

WYROK
z dnia 15 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Bartosz Stankiewicz
Członkowie:	Ewa Sikorska Klaudia Szczytowska-Maziarz
Protokolant:	Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2020 r. przez wykonawcę **COMP S.A.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Jutrzenki 116 (02-230 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Urząd Lotnictwa Cywilnego** z siedzibą w Warszawie przy ul. Marcina Flisa 2 (02-247 Warszawa)

przy udziale wykonawcy **Decsoft S.A.** z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 179 p+2 (02-222 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w części odnoszącej się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), a dotyczącej zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie, pomimo iż oferta złożona przez tego wykonawcę jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie jakim zaoferowana pamięć masowa – obiektowa na 30 TB danych użytkowników nie spełnia wymagań określonych w pkt 8.8, wymagania nr 4, 5 i 7 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia z uwagi na cofnięcie zarzutu w powyższym zakresie przez odwołującego.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **COMP S.A.** z siedzibą w Warszawie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Skarb Państwa – Urząd Lotnictwa Cywilnego z siedzibą w Warszawie zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, pn.: *Dostawa, konfiguracja i uruchomienie infrastruktury informatycznej wraz ze szkoleniami* (numer referencyjny: ULC-BDG-GW-260-01/2020), zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 czerwca 2020 r., pod numerem 2020/S 111-269056.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca COMP S.A. z siedzibą w Warszawie zwany dalej: „odwołującym” w dniu 4 września 2020 r. wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej: „Decsoft”), pomimo iż oferta złożona przez tego wykonawcę jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) w zakresie w jakim:

- zaoferowana pamięć masowa – obiektowa na 30 TB danych użytkowników nie spełnia wymagań określony w pkt 8.8, wymagania nr 1, 4, 5 i 7 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (zwanego dalej: „SOPZ”);
- zaoferowany system backup'u nie spełnia wymagania z pkt 8.11 SOPZ, gdyż Decsoft nie zaoferował systemu operacyjnego MS Windows Server 2019, który jest niezbędny do zbudowania kompletnego środowiska do wykonywania i odtwarzania kopii zapasowych dla dostarczanej infrastruktury;
- Decsoft zaoferował w pkt 8.1 SOPZ Przełączniki rdzeniowe, pkt 8.2 SOPZ Przełącznik 48 portowy – dostępowy, pkt 8.3 SOPZ Przełącznik 48 portowy (Data Center) przełączniki wymagające w celu spełniania wymagań zamawiającego dodatkowego oprogramowania do zarządzania, nie oferując jednocześnie tego oprogramowania;

2) art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie negocjacji z Decsoft, co do treści złożonej oferty w zakresie oprogramowania do zarządzania dostarczonymi przełącznikami sieciowymi.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

- dokonania powtórnej czynności badania i oceny oferty Decsoft oraz odrzucenia oferty Decsoft na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- dokonania wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Wyjaśnił, że jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, a złożona przez niego oferta plasuje się na drugim miejscu w rankingu ofert. Gdyby nie wadliwa czynność zaniechania odrzucenia oferty Decsoft, jego oferta zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą. Odwołujący stwierdził, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów, jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Nie może budzić wątpliwości, że objęte odwołaniem czynności zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia przez niego szkody polegającej na uniemożliwieniu mu uzyskania zamówienia.

W zakresie niezgodności treści oferty Decsoft z pkt 8.8 wymaganie nr 1 SOPZ odwołujący wyjaśnił, że zaoferowane przez tego wykonawcę w ramach pamięci masowej – obiektowej na 30 TB danych użytkowników rozwiązanie HPE Apollo r2200 Gen10 System for Cohesity DataPlatform – R0R03A, oparte jest na dwóch komponentach:

- serwerze HPE Apollo r2200 Gen10, którego producentem jest HPE;
- oprogramowaniu DataPlatform, którego producentem jest firma Cohesity.

Odwołujący wyjaśnił, że na bazie porozumienia zawartego pomiędzy HPE i Cohesity, HPE może oferować rozwiązanie firmy Cohesity na certyfikowanych serwerach, jednak nie zmienia to faktu, że zaoferowany produkt pochodzi od dwóch różnych producentów. Na stronie internetowej Cohesity wskazano bowiem, że:

Cohesity and Hewlett Packard Enterprise (HPE) deliver an integrated and yalidated data management solution for non-latency sensitive data that eliminates silos so you can easily back up and extract insights from all of your data and apps.

Tłumaczenie:

Cohesity i Hewlett Packard Enterprise (HPE) zapewniają zintegrowane i sprawdzone rozwiązanie do zarządzania danymi bez opóźnień, które eliminuje silosy, dzięki czemu można łatwo tworzyć kopie zapasowe i uzyskiwać szczegółowe informacje ze wszystkich danych i aplikacji.

O tym, że pomimo zintegrowania, w dalszym ciągu mamy do czynienia z rozwiązaniem pochodzącym od dwóch różnych producentów świadczy sposób świadczenia usług wsparcia technicznego, który zgodnie z dokumentem HPE specyfikującym HPE Apollo r2200 Gen10 System for Cohesity DataPlatform jest oddzielny dla oprogramowania Cohesity DataPlatform i dla sprzętu HPE.

Cohesity Service and Support

Service and Support for Cohesity products are provided directly by Cohesity. For any support and generic queries please email to support@cohesity.com. Cohesity licensors service delivery organization will be responsible for responding with a call, assigning a severity level to the call, and determining the service Severity Level acceptable to Hewlett Packard Enterprise customer. The support request will be processed by Cohesity in accordance with the Severity Level agreed upon.

Warranty of Apollo r2200/ProLiant XL170r Gen10

This product is covered by a global limited warranty and supported by Hewlett Packard Enterprise Services and a worldwide network of Hewlett Packard Enterprise Authorized Channel Partners (may vary by region).

Tłumaczenie:

„Cohesity Serwis i wsparcie

Serwis i wsparcie dla produktów Cohesity są świadczone bezpośrednio przez Cohesity. W celu uzyskania pomocy i ogólnych pytań prosimy o e-mail na adres support@cohesity.com. Organizacja świadcząca usługi licencjodawcy Cohesity będzie odpowiedzialna za udzielenie odpowiedzi na wezwanie, przypisanie do zgłoszenia poziomu ważności i określenie poziomu ważności usługi akceptowalnego dla klienta Hewlett Packard Enterprise. Prośba o wsparcie zostanie przetworzona przez Cohesity zgodnie z uzgodnionym poziomem ważności.”

Gwarancja Apollo r2200 / ProLiant XL170r Gen10

Ten produkt jest objęty ogólnosiątkową ograniczoną gwarancją i jest obsługiwany przez usługi Hewlett Packard Enterprise oraz ogólnosiątkową sieć autoryzowanych partnerów handlowych Hewlett Packard Enterprise (może się różnić w zależności od regionu).

Podsumowując odwołujący stwierdził, że pamięć masowa zaoferowana przez Decsoft nie spełnia wymagania nr 1 z pkt 8.8. SOPZ.

Jeśli chodzi o niezgodność oferty Decsoft z treścią SIWZ w zakresie pkt 8.11 SOPZ dotyczącego systemu backupu, odwołujący wyjaśnił, że analiza oświadczenia Decsoft z pkt 11 Wykazu *dostarczanych produktów* wskazuje, iż wykonawca ten nie zaoferował systemu operacyjnego MS Windows Server 2019, który jest niezbędny do zbudowania kompletnego środowiska do wykonywania i odtwarzania kopii zapasowych dla dostarczanej infrastruktury do systemu ZSI-ULC. Wspomniany system operacyjny nie został uwzględniony w Wykazie *dostarczanych produktów* Decsoft. Powyższe powoduje, że oferta złożona przez Decsoft podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż nie obejmuje wszystkich niezbędnych komponentów systemu do wykonywania i odtwarzania kopii zapasowych dla dostarczanej infrastruktury do systemu ZSI-ULC

Przy opisie ostatniej niezgodności treści oferty Decsoft z treścią SIWZ tj. w zakresie pkt 8.1 SOPZ dotyczącego Przełączników rdzeniowych, pkt 8.2 SOPZ Przełącznika 48 portowego – dostępowego, pkt 8.3 SOPZ dotyczącego Przełącznika 48 portowego (Data Center),

odwołujący wyjaśnił, że wykonawca zobowiązany był do dostarczenia wraz z przełącznikami systemu zarządzania np. HP HP IMC STD SW PŁAT W/ 50 NODES (part number JG747AAE). Analiza treści *Wykazu dostarczanych produktów* Decsoft doprowadziła odwołującego do wniosku, że wykonawca ten nie zaoferował systemu zarządzania. Decsoft zaoferował przełączniki wymagające dodatkowego oprogramowania do zarządzania w celu spełnienia wymagań SIWZ, jednocześnie w formularzu ofertowym nie potwierdził spełnienia wymagania – nie zaoferował, że dostarczy wymagane oprogramowanie (nie zostało ono ujęte przez Decsoft w *Wykazie dostarczanych produktów*). Tym samym, oferta złożona przez tego wykonawcę jest niezgodna z treścią SIWZ w wyżej wymienionym zakresie.

Co do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp odwołujący wskazał, że zaoferowane przez Decsoft przełączniki JL585A, JH324A, H326A, JL585A nie znajdują się na liście wsparcia producenta oprogramowania Junos Space v.19.2R1 co powoduje, że zgodnie z wymaganiem z pkt 8.1, pkt 8.2 i pkt 8.3 SOPZ wykonawca ten zobowiązany był do uwzględnienia w ofercie i dostarczenia oprogramowania do zarządzania dostarczonymi przełącznikami, umożliwiającego w trybie graficznym (GUI) konfigurację dostarczonych przełączników wraz z wymaganymi licencjami. Takie oprogramowanie nie zostało zaoferowane i nie zostanie dostarczone przez Decsoft (nie zostało ono wymienione w żadnym miejscu złożonego przez Decsoft wraz z ofertą *Wykazu dostarczanych produktów*).

Odwołujący zwrócił uwagę, że z udostępnionej przez zamawiającego korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym, a wykonawcami po dniu składania ofert, wynika że zamawiający w dniu 10 sierpnia 2020 r. wezwał Decsoft na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonej w ramach oferty specyfikacji technicznej sprzętu. W treści wezwania zamawiający przywołał brzmienie wymogu w zakresie oprogramowania do zarządzania dostarczonymi przełącznikami sieciowymi określonego w pkt 8.1, 8.2, 8.3 SOPZ i zwrócił się o *przekazanie informacji dot. oprogramowania, które zostanie dostarczone i zainstalowane wraz z przełącznikami*. Fakt, że zamawiający zwrócił się o przekazanie tych informacji dowodzi, że nie zostały one podane w treści oferty, a miały dla zamawiającego istotne znaczenie.

Dalej odwołujący wyjaśnił, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie Decsoft pismem z dnia 18 sierpnia 2020 r. (ad. 5) pisma) poinformował, że *do zarządzania przełącznikami zostanie dostarczone i zainstalowane oprogramowanie HPE IMC Standard Software Platform with 50-node E-LTU*.

Zdaniem odwołującego potwierdzając, w odpowiedzi na wezwanie, że oprogramowanie zostało zaoferowane i zostanie dostarczone oraz podając jego nazwę (konkretyzując jakie konkretnie oprogramowanie zostanie dostarczone) Decsoft dokonał niedopuszczalnej na tym etapie postępowania zmiany treści oferty poprzez jej uzupełnienie o oprogramowanie, które nie było w niej uwzględnione, a zamawiający akceptując złożone wyjaśnienia i dopuszczając

możliwość zmiany (uzupełnienia) treści oferty *de facto* prowadził negocjacje dotyczące złożonej przez Decsoft oferty i zaoferowanego przez tego wykonawcę rozwiązania. W ocenie odwołującego takie działanie pozostaje w sprzeczności z art. 87 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym, a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 1a i ust. 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Na potwierdzenie swojej argumentacji odwołujący przytoczył obszerny fragment wyroku z 25 marca 2019 r. o sygn. akt KIO 408/19.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Decsoft.

Zamawiający w dniu 9 października 2020 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie. W odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz przedstawił argumentację dla swojego wniosku.

Wykonawca Decsoft w dniu 12 października 2020 r. złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania oraz podał argumentację w tym zakresie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba uznała, że odwołujący spełnił określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Skład orzekający stwierdził, że zgłoszone przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego spełniało wymogi wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 Pzp. W związku z tym Izba dopuściła jako uczestnika postępowania odwoławczego wykonawcę Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej: „przystępującym”).

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w części odnoszącej się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, a dotyczącej zaniechania odrzucenia oferty złożonej

przez przystępującego, pomimo iż oferta złożona przez tego wykonawcę jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie jakim zaoferowana pamięć masowa – obiektowa na 30 TB danych użytkowników nie spełnia wymagań określonych w pkt 8.8, wymagania nr 4, 5 i 7 SOPZ.

W związku z powyższym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie dotyczącym cofniętej części zarzutu na podstawie art. 187 ust. 8 Pzp, a przedmiotem rozpoznania był zakres odwołania podtrzymany przez odwołującego.

Izba dopuściła w przedmiotowej sprawie dowody z:

- 1) dokumentacji przekazanej w postaci elektronicznej zapisanej na płycie DVD, przesłanej do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 14 września 2020 r., w tym w szczególności z treści:
 - SIWZ wraz z załącznikami;
 - oferty przystępującego w tym szczególnie z treści wypełnionego załącznika nr 1A do SIWZ stanowiącego *Wykaz dostarczanych produktów*;
 - pisma z dnia 10 sierpnia 2020 r. stanowiącego wezwanie skierowane przez zamawiającego do przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp;
 - pisma z dnia 18 sierpnia 2020 r. stanowiącego odpowiedź przystępującego na wezwanie zamawiającego z dnia 10 sierpnia 2020 r.;
 - informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 25 sierpnia 2020 r.;
- 2) fragmentów załączonych do odpowiedzi na odwołanie dokumentów w języku angielskim, których treść została następnie przytoczona w odpowiedzi na odwołanie w tłumaczeniu na język polski lub w kontekście podnoszonej tam argumentacji. Dotyczy to szczególnie informacji odnoszących się do pamięci masowej – obiektowej i kodów SKU;
- 3) złożonego przez odwołującego na rozprawie dokumentu w postaci fragmentu dokumentacji producenta HPE z tłumaczeniem na język polski;
- 4) złożonych na rozprawie przez przystępującego:
 - oświadczenia producenta HPE z dnia 5 października 2020 r.;
 - dokumentu o nagłówku „QuickSpecs” w wersji w języku angielskim. Była to całość dokumentu dotyczącego oferowanego urządzenia HPE, którego fragment w tłumaczeniu na język polski złożył na rozprawie odwołujący. Izba dopuściła jako dowód w postępowaniu odwoławczym tylko te fragmenty, których tłumaczenie zostało podane w piśmie procesowym przystępującego złożonym do akt sprawy w dniu 12 października 2020 r.;
 - dokumentów z tłumaczeniem na język polski, odnoszących się do podnoszonej w piśmie procesowym argumentacji dotyczącej rozwiązań oferowanych przez odwołującego, który w ocenie przystępującego w analogiczny sposób zaoferował urządzenie, w którym oprogramowanie i warstwę sprzętową wytworzyło dwóch producentów.

Izba nie zaliczyła na poczet materiału dowodowego pozostałych fragmentów dokumentów załączonych do odpowiedzi na odwołanie oraz dokumentu złożonego przez przystępującego na rozprawie, wskazanego powyżej w pkt 3 tiret 2 w zakresie w którym nie przedstawiono tłumaczenia tego dokumentu na język polski. Zgodnie z §19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie *regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1296) wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. W związku z powyższym skład orzekający uznał jak na wstępie akapitu.

Izba ustaliła co następuje

W pkt 8.8 SOPZ, zamawiający określił minimalne wymagania dla pamięci masowej – obiektowej. Zgodnie z wymaganiem nr 1 – *Przedmiotem zamówienia jest dostawa, instalacja i konfiguracja obiektowego systemu składowania danych. Rozwiązanie musi zostać dostarczone jako gotowe do pracy urządzenie (ang. appliance) - warstwa sprzętowa oraz programowa (poza urządzeniami sieciowymi) musi pochodzić od jednego producenta (musi być kompletnym produktem opatrzonym numerem seryjnym). Dopuszcza się rozwiązania, w których elementy balansujące ruch sieciowy kierowany do urządzenia instalowane są na zewnętrznej platformie wirtualnej (np. VMware, Hyper-V lub KVM).*

W pkt 8.11 SOPZ, zamawiający wskazał, że *Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia wszystkich niezbędnych komponentów systemu do wykonywania i odtwarzania kopii zapasowych dla dostarczanej infrastruktury do systemu ZSI-U LC zainstalowanego na urządzeniach będących przedmiotem niniejszego zamówienia.*

Dla wszystkich wymienionych w odwołaniu przełączników zamawiający sformułował następujące analogiczne wymaganie (wymagania zostało umieszczone pod tabelami w pkt 8.1, 8.2 i 8.3 SOPZ):

Dostarczane przełączniki muszą być ,w pełni kompatybilne z oprogramowaniem Junos Space v.19.2R1 (znajdować się na liście wsparcia producenta oprogramowania do zarządzania przełącznikami sieciowymi) oraz oprogramowaniem do monitorowania infrastruktury Manage Engine opManager v.12.4.011. Wykonawca dostarczy w takim przypadku dodatkowe licencje wymagane przez producenta oprogramowania JUNOS SPACE.

Jeżeli dostarczane przełączniki nie są kompatybilne z ww. oprogramowaniem do zarządzania, Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia oprogramowania do zarządzania dostarczonymi przełącznikami, umożliwiającego w trybie graficznym (GUI) konfigurację dostarczonych przełączników wraz z wymaganymi licencjami.

Zgodnie z opracowanym przez zamawiającego załącznikiem nr 1A do SIWZ pt. *Wykaz dostarczanych produktów*, którego wypełniona przez wykonawców treść miała być składana wraz z formularzem ofertowym, wykonawcy w tabeli nr 1 powinni wypełnić kolumnę czwartą dotyczącą oferowanego urządzenia przez wpisanie producenta, modelu, parametru pod nazwą – główny part numer oraz podanie linka do specyfikacji produktu lub dostarczenie dokumentacji.

Przystępujący w złożonym wraz z ofertą *Wykazie złożonych produktów*:

- w pkt 8 dotyczącym pamięci masowej – obiektowej na 30 TB danych użytkowników zaoferował rozwiązanie *HPE Apollo r2200 Gen10 System for Cohesity DataPlatform*, główny part number *R0R03A* – 4 sztuki i zamieścił linki do specyfikacji produktu;
- w pkt 11 dotyczącym systemu backupu wskazał *Oprogramowanie do backupu: Veeam Backup and Replication Enterprise*, główny part number *R0F04AAE* - 8 sztuk oraz *Urządzenie do składowania danych oraz deduplikacji: HPE StoreOnce 3640 48TB System*, główny part number *BB955A* - 1 sztuka (przy ww. produktach podał też linki do specyfikacji);
- w pkt 1, 2 i 3 zaoferował odpowiednio: *Przełącznik rdzeniowy: HPE FlexFabric 5710 48SFP+ 6QSFP+ or 2QSFP28 Switch*, główny part number *JL585A* - 2 sztuki (wraz linkiem do specyfikacji), *Przełącznik 48 portowy - dostępowy: HPE FlexNetwork 5130 48G 4SFP+ 1- slot HI Switch*, główny part number *JH324A* - 10 sztuk bez POE *Przełącznik 48 portowy - dostępowy: HPE 5130 48G PoE+ 4SFP+ 1 -slot HI Switch*, główny part number *JH326A* - 8 sztuk z POE (wraz linkiem do specyfikacji) oraz *Przełącznik 48 portowy (DataCenter): HPE FlexFabric 5710 48SFP+ 6QSFP+ or 2QSFP28 Switch*, główny part number *JL585A* - 4 sztuki (wraz linkiem do specyfikacji).

Zamawiający pismem z dnia 10 sierpnia 2020 r. wezwał przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia wyjaśnień. W treści wezwania zamawiający przywołał brzmienie wymogu w zakresie oprogramowania do zarządzania dostarczonymi przełącznikami sieciowymi, określonego w pkt 8.1, 8.2, 8.3 SOPZ i zwrócił się o *przekazanie informacji dot. oprogramowania, które zostanie dostarczone i zainstalowane wraz z przełącznikami*.

Przystępujący pismem z dnia 18 sierpnia 2020 r., stanowiącym odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 10 sierpnia 2020 r. wskazał, że *do zarządzania przełącznikami zostanie dostarczone i zainstalowane oprogramowanie HPE IMC Standard Software Platform with 50-node E-LTU* (pkt 5 pisma).

Zamawiający w dniu 25 sierpnia 2020 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;*

- art. 87 ust. 1 Pzp – *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści;*
- art. 7 ust. 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. Ponadto co do istoty sporu skład orzekający przyjął argumentację zamawiającego oraz uzupełniająco także stanowisko przystępującego, uznając je za adekwatne i słuszne.

W zakresie zarzutu niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ co do wymagania nr 1 z pkt 8.8 SOPZ punktem wyjścia była treść tego wymagania. W ocenie składu orzekającego decydujący dla rozpoznania zarzutu fragment tego wymagania wskazywał, że przedmiotowe rozwiązanie *musi zostać dostarczone jako gotowe do pracy urządzenie (ang. appliance) – warstwa sprzętowa oraz programowa (poza urządzeniami sieciowymi) musi pochodzić od jednego producenta (musi być kompletnym produktem opatrzonym numerem seryjnym)*. Z powyższego wynikało, że przedmiotem zamówienia była dostawa gotowego do pracy urządzenia, a to urządzenie jednocześnie miało być kompletnym produktem, składającym się z warstwy sprzętowej i programowej. Zamawiający nie zastrzegł, że producent, od którego pochodzić ma rozwiązanie, ma posiadać autorskie prawa majątkowe do zaoferowanego w ramach urządzenia oprogramowania, nie zastrzegł też, że ma to być oprogramowanie wytworzone przez tegoż producenta, ani nie wykluczył użycia oprogramowania pochodzącego z kanału dystrybucyjnego producenta sprzętu, zastrzegł jedynie, że ma ono *pochodzić od jednego producenta (musi być kompletnym produktem opatrzonym numerem seryjnym)*. Nie sposób przy tym pominąć, że zamawiający w treści wymogu wyraźnie wskazał co rozumie przez pojęcie – *pochodzić od jednego producenta*. Wskazanie w wymaganiu na „numer seryjny” produktu w ocenie składu orzekającego oznaczało, że decydujące dla zamawiającego nie było posiadanie przez producenta praw do danego produktu czy też jego wytwarzanie lecz ścisła integracja, skutkująca nadaniem przez producenta urządzeniu zawierającemu takie oprogramowanie własnego numeru. W związku z tym nie oznaczało to, że urządzenie w warstwie sprzętowej i programowej ma być wyprodukowane przez jednego producenta, ale miało być kompletnym produktem opatrzonym

numerem seryjnym. Zarówno w znaczeniu potocznym, słownikowym, jak i użytym w SIWZ nie można postawić równości pomiędzy pojęciem „pochodzić” a „wyprodukować”. W związku z tym skład orzekający przyjął, iż pochodzenie od jednego producenta w świetle brzmienia SIWZ, wyrażało się nadaniem numeru seryjnego kompletnemu, tj. obejmującemu sprzęt oraz oprogramowanie rozwiązaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że dla „urządzenia” jakim jest HPE Apollo r2200 Gen10 System for Cohesity DataPlatform producent – firma HPE nadała nie tylko dedykowany part numer (kod SKU), ale również nadała po skonfigurowaniu rozwiązania u klienta wspólny numer seryjny. Tymczasem odwołujący nie był w stanie zakwestionować tej okoliczności. Dodatkowo odwołujący wskazał w odwołaniu, że rozwiązanie oferowane przez przystępującego – HPE Apollo 0200 Gen10 System for Cohesity DataPlatform obejmujące serwer HPE Apollo r2200 Gen10 wyposażony w oprogramowanie DataPlatform, którego producentem jest firma Cohesity, jest zintegrowane.

W tym kontekście Izba uznała za nieprzydatny dowód złożony przez odwołującego na rozprawie. Dowód ten nie stanowił argumentu kwestionującego okoliczność zintegrowania rozwiązania zaoferowanego przez przystępującego. Ponadto odwołujący składając ten dokument podkreślał, że serwis urządzenia realizowany będzie przez dwa różne podmioty (oddzielnie dla sprzętu, oddzielnie dla oprogramowania), co miało potwierdzać zasadność zarzutu. Po pierwsze zamawiający w wymogu określającym, co rozumie przez pochodzenie produktu od jednego producenta nie odnosił się do serwisowania urządzenia. Po drugie jak słusznie zauważył zamawiający, serwis urządzenia zgodnie z SIWZ miał być prowadzony przez producenta lub autoryzowany podmiot, w związku z tym w żadnym wypadku nie można było przyjąć, że konstrukcja wskazywanego przez odwołującego wymogu wymuszała, aby był on świadczony tylko przez jeden podmiot.

Dodatkowo skład orzekający uznał za słuszną konstatację zamawiającego, który stwierdził, że to producent decyduje, w jaki sposób ułoży swój cykl produkcyjny danego wyrobu tj. czy samodzielnie własnymi siłami wytworzy poszczególne komponenty służące procesowi wytworzenia wyrobu, czy też w konkretnej sytuacji posłuży się półproduktami wytworzonymi przez kooperantów. Decyzja o źródle pochodzenia komponentów służących do wytworzenia produktu pozostaje w gestii producenta, który odpowiada za cały produkt, w tym zastosowane do jego wytworzenia komponenty, gwarantuje poprawne działanie całości i opatruje produkt numerem seryjnym.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że dokonana przez odwołującego interpretacja wymogu nr 1 z pkt 8.8 SOPZ, polegająca na stwierdzeniu, iż rozwiązanie zaproponowane przez przystępującego w warstwie sprzętowej oraz programowej pochodziło od dwóch różnych producentów, oddzielnie świadczących dla produktów wsparcie techniczne, była zbyt daleko

idąca oraz stanowiła w istocie polemikę z treścią SIWZ, co na tym etapie postępowania musiało skutkować oddaleniem zarzutu.

Jeśli chodzi o zarzut odnoszący się do niezgodności oferty przystępującego z treścią w SIWZ w zakresie pkt 8.11 SOPZ dotyczącego systemu backupu skład orzekający stwierdził, że w załączniku nr 1A do SIWZ tabela nr 1, zamawiający wymagał wskazania informacji o producencie, modelu, głównym part number oferowanego urządzenia oraz podania linka do specyfikacji produktu lub dostarczenia dokumentacji, natomiast system operacyjny jest elementem składowym, a nie głównym part number urządzenia, więc nie było wymagane podanie jego part number (SKU w terminologii HPE).

Z powyższego wynika, że przystępujący wypełniając ww. załącznik i załączając go do oferty nie był zobligowany do opisywania systemu operacyjnego. Jeśli zatem zamawiający nie wskazał – jako wymagania – podania informacji dotyczących systemu operacyjnego, (MS Windows Server 2019), to nie sposób wywodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawców, jeśli takie informacje nie zostały zaprezentowane. Nie jest to bowiem równoznaczne z niezaoferowaniem tego elementu. Zamawiający, zarówno przy systemie backupu jak i przy innych pozycjach nie wymagał kompletnego zestawu part numberów a jedynie „głównego part number” w celu identyfikacji urządzenia w specyfikacjach publikowanych przez producentów. Specyfikacja części składowych każdego urządzenia i ich własnych part numbers, nie była wymagana w zestawieniu, ani nie była konieczna dla oceny ofert.

Ponadto zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, że przedmiotem zamówienia jest kompletne rozwiązanie posiadające określone cechy funkcjonalne, które bez oprogramowania systemowego nie działają, nie są też możliwe do testowania, podobnie, jak nie jest możliwa eksploatacja urządzenia (a w konsekwencji jego odbiór) bez innych części składowych, również nie wymienionych szczegółowo w ofercie. Z punktu widzenia zamawiającego wystarczającą informacją dla zidentyfikowania produktu oraz ustalenia, co wchodzi w zakres dostawy było wskazanie głównego part numberu oraz linku do specyfikacji. Jak ustaliła Izba przystępujący podał główny part numer urządzenia i link do specyfikacji co oznacza, że wypełnił wymagania zamawiającego w zakresie sporządzenia załącznika nr 1A do SIWZ, tabela nr 1. Dodatkowo odwołujący w żaden sposób nie podważył wskazanych powyżej stwierdzeń zamawiającego, a co najistotniejsze dla okoliczności przedmiotowego zarzutu nie wykazał, że podany przez przystępującego główny part numer urządzenia oraz link do specyfikacji wykluczały możliwość zaoferowania programu operacyjnego lub z pewnością go nie obejmowały.

W związku z powyższym także w tym zakresie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp został oddalony.

Co do zarzutu odnoszącego się do niezgodności oferty przystępującego z treścią SIWZ w zakresie odnoszącym się do przełączników skład orzekający ustalił, że postanowienia SIWZ pozwalały na zaoferowanie dwóch alternatywnych rozwiązań:

- przełączników kompatybilnych z oprogramowaniem Junos Space v.19.2.R1;
- przełączników, niekompatybilnych z oprogramowaniem Junos Space v.19.2.R1, z tym że w takim wypadku wykonawca powinien dostarczyć oprogramowanie do zarządzania dostarczonymi przełącznikami, umożliwiające w trybie graficznym (GUI) konfigurację dostarczonych przełączników wraz z wymaganymi licencjami.

Zamawiający w treści formularza ofertowego ani w treści załącznika nr 1A do SIWZ nie wskazał obowiązku odnoszącego się do wpisania oprogramowania do zarządzania przełącznikami w trybie graficznym. Ponadto jak słusznie podkreślił zamawiający, zgodnie z treścią postawionego wymagania, wykonawcy zobowiązani byli do dostarczenia takiego oprogramowania wraz z przełącznikami, w przypadku ich niekompatybilności z oprogramowaniem Junos Space, a nie do ich odrębnego wyspecyfikowania (zaoferowania) w składanej ofercie. Analogiczna sytuacja dotyczy żądania, by wraz z dostarczonym sprzętem były dostarczane np. sterowniki czy dokumentacja. Poczynając te, jeśli zamawiający tego wyraźnie nie zażądał, nie wymagały wyspecyfikowania w ofercie, wystarczy, że z opisu przedmiotu zamówienia oraz umowy wynikało, że mają być przedmiotem dostawy.

W przedmiotowej kwestii zastosowanie ma mechanizm opisany powyżej w ramach uzasadnienia dla oddalenia zarzutu dotyczącego systemu backupu. Skoro zamawiający nie wymagał wskazania w ofercie oprogramowania dla przełączników, zatem nie można z tego powodu wyciągać negatywnych konsekwencji w stosunku do przystępującego, który zgodnie z postanowieniami SIWZ nie był zobligowany do przedstawienia informacji w tym zakresie. Jak wskazano powyżej w przypadku zaoferowania innych przełączników, niekompatybilnych z oprogramowaniem Junos Space, wykonawca miał wyłącznie dostarczyć takie oprogramowanie wraz z przełącznikami, co należy interpretować co najwyżej jako takie ukształtowanie brzmienia SIWZ, które pozostawiło tę kwestię etapowi wykonania umowy, dostawy oferowanego rozwiązania, a nie sporządzenia oferty. Innymi słowy, w świetle treści SIWZ zamawiający nie wymagał w ofercie zaprezentowania dopełniającego rozwiązania, jeśli zaoferowane zostały przełączniki niekompatybilne z oprogramowaniem Junos Space v. 19.2.R1. Ponadto odwołujący nie wykazał, że przystępujący nie uwzględnił ceny oprogramowania dla przełączników w cenie oferty.

Zważywszy na powyższe uzasadnienie Izba stwierdziła, że nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Przechodząc do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp w pierwszej kolejności należy podkreślić, że kwestionowane przez odwołującego wyjaśnienie nawiązywało do wymagania opisanego powyżej, a dotyczącego dostarczenia oprogramowania wraz z przełącznikami.

Jak wskazano powyżej, w świetle brzmienia SIWZ, zamawiający wymagał podania tego rodzaju informacji w ofercie, nie mógł tym samym wywodzić wobec wykonawców negatywnych konsekwencji w związku z ich niepodaniem, w szczególności rozważać oferty przez pryzmat jej niezgodności z SIWZ.

Wezwanie z dnia 10 sierpnia 2020 r. w zakresie punktu dotyczącego oprogramowania do przełączników, Izba potraktowała jako dążenie zamawiającego, do ustalenia rodzaju rozwiązania zaoferowanego przez przystępującego w zakresie przełączników, które było spowodowane daleko idącą ostrożnością w związku – z jednej z strony – z dopuszczeniem w SIWZ rozwiązania alternatywnego (przełączników kompatybilnych z oprogramowaniem Junos lub przełączników niekompatybilnych z tym oprogramowaniem, które miały być dostarczone z odpowiednim oprogramowaniem), a z drugiej strony wynikające z braku wymogu opisanie wybranego rozwiązania w ofercie. Tym samym należało uznać, że zamawiający nie miał podstawy do egzekwowania tych informacji, zaś przystępujący mógł je podać na zasadzie dobrej woli.

Z tego względu nie był zasadny zarzut odwołującego, że w postępowaniu doszło do negocjowania treści oferty oraz jej zmiany przez przystępującego przez uzupełnienie oferty o oprogramowanie, które nie było w niej uwzględnione. Gdyby te informacje miały mieć dla zamawiającego istotną doniosłość, to powinno temu towarzyszyć odpowiednio wyartykułowane wymaganie podania określonych informacji, którego jednak nie było.

Oferta mogła nie zawierać informacji co do zaplanowanego przez wykonawcę oprogramowania do przełączników i tak też została przez przystępującego sformułowana. Podanie tego oprogramowania w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w ocenie składu orzekającego nie zmieniło treści oferty. Treścią oferty były bowiem przełączniki z obowiązkiem dostarczenia ich z odpowiednim oprogramowaniem (SIWZ w tej części dwukrotnie posługuje się sformułowaniem o „dostarczanych przełącznikach”, nawiązując tym samym do etapu dostawy, a nie brzmienia oferty). Rezultatem wyjaśnienia przez zamawiającego tej kwestii z przystępującym nie było zatem negocjowanie treści oferty oraz jej zmiana. W tym kontekście skład orzekający doszedł do przekonania, że oferta od samego początku obejmowała obowiązek dostarczenia właściwego oprogramowania, a nie podania w formularzu ofertowym nazwy i producenta oferowanego oprogramowania

W związku z powyższym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z §3 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....