

Sygn. akt: KIO 2448/14

WYROK
z dnia 8 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 grudnia 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 listopada 2014 r. przez wykonawcę **Polcom Sp. z o.o. z siedzibą w Skawinie, ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Małopolskie, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków** (adres do korespondencji: Urząd Marszałkowski Województwa Małopolskiego, ul. Raclawicka 56, 30-017 Kraków)

przy udziale:

1. wykonawcy **Outpost24 Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 37, 02-572 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2448/14 po stronie zamawiającego
2. wykonawcy **Crann Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Budryka 4, 30-072 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2448/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Polcom Sp. z o.o. z siedzibą w Skawinie, ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Polcom Sp. z o.o. z siedzibą w Skawinie, ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Województwo Małopolskie, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę i wdrożenie systemu do Backupu danych wraz z dostawą sprzętu”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 sierpnia 2014 r., nr 2014/S 153-274471.

W dniu 13 listopada 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę Polcom Sp. z o.o. z siedzibą w Skawinie, zwany dalej „odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwaną dalej „SIWZ”, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

W uzasadnieniu zamawiający wskazał m.in.:

Oдноśnie zarzutu pierwszego, tj. „niezgodności oferty w stosunku do SIWZ w zakresie wymogu zaoferowania jednego oprogramowania do backupu stworzonego przez jednego producenta” podniósł, iż wymagał zaoferowania jednego oprogramowania do backupu stworzonego przez jednego producenta. Tymczasem odwołujący zaoferował trzy programy, z których dwa są oprogramowaniami służącymi do backupu, jedno zaś służy do instalowania zdalnie oprogramowania do backupu na poszczególnych serwerach i samo w sobie nie służy do backupu.

Oдноśnie zarzutu drugiego, tj. „niezgodności oferty w stosunku do treści SIWZ w zakresie wymogu zaoferowania w ramach oprogramowania do backupu jednej konsoli” zamawiający podniósł m.in., iż oferta odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na to, że „żadna z konsoli będących elementem oprogramowań wskazanych w ofercie nie spełnia wymagań SIWZ, co do zarządzania całością backupu, z jednej konsoli administracyjnej jednym możliwym rozwiązaniem jest to, iż wykonawca oferuje dodatkowe oprogramowanie (konsolę BMC), którego nazwa i producent nie zostały wskazane w formularzu oferty”.

Oдноśnie zarzutu trzeciego, tj. „niezgodności oferty w stosunku do treści SIWZ w zakresie wymogu aby licencjonowanie dla oprogramowania opierało się na ilości danych podlegających zabezpieczeniu” zamawiający wskazał m.in., iż odwołujący zaoferował trzy różne oprogramowania, trzech różnych producentów, których tylko oprogramowanie Tivoli Storage Manager spełnia wymaganie zamawiającego dotyczące modelu licencjonowania

oprogramowania, natomiast pozostałe dwa oprogramowania, tj. EMCO RIP oraz DocAve nie są licencjonowane w sposób wymagany przez zamawiającego

Odnośnie zarzutu czwartego, tj. „niezgodności oferty w stosunku do treści SIWZ w zakresie wymogu zdalnego instalowania klienta backupowego przez oprogramowanie do backupu” zamawiający podniósł m.in., iż wymagał aby zdalne instalowanie klienta backupowego było realizowane przez oprogramowanie do backupu. W ofercie odwołującego jako oprogramowanie do zdalnej instalacji zostało wskazane oprogramowanie EMCO RIP producenta EMCO Software, które nie jest oprogramowaniem do backupu ale tylko oprogramowaniem do zdalnej instalacji oprogramowania. Zastosowanie dodatkowego oprogramowania do EMCO Software nie będącego oprogramowaniem do backupu nie spełnia wymagań zamawiającego.

Odnośnie zarzutu piątego, tj. „niezgodności oferty w stosunku do treści SIWZ w zakresie wymogu wskazania producenta i nazwy oprogramowania oraz producenta i modelu urządzenia dla systemu do backupu danych” zamawiający podniósł, iż odwołujący nie wskazał producenta i nazwy oprogramowania, mimo iż wyjaśnieniach podał m.in., iż „wskazane funkcjonalności realizowane są w ramach zaoferowanego przez niego oprogramowania będącego jedną z części składowych produktu Polcom VNBA 49T, którego wykonawcą jest producentem”.

W dniu 21 listopada 2014 r. (pismem z dnia 20 listopada 2014 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 21 listopada 2014 r.) od niezgodnej z przepisami ustawy, tj. odrzucenia oferty odwołującego, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na „niezgodność oferty w stosunku do treści SIWZ w zakresie wymogu zaoferowania jednego oprogramowania do backupu stworzonego przez jednego producenta” podczas gdy w treści SIWZ Zamawiający nie sformułował takiego wymagania i w następstwie naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez dokonanie oceny oferty odwołującego względem kryterium, które nie wynika z treści SIWZ
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na „niezgodność oferty w stosunku do treści SIWZ w zakresie wymogu zaoferowania w ramach oprogramowania do backupu jednej konsoli” podczas gdy w treści SIWZ zamawiający wskazał, iż „oprogramowanie musi pozwalać na zarządzanie całością backupu z jednej konsoli administracyjnej”, a oferta odwołującego to wymaganie spełnia bowiem oferowane oprogramowanie pozwala na zarządzanie całością backupu z jednej konsoli administracyjnej, a oferta odwołującego przewiduje taką

konsole do zarządzania całością backupu stanowiącą element zaoferowanego urządzenia POLCOM VNBA 49T

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na „niezgodność oferty w stosunku do treści SIWZ w zakresie wymogu aby licencjonowanie dla oprogramowania opierało się na ilości danych podlegających zabezpieczeniu” podczas gdy zaoferowane przez wykonawcę oprogramowanie spełnia wymagania zamawiającego określone w SIWZ, tj. „licencjonowanie dla oprogramowania musi opierać się na ilości danych podlegających zabezpieczeniu (bez ograniczeń co do architektury systemu, replikacji kopii czy ilości serwerów czy aplikacji itp.) - licencjonowanie per front-end”
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na „niezgodność oferty w stosunku do treści SIWZ w zakresie wymogu zdalnego instalowania klienta backupowego przez oprogramowanie do backupu” podczas gdy zaoferowane przez odwołującego oprogramowanie spełnia wymóg zdalnej instalacji klienta backupowego
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na „niezgodność oferty w stosunku do treści SIWZ w zakresie wymogu wskazania producenta i nazwy oprogramowania oraz producenta i modelu urządzenia dla systemu do backupu danych” podczas gdy odwołujący wskazał w formularzu ofertowym wszystkie wymagane przez zamawiającego informacje
6. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w toku czynności badania ofert tj. naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez ocenę oferty odwołującego pod względem kryteriów, które nie wynikają z treści SIWZ, jak również poprzez interpretowanie wątpliwości w rozumieniu treści SIWZ na niekorzyść odwołującego, co w konsekwencji doprowadziło do uznania oferty odwołującego za niezgodną z SIWZ oraz do sprzecznego z ustawą Pzp odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty
3. nakazanie zamawiającemu dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in.:

Odnośnie zarzutu pierwszego, tj. „niezgodności oferty w stosunku do SIWZ w zakresie wymogu zaoferowania jednego oprogramowania do backupu stworzonego przez jednego producenta” odwołujący podniósł m.in., że zamawiający takiego wymogu nie określił

jednoznacznie w treści SIWZ, jak również wymóg ten nie wynika z udzielonych przez zamawiającego w dniu 10 września 2014 r. odpowiedzi na pytania wykonawców. A ponadto żadne z wymagań dotyczących oprogramowania do backupu zacytowanych w uzasadnieniu odrzucenia oferty przez zamawiającego nie pozwala na stwierdzenie, iż zamawiający w SIWZ jednoznacznie określił, iż wymaga przedstawienia w ofercie „jednego oprogramowania pochodzącego od jednego producenta”. Argumentacja przedstawiona przez zamawiającego w uzasadnieniu nie znajduje podstaw w literalnej treści specyfikacji i jest interpretacją niedopuszczalną z uwagi na zasadę prowadzenia postępowania przetargowego w sprawie zamówień publicznych, która nakazuje wszelkie wątpliwości dotyczące treści SIWZ rozstrzygać na korzyść wykonawców. Zdaniem odwołującego zamawiający w SIWZ nie określił wymogu zaoferowania jednego oprogramowania pochodzącego od jednego producenta i w związku z powyższym takie kryterium nie może mieć znaczenia dla oceny zgodności oferty odwołującego z SIWZ, ponieważ nie było ono znane wykonawcy na etapie składania ofert w postępowaniu. Nie istnieją przy tym żadne obiektywne okoliczności, które mogłyby uzasadnić wprowadzenie takiego wymogu przez zamawiającego, bowiem spełnienie warunków określonych w SIWZ możliwe jest poprzez zastosowanie różnych konfiguracji urządzeń i oprogramowania przy czym pochodzenie oprogramowania od jednego producenta w żaden sposób nie wpływa na możliwość spełnienia oczekiwań zamawiającego wyrażonych w SIWZ. Takie ograniczenie mogłoby prowadzić jedynie do niczym nieuzasadnionego ograniczenia ilości rozwiązań możliwych do zaoferowania tylko do konkretnych produktów i tym samym ograniczenie konkurencji w ramach postępowania. Odwołujący w formularzu oferty wskazał jedno oprogramowanie o nazwie „Tivoli Storage Manager, DocAve, EMCO RIP” (a nie trzy różne oprogramowania - jak twierdzi zamawiający), które jako funkcjonalna całość spełnia wszystkie wymagania określone przez zamawiającego w SIWZ. Pojęcie „oprogramowanie” nie zostało przez zamawiającego w żaden sposób zdefiniowane w dokumentacji przetargowej i nie zostało również wskazane odniesienie do innych źródeł, z których wykonawcy mogliby zaczerpnąć wiedzę na temat wyjaśnienia tego pojęcia.

Odnosnie zarzutu drugiego, tj. „niezgodności oferty w stosunku do treści SIWZ w zakresie wymogu zaoferowania w ramach oprogramowania do backupu jednej konsoli” odwołujący podniósł m.in., że jego oferta jest zgodna z wymogami określonymi w SIWZ a dotyczącymi jednej konsoli. Zamawiający w treści Szczegółowej Specyfikacji Technicznej, ani też w innych dokumentach stanowiących element SIWZ nie dookreślił znaczenia pojęcia „konsola”, a dodatkowo posługuje się określeniami takimi jak „konsola zarządzająca oprogramowania” (w pkt. 46 specyfikacji) czy „konsola administracyjna” (w pkt. 41 specyfikacji), nie wyjaśniając przy tym czy pojęcia te są tożsame czy też wykonawcy powinni je odczytywać odmiennie, a jeżeli odmiennie to w jaki sposób. Wobec faktu, iż pojęcie

konsoli nie zostało przez zamawiającego dookreślone w SIWZ i nie istnieje definicja legalna tego pojęcia, odwołujący przygotowując ofertę posłużył się definicją słownikową pojęcia „konsola” (wg słownika języka polskiego PWN), która odwołuje się do pojęcia: «konsola: terminal - stanowisko komputerowe składające się z niezbędnych urządzeń». W tym znaczeniu konsola nie jest zatem oprogramowaniem, a urządzeniem - stanowiskiem komputerowym. W tym znaczeniu, spełnienie wymogu określonego w pkt. 41 Szczegółowej Specyfikacji Technicznej polega na zapewnieniu przez oprogramowanie możliwości zarządzania całością backupu z jednej konsoli administracyjnej, którą w przypadku oferty, zgodnie z przekazanymi Zamawiającemu wyjaśnieniami, jest BMC (Backup Management Console) - element zaoferowanego urządzenia POLCOM VNBA

Odnośnie zarzutu trzeciego, tj. „niezgodności oferty w stosunku do treści SIWZ w zakresie wymogu aby licencjonowanie dla oprogramowania opierało się na ilości danych podlegających zabezpieczeniu” odwołujący podniósł m.in., że jego oferta jest zgodna z wymogami określonymi w SIWZ, gdyż na etapie postępowania przetargowego zamawiający nie wymagał przedstawienia jakiejkolwiek dokumentacji dotyczącej oferowanego oprogramowania i porzucił jedynie na złożeniu przez wykonawców oświadczenia o spełnieniu wymogów określonych w SIWZ. Odwołujący spełnienie wymagań w zakresie licencjonowania potwierdził również w złożonych na wezwanie zamawiającego wyjaśnieniach dlatego wyjaśnienia te nie mogą stanowić podstawy do uznania przez zamawiającego, iż oferta odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ. Odwołujący zaprzecza prawdziwości przedstawionych przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty informacji i oświadcza, że zaoferowane oprogramowanie spełnia wymagania zamawiającego w zakresie licencjonowania oprogramowania, a w związku z tej treści jego stanowiskiem, odwołujący zwrócił się do producentów oferowanego oprogramowania o przedstawienie pisemnych oświadczeń w zakresie spełnienia przez nie warunku licencjonowania wskazanego w SIWZ.

Odnośnie zarzutu czwartego, tj. „niezgodności oferty w stosunku do treści SIWZ w zakresie wymogu zdalnego instalowania klienta backupowego przez oprogramowanie do backupu” odwołujący podniósł m.in., że jego oferta jest zgodna z wymogami określonymi w SIWZ. W jego ofercie zostało uwzględnione jedno oprogramowanie o nazwie „Tivoli Storage Manager, DocAve, EMCO RIP”, które jako funkcjonalna całość spełnia wszystkie wymagania zamawiającego określone w SIWZ i to oprogramowanie w całości stanowi oprogramowanie do backupu czego potwierdzeniem jest pkt 2 oferty odwołującego. Nie jest zatem uzasadniony zarzut zamawiającego, iż oprogramowanie do backupu zaoferowane przez odwołującego o nazwie „Tivoli Storage Manager, DocAve, EMCO RIP” nie pozwala na zdalną instalację klienta backupowego, bowiem taką funkcjonalność, jak potwierdza sam zamawiający realizuje jeden z komponentów tego oprogramowania. Odwołujący w złożonej

ofercie nie oferuje żadnego dodatkowego oprogramowania, poza oprogramowaniem do backupu wskazanym w pkt. 2 oferty tj. „Tivoli Storage Manager, DocAve, EMCO RIP”.

Odnośnie zarzutu piątego, tj. „niezgodności oferty w stosunku do treści SIWZ w zakresie wymogu wskazania producenta i nazwy oprogramowania oraz producenta i modelu urządzenia dla systemu do backupu danych” odwołujący podniósł m.in., że jego oferta jest zgodna z wymogami określonymi w SIWZ. Jego oferta nie obejmuje oprogramowania do backupu, którego producentem miałby być sam odwołujący, a interpretacja wyjaśnień z dnia 20 października 2014 r. dokonana przez zamawiającego jest niczym nieuzasadniona. Zarówno z treści zacytowanych przez zamawiającego w uzasadnieniu wyjaśnień, jak i z całego kontekstu składanych przez odwołującego pism i złożonej oferty wynika jasno, że odwołujący jest producentem wyłącznie urządzenia do przechowywania danych - POLCOM VNBA 49T. Wskazana przez zamawiającego podstawa odrzucenia oferty jest zatem chybiona.

W dniu 21 listopada 2014 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (wykonawca Outpost24 Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „wykonawca Outpost24”, oraz wykonawca Crann Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zwany dalej „wykonawca Crann”, otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 21 listopada 2014 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Outpost24 zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 24 listopada 2014 r. (pismem z dnia 21 listopada 2014 r.) wykonawca Crann zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba 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 ustawy 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 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut (1) dotyczący nieuprawnionego uznania niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ w zakresie wymogu zaoferowania jednego oprogramowania do backupu nie potwierdził się.

Zamawiający wymagał od wykonawców wypełnienia „Formularza oferty”, w tym dwóch tabel, jednej dotyczącej „oprogramowania do backupu” i podania producenta oprogramowania i nazwy oprogramowania oraz drugiej dotyczącej „urządzeń do przechowywania danych” i podania producenta urządzenia i modelu urządzenia.

Odwołujący w „Formularzu oferty”, pkt 2 „oprogramowanie do backupu”, w pozycji „Producent oprogramowania” podał „IBM, AvePoint, EMCO Software”, a w pozycji „Nazwa oprogramowania” podał „Tivoli Storage Manager, DocAve, EMCO RIP”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Przede wszystkim stwierdzić należy, ich rozumienie poszczególnych zapisów SIWZ a przede wszystkim zawartych tam słów winno być dokonywane nie w kontekście ich rozumienia przez słownik języka polskiego, jak czyni to odwołujący, ale przez język specyficzny dla tego typu branży, a więc język informatyczny. Niemniej jednak nawet gdyby sięgnąć do słownika języka polskiego to i tak zarówno termin „oprogramowanie”, jak i termin „licencja” należy tłumaczyć jako jedno oprogramowanie i jedną licencję. Użyta w tekście forma jednoznacznie bowiem wskazuje na liczbę pojedynczą, świadcząc o tym, że zamawiający wymagał zaoferowania jednej licencji dla całości oprogramowania, co jest możliwe do osiągnięcia tylko w przypadku gdy oprogramowanie pochodzi od jednego producenta. Powyższe wynika nie tylko z treści SIWZ, ale także z odpowiedzi na pytanie nr 9 z 14 września 2014 r., gdzie zamawiający jednoznacznie stwierdził, iż „nie dopuszcza modułu realizującego te funkcje jako oddzielnego oprogramowania”. To jedynie odwołujący termin ten („oprogramowanie”) zrozumiał inaczej. Wszyscy pozostali wykonawcy zaoferowali bowiem jedno programowanie pochodzące od jednego producenta. Natomiast odwołujący zaoferował – jak podkreślał - oprogramowanie do backupu składające się z trzech modułów, z których każdy ma innego producenta. Zaoferował bowiem „Tivoli Storage Manager, DocAve, EMCO RIP”, a więc oprogramowanie składające się z trzech oprogramowań pochodzących od trzech producentów. Tymczasem zamawiający oczekiwał od wykonawców zaoferowania oprogramowania dla sprzętu i oprogramowania, przy czym część funkcjonalności, które określił w Szczegółowej Specyfikacji Technicznej, może wynikać tylko i wyłącznie z zaoferowania jednego oprogramowania. Nie dopuszczał więc zaoferowania różnych programów pochodzących od różnych producentów. Tym samym stwierdzić należy,

iż odwołujący zaoferował zamawiającemu oprogramowanie nie spełniające wymagań SIWZ. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Nadto dodać należy, iż odwołujący, mając wątpliwości co do rozumienia terminu „oprogramowanie”, jak i tego co należy zamawiającemu zaoferować, mógł zwrócić się do zamawiającego celem ich wyjaśnienia.

Zarzut (2) dotyczący nieuprawnionego uznania niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ w zakresie wymogu zaoferowania w ramach oprogramowania do backupu jednej konsoli nie potwierdził się.

Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ „Szczegółowa Specyfikacja Techniczna” – „Wymagania dla Oprogramowania do backupu”, pkt 41 podał „oprogramowanie musi pozwalać na zarządzanie całością backupu, z jednej konsoli administracyjnej”.

Odwołujący w „Formularzu oferty”, pkt 2 „oprogramowanie do backupu, w pozycji „Producent oprogramowania” podał „IBM, AvePoint, EMCO Software”, a w pozycji „Nazwa oprogramowania” „Tivoli Storage Manager, DocAve, EMCO RIP”.

Odpowiadając na pytanie zamawiającego z dnia 28 października 2014r., pismem z dnia 30 października 2014 r. podał, iż „oferowane oprogramowanie posiada jedną konsolę do zarządzania całością backupu. Wyjaśnieniem na pytanie, „która konsola jest jedną konsolą dla oprogramowania do backupu”, jest BMC (Backup Management Console). BMC jest to pojedyncza konsola, która pozwala na realizację wszystkich funkcjonalności zaoferowanego oprogramowania do backupu”. Powyższe przyznał także w piśmie z dnia 5 listopada 2014 r.

Zamawiający, informując odwołującego o odrzuceniu jego oferty, wskazał m.in., iż jego oferta podlega odrzuceniu z uwagi na to, że „żadna z konsoli będących elementem oprogramowań wskazanych w ofercie nie spełnia wymagań SIWZ, co do zarządzania całością backupu, z jednej konsoli administracyjnej jednym możliwym rozwiązaniem jest to, iż wykonawca oferuje dodatkowe oprogramowanie (konsolę BMC), którego nazwa i producent nie zostały wskazane w formularzu oferty”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

W treści SIWZ zamawiający postawił wymóg aby zaoferowane przez wykonawcę oprogramowanie pozwalało na zarządzanie całością backupu, z jednej konsoli administracyjnej. Wymóg ten był opisany w części specyfikacji technicznej dotyczącej wymagań dla oprogramowania do backupu. Tak więc usytuowanie tego wymogu wskazywało na to elementem czego ma być konsola. Zamawiający dokonał bowiem - jak konsekwentnie podnosił – wyraźnego rozróżnienia przedmiotu zamówienia na dwa elementy, a mianowicie oprogramowanie do backupu i urządzenia do przechowywania danych. Konsola administracyjna do zarządzania całością backupu miała być więc elementem oprogramowania a nie urządzeniem. Tymczasem – jak wynika z oświadczeń złożonych

przez odwołującego na rozprawie – zaoferował on konsolę będącą elementem urządzenia do przechowywania danych. Potwierdza to także złożona przez odwołującego w poczet materiału dowodowego specyfikacja techniczna zaoferowanego przez niego urządzenia (BMC). Wynika bowiem z niej, iż posiada ona – jak słusznie podniósł przystępujący – wszystkie cechy standardowego komputera. Natomiast nie wynika z niej jak ta konsola miała by realizować założenia SIWZ. Skoro więc zamawiający wymagał aby zaoferowana konsola była elementem oprogramowania, to zaoferowanie konsoli będącej elementem urządzenia stanowi o niezgodności w tym zakresie oferty odwołującego z treścią SIWZ. Dlatego też Izba stwierdziła, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut (3) dotyczący nieuprawnionego uznania niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ w zakresie wymogu aby licencjonowanie dla oprogramowania opierało się na ilości danych podlegających zabezpieczeniu nie potwierdził się.

Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ „Szczegółowa Specyfikacja Techniczna” – „Wymagania dla Oprogramowania do backupu”, pkt 42 podał „licencjonowanie dla oprogramowania musi opierać się na ilości danych podlegających zabezpieczeniu (bez ograniczeń co do architektury systemu, replikacji kopii czy ilości serwerów czy aplikacji, itd.) - licencjonowanie per front - end”.

Zamawiający dwukrotnie zwrócił się do odwołującego, pismem z dnia 28 października 2014 r. i 3 listopada 2014 r., z zapytaniem „czy licencjonowanie zaoferowanego oprogramowania „Tivoli Storage Manager, DocAve, EMCO RIP” (tj. każdego z tych oprogramowań z osobna) zgodnie z wymaganiem zamawiającego opiera się na ilości danych podlegających zabezpieczeniu – licencjonowanie per frond – end?”

Odwołujący, pismem z dnia 30 października 2014 r. i 5 listopada 2014 r., wskazał, iż „zaoferowane oprogramowanie jako każdy z komponentów z osobna ma możliwość udzielenia licencji opierających się na powierzchni liczonej per front-end lub licencji nieograniczonej. W ten sposób możliwe jest skonstruowanie pakietu licencji pozwalającej objąć pełną ochroną 49TB”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż zamawiający w treści SIWZ jednoznacznie określił jakiego modelu licencjonowania wymaga. Wskazał bowiem, iż ma to być licencjonowanie per front-end. Taki sposób licencjonowania polega na zliczaniu ilości danych, dla których będzie wykonywana kopia zapasowa. Tymczasem oprogramowanie EMCO RIP nie zlicza danych podlegających zabezpieczeniu. Nie jest więc licencją pojemnościową a opiera się na ilości węzłów, tj. innym modelu licencjonowania niż wymagał tego zamawiający. A ponadto oprogramowanie EMCO RIP jest jedynie oprogramowaniem do instalacji oprogramowania a

nie oprogramowaniem do backupu. Tym samym nie może być licencjonowane per front-end. Powyższe potwierdzają dokumenty złożone zarówno przez przystępującego, jak i wynika to z oświadczenia firmy EMCO RIP, złożonego przez samego odwołującego. Dlatego też Izba stwierdziła, iż zarzut ten także się nie potwierdził.

Zarzut (4) dotyczący nieuprawnionego uznania niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ w zakresie wymogu zdalnego instalowania klienta backupowego przez oprogramowanie do backupu nie potwierdził się.

Zamawiający, odpowiadając na pytania wykonawców, wskazał, iż wymaga aby zdalne instalowanie klienta backupowego było realizowane przez oprogramowanie do backupu. Tym samym potwierdzając, iż wymaga aby zdalna instalacja klienta backupowego była realizowana przez oprogramowanie do backupu a nie przez dodatkowe oprogramowanie. Oprogramowaniem do wykonania kopii zapasowych jest Tivoli Strage Manager oraz DocAve, natomiast nie jest nim oprogramowanie EMCO RIP. Natomiast wymóg zdalnego instalowania klienta backupowego realizuje tylko i wyłącznie oprogramowanie EMCO RIP. Funkcjonalności tej (zdalnego instalowania klienta backupowego) nie posiadają pozostałe dwa programy do wykonywania kopii zapasowych. A ponieważ oprogramowanie EMCO RIP nie jest oprogramowaniem do backupu a jedynie oprogramowaniem do zdalnej instalacji oprogramowania wymóg zamawiającego, tj. zdalnego instalowania klienta backupowego przez oprogramowanie do backupu, nie został spełniony przez oferowane przez wykonawcę oprogramowanie.

Zarzut (5) dotyczący nieuprawnionego uznania niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ w zakresie wymogu wskazanie producenta i nazwy oprogramowania oraz producenta i modelu urządzenia dla systemu do backupu danych nie potwierdził się.

Zamawiający wymagał od wykonawców wypełnienia „Formularza oferty”, w tym dwóch tabel, jednej dotyczącej „oprogramowania do backupu” i podania producenta oprogramowania i nazwy oprogramowania oraz drugiej dotyczącej „urządzeń do przechowywania danych” i podania producenta urządzenia i modelu urządzenia.

Odwołujący w „Formularzu oferty”, pkt 2 „oprogramowanie do backupu”, w pozycji „Producent oprogramowania” podał „IBM, AvePoint, EMCO Software”, a w pozycji „Nazwa oprogramowania” podał „Tivoli Storage Manager, DocAve, EMCO RIP”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Odwołujący zaoferował konsolę jako element sprzętu – co zresztą konsekwentnie podkreślał, a skoro tak to stanowi to już o niezgodności jego oferty z treścią SIWZ, gdyby jednak – tak jak wymagał tego zamawiający była ona (konsola) elementem oprogramowania

- to jej producent winien być wskazany w części dotyczącej oprogramowania. Co jednak nie zostało wskazane we właściwej części tabeli dotyczącej oprogramowania. Gdyby bowiem konsola była częścią oprogramowania, abstrahując w tym miejscu od prawidłowości zaoferowanego oprogramowania, to jej nazwa i producent winny być podane w tabeli pierwszej „Formularza oferty”. Tym samym i w tym zakresie oferta odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone na rozprawie, uznając je za stanowiska je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: