

WYROK
z dnia 10 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Aleksandra Zielonka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 stycznia 2017 r., w Warszawie, odwołań wniesionych:

A. w dniu 22 grudnia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Asseco Data Systems S.A, Symmetry Sp. z o.o., ul. Żwirki i Wigury 15; 81-387 Gdynia,**

B. w dniu 22 grudnia 2016 r. przez wykonawcę **Intertrading Systems Technology sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162A; 02-342 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów, ul. Samorządowa 1; 02-601 Radom,**

przy udziale wykonawcy **Intertrading Systems Technology sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162A; 02-342 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego (KIO 2418/16) – po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Asseco Data Systems S.A, Symmetry Sp. z o.o., ul. Żwirki i Wigury 15; 81-387 Gdynia,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego (KIO 2425/16) – po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Intros Technologie Multimedialne Sp. z o.o. ul. Wyszyńskiego 12/5, 44-100 Gliwice,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego (KIO 2418/16 oraz KIO 2425/16) – po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddała odwołania.

1

2. Kosztami postępowania obciąża: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems S.A, Symmetry Sp. z o.o., ul. Żwirki i Wigury 15; 81-387 Gdynia oraz wykonawcę Intertrading Systems Technology sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162A; 02-342 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems S.A, Symmetry Sp. z o.o., ul. Żwirki i Wigury 15; 81-387 Gdynia oraz wykonawcę Intertrading Systems Technology sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162A; 02-342 Warszawa, 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 2015 r., poz. 2164 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 **Radomiu**.

Przewodniczący:

2

negocjacji z ogłoszeniem, którego przedmiotem jest „Usługa zintegrowanego środowiska teleinformatycznego dla nowych rozwiązań biznesowych - zadanie 1 - Rozbudowa chmury obliczeniowej Ministerstwa Finansów dla nowych rozwiązań biznesowych”.

Dnia 12 grudnia 2016 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej, w zadaniu nr 1.

KIO 2418/16

Dnia 22 grudnia 2016 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems S.A., Symmetry Sp. z o.o., (dalej „odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, podjętych w postępowaniu polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Intros Technologie Multimedialne Sp. z o.o. (dalej „Intros”) jako najkorzystniejszej oraz niewykluczenie i nieodrzućenie oferty złożonej przez Intros.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz 4 ustawy Pzp, poprzez brak wykluczenia wykonawcy Intros, mimo że ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania oraz nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Intros, która nie spełnia warunków s.i.w.z.;
- 3) art. 90 ust. 3 w związku z 89 ust. 1 pkt 2 oraz 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Intros, mimo że oferta tego wykonawcy jest rażąco niska lub stanowi czyn nieuczciwej konkurencji lub narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 3) nakazanie zamawiającemu wykluczenie wykonawcy Intros i odrzucenie jego oferty z uwagi na złożenie przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ

3

na wynik postępowania i niewykazanie przez tego wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu,

- 4) alternatywnie nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Intros, jako niespełniającej wymogów s.i.w.z.,
- 5) alternatywnie nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Intros, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę,
- 6) alternatywnie nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Intros, jako oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- 7) nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej;
- 8) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz kosztami zastępstwa według przedstawionego zestawienia kosztów.

Odwołujący wskazał, iż firma Intros zaoferowała jako Macierz dyskową typ 1 rozwiązania producenta NetApp, które nie spełniają wymagania zamawiającego, ponieważ uniwersalne oprogramowanie macierzy NetApp ONTAP (które jest stosowane w macierzach NetApp) nie umożliwia automatycznego Tiering'u pomiędzy wszystkimi typami stosowanych dysków tj. SSD, SAS oraz NL-SAS.

W zakresie automatycznego przywracania ustawień serwera, kart sieciowych, BIOS, wersji firmware należy też zauważyć, że w przypadku awarii i wymiany któregoś z komponentów (w tym kontrolera RAID, kart sieciowych, płyty głównej) zapisanych na karcie zarządzającej serwery Huawei nie mają możliwość zapisywania ustawień na karcie zarządzającej, na podstawie których można zrealizować automatyczne odtworzenie w przypadku awarii. Automatyczne przywrócenie ustawień obejmuje tylko konfigurację i nie obejmuje wersji FIRMWARE.

Ponadto, w przypadku rozwiązań Huawei nie ma możliwości automatycznego zgłoszenia incydentu awarii bezpośrednio do centrum serwisowego producenta serwera. Centrum serwisowe Huawei - TAC - przyjmuje zgłoszenie telefonicznie albo mailowo, natomiast

w przypadku zgłoszenia mailowego wymagana jest INTERAKCJA z inżynierem po stronie centrum serwisowego celem poprawnego zgłoszenia.

Wykonawca Intros wskazał, że zamierza dostarczyć rozwiązanie, którego producentem jest firma Novell. Oznacza to jednak, że wykonawca Intros planuje dostarczyć rozwiązanie nieaktualne, niespełniające wymogów s.i.w.z. Zgodnie z powszechnie dostępnymi informacjami, firma Novell nie istnieje, gdyż została przejęta przez firmę Micro Focus w listopadzie 2014 roku. Tym samym wskazany przez Intros producent nie istnieje. Tym samym wskazanie przez Intros tego producenta oznacza, że w ten sposób wprowadził on zamawiającego w błąd, co do istnienia takiego oprogramowania firmy Novell, która na dzień składania ofert nie była producentem jakiegokolwiek systemu operacyjnego, gdyż przestała

4

istnieć w wyniku przejęcia przez Micro Focus w roku 2014, a firma Micro Focus nie oferuje rozwiązania wymaganego przez zamawiającego - zarówno co do funkcjonalności jak i licencjonowania. Oprogramowanie wymagane przez Zamawiającego jest z kolei oferowane przez producenta Suse.

Oferta Intros w zakresie licencji na system operacyjny opiewa na łączną kwotę 99.936,99 zł, co stanowi 6% średniej ceny wszystkich ofert w tym zakresie. Koszt tej licencji, w przypadku Intros powinien być przeliczany na 60 miesięcy - to jest czas trwania gwarancji (płatne wsparcie producenta), zatem w najwyższym możliwym okresie wymaganym przez zamawiającego. Oznacza to, że Intros oferuje to rozwiązanie rażąco poniżej ceny zakupu, która jak widać na przykładzie pozostałych wykonawców była podobna dla każdego z wykonawców, z odchyleniem kilkuprocentowym pomiędzy każdym z nich. Takie działanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Dodatkowo jest ono podejmowane przez Intros w celu eliminacji innych podmiotów z rynku. Skoro każdy z wykonawców zaoferował rozwiązanie firmy Microsoft, które w standardowym cenniku Microsoft, zgodnie z wymogami zamawiającego dla zamówienia podstawowego i opcji, ze wsparciem producenta na 5 lat, jest oferowane za cenę 332 189,10 EURO netto (według kursu EUR/PLN - 4.20 zł po doliczeniu VAT daje to kwotę 1.716.088,89 zł brutto), to zaoferowanie wskazanej powyżej ceny przez Intros, która stanowi 5,8% tej ceny jest niewątpliwie działaniem wypełniającym definicję z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wreszcie należy zwrócić uwagę, że takie działanie wypełnia także definicję ogólną z ustawy, to jest z art 3 Ustawy ZNK.

W kontekście powyższego należy odnieść się także do wyjaśnień składanych przez Intros w związku z podejrzeniem zaoferowania rażąco niskiej ceny. Nawet jeśli w swoich wyjaśnieniach wykonawca Intros wskazał na możliwość realizacji zamówienia w cenie całkowitej, to niezaprzeczalnie takie wyjaśnienia nie mogą prowadzić do wykluczenia zarzutu stosowania cen dumpingowych, zaś w efekcie ich złożenia nie może dojść do sytuacji w której zamawiający pozwala na oferowanie realizacji zamówienia z zastosowaniem cen dumpingowych chociażby, co do pojedynczych elementów całego rozwiązania.

Dodatkowo w kontekście powyższego zaoferowanie przez Intros przeprowadzenia autoryzowanych przez producentów sprzętu i oprogramowania szkoleń za kwotę 18.450,00 złotych brutto wraz z obsługą konferencyjną, zapewnieniem noclegów, wyżywienia — zarówno dla uczestników jak i prelegentów czy asysty technicznej w cenie 49,20 zł/h brutto (przy wymogu zapewnienia odpowiedniego specjalisty o odpowiednim doświadczeniu) jest nierealne oraz niemożliwe do wykonania, gdyż koszty chociażby tych elementów są znacznie wyższe. Dodatkowo, wskazane przez Intros stawki wynagrodzenia za wdrożenie poszczególnych elementów jak i ceny poszczególnych elementów również rażąco odbiegają od cen rynkowych oraz są nierealne.

5

Intros nie wykazał, że będzie dysponował odpowiednim personelem koniecznym do realizacji przedmiotowego Postępowania. W Wykazie Osób Intros wskazuje kilkakrotnie, że będzie dysponował zasobami udostępnionymi. Jednocześnie do swojej oferty Intros załączył zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, z którego nie wynika jednak, że firma Maxto Sp. z o.o, Sp.k. udostępnia zasoby w postaci konkretnych pracowników, a jedynie ogólnie wskazuje na udostępnienie pracowników Maxto dla Intros. Nie można zatem z takiego udostępnienia wywnioskować, że Wykonawca Intros dysponuje odpowiednim personelem na potrzeby realizacji przedmiotowego postępowania, a co za tym

idzie nie spełnia wymogów s.i.w.z. w zakresie oczekiwanych przez zamawiającego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Zdaniem odwołującego, zamawiający dopuszcza się też zaniechania poprzez nieuzasadnione opóźnienie w przeprowadzeniu procedury testowej oraz formalnej, związanej z wyborem oferty najkorzystniejszej. Należy podkreślić, że przepisy PZP nie zabraniają podejmowania przez zamawiającego jakichkolwiek czynności w okresie pomiędzy wyborem oferty najkorzystniejszej a upływem terminu do wniesienia odwołania. Dodatkowo, nawet jeśli zamawiający przyjmował że może wpłynąć odwołanie, to nie powinien zwlekać z podjęciem czynności do wykonania których sam się zobowiązał w sformułowaniach s.i.w.z. Takie niczym nieuzasadnione opóźnianie czynności wpływa także na interes innych wykonawców, gdyż w efekcie opóźnień po stronie zamawiającego, pozbawia to innych wykonawców możliwości złożenia odwołania, w razie gdyby okazało się po złożeniu przez Intros szczegółowych dokumentów - specyfikacji technicznej, certyfikatów, że niespełniają one warunków s.i.w.z., a mimo to zostały zaaprobowane przez zamawiającego. W kontekście powyższego zamawiający dopuszcza się nierównego traktowania wykonawców, umożliwiając Intros zaprezentowanie swojego rozwiązania oraz potwierdzenia spełnienia wymogów formalnych i technicznych w późniejszym terminie i uniemożliwienie innym wykonawcom skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

W sprawie zostały złożone również pisma procesowe wraz z dowodami, przez odwołującego i przystępującego Intros.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że zamawiający pozbawił odwołującego możliwości realizacji zamówienia, mimo że oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą oraz mogła i powinna

6

była zostać oceniona przez zamawiającego w inny sposób, wskutek czego byłaby wybrana jako wygrywająca ponieważ uzyskałaby najwyższą liczbę punktów, zgodnie z kryterium oceny ofert określonym w s.i.w.z., gdyby zamawiający prawidłowo ocenił oferty. W razie unieważnienia czynności zamawiającego zgodnie z treścią odwołania, odwołujący może liczyć na zawarcie umowy o realizację zamówienia.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, wartość szacunkowa kwoty określone której zamówienia przekracza w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż odwołujący w żaden sposób nie udowodnił i nawet nie próbował udowodnić stawianego zarzutu dotyczącego rzekomego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. Odwołujący nie wykazał, na czym miałyby polegać wprowadzenie zamawiającego w błąd, poprzez złożenie nieprawdziwych informacji, które miały lub miały mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W szczególności odwołujący nie podał, jakiego rodzaju informacje, które

rzekomo podał Intros, są informacjami nieprawdziwymi. Sam fakt postawienia zarzutu w petitum odwołania nie może stanowić podstawy do rozstrzygnięcia zarzutu na którąkolwiek ze stron. Analogicznie odnieść się należy do zarzutu dotyczącego rzekomego nie wykazania przez Intros spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jednozdaniowe wręcz uzasadnienie zarzutu odwołującego, stawia w wątpliwość rzetelność a w szczególności słuszność stawianego zarzutu. Jak słusznie wskazał SO w Warszawie w wyroku z dnia 19 lipca 2012 roku, sygn. akt IV Ca 683/12 „W ocenie Sądu powołany przepis ma zastosowanie

7

w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Przy ocenie przesłanki wykluczenia na podstawie tego przepisu Zamawiający powinien uzyskać pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji było działaniem wykonawcy skierowanym na wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia, a nie skutkiem omyłki. Zdaniem Sądu złożenie nieprawdziwej informacji, o której mowa w powołanym przepisie, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, to nie sposób uznać, iż jego celem było wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Taki pogląd potwierdzają wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wydane m. in. w sprawach: KIO 590/12 i KIO 600/12 z dnia 12 kwietnia 2012 r., KIO 491/12 z dnia 26 marca 2012 r., KIO 267/12 z dnia 22 lutego 2012 r., KIO 2698/11 z dnia 29 grudnia 2011 r., KIO/UZP 1820/10 z dnia 8 września 2010 r., KIO/UZP 583/09, KIO/UZP 604/09 i KIO/UZP 605/09 z dnia 19 maja 2009 r., KIO/UZP 278/09 z dnia 20 marca 2009 r., KIO/UZP 1098/08 z dnia 24 października 2008 r. i KIO/UZP 814/08 z dnia 21 sierpnia 2008 r.". Ponadto wskazać należy, że SO w Katowicach, że „Ciężar dowodu nie tylko, co do podania nieprawdziwych informacji w ofercie, ale także związku z wynikiem prowadzonego postępowania obciąża skarżącego. Obowiązkowi temu skarżący nie sprostał.” (wyrok SO w Katowicach z dnia 9 lipca 2009 r., sygn. akt XIX Ga 223/09).

Co do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż argumentacja odwołującego w dużej mierze bazuje na domysłach (własnych założeniach) i subiektywnej (wycinkowej) interpretacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nadto odwołujący powołuje się, na potwierdzenie tez stawianych w odwołaniu na informacje, które powziął ze stron internetowych określonych producentów. Co do zasady Izba nie kwestionuje możliwości posilkowania się takimi informacjami, jednakże każda taka informacja musi mieć możliwość weryfikacji w danym postępowaniu. W opozycji do informacji prezentowanych przez odwołującego, Intros przedstawił, jako dowody oświadczenia producentów, które pozostają w sprzeczności z twierdzeniami odwołującego. Izba biorąc pod ocenę ustalony w sprawie stan faktyczny, za wiarygodne uznała oświadczenia producenta, które potwierdzają stanowisko zamawiającego. Przyjmując taki kierunek, Izba wzięła pod uwagę okoliczność, iż powszechnie wiadomym jest, że informacje ze stron internetowych, nawet jeżeli są to strony internetowe producentów urządzeń czy oprogramowania, zawierają informacje ogólne, wręcz uniwersalne. Działalność handlowa firm polega zaś na tym, że każdy profesjonalny podmiot z danej branży, jest w stanie porozumieć się z producentem, lub też autoryzowanym przedstawicielem, co do zmian i modyfikacji w odniesieniu do rozwiązania podstawowego, którego informacje upubliczniane są na stronach www.

8

Szczegółowe uzgodnienia, co do wprowadzonych zmian, często pozostają tajemnicą handlową stron. Dlatego też argumentowanie swoich twierdzeń w oparciu o informacje powzięte z Internetu nie mogą stanowić przeciwwagi do oświadczenia producenta, które w ocenie Izby, może być uznane za jedynie wiarygodne.

„W orzecznictwie i piśmiennictwie przyjmuje się, że niezgodność oferty, aby była prawnie doniosła z punktu widzenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, dotyczyć powinna niezgodności zobowiązania zamawianego w (...) oraz zobowiązania oferowanego w ofercie. Może także polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami (...), przy czym chodzi tu o wymagania (...) dotyczące treści oferty. Ponadto niezgodność oferty musi mieć charakter pewny i nieusuwalny.” (wyrok SO w Toruniu z dnia 10 marca 2015 r., sygn. akt VIII Ca 76/15). Odwołujący okoliczności przeciwnej nie udowodnił.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Intros, gdyż cena oferty jest rażąco niska lub stanowi czyn nieuczciwej konkurencji lub narusza zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji, Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego są bezzasadne.

W powyższym zakresie Izba podziela stanowisko zamawiającego, iż charakter zamówienia oraz forma jego rozliczania, ustalona jako ryczałtowa, pozwala wykonawcy na swobodę w kreowaniu treści oferty, rozumianą w taki sposób, że wykonawca określone ryzyka zamówienia w powiązaniu z własnym, subiektywnym sposobem realizacji tego zamówienia, pozwala na dokonanie wyceny oferty w sposób niedostępny innym wykonawcom. Powyższe twierdzenie potwierdzają informacje przedstawione zamawiającemu przez Intros w wyjaśnieniach z dnia 25 listopada 2016 roku, stanowiące wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Izba wskazuje, że treść tych wyjaśnień (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa) poparta w szczególności ofertami firm w pełni potwierdza prawidłowość i rzetelność zaoferowanej przez Intros ceny. Zwrócić również uwagę należy na fakt, że oferty firm, na które powołuje się Intros, zostały mu zaoferowane z datą sprzed składania ofert, tym samym potwierdziła się okoliczność, iż Intros w oparciu o oferty poddostawców miał prawo ustalić cenę w wysokości, która została zaoferowana zamawiającemu i która pokrywa koszty tego zamówienia oraz zapewnia Intros zysk.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła również, że złożenie oferty przez Intros stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, wręcz przeciwnie jej złożenie stanowi urzeczywistniony obraz zdrowej walki konkurencyjnej, popartej ofertami poddostawców. Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, a tym bardziej nie uprawdopodobnił okoliczności, na które się powołuje. Powyższe stanowisko wynika również z dotychczasowego orzecznictwa, dla przykładu SO w Katowicach w wyroku z dnia 14 czerwca 2010 roku, sygn. akt XIX Ga 230/10 wskazał, iż „Nieuzasadnione jest też stanowisko skarżących naruszenia art.89 ust. 1 pkt. 4 Pzp w zw.

9

z art. 15 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Skoro w toku postępowania nie wykazano, że wybrana oferta zawiera rażąco niską cenę to kalkulacja kosztów dokonana przez wykonawcę odpowiada przyjętej przez niego strategii budowy ceny. Nie wykazano, by przystępujący miał dominującą pozycję na rynku ani też, że jego cena odbiegała od cen rynkowych i nie pokrywała kosztów świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia. Obszerne rozważania KIO w zakresie rozumienia art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Sąd Okręgowy w całości podziela i uznaje za własne. W szczególności trafne jest to stanowisko, że oferta zawierająca niższe ceny jednostkowe w poszczególnych pozycjach w stosunku do innych wykonawców nie jest dowodem, że jej złożenie stanowi utrudnienie dostępu do rynku innym wykonawcom oraz, że cena została podana poniżej kosztów wytworzenia.”

Izba nie podzieliła również stanowiska odwołującego, że zamawiający poprzez „opóźnienie procedury testowej oraz formalnej związanej z wyborem oferty najkorzystniejszej” naruszył zasadę równego traktowania wykonawców. W ocenie Izby, to nie szybkość a rzetelność prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma decydujące znaczenie. Zamawiający bowiem ma za zadanie w sposób bezstronny i obiektywny ocenić złożone oferty w czasie jaki jest mu na to niezbędny, a wszelkiego rodzaju naciski ze strony wykonawców nie mogą mieć żadnego wpływu na czas dokonywania takich czynności. Często (a nawet zawsze) przy zaskarżaniu czynności zamawiającego wykonawcy podnoszą zarzuty do zamawiającego, że nie wykonał określonych czynności, czy też wykonał je z naruszeniem przepisów prawa. Dlatego też, Izba badając okoliczności faktyczne i prawne tego postępowania, nie stwierdziła, że zamawiający postępuje opieszale, z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców. Czynności zamawiającego należało uznać za odpowiednie do występującego w czasie stanu faktycznego sprawy.

Odnosząc się zaś do wniosków dowodowych zgłoszonych przez odwołującego i przystępującego Intertrading, to Izba przyjęła zgłoszone dowody w poczet materiału postępowania odwoławczego stwierdzając jednocześnie, że oceniając wiarygodność i moc dowodów wg własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zabranego materiału, uznała ich nikłą moc z uwagi na okoliczność, iż w większości powołane dowody to wydruki ze stron internetowych oraz prywatna korespondencja e-mail. W opozycji do dowodów zgłoszonych przez przystępującego Intros, które Izba uznała za wiarygodne,

dowody odwołującego i Intertrading nie mogły stanowić podstawy rozstrzygnięcia.

Jak słusznie wskazał SO w Łodzi w wyroku z dnia 13 marca 2014 roku, sygn. akt III Ca 1772/13 „Wypada bowiem zważyć, iż zgodnie z art. 190 u. p.z.p. strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ogólną zasadę ciężaru dowodu formułuje w tym zakresie

10

art. 6 k.c. recypowany do postępowania w sprawach dotyczących zamówień publicznych poprzez art. 14 u.p.z.p. Ciężar dowodu spoczywa zatem w zasadzie na odwołującym. Oczywiście, wyrażonej w art. 6 k.c. w zw. z art. 14 u.p.z.p. reguły rozkładu ciężaru dowodu nie można jednak rozumieć w ten sposób, że zawsze, bez względu na okoliczność sprawy, obowiązek dowodzenia wszelkich faktów o zasadniczym dla rozstrzygnięcia sporu znaczeniu spoczywa na odwołującym. Jednakże, w niniejszej sprawie to właśnie odwołujący powinien udowodnić swe twierdzenie o niezgodności produktu zaoferowanego przez firmę (...) Sp. z o.o. ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.). Należy bowiem podkreślić, iż powołany przepis art. 6 k.c. oraz wynikająca z niego reguła art. 190 ust. 1 u.p.z.p. wyrażają dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne (ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat - na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza). Ze względu na postulat szybkości i ekonomiki procesowej, znajdujący potwierdzenie w art. 190 ust. 1 u.p.z.p. zasada rozkładu ciężaru dowodu winna być przy tym konsekwentnie egzekwowana wraz z wynikającymi z niej skutkami procesowymi.”.

W przedmiotowym postępowaniu odwołujący nie sprostał temu obowiązkowi.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

KIO 2425/16

Dnia 22 grudnia 2016 roku wykonawca Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

1. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Intros Technologie Multimedialne sp. z o.o. (dalej „Intros”) ze względu na to, że oferta ta:
 - 1) sprzeczna jest w swej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
 - 2) zawiera rażąco niską cenę w stosunku przedmiotu zamówienia, w tym także w zakresie przedmiotu zamówienia w części dotyczącej opcji oraz usług dedykowanej asysty technicznej, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz 90 ust. 2 Pzp,
 - 3) jest ofertą, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp,

11

2. zaniechaniu wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Asseco Data Systems S.A. i Symmetry sp. z o.o. (dalej „konsorcjum Asseco”) do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie przedmiotu zamówienia, w tym w części dotyczącej opcji, w związku z czym doszło do naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp,
3. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Asseco ze względu na to, że:
 - 1) złożenie tej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp,
 - 2) oferta ta sprzeczna jest w swej treści z treścią siwz, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,
4. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez APN Promise S.A. i Comtegra S.A. (dalej „konsorcjum APN”) ze względu na to, że oferta ta sprzeczna jest w swej treści z treścią siwz, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,

5. zaniechaniu wezwania Konsorcjum APN do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie czynności usług dedykowanej asysty technicznej, w związku z czym doszło do naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp.

Powyższym czynnościom odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, art. 90 ust. 1 Pzp, art. 90 ust. 2 Pzp i art. 7 Pzp.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i: odrzucenia oferty Intros ze względu na to, że: oferta ta jest sprzeczna w swej treści z treścią s.i.w.z., oferta ta zawiera rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, złożenie oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, odrzucenia oferty konsorcjum Asseco ze względu na to,

że: złożenie oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, oferta ta sprzeczna jest z treścią s.i.w.z., wezwania Konsorcjum Asseco do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie przedmiotu zamówienia, w tym w części dotyczącej opcji, odrzucenia oferty konsorcjum APN ze względu na to, że: oferta ta jest sprzeczna w swej treści z treścią s.i.w.z., złożenie oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, wezwania konsorcjum APN do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie przedmiotu zamówienia, w tym w części dotyczącej usług dedykowanej asysty technicznej, dokonania ponownej oceny ofert, zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

12

Odwołujący podniósł, iż żaden z produktów NetApp, w szczególności, ale nie wyłącznie macierze z rodziny FAS nie spełniają funkcjonalności, szczególnie w powiązaniu z innymi wymogami wobec Macierzy Dyskowych typ 1. Produkty NetApp nie pozwalają na spełnienie wymagań w zakresie tieringu (tj. nie pozwalają na automatyczne przemieszczanie się danych pomiędzy różnymi warstwami i technologiami składowania w sposób szczegółowo opisany w poz. 12). Ponadto produkty NetApp nie wypełniają wymogów odnośnie pojemności użytkowej na poziomie „NETTO SAS”.

Intros zaoferował, jako „oprogramowanie do automatyzacji zadań procesu udostępnienia usług” oprogramowanie własne tj. Intros. Takiego oprogramowania nie ma, a zatem nie było możliwe jego zaoferowanie zamawiającemu. Co najwyżej możliwe jest posiadanie swego rodzaju bazy (tj. pewnych elementów) dla przygotowania takiego konkretnego oprogramowania. To jednak wymaga bardzo daleko idącej kastomizacji (personalizacji) tej bazy pod kątem potrzeb CPD MF, a wręcz swego rodzaju poskładania owej bazy w pewną całość.

W ocenie odwołującego, oferta Intros powinna podlegać odrzuceniu, ze względu na fakt, że zaoferowana cena nosi znamiona rażąco niskiej ceny (RNC). Odwołujący wskazuje, że ceny wskazane dla oferowanych produktów tj. oprogramowania Microsoft, Novell i Red Hat są całkowicie nieadekwatne do warunków rynkowych i oferty legalnych dystrybutorów (bądź też samych producentów) i to nawet przy uwzględnieniu najwyższych ze stosowanych rabatów. Ww. oprogramowanie stanowi istotną składową całość oferowanej ceny, a poziom zniżenia ma wpływ na realności ceny jako całości, a także ceny za zamówienie podstawowe jak i za opcję. Ceny Intros w tym zakresie istotnie odbiegają od tożsamyh cen innych wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienie, choć lch potencjał nabywczy jest wyższy od Intros, a co się z tym wiąże mają większą możliwość uzyskania rabatów.

Z ostrożności odwołujący zauważył, że gdyby Intros wskazał, że nie posiada jeszcze własnego „oprogramowanie do automatyzacji zadań procesu udostępnienia usług”, ale takowe przygotuje (względnie takowe posiada, ale będzie je dostosowywał do konkretnych potrzeb CPD MF) to wówczas w wyjaśnieniach powinna znaleźć się szczegółowa analiza i kalkulacja wykonania/kastomizacji takiego oprogramowania. Na wykonanie takiej kastomizacji niezbędne jest co najmniej 1043 robocznodni (dalej „rbd”), tj. 8.444 rbh. Co istotne przy wykonywaniu tych czynności występuje także szereg innych kosztów niż pracownicze (np. wykorzystywanego oprogramowania cudzego, itp.). Zważywszy na realne stawki wynagrodzeń jakie są oferowane wysoko wykwalifikowanym informatykom, kwota jaka została wskazana przez Intros (405.900,00 zł brutto, tj. 330.000,00 zł netto) jest

całkowicie oderwana od rzeczywistości.

Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia w zakresie Opcji na kwotę 8.678.524,00 zł (kwota po dodaniu podatku VAT), tymczasem Intros zaoferował

13

wynagrodzenie w kwocie 3.414.275,23 zł, czyli o ponad 60% niższą od oszacowania, co samo w sobie budzi poważne wątpliwości co do rzetelności oferty, a ponadto cena za Opcję Intros jest o ponad 40% niższa od kolejnej ceny (5.695.504,00 zł w ofercie Konsorcjum Asseco za Opcję i przede wszystkim (co jest lepszym wyznacznikiem) jest niższa ok. 63% średniej ceny za Opcję wszystkich pozostałych wykonawców (średnia 9.185.128,38 zł). Zdaniem odwołującego nie jest realne zaoferowanie tak niskiej ceny w sytuacji gdy inne oferty, podmiotów co najmniej tak samo, jak nie bardziej, doświadczonych, są tak istotnie wyższe od oferty Intros.

Za rażąco niską należy uznać także cenę za świadczenie usług Asysty Technicznej. Zaoferowane ceny są całkowicie nierynkowe i abstrahując od rzeczywistych poziomów wynagrodzeń wykształconej i doświadczonej kadry informatycznej.

Niezależnie od powyższego w ocenie odwołującego złożenie przez Intros tak skalkulowanej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na manipulacji poszczególnymi cenami. Manipulacja ta polega na tym, że część kosztów usług czy też dostaw została ujęta nie przy czynnościach generujących te koszty, tylko przy innych czynnościach. Przerzucenie to nastąpiło z części niepewnej wynagrodzenia (czyli wynagrodzenia za Opcję i wynagrodzenia za usługi Asysty Technicznej) do części pewnej (wynagrodzenia za Zamówienie Podstawowe, bez usług Asysty Technicznej).

Podobnie jak Intros konsorcjum Asseco także popełniło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na manipulacji poszczególnymi cenami, poprzez przerzucenie kosztów z części przyszej i niepewnej tj. Opcji do części pewnej czyli Zamówienia Podstawowego.

Konsorcjum Asseco, wykorzystując konstrukcję zamówienia, poprzez sztuczne rozbicie cen za ten sam produkt, pomiędzy ceny za realizację części podstawowej, a ceną Opcji w swej istocie obciąża zamawiającego kosztami sprzętu, który może w ogóle nie będzie dostarczony. Tego rodzaju działanie niewątpliwie jest czynem nieuczciwej konkurencji. Konsorcjum Asseco zaoferowało jako „oprogramowanie do automatyzacji zadań procesu udostępnienia usług” oprogramowanie producenta Symmetry. Takiego oprogramowania nie ma, a zatem nie było możliwe jego zaoferowanie zamawiającemu. Co najwyżej możliwe jest posiadanie swego rodzaju bazy (tj. pewnych elementów) dla przygotowania takiego konkretnego oprogramowania. To jednak wymaga bardzo daleko idącej kustomizacji (personalizacji) tej bazy pod kątem potrzeb CPD MF, a wręcz swego rodzaju poskładania owej bazy w pewną całość.

Ponadto Konsorcjum Asseco w formularzu cenowym zaoferowało dla „modułów SFP i kart przełącznika wraz z licencjami aktywującymi produkt producenta ProLabs. Powyższe sprzeczne jest z wymaganiem s.i.w.z. w postaci dostarczenia niezbędnych licencji aktywujących. Owe licencje aktywujące muszą dotyczyć kart przełącznika SAN Director HP SN8000B. ProLabs nie może dostarczyć takich licencji, albowiem oprogramowanie

14

„aktywujące” może dostarczyć tylko i wyłącznie producent danego przełącznika, którym to ProLabs nie jest. Choć ProLabs jest wyspecyfikowanym producentem kompatybilnych urządzeń do sieci i urządzeń, a w swej ofercie firma ProLabs posiada moduły optyczne, które można zastosować w urządzeniach HP SN8000B, ale nie oznacza to uprawnienia ProLabs do dostarczenia licencji aktywujących, albowiem te licencje mogą pochodzić tylko od HP. Tymczasem Konsorcjum Asseco nie wskazało żadnego produktu HP i nie może w tym zakresie dokonywać już żadnej zmiany.

Konsorcjum APN w ofercie wskazało dla poz. „Macierz dyskowa flash C.STO.FLS” (dalej „Macierz Flash”) macierze produkcji IBM. Zdaniem odwołującego, oferta konsorcjum APN jest sprzeczna z treścią s.i.w.z., albowiem nie ma takiego produktu IBM, który spełniałby wymagania dla Macierzy Flash jakie zostały określone w s.i.w.z.

Odwołujący powołał się na argumentację prawną w zakresie w jakim odnosi się ona do kwestii RNC (w odniesieniu do konsorcjum Asseco), szczególnie w kontekście możliwości badania występowania RNC w odniesieniu do cen cząstkowych (tu ceny za Opcję) oraz konieczności zastosowania procedury z art. 90 ust. 1 Pzp.

Oferta Konsorcjum APN z pewnością zawiera nierealną cenę za Asystę Techniczną. Kwota 30,75 zł brutto (25 zł netto) za 1 rbh, jest stawką około trzykrotnie zaniżoną wobec rzeczywistych kosztów pracy.

W związku z tym, że zarzut kierowany wobec oferty Konsorcjum APN jest, przynajmniej co do zasady tożsamy z zarzutem wobec oferty Intros jak i Konsorcjum Asseco, odwołujący powołał się na argumentację prawną podniesioną do ofert ww. wykonawców. Zdaniem odwołującego, podobnie jak wykonawcy Intros oraz Konsorcjum Asseco także Konsorcjum APN popełniło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na manipulacji poszczególnymi cenami, poprzez przerzucenie kosztów z części niepewnej tj. wynagrodzenia za Asystę Techniczną do części pewnej czyli Zamówienia Podstawowego.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Oferta IST jest czwarta w rankingu ofert. Odwołanie kwestionuje czynności oceny ofert wszystkich wykonawców będących w rankingu ofert na wyższej pozycji od IST. W konsekwencji uwzględnienie odwołania i odrzucenie ofert wykonawców Intros, konsorcjum Asseco i konsorcjum APN umożliwi odwołującemu pozyskanie zamówienia, a także osiągnięcie założonego przychodu i zysku z realizacji tego zamówienia. Tym samym zaskarżone czynności zamawiającego narażają IST na szkodę wynikającą z nie uzyskania tego zamówienia, oraz nieosiągnięcia z tego tytułu określonego przychodu oraz zysku.

15

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

W postępowaniu pisma procesowe złożyli: przystępujący Intros oraz przystępujący konsorcjum Asseco.

Odwołujący złożył również spis dowodów wraz z dowodami.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, wartość szacunkowa kwoty określone której zamówienia przekracza w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących art. 89 ust. 1 pkt 2, 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, Izba podtrzymuje swoje stanowisko, jak w sprawie KIO 2418/16. Natomiast w odniesieniu do zarzutów dotyczących naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,

Izba stwierdziła, że zarzuty są bezzasadne. Izba w tym zakresie podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego, a mianowicie, że skoro oferty wykonawców: konsorcjum Asseco oraz konsorcjum APN, nie wykraczają poza ustaloną przez ustawodawcę granicę 30 % w obu kryteriach, to zamawiający nie miał obowiązku wzywania tych wykonawców do wyjaśniania ceny oferty w zakresie czy jest ona rażąco niska. Ponadto Izba podziela stanowisko prezentowane w orzecznictwie, że dyspozycja przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, skierowana jest do zamawiającego i to zamawiający, jako gospodarz postępowania ma możliwość zastosowania procedury opisanej tym przepisem.

Odnosząc się zaś do wniosków dowodowych zgłoszonych przez odwołującego i przystępującego konsorcjum Asseco, to Izba przyjęła zgłoszone dowody w poczet materiału

16

postępowania odwoławczego stwierdzając jednocześnie, że oceniając wiarygodność i moc dowodów wg własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zabranego materiału, uznała ich nikłą moc z uwagi na okoliczność, iż w większości powołane dowody to wydruki ze stron internetowych oraz prywatna korespondencja e-mail. W opozycji do dowodów zgłoszonych przez przystępującego Intros, które Izba uznała za wiarygodne, dowody odwołującego i konsorcjum Asseco nie mogły stanowić podstawy rozstrzygnięcia.

Jak słusznie wskazał SO w Łodzi w wyroku z dnia 13 marca 2014 roku, sygn. akt III Ca 1772/13 „Wypada bowiem zważyć, iż zgodnie z art. 190 u. p.z.p. strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ogólną zasadę ciężaru dowodu formułuje w tym zakresie art. 6 k.c. recypowany do postępowania w sprawach dotyczących zamówień publicznych poprzez art. 14 u.p.z.p. Ciężar dowodu spoczywa zatem w zasadzie na odwołującym. Oczywiście, wyrażonej w art. 6 k.c. w zw. z art. 14 u.p.z.p. reguły rozkładu ciężaru dowodu nie można jednak rozumieć w ten sposób, że zawsze, bez względu na okoliczność sprawy, obowiązek dowodzenia wszelkich faktów o zasadniczym dla rozstrzygnięcia sporu znaczeniu spoczywa na odwołującym. Jednakże, w niniejszej sprawie to właśnie odwołujący powinien udowodnić swe twierdzenie o niezgodności produktu zaoferowanego przez firmę (...) Sp. z o.o. ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.). Należy bowiem podkreślić, iż powołany przepis art. 6 k.c. oraz wynikająca z niego reguła art. 190 ust. 1 u.p.z.p. wyrażają dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne (ei *incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat* - na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza). Ze względu na postulat szybkości i ekonomiki procesowej, znajdujący potwierdzenie w art. 190 ust. 1 u.p.z.p. zasada rozkładu ciężaru dowodu winna być przy tym konsekwentnie egzekwowana wraz z wynikającymi z niej skutkami procesowymi.”

W przedmiotowym postępowaniu odwołujący nie sprostał temu obowiązkowi.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Przewodniczący: