**Sygn. akt: KIO 3046/20**

**WYROK**

**z dnia 10 grudnia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:Ewa Sikorska**

**Protokolant:Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 grudnia 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2020 r. przez wykonawcę **Apex.IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Centralny Ośrodek Informatyki w Warszawie**

**orzeka:**

1. umarza odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 29 ust. 2, art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.) dotyczącego sposobu sformułowania wymagania zawartego w opisie przedmiotu zamówienia w poz. 11 tabeli I „Oprogramowanie CSKZ",
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Apex.IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Apex.IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
4. oddala wniosek **Centralnego Ośrodka Informatyki w Warszawie** o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

**……..**

**Sygn. akt: KIO 3046/40**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Centralny Ośrodek Informatyki – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa i wdrożenie Centralnego Systemu Kopii Zapasowych.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 20 listopada 2020 roku wykonawca Apex.IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1/naruszenie art. 7 ust.1 ustawy P.z.p. poprzez sformułowanie kryteriów oceny ofert zagrażających uczciwej konkurencji w postępowaniu poprzez:

a/ustalenie jako 2 kryteriów technicznych oceny ofert cech technicznych przedmiotu zamówienia, które spełnia jedynie urządzenie producenta DELL EMC Data Domain;

b/ustalenia dla 2 kryteriów technicznych oceny ofert 30 % udziału w kryteriach oceny ofert;

c/ustalenia dla 2 kryteriów technicznych oceny ofert udziału w kryteriach oceny ofert w relacji do kryterium ceny w stosunku 1:2,

-a w konsekwencji przyznania wykonawcom oferującym urządzenia DELL EMC Data Domain niemożliwą do skompensowania przewagi w łącznych kryteriach oceny ofert..

2/ naruszenie art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust.1 ustawy P.z.p. poprzez sformułowanie wymagań przedmiotowych dla przedmiotu zamówienia naruszających uczciwą konkurencję w postaci ograniczenia zaoferowanych urządzeń do urządzeń Data Domain producenta DELL EMC, a w konsekwencji do wykonawców oferujących powołane urządzenia, uniemożliwiając w ten sposób udział w postępowaniu wykonawców oferujących urządzenia innych producentów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1)nakazanie zamawiającemu uchylenia 2 aktualnych kryteriów technicznych oceny ofert określonych w pkt 23.7 rozdziału I s.i.w.z. i odpowiednio z ogłoszenia oraz zwiększenia udziału wagi dla cenowego kryterium oceny ofert ze stopy 60 do stopy 90 (Rozdział I s.i.w.z. pkt 23.3) i usunięcia kryterium „Dodatkowe funkcjonalności".

2)nakazanie zamawiającemu wprowadzenia do Tabeli I „Oprogramowanie CSKZ" Rozdziale II s.i.w.z. w wymaganiu z poz. 11 o treści:

„Wymagane jest aby oprogramowanie CSKZ zapewniało jak najszybsze wykonanie kopii zapasowej wielomilionowych systemów plików na serwerach Windows, Linux oraz AIX. W celu minimalizacji czasu wykonywania kopii zapasowych oprogramowanie CSKZ nie może indeksować plików znajdujących się na zabezpieczanym wolumenie w trakcie trwania zadania kopii zapasowych (zaindeksowanie wielu milionów plików powoduje duże wydłużenie czasu wykonywania kopii zapasowych)."

- zmiany w postaci usunięcia powyższego wymagania względnie wprowadzenie minimalnego parametru czasu wykonania kopii zapasowej, a także wynikających z tego zmian w Formularzu Ofertowym.

3) nakazanie zamawiającemu wprowadzenia do Tabeli III „Deduplikatory" Rozdziale II s.i.w.z. w wymaganiu z poz. 8 o treści:

„Oferowane pojedyncze urządzenie musi osiągać zagregowaną wydajność (dla oferowanej konfiguracji) protokołami: NFS co najmniej 24 TB/h (dane podawane przez producenta) oraz co najmniej 45 TB/h z wykorzystaniem deduplikacji na źródle (dane podawane przez producenta)."

Zmiany w postaci uchylenia ww. wymagania lub zmiany poprzez nadanie wymaganiu następującego brzmienia:

„Oferowane pojedyncze urządzenie musi osiągać zagregowaną wydajność (dla oferowanej konfiguracji) protokołami: NFS co najmniej 24 TB/h oraz co najmniej 45 TB/h z wykorzystaniem deduplikacji na źródle. Zamawiający do oceny spełnienia wymagania przyjmie oświadczenie wykonawcy zawarte w ofercie."

- a także wynikających z tego zmian w Formularzu Ofertowym

3)obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący podniósł, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania. Zaskarżone przez odwołującego przepisy ogłoszenia i s.i.w.z. odpowiednio uniemożliwiają i utrudniają odwołującemu ubieganie się o zamówienie z uwagi na to, iż postanowienia s.i.w.z. wyłączają zaoferowanie zamawiającemu sprzętu innego sprzętu niż sprzęt produkcji DELL EMC i tym samym uniemożliwiają zaoferowanie przez odwołującego sprzętu innych producentów. Zatem odwołujący potencjalnie może odnieść szkodę w postaci utraty zysku z realizacji zamówienia, albowiem zamawiający zaskarżonymi wymaganiami s.i.w.z. bezprawnie uniemożliwił odwołującemu zaoferowanie rozwiązań renomowanych producentów rozwiązań informatycznych.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ustawy P.z.p. w zakresie sformułowania kryteriów oceny oferty, odwołujący wskazał, że zamawiający w rozdziale I s.i.w.z. pkt 23.3 wprowadził następujące kryteria oceny ofert z przypisaniem wag:

a)Cena – waga 60 pkt;

b)Termin realizacji – waga 10 pkt;

c)Dodatkowe funkcjonalności – waga 30 pkt.

W pkt 27.3 Rozdziału I s.i.w.z. zamawiający sprecyzował dwie Dodatkowe Funkcjonalności (każda o wadze 15 pkt):

1)Możliwość bezpośredniej asynchronicznej replikacji umożliwiającej przesyłanie jedynie unikalnych bloków w skali wszystkich zabezpieczanych danych, pomiędzy obecnie eksploatowanymi przez zamawiającego de-duplikatorami DD6300, oraz de-duplikatorami - będącymi przedmiotem zapytania. Wraz z urządzeniami powinny zostać dostarczone licencje umożliwiające dwukierunkową replikację w obrębie maksymalnej pojemności urządzenia, licencje powinny umożliwiać wykorzystanie następujących trybów replikacji: Managed File Replication, MTree Replication, Directory Replication, Collection Replication.

Odwołujący podniósł, iż funkcjonalność bezpośredniej asynchroniczna replikacja danych pomiędzy posiadanymi przez zamawiającego deduplikatorami DD6300 (DELL EMC DataDomain 6300) może odbywać się wyłącznie względem bliźniaczych deduplikatorów DELL EMC typu DataDomain, co oznacza, iż funkcjonalność tą spełnić może wyłącznie sprzęt produkcji DELL EMC typu Data Domain.

W ocenie odwołującego, być może funkcjonalność ta posiada pewną wartość dla zamawiającego, lecz z pewnością nie jest to funkcjonalność kluczowa, bowiem w takim wypadku funkcjonalność ta zostałaby uwzględniona w warunkach przedmiotowych dla przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał jednak, iż nie sposób uznać iż owa funkcjonalność jest na tyle cenna, aby decydowała o przyznaniu 15 pkt (15%) w kryteriach ofert.

2)Możliwość realizacji backup'u typu SERVER FREE bezpośrednio z eksploatowanych przez zamawiającego macierzy dyskowych V-MAX 3 na oferowane de-duplikatory, taki sposób realizacji kopii backup'owych powinien być oficjalnie wspierany przez oferowaną aplikację backup'ową oraz oferowane de-duplikatory w przypadku w/w środowiska. Wydajność zapisu deklarowana przez producenta powinna w tym wypadku być na poziomie 150 TB/h.

Odwołujący wskazał, że w powołanym zakresie funkcjonalności 2, jedynie DELL EMC publikuje parametr wydajności zapisu z macierzy na produkowane przez siebie deduplikatory. Inni producenci nie określają tego parametru, gdyż wartość parametru zapisu zależy od szeregu zmiennych (czyli warunków pomiaru), a w braku przyjętych na rynku standardów pomiaru lub norm parametry podawane przez różnych producentów uzyskane w różnych warunkach nie mają wartości porównawczej. W tym przypadku wykonawcy oferujący urządzenia innych producentów nie mogą liczyć na przyznanie punktów w ramach technicznym kryterium oceny ofert tylko z tego powodu, iż z całkowicie racjonalnych przyczyn producenci takich urządzeń nie publikują danych takich, jak DELL EMC, nawet w sytuacji, gdy wydajność ich urządzeń byłaby faktycznie większa niż wydajności urządzeń DELL EMC Data DomainW konsekwencji wyłącznie z tej przyczyny, iż Dell EMC w celach marketingowych publikuje dane parametru wydajności zapisu do deduplikatora wykonawcy Dell EMC mogą liczyć na dodatkowe 15 pkt w kryteriach oceny oferty, pomimo iż zaoferowane przez nich rozwiązanie charakteryzować się będzie faktycznie niższą wydajnością od rozwiązań innych producentów którzy powyższego parametru nie podają.

Odwołujący wskazał, że całkowity brak proporcjonalności punktacji za walory techniczne, przy jednoczesnym jej „wpasowaniu" w produkt IBM, uniemożliwia jakąkolwiek konkurencję ceną. Nie jest bowiem możliwe zniwelowanie strat na punktacji technicznej ceną, gdy strata ta wynosić będzie 30 pkt. na 100 możliwych przy oferowaniu produktu tej samej klasy. W praktyce bowiem produkty konkurencyjnych producentów o tej samej klasie są dość zbliżone cenowo.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 w związku z art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez sformułowanie wymagań przedmiotowych dla przedmiotu zamówienia naruszających uczciwą konkurencję, odwołujący stwierdził, że zamawiający tak sformułował poszczególne wymagania s.i.w.z., które są charakterystyczne tylko dla rozwiązań DELL

EMC Data Domain.Powyższe uniemożliwia zaoferowanie produktów nie gorszych i umożliwiających osiągnięcie takiego samego poziomu gromadzenia i przetwarzania danych, ale bazujących na innych (choć wcale nie gorszych) technologiach.

(a)wymaganie z Tabeli I „Oprogramowanie CSKZ" rozdziale II s.i.w.z. poz. 11 o treści:

„Wymagane jest aby oprogramowanie CSKZ zapewniało jak najszybsze wykonanie kopii zapasowej wielomilionowych systemów plików na serwerach Windows, Linux oraz AIX. W celu minimalizacji czasu wykonywania kopii zapasowych oprogramowanie CSKZ nie może indeksować plików znajdujących się na zabezpieczanym wolumenie w trakcie trwania zadania kopii zapasowych (zaindeksowanie wielu milionów plików powoduje duże wydłużenie czasu wykonywania kopii zapasowych)."

Odwołujący wskazał, że zamawiający wyłącza możliwość indeksacji plików za zabezpieczonym wolumenie w czasie wykonywania kopii zapasowych gdyż w opinii zamawiającego taka indeksacja w przypadku wielomilionowych systemów plików powoduje spowolnienie procesu sporządzania kopii zapasowej. Odwołujący wniósł o usunięcie powyższego wymagania względnie wprowadzenie minimalnego parametru czasu wykonania kopii zapasowej, który decydowałby o spełnieniu warunku prędkości zapisu. Urządzenia DELL EMC Data Domain nie indeksują plików w sposób wykluczony w przedmiotowym wymaganiu natomiast inni producenci oferują rozwiązania gdzie wykluczony sposób sporządzania kopii zapasowej jest dostępny a prędkość zapisu nie doznaje uszczerbku. Utrzymanie powyższego wymagania oznacza ograniczenie dostępu do zamówienia wyłącznie dla wykonawców oferujących rozwiązania DELL EMC.

(b)wymaganie z Tabeli III „Deduplikatory" Rozdziale II SIWZ poz. 8 o treści:

„Oferowane pojedyncze urządzenie musi osiągać zagregowaną wydajność (dla oferowanej konfiguracji) protokołami: NFS co najmniej 24 TB/h (dane podawane przez producenta) oraz co najmniej 45 TB/h z wykorzystaniem deduplikacji na źródle (dane podawane przez producenta)."

Odwołujący wniósł o uchylenie ww. wymagania, względnie jego zmianę, poprzez nadanie wymaganiu następującego brzmienia:

„Oferowane pojedyncze urządzenie musi osiągać zagregowaną wydajność (dla oferowanej konfiguracji) protokołami: NFS co najmniej 24 TB/h oraz co najmniej 45 TB/h z wykorzystaniem deduplikacji na źródle. Zamawiający do oceny spełnienia wymagania przyjmie oświadczenie Wykonawcy zawarte w Ofercie."

Odwołujący stwierdził, że spośród producentów deduplikatorów jedynie DELL EMC publikuje parametr wydajności NFS3 wydajność z wykorzystaniem deduplikacji na źródle. Z uwagi na złożoność samego parametru, na którego wartość ma wpływ wiele zmiennych, w tym także rodzaj danych, producenci deduplikatorów nie podają powyższych parametrów. Wyjątkiem jest DELL EMC, który dla deduplikatorów Data Domain takie parametry podaje. W świetle powyższego wymagania, jedynie wykonawcy oferujący rozwiązania DELL EMC będą w stanie potwierdzić spełnienie przedmiotowego wymagania powołując się na publikowane przez producenta dane. Ponieważ jednak w pkt 23.7.2 Rozdziału I s.i.w.z. zamawiający w odniesieniu do spełniania kryteriów Dodatkowa funkcjonalność (z czym wiąże się przyznanie wykonawcy po 15 punktów za każdą z 2 funkcjonalności) poprzestaje na oświadczeniach wykonawcy jako potwierdzeniu wymaganej wydajności, to zasadne jest żądanie odwołującego aby w braku uchylenia przedmiotowego wymagania jego spełnienie mogło zostać potwierdzone także własnym oświadczeniem wykonawcy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 grudnia 2020 roku oświadczył, że:

1.uwzględnia odwołanie w części dotyczącej naruszenia art. 29 ust. 2, art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. w zakresie sposobu sformułowania wymagania zawartego w OPZ w poz. 11 Tabeli I „Oprogramowanie CSKZ" w brzmieniu: „Wymagane jest aby oprogramowanie CSKZ zapewniało jak najszybsze wykonanie kopii zapasowej wielomilionowych systemów plików na serwerach Windows, Linux oraz AIX. W celu minimalizacji czasu wykonywania kopii zapasowych oprogramowanie CSKZ nie może indeksować plików znajdujących się na zabezpieczanym wolumenie w trakcie trwania zadania kopii zapasowych (zaindeksowanie wielu milionów plików powoduje duże wydłużenie czasu wykonywania kopii zapasowych)".

2.wnosi o dopuszczenie dowodu z dokumentów na poniższe okoliczności oraz pozostałe wskazane w treści niniejszego pisma:

a)Zmiana s.i.w.z. nr 2 – na okoliczność uwzględnienia ww. zarzutu;

b)Zaproszenie o informację – na okoliczność udziału Odwołującego w procesie szacowania wartości zamówienia;

c)Opis przedmiotu zamówienia – na okoliczność wymagań postawionych przez zamawiającego w ramach procesu szacowania wartości zamówienia;

d)Oferta Apex IT, Odpowiedź na wezwanie do potwierdzenia aktualności oferty– na okoliczność zaakceptowania przez odwołującego wymagań, które kwestionuje poprzez odwołanie oraz bezzasadności odwołania.

3.wnosi o oddalenie odwołania w zakresie wszystkich pozostałych zarzutów ze względu na brak naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów, oraz o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Zamawiający wskazał, że celem kryteriów oceny ofert jest wybór wykonawcy, który nie tylko oferuje przedmiot zamówienia spełniający wymagania minimalne zamawiającego, ale który oferuje także przedmiot o cechach istotnych, mających dla zamawiającego znaczenie, choć nie o cechach niezbędnych. Zamawiający podkreślił, że kryterium „Dodatkowe funkcjonalności" zostało zastosowane po przeprowadzeniu szczegółowej analizy potrzeb, w wyniku której zamawiający doszedł do przekonania, że obie funkcjonalności są dla niego szczególnie istotne z punktu widzenia funkcji, jakie Centralny System Kopii Zapasowych, „CSKZ", ma pełnić w środowisku zamawiającego, oraz celów, jakie mają zostać zaspokojone na skutek realizacji zamówienia. Zamawiający stoi na stanowisku, że zapewnienie niniejszych funkcjonalności pozwoli na wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób, który w najwyższym stopniu spełni jego uzasadnione potrzeby.

Zamawiający wskazał, że wymaga współpracy z posiadanymi już deduplikatorami DD6300. Takie rozwiązanie należy

uznać za w pełni uzasadnione i racjonalne, ponieważ zamawiający dąży do tego, aby funkcjonujące u niego środowisko było jak najbardziej efektywne oraz zintegrowane, np. poprzez zapewnienie współpracy zakupionych wcześniej komponentów z nowym rozwiązaniem.

Zamawiający podkreślił, że specyfika tworzenia środowisk IT wiąże się z tym, że zastosowanie danego rozwiązania zawsze spowoduje ograniczenie możliwości jego współpracy z rozwiązaniami innych producentów. Nadrzędnym celem tworzenia środowiska IT nie jest jednak to, aby zastosowane rozwiązanie współpracowało z jak największą ilością innych rozwiązań dostępnych na rynku, tylko aby spełniało ściśle określone parametry techniczne i funkcjonalne. Wymaganie od zamawiającego, aby zrezygnował w ramach kryterium jakości z zapewnienia współpracy z posiadanymi deduplikatorami DD6300 należy uznać za nieuprawnione, ponieważ w ten sposób, zamawiający musiałby *de facto* przyznać, że zakup ww. urządzeń był w zasadzie niepotrzebny. Zaznaczył, że fakt, iż rozwiązanie danego producenta nie współpracuje z rozwiązaniami innych producentów albo współpracuje z nimi w ograniczonym zakresie, należy do normalnych następstw prowadzenia przez producentów działalności konkurencyjnych.

Zamawiający wskazał, że określenie kryteriów oceny ofert zawsze będzie jakiś podmiot preferować, kryterium cenowe - wykonawcę najtańszego, kryterium terminu wykonania - wykonawcę najszybszego, kryterium jakościowe - wykonawcę oferującego najlepszy pod względem założonych parametrów produkt. Tym samym samo określenie takiego kryterium nie jest sprzeczne z ustawą i nie narusza zasady uczciwej konkurencji.

Odnosząc się do argumentu, że jedynie producent DELL EMC publikuje parametr wydajności zapisuzamawiający zauważył, że brzmienie wymogu zostało dostosowane do specyfikacji urządzenia, którego producent deklaruje poziom wydajności zapisu. Gdyby zamawiający zmodyfikował niniejszy zapis poprzez dopuszczenie alternatywnego źródła pochodzenia ww. danych, byłoby to w oczywisty sposób sprzeczne z celem, jaki przyświecał zamawiającego na etapie tworzenia wymogu, tj. dostarczenie urządzenia, które w najwyższym stopniu spełnia potrzeby zamawiającego.

Zamawiający stwierdził, że oczekiwanie, aby poziom wydajności zapisu został określony przez producenta, wynika też z tego, że wtedy zamawiający może w sposób niebudzący wątpliwości zweryfikować spełnianie parametru, co nie byłoby możliwe gdyby dopuścić inną metodologię opartą na ocennych i uznaniowych kryteriach. Zaznaczył, że zgodnie z art. 91 ust. 2d ustawy P.z.p., zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiający sprawdzenie informacji przedstawionych przez wykonawców. Zamawiający stoi na stanowisku, że sposób sformułowania wymogu spełnia wymogi zawarte w przywołanej normie.

Odnosząc się do zasadności przypisania kryterium jakości „Dodatkowe Funkcjonalności" wagi w wysokości30 pkt., zamawiający wskazał, że ma prawo do ustalenia kryteriów oceny ofert, które pozwolą na wybranie oferty spełniającej w najwyższym stopniu jego uzasadnione potrzeby. To zamawiającemu, jako dysponentowi środków publicznych, przysługuje prawo do ustalenia, w jaki sposób środki te zostaną zagospodarowane, tak aby w najwyższym stopniu pozwalały na osiągnięcie założonych celów. Zastosowanie kryterium „Dodatkowych Funkcjonalności" było podyktowane uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, w związku z tym twierdzenie odwołującego, że „ Być może funkcjonalność ta posiada pewną wartość dla Zamawiającego (…). Odwołujący wskazuje jednak, iż nie sposób uznać iż owa funkcjonalność jest na tyle cenna, aby decydowała o przyznaniu 15 pkt (15%) w kryteriach ofert" należy uznać za niezasadne, bowiem przyjęta waga w wysokości 30 pkt. jest adekwatna do stwierdzonych potrzeb. Zamawiający zaznaczył, że w ramach kryterium premiuje wyższe parametry w stosunku do minimalnych wskazanych w OPZ. W związku z tym ofertę mogą złożyć również wykonawcy, którzy tych funkcjonalności nie oferują. Wykonawcy mogą również konkurować w niniejszym postępowaniu w ramach kryterium „Termin dostawy sprzętu".

Odnosząc się do argumentu, że „Całkowity brak proporcjonalności punktacji za walory techniczne, przy jednoczesnym jej „wpasowaniu" w produkt IBM, uniemożliwia jakąkolwiek konkurencję cenę. (…). W praktyce bowiem produkty konkurencyjnych producentów o tej samej klasie są dość zbliżone cenowo", zamawiający wskazał, że argumentacja odwołującego w tym zakresie sprowadza się w zasadzie do konstatacji, że ustalenie kwoty obniżenia ceny w celu konkurowania z wykonawcami oferującymi urządzenia o parametrach zapewniających uzyskanie maksymalnej liczby punktów stanowi dla niego trudność. Nie stanowi to jednak jeszcze o naruszeniu prawa. Naruszenie zasad udzielania zamówień ma miejsce wtedy, gdy w celu uzyskania możliwości konkurowania wykonawca zmuszony będzie do obniżenia ceny w taki sposób, że złożenie oferty spowoduje zaoferowanie przedmiotu zamówienia poniżej kosztów jego wytworzenia, z ceną rażąco niską nierealną z punktu widzenia zasad racjonalnego prowadzenia działalności gospodarczej. Wymienione okoliczności nie zostały jednak powołane przez Odwołującego. Stanowisko tożsame do zaprezentowanego zostało wyrażone w ww. wyroku KIO 79/11, KIO 89/11, KIO 90/11.

Zamawiający stwierdził, że waga kryterium jakości jest adekwatna do uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Odwołanie należy potraktować jako próbę zwiększenia szans odwołującego na wybór jego oferty poprzez zmuszenie zamawiającego do rezygnacji z jego uzasadnionych potrzeb na rzecz zastosowania jako jedyne kryterium ceny o wadze 90 pkt.

Odnosząc się do żądania dot. przypisania kryterium ceny wagi w wysokości 90 pkt., oraz usunięcia kryterium „Dodatkowych funkcjonalności", zamawiający wskazał, że ma prawo do ustalenia kryteriów oceny ofert, które pozwolą na wybranie oferty spełniającej w najwyższym stopniu jego uzasadnione oczekiwania. Waga kryterium ceny nie musi mieć więc dla niego aż tak dużego znaczenia. Co więcej, zamawiający nie tyko nie ma obowiązku stosowania wyłącznie kryterium ceny dla wyboru oferty najkorzystniejszej, lecz powinien – w ślad za wymogami ustawowymi – dążyć do tego, aby tego nie robić.

Zamawiający wskazał, że wyznacznikiem zastosowania wyłącznie kryterium ceny lub kryterium ceny o wadze przekraczającej 60% jest określenie w opisie przedmiotu zamówienia standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia. OPZ na dostawę CSKZ nie został skonstruowany w ten sposób. Niniejszy przedmiot zamówienia charakteryzuje się dużą złożonością, może zostać wykonany przy użyciu różnych rozwiązań technologicznych, a także zróżnicowanej jakości.

Zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia jest skomplikowany, a jego realizacja wymaga indywidualnego podejścia. Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć rozwiązanie spełniające funkcjonalności określone w OPZ, a następnie przekazać dostosowany do oferowanego rozwiązania harmonogram wdrożenia wraz z propozycją scenariuszy testowych, oraz na koniec zapewnić aktywację CSKZ poprzez jego wdrożenie. Nie sposób uznać, że takie

zamówienie cechuje typowość i ustandaryzowany charakter.

W ocenie zamawiającego, argumentację odwołującego w zakresie zastosowania jako jedyne kryterium ceny o wadze 90%, należy uznać za oczywiście bezzasadną. Dostawa i wdrożenie CSKZ nie stanowi zamówienia, w którym określono standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia. Nie jest to wreszcie zamówienie o powtarzalnym i typowym charakterze.

Odnosząc się do zarzutu sformułowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający stwierdził, że odwołujący pominął brzmienie pkt 6 „Szczegółowy opis zaoferowanego rozwiązania" formularza oferty stanowiącego rozdz. IV s.i.w.z., jak również dokonał błędnej wykładni wymogu „dane podawane przez producenta".

Zamawiający podkreślił, że celem ww. wymogu jest to, aby wykonawca deklarujący jego spełnianie bazował na danych podanych przez producenta. Zamawiającemu chodzi o potwierdzenie przez wykonawcę, że oferowane rozwiązanie spełnia ww. parametry, ponieważ producent tego rozwiązania tak deklaruje. Innymi słowy, zamawiający chce mieć pewność, że deklaracja wykonawcy w zakresie spełniania ww. parametru wynika z deklaracji jaką złożył producent ponieważ jest to najbardziej wiarygodne źródło. Wykonawca może powołać się na informację opublikowaną przez producenta, natomiast nie jest to obligatoryjne. Zamawiający przewidział alternatywną ścieżkę wykazania spełniania ww. parametru do wskazania informacji opublikowanych przez producenta. Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę, że oferowane rozwiązanie spełniania daną funkcjonalność poprzez:

a)wskazanie strony www producenta lub społeczności rozwijającej produkt, na której podane będą żądane informacje; albo

b)w przypadku, jeżeli wskazanie opisanego powyżej miejsca nie jest możliwe, wykonawca winien szczegółowo opisać sposób spełniania danego wymagania.

Zamawiający podniósł, że odwołujący nie ma racji twierdząc, że zamawiający wymagał wyłącznie podania danych w zakresie wydajności opublikowanych przez producenta, ponieważ wedle formularza oferty, w przypadku jeżeli wskazanie strony www producenta nie jest możliwe, wykonawca może w formularzu oferty szczegółowo opisać sposób spełniania danego wymagania. W konsekwencji, zamawiający dopuszcza alternatywną formę wykazania spełniania ww. funkcjonalności wobec wskazania strony www. producenta.

Zamawiający podniósł, że odwołanie jest bezzasadne wobec złożenia przez odwołującego w ramach procesu szacowania wartości zamówienia oferty, w której zaakceptował wymagania obecnie kwestionowane.

Zamawiający wskazał, że w dniu 03.01.2020 r. przesłał mailowo wykonawcy opis przedmiotu zamówienia oraz zapytanie o informację, zapraszając do przesłania informacji cenowej do 17.01.2020 r. W odpowiedzi na otrzymane zaproszenie, odwołujący w dniu 17.01.2020 r. złożył ofertę akceptując w całości wymagania zamawiającego, w tym te wymagania, które zakwestionował w odwołaniu, tzn. wymagania obligatoryjne zawarte w OPZ oraz dodatkowo punktowane w ramach kryterium jakości. Odwołujący, składając ofertę w ramach procesu szacowania wartości zamówienia, zaakceptował wymagania, które teraz poddaje pod wątpliwość. W ofercie wskazane jest wprost, że oferowane rozwiązanie jest „zgodne z wymaganiem" oraz że oferta uwzględnia „wszystkie niezbędne moduły realizujące wymaganą przez Zamawiającego funkcjonalność".

Zamawiający wskazał, że odwołujący mógł skorzystać z możliwości zadania pytań w zakresie wymagań zamawiającego, wnieść o udzielenie dodatkowych wyjaśnień lub wskazać, iż wymagania są nieuzasadnione lub nadmierne, natomiast nie doszło to takiej sytuacji. Odwołujący złożył ofertę, która wedle złożonej deklaracji uwzględnia wszystkie wymagania zamawiającego. Wobec tego całkowicie niezrozumiałe jest kwestionowanie przez odwołującego na etapie postępowania wymagań, które zaakceptował wcześniej bez uwag. Tym bardziej zamawiający podtrzymał, że odwołanie należy potraktować wyłącznie jako bezprawną próbę zwiększenia szans odwołującego na wybór jego oferty.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający w postępowaniu zastosował następujące kryteria oceny ofert:

- cena (waga – 60),

- termin dostawy sprzętu (waga – 10),

- dodatkowe funkcjonalności (waga – 30 pkt).

Zamawiający przyjął następujące zasady oceny kryterium „Dodatkowe funkcjonalności":

W przypadku kryterium „Dodatkowe funkcjonalności", Wykonawca może otrzymać maksymalnie 30 pkt, zgodnie z poniższą tabelą:

| L.p. | Dodatkowe funkcjonalności w ramach dostarczone CSKZ (Centralnego Systemu Kopii Zapasowych) | Zapewnia | Nie zapewnia |
|---|---|---|---|
| 1. | Możliwość bezpośredniej asynchronicznej replikacji umożliwiającej przesyłanie jedynie unikalnych bloków w skali wszystkich zabezpieczanych danych, pomiędzy obecnie eksploatowanymi przez Zamawiającego deduplikatorami DD6300, oraz de-duplikatorami - będącymi przedmiotem zapytania. Wraz z urządzeniami powinny zostać dostarczone licencje umożliwiające dwukierunkową replikację w obrębie maksymalnej pojemności urządzenia, licencje powinny umożliwiać wykorzystanie następujących trybów replikacji: Managed File Replication, MTree Replication, Directory Replication, Collection Replication. | 15 pkt | 0 pkt |
| 2. | Możliwość realizacji backup'u typu SERVER FREE bezpośrednio z eksploatowanych przez Zamawiającego macierzy dyskowych V-MAX 3 na oferowane deduplikatory, taki sposób realizacji kopii backup'owych powinien być oficjalnie wspierany przez oferowaną aplikację backup'ową oraz oferowane de-duplikatory w przypadku w/w środowiska. Wydajność zapisu deklarowana przez producenta powinna w tym wypadku być na poziomie 150 TB/h. | 15 pkt | 0 pkt |

Zamawiający w Tabeli III „Deduplikatory” w Rozdziale II SIWZ poz. 8 zawarł wymaganie o treści:

„Oferowane pojedyncze urządzenie musi osiągać zagregowaną wydajność (dla oferowanej konfiguracji) protokołami: NFS co najmniej 24 TB/h (dane podawane przez producenta) oraz co najmniej 45 TB/h z wykorzystaniem deduplikacji na źródle (dane podawane przez producenta).”

Na potwierdzenie spełniania przez dostarczane rozwiązanie wymagań OPZ,zamawiający wymaga uzupełnienia w formularzu oferty tabeli odnoszącej się do danego komponentu, wedle następującego schematu:

| L.p. | Opis funkcjonalności | 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 |
|---|---|---|---|
| … | … | … | … |

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega umorzeniu w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 29 ust. 2, art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., dotyczącego sposobu sformułowania wymagania zawartego w opisie przedmiotu zamówienia w poz. 11 tabeli I „Oprogramowanie CSKZ”, w związku z jego uwzględnieniem przez zamawiającego.

W pozostałym zakresie odwołanie, jako bezzasadne, podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie jest kwestia naruszenia przez zamawiającego zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców poprzez zastosowanie wygórowanego kryterium dostępu w zakresie dodatkowych funkcjonalności.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zasada uczciwej konkurencji wywodzi się z zasady niedyskryminacji, zawartej w art. 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (obecnie art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2104 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE). Zgodnie ze wskazanym przepisem instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty. Zakaz niedyskryminacji wyrażony w Dyrektywie odnosi się do wszystkich sytuacji związanych z przygotowywaniem, przeprowadzaniem oraz udzielaniem zamówienia publicznego, również pomiędzy zamawiającym, a wykonawcami pochodzącymi z tego samego kraju.

Ustawa P.z.p. nie definiuje zasady zachowania uczciwej konkurencji. Prawo zamówień publicznych posiłkuje się w tym zakresie definicjami zawartymi w innych aktach prawnych. I tak, zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei w myśl art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r., poz. 1076 ze zm.), zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Z powyższego wynika, że postępowanie o udzielenie zamówienia musi być prowadzone tak, aby nie prowadziło do wyłączenia, bez uzasadnionej przyczyny, chociażby jednego wykonawcy z możliwości złożenia oferty, stwarzając korzystniejszą sytuację pozostałym wykonawcom. Jednakże, pomimo konieczności zachowania uczciwej konkurencji, zamawiający ma prawo sformułować wymagania postępowania w sposób, który najpełniej scharakteryzuje cel, jaki zamawiający zamierza osiągnąć.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający oświadczył, że w zakresie obu zakwestionowanych funkcjonalności wymaga współpracy z posiadanymi już deduplikatorami DD6300. Takie rozwiązanie zamawiający uzasadnił tym, że dąży do tego, aby funkcjonujące u niego środowisko było jak najbardziej efektywne oraz zintegrowane, np. poprzez zapewnienie współpracy zakupionych wcześniej komponentów z nowym rozwiązaniem.

Izba nie dopatrzyła się nieprawidłowości w czynnościach zamawiającego. Odwołujący w treści odwołania zarzucił zamawiającemu, iż ten wymaga funkcjonalności, które nie są dla niego niezbędne. W przeciwnym przypadku uczyniłby je warunkami przedmiotowymi dla przedmiotu zamówienia. Izba podkreśla, że stosowanie kryteriów oceny ofert – w przeciwieństwie do warunków – poszerza konkurencję, nie rezygnując jednocześnie z pożądanej jakości. Mnożenie wymagań technicznych, funkcjonalnych i jakościowych w postaci warunków ogranicza konkurencyjność postępowania, pozbawiając wykonawców nie spełniających choćby jednego z warunków możliwości złożenia oferty. Dlatego też wymagania niekonieczne nie powinny stanowić bezwzględnie określonych wymagań minimalnych. Jednak nie należy z nich rezygnować w ogóle, o ile są uzasadnione, lecz sformułować w postaci kryteriów oceny ofert. W zależności od tego, jak bardzo zamawiającemu zależy na spełnieniu poszczególnych wymagań, powinien dać temu wyraz określając wagi poszczególnych kryteriów. Odpowiednie określenie kryteriów i ich wag przy jednoczesnym obniżeniu warunków pozwala na wybór oferty zapewniającej najkorzystniejszy bilans ceny i jakości w warunkach maksymalnie konkurencyjnych.

Izba uznała za bezzasadny zarzut dotyczący braku proporcjonalności punktacji pozacenowego kryterium oceny ofert

wobec kryterium ceny. Odwołujący podniósł, że dysproporcja ta uniemożliwia jakąkolwiek konkurencję ceną. Nie jest bowiem możliwe zniwelowanie strat na punktacji technicznej ceną, gdy strata ta wynosić będzie 30 pkt. na 100 możliwych przy oferowaniu produktu tej samej klasy. W praktyce bowiem produkty konkurencyjnych producentów o tej samej klasie są dość zbliżone cenowo. Odwołujący zakwestionował również ustalenie dla 2 kryteriów technicznych oceny ofert udziału w kryteriach oceny ofert w relacji do kryterium ceny w stosunku 1:2.

Izba wskazuje, że odwołujący w żaden sposób nie udowodnił podniesionego w tym zakresie zarzutu. Podkreślenia wymaga, iż na odwołującym, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy P.z.p., spoczywał ciężar wskazania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodził on skutki prawne. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność cen produktów odpowiadających przedmiotowi zamówienia, oferowanych przez poszczególnych producentów. Nie przedstawił również żadnych analiz czy wyliczeń, potwierdzających niemożność skompensowania braku cech ocenianych w kryterium „Dodatkowe funkcjonalności" poprzez zaoferowanie niższej ceny produktu. Tym samym Izba uznała zarzut za nieudowodniony, a – tym samym – podlegający oddaleniu.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust.1 ustawy P.z.p. poprzez konieczność publikowania wydajności NFS i wydajność z wykorzystaniem deduplikacji na źródle.

Izba wskazuje, że zamawiający w Tabeli III „Deduplikatory" w Rozdziale II s.i.w.z. poz. 8 zawarł wymaganie o treści: „Oferowane pojedyncze urządzenie musi osiągać zagregowaną wydajność (dla oferowanej konfiguracji) protokołami: NFS co najmniej 24 TB/h (dane podawane przez producenta) oraz co najmniej 45 TB/h z wykorzystaniem deduplikacji na źródle (dane podawane przez producenta)."

Na potwierdzenie spełniania przez dostarczane rozwiązanie wymagań OPZ,zamawiający wymagał uzupełnienia w formularzu oferty tabeli odnoszącej się do danego komponentu, wedle następującego schematu: „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."

Z powyższego wynika, że zamawiający – w przypadku braku możliwości wskazania miejsca publicznej i powszechnie dostępnej publikacji wymagania – dopuścił możliwość szczegółowego opisania sposobu spełniania danego wymagania. Tym samym wykonawca może skorzystać z jednego z dwóch dopuszczalnych w tym zakresie rozwiązań. Zamawiający wyeliminował zatem sytuację, która uniemożliwiłaby części wykonawcom w ogóle złożenie oferty, a innych postawiła w uprzywilejowanej pozycji. Z tego też względu Izba uznała zarzut za bezzasadny i odwołanie w tym zakresie oddaliła.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego z uwagi na nieprzedłożenie rachunku, co jest warunkiem przyznania tychże kosztów zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

……