

WYROK
z dnia 21 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 3 grudnia 2012 r. przez **Aksel-Net Sp. z o.o., ul. Lipowa 17, 44-207 Rybnik** w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowe Centrum Sportu Sp. z o.o., Al. Księcia J. Poniatowskiego 1, 03-901 Warszawa**

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża **Aksel-Net Sp. z o.o., ul. Lipowa 17, 44-207 Rybnik i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr.**
(słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez **Aksel-Net Sp. z o.o., ul. Lipowa 17, 44-207 Rybnik** tytułem wpisu od odwołania;

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, 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 – Warszawa – Praga**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Narodowe Centrum Sportu Sp. z o.o., Al. Księcia J. Poniatowskiego 1, 03-901 Warszawa 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: „System łączności radiowej dla Stadionu Narodowego w Warszawie”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 14 listopada 2012 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych, pod poz. 450574.

Wykonawca Aksel-Net Sp. z o.o., ul. Lipowa 17, 44-207 Rybnik (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 3 grudnia 2012 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność odrzucenia oferty Odwołującego jak również na zaniechania wykluczenia oraz odrzucenia oferty wykonawcy Elektrit sp. z o.o. oraz zaniechania unieważnienia postępowania z powodu, iż oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego, w przypadku kiedy brak było ku temu podstaw prawnych. ewentualnie o
- 2) naruszenie art. art. 93 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4) i art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, a to poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania z powodu, iż oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty;
- 3) naruszenie postanowienia pkt 5.2. SIWZ, poprzez przesłanie wykonawcy informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty za pośrednictwem poczty elektronicznej, podczas gdy zgodnie ze wskazanym przepisem SIWZ jest to niedozwolone.

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

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) przeprowadzenie powtórnej oceny ofert złożonych przez wykonawców, ewentualnie, w przypadku uznania zasadności zarzutu wskazanego pod numerem 2, o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu:
 - 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
 - 2) wykluczenie Elektrit sp. z o.o.,
 - 3) odrzucenie oferty Elektrit sp. z o.o.,
 - 4) unieważnienie postępowania.

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

I. Wadliwa czynność Zamawiającego w postaci naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał na postanowienie treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. ustawy Pzp. Odwołując wskazał na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lutego 2011r., sygn. akt KIO 218/11, w którym Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „Aby mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, niezgodność ta musi dotyczyć zapisów specyfikacji, przy czym niezgodność taka winna być oczywista. Zamawiający może więc odrzucić ofertę gdy jej treść z całą pewnością nie odpowiada treści SIWZ. Nie może dokonać takiej czynności w sytuacji, gdy treść oferty nie została należycie zbadana, w tym w szczególności wyjaśniona - w przypadku wątpliwości co do jej zgodności z SIWZ.”

Odwołujący dodał również, że inny wykonawca (Page Comm sp. z o.o. w Gliwicach) zwrócił się do Zamawiającego z informacją, że Urząd Komunikacji Elektronicznej wydaje pozwolenia na systemy cyfrowe o szerokości kanału 12,5 kHz oraz 25 kHz, a nie wydaje na 6,25 kHz, wobec czego Zamawiający usunął wymóg szerokości kanału 6,25 kHz, jednakże nie dopuścił 25 kHz. Ponadto Odwołujący zwrócił się czy dopuszczalny jest system o szerokości kanału 25 kHz, na które jednak Odwołujący nie uzyskał odpowiedzi. Według Odwołującego wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji w przypadku gdy Zamawiający formułuje postanowienia SIWZ w sposób sprzeczny z zasadami równości i uczciwej konkurencji. Brak bowiem dopuszczenia systemu o szerokości kanału 25 kHz, stanowi jawne i niczym nie uzasadnione ograniczenie konkurencji jak i technologii występującej na rynku, a w szczególności Systemu TETRA, z którego korzysta min. Komenda Stołeczna Policji oraz Straż Miejska miasta Warszawy. Powyższe skutkuje również

koniecznością wydania znacznie większej ilości środków publicznych, aniżeli byłoby to konieczne. Mając na uwadze, iż Zamawiający jest jednoosobową spółką Skarbu Państwa, troska o rozsądne wydatkowanie posiadanych środków winna być szczególnie na uwadze. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący podniósł, że nie może znaleźć uznania działanie Zamawiającego, który odrzuca ofertę Odwołującego w oparciu o niezgodne z prawem zamówień publicznych postanowienia SIWZ, których ponadto nie wyjaśnił.

II. Naruszenie art. art. 93 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4) i art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, a to poprzez brak unieważnienia postępowania z powodu, iż oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty:

Odwołujący podniósł również, że Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że Zamawiający może zwiększyć tę kwotę do oferty. W przedmiotowym postępowaniu, w sytuacji gdyby Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego winna zostać odrzucona - czemu to Odwołujący zaprzecza,

oferta Elektrit sp. o.o. winna zostać odrzucona, a to ze względu na fakt, iż wykonawca ten winien zostać wykluczony, gdyż nie przedstawił wymaganych przez Zamawiającego dokumentów, a zgodnie z SIWZ wykonawca w celu wykazania spełniania warunków oraz braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art 24 ust 1 Ustawy Pzp winien przedstawić Zamawiającemu informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo kredytowej, w których wykonawca posiada wysokość rachunek, potwierdzającej posiadanych finansowych lub środków zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert wykazujący spełnianie warunku wskazanego w pkt. 12.1.4. SIWZ (pkt 13 ust. 4 SIWZ). Taki wymóg jest również zgodny z treścią § 1 pkt 9) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 30 grudnia 2009 r. (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), którego treść Zamawiający powtórzył w treści pkt 13 ust 4 SIWZ. Mając na uwadze powyższe przedstawienie zwykłego wyciągu bankowego, co też uczynił wykonawca Elektrit sp. z o.o. nie jest wystarczające, ponieważ nie jest to informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, wystawiona przez te podmioty. Konieczne w tym przypadku byłoby posiadanie dokumentu wystawionego przez ten bank lub SKOK, który zostałby należycie podpisany. Zatem należy uznać, że w oparciu o treść art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp (nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu) Elektrit sp. z o.o. winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta odrzucona na podstawie art. 89

5

ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Skutkiem powyższych czynności Zamawiającego, które winien był przedsięwziąć - gdyby uznać, iż oferta Odwołującego winna zostać odrzucona (czemu to Odwołujący zaprzecza), jedyną ofertą która nie zostanie odrzucona w postępowaniu będzie oferta Radmor S.A. która to opiewa na cenę przekraczającą kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie danego zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający nie ma możliwości zwiększenia kwoty do ceny najkorzystniejszej pozostałej oferty, tj. Radmor S.A. Oferta Radmor S.A. zawiera bowiem cenę netto w kwocie 916.952,00 zł netto, podczas gdy Zamawiający zamierzał przeznaczyć na wykonanie zadania 798.000,00 zł netto. Odwołujący w szczególności podniósł, że w razie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy Radmor S.A., za kwotę jak wskazaną w ofercie, zamówienie, którego zamierza udzielić Zamawiający wymagałoby zachowania pełnej procedury przewidzianej w przepisach ustawy Pzp włącznie z koniecznością wniesienia wadium a także przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Mając na uwadze powyższe brak jest możliwości zwiększenia przez Zamawiającego kwoty jaką zamierza przeznaczyć na udzielenie zamówienia publicznego ponad kwotę powyżej progów, albowiem prowadziłoby to do obejścia przepisów ustawy Pzp.

III. Naruszenie postanowienia pkt 5.2. SIWZ, a to przez przesłanie wykonawcy informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty za pośrednictwem poczty elektronicznej, podczas gdy zgodnie ze wskazanym postanowieniem SIWZ jest to niedozwolone:

Odwołujący podniósł także, że zgodnie z pkt 5.2. SIWZ „Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje mogą być przekazywane przez strony w formie pisemnej lub za pomocą faksu, przy spełnieniu wymogów określonych w pkt. 5.3 SIWZ. Zamawiający dopuszcza przesyłanie pytań o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej również SIWZ) w wersji elektronicznej na adres: pmr@ncs2012.pl”. Również w pkt 5.3. SIWZ wskazano, że „Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przekazane do Zamawiającego za pomocą faksu lub poczty

elektronicznej (wykorzystanie poczty elektronicznej dopuszczalne wyłącznie w zakresie zadawania pytań o wyjaśnienie treści SIWZ) uważa się za złożone w terminie, jeżeli ich treść dotrze do Zamawiającego na adres podany w pkt 5.1. SIWZ, przed upływem wymaganego terminu. Każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt otrzymania faksu lub wiadomości elektronicznej.". Z przytoczonych postanowień SIWZ – w ocenie Odwołującego - wynika jednoznacznie, iż Zamawiający nie był uprawniony do przekazywania informacji dotyczących wyboru najkorzystniejszej oferty w drodze wiadomości e-mail, zatem doszło do naruszenia postanowień SIWZ, przez podmiot, który sam takie postanowienia ustanowił.

6

W dniu 27 listopada 2012 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawcy Elektrit Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Bociańskiej 41A, 18-100 Łapy oraz odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający uzasadniając swoje stanowisko poinformował Odwołującego, że oferta złożona przez Aksel - Net Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Lipowej 17, 44-207 Rybnik, została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. W złożonej ofercie wykonawca zaoferował system wykorzystujący kanały o szerokości 25 kHz. Zgodnie z wymogami zawartymi w pkt. I.2.6. opisu przedmiotu zamówienia, maksymalny odstęp międzykanałowy powinien wynosić 12,5 kHz podczas pracy w trybie cyfrowym. Ponieważ zaoferowane urządzenia nie spełniają wskazanego wymogu Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia złożonej oferty.

Czynność Zamawiającego z dnia 27 listopada 2012 r. stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę Aksel - Net Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Lipowej 17, 44-207 Rybnik.

Do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia - w terminie przewidzianym w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp - żaden z wykonawców.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Aksel-Net Sp. z o.o., ul. Lipowa 17, 44-207 Rybnik - jak również oświadczenia i stanowiska stron 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 stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 3 grudnia 2012 r.

7

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia - w terminie przewidzianym w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp - żaden z wykonawców.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również „SIWZ”) zawierała, między innymi następujące postanowienia:
Załącznik nr 1 – Warunki techniczne: • „Stacja bazowa retransmisyjna rankingowa 6 kanałowa”; pkt 2 „Parametry techniczne ogólne stacji retransmisyjnej i wyposażenie”, ppkt 2.6. Odstęp międzykanałowy 12,5 kHz podczas pracy w trybie cyfrowym; • „Terminale”, pkt 2 „Parametry techniczne ogólne”, ppkt 2.2 Odstęp międzykanałowy minimum 12,5 kHz i 6,25 kHz w trybie cyfrowym.

Izba ustaliła, że Zamawiający w piśmie z dnia 19 listopada 2012 r. wyjaśniał treść SIWZ. Wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 19 listopada 2012 r. nie dotyczyły kwestii spornych będących przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego.

Z oferty złożonej przez Odwołującego wynika m. in.:

- 1) Załącznik do SIWZ – formularz oferowanego sprzętu; pkt 1 Cyfrowy przemiennik trankingowy kanałowy 440-470 MHz Zamontowane w szafie 19; ilość szt. – 6; typ – tetra 3-kanałowa zapewniająca uruchomienie oczekiwanej liczby 11 kanałów rozmów i 1 kanału kontrolnego zgodnie z SIWZ (410-430 MHz lub 440-470 MHz), producent – Rohill;
- 2) Załącznik do SIWZ – formularz oferowanego sprzętu; pkt 6 Radiotelefon przenośny z klawiaturą i wyświetlaczem (zespół N/O), ilość szt. – 200, typ – MTP 3250, producent – Motorola.

Mając powyższe na względzie Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba odnosząc się do zarzutów dotyczących postanowień SIWZ (pkt 5.2. SIWZ), zaniechania wykluczenia wykonawcy Elektrit Sp. z o.o. oraz naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Izba zważyła co następuje.

8

Przedmiotem zamówienia publicznego jest dostawa, której wartość oszacowano na kwotę poniżej progów, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (poniżej tzw. „progów unijnych”).

Zatem stwierdzić należy, że dla zamówień o takich wartościach ustawodawca w przepisie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp przewidział ograniczenie do wnoszenia odwołań.

Zaskarżeniu podlegają więc jedynie enumeratywnie wymienione w nim czynności, tj.:

1. wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
2. opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
3. wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
4. odrzucenia oferty odwołującego.

Z treści złożonego odwołania wynika, iż zarzuty odwołania w części dotyczą postanowień SIWZ, jak również zaniechania wykluczenia wykonawcy Elektrit Sp. z o.o., oraz zaniechania unieważnienia postępowania.

W odniesieniu do postępowań, których wartość nie przekracza kwot, o których mowa w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, ustawodawca w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp określił enumeratywny katalog czynności, od których przysługuje odwołanie. Przywołany przepis nie wymienia czynności zaniechania wykluczenia innego wykonawcy niż Odwołujący, czy też unieważnienia, bądź zaniechania unieważnienia postępowania. Ustawodawca nie dopuścił również możliwości zaskarżenia postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej również: „SIWZ”) Rozpoznanie odwołania wobec ww. czynności jest zatem niedopuszczalne w postępowaniach o wartości nie przekraczającej kwot, o których mowa w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę, że ustawa Pzp nie zna instytucji częściowego odrzucenia odwołania, dlatego zarzuty odwołania - inne niż zarzuty dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – nie podlegają częściowemu odrzuceniu jednak wobec brzmienia art. 180 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy nie mogą być przedmiotem rozpoznania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Tylko zatem w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego - złożone odwołanie mogło podlegać rozpoznaniu na przeprowadzonej przez Izbę rozprawie, co w niniejszej

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego Izba stwierdziła, że zarzut ten nie znalazł potwierdzenia w złożonym materiale dowodowym.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie, złożone przez Odwołującego pismo z dnia 17 grudnia 2012 r. „wskazania *technicznych i funkcjonalnych aspektów systemu łączności dla Narodowego Centrum Sportu sp. z o.o. w Warszawie*”.

Izba oceniając czynność Zamawiającego - w postaci odrzucenia oferty Odwołującego - wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne:

Po pierwsze Odwołujący nie zakwestionował sposobu oceny ofert - przyjętego przez Zamawiającego – w niniejszym postępowaniu;

Po drugie Odwołujący nie wykazał przed Izbą z jakich to dokumentów (np. dokumentów technicznych), czy też z jakiej części złożonej oferty wynika – twierdzenie Odwołującego - że jego oferta jest zgodna z postanowieniami SIWZ; a sporny parametr - maksymalny odstęp międzykanałowy wynosi 12,5 kHz - został przez Odwołującego spełniony;

Po trzecie Odwołujący na rozprawie złożył dokument z dnia 17 grudnia 2012 r. dotyczący „wskazania *technicznych i funkcjonalnych aspektów systemu łączności dla Narodowego Centrum Sportu sp. z o.o. w Warszawie*”, który w ocenie Izby uprawdopodobnia fakt, że maksymalny odstęp międzykanałowy wskazany w ofercie Odwołującego wynosi 25 kHz nie zaś jak wymagał Zamawiający 12,5 kHz. W niniejszym dokumencie zastrzeżono, system łączności oparty na działaniu na częstotliwości 25 kHz (system Tetra) – czyli system oferowany przez Odwołującego jest rozwiązaniem nowocześniejszym, użytkowanym obecnie na terenie Polski przez większość służb państwowych tj. Policję, Straż Miejską i służby ratunkowe. Fakt, iż Odwołujący może zaproponować przedmiot zamówienia o lepszych parametrach, niż wymagane przez Zamawiającego nie może uzasadniać zaakceptowania oferty Odwołującego wobec jasno sprecyzowanych postanowień SIWZ – t.j. postawionego wymogu maksymalnego odstępu międzykanałowego 12,5 kHz. Ponadto niewystarczające jest powołanie się na postępowania prowadzone przez innych Zamawiających. Ocena ofert może być dokonana wyłącznie przez pryzmat postawionych specyfikacją wymagań. Niewystarczające jest również – na etapie badania i oceny ofert – podnoszenie argumentów, że „wskazanie w SIWZ systemu łączności opartego na częstotliwości 12,5 kHz jednoznacznie określa jednego producenta systemu - firmę Kenwood”.

Po czwarte Izba wzięła również pod rozwagę, że Odwołujący na rozprawie oświadczył, iż oferta Odwołującego co do częstotliwości, szerokości kanału bazuje na odstępnie 25 kHz.

Po piąte Izba poddała ocenie argumentację Odwołującego przedstawioną w odwołaniu oraz w piśmie z dnia 17 grudnia 2012 r. Z powyższych dokumentów w ocenie Izby wynika, że Odwołujący wiedząc, iż nie będzie mógł spełnić wymogów Zamawiającego w zakresie spornego parametru kwestionował postawiony wymóg maksymalnego odstępu międzykanałowego 12,5 kHz. Na powyższe wskazuje argumentacja zawarta na str. 3 odwołania „Brak bowiem dopuszczenia systemu o szerokości kanału 25 kHz, stanowi jawne i niczym nie uzasadnione ograniczenie konkurencji jak i technologii występującej na rynku, a w szczególności Systemu TETRA, z którego korzysta min. Komenda Stołeczna Policji oraz Straż Miejska miasta Warszawy” oraz argumentacja zawarta w piśmie z dnia 17 grudnia 2012 r. – „wskazanie w SIWZ systemu łączności opartego na częstotliwości 12,5 kHz jednoznacznie określa jednego producenta systemu - firmę Kenwood”.

Po szóste Odwołujący – wbrew temu co twierdził na rozprawie – nie był w stanie

wykazać przed Izbą, iż zwracał się do Zamawiającego z zapytaniem czy Zamawiający dopuszcza system o szerokości kanału 25 kHz, w tym postępowaniu, nie posiadał na tę okoliczność żadnych dowodów.

Odnosząc się argumentacji Odwołującego – t.j. odpowiedzi na pytania z dnia 14 listopada 2012 r. – Izba wzięła pod rozwagę stanowisko Zamawiającego, że odpowiedzi na pytania z dnia 14 listopada 2012 r. dotyczyły wcześniej prowadzonego postępowania pn.: „System łączności radiowej”, które zostało przez Zamawiającego unieważnione. Powyższe stanowisko Zamawiającego nie zostało zakwestionowane przez stronę przeciwną. Jednak – niezależnie od powyższego – jak wskazał Zamawiający - odpowiedzi na pytania z dnia 14 listopada 2012 r. potwierdzały stanowisko i wymagania Zamawiającego wyrażone w postępowaniu na „System łączności radiowej dla Stadionu Narodowego w Warszawie” w zakresie spornego parametru, t.j. maksymalnego odstępu międzykanałowego 12,5 kHz.

Na marginesie, odnosząc się do argumentacji Odwołującego przedstawionej na rozprawie przez profesjonalnego pełnomocnika, iż ofertę wykonawcy Elektrit Sp. z o.o. należy odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na niespełnienie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu przypomina wymaga, że czym innym jest badanie warunków udziału w postępowaniu a czym innym badanie treści złożonej oferty

z specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Warunki udziału dotyczą strony podmiotowej wykonawcy (t.j. np. jego sytuacji ekonomicznej i finansowej), i spełnienie warunków dopiero kwalifikuje ofertę wykonawcy (bądź nie – w przypadku niespełnienia warunków udziału), do późniejszego etapu badania jej treści. Zatem w pierwszej kolejności Zamawiający powinien zbadać, czy wykonawca spełnia postawiony przez niego (w ogłoszeniu i SIWZ) warunek udziału dotyczący np. sytuacji ekonomicznej i finansowej. Jeżeli wykonawca spełnia warunki udziału, to jego oferta podlega analizie Zamawiającego pod względem jej zgodności z SIWZ. Badając ofertę Zamawiający co do zasady sprawdza czy opisany w ofercie przedmiot zamówienia (który ma być przez wykonawcę świadczony w przyszłości) odpowiada opisowi w SIWZ, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji oraz innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w takim stopniu w jakim oczekiwał tego Zamawiający w SIWZ.

Wobec braku dowodów, jak również nieodparcia argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego oraz wobec złożenia dowodu w postaci pisma z dnia 17 grudnia 2012 r. – Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

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 poniesienia 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).

Jeszcze raz przypomnienia wymaga, iż 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 jego oferta spełnia wymagania Zamawiającego, 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).

Konkludując Izba stwierdziła, że zarzuty naruszenia art. 7 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp podniesione przez Odwołującego nie znalazły uzasadnienia w przedstawionym Izbie materiale dowodowym i biorąc pod rozwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia 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).

Przewodniczący:

.....