

Sygn. akt: KIO 2660/14
KIO 2668/14

WYROK
z dnia 23 stycznia 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Magdalena Cwyl
Natalia Dominiak

po rozpoznaniu , w Warszawie, w dniach 12 i 19 stycznia 2015 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 15 grudnia 2015 roku przez wykonawcę Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, przy ulicy Klecińskiej 123, 54-413 Wrocław (sygn. akt: KIO 2660/14),
- B. w dniu 15 grudnia 2014 roku przez wykonawcę ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Łączyny 3, 02-820 Warszawa (sygn. akt: KIO 2668/14),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą ulica Wronia 53, 00-874 Warszawa,

przy udziale:

- A. **(sygn. akt KIO 2660/14)** wykonawców:

- ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Łączyny 3, 02-820 Warszawa przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Jutrzenki 137, 02-231 Warszawa, przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

B. (sygn. akt KIO 2668/14) wykonawcy:

- Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Jutrzenki 137, 02-231 Warszawa, przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.

- A) Oddala odwołanie** wykonawcy Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, przy ulicy Klecińskiej 123, 54-413 Wrocław (sygn. akt: KIO 2660/14).
- B) Oddala odwołanie** wykonawcy ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Łączyny 3, 02-820 Warszawa (sygn. akt: KIO 2668/14).

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, przy ulicy Klecińskiej 123, 54-413 Wrocław (sygn. akt: KIO 2660/14) oraz wykonawcę ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Łączyny 3, 02-820 Warszawa (sygn. akt: KIO 2668/14) i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: wykonawcę Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, przy ulicy Klecińskiej 123, 54-413 Wrocław (sygn. akt: KIO 2660/14) oraz wykonawcę ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Łączyny 3, 02-820 Warszawa (sygn. akt: KIO 2668/14) tytułem wpisów od odwołań,

2.2 zasądza od wykonawcy Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, przy ulicy Klecińskiej 123, 54-413 Wrocław (sygn. akt: KIO 2660/14) kwotę **2 767 zł 50 gr** (słownie: dwa tysiące siedemset sześćdziesiąt siedem złotych pięćdziesiąt groszy) na rzecz Zamawiającego Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą ulica Wronia 53, 00-874 Warszawa stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.3 zasądza od wykonawcy ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Łączyny 3, 02-820 Warszawa (sygn. akt: KIO 2668/14) kwotę **2 767 zł 50 gr** (słownie: dwa tysiące siedemset sześćdziesiąt siedem złotych pięćdziesiąt groszy) na rzecz Zamawiającego Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą ulica Wronia 53, 00-874 Warszawa stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2660/14
KIO 2668/14

UZASADNIENIE

Zamawiający Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą ulica Wronia 53, 00-874 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego w przedmiocie *Wdrożenie w Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad skonsolidowanego systemu backupu i archiwizacji* opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 17 lipca 2014 roku pod numerem 2014/S 135-242199.

5 grudnia 2014 roku Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, wskazując, że do realizacji zamówienia wybrał wykonawcę Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. .

A. Sygn. akt KIO 2660/14

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych przez obrazę przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.; dalej „Pzp” lub „ustawa”) przez niezgodne z zasadami określonymi Prawem zamówień publicznych dokonanie oceny ofert, a w szczególności: dokonanie odrzucenia oferty Odwołującego, brak odrzucenia oferty Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. oraz ofert: ofert Helica Sp. z o.o. w Warszawie i Konsorcjum w składzie: WĄSKO S.A. w Gliwicach oraz Softdata Sp. z o.o. w Warszawie, brak wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Podstawą powyższych zarzutów jest fakt, iż oferta Advatech Sp. z o.o. we Wrocławiu spełnia określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu i nie powinna być odrzucona.

Oferta Odwołującego została złożona i przyjęta z naruszeniem przepisów art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy:

- art. 7 ust. 1, w świetle którego: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe i traktowanie wykonawców,
- art. 7 ust. 3, zgodnie z którym: „Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy,
- art. 89 ust. 1 pkt 2, w świetle którego: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o.,
- nakazanie dokonania ponownej oceny ofert z zachowaniem zasad określonych Pzp, a w konsekwencji odrzucenia oferty Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. oraz ofert Helica Sp. z o.o. w Warszawie i Konsorcjum w składzie: WĄSKO S.A. w Gliwicach oraz Softdata Sp. z o.o. w Warszawie,
- wyboru oferty Odwołującego,
- zwrot kosztów postępowania.

Odwołujący następująco uzasadnił swoje stanowisko:

Z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty wynikało, że najkorzystniejszą ofertę złożyła Firma Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. Jednakże to oferta Odwołującego w świetle kryteriów oceny powinna być wybrana a nie bezprawnie odrzucona przez Zamawiającego. Zgodnie z określonymi przez Zamawiającego warunkami, w wyniku unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, oferta Advatech Sp. z o.o. jest najkorzystniejsza.

Zamawiający naruszył interes Advatech Sp. z o.o. w uzyskaniu zamówienia i naraził Odwołującego na szkodę, próbując uniemożliwić mu otrzymanie zamówienia publicznego, o które ubiega się jako Wykonawca. Stąd istnieje wymagany przepisami Pzp związek przyczynowo - skutkowy.

Odrzucając ofertę Odwołującego, Zamawiający stwierdził, że:

- 1) nie zaoferował on licencji MS SQL Server i odpowiedniej ilości licencji dostępowych CAL, niezbędnych dla uruchomienia i poprawnej pracy zaproponowanej aplikacji do archiwizacji; wskazał, że w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 12 sierpnia 2014 r. na pytanie 10, 12, 15, 28, 31, 67 i 69 Zamawiający jednoznacznie potwierdził konieczność zainstalowania oprogramowania klastrowego na dwóch serwerach

fizycznych w centrali oraz wskazał, że cały potrzebny sprzęt dla uruchomienia backupu i archiwizacji musi zostać uwzględniony w ofercie; Zamawiający wskazał również na brak możliwości wykorzystania mechanizmów wirtualizacyjnych; Zamawiający stwierdził też, że wskazane wyjaśnienia znalazły odzwierciedlenie w zmienionej SIWZ (zmiana nr 1);

- 2) zaoferował tylko cztery (4) serwery z czego dwa (2) muszą być przeznaczone dla oddziałów, co jego zdaniem, w przypadku 2 serwerów w centrali wykluczają (co zdaniem Zamawiającego potwierdziły wyjaśnienia z 14 października 2014 r.) możliwość spełniania wymagań, o których mowa wyżej, oraz związanych z wymaganą przez Zamawiającego funkcjonalnością backupu danych z deduplikacją, replikacją z oddziałów, archiwizacją poczty Exchange i raportowaniem; jak wskazuje Zamawiający potwierdzanie tych okoliczności uzyskał w odpowiedzi Wykonawcy z 14 października 2014 r. na jego pismo z dnia 8 października 2014 r. w sprawie udzielenia wyjaśnień odnośnie: Wykazu zaoferowanych urządzeń i licencji (załącznik nr 9 do formularza Oferta) oraz Wykaz dodatkowych funkcjonalności zaoferowanego oprogramowania (Załącznik nr 8 do formularza „Oferta”); Zamawiający zastrzegł też, że w omawianym przypadku nie znajdą zastosowanie regulacje zawarte w art. 87 ust 1 pkt 3 Pzp.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że:

„Złożone w dniu 14 października 2014 r. przez Wykonawcę Wyjaśnienia w żaden sposób nie rozwiewają wątpliwości Zamawiającego, ponadto wskazują, że zaoferowane przez Wykonawcę rozwiązanie nie potwierdza spełniania wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ. ”

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego:

- 1) z uznaniem, iż jego oferta nie spełnia wymagań określonych w SIWZ, ponieważ zastosowane przez niego rozwiązania odpowiadają wszystkim wymaganiom, w szczególności sprzętowym, a w tym co do serwerów (określonym w pkt 2.6. Tomu III SIWZ, str. 23 tego tomu) oraz co do systemu backupu i archiwizacji (określonym w pkt 3. Tomu III SIWZ, str. 26 i nast. tego tomu), a w tym obligatoryjnym (określonym w pkt 3.1.10. Tomu III SIWZ, str. 31 tego tomu) z uwzględnieniem zmian (w tym przywoływanej przez Zamawiającego zmiany nr 1, wprowadzonych pismem z dnia 12 sierpnia 2014 r. (GDDKiA-DPR2-az-2812-6-1/14) oraz umożliwiając uzyskanie wszystkich parametrów i funkcjonalności wymaganych przez Zamawiającego;

Odwołujący w swojej ofercie złożył Załącznik nr 9 do formularza „Oferta” zawierający wymagane opisy oferowanego sprzętu i oprogramowania (pkt 6 formularza - *Licencje dla*

systemu backupu i archiwizacji, str. 23 Oferty Advatech Sp. z o.o.); Zamawiający nie wymagał podania licencji na systemy operacyjne, bazy danych, klastry itd., jednakże Advatech Sp. z o.o. w swojej ofercie zaznaczył, że dostarczy „ (...) niezbędne oprogramowanie. Kompletne rozwiązanie zgodne z SIWZ” (pkt 5 formularza - Serwery na potrzeby systemu backupu i archiwizacji str. 23 Oferty Advatech Sp. z o.o.) - czyli wszystkie wymagane licencje instalowane na serwerach; podkreślenia przy tym wymaga fakt, iż liczba zaoferowanych serwerów zależy od składającego ofertę Wykonawcy (zgodnie Załącznikiem Nr 10 do formularza „Oferta”, str. 33 SIWZ); na tę okoliczności nie wpływają odpowiedzi na pytania nr 13 i 67, z których jednoznacznie wynika, że trzeba zapewnić spełnienie żądania: „Wysoka dostępność ma być zrealizowana w warstwie sprzętowej i programowej” przez co najmniej dwa (2) serwery fizyczne w celu wdrożenia wysokiej dostępności dla serwera zarządzającego systemem, a także odpowiedź na pytanie 69, w świetle którego trzeba było zaoferować taką liczbę serwerów aby można było uruchomić system backupu i archiwizacji o parametrach określonych w pkt 2.6. III Tomu SIWZ;

2) faktem, iż Zamawiający w jakikolwiek sposób wykazał brak spełniania przez zaoferowane w ofercie rozwiązania wymagań SIWZ - czyli niezgodności z SIWZ; Odwołujący w wyjaśnieniach szczegółowo wykazał jak zamierza - zgodnie ze złożoną ofertą - osiągnąć cel, czyli zrealizować zamówienie zgodnie z SIWZ; rozwiązanie stanowi jego know-how i zostało zastrzeżone jako „tajemnica przedsiębiorstwa”; nie oznacza to jednak, że Zamawiający odrzucając ofertę nie jest zobligowany do wykazania, że oferowane rozwiązanie jest niezgodne z SIWZ; Zamawiający nie wypełnił tego obowiązku; jest to istotny zarzut w stosunku do uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, w szczególności, że w piśmie z 8 października 2014 r. w sprawie wyjaśnienia treści oferty Zamawiający w części pytań sugerował nie spełnianie warunków, w części prosił o potwierdzenie spełniania warunków, a w jeszcze innych o wyjaśnienie w jaki sposób spełniane są warunki; skoro zadając pytania Zamawiający był w stanie sformułować konkretne wątpliwości i zarzuty, w uzasadnieniu odrzucenia powinien jasno i precyzyjnie wskazać jakie warunki nie zostały spełnione;

3) faktem, iż Zamawiający wyjaśnił wątpliwości, co do oferty, które mogłyby spowodować lub utwierdzić przekonanie, że oferta jest niezgodna z SIWZ; Zamawiający stwierdził: „Złożone w dniu 14 października 2014 r. przez Wykonawcę Wyjaśnienia w żaden sposób nie rozwiewają wątpliwości Zamawiającego (...);

4) z faktem ewentualnego odrzucenia z powodu elementów ocenianych w ramach

kryteriów;

dodatkowe funkcjonalności zaoferowanego oprogramowania, są zgodnie z SIWZ oceniane w kryterium oceny ofert „Wartość Techniczna”; Zamawiający jednoznacznie wskazał, że : „W przypadku, gdy Wykonawca nie dołączy do oferty Załącznika nr 8 do formularza „Oferta” Zamawiający przyzna danej ofercie w tym kryterium 0 punktów”; ponadto: „ W przypadku gdy Wykonawca nie wpisze przy danej pozycji Załącznika nr 8 do formularza „Oferta” żadnej informacji („tak” lub „nie”) Zamawiający uzna, że zaoferowane oprogramowanie nie posiada danej funkcjonalności dodatkowej. W związku z powyższym nie Zamawiający nie przyzna punktu za daną funkcjonalność.” (pkt 15.2, str. 15 SIWZ); tylko w związku z brakiem potwierdzenia posiadania przez zaoferowane oprogramowanie wymaganej w załączniki Nr 7 do formularza „Oferta” funkcjonalności (a za taki zostanie uznany również brak wpisania „tak” w tabeli), Zamawiający przewidział konsekwencję w postaci odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (pkt 9.6., str. 11 SIWZ); zostało to także potwierdzone w treści samych formularzy.

Powyższe wyklucza możliwość zastosowania w taki sposób jak to zrobił Zamawiający - art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego.

Do kwestii odrzucenia oferty, w tym z powodu niezgodności oferty z SIWZ odnoście niezwykle bogate orzecznictwo. Ustalona jest też linia orzecznictwa w tym zakresie. Przykładem obrazującym obowiązki Zamawiającego związane z odrzuceniem oferty, jak równie wskazującym na warunki odrzucenia przedstawia np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 września 2014 r. sygn. akt KIO 1897/14, KIO 1899/14; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO 1604/14; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO 1543/14; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lipca 2014 r. sygn. akt KIO 1365/14; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 grudnia 2013 r. sygn. akt KIO 2812/13.

W świetle powyższego nie można uznać, że złożona przez Odwołującego oferta nie spełnia wymagań dla przedmiotu zamówienia, określone przez Zamawiającego w SIWZ - nie ma zatem podstaw do odrzucenia jej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Świadczenie zaoferowane w tym kształcie może być bowiem przyjęte przez Zamawiającego.

W odniesieniu do oferty Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. oraz ofert opierających się na rozwiązaniu Commvault, czyli poza ofertami odrzuconymi już (A.P.N. Promise S.A. w Warszawie, ADT Group Sp. z o.o. w Warszawie), czy Wykonawcami wykluczonymi (Infonet Projekt S.A. w Bielsku - Białej, IT.expert Sp. z o.o. w Warszawie) także:

- Helica Sp. z o.o. w Warszawie,

- Konsorcjum w składzie: WĄSKO S.A. w Gliwicach oraz Softdata Sp. z o.o. w Warszawie

(o ile przygotowana jest w oparciu o Commvault; dane techniczne w tym zakresie zostały jednak zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Na wybór technologii Commvault wskazuje podobny poziom cenowy oferty Konsorcjum względem ofert Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. oraz Helica Sp. z o.o.. Co potencjalnie wskazuje na oferowanie takiej samej ilości tych samych licencji. Cena tych licencji stanowi największą wartość oferowanego systemu i wyznacza cenę oferty.).

W aktualnym stanie postępowania, jedyną ofertą spełniającą wymagania SIWZ jest oferta firmy Advatech Sp. z o.o.

Jest tak dlatego, że Zamawiający wyraźnie wskazał w Opisie Przedmiotu Zamówienia (pkt 3.1.9, str. 31 Tomu III), że chce otrzymać licencje terabajtowe na backup i zaznaczył, że ma 35TB danych do backupu. Fakt ten potwierdził bezsprzecznie w odpowiedziach na pytania 56 i 88 do SIWZ (w piśmie z dnia 12 sierpnia 2014 r. Nr GDDKiA-DPR2-az-2812-6-I/14 , str. 10 i 19).

Pytanie 56: W punkcie 3.1.9.1 Zamawiający wymaga dostarczenia licencji na 35TB danych frontend. Dostawa obejmuje zarówno backup jak i archiwizację. Czy podana przez Zamawiającego wartość 35TB dotyczy danych do objętych wyłącznie backupem 1 zawiera dane z punktu 3.1 (łącznie 25 TB) plus oszacowany przez Zamawiającego ale nie podany w dokumentacji przyrost danych w okresie 3 lat? Jeżeli jest inaczej to czy należy **przyjąć** że pozostałe 10 TB ma oznaczać licencje na potrzeby archiwizacji?

Odpowiedź: 35 TB określa wszystkie aktualne potrzeby Zamawiającego zarówno backupu jak i archiwizacji uwzględniając przyrost danych.

Pytanie 88: TOM III, punkt 3.1.9.1, punkt 3.1.10.1.4. W punkcie 3.1.9.1. Zamawiający wskazuje konkretnie ilość licencji, którą należy dostarczyć (35TB), natomiast z punktu 3.1.14.1.4. wynika, że taką ilość należy określić biorąc pod uwagę przyrost danych (10%). Jaką ilość licencji należy dostarczyć?

Odpowiedź: Należy dostarczyć licencje pojemnościowe na 35 TB,

Zgodnie z pytaniami i odpowiedziami do SIWZ nie dało się określić jaka część danych ma być backupowana, a jaka część stanowi archiwizację, więc jedynymi, jakie spełniają wymagania licencjami są licencje co najmniej na 35TB backup.

W ofertach zawierających rozwiązanie Commvault zaoferowano dla systemu backupu i archiwizacji licencje Commvault: SB-C-DPF-1T-B, SB-A-APP-1T-B, SB-C-DAE-1T-B. Opis licencji:

SB-C-DPF-1T-B,

DPF, czyli Data Protection Foundation - są to licencje CommVault obsługujące jedynie backup plikowy. Oferenci zaoferowali licencję na 35TB

SB-A-APP-1T-B,

Application Backup Client - są to licencje CommVault do backupu aplikacji tj. baz danych, serwerów aplikacyjnych, poczty exchange, SAP. Oferenci zaoferowali licencję jedynie na 26TB. W związku z Zamawiającemu nie udało się określić jaka część danych ma być backupowana zatem Oferenci powinni zaoferować licencję na 35TB

SB-C-DAE-1T-B

Są to licencje CommVault do archiwizacji. Oferenci zaoferowali licencję jedynie na 11TB. W związku z Zamawiającemu nie udało się określić jaka część danych ma być archiwizowana zatem Oferenci powinni zaoferować licencję na 35TB lub na wszystkich wymaganych użytkowników poczty exchange.

Ponadto zaoferowane przez oferentów serwery (na potrzeby systemu backupu i archiwizacji) nie posiadają wymaganych przez producenta oferowanego rozwiązania (CommVault) dysków SSD. Rozwiązanie zatem nie spełnia wymagań SIWZ. Potwierdza to dokumentacja Commvault dostępna na stronie:

<http://documentation.commvault.com/commvault/v10/article?p=features/deduplication/deduplication%20building%20block.htm>

Tłumaczenie części dokumentacji. Wymagania stawiane przez producenta oprogramowania CommVault dotyczące warstwy serwerowej.

Typ środowiska	Wydajność IOPS dla pojedynczej ścieżki	Wydajność IOPS dla 8 ścieżek	Ilość danych na Front End	Ilość danych na Backend	Konfiguracje
Duże	Do uzyskania wymaganej wydajności IOPS wykorzystane są dyski Solid State Drive (SSD), nie ma zatem potrzeby prowadzenia narzędzia do		do 40 TB	Od 50 do 90 TB	Dedykowane lokalne 4 dyski 600GB SSD (używające technologię NAND Flash) pracujące w grupie RAID 5 oraz jeden dysk hot spare

B. Sygn. akt KIO 2668/14

Na podstawie art. 180 ust. 1, 179 ust. 1 oraz 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i Zamawiającego polegających na:

- 1) odrzuceniu oferty Odwołującego, w tym bez wystarczającego uzasadnienia;
- 2) wyborze oferty złożonej przez Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
- 3) oceny oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez bezprawne i bezzasadni odrzucenie oferty Odwołującego mimo że spełnia ona wszelkie wymogi SIWZ;
- 2) art. 92 ust 1. pkt 2) ustawy przez brak uzasadnienia na czym polega niespełnienie przez Odwołującego wymagań określonych w SIWZ;
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 4) inne, wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności badania i oceny ofert; unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego; unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego; nakazanie Zamawiającemu uznania, że oferta Odwołującego spełnia wymogi SIWZ i wyboru oferty Odwołującego; obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Odwołujący złożył Zamawiającemu swoją ofertę w postępowaniu. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy w zakresie wskazanym w treści odwołania, interes Odwołującego doznał uszczerbku. Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości realizacji Zamówienia, mimo że oferta Odwołującego mogła i powinna była zostać oceniona przez Zamawiającego w inny sposób, wskutek czego nie zostałaby odrzucona przez Zamawiającego. W przypadku gdyby Zamawiający dokonał prawidłowej oceny oferty Odwołującego, doprowadziłoby to do wyboru oferty Odwołującego, która jest ofertą

najkorzystniejszą oraz do realizacji przez niego Zamówienia. W razie utrzymania podjętych przez Zamawiającego czynności interes Odwołującego zostanie naruszony, ponieważ pozbawiony on zostanie możliwości uzyskania i realizacji Zamówienia. Odwołujący który złożył ofertę zgodną z SIWZ, na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów został pozbawiony możliwości realizacji Zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności niniejszego Odwołania, zaś następnie dokonania przez Zamawiającego.

Ponadto, Zamawiający po upływie terminu składania ofert i po ich otwarciu poinformował o zastosowanej przez siebie ocenie złożonych ofert oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą i mogłaby podlegać wyborowi gdyby Zamawiający prawidłowo zastosował kryterium oceny ofert oraz prawidłowo zinterpretował zapisy oferty Odwołującego, w odniesieniu do wymogów SIWZ.

W razie unieważnienia czynności Zamawiającego, Odwołujący może liczyć na zawarcie umowy o realizację Zamówienia.

Odwołujący następująco uzasadnił swoje stanowisko:

Zgodnie z treścią, art. 91 ustawy Zamawiający jest zobowiązany do wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz jest zobowiązany do zawiadomienia wykonawców, którzy złożyli oferty o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykonawcach, których oferty zostały odrzucone.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 ustawy odrzucenie oferty jest możliwe gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Co istotne w kontekście przedmiotowej sprawy, zawiadamiając o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone to wyłącznie Zamawiający jest zobowiązany do podania uzasadnienia faktycznego i prawnego — czynność ta w całości pozostaje poza zakresem działania Odwołującego. Wykonawcy których oferty zostały odrzucone są niejako związani treścią tychże wyjaśnień i tylko z takich wyjaśnień mogą czerpać informacje na temat tego czy i dlaczego ich oferta nie spełnia wymogów SIWZ w ocenie Zamawiającego. Dlatego też ustawodawca nałożył na zamawiających konieczność przedstawiania uzasadnienia nie tylko prawnego ale i faktywnego dokonywanych czynności. Takie uzasadnienie nie może sprowadzać się tylko do przytoczenia podstaw prawnych lub treści kilku punktów w SIWZ oraz ofercie wykonawcy, ale musi być na tyle czytelna aby wykonawcy mogli ocenić zasadność lub brak zasadności czynności zamawiającego (Odwołujący wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2014 roku sygn. akt KIO 866/14; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 maja 2014 roku sygn. akt KIO 946/14).

W przedmiotowej sprawie, w uzasadnieniu, w dwóch pierwszych akapitach Zamawiający wskazuje ogólnie na tomy SIWZ określające wymogi techniczne stawiane wykonawcom, po czym w treści akapitu 3 wskazuje że „(...) *nie zaoferowano licencji MS SQL Server i odpowiedniej ilości licencji CAL, niezbędnych dla uruchomienia i poprawnej pracy zaproponowanej aplikacji do archiwizacji.* ”

Z kolei w akapicie 2 uzasadnienia Zamawiający wyraźnie wskazuje, że to czego oczekiwał od wykonawców do wskazania: Producent, ilość, P/N/, rodzaj i pojemność dysków, procesory, pamięć, interfejsy sieciowe, zasilacze a dla zaoferowanych licencji: producent, ilość, P/N. Jednocześnie żaden z wymogów SIWZ, w tym wskazanych w punktach 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 2.6, 3 nie wskazuje konieczności wymienienia z nazwy oferowania licencji MS SQL Server.

W formularzu ofertowym (Załącznik nr 9) Odwołujący wskazał jeden komplet dostarczanych przez niego licencji, zgodnie z formą wymaganą przez Zamawiającego: producent, ilość, P/N. W tym zakresie nie budziła zastrzeżeń Zamawiającego treść oferty, z wyjątkiem ilości zaoferowanych licencji, co spowodowało wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień z dnia 8.10.2014 roku, czemu Odwołujący uczynił zadość pismem z dnia 14.10.2014 roku (zawarte w dokumentacji Postępowania). Tym samym już z tego tylko powodu wyraźnie widać, że uzasadnienie faktyczne podane przez Zamawiającego jest niewystarczające, gdyż nie pozwala określić na jakiej podstawie oferta „Odwołującego, która nie musiała zawierać informacji na temat licencji MS SQL, nie spełnia wymogu Zamawiającego. Należy podkreślić, że Zamawiający nie może na tym etapie postępowania kształtować nowych wymogów; niewynikających wcześniej z SIWZ. (Odwołujący wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2014 roku sygn. akt KIO 2345/13). Zamawiający stworzył bardzo obszerną dokumentację, udzielił na kilkudziesięciu stronach wyjaśnień do SIWZ, zmodyfikował postanowienia SIWZ a następnie na etapie odrzucenia oferty powołuje się na ogólne postanowienia poszczególnych tomów SIWZ, co być może wskazuje nawet na niezrozumienie stawianych przez siebie wymogów od wykonawców.

W związku z powyższym, skoro w SIWZ i formularzach ofertowych narzuconych przez Zamawiającego nie było zdefiniowane jakich informacji oczekuje Zamawiający w zakresie baz danych, w tym Zamawiający nie oczekiwał że na potrzeby wykazania powyższego należy zrobić wykaz innych licencji — w tym licencji MS SQL, to Zamawiający nie może z tego powodu odrzucić oferty. Względnie, Zamawiający, w uzasadnieniu powinien był wskazać w którym dokładnie punkcie SIWZ oczekiwał wskazania licencji MS SQL i jednoznacznie wskazać że Odwołujący nie zawarł informacji o oferowanych licencjach MS SQL oraz CAL.

Zamawiający, jako podmiot profesjonalny przygotował treść SIWZ z której wynikał określony zakres wymogów i informacji, niejako nakładający na wykonawców konieczność takiego przemyślenia rozwiązania aby było ono zgodne z zakresem funkcjonalności. W tym najprawdopodobniej celowo Zamawiający pominął konieczność wymieniania licencji MS SQL/CAL. Podkreślenia wymaga fakt, że bazy MS SQL/CAL to licencje bazy danych, które są czymś innym niż wykaz licencji których Zamawiający oczekiwał od wykonawców w formularzu Załącznik 9 pkt. 6. Natomiast jeżeli Zamawiający oczekiwał w tym miejscu wykazania licencji baz danych, to wówczas żadna z ofert nie zasługiwała na uwzględnienie, gdyż żadna z ofert nie zawierała wykazu tych licencji. Tym samym potwierdza to zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz prawidłowego uzasadnienia odrzucenia. Z drugiej strony wobec tak ogólnego sformułowania zarzutu wobec oferty Odwołującego nie sposób ocenić dlaczego rzekome braki dotyczące baz danych MS SQL są być może niezgodne z SIWZ. To uzasadnienie można interpretować na wiele sposobów. Chociażby Zamawiający mógłby wskazać czy nie zostały wymienione licencje MS SQL i w jakiej formie (np. którego załącznika do SIWZ) powinny być zostać zaoferowane. Zamawiający jednak nie wykonał takiej czynności.

W dalszej części uzasadnienia, Zamawiający podaje ogólny opis rzekomego niespełnienia warunków przez rozwiązanie zaoferowane przez Odwołującego. Jednakże w kontekście tak skomplikowanych wymagań Zamawiającego, w tym zawarcia ich w kilku tomach SIWZ powołanie się ogólnie na postanowienia SIWZ (punkty 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 2.6, 3) i ogólne sformułowanie odnośnie oferty Odwołującego .o niespełnieniu wymogów nie zasługuje na uwzględnienie i nie pozwala na ocenę przez Odwołującego, którego konkretnie wymogu nie spełnia oferta Odwołującego. Należy też zwrócić uwagę, na przykładowy opis odnoszący się do licencji:

Tomu III SIWZ: *„Zawarta licencja backupowa musi oferować dla wszystkich danych możliwość deduplikacji danych na źródle (serwer backupowany) lub na targecie (serwer backupowy) oraz pozwalać na Nielimitowane przechowywanie tych danych na dyskach czy w bibliotekach taśmowych, bez ograniczeń co do ilości napędów czy bibliotek.*

Zaoferowana przez Odwołującego licencja pozwala na Nielimitowane przechowywanie danych na wszelkich typach nośników, w tym na dyskach czy w bibliotekach taśmowych, bez ograniczeń co do ilości napędów czy bibliotek taśmowych, co wynika z właściwości tej licencji i na co wskazuje treść oświadczenia w pkt. 6 wykazu z załącznika 9 — *kompletne rozwiązanie zgodne z wymogami SIWZ*”. Powyższy opis tomu III nie kształtował obowiązku wylistowania licencji obsługiwanych przez oprogramowanie zaoferowane przez Odwołującego. W związku z tym Odwołujący wskazał w wykazie nazwy oprogramowania oferowanego przez siebie, bez wskazania dalszych informacji, które nie były wymagane

przez Zamawiającego. Dodatkowo, dla powyższych licencji backupowych, Zamawiający wskazał w SIWZ w punkcie Tom III pkt 3.1 (strona 27) że dostarczy licencje Windows we własnym zakresie. Ponadto rozwiązanie zaoferowane przez Odwołującego zawiera wszystkie licencje niezbędne do uruchomienia systemu opisanego w SIWZ. Zaś Zamawiający stawia ogólny zarzut niezgodności tego rozwiązania z całym tomami SIWZ, podczas gdy dla samego tylko punktu 2.2 wymogi opisane zostały w wielu podpunktach na trzech stronach A4. Tym samym nie można wywnioskować w jakim zakresie oferta niespełna wymogów SIWZ, zaś powyższa odpowiedź na temat jednej z możliwych interpretacji może także nie być wystarczająca, w zależności od podejścia Zamawiającego, co jednak jest stanem nie do przyjęcia.

W kwestii deduplikacji wyjaśnienia Zamawiającego (które nawiasem mówiąc są tylko kopią postanowień SIWZ, co już jest niewystarczające w kontekście chociażby orzecznictwa KIO), podkreślenia wymaga, że proponowana architektura rozwiązania zakłada de-duplikację m.in. przez: Oferowany moduł de-duplikacyjny (de-duplikacja na źródle), Integracje oferowanego oprogramowania z silnikiem deduplikacyjnym systemu Windows Server 2012, który zobowiązał się dostarczyć Zamawiający (de- duplikacja na targecie).

Czytając dalej uzasadnienie odrzucenia, Zamawiający podał ogólne sformułowanie, które jednak nie może mieć zastosowania do oferty Odwołującego: *a także nie spełnia wymagań, o których mowa w pkt 3.1.10,1.7 Tomu III SIWZ: Jeśli któryś z komponentów wymaga urządzenia z wbudowaną deduplikacją to jego pojemność (także licencje) muszą pozwalać na zgromadzenie co najmniej 200% danych front-end i Nielimitowaną funkcjonalność replikacji tych danych do Centrali lub w przyszłości do serwerowni zapasowej (DRC)" - przedstawiona oferta nie zawiera przedmiotowych urządzeń.*

Architektura oferowanego rozwiązania nie przewiduje i nie wymaga zastosowania „urządzenia z wbudowaną deduplikacją”. Deduplikacja realizowana jest programowo na źródle oraz na targecie, a nie na urządzeniu, o którym pisze Zamawiający. Co więcej, Zamawiający nigdy nie zwrócił się z prośbą o wyjaśnienia w tym zakresie, w związku z czym zarzut ten jest tylko przypuszczeniem Zamawiającego. Zgodnie z tym co powyżej, architektura oferowanego rozwiązania nie przewiduje stosowania takich urządzeń, tak więc przedmiotowy zarzut nie dotyczy oferty Odwołującego. Jednakże w kontekście bardzo ogólnego charakteru zarzutów w stosunku do oferty Odwołującego, Zamawiający być może miał na myśli niespełnienie wymogu duplikacji w jakiś inny sposób, którego nie może zinterpretować Odwołujący na podstawie treści korespondencji od Zamawiającego.

W tym miejscu należy też zwrócić uwagę, że Zamawiający nie oczekiwał przedstawienia przez wykonawców opisu architektury oferowanych rozwiązań. Taki ogólny opis pozwalałby

Zamawiającemu na zrozumienie „logiki” oferowanego rozwiązania, jego funkcjonalności, parametrów etc. Wobec braku takiego wymogu Zamawiający musi przyjąć założenie, że wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu oferują określone rozwiązania w postaci listy oferowanego sprzętu, licencji etc. zaś Zamawiający nie jest upoważniony do badania zakresu funkcjonalności oraz szczegółowej architektury całego rozwiązania.

Wreszcie należy podkreślić, że Zamawiający w swoim uzasadnieniu do tego, lub kolejnych punktów używa wielokrotnie złożonych zdań, wymieniających kilka różnych funkcjonalności, których rzekomo nie spełnia Odwołujący. Każde z tych wymogów można rozpatrywać oddzielnie i każde z nich mogłoby zostać uznane za spełnione lub niespełnione. Przykładowo, wymogi dotyczące serwera backupowanego i serwera backupowego — to oddzielnie wymogi. Mogło zdarzyć się przykładowo, spełnienie wymogów dla jednego serwera przy niespełnieniu wymogów dla drugiego serwera. Zatem tak ogólnie sformułowany zarzut jest niewystarczający. Pozwala na wieloraką interpretację wyjaśnień Zamawiającego. Nie można zgodzić się z twierdzeniem, że przez ogólne potraktowanie tego wyjaśnienia Odwołujący może zrozumieć w jakim zakresie zaproponowane przez niego rozwiązanie nie spełnia wymogów SIWZ.

Przechodząc dalej do treści wyjaśnień zwracamy uwagę na:

Zamawiający wskazuje, że w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 12 sierpnia 2014 roku na pytania nr 10, 12, 15, 28, 31, 58, 67 i 69, Zamawiający jednoznacznie potwierdził konieczność zainstalowania oprogramowania klastrowego na dwóch serwerach fizycznych w centrali

W opinii Odwołującego w żadnej z tych odpowiedzi Zamawiający nie wskazał, iż oprogramowanie klastrowe musi zostać zainstalowane bezpośrednio na serwerach fizycznych. Z odpowiedzi tych wynika, że Zamawiający wymaga, aby do celów zapewnienia wysokiej dostępności serwerów backupu wykorzystane były mechanizmy klastrowe, a nie mechanizmy wirtualizacji. W oferowanym rozwiązaniu wykorzystywane będą mechanizmy Microsoft Cluster, które nie koniecznie muszą być uruchamiane bezpośrednio na serwerze fizycznym. Z kolei Zamawiający takiego rozwiązania w żadnym miejscu SIWZ nie zabronił, ani nie wykluczył. Jedynym ograniczeniem (zgodnie z odpowiedziami na przytoczone pytania) było to, aby mechanizmy wysokiej dostępności nie były realizowane przez mechanizmy wirtualizacji (dopuszczono tylko mechanizmy klastrowe). W opinii Odwołującego zgodnie z ewentualną jedną linią interpretacji tego uzasadnienia odrzucenia oferty, twierdzenie w uzasadnieniu iż wymagane było zainstalowanie oprogramowania klastrowego na dwóch serwerach fizycznych jest próbą rozszerzenia wymagań SIWZ po terminie otwarcia ofert, ponieważ w żadnym miejscu dokumentacji przetargowej nie znajduje się taki wymóg, ani ograniczenie. Jednakże możliwe jest także interpretowanie, że

rozwiązanie zaoferowane przez Zamawiającego spełnia lub niespełnia także jakichś innych wymogów Zamawiającego - na co wskazuje bardzo ogólny charakter.

W kolejnych wyjaśnieniach Zamawiający podnosi, że:

wskazał, że cały potrzebny sprzęt' dla uruchomienia funkcjonalności backup i archiwizacji musi zostać uwzględniony w ofercie.

Sformułowany zarzut jest zupełnie bezpodstawny, zwłaszcza w kontekście tego, że Odwołujący cały sprzęt do backupu i archiwizacji uwzględnił w ofercie — przedstawiając chociażby wykaz z załącznika nr 9. Jeżeli Zamawiający uważa, że Wykonawca zaoferował coś więcej ponad to co zawarte w wykazie i nie uwzględnił tego w wykazie, to powinien to uzasadnić w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. Względnie, jeżeli Zamawiający uważa, że wykaz jest niekompletny, to powinien wskazać dlaczego wykaz jest niekompletny a nie tylko powołać się na ogólne sformułowanie zgodnie z cytatem powyżej. Odwołujący bowiem zaoferował cały potrzebny sprzęt pozwalający na wykonywanie backupu i archiwizacji. Na etapie realizacji zamówienia byłoby możliwe potwierdzenie, że zaoferowane rozwiązanie faktycznie działa i realizuje backup i archiwizację pod rygorem niewykonania zamówienia publicznego ze wszystkimi tego konsekwencjami. Znow, należy odnieść się do tego, że Zamawiający nie oczekiwał przedstawienia przez Odwołującego architektury systemu, opisu logiki systemu, przedstawienia uzasadnienia dlaczego taka konfiguracja działa. Takie rozumowanie Zamawiającego, który na etapie badania ofert oczekuje przedstawienia wyjaśnienia dlaczego dany zestaw urządzeń działa nie znajduje jakichkolwiek podstaw. A przede wszystkim takie uzasadnienie nie pozwala zrozumieć, dlaczego w ocenie Zamawiającego wykaz jest niekompletny — co Zamawiający miał na myśli.

Zamawiający zarzuca także w ofercie Odwołującego:

Zamawiający wskazał również, że brak jest możliwości wykorzystania mechanizmów wizualizacyjnych.

W kontekście pytań i wyjaśnień do SIWZ przytoczonych przez Zamawiającego w treści wyjaśnień należy wskazać, że Zamawiający wymagał by nie korzystać z mechanizmów witalizacyjnych Zamawiającego. Nie zabronił natomiast z korzystania z mechanizmów witalizacyjnych, które są wbudowanym elementem oferowanego rozwiązania, co zaoferował Odwołujący (zgodnie z odpowiedzią na pytania 10 oraz 31).

Wreszcie zupełnie niezrozumiałe jest poniższe zdanie uzasadnienia:

Wykonawca zaoferował jedynie 4 serwery (bez urządzeń do deduplikacji danych), z czego 2 muszą być przeznaczone dla oddziałów, Dwa serwery w centrali Jednoznacznie wykluczają

(również w kontekście wyjaśnień Wykonawcy) możliwość spełniania wymagań, o których mowa wyżej i uruchomienia wszystkich niezbędnych komponentów systemu dla backupu, archiwizacji, replikacji danych z oddziałów, deduplikacji, raportowania i zabezpieczenia stacji roboczych.

Jest to własna opinia Zamawiającego, która jest niezgodna ze stanem faktycznym, a przede wszystkim nie została w żaden sposób uzasadniona. Architektura rozwiązania została tak zaprojektowana by minimalizować zajętość serwerowni, zużycie prądu, itp. W tym kontekście częściowo Odwołujący składał także wyjaśnienia Zamawiającemu. Dwa serwery oferowane przez Zamawiającego są w zupełności wystarczające do spełnienia wymagań odnośnie backupu, archiwizacji, replikacji; de-duplikacji, raportowania oraz zabezpieczenia stacji roboczych. W szczególności, nawet dokonując literalnej wykładni tego postanowienia — nie jest jasne dlaczego oferując cztery serwery, w tym dwa w centrali, wyklucza to możliwość spełniania wymagań (oraz których wymagań) i uruchomienia komponentów systemu. Oferowane rozwiązanie zostało dostosowane i wyskalowane adekwatnie do obiektywnych potrzeb Zamawiającego, które to zostały opisane w SIWZ.

Ponadto Zamawiający zupełnie pomija możliwość interpretacji zapisów SIWZ w ten sposób, że niektóre serwery mogą działać jako usługa a nie jako rozwiązania fizyczne. Zamawiający, w treści dokumentacji postępowania, w tym w wyjaśnieniach nie wyłączył takiej możliwości. Tym samym, na tym etapie postępowania nie może odrzucić rozwiązania oferującego takie rozwiązanie. Ponadto niezrozumiałe jest co konkretnie Zamawiający miał na myśli — zwłaszcza że nie można powiedzieć że rozwiązanie Odwołującego nie pozwala na uruchomienie komponentów. Takie zdanie nie może być prawdziwe, gdyż odnosi się do wielu elementów i z pewnością możliwe jest uruchomienie co najmniej kilku z nich, zaś zgodnie z treścią oferty rozwiązanie spełnia wszystkie wymogi i pozwala na uruchomienie wszystkich procesów i mechanizmów.

Mając na uwadze powyższe, szczegółowe odniesienie się do każdego ze zdań uzasadnienia odrzucenia oferty, należy zauważyć że Zamawiający wadliwie dokonał czynności poinformowania odwołującego o przyczynach odrzucenia jego oferty. Podał ogólną podstawę prawną oraz kilka obszernych punktów SIWZ z poszczególnych tomów SIWZ. Powołując się przykładowo na ogólne punkty 2.2, 2.3, 2.4, 2.6, 3 SIWZ nie wskazał jednoznacznie, którego z zawartych tam punktów szczegółowych nie spełnił Wykonawca. Należy zwrócić uwagę, że przytoczone przez Zamawiającego punkty stanowią kilkanaście stron dokumentacji przetargowej, zawierającej szczegółowe wymogi, parametry etc. Zatem istnieje bardzo dużo punktów, które Zamawiający mógł wskazać jako podstawy odrzucenia, czego nie uczynił i co powoduje że Wykonawca na tym etapie ma domyślać się czego

zastrzeżenia Zamawiającego dotyczą. Tym samym, przez podanie szeregu ogólnych wymaganych przez Zamawiającego parametrów nie stanowi w okolicznościach niniejszej sprawy, realizacji dyspozycji art. 92 ust 1 ustawy nakazującego podanie uzasadnienia faktycznego podejmowanych czynności (wskazał: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2012 r sygn. akt KIO 2293/12; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 grudnia 2013 r. sygn. akt KIO 2812/13)

Biorąc pod uwagę przedstawioną w odwołaniu argumentację, w tym wskazanie choćby częściowego nieuzasadnienia czynności podejmowanych przez Zamawiającego stanowi już wystarczającą podstawę do uznania zasadności odwołania oraz stwierdzenia, że Zamawiający naruszył wymogi ustawowe. Już to bowiem wystarczy dla uznania, że wykonawca (tu Odwołujący), w takim stanie faktycznym nie będzie mógł co najmniej zrozumieć czynności Zamawiającego i podstaw odrzucenia jego oferty co ma miejsce w przedmiotowym przypadku. (powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1066/10).

Trzeba wreszcie zwrócić uwagę, że nawet na obecnym etapie postępowania możliwa jest zmiana czynności Zamawiającego, w tym przez nakazanie Zamawiającemu bardziej szczegółowego zbadania oferty. Bowiem nie można wykluczyć sytuacji, że Zamawiający tylko wybiórczo przeanalizował treść oferty Odwołującego i z tego tylko powodu podał bardzo ogólne uzasadnienie Odrzucenia oferty. Nawet jednak przy takim założeniu, niezaprzeczalnie do naruszenia przepisów doszło a czynność Zamawiającego może podlegać naprawieniu, przez nakazanie Zamawiającemu powtórnego zbadania oferty Odwołującego (powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lipca 2014 roku sygn. akt KIO 1288/14). Obowiązek szczegółowego i zrozumiałego wyjaśnienia podstaw odrzucenia jest także niezmiernie istotny w kontekście oceny ewentualnego naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i przestrzegania zasady zachowania uczciwej konkurencji. Skoro bowiem Zamawiający wybiórczo czyta oferty wykonawców, w tym tylko co do niektórych stosuje szczegółowe wyjaśnienia lub co do niektórych „rozumie” zaoferowane rozwiązanie a dla innych pozostaje biernym, to narusza to wyżej wskazane podstawowe zasady postępowania przetargowego. Niezaprzeczalnie jednak naruszenie obowiązków z art. 89 w związku z art. 92 ustawy jest poważnym uchybieniem przepisów, mającym poważne konsekwencje dla całego postępowania oraz dla wykonawców, w tym Odwołującego. (wskazał: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 maja 2014 sygn. akt KIO 908/14; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 marca 2014 sygn. akt KIO 413/14; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 6 sierpnia 2013 sygn. akt KIO 1789/13). W kontekście powyższego, na potrzeby przedmiotowego postępowania odwoławczego, wystarczającym jest wskazanie

samych nieścisłości i braku precyzyjnego wykazania podstaw odrzucenia aby uznać **odwołanie za słuszne**.

Reasumując, w kontekście przedstawionego uzasadnienia, na potrzeby przedmiotowego postępowania trzeba zwrócić uwagę, że Odwołujący dostrzega w przesłanym uzasadnieniu odrzucenia oferty brak wystarczającego uzasadnienia, co nie pozwala Wykonawcy na podjęcie polemiki z Zamawiającym, gdyż może być interpretowane wielorako. W szczególności, Odwołujący nie może zrozumieć jak Zamawiający rozumie:

- naruszenie licencji przy tak ogólnym sformułowaniu zarzutu - czy powinien dopisać licencje a jeśli tak, to w którym miejscu formularzy. Czy też może licencje zaoferowane przez Odwołującego nie zawierają wykazu sublicencji wchodzących w skład oferowanego rozwiązania. Wreszcie być może konieczne było załączenie w formularzu ofertowym jeszcze innych elementów opisujących licencje,

- co do zarzutu o braku przedstawienia przedmiotowych urządzeń — nie sposób zrozumieć o jakie urządzenia Zamawiającemu chodzi, skoro Zamawiający powołuje się na szereg różnych elementów, o których nie można powiedzieć że mogą być rozpatrywane łącznie. W szczególności serwery backupowane to co innego niż serwery backupowe. Czyli Zamawiający nie wskazał chociażby których serwerów nie zaoferował Odwołujący, powołując się w dalszej części odwołania na zaoferowanie 4 sztuk serwerów wraz z licencjami, które wskazane są w załączniku nr 9. Zgromadzenie co najmniej 200% danych front end jest oddzielną funkcjonalnością, podobnie jak Nielimitowana funkcjonalność replikacji danych. Nie można określić czy Zamawiający uznaje, że rozwiązanie oferowane przez Odwołującego nie spełnia każdego z powyższych wymogów, czy tylko niektórych z nich. Przywołanie przez Zamawiającego dwóch punktów SIWZ zawierających w sobie aż tyle wymagań i następnie ogólnie podsumowanie że oferta nie spełnia wymogów, nie jest wystarczającym wypełnieniem dyspozycji ustawowej przez Zamawiającego,

- Zamawiający nie wskazuje także na czym polega niemożliwość wykorzystania 4 serwerów na potrzeby dostaw do trzech lokalizacji Zamawiającego, zwłaszcza że można przecież dojść do przekonania że skoro mamy do czynienia z trzema lokalizacjami, a dwa urządzenia mają być zastosowane w centrali, to pozostałe dwa mogą być w pozostałych lokalizacjach — po jednym w każdej z lokalizacji. Względnie, być może Zamawiający ma na względzie że nie będzie możliwe ich zainstalowanie z przyczyn technicznych lub innych.

Przyjęcie któregośkolwiek z powyższych wnioskowań i interpretacji wyjaśnień utwierdza jedynie w przekonaniu, że przedstawione uzasadnienie jest niewystarczająco precyzyjne i pozwala na dowolną interpretację. Względnie, to nie na Odwołującym ciąży obowiązek

interpretowania tych zapisów. Odwołujący .nie rozumie tak postawionych zarzutów do swojej oferty, co zwłaszcza przy tak dużej dokumentacji przetargowej ma szczególne znaczenie.

Należy wreszcie zwrócić uwagę, że w postępowaniu, Zamawiający dopuścił możliwość składania przez wykonawców wykazów, zestawów oświadczeń i informacji od wykonawców. Oznacza to że dopuścił możliwość opierania się na takich oświadczeniach i brania ich pod uwagę na potrzeby oceny spełniania warunków, nawet w sytuacji gdy pewne wymogi nie znalazły odzwierciedlenia w wymogach SIWZ. Skoro Zamawiający w taki sposób ukształtował postępowanie i niejako polegał na oświadczeniach i zapewnieniach Odwołującego w odpowiednich tabelach a także, że to Odwołujący miał decydować, jakimi składnikami wypełni tabele oraz ponieważ Zamawiający nie podał tych elementów, ani jakichkolwiek wytycznych co do tego, jakie składniki tabel należy uwzględniać poza ogólnymi informacjami przytoczonymi w uzasadnieniu, to wykonawca miał w tym zakresie pełną dowolność i mógł złożyć ofertę w taki sposób w jaki uczynił to Odwołujący, zaś Zamawiający nie mógł z tego powodu poczynić zarzutu przeciwko Odwołującemu. Stąd znów, wskazanie ogólne że Odwołujący czegoś nie wskazał w wykazach lub że nie było, informacji, których zawarcia wprost nie oczekiwał Zamawiający, lub co do których Odwołujący miałby się domyślać stanowią podstawę do uwzględnienia zasadności odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W zakresie obu odwołań o sygnaturach akt KIO 2660/14 i KIO 2668/14:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołań. Odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowych terminach oraz zostały przekazane w ustawowym terminie kopie odwołań Zamawiającemu, co potwierdził na posiedzeniu z udziałem Stron Zamawiający.

Izba ustaliła, że w przypadku każdego z odwołań, zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2660/14 i sygn. akt KIO 2668/14 : Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Jutrzenki 137, 02-231 Warszawa.

Izba w sprawie o sygn. akt KIO 2660/14 dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego wykonawcę ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Łączyny 3, 02-820 Warszawa.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie oraz stanowiska i oświadczenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody złożone przez Odwołującego wykonawcę Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, przy ulicy Klecińskiej 123, 54-413 Wrocław (sygn. akt: KIO 2660/14):

- (dowód nr 1) Oświadczenie producenta Symantec (wydruk wiadomości email),
- (dowód nr 2) Oświadczenie producenta Symantec, (wydruk wiadomości email).

Izba dopuściła dowód złożony przez Odwołującego ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Łączyny 3, 02-820 Warszawa (sygn. akt: KIO 2668/14):

- (dowód nr 3) wymagania systemowe CommServer (dokument na 10 kartach w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski),
- (dowód nr 4) Oświadczenie producenta oprogramowania do backupu EMC Data Protection Suite z dnia 8 stycznia 2015 roku.

Uczestnik postępowania odwoławczego Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Jutrzenki 137, 02-231 Warszawa, przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył do spraw o sygnaturach akt KIO 2660/14 i KIO 2668/14 *Pismo przystępującego po stronie Zamawiającego* z dnia 12 stycznia 2015 roku.

Izba dopuściła dowody wskazane i załączone do Pisma przystępującego po stronie Zamawiającego.

Zamawiający złożył:

- do sprawy o sygn. akt: KIO 2660/14 *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie* za pismem z dnia 9 stycznia 2015 roku,
- do sprawy o sygn. akt: KIO 2668/14 *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie* za pismem z dnia 9 stycznia 2015 roku.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny zarzutów podniesionych w odwołaniach sygn. akt KIO 2660/14 i KIO 2668/14, biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz dokumentację postępowania i zgłoszone dowody, uznała, że żadne z odwołań nie podlega uwzględnieniu.

Sygn. akt KIO 2660/14 i 2668/14

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy

– *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3*

Ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednakże odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił

ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Wskazać należy, iż o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10). Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia.

W zakresie zarzutu odrzucenia ofert wykonawców Odwołujących się z uwagi na brak zaofiarowania licencji MS SQL Server i odpowiedniej ilości licencji dostępowych CLA – Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Zamawiający, zgodnie z pkt 9.8 Tomu I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) oraz treścią wzoru załącznika nr 9 do Formularza „Oferta” wymagał podania informacji dla zaproponowanych licencji (producent, ilość, P/N). W preambule załącznika nr 9 do Formularza „oferta” Zamawiający wskazał wymagania: *...należy podać skróconą specyfikację zawierającą opis (...) dla zaproponowanych licencji (producent, ilość, P/N). Opis zaproponowanego rozwiązania musi potwierdzać, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego określonym w: (...) pkt 3 Tomu III SIWZ (OPZ) – dla licencji dla systemu backupu i archiwizacji.*

Zamawiający zobowiązał również wykonawców, w przypadku, gdy konieczne będzie to do realizacji zamówienia, dostarczyć dodatkowe licencje (pkt 3.1.7 Tomu III SIWZ).

Powyższe, w ocenie Izby, wskazuje jednoznacznie, że wykonawcy zobowiązani byli wykazać oferowane licencje dla systemu backupu i archiwizacji, w związku z czym zobowiązani byli wykazać również te licencje, które są niezbędne do uruchomienia i poprawnej pracy zaproponowanej przez wykonawcę aplikacji do archiwizacji.

Z wyjaśnień poczynionych na rozprawie wynika, że zaofiarowane przez obu Odwołujących rozwiązania w zakresie aplikacji do archiwizacji wymagają dla swojego działania dodatkowych licencji, które zapewniają możliwość uruchomienia i poprawnej pracy aplikacji.

Odwołujący Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt: KIO 2660/14) zaofiarował rozwiązanie firmy Symatec - Enterprise Valut. Zgodnie ze stanowiskiem przedstawionym przez Zamawiającego oraz uczestnika postępowania odwoławczego Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zaofiarowane przez Odwołującego rozwiązanie nie zawiera licencji MS SQL, co wynika z karty katalogowej produktu (załączonej

do pisma uczestnika postępowania odwoławczego) i niezbędne jest odrębne uzyskanie licencji MS SQL jak również licencję dostępową typu CAL (odpowiednią ilość), bowiem nie są one automatycznie załączane do oferowanego produktu. Z przedstawionego przez Odwołującego oświadczenia (dowód nr 1) jednoznacznie wynika, że zaoferowane przez Odwołującego oprogramowanie „bez bazy MS SQL nie ma sensu”, jednocześnie dowód ten nie potwierdza, że niezbędne do uruchomienia i prawidłowego działania zaoferowanego oprogramowanie licencje są automatycznie zawarte. Podnoszona przez Odwołującego argumentacja, że licencje MS SQL i odpowiednia ilość licencji dostępowych CAL, nie są licencjami systemu backupu i archiwizacji, bowiem są to licencje bazodanowe, pomija istotny fakt (który został wykazany w przedstawionym dowodzie nr 1), że bez tych dodatkowych licencji, których Odwołujący nie wykazał, a które nie są automatycznie zawarte w oferowanym oprogramowaniu nie będzie możliwe działanie aplikacji do archiwizacji, tym samym oferowanie oprogramowania bez dodatkowych licencji nie spełnia wymagań Zamawiającego. Odwołanie się przez Odwołującego do złożonego w formularzu oświadczenia, że dostarczy niezbędne oprogramowanie i oferuje kompletne rozwiązanie zgodnie z SIWZ nie stanowi realizacji obowiązku wykazania oferowanych licencji zgodnie z żądaniami Zamawiającego. Gdyby uznać argumentację Odwołującego za prawidłową, mogło by to prowadzić do sytuacji, w której oświadczenie wykonawcy zastępowałoby wykazanie wszystkich wymaganych przez Zamawiającego elementów oferty, co byłoby działaniem zupełnie nieuprawnionym (o ile Zamawiający w ten sposób nie nakaże wykazania spełnienia określonych w SIWZ wymagań) jak również prowadziłoby do niemożliwości oceny spełnienia wymagań w zakresie oferowanego przedmiotu przez wybiórcze jego potwierdzanie częściowo oświadczeniem a częściowo przez podanie oferowanych rozwiązań.

Wykonawcy zobowiązani byli w ofercie do wykazania oferowanych licencji, które umożliwiają prawidłowe działanie oferowanego rozwiązania a Odwołujący nie uczynił tego, tym samym działanie Zamawiającego było prawidłowe. Należy zaznaczyć, że formalizm stosowany przy zamówieniach publicznych uzasadnia stosowanie rygorów w przypadku ofert niespełniających wymagań specyfikacji (wyrok Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 28 września 2005 roku (sygn. akt II Ca 29/05).

Odwołującego ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 2668/14) w części oferowanego rozwiązania została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednocześnie składając na rozprawie oświadczenie (dowód nr 4), dokument nieobjęty tajemnicą przedsiębiorstwa Odwołujący wskazał, upublicznił, że zaoferował rozwiązanie firmy EMC² Computer Systems Poland Sp. z o.o. – oprogramowanie EMC Data Protection

Suite. W treści odwołania Odwołujący podał, za informacją o odrzuceniu oferty, że w ofercie „nie zaoferowano odpowiedniej ilości licencji MS SQL Server i odpowiedniej ilości licencji CAL, niezbędnej do uruchomienia i poprawnej pracy zaproponowanej aplikacji do archiwizacji”.

Zamawiający nie określił w SWIZ jakie licencje mają zostać zaoferowane z uwagi na to, że istnieją różne rozwiązania jakie są oferowane na rynku tychże usług, jednakże określił jednoznacznie wymagania nakładające na wykonawcę obowiązek wykazania wszystkich oferowanych licencji umożliwiających prawidłowe działanie oferowanego przez wykonawcę rozwiązania. W ofercie Odwołującego nie zostały podane licencje MS SQL Server i odpowiednia ilość licencji CAL i nie można zgodzić się z argumentacją Odwołującego przedstawioną na rozprawie, że to na wykonawcy ciąży obowiązek dostarczenia wymaganych licencji na etapie realizacji zamówienia pomimo ich niewykazania w formularzu. Odwołujący potwierdził na rozprawie, że ww. licencje nie zostały wylistowane w ofercie. Z przedstawionego oświadczenia (dowód nr 4) nie wynika, że oferowana licencja zawiera automatycznie licencję MS SQL Server. W zakresie wyjaśnień poczynionych przez Odwołującego wskazujących, że licencja MS SQL istnieje w wersji bezpłatnej i nazywa się MS SQL Express oraz ma ograniczoną, maksymalną wielkość, należy wskazać, że Odwołujący nie wykazał, że taką wersję zastosuje, jak również należy zaznaczyć, czego Odwołujący nie kwestionował, a co podnosił uczestnik postępowania odwoławczego, że licencja MS SQL Express nie może zostać zastosowana, co wynika z pakietu produktów, jakie muszą być oferowane w zamówieniu. Rozwiązanie zaoferowane przez Odwołującego do prawidłowego działania wymaga dodatkowo licencji MS SQL Server i odpowiedniej ilości licencji CAL, a niezbędność tych licencji potwierdził Odwołujący w czasie rozprawy. Argumentacja przedstawiona powyżej (dotycząca oferty Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu) a dotycząca konieczności wykazania dodatkowych licencji niezbędnych do uruchomienia i prawidłowego działania oferowanego rozwiązania pozostaje aktualna i w tym przypadku, tym samym działanie Zamawiającego było prawidłowe.

W zakresie podnoszonego na rozprawie zarzutu przez Odwołującego ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 2668/14) dotyczącego niewykazania w załączniku do oferty wszystkich licencji zawartych w rozwiązaniu oferowanym przez uczestnika postępowania odwoławczego Izba wskazuje, że zarzutu takiego Odwołujący nie podnosił w odwołaniu. Natomiast wskazywane przez Odwołującego, że argumentacja budowana przez Odwołującego na rozprawie przez wskazanie uzasadnienia merytorycznego na rozprawie i wywodzenie zarzutu z zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jak również podanych jako naruszonych na wstępie odwołania przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2

ustawy i art. 92 ustawy, stanowi budowanie nowego niewskazanego zarzutu w odwołaniu i jest spóźnione.

W zakresie zarzutu odrzucenia ofert wykonawców Odwołujących się z uwagi na zaoferowanie 4 serwerów – Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Odwołujący Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt: KIO 2660/14) oraz Odwołujący ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 2668/14) zaoferowali rozwiązania oparte na czterech serwerach.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia ofert podał, że na podstawie SIWZ Tom III pkt 3.1.10.1.6 i 3.1.10.1.7 oraz zamian do SWIZ z dnia 12 sierpnia 2014 roku (odpowiedzi na pytania nr 10,12, 15, 28, 31, 58, 67 i 69), wymagał zainstalowania oprogramowania klastrowego na dwóch serwerach fizycznych w centrali oraz wymagał aby cały sprzęt dla uruchomienia backupu i archiwizacji był uwzględniony w ofercie, bez możliwości wykorzystania mechanizmów wirtualizacyjnych. Zgodnie z pkt 3.1.8 Tom III SIWZ Zamawiający wymagał aby „system backupu i archiwizacji został zaimplementowany z wykorzystaniem oprogramowania dostarczanego przez jednego producenta oprogramowania”.

Zamawiający udzielił pismem z 12 sierpnia 2014 roku odpowiedzi na pytania:

Pytanie 10: *Czy Zamawiający umożliwi instalację niektórych komponentów systemu kopii zapasowej w istniejącym środowisku wirtualnym np. Serwera Zarządzającego Systemem Kopii Zapasowych, Konsoli zarządzającej, serwera przeszukiwania danych.*

Odpowiedź: *Nie, Zamawiający podtrzymuje wymagania zawarte w SIWZ.*

Pytanie 15: *Czy zamawiający dopuszcza wykorzystanie wirtualizacji lub mechanizmów klastrowych w celu zapewnienia wysokiej dostępności dla serwerów Backupu?*

Odpowiedź: *Zamawiający nie dopuszcza wirtualizacji, natomiast dopuszcza mechanizmy klastrowe.*

Pytanie 31: *Czy Zamawiający dopuszcza instalację głównego serwera backup w posiadanym środowisku wirtualnym, (czy posiada zespoły sprzętowe umożliwiające wygenerowanie takich wirtualnych serwerów MS Windows)?*

Odpowiedź: *Nie, Zamawiający nie dopuszcza takiego rozwiązania.*

Pytanie 58: *W punkcie 3.1.3 zamawiający nie dopuszcza implementacji dwóch serwerów backupu. Zamawiający ogranicza implementację do jednego serwera zarządzającego a jednocześnie w tabeli wymagań podstawowych oczekuje wysokiej dostępności dla serwera*

zarządzającego a dodatkowo w kolejnych wymogach również w pełni funkcjonalnego środowiska weryfikacji backupu. Do spełnienia wymogu wysokiej dostępności należałoby zaimplementować minimum dwa serwery zarządzające (podstawowy i zapasowy). Czy Zamawiający dopuści implementację dwóch serwerów zarządzających (podstawowego i zapasowego) w celu uzyskania oczekiwanej wysokiej dostępności.

Odpowiedź: zamawiający dopuszcza tylko jedną instancję serwera zarządzającego w Centrali, która może składać się z dwóch serwerów, pracujących w trybie wysokiej dostępności tzw. usługi klastrowe.

Pytanie 67: Uruchomienie trybu wysokiej dostępności dla serwera zarządzającego systemem wymaga dostarczenia co najmniej dwóch serwerów fizycznych. Czy Zamawiający oczekuje dostarczenia co najmniej dwóch serwerów fizycznych w celu wdrożenia rozwiązania wysokiej dostępności dla serwera zarządzającego systemem?

Odpowiedź: Tak.

Pytanie 69: Jeżeli z analizy wymagań wynikać będzie, że implementacja systemu backupu i archiwizacji wymaga użycia dodatkowych serwerów będących komponentami infrastruktury systemu innymi niż serwer zarządzający, czy serwery typu "Zarządcy Mediów" czy Zamawiający oczekuje dostarczenia takich serwerów przez wykonawcę? Czy Zamawiający dopuszcza, aby parametry tych serwerów były inne niż parametry określone w punkcie 2.6 dla serwera zarządzającego systemem?

Odpowiedź: Zamawiający oczekuje dostarczenia takiej ilości serwerów, aby była możliwość uruchomienia systemu backupu i archiwizacji jednak o parametrach nie mniejszych określone w punkcie 2.6 Tomu III SIWZ.

W zakresie oferty Odwołującego Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt: KIO 2660/14). Izba uznała, że argumentacja Zamawiającego, z której wynika, że zaoferowane 4 serwery nie są w stanie technicznie podjąć prawidłowemu wykonaniu zadania, jest oparta na SWIZ, zmianach do SWIZ oraz jest zasadna.

Zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, nie jest możliwe zainstalowanie na 4 serwerach komponentów jakie zaoferował Odwołujący zgodnie z wymaganiami technicznymi określonymi przez Zamawiającego, natomiast instalacja tych komponentów na 4 serwerach wymagałoby użycia mechanizmu wirtualizacyjnego, którego Zamawiający nie dopuścił w postępowaniu. Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach (na wezwanie Zamawiającego) w zakresie zainstalowania komponentów na 4 serwerach nie wykazał możliwości instalacji wszystkich komponentów na 4 serwerach przy braku wyspecyfikowania w ofercie dodatkowych komponentów sprzętowych (bez dodatkowych urządzeń do deduplikacji danych) jednocześnie nie stosując mechanizmu wirtualizacji. Izba uznała, że Zamawiający

wykazał w przedstawionym przez siebie stanowisku (pismo Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie), że w zaoferowanym przez Odwołującego rozwiązaniu zrealizowanie wymogu wysokiej dostępności dla serwera zarządzającego uniemożliwia działanie pozostałych składników proponowanego rozwiązania na pozostałych dostępnych zasobach. Zamawiający jednoznacznie wskazał, że wymaga dla *dostarczenia co najmniej dwóch serwerów fizycznych w celu wdrożenia rozwiązania wysokiej dostępności dla serwera zarządzającego systemem*. Z oświadczenia przedstawionego na rozprawie (dowód nr 2) wynika jedynie, że nie zostaną wykorzystane mechanizmy wizualizacyjne w serwerach zarządzających backupem, natomiast w oświadczeniu tym wskazano, że koncepcja i konfiguracja zawiera wszystkie składniki konieczne do uruchomienia systemu backupu i archiwizacji zgodnie z wymaganiami SIWZ lecz nie wskazuje w jaki sposób ma wymagana funkcjonalność zostać osiągnięta.

W zakresie oferty Odwołującego ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 2668/14). Izba uznała, że argumentacja Zamawiającego, z której wynika, że zaoferowane 4 serwery nie są w stanie technicznie podołać prawidłowemu wykonaniu zadania, jest oparta na SWIZ, zmianach do SWIZ oraz jest zasadna.

Oferta Odwołującego ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 2668/14) w części oferowanego rozwiązania została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, w odwołaniu Odwołujący powołał fragment uzasadnienia odrzucenia oferty „wykonawca zaoferował jedynie 4 serwery (bez urządzeń do deduplikacji danych) (...)” oraz składając na rozprawie dokument (dowód nr 4), nieobjęty tajemnicą przedsiębiorstwa Odwołujący wskazał, upublicznił, że zaoferował rozwiązanie firmy EMC² Computer Systems Poland Sp. z o.o. – oprogramowanie EMC Data Protection Suite.

Zamawiający wymagał aby system archiwizacji i backupu został zaimplementowany z wykorzystaniem oprogramowania dostarczonego przez jednego producenta oprogramowania. Oferowane oprogramowanie systemu musi mieć funkcję deduplikacji (w zakresie backupu i archiwizacji), natomiast wskazywane przez Odwołującego na rozprawie, że zaoferowane rozwiązanie opiera się na dostarczanych przez Zamawiającego licencjach Windows Server, która to licencja ma wbudowaną już deduplikację i w związku z tym rozwiązanie oferowane nie wymaga stosowania urządzeń z wbudowaną deduplikacją, nie jest zgodne z wymaganiami Zamawiającego, bowiem wykorzystanie licencji Windows Server wykorzystuje technologię firmy Microsoft czyli innego producenta. Należy wskazać, że mechanizm Windows nie ma funkcjonalności replikacji danych i transferu tylko unikalnych bloków danych. Odwołujący zaoferował oprogramowanie EMC Data Protection Suite, Zamawiający w piśmie Odpowiedź na odwołanie, w części, która stanowi tajemnicę

przedsiębiorstwa wskazał dwa produkty backupowe, jednocześnie wyjaśniając, że jeden z tych produktów jest w wersji wirtualnej, której Zamawiający nie dopuścił (Zamawiający nie dopuścił stosowania mechanizmów wirtualizacji w żaden sposób, na co jednoznacznie wskazywał w odpowiedziach na pytanie 10, 15 i 31 z 12 sierpnia 2014 roku). Z dokumentacji właściwej dla produktu backupowego wynika, że funkcja deduplikacji danych czy to na źródle czy targecie w przypadku drugiego produktu backupu jest możliwa jedynie w połączeniu z innym produktem, lecz tego nie zawiera oferta Odwołującego (nie zawiera dodatkowych fizycznych urządzeń, minimum po jednym w centrali i w każdym z oddziałów). Rozwiązanie zaoferowane przez Odwołującego, uwzględniając również wyjaśnienia poczynione przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego, stanowi pakiet kilku rozdzielnych produktów co skutkuje niemożliwością umiejscowienia tych produktów wyłącznie na dwóch serwerach z uwagi na ograniczenia techniczne. Należy również zaznaczyć - odnosząc się do treści odwołania i przedstawionej tam argumentacji, że Zamawiający pomija możliwość interpretacji postanowień SWIZ w ten sposób, że niektóre serwery mogą działać jako usługa a nie jako rozwiązanie fizyczne – że każda usługa uruchamiana jest w danej warstwie serwera albo fizycznego albo wirtualnego, a ponieważ Zamawiający wykluczył wirtualizację dlatego wszelkie usługi muszą być uruchamiane w warstwie fizycznej serwera. Z przedstawionego oświadczenia (dowód nr 4) wynika, że Odwołujący zaoferował oprogramowanie EMC Data Protection Suite, natomiast w pozostałej części oświadczenie to jest bardzo ogólne. Wskazać należy, że w treści odwołania na stronie 7 Odwołujący sam potwierdził, że zastosował mechanizm wirtualizacyjny, który jest wbudowanym elementem oferowanego rozwiązania co jednoznacznie potwierdza prawidłowość oceny oferty Odwołującego dokonanej przez Zamawiającego, bowiem Zamawiający nie dopuścił mechanizmu wirtualizacji (odpowiedź na pytanie nr 15 z 12 sierpnia 2014 roku - *Zamawiający nie dopuszcza wirtualizacji, natomiast dopuszcza mechanizmy klastrowe*).

W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszało art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o oferty Odwołującego Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt: KIO 2660/14) oraz Odwołującego ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 2668/14) zostały odrzucone z postępowania w sposób prawidłowy.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie

uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz art. 7 ust. 3 ustawy –
Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców*, jakie to naruszenie wskazywał Odwołujący w odwołaniu, Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszyło zasady zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołujących zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Izba nie stwierdziła naruszenia zasad podczas dokonywania oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

W świetle powyższych ustaleń w przedmiotowej sprawie, Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było prawidłowe i nie naruszyło regulacji art. 7 ust 1 i 3.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 92 ust 1 pkt 2 ustawy *niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o: (...) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne (...)* Izba uznała zarzut za niezasadny.

Wskazać należy, że informacja o podstawach odrzucenia ofert z postępowania zawierała w swej treści podanie podstawy prawnej jak również uzasadnienie dokonanej czynności ze wskazaniem szczegółowo informacji o niezgodności treści oferty z SIWZ oraz dokonanymi zmianami do SIWZ.

Odwołujący na podstawie podanej informacji był w stanie wskazać na niezgodną w jego ocenie ocenę oferty oraz odnieść się merytorycznie w uzasadnieniu zawartym w odwołaniu oraz przedstawionym na rozprawie.

W ocenie Izby nie doszło do naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Sygn. akt KIO 2660/14

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w odniesieniu do oferty Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. oraz ofert opierających się na rozwiązaniu Commvault – Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

W zakresie licencji terabajtowej

Zgodnie z SIWZ (punktu 3.1.9.1 Tom III) oraz odpowiedzią na pytanie nr 7 (odpowiedź: *35 TB określa wszystkie aktualne potrzeby Zamawiającego zarówno backupu jak i archiwizacji uwzględniając przyrost danych*) i pytanie 56 (odpowiedź: *35 TB określa wszystkie aktualne potrzeby Zamawiającego zarówno backupu jak i archiwizacji uwzględniając przyrost danych*) - 35 TB określa wszystkie wymagane potrzeby Zamawiającego, zarówno backupu jak i archiwizacji uwzględniając przyrost danych.

Uczestnik postępowania odwoławczego Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. wyjaśnił, że w załączniku nr 9 do Formularza „oferty” w punkcie 6 zaoferował licencje na backup plików (samodzielną licencję) w ilości 35 TB. Następnie zaoferował odrębną od tej licencji, ale powiązaną z nią dodatkową licencję na backupu aplikacji (czyli np. poczta, bazy danych) w ilości 26 TB, a następnie przy uwzględnieniu punktu 3.1.6 SIWZ na podstawie, którego należało odrębnie policzyć po 3 TB dla każdej z lokalizacji (3 lokalizacje), co daje 9

TB (są to dane z laptopów), które to (9 TB) są podzbiorem licencji samodzielnej – a następnie odejmując od 35 TB (te) 9 TB, wychodzi 26 TB. Wskazał uczestnik, że na 9 TB nie będzie aplikacji backupowania, stąd na aplikacji do backupowania zaoferował 26 TB. Zgodnie z SIWZ w 35 TB wymaganych przez Zamawiającego mieściło się również 9 TB dotyczących laptopów. Dla archiwizacji zaoferował 11 TB.

Zamawiający wymagał łącznie 36 TB dla backupu i archiwizacji.

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie 60 (odpowiedź: *Tak, Zamawiający potwierdza 20 dni*) oraz punktem 3.1 Tom III SIWZ, zaoferował uczestnik odrębną licencję w odniesieniu do archiwizacji (11 TB). Określając ilość potrzebnych licencji należało policzyć: 15 GB (dzienny przyrost) x 20 dni z 12 miesięcy w roku x 3 lata co dawało wartość 10800 GB tj. blisko 11 TB. Tym samym uczestnik postępowania odwoławczego prawidłowo zaoferował licencję na archiwizację.

W zakresie dysków serwerów

Zgodnie z punktem 3.1. Tomu III SIWZ dla każdej z lokalizacji podano liczbę TB mniejszą od 20 TB (centrala GDDKiA – 10 TB, oddział Poznań GDDKiA – 10 TB, oddział Wrocław GDDKiA – 5 TB). Uwzględniając roczny przyrost danych na poziomie 10 % nawet liczba wymaganych przez Zamawiającego TB jest mniejsza niż 20 TB (maksymalnie ok. 13,5 TB przy rocznym przyroście na poziomie 10 % przy skalowalności 3 lata).

Zaoferowane przez uczestnika serwery (na potrzeby systemu backupu i archiwizacji), w zależności od konfiguracji wykorzystują rekomendowane dyski. Dyski SSD, są sugerowane dla konfiguracji „średniej” oraz „dużej” („dużą” – do 60 TB; „średnia” – od 20 do 30 TB) natomiast dyski SAS przewidziane są dla konfiguracji „małej” oraz „bardzo małej” („mała” – do 20 TB, „bardzo mała” – do 10 TB). Powyższe potwierdza załączone do pisma uczestnika stanowisko producenta oferowanego rozwiązania. Tym samym zarzut braku zaoferowania dysków SSD podnoszony przez Odwołującego nie potwierdził się. Dodatkowo należy zaznaczyć, że Odwołujący w sposób wybiórczy przedstawił informację o produkcie oferowanym przez uczestnika i na jej podstawie oparł zarzut. nie potwierdził się.

W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszało art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 186 ust. 6, art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca

2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

.....