

Sygn. akt: KIO 2231/12

**WYROK**

**z dnia 31 października 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 października 2012 r. przez wykonawcę **Dell sp. z o.o. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie**

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

przy udziale wykonawcy **Intaris sp. z o.o. w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Dell sp. z o.o. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Dell sp. z o.o. w Warszawie** 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 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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „zakup dwóch sztuk macierzy klasy enterprise wraz z 3 letnią usługą serwisową od 1.1.2013 r.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 października 2012 r., nr 2012/S 192-315788.

Wobec czynności zamawiającego, polegającej na dokonaniu opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, wobec czynności opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wyznaczenia terminu realizacji zamówienia, wobec czynności wyznaczenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca Dell sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł w dniu 15 października 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji, w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów ustawy,
- 2) art. 22 ust. 4 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia,
- 3) przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tj. poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia,
- 4) art. 49 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wyznaczenie krótszego terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mimo, że nie zachodzi pilna potrzeba udzielenie zamówienia,
- 5) innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany postanowień ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, ewentualnie o unieważnienie przedmiotowego postępowania.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że zgodnie z sekcją III.2.1 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wymagał od wykonawców dostarczenia 2 sztuk macierzy klasy enterprise każda o pojemności co najmniej 150 TB. Jednakże żądanie przez zamawiającego co do pojemności każdej z dostarczonej macierzy jest nadmierne, bowiem dla profesjonalnego wykonawcy nie ma znaczenia jakiej pojemności macierze dostarcza. Jest to warunek, który eliminuje z kręgu tych wykonawców, którzy mogą rzetelnie i należyście wykonać zamówienie. Opis tych wymagań stanowi także naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a biorąc pod uwagę nieprawidłowo zastosowaną przez zamawiającego przyspieszoną procedurę ograniczoną krąg wykonawców mogących zrealizować zamówienie jest znacznie ograniczony. Bezpodstawnie preferowani są wykonawcy, którzy dostarczają macierze o konkretnej pojemności podczas, gdy każdorazowo jest ona dostosowywana do potrzeb konkretnego zamawiającego. Dodatkowo pojemność macierzy stanowi kryterium wyboru ograniczonej liczby kandydatów, którzy zostaną zaproszeni do złożenia oferty. Zamawiający ograniczył tę listę do 5 wykonawców. Jest to niezasadne ograniczenie, które eliminuje z postępowania doświadczonych wykonawców z branży informatycznej, w tym odwołującego, który specjalizuje się w dostarczaniu macierzy. Zwracał również uwagę, że przedmiotem zamówienia są także 3 letnie usługi serwisowe, mimo to zamawiający nie sformułował warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie. Jeżeli zamawiający chce udzielić zamówienia rzetelnemu wykonawcy winien nie tylko wymagać potwierdzenia dostarczenia macierzy dyskowych, ale również żądać od wykonawców potwierdzenia wykonania usług serwisowych. Wówczas wiedza i doświadczenie wykonawcy byłyby kompletne.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji ogłoszenia w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia w następujący sposób: o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dostarczyli 2 sztuki macierzy o pojemności min. 20TB oraz o modyfikację kryterium wyboru ograniczonej liczby kandydatów, ewentualnie o unieważnienie przedmiotowego zamówienia.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy Pzp odwołujący wywiódł, że opis przedmiotu zamówienia stanowi także termin realizacji zamówienia. Zgodnie z sekcją II.3) ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wskazał, że termin realizacji zamówienia wynosi 20 dni od udzielenia zamówienia. Wyznaczenie tak krótkiego czasu na realizację zamówienia spełniającego wszystkie wymagania zamawiającego ograniczy konkurencję i preferuje w sposób nieuprawniony wykonawców, którzy dysponują macierzami, o parametrach wymaganych przez zamawiającego. Stworzenie przez zamawiającego warunków dających przewagę konkurencyjną jednemu lub grupie określonych podmiotów (w tym określenie warunków udziału w postępowaniu, bezpodstawnie

zastosowanie przyśpieszonej procedury ograniczonej, wyznaczenie krótkiego terminu realizacji zamówienia) jest nie do pogodzenia z zasadami prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji ogłoszenia w zakresie terminu realizacji zamówienia poprzez wydłużenie go do 45 dni od udzielenia zamówienia, ewentualnie o unieważnienie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 49 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący podniósł, iż uzasadnienie wyboru procedury przyśpieszonej wskazane w sekcji IV. 1.1) jest niezasadne i wskazuje, że nie ma potrzeby pilnego udzielenia zamówienia. Skrócenie terminu składania wniosków włącznie z innymi kwestionowanymi w odwołaniu wymaganiami zamawiającego daje przewagę konkurencyjną jednemu lub grupie określonych podmiotów, które mogą zrealizować zamówienie. Wywodził, że zamawiający od dłuższego czasu przewidywał konieczność przeprowadzenia postępowania związanego z powiększeniem przestrzeni dyskowej. Przez okres około pół roku prowadził rozmowy z zewnętrznymi firmami (przy czym odwołujący - jako jeden z czołowych dostawców macierzy w Polsce - nie został zaproszony na owe spotkania), mając świadomość stałego gromadzenia danych i ich przyrostu. Dodatkowo zamawiający nie udowodnił, że nie ze własnej winy znalazł się w takiej sytuacji. Podkreślał, że oprócz dostawy macierzy przedmiotem zamówienia jest także 3 letnia usługa serwisowa od 1.1.2013r., a wobec tej części zamówienia nie zachodzą przesłanki dotyczące pilnego udzielenia zamówienia. Stan „pilnej potrzeby” to taka sytuacja, w której stosowanie zwykłych terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu mogłoby prowadzić do powstania nieodwracalnych, ujemnych skutków finansowych dla zamawiającego, bądź sytuacja, w której względy społeczne lub organizacyjne decydują o konieczności skrócenia terminu składania wniosków. By skorzystać z uprawnienia przewidzianego w art. 49 ust. 3 ustawy Pzp musi zaistnieć sytuacja wyjątkowa niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć. W przedmiotowej sprawie nie zachodzą ww. okoliczności. Wskazywał, że przedmiotowe zamówienie ma specjalistyczny charakter, a zaoferowane macierze produkowane są na potrzeby konkretnego zamówienia. Zastosowanie przyśpieszonej procedury daje zatem przewagę tym wykonawcom, którzy odbyli spotkania z zamawiającym i posiadali wiedzę o planowanej wymianie macierzy dyskowych przed wszczęciem postępowania. Sam zamawiający w treści ogłoszenia wskazuje, że to właśnie spotkania z firmami zewnętrznymi zaowocowały wypracowaniem rozwiązania w postaci wymiany użytkowanych obecnie, starych, w części dzierżawionych, 17 macierzy dyskowych na 2 macierze klasy enterprises wraz z obsługą serwisową. Zamawiający zaniechał także publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego o przedmiotowym zamówieniu czym uniemożliwił odwołującemu powzięcie

informacji, że zamawiający zamierza dokonać zmiany macierzy dyskowych, podczas gdy inni wykonawcy posiadali taką wiedzę z odbytych spotkań z zamawiającym. Wobec powyższego zastosowanie przyspieszonej procedury narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, gdyż de facto eliminuje z postępowania tych wykonawców, którzy nie znali planów zamawiającego związanych z wymianą macierzy dyskowych. Do grona tych wykonawców zalicza się między innymi odwołujący.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu przedłużenia terminu składania wniosków udziału w postępowaniu zgodnie z terminami wskazanymi w art. 49 ust. 2 ustawy Pzp, ewentualnie o unieważnienie przedmiotowego zamówienia.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu, odwołanie, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron a także uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, 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 ograniczonego 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 Pzp. Na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, określenie w ogłoszeniu o zamówieniu opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, wyznaczenie zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia, wyznaczenie krótszego terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu może utrudnić lub uniemożliwić wykonawcy złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wyczerpuje to materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania wynikającą z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania stwierdziła, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

**1. Zarzut naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia**

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 października 2012 r., nr 2012/S 192-315788.

Stosownie do postanowienia sekcji II.1.5 ogłoszenia o zamówieniu zatytułowanej „krótki opis zamówienia lub zakupu” przedmiotem zamówienia jest dostawa 2 szt. macierzy klasy enterprise, każda o pojemności min. 400 TB, każda z możliwością rozbudowy o dodatkowe 150% wraz z 3 letnią usługą serwisową dla obu dostarczonych macierzy.

Zamawiający stosownie do art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamieścił w ogłoszeniu o zamówieniu opis, w jaki sposób zamierza dokonać oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jakie musi posiadać wykonawca aby ubiegać się o udzielenie zamówienia. Stosownie do postanowienia sekcji III.2.1 ogłoszenia, o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie tj. zrealizowali, a w przypadku świadczeń ciągłych lub okresowych również realizują dostawy w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, dostarczyli 2 sztuki macierzy klasy enterprise każda o pojemności co najmniej 150 TB.

Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut nie potwierdził się w zebranych w sprawie materiale dowodowym.

Stosownie do art. 22 ust. 4 ustawy Pzp *Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.* Przywołany przepis nakazuje zamawiającemu dokonywać takiego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu który jest związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny. Odwołujący zarzucił dokonanejmu opisowi brak proporcjonalności do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności koniecznym było zatem porównanie przez Izbę przedmiotu zamówienia do sformułowanego warunku udziału w postępowaniu.

Izba stwierdziła, że przedmiotem zamówienia była dostawa 2 szt. macierzy klasy enterprise, każda o pojemności min. 400 TB, każda z możliwością rozbudowy o dodatkowe 150% wraz z usługą serwisową. Natomiast w myśl opisanego warunku udziału w postępowaniu wykonawcy mieli wykazać doświadczenie w dostawie 2 sztuk macierzy klasy enterprise każda o pojemności co najmniej 150 TB.

Porównanie opisu przedmiotu zamówienia i opisanego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia prowadziło do wniosku, iż zamawiający za dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia uznał wykonawcę, który posiada doświadczenie w dostawie macierzy klasy enterprise o pojemności na poziomie 40 % macierzy zamawianej i to bez uwzględnienia możliwości rozbudowy pojemności o dalsze 150 %.

Odwołujący natomiast domagał się modyfikacji warunku w ten sposób, że o udzielenie zamówienia mogliby się ubiegać wykonawcy posiadający doświadczenie w dostawie 2 szt. macierzy dyskowych każda o pojemności 20 TB. Tak sformułowane żądanie zmierzało zatem po pierwsze do ograniczenia wymaganego doświadczenia do wykonania dostaw macierzy o pojemności 5% macierzy zamawianych, a po drugie – do dopuszczenia w wykazaniu się doświadczeniem w dostawie wszelkich rodzajów macierzy, a nie tylko macierzy „klasy enterprise”, objętych przedmiotem zamówienia.

Izba stwierdziła, że odwołujący nie sprostął spoczywającemu na nim obowiązku wykazania iż dokonany przez zamawiającego opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. 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 zaniechania 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). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

Izba stwierdziła, że nie został przeprowadzony żaden dowód pozwalający na ustalenie, iż niczym nie różni się doświadczenie wykonawcy w dostawie macierzy dyskowej klasy enterprise o pojemności 150 TB od doświadczenia w dostawie macierzy „zwykłej” o pojemności 20 TB. Odwołujący nie wykazał podnoszonej przez siebie w trakcie rozprawy okoliczności, iż w Polsce na przestrzeni ostatniego roku miały miejsce 1-2 dostawy macierzy o żądanej pojemności. Zamawiający zaprzeczył tej okoliczności, zaś przystępujący AGN oświadczył, że on sam, nie będąc producentem macierzy, w okresie ostatnich 3 lat wykonał 6 analogicznych dostaw, zaś w Polsce miała miejsce realizacja co najmniej dalszych 25 macierzy dyskowych tego typu. W tej sytuacji, skoro z faktu znikomego poziomu dostaw analogicznego przedmiotu zamówienia wywodził zarzut nieproporcjonalności dokonanego opisu, odwołujący powinien udowodnić ten fakt, czego nie uczynił.

Odwołujący nie wykazał również tego, iż jest – jak twierdził w odwołaniu - podmiotem, który specjalizuje się w dostarczaniu macierzy dyskowych. Wykonawca ten nie przedstawił danych, które pozwoliłyby Izbie zweryfikowanie tej okoliczności poprzez przedstawienie przykładowo orientacyjnych statystyk sprzedaży na tle innych producentów lub wykazanie tej okoliczności każdym innym środkiem dowodowym wynikającym z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosnie zaś drugiego elementu warunku, którego usunięcia domagał się odwołujący, tj. doświadczenia w dostawie macierzy „klasy enterprise” Izba stwierdziła, że w tym zakresie w odwołaniu w ogóle zabrakło uzasadnienia faktycznego. Nie wiadomo zatem dlaczego – zdaniem odwołującego - ta przesłanka miałaby być nieproporcjonalna do przedmiotu zamówienia. Strony i uczestnicy postępowania w trakcie rozprawy nie zgodziły się co do wspólnej definicji tego pojęcia, ale ewidentnie identyfikowały je z urządzeniami z najwyższego segmentu. Natomiast odwołujący przyznał w trakcie rozprawy, że z jego doświadczenia wynika, iż zamawiający zamawiał do tej pory wyłącznie urządzenia wysokospecjalistyczne, z tzw. „najwyższej półki”, które „muszą być poddane wysokim rygorom i wymaganiom jakościowym co łączyć się będzie z koniecznością ich uprzedniego przetestowania przez odwołującego”. Skoro zatem dostawa urządzeń z najwyższej półki łączyć się może po stronie wykonawcy z ponadstandardowymi rygorami w zakresie ich testowania przed dostarczeniem, to uzasadnionym może być oczekiwanie zamawiającego, iż za zdolnego do należytego wykonania zamówienia zostanie uznany tylko taki wykonawca, który wykonał już co najmniej jedną dostawę nie jakiegokolwiek macierzy dyskowej, lecz urządzenia analogicznej klasy.

Reasumując, wobec braku dowodu przeciwnego, dokonany przez zamawiającego opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia Izba uznała za proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Izba na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp postanowiła oddalić wniosek zamawiającego o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania strony - pana R.....



Ł.....o na okoliczność czy odwołujący jest obecnie w stanie spełnić pierwotny warunek udziału w postępowaniu tj. posiadanie doświadczenia w dostawie 2 macierzy klasy enterprise o pojemności 150 TB, gdyż wniosek taki był niedopuszczalny. Izba stwierdziła, iż pan R..... Ł..... nie był członkiem zarządu odwołującego, a jedynie pracownikiem firmy i nie mógł być słuchany w charakterze strony. Natomiast w myśl stosowanego odpowiednio art. 300 KPC „za osobę prawną sąd przesłuchuje osoby wchodzące w skład organu uprawnionego do jej reprezentowania, przy czym sąd decyduje, czy przesłuchać wszystkie te osoby, czy też tylko niektóre z nich.”. Przesłuchanie strony, będącej osobą prawną polega zatem na przesłuchaniu osoby fizycznej wchodzącej w skład odpowiedniego organu tej osoby, a nie dowolnej osoby wskazanej przez powoda (*por. Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, red. A. Zieliński, wyd. 6, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 491*).

**2. Zarzut naruszenia art. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tj. poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia**

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający, w myśl art. 48 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp określił w ogłoszeniu termin realizacji zamówienia. W postanowieniu sekcji II.3. ogłoszenia o zamówieniu „czas trwania zamówienia lub termin realizacji” zamawiający określił termin realizacji zamówienia jako 20 dni od udzielenia zamówienia.

Wyznaczony przez zamawiającego termin realizacji zamówienia nie utrudnia uczciwej konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut nie potwierdził się w zebranych w sprawie materiale dowodowym.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymagało, że odwołujący zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp upatrywał wyłącznie w wyznaczeniu przez zamawiającego zbyt krótkiego – jego zdaniem – terminu realizacji zamówienia. Powyższe wynikało wprost z pkt II odwołania oraz pkt IV uzasadnienia odwołania. Z powyższym zarzutem korespondowało żądanie odwołującego, tj. nakazanie zamawiającemu modyfikacji ogłoszenia poprzez wydłużenie terminu realizacji zamówienia z 20 do 45 dni od dnia udzielenia zamówienia.

Izba nie mogła odnieść się do sformułowanego dopiero w trakcie rozprawy przez odwołującego kolejnego powodu uzasadniającego jego zdaniem zarzut naruszenia art. 29 ust 1 i ust. 2 ustawy Pzp, a mianowicie tego, iż zamawiający miał zbyt lakonicznie opisać

przedmiot zamówienia w pkt II.1.5 ogłoszenia o zamówieniu. Konsekwencją braku zarzutów w odwołaniu był brak możliwości rozpoznania ich przez Izbę, a to na zasadzie art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Należało zwrócić uwagę, że w orzecznictwie Izby akcentuje się, iż za zarzut należy uznać nie tylko wskazanie naruszeń w zakresie ustawy Pzp. Za zarzuty należy uznać także oświadczenia wykonawcy, w których wykazuje on istnienie okoliczności faktycznych, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, rozumianą jako zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, które stanowią zarazem podstawę zgłaszanych żądań. Z tego względu wskazanie innych okoliczności faktycznych jako podstawy stwierdzenia naruszenia tego samego przepisu ustawy Pzp stanowi nowy zarzut (por. postanowienie KIO z dnia 30 lipca 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 935/09, wyrok KIO z dnia 5 maja 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 636/10, wyrok KIO z dnia 28 października 2011 r. sygn. akt: KIO 2222/11, KIO 2223/11). Z tego powodu Izba nie mogła odnieść się do przedstawionych przez odwołującego na rozprawie zarzutów.

Przechodząc do sformułowanego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia Izba stwierdziła, że odwołujący nie sprostął spoczywającemu na nim obowiązkowi wykazania, iż wyznaczenie przez zamawiającego 20 dniowego terminu realizacji zamówienia może utrudnić uczciwą konkurencję.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. 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 zaniechania 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). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

Odwołujący nie przeprowadził żadnego dowodu celem wykazania jacy producenci potencjalnie mogą zaoferować przedmiot zamówienia, więc zabrakło analizy rynku. Nie przeprowadził żadnego dowodu, który pozwoliłby Izbie ustalić, iż termin ten preferuje

jednego lub kilku istniejących na rynku wykonawców mogących zaoferować przedmiot zamówienia. Nie wiadomo czy chociażby jeden poza odwołującym producent również nie byłby w stanie zaoferować macierzy dyskowych w terminie 20 dni od dnia udzielenia zamówienia. Co więcej, odwołujący nie przeprowadził nawet żadnego dowodu celem wykazania jak długo trwa cykl produkcji (dostawy) macierzy dyskowych w jego własnym przedsiębiorstwie, co miałyby mu utrudnić zaoferowanie przedmiotu zamówienia w wymaganym okresie. Ograniczył się do gołosłownego oświadczenia w trakcie rozprawy, iż jak wynika z jego doświadczeń handlowych teoretycznie możliwym jest dostawa zamawianego urządzenia w wymaganym terminie z fabryki odwołującego w Łodzi jednakże przy założeniu, że będzie to urządzenie ze średniej półki. Nie wykazał podnoszonej przez siebie okoliczności, że w przypadku bardziej specjalistycznych podzespołów macierzy wymagana będzie produkcja i dostawa z USA poprzez złożenie np. oświadczeń swoich amerykańskich kooperantów. Nie wiadomo też w jakim stopniu ewentualna dostawa podzespołów z USA wpłynąć miałyby na termin realizacji dostawy tak że zasadnym byłoby wydłużenie terminu realizacji zamówienia z 20 do 45 dni, a nie przykładowo do 25 czy 35 dni od udzielenia zamówienia.

Reasumując, wobec braku dowodu przeciwnego Izba stwierdziła, że wyznaczenie przez zamawiającego 20 dniowego terminu dostawy przedmiotu zamówienia nie utrudni wykonawcom uczciwej konkurencji.

Izba postanowiła, na zasadzie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z eksperymentu procesowego w postaci rozmowy telefonicznej przewodniczącego z producentami macierzy dyskowych. Eksperyment procesowy to czynność dowodowa polegająca na pewnym doświadczeniu lub odtworzeniu zdarzeń lub ich fragmentu. Służy wykazaniu czy określone zdarzenie mogło mieć określony przebieg, sprawdzeniu wersji. Wnioskowany przez odwołującego eksperyment procesowy natomiast miał służyć wykazaniu w jakim terminie producenci macierzy dyskowych mogą je dostarczyć, a nie polegać na odtworzeniu pewnych zdarzeń lub wykonaniu doświadczenia w celu potwierdzenia jednej z wersji. Środek dowodowy nie mógł zatem służyć wykazaniu okoliczności faktycznej wskazanej przez odwołującego. Na marginesie dostrzeżenia wymagało, że stanowisko producentów odwołujący mógł uzyskać występując do nich w zwykłej drodze o przedstawienie standardowej oferty handlowej i przedstawić je Izbie, a nie wnioskować o przeprowadzenie oryginalnych – w praktyce postępowania odwoławczego przed Izba – dowodów.

Izba, na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, postanowiła oddalić wniosek zamawiającego o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania strony - pana R..... Ł..... na okoliczność czy odwołujący jest w stanie dostarczyć przedmiot zamówienia w terminie przewidzianym w ogłoszeniu o zamówieniu, gdyż wniosek taki był niedopuszczalny.

Izba stwierdziła, iż pan R..... Ł..... nie był członkiem zarządu odwołującego, a jedynie pracownikiem i nie mógł być słuchany w charakterze strony.

### **3. Zarzut naruszenia art. 49 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wyznaczenie krótszego terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mimo, że nie zachodzi pilna potrzeba udzielenie zamówienia**

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej drogą elektroniczną w dniu 1 października 2012 r. (pkt VI.5 ogłoszenia).

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 października 2012 r., nr 2012/S 192-315788. Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyznaczono na 12 października 2012 r. W dniu 13 października 2012 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zostało zamieszczone ogłoszenie o zmianie ogłoszenia nr 2012/S 198-324183, w którym termin składania wniosków przedłużono do dnia 17 października 2012 r.

W sekcji IV. 1.1. ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wskazał następujące uzasadnienie wyboru procedury przyspieszonej.

*Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (ARiMR) realizuje zadania ustawowe, wspierające polskie rolnictwo, z wykorzystaniem zaawansowanego Systemu Informatycznego Agencji (SIA). SIA jest systemem rozległym, wielowarstwowym, przetwarzającym i gromadzącym olbrzymie wolumeny danych. W związku z tym niezbędne jest zapewnienie sprawnego, dużego systemu pamięci masowej, backupu i replikacji danych.*

*Na dzień dzisiejszy przestrzeń dyskowa użytkowana przez ARiMR osiągnęła poziom wykorzystania w 99 %. Oznacza to, że niezbędne jest, w trybie pilnym, pozyskanie dodatkowej przestrzeni zapewniającej absorpcję danych w okresie najbliższych kilku lat.*

*Od kilku lat ARiMR korzysta z usługi przechowywania danych świadczonej przez firmę Hewlett Polska sp. z o.o. na podstawie umowy nr 112/DI/2615/2009. Ostatnie zwiększenie przestrzeni, niezbędnej dla tej usługi, dokonane zostało w 2010 r. na podstawie ZZI 1051C do tej umowy. Usługa ta miała być doraźnym rozwiązaniem do czasu rozstrzygnięcia postępowania na „Budowę, serwis i rozwój centralnego systemu pamięci masowej, backupu i replikacji danych dla Systemu Informatycznego ARiMR wraz z usługami serwisu i administracji w okresie 5 lat”.*

*ARiMR, jako Zamawiający, starała się pozyskać potrzebną przestrzeń dyskową już od 2010 r. uruchamiając i prowadząc ww. postępowanie w trybie dialogu konkurencyjnego. W postępowaniu złożono 19 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.*

W dniu 28.9.2011 r. wykonawca Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. zwrócił się z wnioskiem do Prezesa UZP o przeprowadzenie kontroli prawidłowości prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego. Pismem z dnia 11.10.2011 r. Prezes UZP poinformował Zamawiającego o wszczęciu postępowania wyjaśniającego. W dniu 5.1.2012 r. Prezes UZP poinformował Zamawiającego, że czynności kontrolne są prowadzone i zwrócił się o dodatkowe informacje.

W uzasadnieniu dla uruchomienia postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego podniesione zostały następujące przesłanki:

- 1) przestarzały posiadany podsystem pamięci masowych,
- 2) problemy pojemnościowo – wydajnościowe eksploatowanego systemu,
- 3) wysokie koszty utrzymania posiadanego systemu,
- 4) maksymalny poziom skalowalności przy zapełnieniu dostępnych zasobów na poziomie ponad 90 %.

We wniosku o dopuszczenie do udziału w ww. postępowaniu ARiMR określiła opis potrzeb i wymagań Zamawiającego. Zgodnie z zapisami Wykonawca miał zaprojektować, zbudować oraz świadczyć usługi administracji i serwisu Systemu Pamięci Masowej, Backupu i Replikacji Danych Systemu Informatycznego ARiMR (SMAR) w dwóch równoległych ośrodkach przetwarzania danych Zamawiającego, które znajdują się w Nowym Sękocinie i Piasecznie koło Warszawy.

Przedmiot postępowania został określony jako oczekiwanie Zamawiającego polegające na zaprojektowaniu, wykonaniu i ostatecznie utrzymaniu nowego systemu backupu i replikacji oraz rozbudowę systemu, a w szczególności:

- 1) zaprojektowanie rozwiązania (projekty techniczne i logiczne);
- 2) dostarczenie, zainstalowanie i skonfigurowanie sprzętu, na którym oparte będzie rozwiązanie;
- 3) dostarczenie, zainstalowanie i skonfigurowanie oprogramowania, niezbędnego dla proponowanego rozwiązania wraz z dostarczeniem niezbędnych licencji;
- 4) uruchomienie rozwiązania;
- 5) dokonanie integracji rozwiązania z istniejącymi systemami ARiMR;
- 6) dokonanie migracji danych z aktualnie użytkowanego systemu pamięci masowych do SMAR;
- 7) wykonanie dokumentacji: technicznej rozwiązania oraz eksploatacyjnej (procedury i wytyczne dla administrowania SMAR);
- 8) wykonanie koncepcji technicznej rozbudowy i rozwoju SMAR;
- 9) rozbudowa SMAR;

10) świadczenie usług serwisowych i administrowania SMAR w okresie 5 lat; w ramach administrowania wchodzić powinny również czynności związane z rozbudową SMAR w przewidywanym zakresie skalowalności;

11) przeniesienie autorskich praw majątkowych do wszystkich utworów powstałych w wyniku realizacji umowy na Zamawiającego w zakresie i na polach eksploatacji określonych w umowie, w ramach wynagrodzenia za realizację zamówienia;

Wykonawcy, w projektowanym rozwiązaniu, mogli uwzględnić aktualnie posiadaną przez Zamawiającego infrastrukturę, ale nie był to warunek bezwzględny.

Zamawiający zakładał pełny outsourcing zaprojektowania, budowy, serwisu i rozwoju centralnego systemu pamięci masowej, backupu i replikacji danych i szacował wartość postępowania na kwotę 51.780.847,50 zł brutto.

Na przełomie roku 2011/2012 nastąpiła istotna zmiana okoliczności uruchomienia postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego. Za istotną zmianę okoliczności uznano odejście od zaprojektowania, budowy, serwisu i rozbudowy nowego systemu na rzecz rozwoju (rozbudowy) systemu posiadanego, z możliwością zapewnienia własnego serwisu. Przedmiotowe postępowanie zostało unieważnione w maju 2012 r. ze względu na brak interesu publicznego w jego kontynuowaniu.

Powyższa decyzją została podjęta po dokonaniu:

- 1) weryfikacji najważniejszych czynników biznesowych i celów biznesowych Zamawiającego,
- 2) weryfikacji pryncypiów IT,
- 3) weryfikacji założeń dla architektury największych systemów informatycznych IT Zamawiającego,
- 4) weryfikacji stanu obecnego i ich analizy możliwości uwzględnienia istniejącej infrastruktury w oferowanym rozwiązaniu,
- 5) weryfikacji założeń dla migracji danych;
- 6) weryfikacji stanu budżetu.

W okresie od maja do września 2012 r. ARiMR przeprowadziła szczegółową analizę warstwy infrastrukturalnej, jak również odbyła szereg spotkań z firmami zewnętrznymi, co zaowocowało wypracowaniem rozwiązania w postaci wymiany użytkowanych obecnie, starych, w części dzierżawionych, 17 macierzy dyskowych na 2 macierze klasy enterprises wraz z obsługą serwisową.

Obecne wykorzystanie przestrzeni dyskowej w 99 % wskazuje, że ARiMR, przy obecnym przyroście danych, będzie mogła realizować swoje zadania nie dłużej niż przez okres ok. 2 miesięcy. ARiMR zobowiązana jest do zapewnienia ciągłości SIA. Istotnym elementem takiej ciągłości jest zapewnienie niezbędnej przestrzeni dyskowej, która służy nie tylko do kopiowania danych ale także do odtwarzania systemów w przypadku awarii i

*bieżąco w zakresie usuwania wad. Brak odpowiedniej przestrzeni dyskowej uniemożliwi wdrażanie modyfikacji oraz poprawek SIA.*

*W świetle zaistniałych okoliczności, ze względu na obiektywne potrzeby Zamawiającego, ochronę czynionych inwestycji a ostatecznie także ze względu na budżet IT, prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zakup 2 macierzy klasy enterprise wraz z opieką serwisową, w trybie postępowania ograniczonego ze skróconymi terminami, jest w pełni uzasadnione. Przyjęte rozwiązanie zapewnia ARiMR własność sprzętu i jego rozbudowę w miarę pojawiających się potrzeb. Zamiana 17 sztuk przestarzałego sprzętu na 2 sztuki nowego ma także istotne znaczenie dla zmniejszenia miejsca (podłoga) w najmowanych pomieszczeniach, jak i ostatecznie dla ponoszonych kosztów.*

Odwołujący we wniesionym odwołaniu domagał się przedłużenia terminu składania wniosków udziału w postępowaniu zgodnie z terminami wskazanymi w art. 49 ust. 2 ustawy Pzp, ewentualnie o unieważnienie przedmiotowego zamówienia.

Po wniesieniu odwołania, w dniu 20 października 2012 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zostało zamieszczone ogłoszenie o zmianie ogłoszenia nr 2012/S 203-332678, w którym termin składania wniosków przedłużono do dnia 30 października 2012 r. Następnie, w dniu 30 października 2012 r., przed rozpoczęciem posiedzenia Izby, w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zostało zamieszczone ogłoszenie o zmianie ogłoszenia nr 2012/S 209-342918, w którym termin składania wniosków przedłużono do dnia 5 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut nie potwierdził się w zebranych w sprawie materiale dowodowym.

Stosownie do art. 49 ust. 2 ustawy Pzp *Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym nie może być krótszy niż:*

- 1) 30 dni - od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie;*
- 2) 37 dni - od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, w inny sposób niż określony w pkt 1.*

Natomiast w myśl art. 49 ust. 3 ustawy Pzp *Jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, zamawiający może, w przypadkach, o których mowa w ust. 2, wyznaczyć*

*krótszy termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, jednak nie krótszy niż:*

- 1) 10 dni - od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie;*
- 2) 15 dni - od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich faksem.*

Odwołujący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 49 ust. 3 ustawy Pzp upatrywał w tym, że w jego ocenie nie zachodziła „pilna potrzeba udzielenia zamówienia”, o której mowa w tym przepisie. Uważał, że zamawiający nie był zatem uprawniony do skrócenia podstawowych terminów składania wniosków wynikających z art. 49 ust. 2 ustawy Pzp. Domagał się nakazania zamawiającemu wydłużenia terminu składania wniosków, w ten sposób aby były zgodne z art. 49 ust. 2 ustawy Pzp, ewentualnie unieważnienia postępowania.

W dniu 15 października 2012 r., tj. wtedy, gdy odwołujący wniósł odwołanie, termin składania wniosków wyznaczony przez zamawiającego upływał w dniu 17 października 2012 r. Był zatem krótszy od podstawowych terminów wynikających z art. 49 ust. 2 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało bowiem przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej w dniu 1 października 2012 r. drogą elektroniczną. Podstawowy, 30 dniowy termin składania wniosków upływał zatem dopiero w dniu 31 października 2012 r.

Jednakże w momencie wyrokowania termin składania wniosków był już dłuższy niż minimalne 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia do publikatora. Dnia 30 października 2012 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ukazało się ogłoszenie o zmianie ogłoszenia nr 2012/S 209-342918, w którym termin składania wniosków przedłużono do dnia 5 listopada 2012 r.

W ocenie Izby zaistniałą sytuację procesową należało ocenić jako wykonanie przez zamawiającego żądania odwołującego jeszcze przed otwarciem rozprawy. Odwołujący w treści odwołania domagał się bowiem nakazania zamawiającemu przedłużenia terminu składania wniosków udziału w postępowaniu zgodnie z terminami wskazanymi w art. 49 ust. 2 ustawy Pzp, zaś zamawiający żądanie wykonał. W tej sytuacji rozstrzygnięcie przez Izbę o zasadności podniesionego przez odwołującego zarzutu okazało się bezprzedmiotowe, skoro spór pomiędzy Stronami już wygasł. Izba nie neguje, że odwołanie zostało skierowane przeciwko czynności zamawiającego, jaką było wyznaczenie terminu składania wniosków na dzień 17 października 2012 r. Jednakże żadne przepisy ustawy Pzp nie zabraniają zamawiającemu dokonywania modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu po wniesieniu odwołania, a przed jego rozstrzygnięciem przez Izbę, w tym również w kierunku



wnioskowanym przez odwołującego. Dostrzeżenia wymaga to, że w myśl art. 191 ust. 2 ustawy Pzp Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Uczynienie przez zamawiającego zadość żądaniom odwołania przed rozpoczęciem rozprawy, które nastąpiło poprzez wydłużenie terminu składania wniosków nie mogło zatem ująć uwadze Izby i uniemożliwiło uwzględnienie odwołania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które „miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia”. Wyznaczenie krótszego, niż podstawowy termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie może mieć już w tej chwili jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania, skoro na moment wyrokowania obowiązuje już termin zasadniczy, czego odwołujący się domagał.

Odwołujący pomimo świadomości zaistniałej sytuacji procesowej nie ograniczył przedstawionego w odwołaniu zarzutu. W tej sytuacji, zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu, wynikającą z art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp powinien wykazać, iż pomimo usunięcia zarzucanego zamawiającemu stanu naruszenia prawa i to w sposób, który odwołujący uznał za odpowiedni, naruszenie to może jeszcze mieć jakikolwiek wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Odwołujący obowiązkowi wykazania spornej okoliczności nie sprostał, co skutkowało koniecznością oddalenia odwołania.

Tym samym podzielono uprzednio wielokrotnie wyrażany w orzecznictwie Izby pogląd dotyczący oceny zaistniałej sytuacji procesowej wyrażony przykładowo w wyroku Izby z 13 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 707/11, czy też w wyroku Izby z 27 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1710/12.

Wobec bezprzedmiotowości rozpatrywania omawianego zarzutu Izba, działając na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp postanowiła oddalić wniosek odwołującego o zobowiązanie zamawiającego do przekazania dokumentacji technicznej zawierającej analizę warstwy infrastrukturalnej, jak również listę firm zewnętrznych z którymi zamawiający odbył spotkania, które to dowody służyć miały wykazaniu zwłoki zamawiającego we wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Konsekwencją oddalenia wszystkich zarzutów była konieczność uznania za chybiony także zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji. Odwołujący naruszenia tego przepisu upatrywał bowiem w naruszeniu innych, wymienionych wcześniej przepisów ustawy Pzp, co nie potwierdziło się w zebranych w sprawie materiale dowodowym.

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 niniejszej 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).

**Przewodniczący:** .....