

WYROK
z dnia 24 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie: –

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 17 i 20 lutego 2017 r. w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lutego 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **I.S.T. Sp. z o.o. z siedzibą w W., Z.S.K. Z. Sp. z o.o. z siedzibą w K., E. Sp. z o.o. z siedzibą w W.,** w postępowaniu prowadzonym przez **Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi w W.,** przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **E.S.O.I. Sp. z o.o. z siedzibą w W., C. S.A z siedzibą w W., C. S.A z siedzibą w K., S.S.P. Sp. z o.o. z siedzibą w W.,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: I.S.T. Sp. z o.o., Z.S.K. Z. Sp. z o.o., E. Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w W..**

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami – Teleinformatycznymi prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie – o udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowa i wdrażanie centrów danych, ośrodków przetwarzania i archiwizacji danych. Budowa Systemu Centralnego BACKUP'U.

W dniu 9 lutego 2017 r. Konsorcjum: I.S.T. Sp. z o.o., Z.S.K. Z. Sp. z o.o., E. Sp. z o.o. wniosło odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 30 ust. 5, art. 25 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 30 stycznia 2017 r. poinformował go o odrzuceniu jego oferty i dokonaniu wyboru oferty Konsorcjum E.S. Sp. z o.o. W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że zaoferowany przez Odwołującego w ramach rozwiązań równoważnych sprzęt nie spełnia wymagań równoważności. Zgodnie z art. 30 ust. 5 Pzp wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Według oceny Zamawiającego przedstawione w ofercie informacje były niewystarczające do uznania proponowanych rozwiązań za spełniające wymagania SIWZ. Wymagania równoważności nie zostały potwierdzone informacją zawartą w *oficjalnych i opublikowanych dokumentach producenta sprzętu*.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 4 ust. 1 i 2 SIWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa i wdrożenie Systemu Centralnego Backupu Resortu Obrony Narodowej (SCB

RON). W ramach zamówienia Zamawiający wymaga:

- 1) dostaw sprzętu teleinformatycznego i oprogramowania dla potrzeb budowy Systemu Centralnego Backup'u zabezpieczającego przed zagrożeniem utraty danych w rozległej sieci teleinformatycznej RON umożliwiającej przetwarzanie informacji niejawnych do klauzuli „zastrzeżone”;
- 2) przystosowanie dwóch pomieszczeń pełnienia funkcji serwerowni w celu zaimplementowania w nich elementów dostarczonego rozwiązania;
- 3) wykonania usługi wdrożenia (instalacji, konfiguracji i integracji) dostarczonego asortymentu do wskazanych sześciu lokalizacji i jego integracji w celu budowy Systemu Centralnego Backup'u oraz z siecią teleinformatyczną RON;

3

- 4) zorganizowania szkolenia dla co najmniej 24 przedstawicieli Zamawiającego dotyczących dostarczonego rozwiązania w zakresie jego użytkowania i administrowania. Szkolenie powinno być certyfikowane przez Producenta rozwiązania w zakresie zalecanym przez Producenta i odbyć się co najmniej w 4 turach (po średnio 6 osób na terenie Polski).

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych,

tj.:

- 1) oprogramowanie Systemu Centralnego Backup'u - oprogramowanie firmy H. (HBS) pn. Data Protection Suite (w skrócie „HDSP”) w wersji 11;
- 2) serwery mediów danych (Serwery MA TYP 1, II i III) - serwery firmy H.E. pn. H.;
- 3) centralne serwery zarządzające backupem (Serwery CS TYP I i II) – serwery firmy H.E. pn. H.;
- 4) biblioteka taśmowa – Q.S. firmy Q.;
- 5) systemy dyskowe TYP I i II - macierze dyskowe firmy HDS z serii VSP G model G800 i G400 z klastrem głowic HNAS 4080.

Zamawiający wskazując na konkretny sprzęt i oprogramowanie dopuścił rozwiązania równoważne, spełniające wyspecyfikowane przez niego wymagania minimalne. Jednak minimalne wymagania techniczne w zakresie równoważności zawarte w Projekcie Technicznym były określone pod konkretny, wskazany przez Zamawiającego sprzęt i oprogramowanie. Na rynku nie występują bowiem inne katalogowe (standardowe) rozwiązania spełniających minimalne wymagania Zamawiającego w zakresie równoważności. W rezultacie spośród 8 zakwalifikowanych wykonawców tylko 2 złożyło oferty w postępowaniu, z czego tylko Odwołujący zaoferował produkty równoważne. Aby spełnić minimalne wymagania Zamawiającego w zakresie równoważności Odwołujący był zmuszony zaoferować zamiast produktów katalogowych sprzęt indywidualnie dostosowany do wymagań specyfikacji w przedmiotowym postępowaniu. W tym celu Odwołujący skorzystał z możliwości kastomizacji sprzętu, jaką producenci sprzętu oferują wybranym partnerom. Kastomizacja jest elastycznością w procesie w produkcji masowej, umożliwiającą dostarczenie zróżnicowanych i często niestandardowych produktów i usług, dostosowanych do potrzeb użytkownika. Opiera się ona na założeniu, że klient sam określa i charakteryzuje pożądany produkt, a producent realizuje na jego oczekiwania. W literaturze przedmiotu wyróżnia się kastomizację standaryzowaną i kastomizację „na miarę”. W przypadku kastomizacji standaryzowanej dostępna jest określona i zamknięta lista opcji, spośród których nabywca może dokonać wyboru. W przypadku kastomizacji „na miarę” istnieje możliwość dostarczenia niestandardowego produktu (por. A. Szymkowiak, E-kastomizacja produktów » wykorzystanie narzędzi online w e-commerce, Marketing i Rynek 8/2014, s.

4

935). Kastomizacja jest powszechnie stosowana w procesie dystrybucji i sprzedaży sprzętu informatycznego. Większość producentów sprzętu informatycznego udostępnia klientom możliwość kastomizacji standaryzowanej, wykorzystując w tym celu narzędzia elektroniczne, takie jak katalogi elektroniczne wyposażone w konfigurator sprzętu. Klient może w ramach katalogu elektronicznego samodzielnie wybrać i łączyć różne podzespoły, na podstawie których przygotowywany jest produkt finalny. Jednakże wybór podzespołów dokonywany jest spośród zamkniętej listy, w rezultacie czego klient może otrzymać wyłącznie konfigurację katalogową. W przypadku niektórych firm stosowana jest też kastomizacja „na miarę”. Klient

wysłał zapytanie o możliwość zastosowania niestandardowej konfiguracji podzespołów do odpowiedniego działu producenta, celem weryfikacji i przetestowania. W przypadku pozytywnej weryfikacji, producent przekazuje informację o niestandardowej konfiguracji wraz z oznaczeniem podzespołów. Z takiej opcji skorzystał Odwołujący, indywidualnie dobierając komponenty oferowanego sprzętu na potrzeby wymagań SIWZ.

Odwołujący podał, że zgodnie z § 9 ust. 7 SIWZ wykonawca do Formularza Ofertowego zobowiązany był załączyć:

Specyfikację techniczną dostarczanego sprzętu i oprogramowania – według wzoru 1 zał. – nr 4 Formularz Ofertowy;

Wykaz wymaganych cech oprogramowania backupowego – według wzoru 1 zał. nr 4 – Formularz Ofertowy.

Odwołujący wypełnił oba dokumenty zgodnie ze wskazówkami i załączył je do oferty. W ten sposób potwierdził spełnianie wymagań w zakresie równoważności.

Zamawiający w toku badania ofert zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienia treści „Specyfikacji technicznej dostarczonego sprzętu i oprogramowania”, prosząc w odniesieniu do niektórych modeli sprzętu o:

wskazanie miejsca w ofercie potwierdzającego spełnienie określonych wymagań – w zakresie równoważności oraz

potwierdzenie spełnienia tych wymagań „w postaci informacji zawartej w oficjalnych – i opublikowanych dokumentach producenta sprzętu”.

Odwołujący udzielił wyjaśnień, w których wskazał miejsca w ofercie potwierdzające spełnienie przedmiotowych wymagań. Co do żądania przedstawienia informacji zawartej w oficjalnych i opublikowanych dokumentach producenta sprzętu, wskazał, że SIWZ nie zawiera takiego wymagania.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń

5

i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenie lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

warunków udziału w postępowaniu, –

przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez – zamawiającego

zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Zamawiający nie zobowiązał wykonawców oferujących sprzęt równoważny do złożenia „oficjalnych i opublikowanych dokumentów producenta sprzętu” lub innych dokumentów, uwiarygodniających spełnienie wymagań w zakresie równoważności. Do takich wniosków prowadzi porównanie tego, w jaki sposób wykonawcy mieli wykazać spełnienie wymagań w odniesieniu do oprogramowania backup’owego, a w jaki sposób w odniesieniu do sprzętu i pozostałego oprogramowania. Zgodnie z objaśnieniami w „Wykazie wymaganych cech oprogramowania backupowego” należało podać, czy oferowane oprogramowanie spełnia określone wymaganie. W kolumnie nr 4 należało wskazać możliwość potwierdzenia przez Zamawiającego spełnienia określonego wymagania poprzez wskazanie dokumentacji producenta potwierdzającego spełnienie przedmiotowego wymagania wraz z adresem internetowym do wskazanego dokumentu oraz wskazania miejsca w dokumencie. Tymczasem w odniesieniu do sprzętu warunek dotyczący dokumentacji sprzętu nie pojawia się. W „Specyfikacji technicznej dostarczonego sprzętu i oprogramowania” Zamawiający wskazuje jedynie, że w kolumnach nr 2 i 3 wyszczególnić nazwę oferowanego wyrobu, nazwę i numer producenta (part number) oraz ilość danego elementu. W kolumnie nr 4 wymienić wszystkie parametry wskazane w opisie przedmiotu zamówienia (zgodnie z załącznikami do SIWZ nr 1) oraz podać pełny opis wyrobu, podzespołu lub elementu. Jeżeli w opisie przedmiotu zamówienia ściśle określono wartość parametru, lub użyto określeń minimum („min.”), maksimum („max.”, „do”) należało wpisać dokładne parametry dla poszczególnych pozycji oferowanego wyrobu. Zdaniem Odwołującego wynikają z tego dwa wnioski. Po pierwsze, Zamawiający nie żądał złożenia przez oferentów opublikowanej w Internecie dokumentacji producenta sprzętu. Po drugie, Zamawiający nie postawił warunku, że spełnienie wymagań w zakresie równoważności oferowanego sprzętu powinno mieć potwierdzenie w opublikowanej w Internecie dokumentacji producenta sprzętu.

Odwołujący zwrócił uwagę na to, jakie znaczenie dla postępowania miałby warunek, aby wymagania w zakresie równoważności oferowanego sprzętu znajdowały potwierdzenie w opublikowanej w Internecie dokumentacji producenta sprzętu. Postawienie takiego warunku wyeliminowałoby możliwość zaoferowania sprzętu indywidualnie dostosowanego do wymagań specyfikacji. Oferta mogłaby obejmować wyłącznie standardowe konfiguracje,

6

występujące w katalogowych specyfikacjach technicznych producenta sprzętu. W okolicznościach niniejszej sprawy postawienie takiego warunku faktycznie uniemożliwiłoby złożenie oferty równoważnej.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. To na Zamawiającym w tym przypadku ciąży obowiązek wykazania, że jego decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego była zgodna z prawem i odpowiadająca okolicznościom faktycznym. Zamawiający powinien zatem wykazać, że oferowane przez Odwołującego konkretne urządzenia nie odpowiadały wymaganiom SIWZ. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie wymagał od wykonawców szczególnego sposobu potwierdzenia spełnienia przez oferowany sprzęt wymagań w zakresie równoważności. Wykonawcy mieli jedynie załączyć do oferty „Specyfikację techniczną dostarczonego sprzętu i oprogramowania”, w której powinni wskazać nazwę oferowanego wyrobu, nazwę i numer producenta (part number) oraz ilość danego elementu oraz wymienić wszystkie parametry wskazane w opisie przedmiotu zamówienia i podać pełny opis wyrobu, podzespołu lub elementu. Odwołujący dostosował się do tego warunku i złożył wymagany dokument zamieszczając w nim stosowane informacje, co nie jest kwestionowane przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, obowiązek potwierdzenia spełnienia przez oferowany sprzęt wymagań w zakresie równoważności nie wynika również z ustawy. W sprawie nie ma zastosowania art. 30 ust. 5 ustawy Pzp. Wprawdzie przepis ten rzeczywiście przerzuca na wykonawcę oferującego rozwiązanie równoważne opisanym przez zamawiającego ciężar udowodnienia, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Jednakże ustawa wyróżnia dwa przypadki równoważności:

- 1) przypadek opisanego przedmiotu zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów;
- 2) odniesienia, o których mowa w art. 30 ust. 1-3 i dopuszczenia rozwiązań równoważnych opisywanym na podstawie art. 30 ust. 4 ustawy Pzp;
- 3) przypadek równoważności, o której mowa w art. 29 ust. 3 Pzp, czyli opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, któremu to wskazaniu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

W ocenie Odwołującego przepis art. 30 ust. 5 ustawy Pzp ma wyłącznie zastosowanie w tym pierwszym przypadku. Przepis art. 30 ust. 5 posługuje się pojęciem „rozwiązania równoważne opisywanym”. Pojęciem tym ustawodawca posłużył się w art. 30 ust. 4 ustawy Pzp, co wyraźnie wskazuje na powiązania treściowe obu przepisów. Takie

7

powiązania nie występują w odniesieniu do art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto interpretując art. 30 ust. 5 należy uwzględnić jego kontekst. Przepis znajduje się bezpośrednio za art. 30 ust. 4 ustawy Pzp, stąd jego stosowanie należy bezpośrednio odnosić do opisanego przedmiotu za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, a nie do opisanego przedmiotu przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, jak ma to miejsce w niniejszej sprawie.

Odwołujący podniósł, że cała argumentacja Zamawiającego opiera się na twierdzeniu, że oficjalna i opublikowana dokumentacja producenta sprzętu nie potwierdza spełnienia wymagań równoważności. Powody, dla którego Zamawiający nie znajduje w analizowanej przez siebie dokumentacji producenta potwierdzenia spełnienia parametrów równoważności, są dość proste. Po pierwsze, analizowane przez Zamawiającego dokumenty stanowią opis konfiguracji katalogowych, dostępnych przy wykorzystaniu narzędzia elektronicznego (elektronicznego konfiguratora). Obejmują one zamkniętą listę konfiguracji standardowych, a zatem ze swej natury nie są wyczerpujące. Nie obejmują konfiguracji

zastosowanych przez Odwołującego. Po drugie, Zamawiający źle identyfikuje zaoferowane produkty. Przyjmuje, że dany produkt został zaoferowany w konfiguracji podstawowej, choć z oznaczenia produktu lub jego ukompletowania wynika wyraźnie, że produkt oferowany jest w innej konfiguracji niż podstawowa. Po trzecie, Zamawiający niewłaściwie wybiera dokumentację oraz błędnie interpretuje informacje zawarte w dokumentacjach producentów, nadając oferowanym urządzeniom inne cechy i funkcjonalności, niż wynika to z treści właściwych dokumentów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Szczegółową argumentację Odwołujący zamieścił w Załączniku nr 1 do odwołania, który oznaczył klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”. Wobec ustalenia, że Zamawiający ujawnił ten załącznik, stwierdzając brak podstaw do uznania informacji w nim zawartych za tajemnicę przedsiębiorstwa i przekazał jego treść drugiemu z wykonawców biorących udział w postępowaniu, należy stwierdzić, że informacje te nie mają cech tajemnicy przedsiębiorstwa już tylko z tego powodu, że zostały ujawnione.

W ramach szczegółowej argumentacji Odwołujący podniósł, co następuje:

W odniesieniu do pkt 1.1. uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołujący podniósł, że udzielił – wyjaśnień potwierdzających spełnianie wymagań.

8

W odniesieniu do pkt 1.2 i 2 uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołujący podniósł, – że mylna jest opinia Zamawiającego, że zaoferowana licencja eLCM nie może aktywować cechy (parametru technicznego), który nie jest wbudowany. Wskazał, że zaoferowana karta zarządzająca iRMC S4 dysponuje fizyczną pamięcią 64 GB. Możliwość użycia tej pamięci jest aktywowana licencją eLCM. Klucz licencyjny dostarczany wraz z licencją umożliwia korzystanie przez kartę zarządzającą iRMC S4 z dodatkowej pamięci. Możliwość uruchomienia dodatkowych funkcjonalności i parametrów urządzeń poprzez zastosowanie klucza licencyjnego jest powszechnie stosowana nie tylko w urządzeniach informatycznych i nie powinno budzić wątpliwości Zamawiającego. Ta sama argumentacja została wskazana w odniesieniu do serwera MA typ I, MA typ II i MA typ III.

W odniesieniu do pkt 3.1 uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołujący podniósł, – że zaoferował klaster urządzeń NAS O. ZFS Storage ZS3-2, któremu towarzyszy określenie Extended Version – HA Cluster Bundle, co jest tym samym urządzeniem co O. ZFS Storage ZS3-2, natomiast określenie Extended Version – HA Cluster Bundle wskazuje na konfigurację tego urządzenia rozszerzoną o dołączone licencje i dodatkowe funkcjonalności. Odwołujący w opisie produktu podał jego pełną nazwę, a Zamawiający wywodzi z tego oznaczenia, że zaoferowane zostało inne urządzenie, nie wykazując przy tym, że faktycznie takie inne urządzenie istnieje. Wbrew przekonaniu Zamawiającego określenie FTS nie wskazuje, że producentem urządzenia jest firma F., lecz że produkt jest dostarczany przez tę firmę, która zawarła z O. umowę korporacyjną o współpracy, na mocy której oba podmioty mają możliwość dostarczania określonych produktów drugiej firmy z własnymi oznaczeniami. Polega to na tym, że ten sam produkt jest dostarczany zarówno przez F., jak i O., choć producentem jest tylko jeden z nich. W zależności od tego, która z firm dostarcza dany produkt, ma on inny kod.

W odniesieniu do pkt 3.2 uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołujący podniósł, – że powołane przez Zamawiającego dokumenty producenta to ogólna ulotka i dokumentacja opisująca charakterystykę urządzenia, czyli część sprzętową, a nie oprogramowanie. Tymczasem funkcjonalność WORM jest funkcjonalnością oprogramowania zarządzającego obsługiwaną przez urządzenie w zaoferowanej przez Odwołującego konfiguracji.

W odniesieniu do pkt 3.3 uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołujący podniósł, ulotka, – że na którą powołuje się Zamawiający opisuje tylko podstawowe konfiguracje i główne funkcje, tymczasem możliwość rozbudowy urządzenia o kolejne dwa węzły NAS jest cechą zaoferowanego urządzenia w zaoferowanej konfiguracji.

9

W odniesieniu do pkt 3.4, 3.5, 3.6i 3.8 uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołujący –

podniósł, że zarzuty Zamawiającego odnoszą się do konfiguracji podstawowych O. ZFS Storage ZS3-2, tymczasem Odwołujący zaoferował produkt w konfiguracji rozszerzonej Extended Version – HA Cluster Bundle, przystosowanej do współpracy z zewnętrzną macierzą dyskową zamiast z dołączonymi bezpośrednio do urządzenia półkami dyskowymi. Taka rozszerzona konfiguracja powoduje, że dostępne są dodatkowe funkcjonalności oprogramowania zarządzającego i systemu operacyjnego z uwagi na ograniczenia wynikające z architektury sprzętowej półek dyskowych nie mogą być wykorzystane w standardowej konfiguracji urządzenia z półkami dyskowymi podłączonymi bezpośrednio.

W odniesieniu do pkt 3.7 uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołujący podniósł, – że możliwość tworzenia wirtualnych serwerów ma takie samo znaczenie co zawarte w dokumentacji producenta wyrażenie „uruchamianie maszyn wirtualnych na serwerach”. Aby uruchomić wirtualną maszynę trzeba ją najpierw stworzyć. Cecha ta jest właściwością zaoferowanego oprogramowania i systemu operacyjnego w urządzeniu O. ZFS Storage ZS3-2 w konfiguracji zaoferowanej przez Odwołującego.

W odniesieniu do pkt 3.6 uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołujący podniósł, – że firma F. wspiera rozwiązanie O. ZFS Storage ZS3-2, co znajduje potwierdzenie w fakcie, że dostarcza to rozwiązanie wraz z macierzą dyskową E. i oznacza własnym kodem produktu.

W odniesieniu do pkt 4 uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołujący podniósł, – że oferowana biblioteka taśmowa jest obecnie najnowocześniejszą biblioteką o największej pojemności i wydajności, w której zastosowana została unikalna architektura pozwalająca na rozbudowę pojedynczej biblioteki taśmowej do konfiguracji nazwanej przez producenta jako C.lex i obejmującej do 352 szaf. Zaoferowana biblioteka taśmowa składa się z połączonych ze sobą szaf zarządzanych wspólnym oprogramowaniem zarządzającym. Jest to jedno urządzenie – biblioteka taśmowa, w którym możliwa jest instalacja do 1.152 napędów taśmowych LTO-7 i do ponad 400.000 aktywnych slotów na taśmy.

W odniesieniu do pkt 5 uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołujący podniósł, – że Zamawiający w pkt 4 załącznika nr 1 do SIWZ posługuje się dwoma różnymi pojęciami: „szkolenia autoryzowane przez producentów sprzętu i oprogramowania” (pkt 4.1) oraz „szkolenia producenta” (pkt 4.6) Odwołujący wnioskuję, że chodzi o dwie różne kategorie szkoleń. Przeważająca część producentów organizuje szkolenia w oparciu o system autoryzowanych partnerów szkoleniowych. Jednakże niektórzy producenci oferują własne szkolenia – Odwołujący stwierdził, że do takiej właśnie sytuacji odnosiło się żądanie

10

dostarczenia informacji o oferowanych szkoleniach producenta wraz z ich ceną oraz agendą. Odwołujący zaoferował rozwiązania producentów, którzy sami nie prowadzą szkoleń lub nie prowadzą ich na terenie Polski. W związku z tym żądanie złożenia informacji o szkoleniach producentów było bezprzedmiotowe. Ponadto tabela w Formularzu ofertowym zawierała enumeratywne wyliczenie wszystkich składników ceny i nie obejmowała osobnej pozycji, w której można było podać cenę za szkolenia. Nie zachodziła zatem możliwość wyszczególnienia ceny za szkolenia i doliczenia jej do ceny całkowitej. Czyni to niezrozumiałym powód, dla którego Odwołujący miałby podawać cenę za szkolenia producenta.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło Konsorcjum: E.S.O.I. Sp. z o.o., C. S.A., C. S.A., S.S.P. Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła, że postępowanie zostało wszczęte w dniu 12 lipca 2016 r., zatem do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych sprzed zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo

zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający ujawnił str. 11-13 oferty Odwołującego (Formularz ofertowy) oraz załącznik nr 1 do odwołania. Jawne w postępowaniu przetargowym były także: treść wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty i załącznik do pisma z 30 stycznia 2017 r. zawierający szczegółowe uzasadnienie odrzucenia oferty, zawierający odniesienia do treści złożonych wyjaśnień. Wobec powyższego należy stwierdzić, że informacje, które zostały przez Zamawiającego ujawnione nie mają cech tajemnicy przedsiębiorstwa, zgodnie bowiem z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, warunkiem koniecznym uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest ich nieujawnienie do wiadomości publicznej.

11

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w Projekcie Technicznym Systemu Centralnego Backup'u RON opisał przedmiot zamówienia wskazując rozwiązania referencyjne (konkretne produkty) oraz dopuścił rozwiązania równoważne, sporządzając specyfikację techniczną opisującą wymagane parametry techniczne dla rozwiązań równoważnych, co było okolicznością bezsporną. Bezsporne między stronami było również brzmienie poszczególnych wymagań specyfikacji technicznej. Zgodnie z § 9 ust. 7 SIWZ Wykonawca do Formularza Ofertowego (FO) załącza szczegółową specyfikację techniczną dostarczanego sprzętu i oprogramowania wg wzoru przekazanego wraz z zaproszeniem (zał. Nr 4 FO wzory nr 1 i 2) oraz kalkulację kosztów wykonania adaptacji budowlanej uwzględniającą przygotowanie dokumentacyjne, dostawę urządzeń i sprzętu oraz wykonania robót budowlanych wynikających z opisu przedmiotu zamówienia. We wzorze nr 1 „Specyfikacja techniczna dostarczanego sprzętu i oprogramowania” Zamawiający podał: W kolumnach nr 2 i 3 wyszczególnić nazwę oferowanego wyrobu, nazwę i numer producenta (part numer) oraz ilość danego elementu. W kolumnie nr 4 wymienić wszystkie parametry wskazane w opisie przedmiotu zamówienia (zgodnie z załącznikami do SIWZ nr 1) oraz podał pełny opis wyrobu, podzespołu lub elementu. Nie dopuszcza się pozostawianie pustych miejsc opisowych lub innych sposobów potwierdzenia, np. „TAK”. Jeżeli w opisie przedmiotu zamówienia ściśle określono wartość parametru lub użyto określeń minimum („min.”), maksimum („max.”, „do”) należy wpisać dokładne parametry dla poszczególnych pozycji oferowanego wyrobu.

W zakresie poszczególnych podstaw faktycznych odrzucenia oferty Odwołującego Izba ustaliła, co następuje:

1. Serwer CS Typ I oraz CS typ II

W Specyfikacji technicznej Zamawiający określił następujące wymagania:

Minimum 3 sloty PCI-Express generacji 3 działające z prędkością x8 (bus width), – wszystkie sloty pełnej wysokości, jeden ze slotów także pełnej długości. Możliwość rozbudowy o min. 1 slot PCI-E generacji 3 działający z prędkością x8 (bus width) i min. 1 slot pełnej wysokości i pełnej długości PCI-Express Generacji 3 działający z prędkością x16 (bus width);

Karta zdalnego zarządzania musi posiadać wbudowaną pamięć flash minimum 2 GB. –

Odwołujący zaoferował w ramach rozwiązania równoważnego serwer F. Primergy RX2540 M2. W załączonej do oferty tabeli pn. Specyfikacja techniczna dostarczanego sprzętu i oprogramowania (kolumna 4 Opis parametrów, specyfikacja techniczna dostarczanego asortymentu) w punkcie 1 i 2 opisał parametry poprzez przytoczenie

12

przywołanego wyżej wymogu dotyczącego liczby slotów i możliwości rozbudowy oraz wpisał pojemność wbudowanej pamięci flash.

2. Serwer MA typ I, MA typ II i MA typ III

W Specyfikacji technicznej Zamawiający określił następujące wymaganie: Karta zdalnego zarządzania musi posiadać wbudowaną pamięć flash minimum 4 GB, w tym minimum 1 GB dostępny dla użytkownika serwera.

Odwołujący zaoferował Serwer F. P.R.M.. W załączonej do oferty tabeli pn. Specyfikacja techniczna dostarczanego sprzętu i oprogramowania (kolumna 4 Opis

parametrów, specyfikacja techniczna dostarczanego asortymentu) Odwołujący w punkcie 3, 4 i 5 powtórzył treść przywołanego wyżej wymagania, zamiast słów „musi posiadać” podając „posiada”.

3. Dostawa systemu dyskowego typ II

W Specyfikacji technicznej Zamawiający zawarł następujące wymagania:

Wyniki wydajności oferowanych urządzeń powinny być publikowane w teście –

SPECsfs2008_nfs.v3. Klaster NAS powinien osiągać w tym teście wynik nie mniejszy niż 205000 Ops/Sec;

Klaster NAS powinien obsługiwać funkcjonalność WORM (Write Once Read Many). –

Licencja na te funkcjonalności nie jest wymagana;

Zaoferowane rozwiązanie musi zawierać co najmniej 2 węzły i umożliwić rozbudowę – o kolejne 2 węzły;

Przestrzeń dyskowa za pośrednictwem klastra głowic NAS zostanie wystawiona dla – serwerów MA Typ II i MA Typ III z wykorzystaniem protokołu CIFS;

- Każdy węzeł NAS powinien posiadać co najmniej 4 porty 8 Gb/s do podłączenia macierzy dyskowej lub sieci SAN;

Każdy węzeł klastra NAS powinien umożliwiać obsługę przestrzeni dyskowej do co – najmniej 16 PB;

Pojedynczy węzeł klastra NAS powinien mieć możliwość tworzenia co najmniej 64 – wirtualnych serwerów. Jeżeli funkcjonalność taka wymaga dodatkowej licencji, to należy ją uwzględnić w ofercie;

- Klaster NAS powinien pozwalać na wdrożenie mechanizmu klasyfikacji plików na podstawie zdefiniowanych polityk (kryteriów) oraz bezprzerwowej migracji tych plików na różne warstwy pamięci masowej. Wśród wymaganych dostępnych polityk (kryteriów) wymagana jest co najmniej możliwość klasyfikacji na podstawie: typu pliku, rozmiaru pliku, daty ostatniego dostępu do pliku oraz lokalizacji pliku. Funkcjonalność powyższa

13

powinna być realizowana w urządzeniu NAS, bez konieczności instalowania dodatkowych aplikacji na zewnętrznych serwerach. Należy dostarczyć licencje na każdy węzeł klastra; Klaster NAS musi być wspierany przez producenta macierzy dyskowej. –

Odwołujący zaoferował macierz F. T.S.E.D.. W załączonej do oferty tabeli pn.

Specyfikacja techniczna dostarczanego sprzętu i oprogramowania (kolumna 4 Opis parametrów, specyfikacja techniczna dostarczanego asortymentu) Odwołujący oświadczył, że oferowane urządzenia spełniają wymagania dotyczące:

wyników wydajności (str. 29 oferty pkt 7a i str. 33 pkt 7b); –

obsługi funkcjonalność WORM (str. 30 oferty pkt 7a i str. 34 pkt 7b); –

liczby węzłów (str. 29 oferty pkt 7a i str. 33 pkt 7b); –

przestrzeni dyskowej (str. 28 oferty pkt 7a i str. 31 pkt 7b); –

- posiadania co najmniej 4 portów 8 Gb/s do podłączenia macierzy dyskowej lub sieci SAN (str. 29 oferty pkt 7a i str. 33 oferty pkt 7b);

umożliwiania obsługi przestrzeni dyskowej do co najmniej 16 PB (str. 29 oferty pkt 7a i str. – 33 oferty pkt 7b);

możliwości tworzenia co najmniej 64 wirtualnych serwerów (str. 30 oferty pkt 7a i str. 33 – oferty pkt 7b);

możliwości wdrożenia mechanizmu klasyfikacji plików na podstawie zdefiniowanych – polityk (kryteriów) oraz bezprzerwowej migracji tych plików na różne warstwy pamięci masowej (str. 30 oferty pkt 7a i str. 33 oferty pkt 7b);

wspierania klastra NAS przez producenta macierzy dyskowej (str. 30 oferty pkt 7a i str. 34 – oferty pkt 7b).

4. Biblioteka taśmowa,

W Specyfikacji technicznej Zamawiający zawarł następujące wymaganie: Biblioteka taśmowa musi posiadać możliwość rozbudowy do: a) co najmniej 12.000 aktywnych slotów, b) co najmniej 192 napędów.

Odwołujący zaoferował bibliotekę taśmową S.L.T.. W załączonej do oferty tabeli pn.

Specyfikacja techniczna dostarczanego sprzętu i oprogramowania (kolumna 4 Opis parametrów, specyfikacja techniczna dostarczanego asortymentu) Odwołujący oświadczył, że oferowana biblioteka taśmowa posiada możliwość rozbudowy do 192 napędów.

5. Szkolenia

Zgodnie z punktem 4 Załącznika nr 1 do SIWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia autoryzowanych przez producentów sprzętu i oprogramowania szkoleń z instalacji, obsługi i administracji oferowanego rozwiązania (obejmującego elementy składowe; serwery, macierze,

14

oprogramowanie) dla nie mniej niż 24 pracowników wskazanych przez Zamawiającego (ppkt 4.1). Realizacja szkoleń może odbyć się poprzez realizację zgodnie z uzgodnionym z Zamawiającym harmonogramem szkoleń w zakresie rekomendowanych przez producenta danego rozwiązania lub po ustaleniu zasad i terminów z Zamawiającym, dostarczenie wymaganej ilości kredytów szkoleniowych wykupowanych u autoryzowanych partnerów szkoleniowych producentów sprzętu i oprogramowania do realizacji w ciągu 12 miesięcy od momentu dostawy umowy (pkt 4.3). W ramach oferty należy dostarczyć informacje o oferowanych szkoleniach producenta wraz z ich ceną i agendą (ppkt 4.6). Odwołujący nie załączył ww. informacji do oferty.

Pismem z 23 stycznia 2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści oferty we wskazanym wyżej zakresie. Zamawiający powołał się w wezwaniu na oficjalne dokumenty producentów urządzeń, podając, że wynikają z nich inne parametry bądź że nie zawierają one informacji o wymaganych parametrach. Zamawiający wezwał do wskazania miejsc w ofercie potwierdzających spełnienie wymagań oraz sposobu ich realizacji. Poinformował również, że w celu potwierdzenia spełnienia wymagania przez rozwiązania równoważne oczekuje potwierdzenia w postaci informacji zawartej w oficjalnych i opublikowanych dokumentach producenta.

Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach (zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa) oświadczył w odniesieniu do każdego z wymagań, że potwierdza jego spełnienie i wskazał numery stron oferty zawierające informacje o poszczególnych parametrach. Odwołujący podkreślił, że SIWZ nie zawiera wymagania przedstawienia informacji zawartych w oficjalnych i opublikowanych dokumentach producenta sprzętu w celu udowodnienia spełnienia przez rozwiązania równoważne wymagań określonych w SIWZ, w związku z czym żądanie takich dokumentów i informacji na etapie oceny ofert stanowi niedozwoloną zmianę treści SIWZ, dokonaną przez Zamawiającego po upływie terminu złożenia i otwarcia ofert.

Zamawiający pismem z 30 stycznia 2017 r. poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że zaoferowane dostawy rozwiązań równoważnych nie spełniają wymagań dla rozwiązania równoważnego. Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Według Zamawiającego przedstawione w ofercie informacje były niewystarczające do uznania proponowanego rozwiązania za spełniające wymagania SIWZ. W związku z powyższym wykonawca został

15

wezwany do szczegółowych wyjaśnień dotyczących proponowanych rozwiązań, a złożone wyjaśnienia w większości nie dostarczyły żadnych dodatkowych informacji, oprócz stwierdzenia, że zawarta w ofercie informacja na temat spełnienia poszczególnych wymagań jest wystarczająca i sam fakt, że wykonawca zawarł ją w ofercie, stanowi wykazanie, że wymaganie dla rozwiązania równoważnego jest spełnione, zastrzegając jednocześnie, że nie wskaże żadnej dokumentacji urzędów, a żądanie jej przez Zamawiającego jest zmianą zapisów SIWZ. W związku z tym Zamawiający dokonał oceny oferty kierując się wiedzą własną, informacją zawartą na stronach producentów sprzętu, oficjalną opublikowaną dokumentacją producentów oferowanego sprzętu oraz złożonymi przez wykonawcę wyjaśnieniami. W efekcie Zamawiający uznał, że oferta nie spełnia wymagań SIWZ.

W załączniku do przywołanego wyżej pisma Zamawiający przedstawił szczegółową argumentację dotyczącą poszczególnych okoliczności faktycznych będących podstawą odrzucenia oferty.

1. Serwer CS Typ I oraz CS typ II

W odniesieniu do slotów Zamawiający wskazał, że zaoferowany serwer, mimo – zaoferowania kart RiserCard PCIe, nie spełnia wymagań SIWZ. Zamawiający podał, że w wyjaśnieniach wykonawca potwierdził tylko swoją opinię o możliwości rozbudowy zgodnie ze Specyfikacją techniczną, nie wykazując tego. Zamawiający podniósł również, że:

- a) wykonawca zasugerował, że serwer referencyjny, podobnie jak oferowany, umożliwia rozbudowę slotów za pomocą dwóch risercard, a tym samym rozbudowę ilości złącz tak jak serwer zaoferowany. Zdaniem Zamawiającego, sposób realizacji tego jest inny niż w oferowanym rozwiązaniu, co potwierdza dokument producenta opisujący sposób uzyskania 4 slotów PCIe 3.0 x8 oraz 1 slotu PCIe 3.0 x16 pełnej długości i pełnej wysokości.
- b) wykonawca wskazuje, że w jego opinii wskazany przez Zamawiającego dokument producenta zawiera błędy, co nie zostało potwierdzone przez oświadczenie producenta lub oficjalne sprostowanie na stronie producenta.
- c) wykonawca wskazuje na błędy na str. 3 i 4 dokumentu, ignorując zapis na stronie 22 (sekcja VII) informujący, że dla przedmiotowego serwera dostępne są maksymalnie 4 sloty PCIe x8 pełnej wysokości oraz 1 slot PCIe16 i trzy PCIe x8 o niskim profilu, co wskazuje, że na stronach 3 i 4 nie wystąpił błąd lecz jest to świadomy zapis producenta.

16

- d) wskazane przez wykonawcę zapisy w sekcji IV umożliwiające użycie kart rozszerzeń złącz dotyczy akceleratorów graficznych i zgodnie z opisem przeznaczone są tylko do tego i umożliwiają montaż tylko jednej karty graficznej – czyli jeden slot PCIe x16 pełnej wysokości. W związku z powyższym zastosowanie takiej risercard ograniczy możliwość instalacji kart PCI x8 pełnej wysokości do dwóch – co jest poniżej wymagań równoważnych.

Zamawiający podniósł, że żądanie wykazania przez wykonawcę spełniania wymagań dla rozwiązań równoważnych opart na przepisie art. 30 ust. 5 ustawy Pzp.

W odniesieniu do wbudowanej pamięci flash Zamawiający wskazał, że zaoferowany – serwer nie spełnia wymagania, a wyjaśnienie, że informacja zawarta w przywołanym przez Zamawiającego dokumencie pt. „Data Sheet F. Server Primergy RX2540 M2 Dual socket 2U rack server” dotycząca pamięci Remote management controller o wielkości 256 MB dotyczy pamięci graficznej, a nie dostępnej pamięci flash karty zarządzającej iRMC R4, która w pełnej pojemności 4GB aktywowana jest zaoferowaną opcją „eLCM Activation License nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji producenta. Zamawiający wskazał, że zgodnie z przywołanym dokumentem pamięć iRMC4 o wielkości 256 MB zawiera w sobie również pamięć przeznaczoną dla kontrolera grafiki, a informację o dołączonej pamięci 256 MB potwierdza dokument „Data Sheet F. Software ServerView Suite – integrated Remote Management Controller – iRMC4. Zamawiający wskazał również, że w jego opinii licencja nie może aktywować cechy (parametru technicznego) który nie jest wbudowany, a Zamawiający wymagał wbudowanej pamięci flash.

2. Serwer MA typ I, MA typ II i MA typ III

Zamawiający wskazał przedstawił analogiczną argumentację, jak w odniesieniu do serwerów CS w zakresie wbudowanej pamięci flash.

3. Dostawa systemu dyskowego typ II

W odniesieniu do wyników wydajności Zamawiający wskazał, że w wyjaśnieniach – wykonawca potwierdził poprawność wskazanego adresu strony SPEC.org publikującego wyniki wydajnościowe oferowanego klastra NAS, podczas gdy przedstawione na stronie wyniki odnoszą się do produktu O. ZFS Storage ZS3-2 (producent – korporacja O.), a oferowany produkt to O. ZFS Storage ZS-3 Extended Version – HA Cluster Bundle (o kodzie produktu FTS:ZS32EXTBNL – a więc sugerujący producenta F. Technology Solution – czyli inny niż ten, którego wyniki są publikowane. Zdaniem Zamawiającego oferowany produktu Eternus DX 600 S3 nie spełnia wymagania dla rozwiązania równoważnego.

17

W odniesieniu do funkcjonalności WORM Zamawiający wskazał, że wykonawca –

całkowicie zignorował nałożony na niego przez ustawę Pzp obowiązek wykazania spełniania przedmiotowego wymagania dla rozwiązania równoważnego, ograniczając się tylko do stwierdzenia, że wymaganie to będzie realizowane przez urządzenie O. ZSF Storage ZS3-2. Zamawiający podniósł, że dokumentacja producenta urządzenia nie potwierdza realizacji przedmiotowej funkcji.

W odniesieniu do liczby węzłów Zamawiający wskazał, że wykonawca całkowicie – zignorował nałożony na niego przez ustawę Pzp obowiązek wykazania spełniania przedmiotowego wymagania dla rozwiązania równoważnego, ograniczając się tylko do stwierdzenia, że wymaganie to będzie realizowane przez urządzenie O. ZSF Storage ZS3-2. Zamawiający podniósł, że dokumentacja producenta zawiera informację, że możliwa jest tylko konfiguracja HA na dwóch kontrolerach (dual controller) i nie ma możliwości rozbudowy od dwa kolejne węzły NAS.

W odniesieniu do przestrzeni dyskowej Zamawiający wskazał, że zgodnie z dokumentacją – producenta zaoferowane urządzenie nie ma możliwości realizacji tego wymagania.

Dokument ten jasno pokazuje, że O. ZFS Storage ZS3-2 jest niezależnym appliance z własnymi dyskami, a ponadto, że z dokumentacji tej wynika, że jedynym sposobem komunikacji z zewnętrznymi dyskami są porty SAS-2. Zaoferowana macierz nie posiada zewnętrznych portów SAS-2, więc nie mogą być podłączone do O. ZFS Storage ZS3-2, czyli urządzenie to musi korzystać w własnej, niezależnej przestrzeni dyskowej.

W zakresie portów do podłączenia macierzy dyskowej lub sieci SAN Zamawiający – wskazał, że oferowane rozwiązanie posiada porty FC, ale zgodnie z dokumentacją producenta porty FC mogą być wykorzystywane do backupu, a nie do połączenia zewnętrznych macierzy. Zgodnie z dokumentacją do podłączenia zewnętrznych zasobów dyskowych służą porty SAS-2 6MB/s.

W zakresie wymogu obsługi przestrzeni dyskowej do co najmniej 16 PB Zamawiający – wskazał, że zgodnie z dokumentacją producenta urządzenia oferowane urządzenie ma możliwość skalowania tylko do 3.1 PB.

W odniesieniu do wymogu tworzenia co najmniej 64 wirtualnych serwerów Zamawiający – wskazał, że wykonawca całkowicie zignorował nałożony na niego przez ustawę Pzp obowiązek wykazania spełniania przedmiotowego wymagania dla rozwiązania równoważnego, ograniczając się tylko do stwierdzenia, że wymaganie to będzie spełnione. Zamawiający podniósł, że zgodnie z dokumentacją producenta urządzenia funkcja wirtualizacji obejmuje tylko możliwość uruchamiania maszyn wirtualnych na serwerach przechowujących dane na urządzeniu.

18

W zakresie możliwości wdrożenia mechanizmu klasyfikacji plików Zamawiający wskazał, – że wykonawca całkowicie zignorował nałożony na niego przez ustawę Pzp obowiązek wykazania spełniania przedmiotowego wymagania dla rozwiązania równoważnego, ograniczając się tylko do stwierdzenia, że wymaganie to będzie spełnione. Zamawiający podniósł, że zgodnie z dokumentacją producenta brak jest możliwości klasyfikacji plików (tiering) pomiędzy różnymi warstwami pamięci masowej a urządzenie wspiera jedynie warstwy między pamięcią cache a dyskową, co nie realizuje wymagań.

W odniesieniu do wymogu wspierania klastra NAS przez producenta macierzy dyskowej – Zamawiający wskazał, że zgodnie z jego wiedzą producent oferowanej macierzy, firma F. Technology Solution nie wspiera rozwiązania O. ZSF Storage ZS3-2, którego producentem jest korporacja O.. Dodatkowo Zamawiający nie znalazł żadnych dokumentów potwierdzających kompatybilność i wymagane wsparcie na stronach obu producentów.

4. Biblioteka taśmowa,

Zamawiający wskazał, że wskazana przez wykonawcę konfiguracja C.lex, umożliwiająca obsługę 1.152 szt. napędów, nie jest konfiguracją biblioteki a połączeniem ośmiu bibliotek S.L.T. w największych konfiguracjach. Największa konfiguracja oferowanej macierzy do 44 Frame i zgodnie ze wskazaną przez wykonawcę broszurą oraz informacjami zawartymi pod wskazanym adresem internetowym, taka największa konfiguracja obsługuje 144 napędy.

5. Szkolenia

Zamawiający wskazał, że Zamawiający wskazał, że wykonawca nie zrealizował wezwania do uzupełnienia oferty o brakujące informacje o oferowanych szkoleniach producenta wraz z ich ceną i agendą, co było wymagane postanowieniem pkt 4.6 załącznika nr 1 do SIWZ. Złożona

oferta oraz wyjaśnienia treści oferty takich informacji nie zawierają.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Stosownie do art. 87 ust. 1 ustawy, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że zamawiający podejmuje decyzję w przedmiocie odrzucenia oferty na podstawie treści tej oferty oraz informacji i dokumentów

19

przedstawionych przez wykonawcę. Iżba natomiast, rozstrzygając o zarzutach dotyczących niezgodności oferty z treścią SIWZ, nie tyle dokonuje badania oferty wykonawcy (jest to zadanie zamawiającego), co ocenia zasadność czynności odrzucenia oferty, tj. rozstrzyga, czy Zamawiający na podstawie informacji i dokumentów, jakimi dysponował, miał podstawy stwierdzić, że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ.

Podkreślenia wymaga również, że z oferty musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania wykonawca oferuje, tak aby zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w SIWZ. Niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści oferty (rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy tak co do zakresu, jak i sposobu wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych przez zamawiającego) po upływie terminu na jej złożenie. Przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia zamawiającego aspektów, a dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania, precyzował oferowane rozwiązania, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie zamawiającego powodowałoby niepewność co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w SIWZ. Wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp mogą służyć wyłącznie rozwianiu wątpliwości co do tego, co już w ofercie zostało przedstawione, przepis ten natomiast wprost zabrania dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dopuszcza możliwość, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty (wyrok TSUE z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovenskoz a.s.).

Następnie zauważyć należy, że w przypadku opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rozwiązań referencyjnych, wykonawca powołujący się na rozwiązania równoważne – zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp – ma obowiązek wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Iżba nie podzieliła stanowiska Odwoływającego, że przywołany przepis określa rozkład ciężaru dowodu wyłącznie w sytuacji, kiedy przedmiot zamówienia opisywany jest za pomocą norm, aprobat i specyfikacji technicznych, a nie dotyczy opisu przedmiotu zamówienia w sposób określony w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Mimo umiejscowienia przedmiotowego przepisu w art. 30 ustawy, odnosi się on generalnie do oferowania rozwiązań równoważnych i brak jest podstaw do wyłączenia spoza jego zakresu sytuacji

20

opisanej w art. 29 ust. 3 ustawy. Pogląd taki był wielokrotnie prezentowany w orzecznictwie Izby. Przykładowo, w wyroku z 23 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1619/13) Izba wskazała: *Istotne jest to, aby w sytuacji, gdy zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia, korzystając z dyspozycji art. 29 ust. 3 PrZamPubl, sprecyzował zakres minimalnych parametrów równoważności przedmiotu, oraz metod oceny ich spełnienia w oparciu o które dokona oceny złożonej oferty. (...) Dopiero przy tak opisanych wymagach wykonawca ma obowiązek na podstawie przepisu art. 30 ust. 5 PrZamPubl udowodnienia, że oferowany*

przez niego produkt mieści się w tych ściśle określonych zakresach równoważności. Precyzyjne określenie parametrów, wymogów co do równoważności produktów pozwala prawidłowo je ocenić i porównać złożone oferty. W wyroku z 18 lipca 2012 r. sygn. akt (sygn. akt KIO 1388/12), wydanym również w stanie faktycznym, w którym zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób określony w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, Izba przedstawiła następujący pogląd: (...) w myśl przepisu art. 30 ust. 5 PrZamPubl, to na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia zamawiającemu, że oferowane przez tego wykonawcę rozwiązanie jest faktycznie rozwiązaniem równoważnym w odniesieniu do przedmiotu zamówienia opisanego przez zamawiającego. W powyższym zakresie wykonawca wszelkimi możliwymi środkami dowodowymi musi przedstawić jasne, precyzyjne i niepowodujące żadnych wątpliwości stanowisko, które u zamawiającego winno wywołać skutek w postaci niepowodującej żadnych wątpliwości pewności, co do prawidłowości złożonej oferty, w tym jej zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i prawidłowego skonfigurowania przedmiotu oferty równoważnej. Analogiczny pogląd Izba wyraziła m.in. w wyroku z 28 kwietnia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 561/10): Zamawiający ma więc obowiązek dopuścić rozwiązania równoważne opisywanym, o ile opisanie przedmiotu zamówienia nastąpiło w okolicznościach, o których mowa w art. 29 ust. 3 lub art. 30 ust. 4 ustawy Pzp. Natomiast odwołujący, powołując się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, ma obowiązek wykazać, że oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Skład orzekający w niniejszej sprawie podziela stanowisko prezentowane w przywołanych orzeczeniach Izby, stwierdzając, że podstaw do podzielenia stanowiska Odwołującego nie daje wykładnia językowa art. 30 ust. 5 ustawy Pzp (przepis ten nie odnosi się literalnie do art. 30 ust. 1-3 ustawy), nie wiadomo również, czemu miałoby służyć odmienne rozłożenie ciężaru dowodu w poszczególnych sytuacjach dopuszczenia rozwiązań równoważnych.

Reasumując powyższe stanowisko podkreślić należy, że treść oferty, precyzująca oferowane produkty i rozwiązania, musi być ustalona w terminie składania ofert i nie może podlegać dookreśleniu po upływie tego terminu, a wykonawca oferujący rozwiązania

21

równoważne ma obowiązek wykazać, że przedstawione w treści oferty rozwiązania spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący zaoferował produkty i rozwiązania inne, niż określone w SIWZ jako referencyjne, zobowiązany był więc spełnić wymagania techniczne opisane przez Zamawiającego jako kryteria równoważności. W Formularzu ofertowym Odwołujący wpisał nazwy handlowe oferowanych urządzeń, w tym: serwery F. Primergy RX2540 M2, system dyskowy F. Technology Solution ETERNUS DX 600 S3, bibliotekę taśmową S.L.T., co wskazuje na zaoferowanie produktów standardowych, a Zamawiający, na podstawie dostępnej dokumentacji ustalił, że produkty te nie spełniają wymagań równoważności (Odwołujący nie wykazał aby było inaczej, a powołanie się na kastomizację sprzętu pozwala uznać za przyznane, że w wersjach standardowych wymagania nie były spełnione). W Specyfikacji technicznej dostarczanego sprzętu i oprogramowania (str. 15-41 oferty) w kolumnie 4 (Opis parametrów, specyfikacja techniczna dostarczanego asortymentu) potwierdził spełnianie wymagań technicznych ograniczając się de facto do powtórzenia wymagań określonych przez Zamawiającego. Mimo że we wzorze nr 1 Zamawiający wyraźnie żądał podania w kolumnie 4 precyzyjnych informacji technicznych, treść wpisana w kolumnie 4 w powiązaniu z nazwami oferowanych produktów nie pozwalała ani stwierdzić, że oferowane są rozwiązania kastomizowane „na miarę”, ani zweryfikować poprawność tych rozwiązań. Następnie Odwołujący, kwestionując zasadność odrzucenia oferty, podniósł w odwołaniu, że skorzystał z możliwości kastomizacji „na miarę”, jaką producenci sprzętu oferują wybranym partnerom, tj. możliwości uzyskania produktów i rozwiązań niestandardowych, zrealizowanych według oczekiwań klienta, w ten sposób, że klient sam określa i charakteryzuje pożądany produkt, a producent realizuje na jego oczekiwania. Odwołujący podniósł, że cała argumentacja Zamawiającego opiera się na twierdzeniu, że oficjalna i opublikowana dokumentacja producenta sprzętu nie potwierdza spełniania wymagań równoważności, co zdaniem Odwołującego wynika z tego, że analizowane przez Zamawiającego dokumenty stanowią opis konfiguracji katalogowych, obejmujących zamkniętą listę konfiguracji nie obejmując natomiast konfiguracji standardowych, zastosowanych przez Odwołującego. Tymczasem na podstawie treści oferty nie można

powziąć wiedzy, że oferowane urządzenia (serwery F. Primergy RX2540 M2, macierz F. Technology Solutions Eternus DX600 S3, biblioteka taśmowa S.L.T.) zostały skastomizowane „na miarę”, tj. nie tylko nie zaoferowano rozwiązań standardowych, ale rozwiązania po modyfikacjach dalej idących niż powszechnie stosowana kastomizacja standardowa. Odpowiadając podczas rozprawy na pytanie o konkretne zapisy oferty wskazujące na zaoferowanie rozwiązań skastomizowanych i opisujące oferowaną konfigurację, Odwołujący wskazał jedynie na zapisy stanowiące powtórzenie wymagań SIWZ

22

i na ukompletowanie wymienione w kolumnie 2 tabeli, co należy uznać za niewystarczające, podkreślić bowiem należy, że jeżeli celem Odwołującego było zaoferowanie urządzeń niestandardowo skonfigurowanych, które nie są dostępne w oficjalnej puli sprzedaży producenta, to powinno to wprost wynikać z treści oferty, a Zamawiający nie miał obowiązków domyślać się szczegółów rozwiązań technicznych wyłącznie na podstawie wskazanego ukompletowania. W odniesieniu do zawartych w odwołaniu twierdzeń, że Zamawiający źle identyfikuje zaoferowane produkty i przyjmuje, że dany produkt został zaoferowany w konfiguracji podstawowej, choć z oznaczenia produktu lub jego ukompletowania wynika wyraźnie, że produkt oferowany jest w innej konfiguracji niż podstawowa, podkreślenia wymaga, że jednoznaczna identyfikacja oferowanych produktów jest obowiązkiem wykonawcy, a teza o wyraźnym wskazaniu oferowanej konfiguracji nie ma oparcia w treści oferty. Oznaczenie produktów w żaden sposób nie wskazuje na zaoferowanie niestandardowej konfiguracji, a wskazanie ukompletowania, w odniesieniu do którego dodatkowo nie zamieszczono opisu w kolumnie 4 tabeli zawierającej specyfikację techniczną, nie pozwalało na wyciągnięcie jednoznacznych wniosków co do szczegółów kastomizacji i zgodności oferty z wymaganiami opisanymi w SIWZ.

Izba nie podzieliła tezy Odwołującego, jakoby to na Zamawiającym ciążył obowiązek wykazania, że zaoferowane rozwiązania równoważne nie spełniają wymagań dotyczących równoważności. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia wskazując na konkretne rozwiązania, jednocześnie dopuszczając zaoferowanie rozwiązań równoważnych i określając kryteria równoważności. Jednocześnie Zamawiający żądał złożenia Specyfikacji technicznej dostarczanego sprzętu i oprogramowania, który obok tego że określał przedmiot (zatem nie mógł być zmieniony po upływie terminu składania ofert), miał potwierdzać spełnianie wymagań opisanych przez Zamawiającego. Jak już wyżej wskazano, w takiej sytuacji to wykonawca powołujący się na rozwiązania równoważne powinien tę równoważność wykazać, stosownie do art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, który zdaniem Izby – wbrew twierdzeniom Odwołującego – znajduje w tym przypadku zastosowanie.

Odnosząc się do treści udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień, zauważyć należy, że Odwołujący ograniczył się *de facto* do oświadczeń, że poszczególne wymagania są spełnione „w oferowanej konfiguracji”, a w odpowiedzi na prośbę o wskazanie miejsc w ofercie potwierdzających spełnianie poszczególnych wymagań podał strony oferty, na których w Specyfikacji technicznej dostarczanego sprzętu i oprogramowania wpisane zostały wymagane przez Zamawiającego parametry. Gdyby nawet przyjąć, że treść oferty precyzowała dostatecznie oferowane rozwiązania (co jednak zdaniem Izby nie zostało wykazane), to w takiej sytuacji udzielając wyjaśnień Odwołujący miałby obowiązek wszelkimi możliwymi środkami wykazać Zamawiającemu poprawność złożonej oferty (z tym

23

zastrzeżeniem, że wyjaśnienia nie mogą wprowadzać nowej treści do oferty). Tymczasem Odwołujący uchylił się od wykazania, że oferowana konfiguracja spełnia opisane przez Zamawiającego wymagania. O ile zgodzić należy się z Odwołującym, że Zamawiający nie był uprawniony do żądania przedłożenia konkretnych dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań przedmiotowych, to jednak do wykonawcy należało wykazanie spełniania wymagań, co mogło nastąpić za pomocą dowolnych środków, które mogłyby przekonać Zamawiającego o zgodności oferty z treścią SIWZ. Zamawiający podał w wezwaniu, że *oczekuje potwierdzenia w postaci informacji zawartej w oficjalnych i publikowanych dokumentach producenta sprzętu*, jednak zdaniem Izby nie można zanegować możliwości wykazania poprawności oferty w inny sposób. Gdyby wykonawca przedstawił Zamawiającemu jakiekolwiek inne dowody, musiałyby one zostać przez

Zamawiającego ocenione. Odwołujący jednak ograniczył się do zanegowania prawa Zamawiającego do żądania informacji zawartych w oficjalnych i opublikowanych dokumentach producenta sprzętu. Naruszenie wskazanego przez Odwołującego art. 25 ust. 1 ustawy Pzp mogłoby mieć miejsce, gdyby Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego nie poddając ocenie złożonych przez wykonawcę innych dowodów, ze wskazaniem na niezłożenie dokumentu, którego uprzednio nie wskazał w SIWZ. W niniejszej sprawie Zamawiający – jak wskazał na rozprawie – oczekiwał jedynie wskazania oficjalnych dokumentów, do których sam by mógł dotrzeć, Odwołujący natomiast nie złożył żadnych innych dokumentów, które mogłyby zostać poddane ocenie. Zatem oferta Odwołującego została zasadnie odrzucona z uwagi na niewykazanie spełniania wymagań przez oferowane rozwiązania równoważne.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i wyrażoną przez Izbę ocenę, stwierdzić należy, że dowody złożone w postępowaniu odwoławczym zarówno przez Odwołującego, jak i przez Zamawiającego i Przystępującego, na okoliczność, czy możliwe było w wyniku kustomizacji zapewnienie spełniania wymagań opisanych w SIWZ, nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Ponownie podkreślić należy, że po pierwsze fakt zaoferowania produktu skustomizowanego powinien być wskazany w ofercie, z opisaniem oferowanych rozwiązań, po drugie spełnianie wymagań w zakresie parametrów równoważności winno być wykazane wobec Zamawiającego – i to ocena tych dwóch kwestii miała istotne i wystarczające znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Na marginesie należy zwrócić uwagę na próbę zakwestionowania przez Odwołującego postanowień SIWZ określających parametry równoważności. W odwołaniu podniesiono, że minimalne wymagania techniczne w zakresie równoważności były określone pod konkretny sprzęt i oprogramowanie, a na rynku nie występują inne standardowe rozwiązania spełniające te wymagania, czego konsekwencją był fakt, że spośród 8

24

zakwalifikowanych wykonawców tylko 2 złożyło oferty. Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, że wykonawcom przysługiwało prawo wniesienia odwołania wobec postanowień SIWZ, a na etapie oceny ofert podważanie poprawności tych postanowień jest niedopuszczalne.

Odnosząc się do odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na niezłączenie do oferty informacji o oferowanych szkoleniach producenta wraz z ich ceną i agendą, zauważyć należy, że w punkcie 4.6 załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający wprost wymagał załączenia tych informacji do oferty. Biorąc pod uwagę, że szkolenia są elementem przedmiotu zamówienia, informacje o nich należy uznać za treść oferty, a nieprzedstawienie tych informacji stanowi o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Stanowisko Odwołującego jest natomiast niekonsekwentne. W złożonych wyjaśnieniach Odwołujący podniósł, że cena ofertowa zawiera również usługi szkoleniowe, a z wymagania w punkcie 4.6 nie można wywieść, aby informacje o szkoleniach wraz z ich ceną i agendą miały zostać złożone wraz z ofertą oraz że treść tego punktu wskazuje, że *mają zostać dostarczone Zamawiającemu w ramach oferty (na późniejszym etapie realizacji zamówienia)*, co jest niezrozumiałe. Jednocześnie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu niedopuszczalną zmianę wymagań SIWZ po terminie złożenia i otwarcia ofert. W odwołaniu z kolei podniósł niejednoznaczność postanowień SIWZ, (użycie pojęć „szkolenia autoryzowane przez producentów” oraz „szkolenia producenta”) i wskazał, że producenci oferowanych rozwiązań nie prowadzą szkoleń na terenie Polski, a jednocześnie wskazał na brak osobnej pozycji dotyczącej szkoleń w Formularzu ofertowym. Zauważyć należy, że na etapie składania wyjaśnień Odwołujący nie wyraził wątpliwości, że użyte w SIWZ określenia dotyczą tego samego rodzaju szkoleń. Niezależnie od powyższego, w ocenie Izby brak jest podstaw do stwierdzenia, że szkolenia, o których mowa w pkt 4.1 i w pkt 4.6 to dwie odrębne kategorie szkoleń. Ponadto Zamawiający, podejmując decyzję w przedmiocie odrzucenia oferty, dysponował wyłącznie wyjaśnieniami negującymi obowiązek złożenia wraz z ofertą informacji o szkoleniach. W związku z powyższym kwestia nieprowadzenia szkoleń przez producentów oferowanego sprzętu (na którą to okoliczność Odwołujący przedstawił na rozprawie oświadczenia producentów) nie może zmienić oceny czynności Zamawiającego. Biorąc pod uwagę postanowienia SIWZ oraz złożone Zamawiającemu wyjaśnienia, należy stwierdzić, że czynność odrzucenia oferty z powodu niezrealizowania obowiązku

określonego w punkcie 4.6 załącznika nr 1 do SIWZ była zasadna.

25

Podsumowując, Zamawiający – odrzucając ofertę Odwołującego – nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, wobec czego odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

26