

**WYROK**

**z dnia 23 kwietnia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

**Emil Kuriata**

**Anna Kuszel-Kowalczyk**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **19 kwietnia 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **11 marca 2021 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Vecto sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu pn. *Zakup licencji pojemnościowych oprogramowania Veritas NetBackup* (nr postępowania DZA.2610.17.2020).

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Urząd Komisji Nadzoru Finansowego z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **Apex.IT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez niego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020

ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

## Uzasadnienie

Skarb Państwa – Urząd Komisji Nadzoru Finansowego z siedzibą w Warszawie {dalej: „UKNF” lub „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 18 43 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Zakup licencji pojemnościowych oprogramowania Veritas NetBackup* (nr postępowania DZA.2610.17.2020).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 12 maja 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S\_092 pod poz. 219189.

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

1 marca 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o rozstrzygnięciu powyższego postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Apex.IT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Apex” lub „Przystępujący”} oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Vecto sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

11 marca 2021 r. Vecto sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Vecto” lub „Odwołujący”} wniosła w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od odrzucenia jej oferty przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 87 ust. 1 – przez bezpodstawne uznanie, że oferta Vecto podlega odrzuceniu, gdyż zaoferowane rozwiązanie nie współpracuje ze środowiskiem Red Hat Virtualization oraz dokonano zmiany treści oferty.
2. Art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 192 ust. 2 – przez odrzucenie oferty Odwołującego:
  - a) powołując się na niezgodność oferty Vecto ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”} w obszarze dotyczącym współpracy ze środowiskiem Red Hat Virtualization, pomimo że kwestia ta była już przedmiotem rozstrzygnięcia w ramach wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 2 listopada 2020 r. sygn. akt KIO 2494/20, z którego wynika, że m.in. w wyżej wskazanym obszarze nie doszło do niezgodności treści oferty Vecto z SIWZ, b) w wyniku nieuwzględnienia treści powyższego wyroku, z którego wynika, że Zamawiający nie wskazał w SIWZ żadnych wymagających wykazania obszarów równoważności, w tym także w zakresie Red Hat Virtualization,

poprzestając na nałożeniu na wykonawcę obowiązku takiego doboru produktów w ramach oferowanych rozwiązań równoważnych, aby zagwarantować całkowitą projektową i produkcyjną funkcjonalność, niezawodność, pojemność i bezpieczeństwo, co Odwołujący dokonał w ramach oferty równoważnej, c) w wyniku nieuwzględnienia treści powyższego wyroku, z którego wynika, że w przedmiotowym postępowaniu obowiązek złożenia opisu rozwiązań równoważnych jawi się jako obowiązek li tylko formalny i jako taki nie może prowadzić do odrzucenia oferty Vecto jako niezgodnej co do treści z treścią SIWZ (niezgodności co do meritum), a jakiegokolwiek zarzucane przez Zamawiającego braki w kompletności opisu oferowanego rozwiązania równoważnego pozostają bez znaczenia z perspektywy oceny zgodności treści tej oferty z treścią SIWZ.

3. Art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 – przez kreowanie na etapie odrzucenia oferty Vecto nowych, nieprzewidzianych w SIWZ wymogów i oczekiwań wyłącznie co do treści złożonej oferty równoważnej, polegających na konieczności wskazania i nazwania w ofercie równoważnej każdego elementu i składowej zaoferowanego systemu, także w obszarze dotyczącym backupu Red Hat Virtualization, mimo że taki obowiązek nie wynika z SIWZ.
4. Art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. art. 29 ust. 1, 2 i 3, art. 30 ust. 1 pkt 1, art. 30 ust. 5, art. 36 ust. 1 pkt. 3 i 10 oraz art. 14 w zw. z art. 65 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”} w zw. z art. 7 ust. 1 – przez bezpodstawne odrzucenie oferty Vecto, w szczególności nieprawidłowe uznanie, że treść tej oferty nie zawiera rozwiązań równoważnych w rozumieniu art. 29 ust. 3 oraz art. 30 ust. 5 w zakresie dotyczącym współpracy i backupu Red Hat Virtualization, mimo że oferta Vecto spełniła wszystkie wymogi (mimo ich niedookreśloności) dotyczące zaoferowania rozwiązania równoważnego.
5. Art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. art. 7 ust. 1 i 2 oraz w zw. z art. 5 kc – przez nierówne, gorsze traktowanie Vecto w porównaniu do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, próbę instrumentalnego wykorzystania instytucji przewidzianych w ustawie pzp w celu eliminacji Vecto z udziału w postępowaniu, co przybrało postać odrzucenia jego oferty, co stanowi nadużycie prawa podmiotowego, które nie zasługuje na ochronę prawną.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia odrzucenia oferty Vecto.
2. Unieważnienia wyboru oferty Apexu.
3. Ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Vecto.

Odwołujący sprecyzował dodatkowo powyższe zarzuty w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Z uzasadnienia odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne.

Powodem odrzucenia oferty Vecto było wskazanie w wyjaśnieniach z 27 stycznia 2021 r., że zaoferowany system współpracuje ze środowiskiem Red Hat Virtualization dzięki oprogramowaniu do backupu vProtect, co w ocenie Zamawiającego stanowiło zmianę treści oferty.

Vecto zaoferowało rozwiązanie, które zostanie ukompletowane, czyli skonfigurowane i dostosowane do potrzeb Zamawiającego, również w zakresie backupu platformy wirtualizacyjnej Red Hat Virtualization, gdyż integralną częścią systemu Networker w wersji 19.3 stanowi funkcjonalność backupu snapshotowego m.in. dla Red Hat Virtualization.

W wezwaniu do wyjaśnień 22 stycznia 2021 r. Zamawiający sformułował m.in. następujące pytanie nr 6: *Proszę o przedstawienie scenariuszy testowych dotyczących wdrożenia oferowanego systemu backupowego, będących elementem opisu wdrożenia zgodnie z wymaganiami zawartymi w pkt IV ppkt 2 opisu przedmiotu zamówienia, obejmujących co najmniej:*

- a) *backup/restore danych w ramach zasobów systemów produkcyjnych z obrazów przechowywanych w obecnym systemie przy restore do nowej lokalizacji. 11*
- b) *restore BMR (bare metal) (bez wcześniejszego instalowania systemu operacyjnego) dla maszyn fizycznych Windows, Unix, AIX, Solaris*
- c) *Backup / Restore maszyn wirtualnych (Vmware, RHEV, HyperV) - Restore do tej samej lokalizacji, do nowej lokalizacji, z zachowaniem UID, z nowym UID.*
- d) *Backup/Restore baz danych: Oracle , DB2, MS SQOL, Lotus Domino*
- e) *Restore danych archiwalnych długookresowych dla wszystkich elementów środowiska informatycznego UKNF. W szczególności dane macierzowe NDMP, Oracle, DB2, Lotus Domino, Share Point, Microsoft Exchange (granularne), serwery Windows, Unix, Linux, Vmware, RHEV.*
- f) *propozycje scenariuszy testowych dla backupu typu copilot dla Oracle (uruchamiane z DataDomain)*

W ramach wyjaśnień z 27 stycznia 2021 r. Vecto w pierwszej kolejności zauważyło, co następuje. *Również w odniesieniu do pytania nr 6 Wykonawca odsyła Zamawiającego*

*do ustaleń poczynionych przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 2 listopada 2020 roku, w sprawie o sygn. akt: KIO 2494/20. Ponownie Zamawiający stawia na etapie wezwania do wyjaśnień nowy wymóg w stosunku do oferty równoważnej, który nie zaistniał w SIWZ, czy też wyjaśnieniach SIWZ. W związku z tym Zamawiający nie ma prawa żądać na obecnym etapie scenariuszy testowych dotyczących wdrożenia oferowanego systemu backupowego. Jednocześnie taki wymóg nie wynika z powołanego przez Zamawiającego rozdziału IV ust. 2 opisu przedmiotu zamówienia. Postanowienia w treści SIWZ, w tym OPZ, jak zostało to już wskazane w zakresie obowiązków, czy też wymogów kierowanych do wykonawców muszą być precyzyjne i podlegają przede wszystkim wykładni literalnej. Wobec tego z rozdziału IV ust. 2 opisu przedmiotu zamówienia nie sposób wywnioskować obowiązku Wykonawcy w postaci przedstawienia przedmiotowych scenariuszy testowych. W obowiązku Zamawiającego opisującego warunki równoważności jest przedstawienie zestawu testów, które mają spełnić na równych zasadach wszyscy Wykonawcy.*

Ponadto w ramach wyjaśnień udzielonych w związku z pytaniem nr 6 Vecto:

- ponownie potwierdziło funkcjonalności systemu istniejące w zaoferowanym ukompletowaniu, w tym również backup snapshotowy dla VMware, HyperV, Red Hat Virtualization;
- wskazało, że odpowiednia licencja do backupu snapshotowego maszyn wirtualnych Red Hat Virtualization znajduje się w zaoferowanym pakiecie licencyjnym;
- przedstawiło odpowiedni schemat backupu z wykorzystaniem funkcjonalności vProtect zapewniającej backup Red Hat Virtualization.

Według Odwołującego powyższe okoliczności wskazują, że:

- funkcjonalność vProtect była od początku zawarta w zaoferowanym przez niego w ramach oferty równoważnej rozwiązaniu Dell EMC, a zatem nie doszło do zmiany treści jego oferty;
- w udzielonych wyjaśnieniach nie dokonywał w tym zakresie żadnych modyfikacji, lecz jedynie doprecyzowywał kwestie, które budziły wątpliwości Zamawiającego;
- złożone wyjaśnienia powinny wyłącznie utwierdzić Zamawiającego w przekonaniu, że zaoferowane rozwiązanie jest zgodne z opisem przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że choć wskazał art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp jako podstawę prawną odrzucenia oferty, z obszernego, 9-stronicowego uzasadnienia nie wynika, na czym miałyby polegać niezgodność treści oferty Vecto z treścią SIWZ.

Przy czym według Odwołującego, z uwagi na ustalenia poczynione przez Izbę w wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 2493/20, Zamawiający nie może skutecznie powoływać

się wyłącznie na brak podania w opisie rozwiązań równoważnych nazwy vProtect jako jednego z elementów oferowanego systemu.

Odwołujący podniósł, że celem art. 87 ust. 1 pzp jest umożliwienie zamawiającemu, w razie powzięcia przez niego wątpliwości, uzyskania dodatkowych informacji na potrzeby badania i oceny oferty, czemu Vecto uczyniło zadość.

Ponadto Odwołujący podniósł, że z uwagi na znajdujące w tym zakresie zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego nie ma możliwości zmiany treści złożonej oferty bez zgody oblata, którym w tym przypadku jest Zamawiający.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Jako istotne okoliczności przywołano następujące fragmenty uzasadnienia wyroku Izby z 2 listopada 2020 r. sygn. akt KIO 2494/20 w sprawie poprzedniego odwołania Vecto.

*Podnieść należy, że zamawiający w uzasadnieniu, identyfikując dostrzeżoną przez siebie „niezgodność” z SIWZ wskazał jedynie na „pkt IV 2.” Załącznika nr 1 do Projektu Umowy. Podał, że „z treści oferty Wykonawcy VECTO Sp. z o.o., jak również z przesłanych przez Niego odpowiedzi (...) nie wynika, iż Wykonawca VECTO Sp. z o.o. wywiązał się z obowiązku wynikającego z pkt IV.2 Opisu przedmiotu zamówienia (...).”*

*Do kogo zatem kierowany był obowiązek z pkt. IV.2., na czym polegał, czemu miał służyć i jaki był jego charakter?*

*Rozstrzygnięcie powyższego ma kluczowe znaczenie dla oceny decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego, ponieważ punkt IV. 2 stanowił jedyną podstawę odrzucenia oferty odwołującego wskazaną w uzasadnieniu. Był to bezsprzecznie obowiązek kierowany do wykonawcy, który oferuje rozwiązania równoważne (zdanie zaczyna się od: „W przypadku zaoferowania rozwiązań równoważnych Wykonawca (...),” służący wykazaniu, że oferowane przez takiego wykonawcę rozwiązania równoważne spełniają wymagania określone przez zamawiającego w Opisie przedmiotu zamówienia (dalsza część zdania brzmi: „obowiązany jest wykazać, że oferowane przez niego rozwiązanie spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w niniejszym OPZ”), polegający na załączeniu do oferty opisu oferowanych rozwiązań wraz z pełnym podaniem funkcjonalności proponowanego rozwiązania i przedstawieniu szczegółowego opisu jego wdrożenia w środowisku wirtualizacji VMware i Red Hat Virtualization (część zdania w brzmieniu: „dołączyć opis tych rozwiązań wraz z pełnym podaniem funkcjonalności proponowanego rozwiązania i jednocześnie przedstawić szczegółowy opis jego wdrożenia w środowisku wirtualizacji VMware i Red Hat Virtualization”).*

(...)

„O relacji” rozwiązań równoważnych do rozwiązań zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, opartych na oprogramowaniu Veritas NetBackup 8.1.2 – o warunkach równoważności zamawiający wypowiedział się w pkt. IV. 1. (i tylko w tym punkcie), któremu nadał taki właśnie tytuł – „Warunki równoważności”.

W ocenie składu orzekającego Izby w pkt. IV.1. zamawiający przesądził, że rozwiązanie równoważne, zapewniające kompatybilność techniczną i funkcjonalną ze sprzętem i oprogramowaniem posiadanym przez zamawiającego (zdanie pierwsze do „tj.”) to takie rozwiązanie, które oparte jest na dokonanym przez wykonawcę doborze produktów, gwarantującym całkowitą projektową i produkcyjną funkcjonalność, niezawodność, pojemność i bezpieczeństwo po jego instalacji, uruchomieniu i eksploatacji u zamawiającego (zdanie drugie po „tj.”), ponieważ drugie zdanie poprzedzone zostało „tj.”, a zatem zdanie pierwsze należy rozumieć w sposób wskazany w zdaniu drugim.

Uwzględniając powyższe, uznać należy, że zamawiający nie wskazał w SIWZ żadnych, wymagających wykazania obszarów równoważności, poprzestając na nałożeniu na wykonawcę obowiązku doboru produktów w ramach oferowanych rozwiązań równoważnych („takiego, aby zagwarantować całkowitą projektową i produkcyjną funkcjonalność, niezawodność, pojemność i bezpieczeństwo”).

Konfrontując pkt. IV.2. kreujący obowiązek wykazania przez wykonawcę, że oferowane przez niego rozwiązania równoważne spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia z pkt. IV.1., w którym zamawiający nie zawarł żadnych wymagań równoważności co do funkcjonalności projektowej czy funkcjonalnej, niezawodności, pojemności czy bezpieczeństwa, skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że złożony przez odwołującego opis rozwiązania równoważnego (poprzedzony żądaniem zamawiającego jego złożenia) nie może stanowić podstawy oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ (skoro SIWZ nie zawiera „obszaru” wymagającego wykazania równoważności).

Tym samym obowiązek złożenia opisu rozwiązań równoważnych jawi się jako obowiązek li tylko formalny i jako taki nie może prowadzić do odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej co do treści z treścią SIWZ (niezgodności co do meritum). Jakikolwiek brak w kompletności załączonego przez odwołującego opisu oferowanego rozwiązania równoważnego pozostają bez znaczenia z perspektywy oceny zgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wywiódł, że z przytoczonej przez niego treści uzasadnienia wynikają następujące konkluzje.



Po pierwsze, w ramach klauzuli równoważności Zamawiający *de iure* oczekiwał od Odwołującego, aby ten dobrał takie produkty w ramach oferowanych rozwiązań równoważnych, które zagwarantują całkowitą projektową i produkcyjną funkcjonalność, niezawodność, pojemność i bezpieczeństwo.

Po drugie, ze względu na brak wskazania w SIWZ obszaru wymagającego wykazania równoważności złożony przez Odwołującego opis rozwiązania równoważnego nie może stanowić podstawy oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Po trzecie, obowiązek złożenia opisu rozwiązań równoważnych jawi się jako obowiązek li tylko formalny i jako taki nie może prowadzić do odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej co do treści z treścią SIWZ (niezgodnej co do meritum).

Po czwarte, ewentualne braki (których istnieniu Odwołujący zaprzeczył) w kompletności załączonego przez Odwołującego opisu oferowanego rozwiązania równoważnego, również w obszarze dotyczącym backupu Red Hat Virtualization, nawet gdyby miały miejsce, pozostają bez znaczenia z perspektywy oceny zgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

Po piąte, przede wszystkim według Odwołującego z powyższego wyroku wynika, że oferta Vecto jest zgodna z treścią SIWZ również w obszarze dotyczącym wdrożenia bacupu m.in. w środowisku Red Hat Virtualization.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że odrzucając jego ofertę postąpił wbrew powyższymi konkluzjom, a jak wynika z orzecznictwa Izby, zamawiający jest związany wyrokiem Izby, chyba że zostanie on uchylony przez sąd okręgowy w wyniku złożonej skargi {w odwołaniu wskazano na postanowienie Izby z 8 lipca 2014 r. sygn. akt KIO 1318/14}.

{ad pkt 3. i 4. listy zarzutów}

Według Odwołującego z treści uzasadnienia odrzucenia jego oferty wynika, że gdyby w ramach treści złożonej oferty wskazał nazwy własne lub handlowe wszystkich elementów składających się na zaoferowany przez niego system (których jest kilkaset), w tym w obszarze dotyczącym Red Hat Virtualization, wówczas jego oferta nie zostałyby odrzucona.

Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający nigdzie nie wyraził w SIWZ w odniesieniu do oferty równoważnej oczekuje m.in. wskazania nazwy własnej lub handlowej i szczegółowych informacji na temat poszczególnych elementów lub podzespołów systemu służących do backupu Red Hat Virtualization.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że po raz kolejny popełnił ten sam błąd, którego dopuścił się poprzednim razem odrzucając ofertę Vecto, kreując na etapie badania oferty nowe wymogi w stosunku do treści oferty równoważnej, w tym co do zapewnienia backupu Red Hat Virtualization, niemające żadnego pokrycia w SIWZ.

Tymczasem Izba wprost w sentencji wyroku sygn. akt KIO 2493/20 potwierdziła zasadność analogicznego zarzutu poprzedniego odwołania.

{ad pkt 5. listy zarzutów}

Odwołujący wywiódł, że czynności Zamawiającego podejmowane w ramach prowadzonego postępowania, w szczególności biorąc pod uwagę treść uzasadnień odrzuceń oferty z 21 września 2020 r. i 1 marca 2021 r., a także treść kierowanych wezwań do wyjaśnień, wskazują na dyskryminację Vecto tylko z tego powodu, że oferuje rozwiązanie równoważne w stosunku do obecnie użytkowanego w UKNF, co godzi również w zasady współżycia społecznego, wypełniając tym samym znamiona nadużycia prawa podmiotowego przez Zamawiającego.

W odpowiedzi na odwołanie z 19 kwietnia 2021 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności następująco odnosząc się do poszczególnych zarzutów.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Z odpowiedzi na odwołanie wynikają następujące okoliczności faktyczne dotyczące wyroku Izby z 2 listopada 2020 r. sygn. akt KIO 2494/20 w sprawie poprzedniego odwołania Vecto oraz czynności podjętych w postępowaniu po jego wydaniu.

W powyższym wyroku Izba nakazała Zamawiającemu: 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, 3) ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, 4) w pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie (w tym m.in. w zakresie postulowanego przez Odwołującego nakazania Zamawiającemu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej oraz dokonania powtórnego badania i oceny ofert z zastrzeżeniem, że „oferta Odwołującego jest prawidłowa i jako taka nie powinna podlegać odrzuceniu”) [zob. treść wyroku, str. nr 1.-2. w zakresie pkt 1)-3) oraz str. 5. w zakresie pkt 4)].

Powyższy wyrok Izby został w całości wykonany przez Zamawiającego, który: ad 1) 20.11.2020 r. unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej z 21.09.2020 r., ad 2)

20.11.2020 r. unieważnił odrzucenie oferty Odwołującego z 21.09.2020 r. [dowód w aktach sprawy, zawiadomienie znak DZADZAZZP.2610.17.2020.ML], ad 3) przystąpił do powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym wzywając go do wyjaśnień, które Odwołujący udzielił pismem z 27.01.2021 r.

Chronologia zdarzeń zaistniałych w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia przed i po wydaniu powyższego wyroku:

- 1) 21.09.2020 r. wybór oferty najkorzystniejszej i odrzucenie oferty Odwołującego;
- 2) 01.10.2020 r. wniesienie odwołania wobec powyższych czynności przez Odwołującego;
- 3) 02.11.2020 r. wydanie wyroku w sprawie powyżej wskazanego odwołania;
- 4) 20.11.2020 r. unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty Odwołującego;
- 5) na 20.11.2020 r. datowana jest zamieszczona przez firmę Dell EMC na swojej oficjalnej stronie internetowej informacji jednoznacznie wskazującej, że oprogramowanie NetWorker (oferowane przez Vecto) nie obsługuje backupu obrazów od strony systemu wirtualizacji Red Hat Virtualization (RHEV) [pismo stanowi załącznik do zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej – w aktach sprawy];
- 6) 22.01.2020 r. w kontekście powyższej informacji Zamawiający kieruje do Vecto wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 pzp;
- 7) 26.01.2021 r. Zamawiający otrzymuje pismo Red Hat Poland sp. z o.o., w którym wskazano, że Dell EMC Networker nie występuje na liście dostawców oprogramowania do backupu platformy wirtualizacyjnej Red Hat Virtualization [pismo stanowi załącznik do zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej – w aktach sprawy];
- 8) 27.01.2020 r. Vecto przesłało wyjaśnienia treści złożonej oferty w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w pkt 6) powyżej.

Według Zamawiającego z powyższych okoliczności wynika, co następuje.

Po pierwsze, Zamawiający nie mógł i nie postąpił wbrew powyżej wskazanemu wyrokowi, gdyż Izba w żadnym miejscu Zamawiającemu ani nie nakazała wyboru oferty Vecto jako najkorzystniejszej, ani nie zakazała odrzucenia jego oferty w wyniku powtórzonych czynności badania i oceny.

Po drugie, w wyniku powtórzenia tych czynności pojawiły się nowe okoliczności, które stały się podstawą odrzucenia oferty Vecto.

Po trzecie, w konsekwencji obecnie wniesione odwołanie nie dotyczy tych samych okoliczności, które były oceniane przez Izbę w ramach poprzedniej sprawy odwoławczej.

W ocenie Zamawiającego zarzut odwołania jest niezasadny, gdyż z orzecznictwa Izby wynika, że co prawda każdy zamawiający z jednej strony zobowiązany jest wykonać wyrok Izby (jeśli nie wnosi skargi do sądu), ale z drugiej strony jest też zobowiązany, zgodnie z art. 7 ust. 3 pzp, udzielić zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy pzp. Zamawiający nie może ignorować bowiem nowych okoliczności faktycznych, o jakich dowiedział się po wykonaniu wcześniejszego wyroku Izby. Zamawiający powinien w takiej sytuacji powtórzyć czynność badania i oceny ofert oraz dokonać czynności wykluczenia, odrzucenia lub wyboru oferty z uwzględnieniem nowych okoliczności faktycznych, jakie pojawiły się w postępowaniu a nie były znane ani jemu, ani Izbie na etapie postępowania odwoławczego (zob. np. wyrok z 21.03.2019 r. sygn. akt KIO 381/19).

{ad pkt 2. listy zarzutów}

W odpowiedzi na odwołanie zrelacjonowano następujące okoliczności dotyczące przebiegu badania oferty Vecto.

Brzmienie oświadczenia woli zamieszczonego w formularzu oferty:

*Niniejszym oferuję realizację Przedmiotu zamówienia za maksymalną łączną cenę, która wynosi 1.962.219, 00 zł brutto, (słownie: jeden milion dziewięćset sześćdziesiąt dwa tysiące dwieście dziewiętnaście złotych), przy zastosowaniu stawki VAT w wysokości 23%.*

*Oferowane Oprogramowanie (nazwa): Dell EMC NetWorker 19.3 Dell EMC Data Protection Advisor 19.3 Dell EMC Data Protection Central 19.3 w ukończeniu, zgodnie z wymaganiami SIWZ oraz 2 szt. Data Domain 6300 w ukończeniu, zgodnie z wymaganiami SIWZ.*

W dołączonym do oferty opisie oferowanego rozwiązania (plik o nazwie OpisRozwiązaniaBackupu v2-sig-sig) znajdują się w szczególności następujące stwierdzenia:

*Oferowane rozwiązania została zaprojektowane w oparciu o de-duplikację realizowaną przez moduły NetWorker / Data Domain. Na całość rozwiązania składają się następujące komponenty: NetWorker –centralny system backupu i odtwarzania Data Domain – medium de-duplikacyjne przechowujące kopie zapasowe Biblioteka taśmowa [w pkt 1.2.3. Topologia i opis rozwiązana].*

#### *1.2.2 Podsumowanie koncepcji technicznej*

*Podstawą proponowanej architektury jest sprzętowy backup z de-duplikacją. W ramach dziennej kopii zapasowej z zabezpieczanych serwerów do medium backupowego (Data Domain) wysyłane są dane dowolnym kanałem: 1. SAN 2. LAN 3. W każdym przypadku dane są wysyłane bezpośrednio do systemu Data Domain, bez żadnych serwerów*

*pośredniczących, które podnoszą koszty i spowalniają czas backupu.*

W ramach wyjaśnień z 27.01.2021 r. Vecto:

*(...) pragnie wyjaśnić, że System Networker w zaoferowanym ukończeniu zgodnie z naszym wcześniejszym opisem wspiera m.in. następujące funkcjonalności:*

- a) backup plikowy Windows, Linux, AIX, HP-UX b) backup blokowy systemów Windows/Linux c) backup online baz danych MS SQL, Oracle, SAP, SAP HANA, DB2, Informix, d) systemów pocztowych Exchange oraz Lotus e) backup snapshotów dla Vmware, HyperV, Red Hat Virtualization f) backup ze środka dla maszyn wirtualnych dowolnego wirtualizatora g) deduplikację na źródle h) backup na taśmy*
- i) backup z wykorzystaniem skryptów pre i post. j) revert vm k) FLR dla backupu snapshotowego l) Instant Recovery – uruchomienia vm na zasobach repozytorium backupowego m) backup z ESX n) odtwarzania do ESX o) odtwarzania maszyny wirtualnej z inną nazwą.*

*Wykonawca zaoferował Zamawiającemu m.in. rozwiązania DataDomain 6300. Jak wynika to z treści oferty równoważnej oraz dotychczasowych wyjaśnień Wykonawcy w tym przypadku jest to nazwa handlowa kompletu, na który składają się adekwatnie do 2 wskazanych we wcześniejszym opisie lokalizacji: Lokalizacja 1. 1) Deduplikator 1 szt. 2) 2 serwery niezbędne do uruchomienia (storage node (odpowiednik media serwera, oprogramowanie monitorująco-raportujące, serwer backupu) Lokalizacja 2 1) Deduplikator 2) Serwer 1 szt. do uruchomienia (storage node, oprogramowanie monitorująco-raportujące).*

*Na pytanie nr 5 z wezwania do złożenia wyjaśnień z 10.07.2020 r. (W jaki sposób będzie przebiegał proces wdrożenia w środowisku VMware i Red Hat Virtualization z zachowaniem kompatybilności technicznej i funkcjonalnej ze sprzętem i oprogramowaniem posiadanym przez Zamawiającego oraz zachowaniem ciągłości pracy istniejącego systemu backupowego?) Vecto odpowiedziało następująco: W przypadku Red Hat backup będzie realizowany jak w punkcie 1b. Brzmienie wyjaśnień z tego ostatniego pkt: Oferowane rozwiązanie zakłada backup snapshotów i agentów środowiska Red Hat oraz możliwość backupu obrazów wirtualizacji Red Hat przy z wykorzystaniem OAPP (NetWorker Orchestrated Application Protection) który pozwala na integrację dowolnego środowiska z NetWorkerem i interfejsem NMC NetWorker Management Console.*

*Na pytanie nr 6 (Jaka jest rola oprogramowania Dell EMC Data Protection Advisor 19.3 oraz Dell EMC Data Protection Central 19.3?) Vecto odpowiedziało: Dell EMC Data Protection Advisor pozwala na generowanie ponad 180 predefiniowanych raportów i tworzenie własnych. Dell EMC Data Protection Central pokazuje w jednym miejscu całość środowiska backupowego (serwer backupu / media backupowe).*

Z kolei na pytanie nr 7 (*Jaki jest typ i jaką ilość licencji zawiera zaoferowane oprogramowanie DELL EMC Networker 19.3, DELL EMC Data Protection Advisor 19.3 oraz DELL EMC Data Protection Central 19.3?*) Vecto udzieliło następującej odpowiedzi: *Zaoferowane rozwiązanie składa się z ilości licencji niezbędnej do zbackupowania 150TB danych zgodnie z wymaganiami słwz. Oferujemy m.in. 150 licencji DELL EMC Networker 19.3, 1 szt. DELL EMC Data Protection Advisor 19.3 oraz 1 szt. DELL EMC Data Protection Central 19.3.*

Brzmienie wyjaśnień dotyczących ceny oferty oraz załączonego do nich oświadczenia Dell sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie:

*W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę wyjaśniamy:*

- 1. Zgodnie z załączonym dokumentem wystawionym przez firmę Dell cena zakupu wynosi 1 660 500,- zł brutto i zawiera wszystkie składniki dostarczane przez Dell potrzebne do realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami z SIWZ (KNF\_wyjaśnienia),*
  - 2. Vecto wyjaśnia, że zaoferowana cena obejmuje wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego,*
  - 3. Cena sprzedaży zawiera koszty usługi, dostawy i znaczący zysk firmy Vecto sp. z o.o.*
- {ponadto w zamieszczonej tabeli oprócz wspomnianej ceny zakupu „Składników systemu dostarczanych przez firmę Dell, wskazano wycenę „Wdrożenia i uruchomienia systemu”, wielkość „Rezerwy” oraz „Marży Vecto”}.

*Na prośbę formy Vecto Sp. z o.o. informujemy Państwa, że cena zakupu produktów firmy Dell EMC, w tym komplecie licencji DELL EMC Networker 19.3, DELL EMC Data Protection Advisor 19.3, DELL EMC Data Protection Central 19.3 oraz dwóch urządzeń DELL EMC DD6300 w konfiguracji zgodnej z wymaganiami Zamawiającego nie przekroczy kwoty 1 660 500 zł.*

Zamawiający ponadto ustalił, że:

- producent oferowanego przez Vecto rozwiązania (Dell EMC) na swojej oficjalnej stronie internetowej zamieścił datowaną na 20.11.2020 informację (pod adresem: <https://www.dell.com/support/kbdoc/plpl/000022805/networker-support-for-red-hat-enterprise-virtualization-rhev>), że oprogramowanie NetWorker nie obsługuje backupu obrazów (image) od strony systemu wirtualizacji Red Hat Virtualization (RHEV),
- wg stanowiska producenta środowiska Red Hat Virtualization Dell EMC Networker nie występuje na liście dostawców oprogramowania do backupu platformy wirtualizacyjnej Red Hat Virtualization.

Zamawiający ponownie zwrócił się do Vecto, które w piśmie z 27.01.2021 r. złożyło

następujące wyjaśnienia: *Jeśli zaś chodzi o backup maszyn RedHat to jest on robiony snapshotowo. Odpowiednia licencja do backupu snapshotowego maszyn wirtualnych RedHat znajduje się w pakiecie licencyjnym przez nas zaoferowanym. Jest to funkcjonalność rozwiązania vProtect, którą obecnie używa Zamawiający. To rozwiązanie, gwarantując wykonywania konsystentnych backupów snapshotowych...*

Według Zamawiającego tym samym Vecto przyznało, że dla spełnienia wymogu współpracy zaoferowanego oprogramowania z Red Hat Virtualization będzie konieczne wykorzystanie oprogramowanie vProtect, co stanowi oczywistą zmianę stanowiska w stosunku do uprzednio składanych oświadczeń, a przede wszystkim w stosunku do treści złożonej oferty, gdyż oprogramowanie to nie zostało ujęte ani w formularzu ofertowym, ani w opisie oferowanego rozwiązania. Oprogramowanie vProtect nie zostało także ujęte w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w których wyspecyfikował i wycenił jedynie produkty firmy Dell.

Zamawiający podkreślił, że w ostatnich wyjaśnieniach Vecto w ramach odpowiedzi na to samo pytanie wprawdzie wymienia funkcjonalności zaoferowanego oprogramowania NetWorker, lecz następnie w odniesieniu do współpracy z Red Hat Virtualization powołuje się na system vProtect. Ponadto z zamieszczonego schematu działania vProtect wynika, że jest to bardzo istotny składnik całości rozwiązania i stanowi odrębne (od oferowanego oprogramowania NetWorker) oprogramowanie, wymagające odrębnej infrastruktury technicznej, które jedynie współpracuje z zaoferowanymi urządzeniami DataDomain oraz oprogramowaniem NetWorker. Z wyjaśnień wynika także, że oprogramowanie vProtect jest przedmiotem odrębnej licencji, która nie została ujęta w złożonej ofercie.

Zamawiający powołał się na ugruntowaną linię orzecznictwa Izby, zgodnie z którą opisany powyżej stan faktyczny należy ocenić jako nieuprawnioną zmianę treści oferty przez wykonawcę w toku składanych wyjaśnień. Jednocześnie wyjaśnienia treści oferty stanowią rodzaj wykładni oświadczenia woli wykonawcy (jego oferty), dlatego przyjęcie przez zamawiającego wyjaśnień zmieniających treść złożonej oferty nie może być uznane za wyjaśnienie treści oferty, tylko za negocjacje jej treści, zakazane w art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy pzp.

Zamawiający zwrócił uwagę na wyrok Izby z 12 marca 2020 r. sygn. akt: KIO 418/20, KIO 419/20, KIO 420/20, w którego uzasadnieniu Izba analizowała, czy możliwe jest odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ, gdy wynika ona z wyjaśnień składanych przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego.

Odwołujący argumentował tam, że sankcja odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, posługuje się wprawdzie pojęciem oferty, jednakże w tym przypadku chodzi o ofertę w ujęciu wąskim (*sensu stricto*). Czymś zupełnie innym jest natomiast szerokie pojęcie oferty (*sensu largo*), używane jako określenie całego pakietu dokumentów czy wyjaśnień składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba nie przychyliła się do takiego stanowiska. W jej ocenie wyjaśnienia treści oferty, składane na niezakwestionowane wezwanie zamawiającego wystosowane w toku badania oferty, wiążą odwołującego na równi z treścią pierwotnie złożonej oferty i winny być traktowane analogicznie. Dlatego też stwierdzone w toku badania wyjaśnień sprzeczności mogą stanowić podstawę do uznania, że oferta złożona w postępowaniu podlegała odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Zamawiający wywiódł ponadto, że granicą zastosowania art. 87 ust. 1 pzp na gruncie utrwalonego orzecznictwa Izby jest niezmiennosc treści oferty i zakaz złożenia i przyjęcia przez zamawiającego takich wyjaśnień, które prowadziłyby do istotnych zmian w treści oferty lub zmierzałyby do prowadzenia negocjacji między wykonawcą a zamawiającym (zob. choćby wyrok z 3 lipca 2018 r. sygn. akt KIO 1194/18 czy wyrok z 21 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2574/17). Wyjaśnienia składane przez wykonawcę muszą zatem ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w złożonej ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać.

{ad pkt 3. i 4. listy zarzutów}

Zamawiający podał, że zgodnie z pkt 7.11. SIWZ oferta musiała zostać sporządzona w formie zgodnej z treścią formularza oferty, z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, zawierającego w szczególności: wskazanie oferowanego przedmiotu zamówienia, łączną cenę ofertową brutto, zobowiązanie dotyczące terminu realizacji zamówienia, oświadczenie o okresie związania ofertą oraz o akceptacji wszystkich postanowień SIWZ i Projektu Umowy bez zastrzeżeń, a także informację, którą część zamówienia Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy (treść SIWZ w aktach sprawy).

Zamawiający stwierdził, że wprost wymagał w SIWZ wskazania w ofercie nazwy oferowanego oprogramowania, nie czyniąc w żadnym miejscu SIWZ ograniczenia ilościowego czy rodzajowego w tym zakresie. Powyższy wymóg dotyczył każdego zaoferowanego rozwiązania, w tym także rozwiązania równoważnego. Oczywistym jest zatem, że każdy wykonawca zobligowany był podać nazwę każdego oprogramowania, jakie jest w ramach oferty oferowane Zamawiającemu.



Zamawiający dodał, że jeżeli Odwołujący miał w tym zakresie jakiegokolwiek wątpliwości na etapie konstruowania oferty, zobligowany był skierować w tym zakresie odpowiedni wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ, czego jednak w odniesieniu do przedmiotowej kwestii żaden wykonawca nie uczynił. Tym samym każdy wykonawca, w tym Odwołujący, był treścią SIWZ we wskazanym powyżej brzmieniu związany.

{ad pkt 5. listy zarzutów}

W ocenie Zamawiającego jego działania wynikają z jedynie z obowiązków spoczywających na nim jako dysponencie środków publicznych podlegającego reżimowi ustawy o dyscyplinie finansów publicznych, zobowiązanemu do ich wydatkowania w sposób gospodarny, racjonalny, celowy i oszczędny. Jednocześnie obowiązkiem zamawiającego wynikającym z przepisów ustawy pzp jest dogłębne zbadanie i ocena prawidłowości złożonych ofert, zwłaszcza jeżeli oświadczenia składane w treści ofert przez danego wykonawcę są rozbieżne ze składanymi przez niego w toku postępowania wyjaśnieniami, czy – jak ma to miejsce w omawianym stanie faktycznym – jednocześnie są one wprost sprzeczne z ogólnodostępnymi informacjami dotyczącymi zakresu lub przedmiotu oferowanego przez niego świadczenia.

Jako przystępujący po stronie Zamawiającego Apex w piśmie przesłanym 16 kwietnia 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając w odniesieniu do poszczególnych zarzutów argumentację zbieżną z odpowiedzią na odwołanie.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której uczestnicy sporu pozostali przy swoich stanowiskach i argumentacji.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zaznaczyć należy, że z uwagi na datę wniesienia rozpoznawanego odwołania do postępowania odwoławczego w tej sprawie, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11

września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) {dalej: „nowa ustawa pzp” lub „npzp”}.

Z art. 505 ust. 1 npzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż odrzucenie jego oferty uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Z uwagi na przedłożenie przez Odwołującego pisma procesowego, jak to określono – w celu uszczegółowienia argumentacji przedstawionej w odwołaniu – konieczne stało się zaznaczenie, że sprawa została rozpoznana w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu. Zgodnie z art. 555 npzp przepisem Izba nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Pomimo wielości stawianych na wstępie odwołania zarzutów, dotyczą one odrzucenia oferty Vecto, czyli jednej i tej samej czynności Zamawiającego, podjętej w wyniku unieważnienia pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej i pierwszego odrzucenia oferty Vecto oraz powtórzenia badania i oceny ofert nakazanych przez Izbę wyrokiem z 2 listopada 2020 r. sygn. akt KIO 2494/20 w sprawie z poprzedniego odwołania Vecto.

Oczywiste jest, że skoro Izba nie nakazała, pomimo zgłoszenia takiego żądania przez Odwołującego w poprzedniej sprawie, wyboru oferty Vecto jako najkorzystniejszej, a powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem tej oferty, wyrok w poprzedniej

sprawie nie przesądzał i obiektywnie nie mógł przesądzać, jaki będzie wynik tych czynności przeprowadzonych po jego wydaniu.

Ponieważ treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”, s.i.w.z.” lub „specyfikacja”} oraz przebieg badania oferty Vecto przez Zamawiającego zostały szczegółowo odzwierciedlone w odwołaniu lub odpowiedzi na odwołanie, wystarczające będzie następujące podsumowanie i uzupełnienie.

Przedmiotem tego zamówienia jest rozbudowa posiadanego przez Zamawiającego systemu backupu, opartego o oprogramowanie Veritas NetBackup (NetBackup Platform Base Complete Ed Xplat 1 Front End TB Onpremise Standard Perpetual Flexible License), umożliwiającą zwiększenie wolumenu zabezpieczanych danych na front endzie o kolejne 60 TB albo dostarczenie w tym zakresie rozwiązania równoważnego (obejmującego licencje dla całości środowiska backupowego UKNF tj. 120 TB danych front end plus 30 TB danych front end dla backupów środowiska wirtualnego VMware), wraz ze wsparciem producenta do 07.10.2022 r., co na potrzeby s.i.w.z. określono mianem „Oprogramowania” [patrz pkt I załącznika nr 1 do umowy – Opis przedmiotu zamówienia (dalej: „o.p.z.”) w zw. z pkt IV.1. lit. a) oraz definicja zawarta w pkt 1. definicji wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do s.i.w.z. ].

Ofertę należało złożyć zgodnie z treścią formularza ofertowego, w tym wskazać oferowany przedmiot zamówienia przez podanie nazwy oferowanego Oprogramowania [pkt 7.11. s.i.w.z. w zw. z 2. akapitem na str. 2. załącznika nr 1 do s.i.w.z.], którego dostawa będzie przedmiotem umowy w sprawie tego zamówienia publicznego.

W przypadku zaoferowania rozwiązania równoważnego Zamawiający zażądał dodatkowo dołączenia opisu jego funkcjonalności oraz szczegółowego opisu jego wdrożenia w środowisku wirtualizacji VMware i Red Hat Virtualization [patrz pkt IV.2. o.p.z.].

Vecto sprecyzowało, że przedmiotem oferty jest Oprogramowanie o nazwie: Dell EMC NetWorker 19.3, Dell EMC Data Protection Advisor 19.3, Dell EMC Data Protection Central 19.3 oraz 2 szt. Data Domain 6300 – jak to określono – „w ukończeniu zgodnym z wymaganiami SIWZ” [formularz ofertowy Vecto].

W załączonym opisie rozwiązania równoważnego na wstępie wskazano m.in., że system Data Domain / NetWorker to obecnie najlepsze na rynku narzędzie do zabezpieczania i odtwarzania środowiska VMware [zob. ostatni akapit na str. 2.]. Przy czym w opisie modułu NetWorker {również w zapisie „NetWorker”} – określonego jako narzędzie do zabezpieczenia i odtwarzania środowiska VMware – wielokrotnie pada nazwa VMware {również w zapisie: „VMWare”}, a ani razu nie pojawia się nazwa Red Hat

Virtualization [zob. pkt 2.2. NetWorker, str. 18-20].

W wezwaniu do wyjaśnień z 10 lipca 2020 r. Zamawiający zwrócił się do Vecto wprost o podanie typu oraz liczby licencji, które obejmuje zaoferowane oprogramowanie Dell EMC NetWorker 19.3, Dell EMC Data Protection Advisor 19.3, Dell EMC Data Protection Central 19.3 [zob. pyt. 7.]

W piśmie z 15 lipca 2020 r. Vecto odpowiedziało, że zaoferowane rozwiązanie obejmuje liczbę licencji niezbędnych do zbackupowania 150 TB danych, w tym m.in. 150 licencji Dell EMC NetWorker oraz po 1 szt. Dell EMC Data Protection Advisor 19.3 i Dell EMC Data Protection Central 19.3 [zob. odp. na pyt. 7.]

Ponadto w piśmie z 10 lipca 2020 r. Zamawiający zapytał Vecto m.in. o to, w jaki sposób przeniesie polityki backupowe dla środowiska Red Hat Virtualization oraz w jaki sposób będzie przebiegał proces wdrożenia w tym środowisku [zob. pyt. 1. lit. a. oraz pyt. 5.].

W piśmie z 15 lipca 2020 r. Vecto w odniesieniu do obu tych kwestii wyjaśniło, że oferowane rozwiązanie zakłada backup snapshotowy i agentowy środowiska Red Hat oraz możliwość backupu obrazów wirtualizacji Red Hat przy z wykorzystaniem OAPP (Networker Orchestrated Application Protection), który pozwala na integrację dowolnego środowiska z NetWorkerem i interfejsem NMC NetWorker Management Console [zob. pierwszy akapit na str. 2. i odesłanie w ostatnim zdaniu odpowiedzi na pyt. 5.].

W wezwaniu do wyjaśnień z 22 stycznia 2021 r. Zamawiający zwrócił się w szczególności o przedstawienie scenariuszy testowych dotyczących wdrożenia oferowanego systemu backupowego, przewidujących backup i odtworzenie danych, m.in. w odniesieniu do maszyn wirtualnych RHEV [zob. pyt. 6. lit. c. oraz e.].

W piśmie z 27 stycznia 2021 r. Vecto odmówiło uczynienia zadość takiemu wezwaniu jako wykraczającemu poza wymagania postawione w s.i.w.z dla opisu rozwiązania równoważnego.

Jednocześnie po raz pierwszy wskazało, że backup snapshotowy maszyn wirtualnych RedHat jest możliwy dzięki licencji na vProtect, co określono jako „funkcjonalność vProtect zawartą w oferowanym rozwiązaniu DELL EMC” [zob. odp. na pyt. 7.].

Za niesporne, w tym stanowiące przedmiot powszechnie dostępnej wiedzy, należy uznać następujące okoliczności.

Dell EMC NetWorker, Dell EMC Data Protection Advisor, Dell EMC Data Protection Central są nazwy handlowe trzech rodzajów oprogramowania amerykańskiego producenta Dell EMC, które w wersji 19.3 zostały zaoferowane w tym postępowaniu przez Vecto.

Dell EMC stanowi część amerykańskiej korporacji Dell Technologies, wyodrębnioną po tym, jak w 2015 r. Dell Inc. przejął inną amerykańską korporację, EMC Corporation, producenta komputerowych systemów zarządzania i przechowywania danych, w tym m.in. wskazanego powyżej oprogramowania.

Z kolei vProtect to oprogramowanie polskiej firmy informatycznej Storware (sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie), które jako tzw. oprogramowanie OEM (skrót od ang. Original Equipment Manufacturer) jest także dystrybuowane przez Dell EMC.

O odrębności oprogramowania vProtect, niezależnie od sposobu jego dystrybucji, najlepiej świadczy okoliczność, że w ramach wyjaśnień z 27 stycznia 2021 r. Vecto posłużyło się dla zobrazowania jego funkcjonalności, w tym współpracy z Data Domain, schematem pochodzącym od Storeware (patrz logotyp „vProtect by Storeware”).

Jak wykazał Zamawiający, Dell EMC wskazuje na swojej oficjalnej stronie wsparcia technicznego jako informację aktualną na 20 listopada 2020 r. (czyli również w odniesieniu do wersji zaoferowanej w tym postępowaniu przez Vecto), że oprogramowanie NetWorker nie obsługuje backupu obrazów od strony systemu wirtualizacji Red Hat Virtualization.

Powyższe znajduje dodatkowo potwierdzenie w uzyskanym przez Zamawiającego oświadczeniu Red Hat Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, że Dell EMC NetWorker nie występuje na liście dostawców oprogramowania do backupu platformy wirtualizacyjnej Red Hat Virtualization.

Skoro oprogramowania NetWorker i vProtect mają odmienny zakres zastosowania, oba powinny zostać uwidocznione w formularzu oferty jako elementy kompleksowego rozwiązania oferowanego przez Vecto rozwiązania. Niezrozumiałe i nieudowodnione pozostało twierdzenie Odwołującego, jakoby wskazanie przez niego oprogramowania vProtect oznaczałoby konieczność podania kilkudziesięciu czy kilkuset (Odwołujący nie był w tej kwestii konsekwentny w toku rozprawy) nazw innych rodzajów oprogramowania.

Na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania, że przedmiotem oferty było również oprogramowanie vProtect, które jest niezbędne dla zapewnienia backupu środowiska Red Hat Virtualization, czemu nie sprostał. Na poparcie swego twierdzenia, które przecież nie znajduje potwierdzenia w treści dokumentów oferty, powołał się bowiem wyłącznie na uzyskane na potrzeby tego postępowania odwoławczego oświadczenia.

Po pierwsze, oświadczenie Dell sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w następującym brzmieniu: (...) *integralną częścią produktu (...) firmy Dell EMC – kompletu licencji DELL*

*EMC NetWorker 19.3, DELL EMC Data Protection Advisor 19.3, DELL EMC Data Protection Central 19.3 jest rozwiązaniem umożliwiającym backup i współpracę z Red Hat Virtualization w postaci funkcjonalności vProtect. W wyżej wskazanym produkcie DELL EMC funkcjonalność vProtect jest dystrybuowana w wersji OEM, co oznacza, że rozwiązanie vProtect jest przypisane do przedmiotowego produktu DELL EMC. Zastosowanie wersji OEM rozwiązania vProtect pozwala naszej firmie sprzedawać produkt vProtect pod własną marką DELL EMC.*

Przede wszystkim, ponieważ jest to podmiot mający bezpośredni interes majątkowy w tym, aby Vecto uzyskało przedmiotowe zamówienie, tak złożone oświadczenie należy uznać za niewiarygodne. Dodatkowo nie zostało ono poparte żadnymi dokumentami źródłowymi np. ofertą, którą Dell złożył Vecto, czy, jeszcze lepiej, dokumentacją techniczną, które potwierdzałyby, że vProtect na potrzeby tego zamówienia albo, jeszcze lepiej, obiektywnie stanowi li tylko funkcjonalność któregoś z trzech programów wyszczególnionych w formularzu oferty złożonej następnie przez Vecto Zamawiającemu.

Nie sposób nie zauważyć, że jak na oświadczenie składane *de facto* w imieniu producenta Dell EMC, zostało ono enigmatycznie, ogólnikowo i wewnętrznie niespójnie sformułowane. Nie wiadomo, co właściwie oznacza „funkcjonalność vProtect”, ewentualnie „rozwiązanie vProtect” w odniesieniu do oprogramowania vProtect dystrybuowanego w wersji OEM. Tym bardziej niejasne jest, w kontekście wymienionych konkretnie z nazwy trzech produktów, funkcjonalnością którego z nich miałby stanowić vProtect, gdyż zamiast tego wskazano jako produkt nazwę producenta, tyle że w innym zapisie. Co więcej, już w następnym zdaniu vProtect określony został jako produkt, który może być sprzedawany pod marką DELL EMC, co prowadzioby do wniosku, że wobec tego nic nie stało na przeszkodzie, aby Vecto wskazało w formularzu oferty, że oferowane rozwiązanie obejmuje również DELL EMC vProtect w odpowiedniej wersji.

Z analogicznych względów nie jest wiarygodne oświadczenie Storware sp. z o.o. z siedzibą w Lesznie z 1 marca 2021 r. Przede wszystkim z faktu, że Dell ma prawo integrować oprogramowanie vProtect m.in. z oprogramowaniem DELL EMC NetWorker i używać go pod własną marką nie wynika nic konkretnego na potrzeby tej sprawy, gdyż autor oświadczenia wprost daje do zrozumienia, że nie wie, czy do takiej integracji faktycznie doszło, a tym bardziej nie może mieć wiedzy, co Vecto zaoferowało Zamawiającemu.

Niezależnie od tego, jak wynika z wydruku wyciągu z oficjalnej dokumentacji technicznej oprogramowania Storeware vProtect, obsługuje ono szeroką gamę platform wirtualnych, takich jak Red Hat Virtualization, oraz integruje się z różnymi miejscami docelowymi kopii zapasowych, takimi jak: Dell EMC Data Domain (integracja BoostFS)

czy Dell EMC NetWorker (wydruk złożony na rozprawie przez Zamawiającego).

Inaczej rzecz ujmując, Odwołujący nie był w stanie nawet wykazać, że rzeczywiście zamierzał zaoferować Zamawiającemu w ramach oprogramowania równoważnego oprócz NetWorkera również vProtect. O czymś przeciwnym zdaje się jednak świadczyć złożony w ramach oferty opis rozwiązania równoważnego, najwyraźniej przygotowanego bezpośrednio przez Della (patrz nieusunięty nagłówek „Dell Customer Communication – Confidential”), gdzie wiele miejsca poświęcono opisowi funkcjonalności NetWorkera jako oprogramowania do backupu środowiska VMare, nie wymieniając wprost w ogóle o backupie Red Hat Virtualization, co jest zrozumiałe, biorąc pod uwagę, że do tego ostatniego konieczne jest oprogramowanie vProtect.

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty są niezasadne.

Skoro pomimo wielości stawianych na wstępie odwołania zarzutów, dotyczą one odrzucenia oferty Vecto na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy pzp, przez pryzmat tych przepisów należy oceniać prawidłowość tej czynności Zamawiającego.

W szczególności bez znaczenia dla sprawy jest zarzut jakoby doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 192 ust. 2 pzp. Z obszernego uzasadnienia tego zarzutu nie wynika zresztą, na czym miały polegać związek tych dwóch przepisów, z których wyłącznie pierwszy jest adresowany do zamawiającego jako prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia. Natomiast art. 192 ust. 2 pzp, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, jest adresowany wyłącznie do Izby jako organu orzekającego w sprawie zarzutów objętych odwołaniem spór pomiędzy odwołującym a zamawiającym.

Przed wszystkim, pomimo próby postawienia zarzutu naruszenia powagi rzeczy osądzonej, Odwołującemu nie udało się wskazać żadnego konkretnego przepisu ustawy pzp, który w związku opisanymi w odwołaniu okolicznościami faktycznymi miałyby naruszyć Zamawiający. Wynika to z tego, że wbrew temu, co zasugerowano w odwołaniu, ustawa pzp nie tworzy żadnych przeszkód prawnych, aby przy powtarzaniu czynności w prowadzonym postępowaniu zamawiający nawet diametralnie zmienił stanowisko w stosunku do tego, które prezentował w toku sprawy zakończonej wyrokiem uchylającym jego czynność i nakazującym jej powtórzenie. Naczelnym celem ustawy pzp jest, co wynika m.in. *a contrario* z art. 7 ust. 3 pzp, aby wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany w zgodzie z jej

przepisami.

Niezależnie od powyższego w opisanych zarówno w odwołaniu (i dalszym piśmie Odwołującego), jak i odpowiedzi na odwołanie (oraz piśmie Przystępującego) okolicznościach faktycznych nie ma żadnych podstaw prawnych, aby przyjąć, że rezultat powtórzonego przez Zamawiającego badania oferty Vecto jest w jakikolwiek sposób objęty prawomocnością wyroku wydanego w poprzedniej sprawie odwoławczej pomiędzy tymi samymi uczestnikami sporu. Z istoty rzeczy w takim przypadku, jak w tamtej sprawie, kiedy Izba nakazuje powtórzenie badania i oceny ofert, co może również obejmować wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień, obiektywnie nie sposób antycypować wyniku tej czynności, gdyż w przeciwnym razie zbędne byłoby jej przeprowadzanie. Właśnie dlatego Odwołującemu, pomimo obszerności rozważań, nie udało się przeprowadzić klarownego i spójnego logicznie wywodu wykazującego trafność przyjętej przez niego koncepcji co do tego, co obejmuje prawomocność wyroku Izby w sprawie sygn. akt KIO 2494/20.

W szczególności Odwołujący oczywiście błędnie utożsamia z wyrokiem zarówno jego sentencję, jak i uzasadnienie, podczas gdy wyłącznie sentencja stanowi rozstrzygnięcie, które podlega wykonaniu i podlega ocenie z punktu widzenia prawomocności, a uzasadnienie, jak już sama nazwa wskazuje, stanowi wyjaśnienie, dlaczego zapadło takie, a nie inne rozstrzygnięcie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Wobec tego Izba rozważyła, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej sprawy, zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd {wyrażony również w orzeczeniach przywołanych w odwołaniu}, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie



o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10 i 16 pzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 10a ust. 5 pzp) {w poprzednim stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności}, a treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 pzp).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty czy oczekiwać potwierdzenia spełnienia poszczególnych wymagań przedmiotowych, zarówno przez złożenie stosownych oświadczeń, jak i przez opisanie, w jaki sposób zostaną spełnione.

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie, na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z.

Z kolei zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się *de facto* do uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, do którego wprost odesłano również w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty.

Reasumując, odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób jednoznaczny, zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem

zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru. Jest ono zatem dopuszczalne w takim zakresie, w jakim nie stanowi naruszenia naczelných zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Skoro dopiero w razie zaakceptowania przez Zamawiającego uzupełnienia treści oferty o oprogramowanie, które nie zostało w niej wskazane do upływu terminu składania ofert, zapewniałaby ona realizację przedmiotu zamówienia, odwołanie jest bezzasadne, gdyż Zamawiający prawidłowo odrzucił taką ofertę z powołaniem się na art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy pzp.

(rozstrzygnięcie zarzutu naruszenia innych przepisów)

Ponieważ zarzuty naruszenia wszystkich pozostałych przepisów, które według sformułowania listy zarzutów na wstępie odwołania miałyby pozostawać w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, nie mają charakteru samoistnego, należy je również uznać za bezzasadne, zwłaszcza że *de facto* nie opierają się na żadnych odrębnych okolicznościach faktycznych.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 nowego pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 npzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 8 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.