

WYROK

z dnia 7 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 maja 2020 r. przez wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,

w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Główną Policji, Warszawa, przy udziale wykonawcy Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie 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 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:
UZASADNIENIE

W dniu 25 maja 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Integrated Solutions Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Komendantowi Głównemu Policji w Warszawie (dalej „Zamawiający”) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na pominięcie w złożonej specyfikacji technicznej wymagania oznaczonego jako S.K.O. 37, określającego modele licencjonowania nie dopuszczone przez Zamawiającego, przy jednoczesnym braku wyspecyfikowania oferowanych licencji (nazwa, numer katalogowy), a w konsekwencji brak jednoznacznej deklaracji wykonawcy dotyczącej oferowanego systemu licencjonowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) odrzucenie oferty wykonawcy Intertrading Systems Technology Sp. z

0.0. jako oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia publicznego, którego Zamawiający udziela w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Zakup sprzętu na potrzeby modernizacji centralnych systemów informatycznych Policji (środowisko aplikacyjne i backup'u) (dalej „Postępowanie”).

W odniesieniu do oprogramowania systemu kopii zapasowych szczegółowe wymagania Zamawiający zawarł w pkt 12 Szczegółowego opisu przedmiotu umowy (załącznik nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

1. Zgodnie z postanowieniem pkt VII ppkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej: „siwz”, Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą:

1)wypełnionego formularza stanowiącego załącznik nr 2 do siwz

2)szczegółowego opisu w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia w zakresie oferowanego rozwiązania dotyczącego systemu kopii zapasowej (oprogramowanie, architektura, środowisko kopii zapasowych), potwierdzającego spełnienie wszystkich wymagań technicznych zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik nr 3 do siwz.

Zamawiający zastrzegł jednocześnie w tym punkcie siwz, iż wyżej wskazane informacje stanowią treść oferty i nie podlegają uzupełnieniu, a ich brak skutkował będzie odrzuceniem oferty.

Odwolujący wskazał, że w dn. 18.03.2020 r. pismem dotyczącym modyfikacji treści siwz oraz zawierającym wyjaśnienia dotyczące treści siwz Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 12 zmodyfikował treść załącznika nr 3 do siwz, dodając pozycję oznaczoną S.K.O. 37 o treści: „Zamawiający nie dopuszcza modelu licencjonowania opartego o: - ilość danych przeznaczonych od backupu (tzw. per TB), - ilość maszyn wirtualnych.”

Dalej Odwołujący wskazał, że wykonawca Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. (dalej: wykonawca IST) złożył wraz z ofertą: (i) opis oferowanego przedmiotu zamówienia, sporządzony na wzorze Zamawiającego stanowiącym załącznik nr 2 do siwz; oraz (ii) szczegółowy opis oferowanego przedmiotu zamówienia w zakresie oferowanego rozwiązania dotyczącego systemu kopii zapasowych (oprogramowanie, architektura, środowisko kopii zapasowych), sporządzony według wzoru Zamawiającego stanowiącego załącznik nr 3 do siwz. Dowód: oferta wykonawcy (dokumenty oferty udostępnione przez Zamawiającego pod nazwa: „Załącznik nr 2 do SIWZ v2” oraz „Intertrading Szczegółowy opis Załącznik nr 3 do SIWZ”).

Odwolujący wskazał, że w złożonym wraz z ofertą szczegółowym opisie oferowanego przedmiotu zamówienia wykonawca IST nie złożył żadnego oświadczenia dotyczącego wymagania dodanego przez Zamawiającego w dn. 18.03.2020 r., tj. wykluczenia modelu licencjonowania opartego o: - ilość danych przeznaczonych od backupu (tzw. per TB), - ilość maszyn wirtualnych. W ocenie Odwołującego posłużenie się przez wykonawcę IST nieprawidłowym wzorem załącznika nr 3 do siwz w charakterze szczegółowego opisu oferowanego przedmiotu zamówienia w zakresie oferowanego rozwiązania dotyczącego systemu kopii zapasowej (oprogramowanie, architektura, środowisko kopii zapasowych), potwierdzającego spełnienie wszystkich wymagań technicznych określonych w opisie przedmiotu zamówienia, tj. nie zawierającym pozycji S.K.O. 37, należy uznać za niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Odwolujący wskazał, że wykonawca IST w zakresie oprogramowania do wykonywania kopii zapasowych zaoferował oprogramowanie COMMVAULT COMPLETE BACKUP & RECOVERY wersja 11. Taki sposób określenia oferowanego produktu, jednocześnie z pominięciem wymagania wskazanego w załączniku nr 3 do siwz jako poz. S.K.O. 37, oznacza, że wykonawca IST nie złożył żadnego oświadczenia potwierdzającego, że nie oferuje modelu licencjonowania opartego o ilość danych przeznaczonych od backupu (tzw. per TB), ani też o ilość maszyn wirtualnych.

Odwolujący dodał, że w złożonej ofercie wykonawca IST nie zamieścił listy oferowanych licencji (nazwa, numer katalogowy), co uniemożliwia zweryfikowanie typu i modelu zaoferowanych licencji, a tym samym jednoznaczną identyfikację obowiązującego w ich przypadku sposobu licencjonowania. Tym samym na podstawie treści oferty Zamawiający nie miał faktycznej możliwości ustalenia, w jakim modelu licencjonowania oferowane jest oprogramowanie do wykonywania kopii zapasowych i czy na pewno jest to model licencjonowania, jaki dopuścił Zamawiający w siwz.

Dalej Odwołujący wskazał, że analiza publicznych źródeł informacji wskazuje, iż możliwe różne licencjonowanie produktu, który wykonawca IST w złożonej ofercie do określił ogólnikowo jako COMMVAULT COMPLETE BACKUP & RECOVERY wersja 11. W ocenie Odwołującego aktualnie praktycznie wszystkie popularnie stosowane licencje COMMVAULT nazywają się "COMPLETE BACKUP AND RECOVERY". Przy tym poszczególne licencje oznaczane są dodatkowo różnymi kodami alfanumerycznymi oraz numerami katalogowymi, zależnie od sposobu licencjonowania. Licencje, które są zależne np. od ilości danych przeznaczonych od backupu czy od liczby chronionych maszyn wirtualnych - czyli w sposób nie dopuszczony przez Zamawiającego, znajdują się w ofercie producenta COMMVAULT również pod szyldem "COMMVAULT COMPLETE BACKUP AND RECOVERY". Dowód: wyciąg z podręcznika licencjonowania producenta COMMVAULT „Licensing Program Guide February 2020” wskazujący, że pod ogólnym szyldem mogą kryć się różne sposoby licencjonowania wraz z tłumaczeniem na język polski

W ocenie Odwołującego poddając analizie produkt COMMVAULT COMPLETE BACKUP & RECOVERY wersja 11, w oparciu o dokument określający zasady licencjonowania oprogramowania firmy COMMAVAULT, uzyskuje się obraz wielu sposobów, w jakie można licencjonować produkty występujące pod nazwą COMMVAULT COMPLETE BACKUP & RECOVERY wersja 11 (wersja 11 jest wersją aktualnie obowiązującą).

W szczególności sposoby licencjonowania COMMVAULT COMPLETE BACKUP & RECOVERY wersja 11 obejmują:

- licencjonowanie oparte o ilość danych przeznaczonych do backupu (per TB),
- licencjonowanie oparte o ilość maszyn wirtualnych,
- licencjonowanie oparte o ilość gniazd procesorowych,
- licencjonowanie oparte o ilość instancji systemu operacyjnego.

Odwołujący wskazał, że spośród powyższych dwa pierwsze zostały przez Zamawiającego wykluczone, co odzwierciedlała treść wymagania zapisanego w pozycji S.K.O.37 załącznika nr 3 do siwz. Odwołujący podkreślił, że dla Zamawiającego metoda licencjonowania jest bardzo istotna ze względu na koszty przyszłej rozbudowy systemu. Powszechnie, wraz z rozwojem systemów informatycznych w przedsiębiorstwach i instytucjach, obserwuje się szybki przyrost danych oraz ilości maszyn wirtualnych, zatem związanie sposobu licencjonowania z takim metrykami mogłoby okazać się bardziej kosztowne przy rozbudowie niż w przypadku oparcia się na innej metryce, jak np. ilość gniazd procesorowych. Jednocześnie zastosowanie niedopuszczonego przez Zamawiającego sposobu licencjonowania przypuszczalnie mogło mieć wpływ na wartość oferty, jednakowoż, z braku precyzyjnej listy zaoferowanych licencji, nie jest możliwe przeprowadzenie zestawienia porównawczego w celu określenia potencjalnej różnicy w cenie.

Odwołujący wskazał, że COMMVAULT COMPLETE BACKUP & RECOVERY stanowi nazwę obejmującą szeroką gamę licencji (grupę produktową) i sposobów (metryk) ich naliczania. Nie jest zatem określeniem jednoznacznie tożsamym z określonym sposobem licencjonowania ani z wybraną metryką. Dowód: Na stronach 12 i 13 podręcznika licencjonowania producenta COMMAVAULT „Licensing Program Guide February 2020”, określającego aktualne w dniu złożenia oferty zasady licencjonowania, opisane zostały sposoby dostępne w ramach grupy produktowej występującej pod ogólnym określeniem COMMVAULT COMPLETE BACKUP & RECOVERY, w szczególności:

Strona 12

„COMMVAULT COMPLETE BACKUP & RECOVERY dla środowisk wirtualnych Kwalifikacja jako maszyna wirtualna

Nabywcy mogą licencjonować COMMVAULT COMPLETE BACKUP & RECOVERY dla środowisk wirtualnych w oparciu o zasadę ilości gniazd procesorowych (ang. "per-Socket) lub ilości wirtualnych maszyn (ang. "per-VM")."

Komentarz Odwołującego: Zamawiający nie dopuścił sposobu opartego o ilość wirtualnych maszyn, który jest jednym z dwóch sposobów dostępnych w przypadku środowisk wirtualnych dla produktu pod ogólną nazwą COMMVAULT COMPLETE BACKUP & RECOVERY.

Strona 12

„COMMVAULT COMPLETE BACKUP & RECOVERY dla środowisk fizycznych Kwalifikacja jako instancja systemu operacyjnego (ang. operating instance (OI))

Commvault definiuje środowisko fizyczne jako dowolną instancję systemu operacyjnego, która nie jest uruchomiona na tzw. hypervisorze (wirtualizatorze)."

Komentarz Odwołującego: Zamawiający nie odniósł się do tego sposobu licencjonowania, zatem należy uznać go za dopuszczalny.

Strona 13

"COMMVAULT COMPLETE BACKUP & RECOVERY - per TB

Model per terabajt ("per TB") łączy w sobie funkcjonalność backupu i odtwarzania dla środowisk wirtualnych i serwerów fizycznych w pojedynczą metrykę licencjonowania "per wejściowe terabajty Komentarz Odwołującego: Zamawiający nie dopuścił sposobu opartego o ilość terabajtów, zatem ten model oprogramowania COMMVAULT COMPLETE BACKUP & RECOVERY nie spełnia wymagań.

W ocenie Odwołującego w okolicznościach sprawy jedyny uzasadniony wniosek sprowadza się do konkluzji, iż brak oświadczenia wykonawcy IST w zakresie pozycji S.K.O. 37 załącznika nr 3 do siwz, w powiązaniu z niejednoznacznym opisem przedmiotu oferty za pomocą ogólnikowego określenia COMMVAULT COMPLETE BACKUP & RECOVERY - poza oczywistą niezgodnością z treścią siwz polegającą na braku wymagania w oświadczeniu wykonawcy - uniemożliwia identyfikację zastosowanego sposobu licencjonowania i w szczególności może doprowadzić do sytuacji, w której Zamawiającemu zostaną dostarczone licencje niezgodne z wymaganym przez niego sposobem licencjonowania, a ponadto cena zakupu tych licencji przez wykonawcę IST mogła mieć przełożenie na wartość

łączną oferty, a tym samym na ich ocenę i ranking. Wobec braku w ofercie wykonawcy IST oświadczenia o treści potwierdzającej spełnienie wymagania Zamawiającego wskazanego w załączniku nr 3 do siwz w pozycji S.K.O. 37, zasadny i słuszny jest wniosek, iż wykonawca IST złożył ofertę o treści nieodpowiadającej treści siwz.

Odwolujący wskazał, że w przypadku okoliczności określonej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - gdy treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, podstawą do odrzucenia oferty jest nie tylko niezgodność złożonej oferty z obowiązującymi przepisami, ale również jej niezgodność z wymogami określonymi przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. To Zamawiający jako gospodarz postępowania określa zasady tworzenia oferty i wymogi odnośnie do jej treści. O zgodności treści oferty z treścią siwz przesądza ich porównanie. Niezgodność treści oferty z treścią siwz należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (dalej k.c.), czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. Niezgodność oferty z siwz w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje Zamawiający i które opisał w siwz. Ewentualnie na niezgodnym z siwz sposobie wyrażenia, opisanego i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie, w tym braku wymaganego w siwz sposobu potwierdzenia właściwości czy jakości oferowanego świadczenia.

W ocenie Odwołującego niewątpliwie wykonawca IST złożył ofertę niezgodną z treścią siwz w zakresie zobowiązania do wykonania zamówienia oraz braku wymaganego w siwz sposobu potwierdzenia właściwości oferowanego świadczenia, tj. oprogramowania do wykonywania kopii zapasowych. W zaistniałym stanie faktycznym nie jest możliwe ustalenie przez Zamawiającego treści oświadczenia wykonawcy IST co do oferowanego przedmiotu w trybie art. 87 ustawy w sposób nienaruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ustawy nie mogą prowadzić do negocjacji między Zamawiającym a wykonawcą dotyczących złożonej oferty oraz, z dokonywania zmiany w treści oferty. Obowiązek zweryfikowania przez Zamawiającego podstaw do poprawienia w ofercie wykonawcy innych omyłek, polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, dotyczy wyłącznie omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

W ocenie Odwołującego poprawienie oferty przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie może prowadzić do dowolnego wypełnienia oświadczenia woli wykonawcy dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji, zamawiający nie może zastępować wykonawcy w tworzeniu treści oferty, dlatego poprawienie omyłki jest uzasadnione wyłącznie w sytuacji, gdy możliwe jest wywiedzenie wyraźnej woli wykonawcy z treści oferty i nie może prowadzić do wytworzenia oświadczenia woli o nowej treści. Odwołujący powoła się na wyrok z dn. 3.03.2020 r. sygn. KIO 368/20 oraz z dn. 10.03.2020 r. sygn. KIO 375/20.

Izba ustaliła co następuje:

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, w rozumieniu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r..

Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) przewodnik „Commvault Licensing Program Guide”, wersja luty 2020 oraz wersja kwiecień 2020 na okoliczność wykazania, iż są różne modele licencjonowania ww. produktu oraz w zależności od przyjętego systemu różne są sposoby korzystania z architektury i systemu; (ii) informację handlową producenta dotyczące licencji Commvault Complete Backup & Recovery na okoliczność wykazania, iż zaoferowana licencja przez Przystępującego oparta jest na licencjonowaniu niezaakceptowanym przez Zamawiającego PER TB; (iii) pismo informacyjne z dnia 30 czerwca 2020 r. Commvault Systems (Poland) sp. z o.o. na okoliczność wykazania zgodności zaoferowanego przez Przystępującego oprogramowania kopii zapasowych z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ

Na podstawie powyższych dokumentów, Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Zakup sprzętu na potrzeby modernizacji centralnych systemów informatycznych Policji (środowisko aplikacyjne i backup'u).

Izba ustaliła, że zgodnie z postanowieniem pkt VII ppkt 2 siwz, Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą na potwierdzenie, iż oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego:

1)wypełnionego formularza stanowiącego załącznik nr 2 do siwz;

2)szczegółowego opisu w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia w zakresie oferowanego rozwiązania dotyczącego systemu kopii zapasowej (oprogramowanie, architektura, środowisko kopii zapasowych), potwierdzającego spełnienie wszystkich wymagań technicznych zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik nr 3 do siwz.

Zamawiający wskazał, iż wyżej wskazane informacje stanowią treść oferty i nie podlegają uzupełnieniu, a ich brak skutkował będzie odrzuceniem oferty.

Izba ustaliła, że w dniu 18 marca 2020 r. pismem dotyczącym modyfikacji treści siwz oraz zawierającym wyjaśnienia dotyczące treści siwz Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 12 zmodyfikował treść załącznika nr 3 do siwz, dodając pozycję oznaczoną S.K.O. 37 o treści: „Zamawiający nie dopuszcza modelu licencjonowania opartego o: - ilość danych przeznaczonych od backupu (tzw. per TB), - ilość maszyn wirtualnych.”

Izba ustaliła, że w postępowaniu zostało złożonych 5 ofert.

Zakup sprzętu na potrzeby modernizacji centralnych systemów informatycznych Policji (środowisko aplikacyjne i backup'u)				
Nr	Nazwa (firma) i adres Wykonawcy	Cena oferty	Czas usunięcia awarii	Termin wykonania, Okres gwarancji, Warunki płatności
1	Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. M. Kasprzaka 18/20, 01-211 Warszawa	6 130 959,60 zł	6 godz.	Zgodnie z SIWZ
2	ENIGMA SYSTEMY OCHRONY INFORMACJISP. Z O.O., JUTRZENKI 116, 02230 WARSZAWA	8 700 744,48 zł	6 godz.	Zgodnie z SIWZ
3	INTERTRADING SYSTEMS TECHNOLOGY Sp. z o.o., Aleje Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa	5 164 770,00 zł	6 godz.	Zgodnie z SIWZ
4	Apex.IT, Janka Muzykanta, 02-188 Warszawa	5 867 493,60 zł	8 godz.	Zgodnie z SIWZ
5	COMARCH S.A., Aleja Jana Pawła II 39A, 31864 Kraków	6 612 328,63 zł	6 godz.	Zgodnie z SIWZ

Izba ustaliła, że wykonawca Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. (dalej „Przystępujący” lub „wykonawca IST”) złożył wraz z ofertą: (i) opis oferowanego przedmiotu zamówienia, sporządzony na wzorze Zamawiającego stanowiącym załącznik nr 2 do siwz; oraz (ii) szczegółowy opis oferowanego przedmiotu zamówienia w zakresie oferowanego rozwiązania dotyczącego systemu kopii zapasowych (oprogramowanie, architektura, środowisko kopii zapasowych). Opis ten stanowił opis oferowanych funkcji oprogramowania. Izba ustaliła, że Przystępujący w zakresie oprogramowania do wykonywania kopii zapasowych zaoferował oprogramowanie COMMVAULT COMPLETE BACKUP & RECOVERY, wersja 11.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 15 maja 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania przetargowego. Za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Przystępującego.

Izba zważył co następuje:

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. W przypadku zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów mogłoby dojść do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W ocenie Izby nie potwierdziły się zarzuty podniesione przez Odwołującego, a tym samym odwołanie podlegało oddaleniu.

Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ustawodawca zobowiązał więc zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru. O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nienaruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Reasumując, o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ. Ta niekompatybilność oparta może być na wielu płaszczyznach oferty, czy to w zakresie wykonania czy też sposobie wykonania zamówienia. Jednocześnie za niezgodnych z treścią SIWZ nie uważa się sytuacji, w których to aspekty formalne oferty nie odpowiadają zapisom SIWZ.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że oferta złożona przez Przystępującego jest niezgodna z wymaganiami wskazanymi w SIWZ. Odwołujący wykazał wyłącznie, iż oświadczenie woli wykonawcy zostało złożone odmiennie niż uczynił to Odwołujący, co jednak nie może skutkować zastosowaniem wobec Przystępującego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wskazać należy po pierwsze, iż ocenie podlega całość oferty złożonej przez wykonawcę, nie zaś wyłącznie wybrany fragment oświadczenia woli wykonawcy, w oderwaniu od całości złożonej dokumentacji ofertowej. W analizowanym stanie faktycznym, dokumentami polegającymi ocenie, w świetle zgodności zaoferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami SIWZ, były: formularz oferty, formularz stanowiący załącznik nr 2 - Opis oferowanego przedmiotu zamówienia oraz szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie oferowanego rozwiązania dotyczącego systemu kopii zapasowej (oprogramowanie, architektura, środowisko kopii zapasowych), potwierdzający spełnienie wszystkich wymagań technicznych określonych w OPZ. Przy czym wskazać należy, że Zamawiający nie wymagał posłużenia się załącznikiem nr 3 do przedstawienia szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie oferowanego rozwiązania dotyczącego systemu kopii zapasowej, wskazując wyłącznie, iż wykonawcy winni przedłożyć szczegółowy opis oferowanego rozwiązania, potwierdzający wskazane w Załączniku nr 3 parametry techniczne.

Nie ulega wątpliwości, iż Przystępujący w Załączniku nr 2 zidentyfikował w sposób wymagany przez Zamawiającego oprogramowanie do wykonywania kopii zapasowych, wskazując producenta, nazwę oraz wersję oprogramowania. Opisał więc oferowany przedmiot zamówienia w zakresie oprogramowania do wykonywania kopii zapasowych. Oświadczenie woli Przystępującego jest jednoznaczne i pozwala na zidentyfikowanie co jest przedmiotem

świadczenia ze strony wykonawcy. Znając bowiem producenta, nazwę oraz wersję oprogramowania Zamawiający może zidentyfikować co otrzyma od wykonawcy w ramach realizacji zamówienia. Jednocześnie identyfikując oprogramowanie do wykonywania kopii zapasowych w Załączniku nr 2 Przystępujący potwierdził, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego, co wynika wprost z zapisów SIWZ. Sam bowiem Zamawiający w Rozdziale VII pkt 2 wskazał: „W celu wykazania, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego, wykonawca składa wypełniony formularz stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ oraz szczegółowy opis w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia w zakresie oferowanego rozwiązania dotyczącego systemu kopii zapasowej (oprogramowanie, architektura, środowisko kopii zapasowych), potwierdzającego spełnienie wszystkich wymagań technicznych zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik nr 3 do siwz.” Oczywiście zatem jest, że identyfikując oprogramowanie do wykonywania kopii zapasowych w załączniku nr 2 i przedkładając ów dokument wraz z ofertą Przystępujący potwierdził, że oferowane przez niego oprogramowanie spełnia wymagania Zamawiającego, a więc również wymaganie wskazane w Załączniku nr 3 - S.K.O. 37.

Dodatkowym dokumentem wymaganym przez Zamawiającego i stanowiącym część oferty wykonawcy był szczegółowy opis oferowanego przedmiotu zamówienia w zakresie oferowanego rozwiązania dotyczącego systemu kopii zapasowych. Opis ten miał potwierdzić spełnienie wszystkich wymagań technicznych określonych w OPZ. Opis ten został złożony przez Przystępującego wraz z ofertą. Wykonawca opisał funkcje oferowanego rozwiązania. Z żadnego zapisu zawartego w opisie złożonym przez Przystępującego nie wynika, iż oferowany model licencjonowania oparty jest o ilość danych przeznaczonych do backupu (per TB) czy o ilość maszyn wirtualnych, a więc na rozwiązaniach niedopuszczonych przez Zamawiającego. Sam Odwołujący nie przytoczył żadnego z postanowień Załącznika nr 2 do SIWZ v2, z którego wynikałoby, iż szczegółowy opis oferowanego przez Przystępującego przedmiotu zamówienia w zakresie oferowanego rozwiązania dotyczącego systemu kopii zapasowych jest niezgodny z wymaganiami Zamawiającego. Zauważyć w tym miejscu należy, że Zamawiający wyszczególnił w Załączniku nr 3 - OPZ 37 wymagań, które winny być spełnione przez oprogramowanie oferowane przez wykonawcę. Przy czym Zamawiający nie wymagał od wykonawców literalnego powtórzenia poszczególnych wymagań, ale opisu, z którego wynikałoby ich potwierdzenie. W przypadku spornego wymagania oznaczonego jako S.K.O. 37 wprowadzonego przez Zamawiającego w wyniku zmiany SIWZ z dnia 18 marca 2020 r., Zamawiający nie nałożył na wykonawców obowiązku złożenia oświadczenia, co do oferowanego modelu licencjonowania, wskazując wyłącznie jakich rozwiązań nie dopuszcza. Nie wymagał również złożenia oświadczenia negatywnego tj. oświadczenia, iż wykonawca nie oferuje wykluczonego przez Zamawiającego modelu licencjonowania. Biorąc zaś pod uwagę całość dokumentacji ofertowej złożonej przez Przystępującego, w tym załącznik nr 2 składany na wykazanie, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego oraz wskazanie przez Przystępującego w opisie oferowanego rozwiązania oprogramowania Commvault Complete Backup & Recovery, wersja 11, Izba uznała, że Przystępujący potwierdził, iż oferowane przez niego oprogramowanie systemu kopii zapasowych spełnia wymagania Zamawiającego wskazane w SIWZ. Przyjęcie odmiennego wniosku oznaczałoby uznanie niezgodności oferty Przystępującego na podstawie bliżej nieokreślonych przypuszczeń Odwołującego. W ocenie Izby nie ma żadnych podstaw do stwierdzenia, iż przedmiot świadczenia Przystępującego jest niezgodny z wymaganiem S.K.O. 37 na tej podstawie, iż w załączniku nr 2 do SIWZ v2 Przystępujący nie złożył oświadczenia jakie zawarł Odwołujący w swojej dokumentacji ofertowej. Jak Izba wskazała powyżej, z postanowień SIWZ nie wynika obowiązek złożenia takiego oświadczenia, a jedynie złożenie opisu rozwiązania uwzględniającego zastrzeżenie Zamawiającego wskazane w S.K.O. 37. Elementem opisu sporządzonego przez Przystępującego było określenie oferowanego oprogramowania w Załączniku nr 2 do SIWZ v2. Dobierając odpowiednie oprogramowanie i identyfikując je w treści dokumentacji ofertowej w sposób wymagany przez Zamawiającego i w celu określonym przez Zamawiającego w SIWZ, Przystępujący złożył oświadczenie, iż w jego ocenie oferowany produkt spełnia wymaganie wskazane SIWZ, w tym wymaganie S.K.O. 37. Skoro celem złożenia załącznika do SIWZ v2 było potwierdzenie, iż oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego wskazane w SIWZ, to złożenie takiego załącznika, z prawidłowo zidentyfikowanym przedmiotem świadczenia wykonawcy stanowi takie potwierdzenie. Brak negatywnego oświadczenia o treści żądanej przez Odwołującego może być, w ocenie Izby, wyłącznie rozpatrywane w kategoriach

ewentualnego uchybienia formalnego, nie zaś merytorycznej niezgodności oferty z SIWZ.

Oczywistym jest, iż oświadczenie wykonawcy co do zgodności oferowanego rozwiązania z wymaganiami SIWZ podlega badaniu przez Zamawiającego w toku weryfikacji i oceny ofert wykonawców, jak również może zostać podważone przez innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu. W analizowanym stanie faktycznym właśnie Odwołujący podważył zgodność oferowanego rozwiązania z wymaganiami SIWZ - S.K.O. 37. Tyle tylko, że taki zarzut nie może być oparty wyłącznie na formalnej niezgodności oferty wykonawcy ze SIWZ, z czym mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, ale na wykazaniu merytorycznej niezgodności zaoferowanego świadczenia wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego. Odwołujący winien zatem wykazać, że oferowane przez Przystępującego rozwiązanie dotyczące systemu kopii zapasowych jest oparte o model licencjonowania niedopuszczony przez Zamawiającego. Takich okoliczności, jednakże Odwołujący nie wykazał. Złożone do akt sprawy dowody takich okoliczności nie potwierdzają. Po pierwsze, dokument pn. „Commvault Complete Backup & Recovery” stanowi ogólną informację handlową producenta, określającą wybrane funkcjonalności produktu o ww. nazwie. W dokumencie tym (w złożonym Izbie tłumaczeniu wybranych fragmentów) Izba nie odnalazła odniesienia do wersji zaoferowanej przez Przystępującego tj. wersji 11. Co więcej w treści dokumentu wskazane jest, iż nazwa „Commvault Complete Backup & Recovery” to linia produktów obejmująca oprogramowanie do wykonywania operacji tworzenia kopii zapasowych, zaś w tabeli określającej dostępne modele licencjonowania wskazane są również sposoby nie wykluczone przez Zamawiającego. Tym samym dokument ten nie stanowi dowodu na wykazanie niezgodności oferty Przystępującego ze SIWZ. Taki dowodem nie jest również dokument pn. „Licensing Program Guide”. Ze złożonego Izbie tłumaczenia fragmentów strony 12 wynika wyłącznie opis zasad kwalifikacji oprogramowania jako maszyny wirtualnej, przy czym zaznaczyć należy, że jest to wyłącznie jedna z opcji dostępnych dla klientów. Ponownie wskazać należy, że brak jest jakiegokolwiek odniesienia do wersji 11 oprogramowania zaoferowanej przez Przystępującego. Podobnie z tłumaczenia fragmentów strony 14 wynika wyłącznie, iż w ramach linii produktów o nazwie Commvault Complete Backup & Recovery klienci mogą skorzystać z modelu opartego na licencji na jeden TB. To jednak nie stanowi dowodu na potwierdzenie niezgodności oferty Przystępującego ze SIWZ - S.K.O. 37. Z dokumentów tych nie wynika, że wersja 11 oprogramowania Commvault Complete Backup & Recovery to model licencjonowania oparty wyłącznie o ilość danych przeznaczonych do backupu (tzw. per TB) lub o ilość maszyn wirtualnych. Skoro zaś Przystępujący złożył oświadczenie, iż oferuje produkt zgodny z wymaganiami SIWZ, zidentyfikował w sposób wymagany przez Zamawiającego ten produkt, zaś Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, aby ów produkt jest niezgodny z wymaganiami S.K.O. 37, Izba uznała, iż nie doszło do naruszenia w przedmiotowym postępowaniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 3 ust. 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: