

Sygn. akt: KIO 1623/13

WYROK
z dnia 19 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2013 r. przez odwołującego – **Andra Sp. z o.o., ul. Pryzmaty 6/8, 02-226 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Komendę Główną Policji, ul. Domaniewska 36/38, 02-542 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy - **Comparex Poland S.A., ul. Jutrzenki 183, 02-542 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - **Andra Sp. z o.o., ul. Pryzmaty 6/8, 02-226 Warszawa,** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego - **Andra Sp. z o.o., ul. Pryzmaty 6/8, 02-226 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 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Komenda Główna Policji, ul. Domaniewska 36/38, 02-542 Warszawa (dalej: „zamawiający”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup usługi wsparcia pogwarancyjnego serwerów SuperDome.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 czerwca 2013 r. pod numerem 2013/S 121-207678. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”) została udostępniona wykonawcom na stronie internetowej zamawiającego (www.policja.pl).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

4 lipca 2013 r. Andra Sp. z o.o., ul. Pryzmaty 6/8, 02-226 Warszawa (dalej: „Andra” lub „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego niezgodnej z przepisami ustawy, podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegającej na wadliwym sporządzeniu treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści specyfikacji.

Odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1 i 2 i 3, art. 36 ust. 3, art. 140 ust. 1 ustawy oraz art. 5, art. 353¹, art. 387 ust. 1, art. 58 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 ustawy. Naruszenie ww. przepisów, zdaniem Andra, może w konsekwencji doprowadzić do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Odwołujący wnosił o:

- uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu zmianę treści siwz w następujący sposób, tj. poprzez dodanie w części XVI siwz postanowienia w brzmieniu:

„Przed podpisaniem Umowy wymagane jest dostarczenie Kierownikowi Projektu - dokumentu potwierdzającego wykupienie u producenta oprogramowania prawa do aktualizacji firmware serwerów o numerach seryjnych DEH45494JK, DEH48296B7,

DEH48296B6, MXQ820001D";

- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Andra podnosił, że zamawiający sformułował treść siwz w sposób naruszający przepis art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazywał, że w załączniku nr 2 do umowy „Opis Usługi Serwisu” zamawiający określił:

- punkt 7 Opisu Usług Serwisu:

„W przypadku zaistnienia potrzeby dokonania upgrade'u sterowników urządzeń lub/oraz oprogramowania wewnętrznego urządzeń (firmware) w okresie świadczenia usług serwisowych, Wykonawca dokona aktualizacji w cenie Umowy. (...)”

- punkt 14 Opisu Usług Serwisu:

„Wykonawca gwarantuje, iż wykonanie przedmiotu Umowy nie naruszy dotychczasowych gwarancji (sprzętu, oprogramowania użytkowego) oraz bez naruszania jakichkolwiek praw licencyjnych, autorskich w eksploatowanych przez Zamawiającego policyjnych systemach informatycznych.”

- punkt 23 Opisu Usług Serwisu:

„Ustala się następujące czasy usunięcia awarii:

- 24 godziny dla Awarii Krytycznej
- 48 godzin dla Awarii Zwykłej”

Zdaniem Andra połączenie powyższych postanowień przesądza o braku możliwości realizacji umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana w sytuacji, gdy wykonawca z chwilą podpisania umowy nie wykupi praw do aktualizacji oprogramowania wewnętrznego urządzeń (firmware) wyszczególnionych w umowie o numerach seryjnych DEH45494JK, DEH48296B7, DEH48296B6, MXQ820001D od ich producenta. Podnosił, że zgodnie z informacją uzyskaną u producenta firmy HP, minimalny, (choć niegwarantowany) czas, jaki jest potrzebny producentowi na przygotowanie oferty dla autoryzowanego partnera handlowego producenta, przygotowanie umowy oraz jej podpisanie to minimum 5 dni roboczych, co stanowi 120 godzin. Jeżeli termin tych 5 dni wypadnie w czasie dni wolnych od pracy, termin na podpisanie umowy z producentem

oprogramowania ulegnie wydłużeniu, co może stanowić czas 168 godzin. W sytuacji wystąpienia dodatkowych dni wolnych od pracy tj. święta termin realizacji umowy z producentem może wynieść nawet do 300 godzin. Podczas gdy zgodnie z postanowieniami punkt 23 załącznika nr 2 do umowy, Opisu Usług Serwisu wykonawca zobowiązuje się do usunięcia awarii w czasie 24 godzinach dla awarii krytycznej lub 48 godzin dla awarii zwykłej.

Zdaniem Andra brak wcześniejszego podpisania umowy z producentem oprogramowania i rozpoczęcie procedury kupna stosownej licencji tuż przed podpisaniem umowy z zamawiającym lub po podpisaniu umowy z zamawiającym przesądza o niemożliwości wykonania umowy przez danego wykonawcę. Zgodnie z art. 387 ust 1 kodeksu cywilnego, umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. W przypadku braku dokonania zmiany siwz we wnioskowanym zakresie postępowanie może być obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tej mierze odwołujący prezentował pogląd zgodnie, z którym zamawiający jest zobowiązany do unieważnienia postępowania w przypadku nieważności umowy.

Podkreślał, że z postanowień siwz wynika, że zamawiający określił termin realizacji zamówienia, jako 12 miesięcy od dnia udzielenia zamówienia tj. podpisania umowy. Zdaniem odwołującego w celu zabezpieczenia potrzeb zamawiającego oraz możliwości wykonania umowy od dnia jej podpisania, niezbędne jest określenie obowiązku dla wykonawcy, którego oferta została wybrana przedłożenia przed podpisaniem umowy dokumentu gwarantującego możliwość wykonania umowy przez tego wykonawcę, jakim jest prawa do aktualizacji firmware serwerów o numerach seryjnych DEH45494JK, DEH48296B7, DEH48296B6, MXQ820001D. Odwołujący wskazywał, że dookreślenie wymagania, które w sposób pośredni wynika z treści umowy, to jest fakt posiadania stosownych uprawnień od producenta oprogramowania czy to przed podpisaniem umowy czy już w trakcie wykonywania umowy, pozostanie niezmienny. Wobec czego zawarcie wnioskowanego przez odwołującego postanowienia nie będzie stanowiło naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

4 lipca 2013 r. odwołujący w formie faksu przekazał zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Na podstawie art. 185 ust. 2 Pzp w dniu 9 lipca 2013 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił Comparex Poland S.A., ul. Jutrzenki 183, 02-542 Warszawa (dalej: „Comparex” lub „przystępujący”).

W toku rozprawy odwołujący wyjaśnił, że w treści odwołania jedynie omyłkowo podano, że zarzuty odnoszą się do treści ogłoszenia o zamówieniu. W całości zaś podtrzymał zarzuty odnoszące się do treści siwz.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego, przedstawione dowody oraz stanowiska stron i przystępującego Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Okoliczności faktyczne sprawy, w szczególności postanowienia specyfikacji zostały prawidłowo przytoczone w odwołaniu, co zostało zreferowane powyżej.

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone w toku rozprawy:

1. Korespondencję w formie elektronicznej pomiędzy firmą Andra a firmą HP Polska w treści której podano m.in., że „(...) informuję, iż w 59% aktywności serwisowych do ich skutecznego przeprowadzenia niezbędny jest dostęp do zaktualizowanych wersji oprogramowania niskopoziomowego (...)”.
2. Wydruk z postanowień „umowy licencyjnej użytkownika końcowego”, w którym w pkt 6 tiret 3 wskazano, że „użytkownik nie może pobierać i używać poprawek, rozszerzeń programów usuwających błędy lub podobnych aktualizacji, chyba że posiada licencję na oprogramowanie bazowe. Jednak taka licencja nie daje użytkownikowi automatycznie prawa do otrzymywania takich aktualizacji, a HP zastrzega sobie prawo udostępnienia takich aktualizacji wyłącznie klientom, którzy zawarli umowę o świadczenie pomocy technicznej”.
3. Wyciąg ze dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o nr sprawy 193/Błil/12/MR, prowadzonego przez zamawiającego wraz z kopią e-mail przesłanego przez zamawiającego do Andra oraz informacją z dnia 29 maja 2013 r.
4. Wyciąg ze dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o nr sprawy 232/Błil/11/AL., prowadzonego przez zamawiającego wraz z umową nr 56/Błil/232/Błil/11/AL.

Na wstępie Izba stwierdza, że nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba wskazuje, że odwołujący jest potencjalnym wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem zamówienia publicznego, którego dotyczy postępowanie objęte niniejszym odwołaniem. Specyfikacja, jak dowodził odwołujący zawiera postanowienia naruszające przepisy Pzp. Zatem zarzucane uchybienia mogą uniemożliwić odwołującemu złożenie oferty konkurencyjnej w stosunku do ofert innych wykonawców. Wobec powyższego działanie zamawiającego narusza interes odwołującego, albowiem może doprowadzić do utraty możliwości uzyskania zamówienia publicznego i związanego z tym wynagrodzenia.

Izba oddaliła opozycję odwołującego zgłoszoną, w toku posiedzenia z udziałem stron, przeciw przystąpieniu wykonawcy Comparex do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba wskazuje, że odwołujący nie uprawdopodobnił, że Comparex nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia korzystnego dla zamawiającego. Odnosząc się do twierdzeń odwołującego Izba zwraca uwagę, że fakt nie wniesienia przez przystępującego własnego odwołania nie może przesądzać o tym, iż wykonawca nie posiada interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Ponadto Izba podkreśla, że bez znaczenia pozostają okoliczności związane z treścią odwołania, odnoszące się do tego czy odwołujący kwestionuje w nim konkretną treść specyfikacji czy też jej braki. Izba, stwierdziła, że zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sposób prawidłowy wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, tj. zamawiającego.

Izba rozpoznała zarzuty zgłoszone w odwołaniu i stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu, gdyż zarzuty w nim zawarte w całości nie potwierdziły się.

Z ustaleń Izby wynika, że w pkt 7 załącznika nr 2 do umowy „Opisu Usług Serwisu” zamawiający określił, że w przypadku zaistnienia potrzeby dokonania upgrade'u sterowników urządzeń lub/oraz oprogramowania wewnętrznego urządzeń (firmware) w okresie świadczenia usług serwisowych, wykonawca dokona aktualizacji w cenie umowy. Treścią pkt 14 ww. załącznika wymagał, aby wykonawca zagwarantował, iż wykonanie przedmiotu umowy nie naruszy dotychczasowych gwarancji (sprzętu, oprogramowania użytkowego) oraz bez naruszania jakichkolwiek praw licencyjnych, autorskich w eksploatowanych przez zamawiającego policyjnych systemach informatycznych. W pkt 12 zamawiający ustalił czasy usunięcia awarii, tj. 24 godziny dla awarii krytycznej i 48 godzin dla awarii zwykłej.

Istotą sporu w omawianej sprawie jest odpowiedź na pytanie, czy postanowienia siwz w opisanym powyżej kształcie naruszają przepisy Pzp powołane przez odwołującego w treści

odwołania ? Zdaniem Izby w rozpoznawanym przypadku należy udzielić odpowiedzi przeczącej.

Przede wszystkim wskazać należy, że przepis art. 29 ust. 1 Pzp stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (ust.2). Niewątpliwie powołany powyżej przepis stanowi realizację zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp, wedle której zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Izba wskazuje, że zgodnie z ustaloną linią orzecniczą Izby, określenie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem, ale i uprawnieniem zamawiającego, który ma prawo wziąć w tym zakresie pod uwagę swoje uzasadnione potrzeby. Jednak wymagania zamawiającego muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia - ani zbyt wysokie, gdyż mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję, ani zbyt niskie, gdyż przez selekcję przeszliby wykonawcy niezdolni do realizacji zamówienia (wyrok KIO z dnia 17 lipca 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 857/09). Wskazać należy, że opisanie przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zapewnienia możliwości realizacji zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży.

Jednakże, dyspozycją art. 29 ust. 2 ustawy ustawodawca wprowadził zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Taka konstrukcja niniejszego zapisu służy realizacji zasady uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy.

Przekładając powyższe na stan faktyczny omawianej sprawy Izba stanęła na stanowisku, że domaganie się przez odwołującego zamieszczenia w treści specyfikacji postanowienia - aby przed podpisaniem umowy wykonawca dostarczył Kierownikowi Projektu, dokument potwierdzający wykupienie u producenta oprogramowania prawa do aktualizacji firmware serwerów o numerach seryjnych DEH45494JK, DEH48296B7, DEH48296B6, MXQ820001D – należy uznać za niezasadne i zbędne. Izba uznała, że postanowienia zwarte w siwz w rozpoznawanej kwestii są w zupełności wystarczającymi do prawidłowego przeprowadzenia postępowania. Ponadto nie posiadają charakteru, który naruszałby zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu. Tym samym w okolicznościach

faktycznych sprawy Izba stwierdziła, że zamawiający nie opisał przedmiot zamówienia z naruszeniem przepisów Pzp.

Wskazać należy, że zamawiający precyzując w pkt 7 powyższy wymóg wprost wskazał, że wykonawca zobowiązany będzie do dokonania aktualizacji sterowników jednakże dopiero w sytuacji zaistnienia potrzeby dokonania upgrade'u sterowników urządzeń lub/oraz oprogramowania wewnętrznego urządzeń (firmware). Z treści powyższego postanowienia siwz jasno wynika, że dokonanie tej czynności, o ile w ogóle wystąpi, to będzie miało charakter incydentalny. Tym samym nie można uznać za słuszną argumentacji odwołującego, który podnosił, że wykonawca w trakcie świadczenia usług na pewno będzie dokonywał ww. aktualizacji. Izba zwraca uwagę, że postanowienia specyfikacji należy czytać łącznie. Wobec tego, z wyrwanego z kontekstu stwierdzenia „wykonawca dokona aktualizacji” nie można wywodzić, że powyższa czynność wystąpi, gdyż w pierwszych słowach zamawiający jej dokonanie ograniczył do przypadku wystąpienia potrzeby dokonania czynności.

Odnosząc się zaś do stwierdzenia HP Polska, „iż w 59% aktywności serwisowych do ich skutecznego przeprowadzenia niezbędny jest dostęp do zaktualizowanych wersji oprogramowania niskopoziomowego”, Izba wskazuje, że w tym zakresie w pełni podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego w toku rozprawy, iż pod pojęciem „aktywność serwisowa” mogą kryć się inne czynności m. in. przeglądy, a zatem nie można utożsamiać go jedynie z pojęciem awarii. Zgodzić się należy również z przystępującym, że powyższe stanowisko odzwierciedla jedynie doświadczenia podmiotu, który podał taką informację podczas, gdy inne podmioty w działające w branży, w tym przystępujący, mogą mieć inne doświadczenia i stanowisko w tej sprawie.

Tym samym Izba argumentację odwołującego, który twierdził, że dokonanie czynności aktualizacji należy rozpatrywać z uwzględnieniem postanowień siwz odnoszących się do awarii, zawartych w pkt 23 załącznika nr 2 do umowy, uznała za chybioną. Wobec tego nie może być mowy o niemożliwości wykonania umowy przez wykonawcę, a w konsekwencji o nieważności umowy na podstawie przepisu art. 387 ust. 1 kc.

Podkreślenia wymaga, iż zamawiający w treści siwz wymagał, aby wykonawca zagwarantował, że wykonanie przedmiotu umowy nie naruszy dotychczasowych gwarancji (sprzętu, oprogramowania użytkowego) oraz bez naruszania jakichkolwiek praw licencyjnych, autorskich w eksploatowanych przez zamawiającego policyjnych systemach informatycznych.

Izba wskazuje, że przedstawiona przez odwołującego jako dowód kopia dokumentacji z innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego nie posiada istotnego znaczenia dla rozpoznawanej sprawy i odnosi się ona do postępowań o innym przedmiocie zamówienia. Ponadto treść § 10 wzoru umowy w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o nr sprawy 193/Błil/12/MR, prowadzonego przez zamawiającego, odwołuje się do późniejszego etapu, a nie do etapu przed podpisaniem umowy.

W toku rozprawy nie było spornym między stronami, że w zakresie spełnienia wymogu postawionego przez zamawiającego opisanego powyżej, wykonawca będzie mógł posłużyć się potencjałem innego podmiotu, który posiada prawa do aktualizacji firmware ww. serwerów.

Wobec powyższego za bezprzedmiotowe należy uznać wprowadzenie postanowienia siwz nakładającego na wykonawcę obowiązek przedstawienia już przed podpisaniem umowy dokumentu potwierdzającego wykupienie u producenta praw do aktualizacji firmware do serwerów, ponieważ na każdym etapie realizacji umowy, gdy zaistnieje taka potrzeba, wykonawca może samodzielnie dokonać zakupu licencji od innego podmiotu lub też posłużyć się zasobami innego podmiotu, który posiada praw do aktualizacji firmware do serwerów.

Odwołujący w oparciu o przedstawioną Izbie umowę licencyjną użytkownika końcowego HP podnosił, że niemożliwym jest zastosowanie rozwiązania do którego odwoływał się przystępujący z wykorzystaniem nabycie prawa do urządzeń z tzw. „drugiej ręki”. Izba wskazuje, że trafnie zauważył przystępujący, że w treści ww. umowy brak jest wskazania, że odnosi się ona również aktualizację oprogramowania posiadanego przez zamawiającego. Tym samym Izba stanęła na stanowisku, że odwołujący nie przedstawił wystarczających dowodów na poparcie prezentowanego stanowiska.

Izba podkreśla, że na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Wskazany powyżej przepis nakłada na strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem stron i polega na wykazywaniu dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Bezwątpienia postępowanie przez Izba stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a zatem z istoty takiego postępowania wynika, iż spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Art. 14 ustawy stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (dalej: „k.c”), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Zatem należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża 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 qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

Podsumowując, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w treści odwołania i uznała za zbędne umieszczenie w treści siwz postanowienia, aby wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, jeszcze przed podpisaniem umowy, był zobligowany dostarczyć Kierownikowi Projektu - dokumentu potwierdzającego wykupienie u producenta oprogramowania prawa do aktualizacji firmware serwerów o numerach seryjnych DEH45494JK, DEH48296B7, DEH48296B6, MXQ820001D.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 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:

.....