

Sygn. akt: KIO 2806/12

WYROK

z dnia 4 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 17 grudnia 2012 r. przez **MALKOM D. M..... i Wspólnicy Sp. j., ul. Bodycha 18, 02-495 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, Al. Niepodległości 190, 00-608 Warszawa**

przy udziale **Engave Sp. z o.o., ul. Łopuszańska 32, 02-220 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża MALKOM D. M..... i Wspólnicy Sp. j., ul. Bodycha 18, 02-495 Warszawa i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **MALKOM D. M..... i Wspólnicy Sp. j., ul. Bodycha 18, 02-495 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. 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**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, Al. Niepodległości 190, 00-608 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: „*Zakup i dostawę macierzy dyskowych*”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 21 września 2012 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 września 2012 r. pod numerem 2011/S 185-304169.

Wykonawca MALKOM D. M..... i Wspólnicy Sp. j., ul. Bodycha 18, 02-495 Warszawa (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 17 grudnia 2012 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Engave Sp. z o.o., ul. Łopuszańska 32, 02-220 Warszawa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów:

1. art.89 ust. 1 pkt.2 ustawy Pzp - poprzez nie dokonanie wykluczenia oferty spółki Engave Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, pomimo jej sprzeczności ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „*SIWZ*”) przyjętych w przedmiotowym postępowaniu przez Zamawiającego; a w konsekwencji;
2. art. 7 ustawy Pzp tj. naruszenie w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji poprzez faktyczne różnicowanie sytuacji poszczególnych wykonawców w postępowaniu, wobec nieuzasadnionego preferowania oferty złożonej przez spółkę Engave Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, kosztem ofert innych wykonawców, których oferty były zgodne z SIWZ.

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

1. unieważnienie wyboru oferty spółki Engave Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
2. dokonanie ponownej oceny ofert wykonawców w przedmiotowym postępowaniu i

odrzućenia oferty spółki Engave Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako niezgodnej z SIWZ na podstawie Art. 89 ust. 1 pkt.2 ustawy Pzp;

3. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego poniesionych przez niego kosztów Odwołania - zgodnie z normami przepisanyymi.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów zgłoszonych w uzasadnieniu niniejszego Odwołania znajdujących się w aktach postępowania u Zamawiającego; na okoliczność brak tożsamości pomiędzy twardymi dyskami wymaganymi przez SIWZ tj. SATA lub SAS a dyskami typu NL-SAS (Near Linę SAS) oferowanymi przez Engave Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

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

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w SIWZ z części dotyczącej szczegółowego opisu przedmiotu zamówienie wymagał dostarczenia macierzy dyskowej wyposażone w dyski twarde typu „SATA lub SAS o pojemności nie mniejszej niż 600GB”. W trakcie postępowania wpłynęły pytania od wykonawców z prośbą o wyjaśnienie, czy Zamawiający dopuszcza zastosowanie dysków innego typu niż wyspecyfikowane, w tym dysków typu NL-SAS (Near Linę SAS). W odpowiedzi z dnia 11 października 2012 r. Jak twierdził Odwołujący Zamawiający udzielił odpowiedzi iż podtrzymuje zapisy SIWZ i dopuszcza zastosowanie tylko i wyłącznie dyski typu SATA lub SAS.

Na etapie weryfikacji ofert Zamawiający pismem z dnia 15 listopada 2012 r. poprosił wykonawcę Engave Sp. z o.o. o wyjaśnienie treści oferty - w pytaniu numer 3 niniejszego pisma Zamawiający „proszę o podanie jakie dyski zostaną dostarczone w oferowanej macierzy dyskowej”. W odpowiedzi z dnia 19 listopada 2012 r. wykonawca Engave Sp. z o.o. podał iż w oferowanej macierzy zamierza zastosować „dyski typu 6x2TB NL-SAS oraz 6x1TB NL-SAS”. Dyski te – według Odwołującego - zgodnie z zapisami SIWZ nie zostały dopuszczone do postępowania, a co za tym idzie oferta wykonawcy Engave Sp. z o.o. powinna podlegać odrzuceniu zgodnie z Art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp bowiem treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący podniósł, że art.89 ust. 1 ustawy Pzp określa katalog przesłanek, których wystąpienie przesądza o obligatoryjnym odrzuceniu oferty wykonawcy. Zamawiający nie ma w tym zakresie jakiegokolwiek marginesu uznaniowości, m.in. nie może na etapie

dokonywania oceny ofert wykonawców zmienić warunki SIWZ i przyjąć, że dostawa będzie dotyczyła również dysków typu NL-SAS (Near Line SAS), a nie żądanych w SIWZ dysków twardych typu „SATA lub SAS”. Powyższe dyski nie są tożsame, a zatem nie można uznać, że ww. warunek z SIWZ został spełniony.

W związku z powyższym Odwołujący twierdził, że oferta Engave Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jest sporządzona odmiennie niż określają to warunki zawarte przez Zamawiającego w SIWZ i ww. odpowiedzi na pytania. Zważywszy na fakt, że Zamawiający mając wiedzę i świadomość rozbieżności pomiędzy ww. oczekiwaniem (wymogiem technicznym) zawartym w SIWZ a ofertą Engave Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, a pomimo to Zamawiający zdecydował się na wybór ww. oferty jako najkorzystniejszej, zamiast ją odrzucić, prowadzi do wniosku że ww. postępowaniem Zamawiający naruszył również podstawową zasadę, tj. zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu, gdyż w sposób bezpodstawny (niezgodny z prawem) i niezrozumiały preferuje ofertę ww. wykonawcy. Zgodnie zaś z art. 7 ustawy Pzp „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”. W istocie dokonanie ww. wyboru oferty przez Zamawiającego - pomimo istnienia – w ocenie Odwołującego - jaskrawej podstawy od jej odrzucenia (art.89 ust. 1 pkt.2 ustawy Pzp) - powoduje, że pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego oraz ich prawidłowe oferty - Zamawiający w sposób niezrozumiały dyskryminuje.

Czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 6 grudnia 2012 r.- Engave Sp. z o.o., ul. Łopuszańska 32, 02-220 Warszawa. - stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę Aksel - Net Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Lipowej 17, 44-207 Rybnik.

Następnie Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszym postępowaniu zgłosił przystąpienie wykonawca Engave Sp. z o.o., ul. Łopuszańska 32, 02-220 Warszawa.

Pismem z dnia 3 stycznia 2013 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

Zamawiający nie zgodził się w całości ze stawianymi w ww. odwołaniu tezami, uznając, że w przedmiotowym postępowaniu nie zaszły przesłanki do odrzucenia oferty firmy Engave Sp. z o.o.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zamieszczono w SIWZ, w Rozdziale II tego dokumentu, w formie tabeli, w której w kolumnie pierwszej wykazano kolejne parametry i funkcjonalności, natomiast w kolumnie drugiej przedstawiono odpowiadający parametrom opis parametru (względnie funkcjonalności), przy czym zaznaczono, że te charakterystyki to wartości minimalne. W siódmej linii tabeli podano wymaganie dotyczące wyposażenia macierzy w dyski twarde. Zamawiający, jako wymaganie minimalne dla tego parametru przedstawił, że mają to być dyski SATA lub SAS o pojemności nie mniejszej niż 600 GB.

W dniu 11 października 2012 r. Zamawiający opublikował odpowiedź na zadane przez wykonawcę pytanie dotyczące przedmiotu zamówienia: „Czy Zamawiający dopuszcza rozwiązanie oparte na dyskach NL-SAS, które parametrami są nie gorsze niż dyski SATA?” Zamawiający udzielił odpowiedzi: „Zamawiający sprecyzował wymagania minimalne dla poszczególnych parametrów/funkcjonalności, w Rozdziale II - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, w tym dla dysków twardej, który m. in. zawiera zapis: „SATA lub SAS o pojemności nie mniejszej niż 600 GB”, uznając, że zapis SIWZ wyraźnie wskazuje na fakt, że podane wymaganie jest wymaganiem minimalnym, a tym samym, że proponowane dyski NL-SAS spełniają je, jako nie gorsze, a wręcz lepsze.

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 5 listopada 2012 r. - wpłynęło 11 ofert. Zamawiający dokonał kolejno: weryfikacji i oceny ofert, oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. O wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający poinformował pismem z dnia 6 grudnia 2012 r.

W ocenie Zamawiającego oferta firmy Engave Sp. z o. o. określa, że przedmiotem dostawy będą macierze wyposażone w dyski NL-SAS (tzn. nearline SAS). W warstwie technologicznej (do której odnosi się wymaganie postawione w SIWZ) są to dyski SATA, które posiadają interfejs SAS (nota bene technologia również wskazana wprost w SIWZ), umożliwiającą zastosowanie tych dysków w macierzach dyskowych o lepszych parametrach wydajnościowych, niż te oparte wyłącznie na technologii SATA. Wymaganie minimalne określone w SIWZ zostało zatem spełnione. Dodatkowo Oferent zaoferował dyski o wyższej niż wymagana pojemności oraz interfejs umożliwiającą szybszy transfer danych.

Jak wskazał Zamawiający samo określenie „nearline”, które stanowi skrót od „near on-line” nie odnosi się de facto wprost do warstwy sprzętowej, a raczej do wydajności rozwiązania i tym samym jego potencjalnych zastosowań. Pamięci dyskowe określane przez kilku czołowych producentów na świecie jako „nearline” stanowią swoisty kompromis pomiędzy drogimi pamięciami „online” (stosowanymi w środowiskach wymagających

częstego i bardzo szybkiego dostępu do danych) oraz tańszymi - „offline”, wykorzystywanymi najczęściej w środowiskach nie wymagających częstego i szybkiego dostępu do danych, np. do tworzenia kopii zapasowych oraz archiwizacji danych.

W słowniku organizacji SAA (Society of American Archivist), w definicji pojęcia „nearline storage” (por. <http://www2.archivists.org/glossary/terms/ri/nearline-storage>) podaje się następującą informację, „A contraction of 'near online storage'. Examples of nearline storage include tape and disk libraries. Nearline storage is slower than online storage (...).” W przypadku przedmiotowej oferty, zaoferowane przez firmę Engave Sp. z o.o. dyski określone jako „NL SAS” są dyskami w technologii SATA, posiadające nośniki i mechanizmy, w które wyposażone są standardowe dyski SATA, a dodatkowo posiadają zaawansowany interfejs komunikacyjny SAS, dzięki któremu mogą obsługiwać wiele hostów, komunikować się z większą wydajnością oraz obsługiwać znacznikowanie w kolejkach. Dodatkowo interfejs SAS umożliwia zastosowanie dysków NL-SAS w rozwiązaniach o wyższej wydajności, tj. macierzach dyskowych SAS. Zamawiający zaznaczył, że zaoferowane rozwiązanie spełnia wymagania SIWZ, a tym samym decyzja Zamawiającego uznająca ofertę firmy Engave Sp. z o.o. za ofertę ważną, była jak najbardziej uzasadniona. Nieuprawniony jest zatem – w ocenie Zamawiającego - zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Z uwagi na kryterium oceny ofert, jakim była cena oferty, Zamawiający dokonał wyboru oferty najtańszej - nie mógł dokonać innego wyboru.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Engave Sp. z o.o., ul. Łopuszańska 32, 02-220 Warszawa - jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika 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 18 grudnia 2012 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2012 r.) wykonawcy Engave Sp. z o.o., ul. Łopuszańska 32, 02-220 Warszawa (zwanego dalej również: „Przystępującym Engave”).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania 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:

Rozdział II – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia – specyfikacja techniczna macierzy dyskowej – 23 szt. – parametr/funkcjonalność: dyski twarde, opis wymagania minimalne: SATA lub SAS o pojemności nie mniejszej niż 600 GB.

Zamawiający również udzielał odpowiedzi na zadawane przez wykonawców pytania:
Pytanie nr 1: Czy Zamawiający dopuszcza rozwiązanie oparte na dyskacji NL-SAS, które parametrami są nie gorsze niż dyski SATA?

Odpowiedź z dnia 11 października 2012 r. Zamawiający sprecyzował wymagania minimalne dla poszczególnych parametrów/funkcjonalności w Rozdziale II – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, w tym dla dysków twardej, który m. in. zawiera zapis: „SATA lub SAS o pojemności nie mniejszej niż 600 GB”.

Pytanie nr 7: W specyfikacji technicznej macierzy dyskowej Zamawiający wymaga zaoferowanie macierzy udostępniającej minimum 8,3TB rzeczywistej przestrzeni użytkowej. Specyfikacja nie określa minimalnej liczby dysków oraz sposobu ich konfiguracji. Taki zapis może prowadzić do sytuacji, w której zaproponowana zostanie Zamawiającemu konfiguracja wyposażona w minimalną liczbę dysków dla osiągnięcia wymaganej pojemności, ale niezgodna z zaleceniami producenta i najlepszymi praktykami. Konfiguracja taka może oznaczać nierównomierne obciążenie zasobów macierzy (np. prezentacja danych tylko przez jeden kontroler) lub niewystarczające zabezpieczenie dyskami spare (część

danych zabezpieczona dyskiem spare, część nie). W związku z tym uprzejmie prosimy o doprecyzowanie, jak należy skonfigurować wymaganą przestrzeń dyskową. Np. może to być wymaganie określone przez minimalną liczbę dysków (np. 16 dysków o pojemności 1TB lub 12 dysków o pojemności 2TB) lub wymóg takiej konfiguracji, która zapewnia równomierne rozłożenie obciążeń i pojemności pomiędzy kontrolery macierzy i zabezpiecza wszystkie dane dyskami typu spare (np. globalne dyski spare).

Odpowiedź Zamawiającego z dnia 22 października 2012 r. Zamawiający podtrzymuje wymagania zawarte w SIWZ; Dyski twarde: SATA lub SAS o pojemności nie mniejszej niż 600 GB.

Z oferty złożonej przez Przystępującego Engave wynika m. in.:
Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (Załącznik do formularza oferty) – specyfikacja techniczna macierzy dyskowej – 23 szt. – parametr/funkcjonalność: dyski twarde, opis wymagania minimalne: SATA lub SAS o pojemności nie mniejszej niż 600 GB.

Zamawiający pismem z dnia 15 listopada 2012 r. wezwał wykonawcę Engave Sp. z o.o., ul. Łopuszańska 32, 02-220 Warszawa na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, t.j. podania m. in. jakie dyski zostaną zastosowane w oferowanej macierzy dyskowej?

Wykonawca Engave Sp. z o.o. w dniu 19 listopada 2012 r. udzielił odpowiedzi, iż w proponowanej macierzy zostaną zastosowane dyski typu 6 x 2TB NL-SAS oraz 6 x 1TB NL-SAS.

Mając powyższe na względzie Izba zważyła, co następuje:

Izba oceniając zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego Engave na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - wzięła pod uwagę następujące okoliczności:

Po pierwsze należy przypomnieć, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Jednak nie każda niezgodność skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a jedynie ta, która dotyczy materialnej sfery oferty.

Nie ulega również wątpliwości – na co zauważył Zamawiający - że nie można również w sposób mechaniczny dokonywać oceny złożonych ofert, a zgodność treści oferty z treścią SIWZ nie musi wyłącznie polegać na dosłownym powtórzeniu brzmienia zapisów SIWZ lub

jej elementów w złożonych ofertach – i tylko w kategoriach czysto formalnych być oceniana – tak jak tego wymaga Odwołujący w niniejszym postępowaniu, twierdząc, że zaoferowano dyski twarde NL SAS, nie zaś SATA lub SAS – jak chciał tego Zamawiający. Istotnym jest, to aby sens wyrażen składających się na treść oferty odpowiadał wymaganiom Zamawiającego i spełnione zostały parametry minimalne opisane w przedmiocie technicznym wymaganego sprzętu. Zatem niewystarczające jest dokonywanie oceny wyłącznie po wskazanej w tabeli/wykazie nazwie, nie można w sposób mechaniczny kwalifikować oferowanych przez wykonawcę produktów - w tym przypadku po nazwie NL SAS – i uznać je jako niezgodne z treścią SIWZ – gdy pod względem funkcjonalnym – jak twierdzi Zamawiający i Przystępujący Envage spełniają one wymagania Zamawiającego i osiągnięty zostanie cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający i Przystępujący Envage twierdzili, że zaoferowane przez przystępującego dyski twarde NL SAS, są dyskami SATA, posiadające ulepszenie w postaci dwukanałowego dostępu do dysku oraz wydajności dysku większej o 20% w stosunku do dysku SATA, zaś nazwa NL SAS jest jego marketingową nazwą, jednak pod względem funkcjonalnym, - co do istoty – są to dyski SATA tak jak wymagał tego Zamawiający. Jak zauważono samo określenie NL („nearline”), które stanowi skrót od „near on-line” nie odnosi się de facto wprost do warstwy sprzętowej, a raczej do wydajności rozwiązania i tym samym jego potencjalnych zastosowań.

Ponadto Izba dopuściła jako dowód w sprawie, oświadczenie EMC Computer Systems Poland Sp. z o.o. z dnia 2 stycznia 2013 r., z którego wynika, że dyski typu NL-SAS są nowszym i bardziej wydajnym rozwiązaniem od dysków typu SATA.

Po drugie Odwołujący swoje twierdzenia – że oferta Przystępującego Envage jest niezgodna z treścią SIWZ, gdyż w sposób dosłowny nie wskazano w niej dysków SATA lub SAS – a jedynie dyski NL SAS – nie poparł żadnymi dowodami, nie została złożona w toku postępowania odwoławczego dokumentacja techniczna takiego sprzętu, wskazująca na niezgodność oferowanego sprzętu – dysków NL SAS - wobec postawionych przez Zamawiającego wymagań.

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).

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 zaoferowane dyski NL SAS, nie są – wymaganymi przez Zamawiającego – dyskami SATA, 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).

Po trzecie Izba wzięła również pod rozwagę argumentację Zamawiającego, dotyczącą brzmienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, iż postanowienia Załącznika do formularza oferty – specyfikacji technicznej macierzy dyskowej wskazują na wymagania minimalne, zatem wykonawca miał prawo sądzić – tak jak to interpretował również Zamawiający – że dopuszcza się rozwiązanie o lepszych parametrach wydajnościowych, niż te które oparte zostały na technologii SATA.

Dodatkowo na marginesie należy dodać, że w związku z przyjętą regułą w ustawie Pzp, przesłanki do odrzucenia oferty, zawartych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp nie można interpretować rozszerzająco, a Zamawiający nie może – odrzucając ofertę – opierać się na ewentualnych przypuszczeniach, gdyż to na nim – w przypadku podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty – spoczywa obowiązek wykazania okoliczności, z których wywodzi skutki prawne w postaci odrzucenia oferty wykonawcy oraz pozbawienia go możliwości uzyskania i realizacji w przyszłości przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji wobec braku dowodów, jak również nieodparcia argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego – Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Izba nie znalazła również podstaw do przypisania Zamawiającemu naruszenia dyspozycji art. 7 ustawy Pzp.

Konkludując Izba stwierdziła, że zarzuty naruszenia art. 7 oraz art. 89 ust. 1 pkt 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 niniejszego 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:

.....