

WYROK

z dnia 02 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 grudnia 2021 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18.11.2021 r. przez wykonawcę Netprint s.c. J. W., B. S., ul. Unii Europejskiej 10, 32-600 Oświęcim w postępowaniu prowadzonym przez 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Obornicka 100-102, 50-984 Wrocław.

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM A.P., ul. Fabryczna 15, 85-741 Bydgoszcz zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Orzeka

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu pierwszego i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Wielobranżowego MULTIKOM A. P., ul. Fabryczna 15, 85-741 Bydgoszcz oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i odwołującego po połowie

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczona przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania

2.2 zasądza od zamawiającego 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Obornicka 100-102, 50-984 Wrocław na rzecz odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Netprint s.c. J. W., B. S., ul. Unii Europejskiej 10, 32-600 Oświęcim kwoty 9 300,00 (dziewięć tysięcy trzysta) złotych tytułem zwrotu po % kwoty wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

2.3 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 1800,00 (tysiąc osiemset) złotych tytułem zwrotu połowy kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący

UZASADNIENIE

2 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Obornicka 100-102, 50-984 Wrocław zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie podstawowym, na dostawę materiałów eksploatacyjnych do drukarek, faksów, urządzeń wielofunkcyjnych oraz drobnego sprzętu i taśm. Oznaczenie sprawy: nr ref INF 353/2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: Numer- 2021/S 164-430461.

Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta złożona przez przystępującego do tego postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwa Wielobranżowego MULTIKOMA P., ul. Fabryczna 15, 85-741 Bydgoszcz.

Od takiej czynności zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Netprint s.c. J. W., B. S., ul. Unii Europejskiej 10, 32-600 Oświęcim, zwany dalej „odwołującym” wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 99 ust. 6 Pzp w zw. z art. 101 ust. 6 Pzp w zw. z art. 105 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 107 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez: skutkującą naruszeniem zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności ocenę oferty oraz załączników do oferty P.W. MULTIKOMA P. z siedzibą w Bydgoszczy, polegającą na przyjęciu, że wykonawca ten zaoferował produkty spełniające wymagania określone w SWZ i przedłożył na żądanie Zamawiającego przedmiotowe środki dowodowe w postaci raportu z testów wystawionych przez podmiot, o którym mowa w art. 105 ust. 2 Pzp, mające potwierdzać spełnienie przez zaoferowane produkty zamiennych kryteriów zgodności z określonymi normami ISO/IEC, i tym samym wykazał równoważność oferowanych produktów, choć badania produktów szczegółowo opisanych w uzasadnieniu przeprowadzone zostały jeszcze przed uzyskaniem przez laboratorium akredytacji Polskiego Centrum Akredytacji, a zatem nie mogą być traktowane jako odpowiadające normie art. 105 ust. 1-2 Pzp.

Nadto zarzucił, iż Raport z badania nr 47/2021.001 (opracowany 01/10/2021) dla produktu Croton CGT-L-L50F2U00, które miało być przeprowadzone w dniach 2021/09/27 - 2021/09/28, wskazuje na to, że badanie nie mogło być skutecznie przeprowadzone w tak krótkim - dwudniowym - terminie, albowiem wymagało wydrukowania łącznie ponad 180.000 wydruków na trzech drukarkach (raport z testu wskazuje na użycie tylko jednego komputera), czyli po ponad 60.000 wydruków na jednej drukarce, choć drukarka użyta do badania ma wydajność maksymalną 47 stron na minutę przy miesięcznym przebiegu nie większym niż 16.000 stron, co z kolei sugeruje, iż raport ten jest nierzetelny.

Wobec sformułowania powyższych zarzutów wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu Skarbowi Państwa - 2 Wojskowemu Oddziałowi Gospodarczemu we Wrocławiu uchylenia czynności podjętej w w/w postępowaniu w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie odrzucenia oferty P.W. MULTIKOMA P. i dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

W zakresie wniosków dowodowych wniósł o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki oraz sprzętu drukującego i kopiującego i zlecenie mu wydania opinii w zakresie technicznych możliwości dokonania wymaganych przez zamawiającego ilości kopii w terminie podanym w Raporcie.

W ocenie odwołujących oferta PW MULTIKOMA P. była dotknięta nieusuwalnymi brakami, które powinny skutkować jej odrzuceniem. Zamawiający w SWZ zażądał, aby wszyscy wykonawcy oferujący produkty równoważne (tzw. zamienniki do urządzeń drukujących) wraz z ofertą złożyli między innymi raporty z testów wystawionych przez niezależny od producenta podmiot, posiadający akredytację badawczą zgodnie z art. 105 ust. 2 ustawy Pzp i przygotowany zgodnie z aktualną normą:

- ISO/IEC 19752 - dla wkładów drukujących z tonerem monochromatycznym,
- ISO/IEC 24711 - dla wkładów drukujących z atramentem,
- ISO/IEC 19798 - dla wkładów drukujących z tonerem kolorowym.

Firma PW MULTIKOMA P. złożyła dla wszystkich zaoferowanych produktów równoważnych raporty przygotowane przez laboratorium Centrum Badawcze NAVOR PPHU InterCom Plus D. L. z siedzibą w Nowym Sączu. Z informacji dostępnej publicznie na stronie Polskiego Centrum Akredytacji wynika, że laboratorium to uzyskało akredytację w zakresie prowadzenia badań dopiero w dniu 10.08.2021r.

W ocenie odwołujących oznacza to, że raporty te nie spełniają wymogów opisanych w art. 105 ust. 1 i 2 Pzp, a zatem nie odpowiadają także wymaganiom SWZ. Trudno jest zakładać, że podmiot, który nie posiada jeszcze akredytacji do prowadzenia badań, przeprowadza te badania, a następnie - już jako podmiot akredytowany - wystawia dokument, tj. raport z badań, wskazujący, że badanie wykonane zostało przez uprawnione, niezależne i akredytowane laboratorium badawcze w sytuacji kiedy prezentowane badania miały miejsce kilka miesięcy wcześniej.

Podkreślił, że jak długo laboratorium nie posiadało akredytacji, tak długo nie ma żadnej pewności, że badanie zostało faktycznie przeprowadzone zgodnie z normami ISO/IEC. Raport taki nie może też korzystać z domniemania prawnego opisanego w art. 10 ust. 1 ustawy z 13.04.2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (Dz.U.2021.514 t.j.).

O nierzetelności przeprowadzonych badań można wnioskować chociażby z faktu, iż raport z badania nr 47/2021.001 (opracowany 01/10/2021) dla produktu Croton CGT-L-L50F2U00 o wydajności 20 tys stron, które miało być przeprowadzone w dniach 2021/09/27 - 2021/09/28,

wskazuje, iż do jego przeprowadzenia użyto: - jednego komputera połączonego z drukarką

przez kabel USB, - trzech drukarek LEXMARK Ms610dn, gdzie producent drukarki wskazuje, iż maksymalna prędkość wydruku to 47 stron na minutę, a maksymalne obciążenie to 16.000 wydruków miesięcznie.

Badanie wymagało dokonania pełnego zużycia trzech wkładów (tonerów) o deklarowanej

wydajności 20.000 stron każdy, na każdej z trzech użytych drukarek.

Oznacza to, że każda z drukarek musiała wydrukować łącznie ponad 60.000 stron (bo wynik testu wskazał, że średnia wydajność wyniosła 20.167 stron/wkład), a łącznie - ponad 180.000 stron. Jeśliby przyjąć, że jedna drukarka pracowała w trybie ciągłym, to znaczy bez żadnych przerw, to zgodnie z deklaracjami producenta sprzętu mogłaby wydrukować 67.680 stron na dobę. Trzeba jednak pamiętać, że jest to założenie wymagające ciągłej, 24-godzinnej pracy. Tymczasem - każda drukarka nagrzewa się w toku pracy, jej ciągłe użycie przez kilkadziesiąt godzin wedle wiedzy odwołujących jest technicznie niemożliwe, - drukarka wymaga ładowania papieru (zasobnik nie mieści wszak 60.000 stron, tylko maksymalnie kilkaset), - drukarka wymaga obsługi przez pracownika (ładowanie papieru, odbieranie wydruków z tacy, by zapobiec „zapchaniu się”), - omawiany raport z testów wskazuje, że raport opracował J. L., czyli jeden człowiek.

Ponadto badanie wymagało takich wydruków na 3 drukarkach. Jeśli więc użyto do pracy

jednego komputera (jak wynika z raportu), połączonego z drukarką kablem USB, to nie jest

nawet hipotetycznie możliwe, by 3 drukarki przetestowano w ciągu zaledwie 48 godzin. Co

ciekawe, do badań w tym samym laboratorium przyjęto w dniu 24.09.2021 produkty objęte następnie raportami o numerach: 47/2021.001 51.2021.001 50/2021.001 48/2021.001 49/2021.001 Powyższe raporty zostały zatwierdzone na dzień przed upływem terminu składania ofert, tj. 7-10-2021r. Wszystkie te badania przeprowadzono w dniach pomiędzy 27.09-6.10 2021 r., czyli w ciągu 10 dni. Dane z tych raportów wskazują, że łącznie wydrukowano w toku tych testów 528 481 kartek papieru. Jeśliby nawet przyjąć średnią prędkość „pracy” każdej z testowych drukarek na poziomie 45 stron na minutę, to oznaczałoby to wymóg nieprzerwanej pracy, przez 24 godziny na dobę przez ponad 8 dni [!]. Wszystkie badania przeprowadził ta sama jedna osoba J. L.

Wszystko to wskazuje, że nasuwają się w pełni uzasadnione wątpliwości co do rzetelności przedłożonych raportów.

Odwołujący podkreślił, że w jego ocenie uwzględnienie odwołania możliwe jest już na podstawie pierwszego z podniesionych zarzutów, tj. po uznaniu, że w/w laboratorium prowadząc zakwestionowane badania nie spełniało wymogów z art. 105 ust. 1 i 2 Pzp, czyli nie posiadało akredytacji w chwili przeprowadzania testów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego. Nadto wniósł o dopuszczenie dowodów a w szczególności notatki służbowej sporządzonej przez Kierownika Sekcji Zamówień Publicznych Zamawiającego. W zakresie odniesienia się do zarzutu pierwszego (którego dotyczy ww. pismo) podniósł, że w toku czynności zamawiającego dnia 18.11.2021 r. przeprowadzono rozmowę telefoniczną z przedstawicielem firmy Centrum Badawcze NAVOR PPHU InterComPlus D. L. z siedzibą w Nowym Sączu (dalej „Centrum Badawcze”). Przedmiotem rozmowy była weryfikacja, czy ww. laboratorium było uprawnione do wykonywania testów zgodnie z odpowiednimi normami ISO przed dniem 10.08.2021 r. (wg oficjalnej strony Polskiego Centrum Akredytacji

laboratorium otrzymało akredytację dnia 10.08.2021 r. - nr akredytacji AB 1796). Podał, że przedstawiciel Centrum Badawczego podczas rozmowy telefonicznej poinformował, że mimo wystawienia akredytacji dnia 10.08.2021 r. uprawniony był do prowadzenia badań już od 03.03.2021 r., tak więc przed dniem wykonania każdego raportu, potwierdzającego zgodność zaoferowanych produktów z wymaganiami Zamawiającego. Przedstawiciel Centrum Badawczego kilkakrotnie zapewnił, iż posiada na tę okoliczność stosowny dokument od PCA (uprawnienie do wykonywania badań).

Powyższe okoliczności spowodowały, iż zamawiający postanowił podtrzymać swoją decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty, przyjmując wyjaśnienia przedstawiciela Centrum

Badawczego, akredytowanego przez Polskie Centrum Akredytacji jako wiarygodne i wystarczające.

Nawiązując do treści SWZ oraz udzielonych wykonawcom wyjaśnień podał, że z tych wyjaśnień jednoznacznie wynika, że zamawiający nie dopuszczał zbiorczego certyfikatu zawierającego tylko symbol (kod) produktu oraz wydajność. Wskazał, że etapie badania ofert zamawiający wezwał wykonawcę Multikom do uzupełnienia szczegółowych raportów z testów dla każdego produktu do czego nie był uprawniony, gdyż w ofercie znajdował się prawidłowy certyfikat zbiorczy zawierający wszystkie informacje, tj. symbol (kod) produktu, wydajność oraz kompatybilność. Niemniej w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego zostały przesłane szczegółowe raporty z badań. Do każdego zaoferowanego produktu równoważnego został dołączony raport z testów wystawiony przez niezależny od Producenta podmiot, posiadający akredytację badawczą zgodnie z art. 105 ust. 2 ustawy PZP i przygotowany zgodnie z normą odpowiednio:

- a) ISO/IEC 19752 - dla wkładów drukujących z tonerem monochromatycznym,
- b) ISO/IEC 24711 - dla wkładów drukujących z atramentem,
- c) ISO/IEC 19798 - dla wkładów drukujących z tonerem kolorowym.

Wszystkie badania zostały przeprowadzone po pozytywnym audycie przez PCA, który potwierdził możliwość przeprowadzenia badań przez Centrum Badawcze NAVOR, a raporty zostały wystawione po otrzymaniu Certyfikatu Akredytacji Centrum Badawczego.

Natomiast w zakresie drugiej grupy zarzutów dotyczących braku możliwości wykonania w tak krótkim terminie wymaganych zgodnie z normą ISO badań to podał, że odwołujący nie wykazał, że jest nierealne przeprowadzenie badania dla 1 typu tonera w tak krótkim terminie oraz przeprowadzenie wszystkich testów w ciągu 10 dni. Są to jedynie spekulacje oraz domniemania, nie poparte dowodami będące życzeniowym wyrazem woli składającego odwołanie. Odwołujący nie posiada wiedzy na temat organizacji czasu pracy Centrum Badawcze NAVOR oraz ilości personelu biorącego udziału w badaniu wydajności zleconych tonerów marki Croton. Z żadnego dokumentu nie wynika również, że jedna osoba (D. L.) przeprowadzała wszystkie badania. Natomiast z prostego wyliczenia wynika, że skoro użyta do testów drukarka ma wydajność 47 stron na minutę to wydrukowanie 20000 stron zajmie z przybliżeniu 7 godzin, a wydrukowanie 60000 str. jest możliwe w ciągu 21 godzin. Jeżeli tonery były badane przez 2 dni to osoby przeprowadzające testy miały 27 godzin na dodatkową obsługę techniczną tj. wymianę papieru czy przerwy w drukowaniu w celu chłodzenia urządzenia. Ponadto 1 komputer wystarczy do obsługi 3 drukarek jednocześnie lub do uruchamiania wydruków przez komputer jeden po drugim co zajmuje ok. 1 minuty.

Przystępujący do postępowania wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOMA P., poprał stanowisko zamawiającego wnosząc o oddalenie Odwołania. Izba zauważyła, że stanowisko przystępującego zawarte w uzasadnieniu przystąpienia stanowi „kalkę” treści pisma odpowiedzi na odwołanie. Wobec powyższego Izba uznała niezasadność ponownego prezentowania niemalże identycznej treści.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i przystępującego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk zaprezentowanych na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co

następuje - odwołanie w zakresie zarzutu pierwszego jest zasadne, gdyż podniesione zarzuty znalazły potwierdzenia w dowodach i dokumentach postępowania.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z ustawowych przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Za podstawę rozstrzygnięcia Izby został uznany stan faktyczny sprawy, ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez zamawiającego, treści odwołania, pism i dowodów oraz stanowisk stron i przystępującego podanych do protokołu rozprawy.

Na wstępie Izba wskazuje, że pomimo przywołania znacznej liczby podstaw prawnych z ustawy Pzp, które według odwołującego zamawiający miałby naruszyć przy badaniu i ocenie złożonych ofert, to z analizy ich treści Izba wywiodła i ustaliła, że w postępowaniu odwoławczym odwołujący postawił de facto dwa zarzuty. Pierwszy dotyczył nie spełnienia wymagań SWZ w zakresie dotyczącym przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych, gdyż załączone raporty z badań zostały wykonane jeszcze przed uzyskaniem certyfikacji przez podmiot wystawiający certyfikat. Natomiast drugi dotyczył braku możliwości technicznych wykonania wymaganych w SWZ testów, we wskazanym przez laboratorium okresie.

Przechodząc do oceny zasadności zarzutu pierwszego oraz oceny czynności zamawiającego podjętych w trakcie badania i oceny ofert Izba uznała, iż zamawiający wbrew wyraźnym postanowieniom SWZ rozdział XIII ust.1 pkt 2 uznał za spełnienie postawionego wymagania, pomimo tego, iż wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM A. P. nie przedłożył raportu z testów wystawionych przez niezależny od Producenta podmiot posiadający akredytację badawczą.

Zauważyć należy, że zamawiający był w pełni zorientowany o przedmiotowym braku, co w

sposób jednoznaczny wskazał na str. 3 odpowiedzi na odwołanie - akapit 1 i 2. Jednakże zamawiający celem ustalenia, że przedłożone Raporty z badań zostały wykonane przez akredytowany niezależny podmiot przeprowadził - jak twierdzi, rozmowę telefoniczną z przedstawicielem PPHU InterComPlus celem uzyskania potwierdzenia, iż podmiot ten uprawniony był do przeprowadzania badań w dacie wskazanej w przedłożonych przez PW Multikom raportach - tj. w miesiącach maj; czerwiec; lipiec oraz 3 i 9 sierpnia 2021 roku. Z rozmowy tej została sporządzona notatka w której zawarto informację, że Centrum Badawcze NAVOR PPHU InterComPlus pomimo iż otrzymało akredytację do badań z dniem 10 sierpnia 2021 roku to jednak miało już takie uprawnienia od 03 marca 2021 roku. Jednakże żadnego w tym zakresie dowodu, co ustalono w trakcie rozprawy nie przedłożono zamawiającemu jak i na rozprawie, Izbie.

Wskazać należy również na dowód złożony przez odwołującego na rozprawie tj.

pismo Polskiego Centrum Akredytacji (PCA) z dnia 30 listopada 2021 roku w odpowiedzi na pytanie odwołującego w zakresie uprawnień PPHU InterComPlus w zakresie dokonywania testów urządzeń i wydawania raportów z badań podało, iż „Laboratorium PPHU InterCom_plus D. L. w wyniku przeprowadzonego procesu akredytacji uzyskało akredytację w dniu 10.08.2021 r. Zgodnie z informacjami zawartymi w przedstawionych przy Państwa wniosku kopiach raportów z badań (zestawienie kluczowych informacji w załączniku) wynika, że wszystkie próbki do badań zostały dostarczone do laboratorium oraz czynności badań,

których wyniki przedstawiono w ww. raportach przeprowadzono w terminach przed udzieleniem akredytacji ww. podmiotowi. Akredytowane podmioty mogą powoływać się na posiadaną akredytację tylko w odniesieniu i w zakresie potwierdzonych kompetencji, przedstawionych w ich aktualnym zakresie akredytacji, wskazującym między innymi okres obowiązywania potwierdzenia (termin obowiązywania cyklu akredytacji)”.

Z powyższego jednoznacznie wynika, że PPHU InterCom_plus D. L. posiada certyfikację i akredytację PCA dopiero od 10 sierpnia 2021 roku i wszelkie twierdzenia, iż takie uprawnienia posiadało od 3 marca 2021 roku są nieuprawnione. Tym samym dopiero z dniem 10 sierpnia 2021 roku podmiot może dokonywać badań i wykonywania testów, które mogą mieć status - jako wydane przez akredytowane laboratorium badawcze, czego w SWZ wymagał zamawiający. Niewątpliwym jest, że dopiero z datą wydania akredytacji taki podmiot może być uznany za podmiot akredytowany uprawniony do wykonywania działań badawczych.

Wpis do Rejestru podmiotów akredytowanych przez PCA ma charakter konstytutywny, gdyż taki wpis warunkuje powstanie prawa, którego wniosek o wpis dotyczy. Dopiero z momentem dokonania wpisu, określone prawo podmiotu uzyskującego akredytację do prowadzenia przyznaných mu czynności, staje się prawnie skuteczne - zaczyna obowiązywać, a tym samym dopiero od momentu dokonania wpisu możliwe jest powoływanie się na prawo - przeprowadzania badań, jako wykonanych przez podmiot akredytowany.

W przedmiotowym stanie faktycznym przystępujący przedłożył raporty wystawione po uzyskaniu certyfikacji, ale niewątpliwym jest, że badania wskazane w Raporcie zostały przeprowadzone przez podmiot, który takiej akredytacji jeszcze nie posiadał.

Zamawiający z przedmiotowego pisma PCA - z ostatniego akapitu wywodził, że w związku z tym, iż w przedmiotowym piśmie PCA nie stwierdziło nieważności dokonanych badań to pomimo, iż zostały one przeprowadzone przed uzyskaniem certyfikatu badawczego to winny być one uznane za prawidłowe. Otóż w tym zakresie Izba zauważa, iż taki wniosek jest nieuprawniony, gdyż brak jest podstaw, aby PCA oceniało czynności podmiotu przed datą otrzymania akredytacji i tym samym objęcia go nadzorem w zakresie prawidłowości prowadzonych badań, czy testów.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego, jako najkorzystniejszej w postępowaniu z naruszeniem postanowień rozdziału XII ust. 2 i rozdziału XIII ust.1 pkt 2 oraz przepisów art. 105 ust. 1 i 2 oraz 107 ust.2 Pzp. Wobec powyższego na podstawie przepisu art. 226 ust.1 pkt 2c i pkt 5 Pzp oferta przystępującego podlegała odrzuceniu.

W zakresie drugiego zarzutu Izba uznała ten zarzut, jako nie udowodniony za niezasadny. Ze względu na odrzucenie oferty przystępującego w wyniku potwierdzenia się pierwszego zarzutu odwołania to przedmiotowy zarzut niezależnie od kierunku rozstrzygnięcia nie ma wpływu na wynik postępowania odwoławczego. Odwołujący na rozprawie nie podtrzymał wniosku dowodowego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego.

Izba wskazuje, że przedmiotowy zarzut był zbudowany przez odwołującego na podstawie hipotez, które nie zostały w żaden miarodajny sposób wykazane i udowodnione. Stanowisko odwołującego, że danej czynności (wykonania testów) nie jest się w stanie wykonać w wskazanym w Raporcie z badań terminie, nie jest dowodem na którym Izba mogłaby oprzeć rozstrzygnięcie w zakresie zasadności tego zarzutu. Aby Izba mogła oprzeć orzeczenie na złożonych dowodach to dowody te muszą być pewne i kategoryczne. Wyrok SO w Wrocławiu z 6 lutego 2018 roku Sygn. akt XI Ga 692/17. Tutaj takich dowodów nie przedstawiono i tym samym zarzut ten podlegał oddaleniu.

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). Zgodnie z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne.

Biorąc pod uwagę, iż w odwołaniu zostały postawione dwa zarzuty z których Izba jeden oddaliła, a drugi uwzględniła to tym samym koszty postępowania pokrywają strony po połowie. Z powodu niewykazania podstaw do wypłaty nie zasadzono dla pełnomocnika zamawiającego połowy kosztu zakupu benzyny do samochodu dla wyjazdu na posiedzenie przed KIO.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....