

Sygn. akt: KIO 408/22

POSTANOWIENIE
z dnia 28 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 28 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lutego 2022 r. przez Odwołującego – **CLOCKWISE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa**, ul. Nowogrodzka 42, 00-695 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Szkoła Główna Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie**, ul. Nowoursynowska 166, 02-787 Warszawa

przy udziale

Wykonawcy **Betacom Spółka Akcyjna**, ul. Połczyńska 31A, 01-377 Warszawa przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego **postanawia:**

1. **Umarza postępowanie odwoławcze.**
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego – **CLOCKWISE Sp. z o.o. sp.k.** z siedzibą w Warszawie kwoty **7.500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021, poz. 1129 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym przez Zamawiającego Szkołę Główną Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie na dostawę biblioteki taśmowej do rozbudowy systemu kopii bezpieczeństwa w ramach projektu „Sukces z natury” (nr ref. postępowania: SZP.250.18.2021-BPSiTT.250.4.2021), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18.11.2022 r., nr 00273765, wobec czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej (Betacom S.A.), zaniechaniu jej odrzucenia i zaniechaniu odtajnienia dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, w dniu 14 lutego 2022 r. wykonawca Clockwise Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 408/22).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez Wykonawcę Betacom S.A., która nie jest ofertą najkorzystniejszą, gdyż jej treść nie odpowiada treści siwz;
2. art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) dokumentów i informacji (tj. wykazu osób, wykazu dostaw oraz poświadczenia dotyczącego pozycji z wykazu dostaw) zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa pomimo, że wykonawca nie wykazał, że te dokumenty i informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również pomimo, że te dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej Betacom S.A. oraz odrzucenia tej oferty, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym odtajnienie informacji niezasadnie zastrzeżonych.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zamawiający dokonał w dniu 7 lutego 2022 r. wyboru oferty Betacom S.A., w której zaoferowana została biblioteka taśmowa MSL 3040 nie spełniająca wymagań wskazanych w swz w punktach:

- 1) 2.2 OPZ – *Biblioteka musi skalować się do min. 4 modułów o maksymalnej wysokości 3U każdy (12 U łącznie). Niedopuszczalne jest stosowanie okablowania zewnętrznego (np. łączników SCSI) do wykonania rozbudowy, wszelka komunikacja musi odbywać się połączeniami wewnętrznymi.*

Zaoferowana biblioteka wymaga zewnętrznego okablowania dla łączności między modułami. W wyjaśnieniach z 10.01.2022 r. Betacom oświadczył, że *Biblioteka taśmowa HPE MSL 3040 skaluje się do 7 modułów (jeden moduł podstawowy plus 6 rozszerzających), każdy o wysokości 3U. Daje to łącznie 21U. Połączenia pomiędzy modułami odbywają się za pomocą dedykowanych portów oraz kabli typu interconnect. Są to dedykowane połączenia przewidziane przez producenta. W przypadku rozbudowy porty oraz okablowanie stanowią integralną część zestawu, nie są wymieniane jako opcja i nie posiadają oddzielnych P/N. W zaoferowanym rozwiązaniu nie jest stosowane okablowanie zewnętrzne ponieważ łącza są dedykowane i stanowią integralną część zestawu. Jeśli natomiast Zamawiający poprzez okablowanie zewnętrzne rozumie, iż nie może ono wystawać poza obudowę, to taki wymóg nie wynika jasno z zapisów SWZ.*

Zamawiający wymagał aby komunikacja odbywała się połączeniami wewnętrznymi. Zgodnie z wyjaśnieniami zastosowane zostały dedykowane kable, które są integralną częścią biblioteki lecz są poprowadzone na zewnątrz. Zamawiający w pkt 5 wymagał, aby wszystkie elementy zamówienia tworzyły integralną całość. W związku z powyższym wykonawca powinien zaoferować rozwiązanie w pełni integralne niezależnie, czy dedykowane kable posiadają lub nie oddzielny part numer. Słowo zewnętrzne jednoznacznie oznacza, że okablowanie służące do rozbudowy nie może być prowadzone poza obrys obudowy biblioteki. Wykonawca w wyjaśnieniach sam przyznał, że okablowanie znajduje się poza obudową, co w jego ocenie nie oznacza na zewnątrz.

- 2) Pkt 2.6 OPZ – *Biblioteka musi mieć możliwość sprzętowego szyfrowania kopii zapasowych z wykorzystaniem napędów taśmowych. Klucze szyfrujące muszą być przechowywane w SafeNet KeySecure (KMIP), Thales keyAuthority (KMIP) lub IBM TKLM/SKLM (non-KMIP). Licencja na tę funkcjonalność nie jest wymagana w tym postępowaniu.*

Zgodnie z dokumentacją MSL 3040 w bibliotece klucze szyfrujące nie są przechowywane w ramach jednego z dopuszczalnych protokołów. W wyjaśnieniach wykonawca potwierdził możliwość sprzętowego szyfrowania kopii zapasowych z wykorzystaniem kluczy szyfrujących zgodnych z protokołem KMIP 1.2. Z wyjaśnień nie wynika, aby zaoferowana biblioteka umożliwiała przechowywanie kluczy w produktach wskazanych w OPZ. Oświadczenie wykonawcy dotyczy jedynie możliwości sprzętowego szyfrowania, co nie potwierdziło wymogu z OPZ.

- 3) Pkt 2.13 OPZ – *Biblioteka musi być co najmniej monitorowana z poziomu panelu umieszczonego na froncie oraz zarządzania z poziomu zdalnego modułu zarządzania przez panel WWW (HTML5). Musi być możliwość tworzenia użytkowników lokalnych oraz integracji z systemem usług katalogowych – Microsoft Active Directory (które Zamawiający obecnie używa). Biblioteka musi udostępniać funkcje monitorowania stanu napędów i robota. Biblioteka taśmowa powinna mieć również możliwość zdalnego monitorowania stanu urządzenia i wychwytywania błędów bezpośrednio przez inżynierów producenta za pomocą odpowiedniego oprogramowania dostarczonego razem z biblioteką taśmową. Biblioteka musi posiadać min. 2 redundantne interfejsy 1GbE do zarządzania.*

Biblioteka MSL 3040 posiada tylko jeden port do zarządzania. Drugi jest dedykowany do oddzielnej aplikacji więc zwykły użytkownik nie może się tam zalogować. Wykonawca w wyjaśnieniach wskazał na dwa redundantne interfejsy do zarządzania: 1 GbE dla zdalnego zarządzania poprzez Remote Management Interface i drugi zintegrowany z napędem LT0-8 interfejs 1GbE. Interfejs zintegrowany z napędem służy do zarządzania napędem taśmowym i nie służy do zarządzania biblioteką taśmową – nie ma możliwości takiego samego zarządzania biblioteką taśmową jak w przypadku interfejsu 1GbE zainstalowanego w obudowie biblioteki. W związku z tym wymóg redundancji nie został spełniony.

W zakresie zarzutu zaniechania ujawnienia podmiotowych środków dowodowych Odwołujący zakwestionował uzasadnienie, jako niewystarczające celem wykazania przesłanek ustawowych (art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), nie zawierające dowodów dla wykazania wartości gospodarczej tego, że zastrzeżone informacje pozostaną niejawne, czy też podjęcia działań w celu utrzymania ich w poufności.

Do postępowania odwoławczego 18.02.2022 r. skutecznie zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Betacom S.A.

W piśmie wykonawca odniósł się do podstawy faktycznej zarzutów wskazując w zakresie zgodności zaoferowanej biblioteki taśmowej MSL 3040 na złożone w toku postępowania wyjaśnienia w zakresie dotyczącym podstawy zarzutu niezgodności z wymaganiami swz. Wykonawca wskazał na bezzasadność twierdzeń, które wynikają z nadinterpretacji postanowień swz lub są sprzeczne z oficjalnymi danymi o produkcie (klucze szyfrujące). W odniesieniu do zarzutu utajnienia podmiotowych środków dowodowych wykonawca (wykaz personelu kluczowego i wykaz referencyjnych zamówień z rynku komercyjnego). Obowiązku wykazania, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 18 ust. 3 Pzp) nie

należy utożsamiać z obowiązkiem udowodnienia, w rozumieniu jakim posługuje się Odwołujący, tj. przedstawienia pliku dowodów potwierdzających istnienie faktów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 23.02.2022 r. uwzględnił w całości zarzuty i zapowiedział kroki polegające na unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Betacom S.A., a także odtajnieniu zastrzeżonych dokumentów i powtórzenie czynności badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert.

Na posiedzeniu w dniu 28 lutego 2022 r. stawili się wyłącznie pełnomocnicy Odwołującego i Zamawiającego. Przystępujący po stronie Zamawiającego prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia nie stawił się. Nieobecność uczestnika postępowania nie wstrzymuje czynności procesowych, w tym nie powoduje konieczności odroczenia posiedzenia na czas wezwania wykonawcy do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Przystępujący powiadomiony o terminie posiedzenia może złożyć ustnie do protokołu oświadczenie w przedmiocie sprzeciwu. Jego nieobecność oznacza zatem rezygnację z tego uprawnienia.

Izba stwierdziła, iż w świetle tych oświadczeń zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie z art. 522 ust. 2 Ustawy.

Na podstawie § 9 ust. 2 lit. b 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) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty 7.500 zł. uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: