczenie dystrybutora siłowni Merawex, spółki Netpioneer w zakresie temperatury pracy oferowanej siłowni, która potwierdziła jej pracę w zakresie pracy od -40 do + 75 stopni.

b) Szafa telekomunikacyjna:

Zamawiający w toku uzupełnień, wezwał Odwołującego do przedstawienia kart katalogowych wymaganych w załączniku nr 9 do SIWZ, w tym również do dostarczenia Zamawiającemu karty katalogowej oferowanej szafy telekomunikacyjnej. Odwołujący wystąpił do producenta oferowanych szaf telekomunikacyjnych o przesłanie karty katalogowej zaofertowanej szafy, spółki Netpioneer. Odwołujący otrzymał informację zwrotną w postaci karty katalogowej wraz z oświadczeniem producenta owej szafy, spółki Netpioneer o zgodności jej produktu z wymaganiami Zamawiającego. W ocenie Odwołującego, Zamawiający otrzymał wszelkie możliwe dane, w tym także oświadczenie samego producenta o spełnieniu jego wyrobu SIWZ, według Odwołującego Zamawiający pominął fakt posiadania oświadczenia producenta szaf telekomunikacyjnych i dokonał weryfikacji zapisów karty katalogowej, z której to nie wynikało dokładnie słowo w słowo spełnianie przez oferowany produkt specyfikacji. Kuriozalne według Odwołującego jest stwierdzenie Zamawiającego, że oferowana szafa telekomunikacyjna jest niezgodna z SIWZ, ponieważ nie posiada zawartych w karcie katalogowej wszelkich informacji wymaganych w dokumentacji przetargowej. W ocenie Odwołującego sytuacja do jakiej dążył Zamawiający to zmuszenie Odwołującego i jego oferentów do „produkowania” kart katalogowych pod konkretne postępowanie. Zatem według Odwołującego Zamawiający w sposób niewłaściwy stosując zapisy własnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia doprowadził do odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania, twierdząc, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Ponadto w ocenie Odwołującego szczególnego podkreślenia wymaga to, że Zamawiający posiadając wiedzę o niespełnianiu ofert firm Sprint SA oraz Solidex SA uznał je za zgodne z SIWZ. Zupełnie niezrozumiałe jest dlaczego uznał, że urządzenia Odwołującego posiadające niepełne informacje w kartach katalogowych nie spełniają wymagań, a urządzenia konkurencyjnych wykonawców już nie. Zamawiający winien dołożyć takiej samej staranności jakiej dołożył względem Odwołującego w stosunku do ofert spółek Sprint SA oraz Solidex SA.

W dniu 6 grudnia 2013 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Sprint S. A. z siedzibą w Olsztynie, Oddział w Warszawie oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Powyższa czynność Zamawiającego stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FUO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Pimago Sp. z o.o. z siedzibą w Wrocławiu, Teleoptics Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Matic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Sprint S. A. z siedzibą w Olsztynie, Oddział w Warszawie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FUO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Pimago Sp. z o.o. z siedzibą w Wrocławiu, Teleoptics Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Matic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie 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 ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 18 grudnia 2013 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 20 grudnia 2013 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Sprint S. A. z siedzibą w Olsztynie, Oddział w Warszawie.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Sprint S. A. z siedzibą w Olsztynie, Oddział w Warszawie (zwanego dalej: „Przystępującym”).

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i 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.

Przedmiotem zamówienia publicznego jest *„Budowę szerokopasmowej infrastruktury radiowej sieci dostępowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą dla województwa kujawsko-pomorskiego”*.

Zarzut Odwołującego postawiony Zamawiającemu w przedmiocie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp - z uwagi na wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz niewykazania, iż wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia, a także niewykazanie, czy stosunek łączący wykonawcę z podmiotami trzecimi gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów - jest niezasadny.

W toku badania złożonej oferty Zamawiający stwierdził, że przedłożone w ofercie oświadczenia o oddaniu do dyspozycji niezbędnych zasobów pochodzące od firm Netpioneer Sp. z o.o., Eurocoles, Sp. z o.o., ELTEL Networks S.A. są niewystarczające, bowiem nie wynika z nich, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz nie wiadomym było, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów.

Zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów zgodnie z postanowieniami SIWZ, wezwał do uzupełnienia dokumentów dotyczących w szczególności: a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Potwierdzone zostało, że wykonawca nie przedstawił żadnych dokumentów, które potwierdzałyby, iż wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz, że wykonawcę z ww. podmiotami łączy stosunek gwarantujący rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Wykonawca zamiast wymaganych dokumentów przedstawił wyjaśnienia. Co więcej, wyjaśnienia te w opinii Zamawiającego w żaden sposób nie dowodzą gwarancji rzeczywistego dostępu wykonawcy do określonych zasobów na etapie realizacji zamówienia. Jak wskazał Zamawiający wyjaśnienia wykonawcy odnosiły się do podmiotów trzecich zbiorczo, nie odnosząc się do konkretnych firm, nie zostały zindywidualizowane. Zamawiający żądał od wykonawcy uzupełnienia dokumentów, które potwierdziłyby rzeczywistość dostępu określonego zasobu do każdego z tych podmiotów trzecich, jednak dokumentów tych nie otrzymał, a udzielone wyjaśnienia były niewystarczające. Wykonawca nie przedstawił żadnych dokumentów na udowodnienie powyższej kwestii, do czego Zamawiający wzywał.

Jak zauważył Zamawiający w zakresie wyjaśnienia sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia również nie przedstawiono żadnych dokumentów, a jedynie oświadczenie, iż będzie to udział osób w pracach koordynacyjnych oraz procesach decyzyjnych związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, quasi szkolenia, porady. Przy tak skomplikowanym przedmiocie zamówienia – jak wskazywał Zamawiający - taki sposób wykorzystania potencjału podmiotów trzecich będzie dla niego niewystarczający. W opinii Zamawiającego, zwłaszcza przy robotach budowlanych, niezbędny jest udział podmiotu trzeciego w realizacji części zamówienia, jednak wykonawca ani w ofercie, ani w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, nie przedstawił dokumentu wskazującego na udział Netpioneer Sp. z o.o., Eurocoles Sp. z o.o., ELTEL Networks S.A. w realizacji części zamówienia. Dodatkowo, w przypadku podmiotu trzeciego Asseco Poland SA nie wykazano, w jakim zakresie udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia będzie miał miejsce. Zatem kwestia charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem trzecim, nie została wyjaśniona, nie poparta żadnymi dokumentami, złożenia których domagał się Zamawiający. Na podstawie uzyskanych informacji Zamawiający nie był w stanie stwierdzić jakie stosunki będą łączyć wykonawcę z podmiotami trzecimi, które użyczają swoich zasobów.

Odwołujący nie zakwestionował również samego wezwania do uzupełnienia dokumentów. Nie wniósł – w odpowiednim terminie – odwołania na czynność wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów.

Ponadto Odwołujący nie wykazał się również dysponowaniem osobami niezbędnymi do wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający wymagał wykazaniem się dysponowania min. osobą: Kierownika Zespołu Projektowego i Budowy - posiadającym wykształcenie wyższe, posiadającym aktualne uprawnienia budowlane do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej w zakresie telekomunikacji przewodowej i radiowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, posiadającym udokumentowane co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe oraz posiadającym aktualną przynależność do właściwej izby samorządu zawodowego, jeżeli przepisy tego wymagają - 1 osoba.

W załączniku nr 5 do SIWZ Zamawiający wymagał wskazania konkretnej osoby, a także opisu kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnego do wykonania zamówienia. Dla sprawdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu jakie Zamawiający stawiał konkretnym osobom, doświadczenie powinno być należycie opisane, tak by Zamawiający mógł jednoznacznie stwierdzić, iż konkretna osoba posiada wymagane



przez niego doświadczenie, uprawnienia czy wykształcenie. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wykonawca nie przedstawił w wykazie osób informacji, które pozwalałyby na jednoznaczne stwierdzenie, iż osoby te spełniają warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał wykazaniem się dysponowania min. osobą: t.j. Kierownika Zespołu Projektowego i Budowy - posiadającym wykształcenie wyższe, posiadającym aktualne uprawnienia budowlane do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej w zakresie telekomunikacji przewodowej i radiowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, posiadającym udokumentowane co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe oraz posiadającym aktualną przynależność do właściwej izby samorządu zawodowego, jeżeli przepisy tego wymagają - 1 osoba.

W ofercie Odwołującego na potwierdzenie powyższego warunku wskazano dysponowanie osobą wskazaną w poz. 2. Odwołujący nie przedstawił opisu udokumentowanego 5-letniego doświadczenia. Wskazano bowiem, iż „w latach 2007-2013 brał udział w projektach: powiat Lubaczowski (Wimax), Powiat Tomaszowski (Wimax), KUL (WiFi), Miasto radom (LTE), Netia (Wimax), Play (3G), AERO (LTE)”. Z opisu tego nie wynika, iż praca w latach 2009-2013 miała charakter nieprzerwany i w sposób jednoznaczny stwierdzić iż osoba ta posiada pięcioletnie doświadczenie. Samo stwierdzenie, iż osoba ta posiada żądane doświadczenie jest niedopuszczalne. Wykonawca nie wykazał, iż doświadczenie tych osób było 5 letnie, a jedynie wskazywał że była to praca w projektach w latach 2009-2013. Jak wskazał Zamawiający z dokumentów nie wynikają konkretne czasookresy każdego ze wskazanych projektów, nie wynika, także że dana osoba brała w danym projekcie od początku do końca, wobec powyższego wykonawca nie wykazał się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu dysponowania osobami o konkretnym doświadczeniu.

Zarzut Odwołującego postawiony Zamawiającemu w przedmiocie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - z uwagi na zaoferowanie produktu nie spełniającego wymagań co do temperatury otoczenia - wobec przedstawionej argumentacji - należy uznać za niezasadny.

Zamawiający określił temperaturę pracy siłowni w zakresie od - 40 do +75 °C. Wykonawca zaś przedstawił kartę katalogową siłowni, dla której temperatura otoczenia w czasie pracy wynosi od -33 do +70°C. Zatem zaoferowany produkt nie spełnia postawionego warunku co do temperatury otoczenia. Wykonawca nie kwestionował również tego wymogu.

Należy zgodzić się z Zamawiającym, że samo oświadczenie dystrybutora (firma Netpioneer Sp. z o.o.) oferowanych urządzeń, iż dopuszczalny jest szerszy zakres pracy mieszczący się w przedziale od 40 °C do +75 °C, nie powoduje spełnienia warunku technicznego.

Podobnie zarzut Odwołującego w przedmiocie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - z uwagi na zaoferowanie produktu nie spełniającego wymagań dotyczących szaf telekomunikacyjnych również należy uznać za niezasadny. W tym przypadku również bezspornym były wymagania Zamawiającego w tym zakresie.

Zgodnie z wymaganiami technicznymi dla szaf telekomunikacyjnych określonymi w SIWZ, szafy powinny być wyposażone w pasywny system wymiany powietrza (ściany dwupłaszczkowe wyposażone w otwory umożliwiające wydmuchanie ciepłego powietrza i zaciąganie świeżego powietrza z zewnątrz) lub w klimatyzator. Według wymagań Zamawiającego komora na elementy pasywne powinna być wyposażona w komorę kablową z hermetycznymi przepustami kablowymi doziemnymi wraz z uchwytami kabli. Z załączonej przez wykonawcę karty katalogowej nie wynikało, aby szafa była wyposażona w hermetyczne przepusty kablowe, nie wspomniano o uchwytach na kable. Ponadto z karty katalogowej nie wynikało, również iż ściany szafy są dwu płaszczkowe, a Zamawiający tego wymagał, gdy wykonawca zaoferuje pasywny system wymiany powietrza tj. wentylator. Zatem należy zgodzić się z Zamawiającym, iż wykonawca zaoferował szafy niezgodne z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SIWZ.

Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp z uwagi na zaoferowanie produktu nie spełniającego wymagań Zamawiającego w zakresie wieży strunobetonowej, w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że stanowisko Zamawiającego było niewłaściwe i błędne. W odwołaniu twierdził, że na poparcie swojego stanowiska składa stosowne dowody, dowodów takich jednak nie złożył. Nie stawiając się na rozprawę nie bronił swojego stanowiska procesowego.

Jak niejednokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreślano 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).

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 zaoferowane dyski NL SAS, nie są – wymaganymi przez Zamawiającego – dyskami SATA, 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 kontrydiktoryjności, 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 ).

Co do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp z uwagi na podstawę dysponowania osobami (umowa cywilnoprawna) Izba zwróciła uwagę, iż w uzasadnieniu rozstrzygnięcia Zamawiający wskazał jedynie na jego wątpliwości w niniejszej materii, zatem w ocenie Izby trudno stwierdzić, aby powyższe stanowiło również bezpośredni zarzut nakierowany na ofertę Odwołującego, jednak niezależnie od powyższego w ocenie Izby niepotwierdzenie się zarzutów Odwołującego wskazanych powyżej skutkuje odrzuceniem oferty Odwołującego i uwzględnienie omawianego zarzutu nie miałyby wpływu na wynik przedmiotowego postępowania.

Co do uchybień skierowanych przeciwko ofertom innych wykonawców Izba uznała, że zarzuty w tym zakresie przez Odwołującego nie zostały sformułowane, a zatem nie mogą być przedmiotem rozpoznania w świetle przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Izba rozpoznała zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż wyłącznie w tym zakresie - Odwołujący w odwołaniu z dnia 16 grudnia 2013 r. – postawił niniejsze zarzuty. Na powyższe wskazuje kwalifikacja prawna podniesiona w odwołaniu, wnioski odwołania oraz uzasadnienie faktyczne tego odwołania.

Konkludując Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione przez Odwołującego nie znajdują uzasadnienia w przedstawionym Izbie materiale dowodowym i biorąc pod rozwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia przedmiotowego odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

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), w tym także co do uzasadnionych kosztów Zamawiającego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie § 3 pkt 2 b) niniejszego rozporządzenia.

**Przewodniczący:** .....