

WYROK
z dnia 21 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 i 21 maja 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Apex.IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Integrated Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Centralny Ośrodek Informatyki z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Simplicity Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Computex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Apex.IT Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Integrated Solutions Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Apex.IT Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Integrated Solutions Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za

pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Centralny Ośrodek Informatyki prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę i wdrożenie Centralnego Systemu Kopii Zapasowych (CSKZ)” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 13 listopada 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 222-543357. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Apex.IT Sp. z o.o. i Integrated Solutions Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne zastosowanie powołanych przepisów,
2. art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie zastosowania powołanego przepisu,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie zastosowania powołanego przepisu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: uchylenia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, uchylenia czynności w przedmiocie wyboru oferty Przystępującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Simplicity Sp. z o.o. i Computex Sp. z o.o. sp. komandytowa, przeprowadzenie dowodów powołanych w uzasadnieniu na okoliczności wskazane przy powołaniu każdego z dowodów oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że odrzucenie jego oferty nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a dzięki przywróceniu go jako wykonawcy w postępowaniu będzie mógł ubiegać się o jego udzielenie. Odwołujący może uzyskać zamówienie co najmniej w dwóch przypadkach: uwzględnienia odwołania co najmniej w zakresie żądania uchylenia wyboru oferty Przystępującego lub odmowy Przystępującego zawarcia umowy z Zamawiającym – po odzyskaniu przez Odwołującego statusu wykonawcy, do czego zmierza niniejsze odwołanie. Uchylenie wyboru oferty Przystępującego oraz wykluczenie

Przystępującego z postępowania spowoduje, iż oferta Odwołującego uzyska pierwszą lokatę w rankingu ofert, a Zamawiający dokona jej wyboru.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał odrzucenia jego oferty Odwołującego stwierdzając, że na etapie oceny oferty stwierdził braki w postaci niewskazania w ofercie, jaki model licencjonowania zostaje zaoferowany wraz z dostawą Linux SUSE SLES 11 (wymaganie zawarte w IV. Serwer zarządzający – 10 szt., poz. 15 opisu przedmiotu zamówienia: System Operacyjny Zainstalowany system operacyjny: a) Red Hat RHEL 7 lub 8, b) LINUX SUSE SLES 11 lub nowszy, c) Microsoft Windows Server 2012 lub nowszy. System operacyjny powinien posiadać pełną licencję i wsparcie producenta na 5 lat). Dodatkowo, na etapie postępowania Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień w ramach Wyjaśnień i zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia nr 3 z 22 grudnia 2020 r. w odpowiedzi na pytanie nr 28: W rozdziale II – opis przedmiotu zamówienia, IV „Serwer zarządzający – 10 szt.”: Zamawiający wymaga w pkt. 15. poszczególnych systemów operacyjnych. Czy Zamawiający wymaga licencji na każdy z wymienionych dla każdego serwera? Czy też należy traktować to wybiórczo i zaoferować jeden z wymienionych? Czy pełna licencja oznacza brak możliwości zaoferowania wersji OEM, czy też wystarczy licencja OEM, ale z wymaganym 5-letnim wsparciem? Odpowiedź: Zamawiający wymaga dostarczenia licencji na jeden z wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia pkt 7. „Wymagania szczegółowe dla Oprogramowania i Urządzeń” pkt I. Oprogramowanie CSKZ pkt 4, system operacyjny wraz ze wsparciem na okres 60 miesięcy. Przez cały okres wsparcia Zamawiający wymaga dostępu do aktualizacji systemu operacyjnego. Licencje nie mogą być zaoferowane w modelu OEM, lecz wymagana jest pełna przenaszalność zaoferowanych licencji pomiędzy serwerami w tzw. modelu wolumenowym. Przez pełną licencję należy rozumieć taką licencję, która nie ogranicza systemu operacyjnego co do jego funkcjonalności w taki sposób, aby nie zaistniała konieczność ponoszenia dodatkowych kosztów przez Zamawiającego na etapie wdrożenia i dalszej eksploatacji CSKZ, mając na uwadze wymagania wskazane co do konfiguracji HA w pkt. 6.2.5 a) opisu przedmiotu zamówienia. Konfiguracja HA może być realizowana bezpośrednio poprzez oferowane Oprogramowanie CSKZ z pominięciem systemu operacyjnego, według zaleceń producenta oferowanego Oprogramowania CSKZ. Jednocześnie Zamawiający informuje, że wskazane licencje powinny zostać uwzględnione w pkt. 8 Wykaz zaoferowanych licencji na Oprogramowanie Formularza Oferty.

Wobec powyższego Zamawiający skonstatował, że zgodnie z pkt. 8. formularza oferty „Wykaz zaoferowanych licencji na Oprogramowanie” wykonawca zobowiązany był do podania nazwy, wersji, numeru kat. produktu/PN, poziomu wsparcia technicznego, metryki licencyjnej oraz liczby. Należy podkreślić, że przedmiotowy wykaz służył dokładnemu wyspecyfikowaniu oferowanych Zamawiającemu licencji. Wykonawca nie wskazał

przedmiotowych informacji – co było jego obowiązkiem – zatem nie zapewnia wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

Oprogramowanie, którego dotyczą zastrzeżenia Zamawiającego, to system operacyjny serwera zarządzającego, gdzie stosowne wymagania Zamawiający postawił w rozdziale II – opis przedmiotu zamówienia, IV serwer zarządzający poz. 15. zgodnie z formularzem ofertowym.

Zdaniem Odwołującego wymaganie Zamawiającego nie dotyczy systemu operacyjnego serwera zarządzającego, a treść odpowiedzi „Zamawiający informuje, że wskazane licencje powinny zostać uwzględnione w pkt 8 Wykaz zaoferowanych licencji na Oprogramowanie Formularza Oferty” nie odnosiło się do systemu operacyjnego serwera zarządzającego, a przez „wskazane oprogramowanie” Zamawiający rozumiał takie oprogramowanie wchodzące w skład pakietu Oprogramowania CSKZ, które zapewni oczekiwane Zamawiającego „Konfiguracja HA może być realizowana bezpośrednio poprzez oferowane Oprogramowanie CSKZ z pominięciem systemu operacyjnego”. Powyższe rozumienie wyjaśnienia jako odnoszącego się do oprogramowania CSKZ a nie do systemu operacyjnego potwierdzają następujące okoliczności:

1. Skoro zgodnie z twierdzeniem Zamawiającego zawartym w odpowiedzi na pytanie nr 28 konfiguracja HA zasadniczo realizowana jest przez system operacyjny, natomiast Zamawiający dopuszcza odstępstwo polegające na tym, iż realizacja konfiguracji HA nastąpi jakimkolwiek oprogramowaniem wchodzącym w skład zaoferowanego Oprogramowania CSKZ, to logicznym jest że konsekwencją takiego dopuszczenia jest konieczność uwzględnienia przez wykonawcę w formularzu ofertowym takiego elementu Oprogramowania CSKZ, które realizować będzie konfigurację HA. Jeżeli natomiast konfiguracja HA jest dokonywana w ramach systemu operacyjnego, to nie zachodzi konieczność zaoferowania jakiegokolwiek oprogramowania HA, zatem z oczywistych względów w pkt. 8. formularza ofertowego oprogramowanie takie nie zostanie przez wykonawcę wskazane. Natomiast bez względu na przypadek oznaczenie oferowanego systemu operacyjnego pozostaje w pkt. 6 poz. 15 formularza ofertowego.

2. Dokonując odpowiedzi na pytanie nr 28 Zamawiający nie dokonał zmiany wzoru formularza ofertowego, w efekcie czego w formularzu pozostał pkt 6 pkt IV poz. 15., gdzie nadal należało określić oferowany system operacyjny. Gdyby Zamawiający odpowiadając na pytanie nr 28 zamierzał relokować informacje na temat systemu operacyjnego serwera zarządzającego z punktu 6. do punktu 8., wówczas dokonałby zmiany formularza.

3. Wszyscy wykonawcy użyli powyższego formularza określając system operacyjny serwera zarządzającego w punkcie 6. pkt IV poz. 15. formularza ofertowego, natomiast nie zamieścili powyższych informacji w punkcie 8. formularza ofertowego. W ofertach Advatech Sp. z o.o.

i Przystępującego w punkcie 8. formularza nie występują systemy operacyjne Red Hat RHEL, LINUX SUSE SLES, Microsoft Windows.

Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, winien wskazać, w jakich aspektach merytorycznych oferta jest niezgodna ze specyfikacją, zatem konieczne jest porównanie wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla systemu operacyjnego serwera zarządzającego z jego cechami określonymi w ofercie. Hipotetyczny brak wymaganych przez Zamawiającego danych produktu nie mającego związku z opisanymi przez wymagania Zamawiającego nie stanowi o niespełnieniu przez produkt wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w konsekwencji o sprzeczności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W rozdziale II – opis przedmiotu zamówienia, IV Serwer zarządzający z IV poz. 15 Zamawiający wymagał: „Zainstalowany system operacyjny: a) Red Hat RHEL 7 lub 8, b) LINUX SUSE SLES 11 lub nowszy, c) Microsoft Windows Server 2012 lub nowszy. System operacyjny powinien posiadać pełną licencję i wsparcie producenta na 5 lat”. Zamawiający jako przyczynę odrzucenia oferty wskazał niemożność określenia modelu wsparcia oraz licencjonowania: „Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający nie jest w stanie określić, czy i jaki model wsparcia oraz licencjonowania zostanie dostarczony wraz z oferowanym oprogramowaniem, co jest sprzeczne z ww. wymogiem OPZ.”

Jak wynika z rozdziału II – opis przedmiotu zamówienia, IV Serwer zarządzający z IV poz. 15 Zamawiający wymagał pełnej licencji, gdzie pojęcie pełnej licencji zostało zdefiniowane przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 28: „Przez pełną licencję należy rozumieć taką licencję, która nie ogranicza systemu operacyjnego co do jego funkcjonalności w taki sposób, aby nie zaistniała konieczność ponoszenia dodatkowych kosztów przez Zamawiającego na etapie wdrożenia i dalszej eksploatacji CSKZ, mając na uwadze wymagania wskazane co do konfiguracji HA w pkt. 6.2.5 a) OPZ”. Przy takim rozumieniu pojęcia „pełnej licencji” o sprzeczności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia można mówić wtedy, gdyby Zamawiający stwierdził, iż zaoferowane przez Odwołującego oprogramowanie LINUX SUSE SLES 11 wymaga poczynienia przez Zamawiającego dalszych wydatków związanych z konfiguracją HA. Tymczasem informacje z punktu 8. formularza ofertowego, czyli numer katalogowy, metryka licencyjna i liczba sztuk, nie mają żadnego związku z takim wymaganiem. W konsekwencji niezależnie od tego, czy Odwołujący podałyby Zamawiającemu takie dane (czyli dane z opisu kolumn punktu 8. formularza ofertowego), Zamawiający nie mógłby na ich podstawie dokonać oceny spełnienia wymagania „pełnej licencji” w takim znaczeniu, jak podano w odpowiedzi na pytanie nr 28.

Z tej przyczyny Zamawiający wymagał, aby w punkcie 6. pkt IV poz. 15 formularza ofertowego Odwołujący zamieścił stosowny opis realizacji wymagań Zamawiającego poprzez odesłanie do oficjalnych publikacji producenta. Odwołujący takie odesłanie uczynił, natomiast Zamawiający nie zakwestionował udostępnionego opisu jako wykazującego, iż zaoferowany system operacyjny spełnia wymaganie „pełnej licencji”. Jeżeli Zamawiający na tle przedstawionego w punkcie 6. pkt IV poz. 15 formularza ofertowego miał jakiegokolwiek wątpliwości co do spełnienia przez zaoferowany system operacyjny wymagania „pełnej licencji”, winien skierować w pierwszym rzędzie do Odwołującego pytanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czego nie uczynił.

Odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający nie stwierdził, aby informacje zawarte w punkcie 6. pkt IV poz. 15 formularza ofertowego Odwołującego były dla Zamawiającego niewystarczające na potrzeby ustalenia, czy zaoferowany system operacyjny spełnia wymaganie „pełnej licencji”, a punkt ten (w szczególności kolumna z opisem) przeznaczona była do wskazania przez Odwołującego oficjalnych publikacji producenta mających potwierdzić warunek tzw. „pełnej licencji”.

W punkcie 6. pkt IV poz. 15 formularza ofertowego (część tajna) Odwołujący zamieścił link do strony producenta pozwalający pobrać 87-stronicowy dokument, gdzie dokładnie opisano zakres i warunki wsparcia. Zatem Zamawiający posiadał dane umożliwiające ocenę, czy Odwołujący zapewnia dla systemu operacyjnego 5-letnie wsparcie producenta, a dane z punktu 8. formularza oferty nie mają z wymaganiami dla wsparcia zawartymi punkcie 6. pkt 15 formularza ofertowego jakiegokolwiek związku.

Zgodnie z punktem 6. pkt IV poz. 15 formularza ofertowego Zamawiający wymagał: „wsparcie producenta na 5 lat”. Tymczasem odrzucając ofertę Odwołującego wskazał na brak wymaganych informacji pozwalających na ustalenie „modelu wsparcia”, czyli cechy, której w punkcie 6. pkt IV poz. 15. formularza nie wymagał.

Zgodnie z rozdziałem II specyfikacji istotnych warunków zamówienia pkt 7. tabela I „Oprogramowanie CSKZ” w poz. 3 tabeli Zamawiający postawił następujące wymagania dla Oprogramowania CSKZ: „Wymagane jest dostarczenie licencji oprogramowania do zabezpieczania danych dla środowiska obejmującego zarówno serwery niewirtualizowane oraz zwirtualizowane, charakteryzującego się sumaryczną ilością 250 CPU (gniazda procesorowe), lub 500 TB FET (...)”. Każdy z wykonawców miał obowiązek wykazania, iż zaoferowane oprogramowanie CSKZ spełnia powyższe wymaganie oraz obowiązek dokonania opisu spełnienia powyższego wymagania w ofercie, w punkcie 6. tabeli I „Oprogramowanie CSKZ” w poz. 2 w treści: „Wymagane jest dostarczenie licencji oprogramowania do zabezpieczania danych dla środowiska obejmującego zarówno serwery niewirtualizowane oraz zwirtualizowane, charakteryzującego się sumaryczną ilością 250

CPU (gniazda procesorowe), lub 500 TB FET”.

Przystępujący zaoferował jako oprogramowanie CSKZ zestaw oprogramowania pod wspólną nazwą Dell EMC Data Protection Suite for VMware. Zgodnie z oficjalnymi dokumentami producenta Dell EMC Data Protection Suite for VMware możliwe jest zamówienie w ramach jednej licencji produktu Dell EMC Data Protection Suite for VMware w zakresie od 15 do 150 socket (gniazd procesorowych): „Czy są jakieś ograniczenia w pakiecie Data Protection Suite for VMware? Odpowiedź: tak. • Jest dostępny dla środowisk VMware, z ograniczeniami dla HyperV. O RecoverPoint for VM nie jest obsługiwany w środowiskach HyperV, • Obejmuje do 7 fizycznych serwerów; teraz obejmuje serwery plików NDMP/(1)NAS ograniczone do nie więcej niż 50 TB, • co najmniej 5 gniazd i maksymalnie 150 gniazd, • Stała liczba 15 licencji RecoverPoint dla maszyn wirtualnych jest wydawana na jedno gniazdo. • Seria PowerProtect DD lub DD Virtual Edition musi być zamówiona i/lub stanowić część zintegrowanego rozwiązania (wcześniej sprzedanego lub uwzględnionego w aktualnej ofercie). Jeśli klient korzysta z istniejącego PowerProtect DD, może być wymagany oryginalny numer SO.” (dokument Dell EMC Data Protection Suite for VMware – Frequently Asked Customer Questions: Dell EMC Data Protection Suite for VMware).

Przystępujący zaoferował licencję na Dell EMC Data Protection Suite for VMware obejmującą 250 sockets (gniazd procesorowych). W konsekwencji zaoferował licencję o parametrach, której wykupienie u producenta nie jest możliwe. Oferta na świadczenie niemożliwe jest nieważna na podstawie art. 387 Kodeksu cywilnego i winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, czego Zamawiający zaniechał uczynić.

Zgodnie z dokumentem „Dell EMC Data Protection Suite for VMware – Frequently Asked Customer Questions: Dell EMC Data Protection Suite for VMware” w ramach nabytej licencji użytkownik (tj. Zamawiający) może wykorzystać oprogramowanie do obsługi maksymalnie 7 serwerów fizycznych: „Obejmuje do 7 fizycznych serwerów; teraz obejmuje serwery plików NDMP / (1) NAS ograniczone do nie więcej niż 50 TB”. Wynika z tego, iż zaoferowana przez Przystępującego licencja na 250 gniazd procesorowych uprawniać będzie Zamawiającego do zastosowania oprogramowania wyłącznie do backupu 7 serwerów fizycznych.

W sytuacji zaoferowania przez Przystępującego 2 licencji po 125 gniazd (lub innej kombinacji liczby procesorowych gniazd osiągających sumę 250) zarzut powyższy byłby nieaktualny, lecz oferta Przystępującego w punkcie 8. nie wskazuje, aby wolą Przystępującego było zaoferowanie Zamawiającemu więcej niż 1 licencji. Odwołujący zakłada przy tym, iż w punkcie 6. poz. 15 oferty Przystępującego nie znajdują się bliższe informacje na temat liczby zaoferowanych licencji, gdyż w zakresie punktu 6. formularza ofertowego Zamawiający uwzględnił zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, co pozwala na wniosek, iż w tym

miejscu oferty nie znajdują się jakiekolwiek cechy zaoferowanego oprogramowania CSKZ definiujące przedmiot oferty.

Zamawiający, zgodnie z rozdziałem II specyfikacji istotnych warunków zamówienia pkt 7 tabela I „Oprogramowanie CSKZ” wymagał, aby możliwe było wykorzystanie Oprogramowania CSKZ na minimum 8 środowiskach kopii zapasowych, obejmujących zarówno serwery niewirtualizowane, jak i zwirtualizowane: „Wymagane jest dostarczenie licencji oprogramowania do zabezpieczania danych dla środowiska obejmującego zarówno serwety niewirtualizowane oraz zwirtualizowane, charakteryzującego się sumaryczną ilością 250 CPU (gniazda procesorowe), lub 500TB FET, przy czym licencje powinny umożliwić konfigurację 8-u niezależnych środowisk kopii zapasowych. Wymagane jest, aby wszystkie dostępne funkcjonalności CSKZ były odblokowane i dostępne w ramach oferowanych licencji.” Skoro jedno środowisko serwerów niewirtualizowanych oraz zwirtualizowanych musi się składać z co najmniej 1 serwera niewirtualizowanego oraz 1 serwera zwirtualizowanego, to dla 8 środowisk konieczna jest Zamawiającemu licencja zapewniająca korzystanie z oprogramowania na co najmniej 8 serwerów fizycznych (niewirtualizowanych) i 8 serwerów zwirtualizowanych.

Biorąc pod uwagę, iż zaoferowana przez Przystępującego licencja uprawniać będzie Zamawiającego do wykorzystania oprogramowania dla backupu jedynie dla 7 serwerów fizycznych (niewirtualizowanych), to nie będzie możliwe utworzenie przez Zamawiającego 8 środowisk dla serwerów zwirtualizowanych i niewirtualizowanych, skoro Zamawiający w ramach licencji będzie mógł korzystać z system operacyjnego jedynie z 7 serwerów fizycznych. Tym samym zaoferowana licencja nie spełnia wymagania możliwości utworzenia 8 heterogenicznych środowisk z uwagi na niewystarczającą liczbę serwerów fizycznych (niewirtualizowanych) objętych licencją.

Wymaganie z rozdziału II specyfikacji istotnych warunków zamówienia pkt 7 tabela I „Oprogramowanie CSKZ” wskazuje, iż jedynym ograniczeniem dla licencji na Oprogramowanie CSKZ zainstalowanych w 8 środowiskach kopii zapasowych jest liczba gniazd procesorowych (alternatywnie wartość 500 TB FET). Oprogramowanie CSKZ służyć ma Zamawiającemu jako jednolity system wykonywania kopii zapasowych w 8 ośrodkach kopii zapasowych, przy założeniu pełnej elastyczności zastosowania Oprogramowania CSKZ na dowolnym serwerze, w dowolnym ośrodku przy założeniu, że łączna liczba procesorów serwerów, na których Zamawiający zastosuje oprogramowanie, nie przekroczy 250. Oznacza to, że Zamawiający oczekuje, iż w danym ośrodku będzie mógł wykorzystać oprogramowanie na dowolnej liczbie serwerów zwirtualizowanych i niewirtualizowanych, w zależności od potrzeb. Wymaganie stanowi bowiem: „oprogramowanie do zabezpieczania danych dla środowiska obejmującego zarówno serwery niewirtualizowane oraz zwirtualizowane, charakteryzującego się sumaryczną ilością 250 CPU (gniazda

procesorowe)". W konsekwencji zaoferowane przez Przystępującego oprogramowanie Dell EMC Data Protection Suite for VMware nie spełnia powyższego wymagania, bowiem w ramach jednej licencji 7 licencjonowanych serwerów fizycznych (niezwirtualizowanych) nie zapewnia Zamawiającemu wykonywania backupu więcej niż jednego serwera fizycznego w jednym ośrodku z siedmiu ośrodków, a w ósmym ośrodku w ogóle nie zapewnia możliwości wykonania backupu. W hipotetycznej sytuacji (która nie ma miejsca w niniejszym przypadku), gdyby Przystępujący zaoferował dla każdego z ośrodków odrębną licencję (obejmującą określoną liczbę gniazd, gdzie łączna liczba gniazd wszystkich licencji wynosiłaby 250), wówczas: 1) w każdym z ośrodków Zamawiający mógłby dokonywać backupu jedynie 7 serwerów fizycznych (wg zasady, że 1 licencja obejmuje 7 serwerów fizycznych), a nie takiej liczby, jaką Zamawiający przeznaczył do backupu z racji swych potrzeb, 2) każdy ośrodek posiadałby przyporządkowaną stałą liczbę jednostek CPU (gniazd), co spowodowałoby, iż Zamawiający byłby pozbawiony możliwości wykorzystania „wolnych” gniazd do innego ośrodka stosownie do swych potrzeb.

Według wiedzy Odwołującego Zamawiający posiada kilkaset serwerów i zamierza wykorzystać Oprogramowanie CSKZ dla znacznej części tej liczby, zatem w świetle warunków licencyjnych producenta oprogramowania Dell EMC Data Protection Suite for VMware nawet przy zaoferowaniu 8 licencji na łącznie 250 gniazd Zamawiający mógłby wykorzystać Oprogramowanie CSKZ dla backupu najwyżej 56 serwerów fizycznych, co z pewnością jest dalekie od oczekiwań Zamawiającego. W przypadku wykorzystania oprogramowania do backupu większej liczby serwerów niż 7 (dla 1 licencji) lub 56 (dla hipotetycznych 8 licencji) dodatkowe koszty Zamawiającego wynikające z konieczności co najmniej uzupełnienia brakujących licencji dla serwerów fizycznych przekroczą wartość oferty Przystępującego. Powyższe nie obejmuje dodatkowych należności wynikających z naruszenia autorskich praw majątkowych producenta oprogramowania.

Istotą wymagań Zamawiającego jest możliwość swobodnego wyboru dowolnej liczby serwerów zwirtualizowanych i niezwirtualizowanych w dowolnym ośrodku oraz elastycznego stosowania oprogramowania w zależności od lokalnych potrzeb. Wymagania Zamawiającego w zakresie punktu 7. poz. 1 formularza oferty (rozdziału II pkt 7 poz. 1) spełniałoby oprogramowanie Data Protection Suite jako oprogramowanie, które zapewnia pełną elastyczność w zakresie przyporządkowania licencji poszczególnych serwerów bez względu na położenie geograficzne, przynależność do danego środowiska etc. i niezawierające ograniczeń co do liczby serwerów niezwirtualizowanych. Przystępujący zaoferował produkt znacznie tańszy, lecz obarczony ograniczeniami pozostającymi w sprzeczności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zaoferowane oprogramowanie Dell EMC Data Protection Suite for VMware sprowadza zdolność Zamawiającego do backupowania serwerów fizycznych do 7 sztuk.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie wszystkich zarzutów ze względu na brak naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów i dopuszczenie dowodów wymienionych w piśmie na okoliczności w nim wskazane.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący w sposób nieuprawniony wyłączył z wykazu zawartego w punkcie 8. formularza oferty „Wykaz zaoferowanych licencji na Oprogramowanie” oprogramowanie systemu operacyjnego serwera zarządzającego. Definicja „Oprogramowania” ujęta jest w punkcie 3. poz. 9. opisu przedmiotu zamówienia i brzmi: „Całość lub dowolny element dostarczanego oprogramowania szczegółowo opisanego w OPZ”. Oprogramowanie systemu operacyjnego serwera zarządzającego jest oprogramowaniem szczegółowo opisanym w opisie przedmiotu zamówienia i w rezultacie powinno zostać uwzględnione w wykazie jako zgodne z ww. definicją. Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 1) ppkt b) umowy, przedmiotem umowy jest dostawa licencji na oprogramowanie. Zgodnie z pkt 7.I poz. 4. oraz pkt 7.IV poz. 15. opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał dostarczenia jednego z wymienionych systemów operacyjnych serwera zarządzającego. System operacyjny jest oprogramowaniem, nie powinien więc budzić żadnych wątpliwości wymóg uwzględnienia go w wykazie. W zakresie przedmiotowego wymogu Zamawiający nie otrzymał pytań od wykonawców, więc należy uznać, że był on jednoznaczny i zrozumiały dla wszystkich oferentów.

W punkcie 7.I poz. 4. opisu przedmiotu zamówienia został zawarty wymóg: „Wymagana możliwość zainstalowania/eksploatowania serwerów zarządzających CSKZ w środowisku, co najmniej: a) LINUX SUSE SLES 11 lub nowszym, b) Red Hat RHEL 6/7 lub nowszym, c) Microsoft Windows Server 2012 lub nowszym, na platformie VMware vSphere 6.5 oraz 6.7 i *on-premise*”. Z przedmiotowego wymogu wynika konieczność uwzględnienia w wykazie oferowanego oprogramowania systemu operacyjnego serwera zarządzającego, ponieważ mowa jest w nim wprost o środowiskach programistycznych (oprogramowaniu), w których wymagana jest możliwość zainstalowania/eksploatowania serwerów zarządzających. Niniejszy wymóg znajduje się również w pkt. 7.IV poz. 15. opisu przedmiotu zamówienia, który zawiera wymogi w zakresie systemu operacyjnego serwera zarządzającego: „Zainstalowany system operacyjny: a) Red Hat RHEL 7 lub 8, b) LINUX SUSE SLES 11 lub nowszy, c) Microsoft Windows Server 2012 lub nowszy. System operacyjny powinien posiadać pełną licencję i wsparcie producenta na 5 lat”. System operacyjny jest to oprogramowanie zarządzające pracą serwera i wpisuje się w definicję „oprogramowania” zawartą w pkt. 3. poz. 9. opisu przedmiotu zamówienia. Pojęciem „oprogramowania” Zamawiający posłużył się w treści pkt. 8. formularza oferty „Wykaz zaoferowanych licencji na Oprogramowanie”, zatem z literalnego brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynikał obowiązek uwzględnienia w wykazie licencji na oprogramowanie

systemu operacyjnego serwera zarządzającego. Odwołujący w przedstawionej argumentacji, opierając się na treści odpowiedzi na pyt. nr 28 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niezasadnie wyłączył oprogramowanie systemu operacyjnego serwera zarządzającego z oprogramowania CSKZ. Zamawiający w ramach ww. odpowiedzi nie dokonał zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia w żadnym zakresie. Oprogramowanie systemu operacyjnego serwera zarządzającego jest wymienione wprost w pkt 7.1 „Oprogramowanie CSKZ” w poz. 4. opisu przedmiotu zamówienia. W odpowiedzi na pytanie nr 28 Zamawiający wyjaśnił, że wymaga dostarczenia licencji na jeden z wymienionych w pkt. 7.1 poz. 4. systemów operacyjnych jednocześnie informując, że licencja ta powinna zostać uwzględniona w wykazie. Wykaz musiał więc zawierać oprogramowanie systemu operacyjnego serwera zarządzającego, skoro w opisie przedmiotu zamówienia znajduje się jednoznaczny wymóg w zakresie jego zapewnienia. Zamawiający nie podziela poglądu Odwołującego, że zdanie „Jednocześnie Zamawiający informuje, że wskazane licencje powinny zostać uwzględnione w pkt 8 Wykaz zaoferowanych licencji na Oprogramowanie Formularza Oferty”, nie dotyczyło oprogramowania systemu operacyjnego serwera zarządzającego. Odpowiedź należy interpretować zgodnie z brzmieniem zadanego pytania. W ramach pytania nr 28 zwrócono się o wyjaśnienie: „Zamawiający wymaga w pkt. 15. poszczególnych systemów operacyjnych. Czy Zamawiający wymaga licencji na każdy z wymienionych dla każdego z serwera? Czy też należy traktować to wybiórczo i zaoferować jeden z wymienionych? Czy pełna licencja oznacza brak możliwości zaoferowania wersji OEM czy też wystarczy licencja OEM ale z wymaganym 5 letnim wsparciem?”. Zgodnie z brzmieniem pytania dotyczyło ono wymogów w zakresie systemu operacyjnego serwera zarządzającego. Tym samym w sposób oczywisty odpowiedź odnosiła się do licencji w zakresie systemu operacyjnego serwera zarządzającego. Przeważająca część wyjaśnień Zamawiającego obejmowała wymogi w zakresie systemu operacyjnego serwera zarządzającego. Zatem za chybiony należy uznać argument, że odpowiedź Zamawiającego dotyczyła wyłącznie funkcjonalności konfiguracji HA. Jest to wniosek nie poparty żadnym dowodem i wynika z dowolnej interpretacji złożonych wyjaśnień. Odwołujący w sposób nieuprawniony sugeruje, że jeśli konfiguracja HA jest dokonywana w ramach systemu operacyjnego, to wykonawcy byli zwolnieni z obowiązku uwzględnienia w wykazie oprogramowania systemu operacyjnego serwera zarządzającego. Teza ta nie jest poparta żadnym dowodem ani zapisem wynikającym z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tylko opiera się na dokonanej przez Odwołującego błędnej interpretacji wyjaśnień. Zaoferowanie funkcjonalności konfiguracji HA nie zwalniało wykonawcy z obowiązku uwzględnienia w wykazie oprogramowania systemu operacyjnego serwera zarządzającego. Odwołujący podniósł, że jego oferta jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ponieważ, jeśli konfiguracja HA realizowana jest w ramach systemu

operacyjnego, to nie zachodzi konieczność oferowania oprogramowania HA, zatem oprogramowanie to nie musiało zostać uwzględnione w wykazie. Jednak Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego na tej podstawie, że w wykazie nie zostało uwzględnione oprogramowanie HA. Gdy wykonawca oferował konfigurację HA realizowaną w ramach systemu operacyjnego, nadal zobowiązany był do uwzględnienia w wykazie oprogramowania systemu operacyjnego. Odwołujący tego nie uczynił. Należy oddzielić od siebie kwestię spełniania przez wykonawcę funkcjonalności konfiguracji HA od obowiązku zapewnienia przez wykonawcę systemu operacyjnego serwera zarządzającego, i w konsekwencji przedstawienia szczegółowych informacji w jego zakresie w wykazie. Są to dwa oddzielne wymogi, i każdy z nich musiał zostać spełniony. Zawarty w wyjaśnieniach zapis „Konfiguracja HA może być realizowana bezpośrednio poprzez oferowane Oprogramowanie CSKZ z pominięciem systemu operacyjnego, według zaleceń producenta oferowanego Oprogramowania CSKZ” miał wyłącznie na celu wskazanie wykonawcom dowolności co do realizacji funkcjonalności HA zapewniającej redundancję i ciągłość działania CSKZ w przypadku awarii jednego z serwerów. Zamawiający zwrócił wyłącznie uwagę na planowane wykorzystanie funkcjonalności HA. Jeśli wykonawca zakładał realizację funkcjonalności HA po stronie oprogramowania CSKZ, a nie systemu operacyjnego serwera zarządzającego, to licencja na system operacyjny nie musiała obejmować funkcjonalności HA. Okoliczność ta ma wpływ na wartość zakupionych licencji dla systemów operacyjnych. Nie było więc konieczne ponoszenie dodatkowych kosztów z tytułu powielonej funkcjonalności – w przypadku implementacji przez wykonawcę funkcjonalność HA realizowanej przez oprogramowanie CSKZ, zakupiona w ramach licencji na system operacyjny serwera zarządzającego funkcjonalność HA nigdy nie zostałaby wykorzystana. Odwołujący mijają się z prawdą twierdząc, że wszyscy wykonawcy użyli powyższego formularza określając system operacyjny serwera zarządzającego w pkt. 6. pkt IV poz. 15. formularza ofertowego, natomiast nie zamieścili powyższych informacji w pkt. 8. formularza ofertowego. W ofertach Advatech Sp. z o.o. i Przystępującego w punkcie 8. formularza nie występują systemy operacyjne Red Hat RHEL, LINUX SUSE SLES, Microsoft Windows. Wykonawcy Comtegra S.A. i Przystępujący zamieścili w wykazie informacje na temat oprogramowania systemu operacyjnego serwera zarządzającego, zatem nie mieli wątpliwości co do tego, że zachodzi konieczność uwzględnienia w wykazie oprogramowania systemu operacyjnego serwera zarządzającego. Oferta Advatech Sp. z o.o. została odrzucona na tej samej podstawie, co oferta Odwołującego, tj. w wykazie wykonawca nie uwzględnił oprogramowania systemu operacyjnego serwera zarządzającego. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że nie wskazał niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia skutkujących odrzuceniem oferty. Nie sposób się z tym zgodzić, gdyż z brzmienia pkt. 7.I poz. 4. oraz pkt 7.IV poz. 15. opisu przedmiotu zamówienia wynikał

obowiązek zapewnienia oprogramowania systemu operacyjnego serwera zarządzającego. W odpowiedzi na pytanie nr 28 Zamawiający wskazał wprost, że licencje na przedmiotowe oprogramowania powinny zostać uwzględnione w wykazie. W rezultacie wymóg w zakresie uwzględnienia w wykazie oprogramowania systemu operacyjnego serwera zarządzającego wynikał z jednoznacznych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący przytacza wyłącznie część uzasadnienia zawiadomienia o odrzuceniu oferty, pomijając jej istotne fragmenty. Odwołujący skupił się na końcowej części uzasadnienia, w której Zamawiający wskazał, że bez informacji wskazanych w wykazie nie jest w stanie określić, czy i jaki model wsparcia oraz licencjonowania zostanie dostarczony wraz z oferowanym oprogramowaniem. Zamawiający w uzasadnieniu podniósł również, że wykaz służył dokładnemu wyspecyfikowaniu oferowanych Zamawiającemu licencji. Odwołujący nie wskazał przedmiotowych informacji, co było jego obowiązkiem, zatem nie zapewnia wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W związku z tym oferta Odwołującego została odrzucona również na tej podstawie, że zawarty w jego ofercie wykaz nie uwzględniał oferowanego oprogramowania systemu operacyjnego serwera zarządzającego, a tym samym Zamawiający nie dysponował w zakresie przedmiotowego oprogramowania informacjami: 1) nazwą; 2) wersją; 3) numerem kat. produktu/PN (należało wpisać numer katalogowy (PN) oprogramowania zgodnie z przyjętą notacją producenta. Jeżeli taki numer nie istnieje, należy wpisać „n/a”); 4) poziomem wsparcia technicznego (należało wpisać poziom wsparcia technicznego oraz czy wsparcie techniczne będzie świadczone bezpośrednio przez producenta oprogramowania czy przez Wykonawcę); 5) metryką licencyjną; 6) liczbą. Zamawiający nie posiadał żadnych informacji merytorycznych w zakresie oferowanego oprogramowania systemu operacyjnego serwera zarządzającego. Odwołujący przyznał ten fakt w odwołaniu („hipotetyczny brak wymaganych przez Zamawiającego danych produktu”), zatem ma świadomość tego, że nie przekazał Zamawiającemu niezbędnych informacji merytorycznych w zakresie ww. oprogramowania. Stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczy istotnych parametrów przedmiotu zamówienia jednoznacznie określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niepodlegających uzupełnieniu. Wykaz nie miał charakteru otwartego. Zamawiający nie przewidział w specyfikacji istotnych warunków zamówienia możliwości sprecyzowania na etapie wdrożenia elementów systemu w warstwie sprzętowej, jak i oprogramowania. W rezultacie brak uwzględnienia w wykazie oprogramowania systemu operacyjnego serwera zarządzającego skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego jako niezgodnej ze specyfikacją.

Zgodnie z orzecznictwem niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny

z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy.

Zakres świadczenia Odwołującego nie odpowiada potrzebom Zamawiającego wyrażonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ oferta Odwołującego nie uwzględnia oprogramowania systemu operacyjnego serwera zarządzającego, co potwierdza sam Odwołujący, a zakres treści oferty nie odpowiada merytorycznym wymaganiom Zamawiającego.

Za niezasadną należy uznać również argumentację Odwołującego, że Zamawiający niezasadnie odrzucił jego ofertę, ponieważ nie zakwestionował spełnienia przez Odwołującego funkcjonalności HA. Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego nie była niezgodność jego oferty w zakresie spełnienia funkcjonalności HA, tylko niezgodność wynikająca z nieuwzględnienia w wykazie oprogramowania systemu operacyjnego serwera zarządzającego. Informacje zawarte w wykazie nie służyły do oceny, czy wykonawca oferuje „pełną licencję”, lecz do podania podstawowych parametrów w zakresie oferowanych licencji na oprogramowanie. Odwołujący nie ma więc racji twierdząc, że z uwagi na fakt, iż dane wymienione w wykazie nie mają związku z funkcjonalnością HA, to Zamawiający wymagał podania informacji na temat systemu operacyjnego w punkcie 6.IV poz. 15. oferty. Wykaz miał zawierać informacje w zakresie oferowanych licencji na oprogramowanie, w tym oprogramowanie systemu operacyjnego serwera zarządzającego, a w punkcie 6. formularza oferty wykonawcy mieli wskazać „miejsca w publicznie i powszechnie dostępnej na stronach WWW producenta lub społeczności rozwijającej produkt dokumentacji urządzenia/oprogramowania (nazwa dokumentu, numer strony dokumentu, pkt, etc. oraz adres strony WWW pod którym dokument jest opublikowany, a także publicznie i powszechnie dostępny bez konieczności logowania) potwierdzającego spełnienie wymagania dla danej pozycji. W przypadku jeżeli wskazanie opisanego powyżej miejsca nie jest możliwe, Wykonawca winien szczegółowo opisać sposób spełnienia danego wymagania)”. Już sama konstrukcja formularza oferty wskazuje na to, że informacje zawarte w wykazie oraz opisie nie pokrywają się. Wszystkie ww. informacje służyły identyfikacji oferowanego rozwiązania i miały istotne znaczenie z punktu widzenia oceny zgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Odwołujący nie jest uprawniony do kwestionowania zasadności żądania konkretnych informacji na tym etapie, a zarzuty w tym zakresie należy uznać za spóźnione.

Odwołujący, budując swoją argumentację na podstawie wyjaśnień do pytania nr 28, pomija istotną jego część, z której wynikają motywy, którymi kierował się Zamawiający wymagając uwzględnienia w wykazie licencji na oferowane oprogramowanie, w tym oprogramowanie systemu operacyjnego serwera zarządzającego: „Zamawiający wymaga dostarczenia licencji

na jeden z wymienionych w OPZ pkt 7. Wymagania szczegółowe dla Oprogramowania i Urządzeń pkt. I. OPROGRAMOWANIE CSKZ pkt. 4, system operacyjny wraz ze wsparciem na okres 60 miesięcy. Przez cały okres wsparcia Zamawiający wymaga dostępu do aktualizacji systemu operacyjnego. Licencje nie mogą być zaoferowane w modelu OEM, lecz wymagana jest pełna przenaszalność zaoferowanych licencji pomiędzy serwerami w tzw. modelu wolumenowym". Informacje wymienione w wykazie, w szczególności nazwa, wersja, numerem kat. produktu/PN (należało wpisać numer katalogowy (PN) oprogramowania zgodnie z przyjętą notacją producenta. Jeżeli taki numer nie istnieje należy wpisać „n/a”), metryka licencyjna pozwalały Zamawiającemu na weryfikację modelu licencyjnego oferowanego przez wykonawcę, w szczególności w zakresie oferowania licencji OEM. Zamawiający wymagał dostarczenia licencji w pełni przenoszalnych, więc wymóg uwzględnienia licencji w wykazie był oczywisty. Stąd Zamawiający wskazał w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego, że z uwagi na brak uwzględnienia w wykazie oprogramowania systemu operacyjnego serwera zarządzającego, nie jest w stanie określić, czy i jaki model licencjonowania zostanie mu dostarczony.

Według oceny Odwołującego oferta Przystępującego jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ponieważ nie spełnia wymagania wskazanego w pkt. 7.1. poz. 3. opisu przedmiotu zamówienia: „Wymagane jest dostarczenie licencji oprogramowania do zabezpieczania danych dla środowiska obejmującego zarówno serwery niewirtualizowane oraz zwirtualizowane, charakteryzującego się sumaryczną ilością 250 CPU (gniazda procesorowe), lub 500TB FET przy czym licencje powinny umożliwić konfigurację 8-u niezależnych środowisk kopii zapasowych”, w części dotyczącej zalicencjonowania ilości gniazd procesorowych oraz ilości serwerów fizycznych, jakie mogą być obsłużone w ramach oferowanego oprogramowania. Na potwierdzenie zarzutu Odwołujący powołuje się na wyciąg z „oficjalnych dokumentów producenta DELL”. Odwołujący nie podaje jednak źródła przedmiotowego dokumentu, więc brak jest możliwości weryfikacji jego pochodzenia.

Argumentacja Odwołującego opiera się na ilości licencji zaoferowanych przez Przystępującego. Odwołujący uważa, że Przystępujący zaoferował jedną licencję oprogramowania Dell EMC Data Protection Suite for VMware obejmującą 250 CPU. Co innego wynika jednakże z treści oferty Przystępującego. W ofercie tej, w kolumnie „Metryka licencyjna” Przystępujący wskazał sposób licencjonowania produktu: „CPU (gniazda procesorowe)”. Wynika z tego, że produkt jest licencjonowany *per* procesor. W kolumnie „Liczba (szt.)” Przystępujący wpisał liczbę 250. Oznacza to, że Przystępujący oferuje 250 szt. licencji i na każde z 250 gniazd procesorowych przewidziano odrębny pakiet licencyjny. Zamawiający na etapie oceny ofert nie posiadał informacji, według których ofertę

Przystępującego w powyższym zakresie należało ocenić inaczej niż zostało to przedstawione. Zamawiający opierał się na informacjach podanych przez Przystępującego w ofercie i według tych informacji oraz najlepszej wiedzy Zamawiającego oferta ta jest zgodna z postawionymi wymaganiami.

Odwołujący nie wyklucza, że Przystępujący mógł zaoferować więcej niż jedną licencję, natomiast błędnie określa tę ilość sugerując, że Przystępujący mógł zaoferować dwie licencje. Przystępujący w ofercie wskazał, że oferuje 250 szt. Zamawiający nie dostrzega, w jaki inny sposób Przystępujący mógł wyraźnie i jednoznacznie zmanifestować swoją wolę w zakresie ilości oferowanych licencji niż poprzez wpisanie w kolumnie „Liczby (szt.)” liczby 250.

Odwołujący kwestionuje również spełnienie przez Przystępującego wymagania wskazanego w pkt 7.1. poz. 3. opisu przedmiotu zamówienia, w części dotyczącej możliwości skonfigurowania przez licencje oprogramowania do zabezpieczania danych 8 niezależnych środowisk kopii zapasowych. Zamawiający nie podziela niniejszego poglądu – podobnie jak w przypadku zarzutu dotyczącego ilości licencji oferowanych przez Przystępującego, Odwołujący formułuje przedmiotowy zarzut na własnych założeniach co do planów Zamawiającego w zakresie konfiguracji środowiska. Jest to działanie nieuprawnione, ponieważ w ten sposób Odwołujący próbuje zastępować Zamawiającego w określaniu celów postępowania. Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, że dla 8 środowisk konieczna jest Zamawiającemu licencja zapewniająca korzystanie z oprogramowania na co najmniej 8 serwerów fizycznych (niezwirtualizowanych) i 8 serwerów zwirtualizowanych. Poprzez tak sformułowane twierdzenie Odwołujący z góry określa liczbę serwerów w ramach każdego ze środowisk. W opisie przedmiotu zamówienia brak jest powiązania ilości maszyn, jakie będą licencjonowane, ze środowiskiem obejmującym serwery niezwirtualizowane oraz zwirtualizowane. Zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia, że licencje oprogramowania do zabezpieczania danych mają umożliwiać skonfigurowanie 8 niezależnych środowisk kopii zapasowych. Zamawiający nie wskazał ani ilości maszyn fizycznych, ani maszyn wirtualnych, jakie mają zostać objęte środowiskami, więc wykazywanie niezgodności licencyjnej w oparciu o domniemaną ilość maszyn, jaką Zamawiający wykorzysta w środowisku, jest niezasadne. Odwołujący formułuje przedmiotowy zarzut w oparciu o nieistniejące wymaganie co do podziału i liczby serwerów w danym środowisku. Wedle najlepszej wiedzy Zamawiającego oferta Przystępującego nie zawiera ograniczeń, które uniemożliwiłyby konfigurację ośmiu niezależnych środowisk kopii zapasowych zgodnie z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia

III Stanowisko Przystępującego

Przystępujący po stronie Zamawiającego – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Simplicity Sp. z o.o. i Computex Sp. z o.o. sp. komandytowa wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący wskazał, że interpretacja Odwołującego, jakoby obowiązek uwzględnienia w punkcie 8. formularza oferty „wskazanych licencji” (zgodnie z wyjaśnieniami i zmianą specyfikacji istotnych warunków zamówienia nr 3 z 22 grudnia 2020 r., odpowiedź na pytanie nr 28), dotyczył nie licencji dla systemu operacyjnego, ale Oprogramowania CSKZ, jest w sposób oczywisty nieprawidłowa i przedstawiona jedynie w celu obrony wadliwie przygotowanej oferty. Zarówno pytanie nr 28, jak i odpowiedź, dotyczyły licencji na system operacyjny, zatem nie jest zasadne ograniczenie określenia „wskazane licencje” tylko do jednego wybranego przez Odwołującego zdania, gdzie pojawia się określenie „Oprogramowanie CSKZ”. Wyjaśnienia Zamawiającego dotyczące dopuszczalnego sposobu realizacji funkcjonalności – konfiguracja HA, nie mają znaczenia dla faktu, iż Zamawiający wymagał dostarczenia określonych licencji na system operacyjny oraz wymagał podania informacji o takich licencjach w wykazie zawartym w punkcie 8. formularza oferty. Odpowiadając na pytanie nr 28 Zamawiający udzielił wyjaśnień co do wymagań odnoszących się do oferowanego systemu operacyjnego i wsparcia producenta. Doprecyzował, że nie dopuszcza zaoferowania licencji w wersji OEM, czyli oprogramowania standardowo zainstalowanego na urządzeniu przez wytwórcę i którego nie można przenieść na inne urządzenie. Zamawiający wskazał, że oczekuje dostarczenia licencji w pełni przenaszalnych, czyli *de facto* odrębnego produktu od oferowanych urządzeń. Naturalną konsekwencją jest wskazanie wykonawcom oczekiwania, aby takie licencje, stanowiące przedmiot ich oferty, zostały wskazane w jej treści i opisane w zakresie wymaganych parametrów. Żądanie uwzględnienia licencji na system operacyjny w punkcie 8. formularza jest jednoznaczne, a sposób rozumienia treści wyjaśnień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedstawiony przez Odwołującego jest całkowicie niewiarygodny.

Odpowiedzi udzielane przez zamawiającego w drodze wyjaśnień specyfikacji istotnych warunków zamówienia są wiążące, zarówno dla wykonawców, jak i zamawiającego. Wykonawca w celu przygotowania rzetelnej oferty jest zobowiązany do zapoznania się z nimi i ich uwzględnienia przy sporządzaniu oferty. Zamawiający nie był przy tym zobowiązany do zmiany formularza ofertowego – wykaz zawarty w punkcie 8. wskazywał zakres oczekiwanych informacji, zaś odpowiedź na pytanie nr 28 określała jedynie, iż w tym wykazie należy również wpisać licencje na system operacyjny.

Nie występuje żadna sprzeczność pomiędzy faktem, iż w punkcie 6. formularza (pkt IV poz. 15.) Zamawiający oczekiwał potwierdzenia spełnienia wymagania w zakresie systemu operacyjnego, natomiast wymagał wskazania i opisanie licencji w punkcie 8. Założenie

Odwołującego, że informacje dotyczące systemu operacyjnego mogły się znajdować tylko albo w punkcie 6., albo w punkcie 8. formularza ofertowego jest nieuzasadnione.

Przystępujący nie miał wątpliwości, iż Zamawiający wymagał wskazania w punkcie 8. formularza oprogramowania dla systemu operacyjnego i uwzględnił takie oprogramowanie w tym wykazie, tj. Red Hat Enterprise Linux Server. Przystępujący prawidłowo wskazał w punkcie 8. formularza oferty, jakie licencje dostarczy na jeden z wymienionych przez Zamawiającego systemów operacyjnych, podając zgodnie z wymaganiami: nazwę, wersję, numer katalogowy/PN, poziom wsparcia technicznego oraz metrykę licencyjną i liczbę sztuk. Zatem stosownie do wymagań Zamawiający miał możliwość zapoznania się z tym, jaki produkt jest przez wykonawcę oferowany.

Niezgodność oferty Odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma charakter oczywisty i została prawidłowo opisana przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. Argumentacja Odwołującego, że niezgodność rozpatrywać należy wyłącznie w zakresie potwierdzenia przez wykonawcę modelu licencjonowania oraz modelu wsparcia jest niezasadna i nawet gdyby uznać, że te informacje zostały podane w innych miejscach oferty, nie wyczerpują one podstaw odrzucenia oferty Odwołującego. Jak wskazał Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty: „Zgodnie z pkt 8 formularza oferty <<Wykaz zaoferowanych licencji na Oprogramowanie>>, wykonawca zobowiązany był do podania nazwy, wersji, numeru kat. produktu/PN, poziomu wsparcia technicznego, metryki licencyjnej oraz liczby. Należy podkreślić, że przedmiotowy wykaz służył dokładnemu wyspecyfikowaniu oferowanych Zamawiającemu licencji. Wykonawca nie wskazał przedmiotowych informacji – co było jego obowiązkiem – zatem nie zapewnia wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami OPZ.” Nie jest zatem prawdą, że wypełnienie punktu 8. formularza miało służyć wyłącznie potwierdzeniu zgodności ze specyfikacją oferowanego rozwiązania. Zakres oczekiwanych informacji służył określeniu przedmiotu oferty (jej treści), przy czym treść formularza oferty wyraźnie wskazywała, jakie informacje w tym zakresie są wymagane, aby zidentyfikować zaoferowane rozwiązanie. Nie ma zatem racji Odwołujący twierdząc, że spośród wymaganych informacji istotne były tylko te, które miały potwierdzić zgodność oferowanego produktu z określonymi w opisie przedmiotu zamówienia wymaganiami.

Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych obejmuje nie tylko zaoferowanie rozwiązania niezgodnego z wymaganiami opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale także złożenie oferty sporządzonej nieprawidłowo, o niekompletnej treści, niezawierającej wszystkich wymaganych przez Zamawiającego informacji, co potwierdza orzecznictwo KIO, np. wyrok KIO 2491/17, KIO 2511/17; KIO 3541/20. Niezgodność oferty Odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków

zamówienia polegająca na nieprzedstawieniu w jej treści wszystkich wymaganych zgodnie z punktem 8. formularza oferty informacji dotyczących oferowanych licencji na system operacyjny nie budzi wątpliwości. Są to również dane, których uzupełnienie nie jest możliwe w drodze wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych bez istotnej zmiany treści oferty Odwołującego. Wyjaśnienia takie nie mogłyby się ograniczać do potwierdzenia, że oferowane licencje spełniają wymagania Zamawiającego, ale musiałyby również uzupełniać informacje niewskazane w ofercie, a definiujące przedmiot oferty, jak metryka i liczba licencji, numer katalogowy, poziom wsparcia technicznego.

Samo wskazanie systemu operacyjnego, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie wyczerpuje szczegółowości opisu przedmiotu oferty, jaka była wymagana przez Zamawiającego i wiążąca dla uczestników postępowania. Kwestionowanie na tym etapie przydatności czy zasadności żądania określonych informacji stanowi polemikę z ukształtowaną w postępowaniu treścią wymagań obowiązującą wykonawców, a zatem zarzuty takie są spóźnione i niedopuszczalne.

Zarzuty Odwołującego dotyczące oferty Przystępującego są bezzasadne i oparte na nieprawdziwych założeniach poczynionych przez Odwołującego, zarówno co do treści oferty, jak i właściwości zaoferowanego rozwiązania. Nie jest prawdą, że świadczenie Przystępującego jest niemożliwe, a tym samym oferta jest nieważna w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż zaoferowane oprogramowanie Dell EMC Data Protection Suite for Vmware licencjonowane jest w modelu *per* gniazdo procesorowe. Przystępujący uzyskał potwierdzenie tego faktu przez producenta oprogramowania w Polsce, jak również jest ono dostępne do weryfikacji w opisach produktu dostępnych w Internecie, w tym przywołanych w ofercie zgodnie z punktem 6. formularza ofertowego. Przy tak określonym sposobie licencjonowania argumentacja Odwołującego nie jest poprawna i wskazuje na nieznanomość oferowanego produktu. Odwołujący niesłusznie bowiem zakłada, że Przystępujący oferuje jedną licencję obejmującą zbiorczo 250 CPU. Jak wskazuje treść oferty i zgodnie ze sposobem licencjonowania przewidzianym przez producenta, na każde z 250 gniazd procesorowych przewidziano odrębny pakiet licencyjny (ostatnia kolumna tabeli w punkcie 8: „Liczba (szt.)”).

Odwołujący opiera swoją argumentację na wycinku dokumentu, który określa jako „oficjalne dokumenty producenta”, natomiast nie wskazuje źródła pochodzenia tego dokumentu. Z pewnością nie jest to ani opis techniczny oferowanego rozwiązania ani nie są to warunki licencyjne, gdyż w ramach żadnych z tych obszarów nie występują podnoszone w odwołaniu ograniczenia co do możliwości uzyskania i wykorzystania licencji, w tym w zakresie liczby CPU i ilości serwerów fizycznych. Przystępujący podważa wiarygodność i adekwatność przedmiotowego dokumentu do oceny złożonej przez niego oferty, gdyż, jak wynika

z pozostałej, nie przytoczonej przez Odwołującego treści dokumentu, określa on najprawdopodobniej jakiegoś rodzaju wytyczne handlowe dla określonych klientów/partnerów producenta (o ile jest autentyczny i aktualny). Odwołujący nie wskazał żadnych podstaw do uznania, że wytyczne te dotyczą Przystępującego i złożonej w postępowaniu oferty. Tym bardziej, że wskazane ograniczenia, w kontekście przytoczonym przez Odwołującego, pozostają w sprzeczności z dokumentami powoływanymi przez Przystępującego, otrzymanymi bezpośrednio od producenta informacjami i uzyskaną ofertą na dostawę licencji na potrzeby Zamawiającego w ramach tego postępowania. Czyni to również bezpodstawnymi dalsze zarzuty odwołania, odnoszące się do niezgodności oferty Przystępującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymagań dotyczących utworzenia liczby kopii środowisk zapasowych i wymagania w zakresie serwerów fizycznych. Wskazuje na to sam Odwołujący w odwołaniu stwierdzając, że zaoferowanie więcej niż jednej licencji powodowałoby, że zarzut byłby nieaktualny. Nieuzasadnione jest przy tym przyjęcie przez Odwołującego założenia, że pkt 8. nie wskazuje, aby wolą Przystępującego było zaoferowanie więcej niż jednej licencji – wolę tę ujawnił przez wpisanie cyfry „250” w poz. 1 w kolumnie „Liczba (szt.)” wykazu w punkcie 8. Przyjmując sposób czytania oferty przez Odwołującego Przystępujący byłoby zobowiązany do wypisania w wykazie oferowanego oprogramowania 250 oddzielnych pozycji dla tego produktu. Zamawiający również nie mógł mieć żadnych wątpliwości co do liczby licencji, gdyż dokumentacja, do której odwołuje się oferta Przystępującego w punkcie 6. formularza oferty (pkt 1, poz. 2) wyraźnie wskazuje na sposób licencjonowania oprogramowania. Przedstawiony w ten sposób opis oferowanego rozwiązania nie powinien budzić wątpliwości ani co do treści złożonej oferty, ani potwierdzenia jej zgodności z wymaganiami Zamawiającego. Dokumentacja, do której odsyła oferta Przystępującego, nie zawiera w swoim opisie również dalszych ograniczeń w zakresie liczby środowisk i serwerów fizycznych, które wskazuje Odwołujący jako podstawę faktyczną stawianych zarzutów. Ograniczenia takie nie dotyczą zaoferowanego rozwiązania, gdyż każda z 250 licencji na produkt Dell EMC Data Protection Suite for Vmware umożliwia skonfigurowanie niezależnego środowiska kopii zapasowych. Każda z nich umożliwia również obsługę zarówno serwerów niewirtualizowanych, jak i zwirtualizowanych, co już jest wystarczające dla potwierdzenia spełniania wymagań opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący rozbudowuje wymagania Zamawiającego w stosunku do faktycznej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wymaganie z punktu 7. tabeli I „Oprogramowanie CSKZ”, poz. 3 opisu przedmiotu zamówienia wskazuje, że: „Wymagane jest dostarczenie licencji oprogramowania do zabezpieczania danych dla środowiska obejmującego zarówno serwery niewirtualizowane oraz zwirtualizowane, charakteryzującego się sumaryczną ilością 250 CPU (gniazdo procesorowe) lub 500 TB

FET, przy czym licencje powinny umożliwić konfigurację 8-u niezależnych środowisk kopii zapasowych.” Zamawiający wymagał oprogramowania do zabezpieczania danych serwerów fizycznych i wirtualnych, ale nie określił wymagań co do podziału i liczby serwerów w danym środowisku. Wymaganie wskazuje na sumaryczną ilość CPU, bez przypisywania określonej wymaganej ilości gniazd w danym ośrodku. Zamawiający, wymagając możliwości skonfigurowania 8 niezależnych środowisk kopii zapasowych, nie określił liczby serwerów w każdym z takich środowisk (ani wirtualnych, ani fizycznych). Zarzut opiera się o wiedzę Odwołującego i jego przypuszczenia co do sposobu wykorzystania oprogramowania przez Zamawiającego. Jednakże te założenia Odwołującego nie zostały zawarte w opisie przedmiotu zamówienia, zatem nie mogą stanowić podstawy do uwzględnienia zarzutów odwołania. Jak wskazywał sam Odwołujący w pierwszej części odwołania, stwierdzenie niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaga określenia konkretnego wymagania Zamawiającego, z którym oferta nie jest zgodna. O ile w przypadku niezgodności będącej podstawą odrzucenia oferty Odwołującego wymaganie Zamawiającego zostało jasno określone, o tyle w przypadku zarzutów odwołania wobec oferty Przystępującego opierają się o okoliczności jedynie błędnie wydedukowane przez Odwołującego.

Co do oferowanego przez Przystępującego oprogramowania – każde gniazdo procesorowe wymaga odrębnej licencji, zatem sformułowanie, że licencja „obejmuje określoną liczbę gniazd” jest wadliwe i niezgodne z zasadami licencjonowania określonymi przez producenta. Nieprawdziwe są również wyprowadzane przez Odwołującego wnioski, że „każdy ośrodek posiadałby przyporządkowaną stałą liczbę jednostek CPU (gniazd)”. W rzeczywistości, otrzymując licencje, użytkownik ma możliwość swobodnego podziału i przyporządkowania gniazd niezależnie od lokalizacji geograficznej czy rodzaju serwera. Znaczenie ma wyłącznie sumaryczna liczba licencji na produkt.

Przyjęte przez Odwołującego założenie, że Przystępujący oferuje „1 licencję na 250 CPU”, nie wynika z treści złożonej oferty oraz jest niezgodne z zasadami licencjonowania oferowanego produktu. Podobnie ograniczenia co do obsługi serwerów fizycznych czy liczby konfigurowanych środowisk wywodzone są z pojedynczego, wyrwanego z kontekstu fragmentu dokumentacji, który nie stanowi zasad licencjonowania. Twierdzenia i dokument przedstawiony przez Odwołującego nie mogą być uznane za przekonujące i wystarczające dla potwierdzenia zasadności zarzutów odwołania, gdyż pozostają w sprzeczności z pozostałymi opisami produktu, a w szczególności z informacjami uzyskanymi bezpośrednio od producenta rozwiązania.

Producent oferowanego oprogramowania w przedłożonym oświadczeniu jednoznacznie potwierdził prawidłowość sposobu licencjonowania i zgodność oferty Przystępującego z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

IV Stanowisko Izby

Rozpatrując złożone odwołanie Izba na wstępie stwierdziła, że zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) do czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), natomiast do postępowania odwoławczego przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.).

Izba stwierdziła także, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r., a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. Przepis ten stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania dotyczący postawionych zarzutów (w szczególności treść oferty Odwołującego i Przystępującego i złożonych przez nich dokumentów oraz treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i udzielonych wyjaśnień jej treści) nie jest sporny między Stronami i Przystępującym.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego przedstawionej przez Zamawiającego oraz pism i stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne zastosowanie powołanych przepisów (i odrzucenie oferty Odwołującego),
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie zastosowania powołanego przepisu (i zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego).

Przywołane przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią:

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem

art. 87 ust. 2 pkt 3 (ustawy Prawo zamówień publicznych). Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający poprawia w ofercie inne (niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe i ich konsekwencje rachunkowe) omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: 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.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne zastosowanie powołanych przepisów (i odrzucenie oferty Odwołującego) Izba stwierdziła, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba uznała, że – niezależnie od literalnego sformułowania zarzutu – w zakresie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zarzut dotyczy niezastosowania przez Zamawiającego wobec Odwołującego procedury wyjaśnień, o których mowa w tym przepisie.

W punkcie 8. formularza oferty „Wykaz oferowanych licencji na Oprogramowanie” Zamawiający zawarł tabelę z następującym oznaczeniem kolumn: „Lp.”, „Nazwa”, „Wersja”, „Numer kat. produktu/PN” (*part number*), „Poziom wsparcia technicznego”, „Metryka licencyjna”, „Liczba (szt.)”.

W tabeli w punkcie 6. podpunkt IV Zamawiający zawarł kolumny: „Lp.”, „Charakterystyka (wymagania minimalne)”, „Oświadczenie wykonawcy: Spełnia/Nie spełnia”, „Wskazanie miejsca w publicznie i powszechnie dostępnej na stronach WWW producenta lub społeczności rozwijającej produkt dokumentacji urządzenia/oprogramowania (nazwa dokumentu, numer strony dokumentu, pkt, etc. oraz adres strony WWW pod którym dokument jest opublikowany, a także publicznie i powszechnie dostępny bez konieczności logowania) potwierdzającego spełnienie wymagania dla danej pozycji. W przypadku jeżeli wskazanie opisanego powyżej miejsca nie jest możliwe, Wykonawca winien szczegółowo opisać sposób spełniania danego wymagania)”.

Przystępujący w tabeli w punkcie 8. Formularza oferty wskazał jedynie oprogramowanie „NETBACKUP PLATFORM BASE COMPLETE ED WITH FLEXIBLE LICENSING XPLAT 1 FRONT END TB PLUS ONPREMISE STANDARD PERPETUAL LICENSE GOV”.

Jednocześnie w punkcie 6. formularza oferty, w podpunkcie IV „Serwer zarządzający – 10 szt.”, w poz. 15. „System operacyjny” wskazał „Zawarty w ofercie system operacyjny LINUX SUSE SLES 11” oraz podał link do strony producenta serwerów ze wskazaniem strony opracowania zawartego pod tym linkiem (na stronie tej producent jedynie wymienił nazwy potencjalnego oprogramowania dla serwera). W kolumnie „Charakterystyka (wymagania minimalne)” w ofercie Odwołującego znajduje się wpis: „Zainstalowany system operacyjny a) Red Hat RHEL 7 lub 8, b) LINUX SUSE SLES 11 lub nowszy, c) Microsoft Windows Server 2012 lub nowszy. System operacyjny powinien posiadać pełną licencję i wsparcie producenta na 5 lat.”

Zdaniem Odwołującego wpisanie do tabeli w punkcie 8. formularza oferty systemu operacyjnego serwera nie było wymagane, co wynika z odpowiedzi na pytanie nr 28 z 22 grudnia 2020 r., a samo wskazanie „system operacyjny LINUX SUSE SLES 11” jest wystarczające dla określenia przedmiotu oferty, a pozostałe kwestie są do ustalenia na podstawie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które zostały przez Zamawiającego sformułowane w taki sposób, że są dla wykonawcy obligatoryjne.

Jeśli chodzi o kwestię podania w punkcie 8. formularza oferty systemu operacyjnego serwera, Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia i odpowiedzi na pytanie nr 28 wynika, że oprogramowanie takie powinno być podane wraz z wymaganymi w poszczególnych kolumnach danymi. Wynika to jasno z ostatniego zdania odpowiedzi nr 28: „Jednocześnie Zamawiający informuje, że wskazane licencje powinny zostać uwzględnione w pkt. 8 Wykaz zaoferowanych licencji na Oprogramowanie Formularza Oferty.” Zdanie to, w opinii Izby, nie odnosi się do jedynie do konfiguracji HA. W odpowiedzi, która rzeczywiście dotyczyła systemów operacyjnych serwerów zarządzających (pytanie: *W rozdziale II – opis przedmiotu zamówienia, IV „Serwer zarządzający – 10 szt.”: Zamawiający wymaga w pkt. 15. poszczególnych systemów operacyjnych. Czy Zamawiający wymaga licencji na każdy z wymienionych dla każdego serwera? Czy też należy traktować to wybiórczo i zaoferować jeden z wymienionych? Czy pełna licencja oznacza brak możliwości zaoferowania wersji OEM, czy też wystarczy licencja OEM, ale z wymaganym 5-letnim wsparciem?* i odpowiedź: *Zamawiający wymaga dostarczenia licencji na jeden z wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia pkt 7. „Wymagania szczegółowe dla Oprogramowania i Urządzeń” pkt I. Oprogramowanie CSKZ pkt 4, system operacyjny wraz ze wsparciem na okres 60 miesięcy. Przez cały okres wsparcia Zamawiający wymaga dostępu do aktualizacji systemu operacyjnego. Licencje nie*

mogą być zaoferowane w modelu OEM, lecz wymagana jest pełna przenaszalność zaoferowanych licencji pomiędzy serwerami w tzw. modelu wolumenowym. Przez pełną licencję należy rozumieć taką licencję, która nie ogranicza systemu operacyjnego co do jego funkcjonalności w taki sposób, aby nie zaistniała konieczność ponoszenia dodatkowych kosztów przez Zamawiającego na etapie wdrożenia i dalszej eksploatacji CSKZ, mając na uwadze wymagania wskazane co do konfiguracji HA w pkt. 6.2.5 a) opisu przedmiotu zamówienia. Konfiguracja HA może być realizowana bezpośrednio poprzez oferowane Oprogramowanie CSKZ z pominięciem systemu operacyjnego, według zaleceń producenta oferowanego Oprogramowania CSKZ. Jednocześnie Zamawiający informuje, że wskazane licencje powinny zostać uwzględnione w pkt. 8 Wykaz zaoferowanych licencji na Oprogramowanie Formularza Oferty.) Zamawiający jedynie jako jeden z wątków poruszył konfigurację HA, powracając następnie do tematu licencji („licencję, która nie ogranicza systemu operacyjnego co do jego funkcjonalności w taki sposób, aby nie zaistniała konieczność ponoszenia dodatkowych kosztów (...) mając na uwadze wymagania wskazane co do konfiguracji HA (...) wskazane licencje powinny zostać uwzględnione w pkt. 8”).

W zakresie drugiego twierdzenia natomiast można przyznać Odwołującemu częściową rację. Wielokrotnie Izba już wskazywała w swoich wyrokach, że ofertę należy odczytywać całościowo, tj. brać pod uwagę oświadczenia zawarte w różnych dokumentach się na nią składających, a oświadczenie (wpisanie danych informacji) nie musi znajdować się wyłącznie w miejscu, które zostało na niego przeznaczone w formularzu przygotowanym przez zamawiającego. Tym samym z oświadczenia Odwołującego zawartego w punkcie 6. formularza oferty można stwierdzić, że zostało zaoferowane oprogramowanie LINUX SUSE SLES w wersji 11. Z obligatoryjnych wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz adnotacji w formularzu oferty „Serwer zarządzający – 10 szt.” można wywieść zaś, że jest to oprogramowanie dla 10 serwerów; nie było też wątpliwości, że oferuje się je w systemie na serwer – zatem wskazane zostały informacje, które należało podać w kolumnach: „Nazwa”, „Wersja”, „Metryka licencyjna”, „Liczba (szt.)”.

Również jeśli chodzi o „Poziom wsparcia technicznego”, Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił wymagany poziom i zakres wsparcia, a wybór, czy będzie to wsparcie wykonawcy, czy producenta, został pozostawiony wykonawcom (tym samym dokonany wybór – wsparcie wykonawcy czy producenta – nie stanowi istotnej kwestii dla Zamawiającego i w związku z tym podstawy do odrzucenia oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, można też tę kwestię wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i nie narusza to uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, ponieważ nie jest dla Zamawiającego istotne z punktu widzenia oferty oraz

każda z tych opcji jest akceptowalna). Zatem również powyższe dane można wywieść z istniejących dokumentów lub uznać za nieistotne dla oferty.

Pozostaje jednak kwestia związana z kolumną „Numer kat. produktu/PN” (*part number*). Jak wskazał Zamawiający, zażądał podania tej informacji w celu uzyskania już bezpośrednio w ofercie informacji pozwalających mu na weryfikację oświadczenia wykonawcy co do zaoferowanego produktu. Wśród informacji podanych w dokumencie, do którego odnosił się link wskazany w punkcie 6. poz. 15. formularza oferty, nie ma takich informacji (są tam jedynie nazwy i wersje możliwego do zastosowania oprogramowania).

Jak wynika z art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych („Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy”) oraz art. 513 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. („Odwołanie przysługuje na: 1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy; 2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy; 3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.”) w postępowaniu odwoławczym kontroli podlega legalność działania zamawiającego, czyli jego zgodność z przepisami prawa, nie zaś każdy aspekt ekonomiczny, techniczny, organizacyjny, celowościowy itp., który mógł być lub mógłby być przez zamawiającego inaczej określony.

Założenie przez zamawiającego, że w ofercie chce otrzymać pełne lub dane informacje o przedmiocie oferty lub jego elemencie, pozwalające mu na weryfikację zaoferowanego produktu, jest zgodne z prawem i praktyką oraz logiką działania. Tym samym Zamawiający miał prawo żądać takich informacji, a wykonawcy – skoro takie wymagania zostały określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – obowiązek takie informacje podać. W przeciwieństwie do pozostałych informacji zawartych w tabeli w punkcie 8. formularza oferty, samego numeru katalogowego lub *part numberu* zaoferowanego przez Odwołującego produktu indywidualizującego ten produkt nie można wywieść ani z innej części oferty Odwołującego, ani z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący podczas rozprawy nie wykazał także, że taki numer katalogowy produktu/*part number* nie istnieje (Zamawiający przewidział taką opcję w instrukcji wypełnienia formularza oferty, lecz należało to wskazać w tabeli) lub jest jedyny możliwy taki numer, łatwy do ustalenia przez

Zamawiającego. Przeciwnie, wskazał w trakcie rozprawy, że nie zna takiego numeru, a numery te mogą być różne, gdyż jest to oprogramowanie typu *open source* i jest dystrybuowane przez różne podmioty.

W związku z powyższym – skoro Odwołujący takiego numeru nie zna, a do tego numerów takich może być więcej niż jeden, a Zamawiający prezentował stanowisko, że poszukiwanie tych informacji, wymaganych do podania w ofercie przez wykonawców, nie jest jego zadaniem – Izba uznała, że wskazany brak w ofercie Odwołującego istnieje i może stanowić podstawę do odrzucenia tej oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Trudno też nie zgodzić się z Zamawiającym, że nie jest jego obowiązkiem poszukiwanie wymaganych w ofercie informacji. Podobnie nie jest obowiązkiem zamawiającego poszukiwanie takich informacji w trybie wyjaśnień z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W tym zakresie można powołać się na stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s., w którym Trybunał wskazał, że z „zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości nie wynika, aby we wskazanej sytuacji instytucja zamawiająca była zobowiązana do skontaktowania się z danym kandydatem. Owi kandydaci nie mogą się zresztą skarżyć na to, że na instytucji zamawiającej nie spoczywa w tym względzie jakikolwiek obowiązek, ponieważ brak jasności oferty wynika jedynie z uchybienia ich obowiązku dochowania staranności przy formułowaniu oferty, któremu podlegają tak samo jak inni kandydaci”.

Niezgodność „merytoryczną” treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, do której odnosi się art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, można podzielić na dwa rodzaje niezgodności – może być to niezgodność samego oferowanego przedmiotu (np. jego parametrów) lub też niezgodność samej oferty jako oświadczenia woli, w tym błędy lub braki w treści owego oświadczenia, jak to ma miejsce w ofercie Odwołującego. Odwołujący nie podał w ofercie wymaganych danych dotyczących spornego oprogramowania w postaci jego numeru katalogowego/*part numberu* i dodatkowo nie wykazał podczas rozprawy okoliczności, które mogłyby skutkować stwierdzeniem, że oferta nie powinna podlegać odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym Izba uznała, że działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego nie było nieprawidłowe i oddaliła odwołanie w tym zakresie.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie zastosowania powołanego przepisu (i zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego) Izba stwierdziła, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Przystępujący w punkcie 8. formularza oferty „Wykaz oferowanych licencji na Oprogramowanie” w pozycji 1. wskazał oprogramowanie: nazwa „Dell EMC Data Protection Suite for VMware”; wersja „n/a”; numer kat. produktu/PN (part number) „210-ARXY”, poziom wsparcia technicznego „ProSupport Mission Critical (24/7) – świadczone przez producenta”; metryka licencyjna „CPU (gniazda procesorowe)”; liczba (szt.) 250”.

Z powyższego, w ocenie Izby, wynika, że Przystępujący w sposób jednoznaczny zaoferował 250 licencji w systemie na gniazdo procesorowe. Tym samym stanowiska Zamawiającego i Przystępującego w tym zakresie są słuszne.

Odwolujący swoją argumentację dotyczącą niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz nieważności tej oferty ze względu na niemożność wykonania zobowiązania oparł na stwierdzeniu, że producent oprogramowania – firma Dell nie przewiduje takiego systemu licencjonowania.

Jednak – niezależnie od kwestionowanej przez Zamawiającego i Przystępującego wiarygodności przedstawionych przez niego dowodów w tym zakresie – należy stwierdzić, że nawet jeśli rzeczywiście takie są ogólne czy standardowe zasady licencjonowania tego produktu przez producenta, nie oznacza to, że producent nie może udzielić licencji na innych warunkach. Licencja na oprogramowanie jest bowiem jedynie umową na korzystanie z utworu, jakim jest owo oprogramowanie, zawieraną pomiędzy podmiotem, któremu przysługują majątkowe prawa autorskie do utworu, a podmiotem, który zamierza z tego oprogramowania korzystać. Jak każda więc umowa podlega zasadzie swobody umów i strony mogą w sposób dowolny ustalić zasady udzielenia tej licencji. Co więcej – w przeciwieństwie do produktów z zakresu urządzeń, czy zmiany sposobu działania oprogramowania, sama zmiana zasad licencjonowania nie wymaga od producenta podejmowania żadnych czynności produkcyjnych, a jeśli umowa dotyczy takiej liczby licencji, która jest w stanie przynieść producentowi konkretny zysk, odmowa dostosowania się do potrzeb klienta byłaby postępowaniem ekonomicznie nieuzasadnionym z punktu widzenia podmiotu oferującego swoje produkty w celach zarobkowych.

Tym samym twierdzenie, że firma Dell na indywidualne zamówienie nie oferuje lub nie może zaoferować innych systemów licencjonowania niż wynikające z systemu dystrybucji *via* Internet, jest z logicznego i ekonomicznego punktu widzenia mało prawdopodobne.

Powyższe stwierdzenie potwierdza również przedstawione przez Przystępującego oświadczenie z 14 kwietnia 2021 r. złożone w imieniu Dell Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie o treści: „Dell Sp. z o.o., potwierdza, że zaoferowane przez Konsorcjum Simplicity sp. z o.o. oraz Computex sp. z o.o. sp. k. oprogramowanie Dell EMC Data Protection Suite for Mware (P/N 210-ARXY) spełnia wymagania określone dla Oprogramowania CSKZ w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na <<Dostawę i wdrożenie Centralnego Systemu Kopii Zapasowych (CSKZ)>> (nr COI-ZAK.262.28.2020), prowadzonego przez Centralny Ośrodek Informatyki. W szczególności, potwierdzamy, że:

- oprogramowanie Dell EMC Data Protection Suite for VMware licencjonowane jest *per socket* (tzn. 1 licencja na każdy 1 procesor fizyczny), w związku z czym jest możliwe wykupienie u producenta licencji oprogramowania dla 250 gniazd procesorowych;
- zaoferowane przez Konsorcjum Simplicity sp. z o.o. oraz Computex sp. z o.o. sp. k. licencje umożliwiają zabezpieczenie danych dla środowiska obejmującego zarówno serwery niewirtualizowane oraz zwirtualizowane oraz jednocześnie umożliwiają konfigurację 8 niezależnych środowisk kopii zapasowych;
- brak jest zarówno technicznych, jak i licencyjnych ograniczeń, które uniemożliwiałyby utworzenie 8 niezależnych środowisk oraz obsługę 8 i więcej serwerów fizycznych przez oprogramowanie Dell EMC Data Protection Suite for VMware zaoferowane w ww. postępowaniu przez Konsorcjum Simplicity sp. z o.o. oraz Computex sp. z o.o. sp. k.;
- oprogramowanie Dell EMC Data Protection Suite for VMware zapewnia pełną elastyczność i dowolność w zakresie przyporządkowania licencji bez względu na lokalizację geograficzną czy rodzaj zabezpieczanego środowiska;
- zaoferowane przez Konsorcjum Simplicity sp. z o.o. oraz Computex sp. z o.o. sp. k. rozwiązanie nie narusza warunków licencyjnych producenta oprogramowania Dell EMC Data Protection Suite for VMware.”

Odwołujący stwierdził również, iż dowody przedstawione przez Przystępującego dotyczące złożonej przez niego oferty są przekonujące, zatem nie będzie podejmował dalszej polemiki. Tym samym Izba uznała, że kwestia zaoferowanych licencji jest niesporna.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 5, § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy i usługi o wartości przekraczającej progi unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 15.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się:

1) wpis, obejmujący:

a) wynagrodzenia, wydatki i opłaty Urzędu związane z organizacją i obsługą postępowań odwoławczych, archiwizacją dokumentów oraz szkoleniami członków Izby,

b) wynagrodzenie i zwrot wydatków poniesionych przez biegłych, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę z urzędu, oraz tłumaczy, w przypadku, o którym mowa w art. 548 ustawy,

c) koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę z urzędu;

2) uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 3 i 4, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b i pkt 4, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące:

a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę,

b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych,

c) wynagrodzenie biegłych oraz zwrot poniesionych przez nich wydatków, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego,

d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego.

Z kolei § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia stanowi, że w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący.

Zamawiający nie złożył żadnego wniosku kosztowego. W związku z powyższym Izba uwzględniła uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych.

Przewodniczący: