Sygn. akt KIO 1862/20

WYROK

z dnia 9 września 2020r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek
Protokolant: Edyta Koral

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 września 2020r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia Apex.IT Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania;

2.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący :.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie prowadzi na

podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r., poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Opieka serwisowa i zakup licencji na oprogramowanie HP Data Protector w Centrali".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 042-099566 w dniu 28 lutego 2020r.

Odwołujący - Apex.IT Sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie od czynności odrzucenia przez Zamawiającego jego oferty. Odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego,

2) art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do złożenia odpowiednio wyjaśnień treści oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego
lub ewentualnie nakazanie Zamawiającemu:

- wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie:

(i) sposobu spełnienia przez zaoferowane przez Odwołującego oprogramowanie równoważne wymagania instalacji serwera do zarządzania systemem backup'u na platformie Linux;

(ii) zaoferowania oprogramowania Microsoft SQL 2016 Standard Edition jako elementu składowego równoważnego oprogramowania;

(iii) sposobu integracji rozwiązania równoważnego z rozwiązaniami posiadanymi przez Zamawiającego w kontekście konkretnych warunków i celów integracji określonych w wezwaniu

- dokonania ponownej oceny ofert.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że Zamawiający odrzucając jego ofertę wskazał na trzy przypadki niezgodności treści oferty z treścią SIWZ:

A. Niemożność zainstalowania serwera do zarządzania systemem backup'u na platformie Linux;

B. Niezamieszczenia w ofercie ceny licencji na silnik bazy danych

C. Brak opisu sposobu integracji zaoferowanego rozwiązania z rozwiązaniami

Zamawiającego.

Ad. A)

Odwołujący wyjaśnił, że jako źródło wymagania, aby serwer do zarządzania systemem backup'u oprogramowania równoważnego posiadał możliwość zainstalowania zarówno na platformie Linus RedHat jak i MS Windows Zamawiający wskazał na odpowiedź na Pytanie 1 z dnia 16 kwietnia 2020r.: „Czy w przypadku oprogramowania równoważnego, w stosunku do oprogramowania HP Data Protector wymagana jest możliwość instalacji Master Server 'a oferowanego oprogramowania zarówno na platformie Linux RedHat, jak i MS Windows?" Zamawiający odpowiedział, że: „Wymaga instalacji oprogramowania równoważnego zarówno na platformie Linux jak i MS Windows. Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ.". Wyjaśnił, że powyższa odpowiedź jest jedynym elementem dokumentacji postępowania dotyczącym wymagań co do typu oprogramowania operacyjnego względem którego oprogramowanie równoważne powinno osiągać zdolność do instalacji. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, iż: „z dokumentacji producenta jednoznacznie wynika, że serwer obsługujący system backupu, który jest głównym komponentem rozwiązania zaoferowania równoważnego, może być zainstalowany jedynie na wspieranym systemie operacyjnym Microsoft Windows Server. Odwołujący zarzucił, że Zamawiający nie uwzględnił, iż instalacja serwera zarządzającego w systemie backupu oprogramowania równoważnego może zostać dokonana w środowisku wirtualnym utworzonym na Linux co zapewnia możliwość instalacji serwera zarządzającego na serwerze fizycznym z systemem operacyjnym Linux. Zdolność oprogramowania równoważnego do instalacji w obojga typów środowisku (fizycznym i wirtualnym) wynika z dokumentacji oprogramowania równoważnego, gdzie wskazano: „Wymagania sprzętowe dla serwerów [nazwa serwera zarządzającego] systemem backup'u zainstalowanych bądź na fizycznych komputerach lub maszynach wirtualnych, z dedykowanymi zasobami na potrzeby maszyn wirtualnych.". Z powołanego wyżej fragmentu dokumentacji producenta oprogramowania

równoważnego wynika, że możliwość instalacji oprogramowania równoważnego nie jest ograniczona do rozwiązań Microsoft.

Ad. B)

Odwołujący wskazał, że Zamawiający zarzucił mu, że nie umieścił w ofercie ceny licencji na silnik bazy danych co było wymagane w powołanych przez Zamawiającego przepisach SIWZ. Odnosząc się do powyższego, Odwołujący wyjaśnił, że oprogramowanie

Microsoft SQL Server jest dostarczane przez producenta oprogramowania równoważnego w pakiecie z oprogramowaniem równoważnym o czym świadczą co najmniej informacje z dokumentacji producenta wskazujące na automatyczną instalację Microsoft SQL Server 2016 Standard Edition w czasie instalacji oprogramowania równoważnego oraz powołanie warunków licencyjnych Microsoft dla Microsoft SQL Server 2016 w załączniku do dokumentacji oprogramowania równoważnego. W konsekwencji z powyższego wynika, że oprogramowanie Microsoft SQL Server 2016 Standard Edition jako produkt stanowiący element oprogramowania równoważnego (element pakietu oznaczonego numerem katalogowym producenta) nie wymagał osobnego uwzględnienia w wykazie programów załączonego do oferty.

Ad. C)

Odnosząc się do zarzut Zamawiającego dotyczącego braku dokonania przez Odwołującego opisu sposobu integracji zaoferowanego rozwiązania z rozwiązaniami Zamawiającego, Odwołujący wskazał, że przedmiotem świadczeń wykonawcy w ramach zamówienia zgodnie z § 1 ust. 1 wzoru umowy (po Modyfikacji 4) ma być:

W przypadku dostarczenia przez Wykonawcę oprogramowania równoważnego ustęp przyjmie następujące brzmienie: 1. Przedmiotem Umowy jest:

1) Zakup licencji na oprogramowanie <nazwa oprograrnowania równoważnego>, w tym dodatkowych licencji — w liczbie i wersji niezbędnej do jego prawidłowego wdrożenia i funkcjonowania oraz licencji na system operacyjny, na którym Wykonawca zainstaluje serwer zarządzający, (dalej „Oprogramowanie") zgodnie z zakresem pkt. 3 Załącznika nr 2 do Umowy,

2) Instalacja i konfiguracja Oprogramowania z przemigrowaniem wszystkich kopii archiwalnych oraz polityk backupu utworzonych przez Zamawiającego przy pomocy oprogramowania HP Data Protector oraz przeprowadzeniem instruktażu dla pięciu wskazanych pracowników Zamawiającego z obsługi Oprogramowania (dalej „Wdrożenie"), zgodnie z zakresem pkt. 3 Załącznika nr 2 do Umowy;

3) Świadczenie opieki serwisowej Oprogramowania (w tym wsparcie dla dodatkowych licencji oraz licencji na system operacyjny, na którym Wykonawca zainstaluje serwer zarządzający, o których mowa w pkt. l) (dalej „Opieka serwisowa") przez okres 36 miesięcy licząc od daty zakończenia Wdrożenia potwierdzonego Protokołem odbioru licencji stanowiącego Załącznik nr 3 do Umowy;

4) Świadczenie usług konsultacji w siedzibie Zamawiającego w wymiarze do 480 roboczogodzin przez okres obowiązywania Umowy, w terminach wcześniej uzgodnionych między Stronami.

Odwołujący uwzględniając powyższe stwierdził, że wśród świadczeń wykonawcy objętych przedmiotem zamówienia brak usługi integracji oprogramowania równoważnego z rozwiązaniami Zamawiającego. W konsekwencji ewentualny brak w ofercie opisu integracji oprogramowania równoważnego z rozwiązaniami Zamawiającego nie stanowi przejawu sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ albowiem treść SIWZ nie nakłada na wykonawcę dostarczającego rozwiązanie równoważne obowiązku dokonania integracji rozwiązania równoważnego z rozwiązaniami Zamawiającego. Zarzut niezgodności treści oferty z SIWZ Zamawiający mógłby stawiać tylko wówczas gdyby taka integracja była przewidziana przedmiotem zamówienia a jednocześnie taki opis byłby sprzeczny ze szczegółowymi wymaganiami integracji zawartymi w SIWZ.

Ponadto Odwołujący wskazał, że uczynienie zadość przedmiotowemu wymaganiu było niemożliwe z przyczyn poniższych:

1) Zamawiający nie wymienił w SIWZ rozwiązań własnych z którymi potencjalna integracja oprogramowania równoważnego miałaby nastąpić,

2) Zamawiający pomimo, iż dopiero w odpowiedzi na Pytanie 1 wprowadził wymaganie instalacji oprogramowania równoważnego na dwóch alternatywnych systemach operacyjnych, nie zdecydował na którym konkretnym oprogramowaniu operacyjnym będzie eksploatował oprogramowanie równoważne.

Jeżeli natomiast Zamawiający przez pojęcie „integracji rozwiązania równoważnego rozumiał" wdrożenie w rozumieniu wyżej powołanego wzoru umowy w części „instalacja i konfiguracja Oprogramowania z przemigrowaniem wszystkich kopii archiwalnych oraz polityk backupu utworzonych przez Zamawiającego przy pomocy oprogramowania HP Data Protector"- to wskazał, że dokonał opisu realizacji takiego procesu w formie dodatkowych not opisowych zamieszczonych w tabeli równoważności pochodzącej z Załącznik nr 2 zamieszczonej w szczegółowym opisie rozwiązania równoważnego (str. 47-49 oferty) na takim poziomie szczegółowości jaki odpowiadał poziomowi szczegółowości SIWZ i zakresowi.

Końcowo Odwołujący stwierdził, że jeżeli Zamawiający miał wątpliwości co do tego czy zaoferowane przez niego rozwiązanie równoważne spełnia wymagania SIWZ, przez co należy rozumieć sytuację w której pomimo dostępności broszury, karty katalogowej oraz specyfikacji technicznych oferowanego rozwiązania Zamawiający napotkał problemy w ustaleniu czy urządzenie to jest w stanie osiągnąć parametry wymagane w SIWZ wówczas obowiązkiem Zamawiającego było skierowanie do Odwołującego pytań co do oferty, tj. pytania jakie wyposażenie dodatkowe zapewnia osiągnięcie oczekiwanych parametrów. W takim stanie rzeczy przez odrzuceniem oferty Odwołującego Zamawiający był obowiązany do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 września 2020r. wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu podkreślił, że zgodnie z SIWZ wykonawca, który zaoferował dostawę rozwiązania równoważnego zobowiązany był:

1) uwzględnić w ofercie zarówno liczbę licencji odpowiadającą licencjom obecnie posiadanym przez Zamawiającego, jak również liczbę nowych licencji wymaganych w zamówieniu podstawowym;

2) dokonać wdrożenia oprogramowania równoważnego w terminie do 30 dni od podpisania Umowy z przemigrowaniem wszystkich kopii archiwalnych oraz polityk backupu utworzonych przez Zamawiającego przy pomocy oprogramowania HP Data Protector;

3) dostarczyć wszelkie dodatkowe licencje — w liczbie i wersji niezbędnej do prawidłowego wdrożenia i funkcjonowania oprogramowania równoważnego, w tym licencje na system operacyjny, na którym Wykonawca zainstaluje serwer zarządzający wraz ze wsparciem technicznym producenta oprogramowania;

4) świadczyć usługi opieki serwisowej przez okres 36 miesięcy licząc od daty zakończenia wdrożenia potwierdzonego Protokołem odbioru licencji;

5) świadczyć usługi konsultacji W siedzibie Zamawiającego w wymiarze do 480 roboczogodzin przez okres obowiązywania Umowy.

Zamawiający w punkcie 4.3.1.2.2. Szczegółowego Opisu Przedmiotu Umowy (OPU), stanowiącego Załącznik nr 2 do wzoru umowy, wymagał aby oferta zawierała m.in.: „proponowany opis sposobu integracji rozwiązania równoważnego z rozwiązaniami posiadanymi przez Zamawiającego". Wymóg ten został potwierdzony również w Załączniku nr 1 do Formularza ofertowego, stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ: „Ponadto Wykonawca który złoży ofertę na oprogramowanie równoważne, zobowiązany jest załączyć do oferty szczegółowy opis rozwiązania równoważnego, przygotowany w oparciu o warunki dla Oprogramowania równoważnego, opisane w ust 3 w Załączniku nr 2 wzoru umowy, zawierający:

1. opis realizacji wymaganych funkcjonalności i specyfikacja techniczna proponowanego rozwiązania;

2. proponowany opis sposobu integracji rozwiązania równoważnego z rozwiązaniami posiadanymi przez Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu zawartego w punkcie A) odwołania Zamawiający podkreślił,

że wymaganie instalacji serwera do zarządzania systemem backup'u zarówno na platformie Linux jak i Microsoft Windows podyktowane było istniejącą architekturą systemowo-sprzętową Zamawiającego, która działa na obu ww. środowiskach i zostało tak przedstawione, ponieważ Zamawiający w najbliższym czasie ma zamiar ograniczyć stosowanie komercyjnych produktów firmy Microsoft w środowisku serwerowym na rzecz stosowania otwartych rozwiązań w oparciu o rozwiązania OpenSource. Podyktowane jest to koniecznością zmniejszenia kosztów licencji oraz realizacji zadań bezpośrednio wynikających ze strategii informatyzacji. Ponadto odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, że zaoferowane oprogramowanie ma taką możliwość, zaznaczając równocześnie, że nie będzie to standardowa instalacja na platformie Linux, ale w środowisku wirtualnym utworzonym na systemie operacyjnym Linux, Zamawiający nie zgodził się z powyższym wskazując, że:

1) możliwość instalacji zarówno na platformie Linux jak i Windows, której wymagał Zamawiający, dotyczy możliwości instalacji powyższych systemów operacyjnych na serwerach fizycznych, i jeśli jest mowa o platformie Linux, czy platformie MS Windows, to oczywistym jest, że chodzi o instalację w natywnym środowisku bez wykorzystania wirtualizacji,

2) zdolność zainstalowania oprogramowania równoważnego poprzez utworzenie środowiska wirtualnego nie jest równoważna z możliwością zainstalowania na platformie Linux. W ten sposób można de facto ominąć dowolne wymaganie Zamawiającego w zakresie platformy;

3) Odwołujący nie dowiódł, że oferowane rozwiązanie ma możliwość uruchomienia na systemie operacyjnym Linux. W propozycji Odwołującego wskazanej w odwołaniu, zaoferowane oprogramowanie równoważne, nawet przy wykorzystaniu maszyny wirtualnej, ostatecznie i tak zostałoby zainstalowane na systemie operacyjnym Microsoft Windows. W konsekwencji instalacja oprogramowania równoważnego mogłaby wyglądać następująco:

a. instalacja systemu operacyjnego Linux na fizycznym serwerze,

b. instalacja maszyny wirtualnej na systemie operacyjnym Linux (pkt a),

c. instalacja systemu operacyjnego Microsoft Windows na maszynie wirtualnej

(pkt b), zainstalowanej na systemie operacyjnym Linux (pkt c).

Ponadto Zamawiający stwierdził, że z przytoczonego w odwołaniu fragmentu

dokumentacji producenta oprogramowania równoważnego wynika, iż nie jest możliwa instalacja oprogramowania równoważnego na systemie operacyjnym Linux, bowiem na stronie producenta rozwiązania równoważnego znajduje się odesłanie, które prowadzi do kolejnej strony producenta, na której znajdują się wymagania systemowe dotyczące instalacji serwera zarządzającego systemem backupu. Zarówno w przytoczonym przez Odwołującego cytacie jaki i na wskazanych stronach producenta nie ma informacji, aby możliwa była instalacja zaoferowanego rozwiązania równoważnego bezpośrednio na systemach operacyjnych Linux. Gdyby była taka możliwość, wówczas obowiązkiem Odwołującego było opisanie procedury instalacji zaoferowanego rozwiązania równoważnego w propozycji opisu sposobu integracji.

Nawet więc, gdyby przyjąć, że oferowane oprogramowanie równoważne posiada funkcjonalność przedstawioną przez Odwołującego, to nie jest ona do pogodzenia z treścią SIWZ w następującym zakresie: 1) Wykonawca nie zaoferował i nie wycenił dodatkowych licencji na maszyny wirtualne, które zgodnie z propozycją Odwołującego są niezbędne do instalacji oprogramowania równoważnego.

Podkreślił, że zgodnie z odpowiedziami i modyfikacjami opublikowanymi w dniu 18 maja 2020 r. Zamawiający Modyfikacją nr 3 wprowadził wymaganie, iż wykonawca, który zaoferuje rozwiązanie równoważne „dostarczy wszelkie dodatkowe licencje — w liczbie i wersji niezbędnej do prawidłowego wdrożenia i funkcjonowania oprogramowania równoważnego, w tym licencje na system operacyjny, na którym wykonawca zainstaluje serwer zarządzający". Nie budzi wątpliwości, że powyżej przytoczone wymaganie nie ogranicza się tylko i wyłącznie do dostarczenia przez wykonawcę dodatkowych licencji jedynie na system operacyjny. Wskazuje na to użyty zwrot „w tym”, którego zastosowanie nie zamyka katalogu licencji, które miał dostarczyć wykonawca oferujący rozwiązanie równoważne.

2) Wykonawca nie zaproponował takiego sposobu instalacji oprogramowania równoważnego w wymaganym przez Zamawiającego opisie sposobu integracji rozwiązania równoważnego z rozwiązaniami posiadanymi przez Zamawiającego.

Zamawiający podkreślił, że w SIWZ wymagał w punkcie 4.3.12, że: „w przypadku zaoferowania rozwiązania równoważnego: Załącznik nr 1 do Formularza oferty, tj. Wymagana funkcjonalność dla oprogramowania równoważnego w stosunku do oprogramowania HP Dota Protector, służącego do zarzadzania kopiami bezpieczeństwa, w tym szczegółowy opis rozwiązania równoważnego przygotowany w oparciu o warunki dla oprogramowania równoważnego, opisane w ust. 3 w Załączniku nr 2 wzoru umowy, zawierający:

4.3.1.21. opis realizacji wymaganych funkcjonalności i specyfikacja techniczna proponowanego rozwiązania;

4.3.12.2 proponowany opis sposobu integracji rozwiązania równoważnego z rozwiązaniami posiadanymi przez Zamawiającego."

W Załączniku nr 1 do w Formularza ofertowego, stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ Zamawiający wyraźnie wskazał, że: „Ponadto Wykonawca, który złoży ofertę na oprogramowanie równoważne, zobowiązany jest załączyć do oferty szczegółowy opis rozwiązania równoważnego, przygotowany w oparciu o warunki dla oprogramowania równoważnego, opisane w ust. 3 w Załączniku nr 2 wzoru umowy, zawierający:

1. opis realizacji wymaganych funkcjonalności i specyfikacja techniczna proponowanego rozwiązania;

2. proponowany opis sposobu integracji rozwiązania równoważnego z rozwiązaniami posiadanymi przez Zamawiającego.

Dodatkowo sposób instalacji oprogramowania równoważnego przedstawiony w odwołaniu przez Odwołującego wiąże się z dużymi niedogodnościami dodatkowymi kosztami i ograniczeniami dla Zamawiającego, związanymi z brakiem sprecyzowania przez Odwołującego jakie maszyny wirtualne Odwołujący proponuje oraz jakie maszyny wirtualne są dopuszczone przez producenta oprogramowania równoważnego.

Tym samym Odwołujący przerzucił odpowiedzialność za wybór, zakup jak i utrzymanie maszyn wirtualnych na Zamawiającego. W przypadku braku możliwości zapewnienia przez Zamawiającego maszyn wirtualnych, Zamawiający nie będzie miał możliwości wykorzystania backupu do czasu ich zapewnienia.

Podkreślił, że OPU przewidział pełną odpowiedzialność Wykonawcy za jakość oraz poprawność działania oprogramowania równoważnego i wszelkich dodatkowych licencji. Zostało to podkreślone poprzez wprowadzenie wymagania w punkcie 3.4.1 OPU dotyczącego dodatkowych licencji, że „Wraz z licencjami Wykonawca dostarczy wsparcie na czas obowiązywania umowy umożliwiające dostęp do nowych wersji, aktualizacji i poprawek.”

2) zakupem dodatkowych licencji na maszyny wirtualnej.

Zamawiający używa w swojej instalacji komercyjnych maszyn wirtualnych, o czym

Odwołujący wie, biorąc pod uwagę treść wymagań określonych przez Zamawiającego w OPU. Zastosowanie tych maszyn wirtualnych do wdrożenia rozwiązania równoważnego oferowanego przez Odwołującego, wymagałoby poniesienia kosztów przez Zamawiającego na zakup nowych licencji. Zamawiający zdaje sobie sprawie, że istnieją darmowe rozwiązania, ale po pierwsze Zamawiający nie wie jakie maszyny wirtualne można zastosować z rozwiązaniem równoważnym (Zamawiający dowiedziałby się tego już po podpisaniu umowy i na etapie wdrożenia), a po drugie zastosowanie innego rozwiązania byłoby niezgodne z przyjętymi u Zamawiającego standardami, ponieważ wersje te nie nadają się do użycia w środowisku wielkości środowiska Zamawiającego. Ponadto Zamawiający nie wie czy zaproponowane przez Odwołującego i wymagane przez producenta rozwiązania równoważnego maszyny wirtualne spełnią standardy funkcjonujące w instalacji Zamawiającego oraz czy używanie darmowych maszyn wirtualnych nie wiąże się z poniesieniem kosztów przez Zamawiającego na zakup usług wsparcia producenta.

Tymczasem istnienie dodatkowych, „ukrytych” kosztów rozwiązania równoważnego jest nie do pogodzenia z treścią § 1 ust. 4 wzoru Umowy, zgodnie z którym: „Wszelkie materiały i koszty, o ile są one niezbędne do wykonania obowiązków Wykonawcy na podstawie Umowy, zapewnia Wykonawca.”

3) Koniecznością wyszkolenia pracowników Zamawiającego

Zamawiający wyjaśnił, że utrzymuje dwa oddzielne środowiska systemowe, w których wykorzystywane jest oprogramowanie HP Data Protector, o czym Odwołujący dowiedział się z odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego w dniu 17 kwietnia 2020 r. (Odpowiedź na

Pytanie nr 13): a) oparte na systemie operacyjnym Microsoft Windows oraz b) oparta na systemach operacyjnych Unix i Linux. Powyżej wskazane środowiska zarządzane są przez oddzielne zespoły administratorów, podlegające pod inne komórki organizacyjne Zakładu. W przypadku zastosowania rozwiązania, który może być zainstalowany tylko na systemie Microsoft Windows, zespół administratorów systemów operacyjnych Unix i Linux musiałby przejść szereg szkoleń z zakresu utrzymania systemu operacyjnego Microsoft Windows oraz, w przypadku zastosowania propozycji Odwołującego, dodatkowo z zakresu utrzymania maszyn wirtualnych, co wiązałoby się z dodatkowymi kosztami dla Zamawiającego.

Odnosząc się do punktu B) odwołania dotyczącego, niezamieszczenia w ofercie ceny licencji na silnik bazy danych wskazał, że Odwołujący zobowiązany był opisać w ofercie sposób integracji oferowanego rozwiązania równoważnego z rozwiązaniami Zamawiającego. Jednym z elementów opisu integracji powinien być opis sposobu instalacji oprogramowania równoważnego i oprogramowania niezbędnego do jego wdrożenia i eksploatacji, w tym, zgodnie z propozycją przedstawioną w odwołaniu, oprogramowania bazodanowego Microsoft SQL Server oraz maszyn wirtualnych. Pomimo takiego wymagania Odwołujący tego nie uczynił. Odwołujący w odwołaniu zaproponował instalację zaoferowanego oprogramowania równoważnego w oparciu maszyny wirtualne. Jednocześnie Odwołujący nie zaoferował i nie wycenił w ofercie dodatkowych licencji na maszyny wirtualne, które zgodnie z propozycją Odwołującego są niezbędne do instalacji oprogramowania równoważnego. Ponadto nie wskazał jakie konkretne maszyny wirtualne możliwe są do zainstalowania, przerzucając w ten sposób odpowiedzialność za poprawne działanie całego systemu do zarządzania kopiami danych na Zamawiającego.

Zamawiający nie zgodził się też ze stanowiskiem Odwołującego wyrażonym w punkcie C) odwołania, że SIWZ nie nakładał na wykonawcę dostarczającego rozwiązanie równoważne obowiązku dokonania integracji rozwiązania równoważnego z rozwiązaniami Zamawiającego.

Wskazał, że z § 1 ust. 1 pkt 2 wzoru Umowy wynika, że Wykonawca jest zobowiązany do wykonania Wdrożenia oprogramowania równoważnego zdefiniowanego szeroko jako: „Instalacja i konfiguracja Oprogramowania z przemigrowaniem wszystkich kopii archiwalnych oraz polityk backupu utworzonych przez Zamawiającego przy pomocy oprogramowania HP Data Protector oraz przeprowadzeniem instruktażu dla pięciu wskazanych pracowników Zamawiającego z obsługi Oprogramowania". Sam Odwołujący w odwołaniu potwierdził, że pojęcie „integracja rozwiązania równoważnego” można rozumieć jednoznacznie jako wdrożenie zdefiniowane we wzorze Umowy. Zamawiający dodaje, iż integracja jest częścią całego procesu Wdrożenia rozwiązania równoważnego (definicja zgodna ze wzorem Umowy).

Integracja w procesie Wdrożenia rozwiązania równoważnego z rozwiązaniami Zamawiającego ma na celu zapewnienie ciągłości funkcjonowania Zakładu Ubezpieczeń Społecznych i bezpieczeństwa posiadanych danych. W konsekwencji jej proponowany opis jest niezbędny do:

1) zweryfikowania w jaki sposób oferowane rozwiązanie równoważne może integrować się ze środowiskiem Zamawiającego;

2) zweryfikowania czy oferowane rozwiązanie równoważne faktycznie spełnia wszystkie wymagania określone w SIWZ;

3) zweryfikowania w jaki sposób oferowane rozwiązanie równoważne może być wdrożone w środowisku Zamawiającego.

Podkreślił, że wykonawca oferujący rozwiązanie równoważne zobowiązany był również do przedstawienia w ofercie propozycji sposobu integracji. Zamawiający tym samym wypełnił swój obowiązek i określił procedurę wykazania, że oferowane przez wykonawcę rozwiązanie spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. Ponadto dokumenty mające na celu wykazanie równoważności stanowią element oferty opisujący oferowany przedmiot, a zatem nie podlegają uzupełnieniu. Dodał, że wskazując na konkretne oprogramowanie dopuścił rozwiązania równoważne, spełniające wyspecyfikowane przez niego w OPU wymagania minimalne. Oczywistym jest, że nie wiedząc jakie rozwiązania techniczne zaproponuje wykonawca, Zamawiający nie mógł przewidzieć wszelkich możliwości, w tym jakichkolwiek sztywnych wzorów dla załączników oferty dotyczących specyfikacji technicznej. Z uwagi na to w punkcie 4.3.12 SIWZ oraz w Załączniku nr 1 do w Formularza ofertowego, stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ Zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia, że oferowane rozwiązanie równoważne spełnia warunki Zamawiającego określone treścią SIWZ wykonawca winien załączyć do oferty proponowany opis sposobu integracji. Oznacza to jednoznacznie, że Odwołujący winien był sporządzić dokumentację ofertową w taki sposób, aby bez wątpliwości wykazać

Zamawiającemu w sposób kompletny jakie oprogramowanie oferuje, w tym wprost oferowane elementy składowe, w taki sposób aby jednoznacznie potwierdzić spełnianie wymogów SIWZ.

Zamawiający nie zgodził się z Odwołującym, że nie wymienił w SIWZ rozwiązań własnych z którymi potencjalna integracja oprogramowania równoważnego miałaby nastąpić, gdyż w OPU jednoznacznie zostały wskazane w punkcie 3.4 Warunki dla oprogramowania równoważnego, w tym:

1) wsparcie dla konkretnych bibliotek taśmowych,

2) możliwość wykonania oraz odtwarzania kopii konkretnych, wymienionych z

nazwy systemów operacyjnych motorów baz danych i maszyn wirtualnych,

3) możliwość wykonywania kopii zapasowych na przestrzeń dyskową (tzw. File

Library oraz StoreOnce Library),

4) ilość danych i liczbę hostów objętych backupem.

Istotne były również listy posiadanych oraz wymaganych dodatkowych licencji na

oprogramowanie referencyjne HP Data Protector, zawarte w Dodatku A oraz Dodatku B do OPU. Z listy posiadanych przez Zamawiającego produktów HP Data Protector wynika, że Zamawiający używa serwera do zarządzania systemem backup w środowisku UNIX/Linux (licencja na Cell Manager for Unix). Odwołujący nie dostrzegł również, że w treści odpowiedzi na pytania nr 6, 7, 10, 11, 12, 13 z 17 kwietnia 2020 r. zostały wskazane elementy oprogramowania, które powinny być przedmiotem opisu integracji. Ponadto przedmiotem pytania nr 16, na które Zamawiający udzielił odpowiedzi 17 kwietnia 2020 r., była kwestia wersji oprogramowania baz danych i wirtualizacji działająca u Zamawiającego. W tym samym pytaniu wskazano, że „w razie problemów z wykonywaniem kopii zapasowej przy wykorzystaniu natywnej integracji pomiędzy bazą Informix a dostarczonym oprogramowaniem istnieję zagrożenie, że producenci każą dostosować system do wspieranej konfiguracji (między innymi poprzez podniesienie motoru bazy danych Informix do wspieranej wersji).” Powyższe bezsprzecznie dowodzi, że wykonawcy mieli wystarczającą wiedzę o instalacji Zamawiającego oraz o aspektach dotyczących procesu wdrożenia oprogramowania, aby móc zaproponować opis sposobu integracji. Należy tutaj zwrócić uwagę, że ofertowane przez Odwołującego rozwiązanie równoważne, według dokumentacji znajdującej się na stronie internetowej, nie jest kompatybilne z obecnie eksploatowaną przez Zamawiającego wersją motoru baz danych Informix (wersja 11.10), która była minimalną wersją, z którą rozwiązanie równoważne musi współpracować. Takie wymaganie jest zapisane w OPU, co oznacza, że zaoferowane rozwiązanie nie spełnia wymagań SIWZ. Odwołujący miał wiedzę na temat eksploatowanej przez Zamawiającego wersji baz Informix, ponieważ wynika to wprost z OPU. Poprawność działania rozwiązania równoważnego z wersją oprogramowania eksploatowanego przez Zamawiającego nie jest potwierdzona przez producenta rozwiązania równoważnego. Nawet więc gdyby przyjąć, że Odwołujący zapewni taką kompatybilność, to po pierwsze takie działanie jest sprzeczne z punktem 3.6.1 OPU, w którym Zamawiający wymagał, aby oprogramowanie równoważne było oprogramowaniem powszechnie (ogólnie) dostępnym, sprzedawanym jako gotowe oprogramowanie. Po drugie Odwołujący zobowiązany był do przedstawienia w ofercie sposobu w jaki zamierza rozwiązać ten problem niekompatybilności i w jaki sposób umożliwi wykonywanie kopii baz Informix w obecnej wersji 11.10.

Zamawiający biorąc powyższe pod uwagę zanegował, aby w treści oferty Odwołujący zamieścił opis integracji obu systemów. Odwołujący w treści odwołania stwierdził, że „dokonał opisu realizacji takiego procesu w formie dodatkowych not opisowych zamieszczonych w tabeli równoważności pochodzącej z Załącznika nr 2 zamieszczonej w szczegółowym opisie rozwiązania równoważnego (str. 47-49 oferty) na takim poziomie szczegółowości jaki odpowiadał poziomowi szczegółowości SIWZ. Podkreślił, że w tabeli „Opis realizacji wymaganych funkcjonalności” (str. 45-47 oferty), Odwołujący potwierdził jedynie, że spełnia wymagania Zamawiającego dotyczące rozwiązań równoważnych oraz że dokona integracji, natomiast Odwołujący nie zaproponował opisu sposobu w jaki zamierza to zrobić. Takie potwierdzenie jest de facto rozszerzeniem wypełnionej tabeli zawartej w Załączniku nr I do Formularza oferty, w które Odwołujący, poprzez zaznaczenie wyboru „TAK” oświadczył, że oferowane oprogramowanie równoważne, spełnia wymagane przez Zamawiającego funkcjonalności; z czym Zamawiający nie może się zgodzić. Ponadto podkreślił, że Odwołujący dopiero w odwołaniu zaproponował sposób integracji zaoferowanego rozwiązania poprzez instalację z wykorzystaniem maszyn wirtualnych oraz instalację silnika baz danych Microsoft SQL Server w sposób automatyczny. Dowodzi to temu, że poziom szczegółowości SIWZ, był wystarczający do zaproponowania opisu

sposobu integracji rozwiązania równoważnego z rozwiązaniami posiadanymi przez Zamawiającego. Należy dodać, że Odwołujący nie powziął dodatkowych informacji o środowisku Zamawiającego od terminu składania ofert do dnia złożenia przez Odwołującego odwołania

Odnosząc się natomiast do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp wskazał, że sugerowane przez Odwołującego pytanie, z którym powinien do niego wystąpić, tj.: „jakie wyposażenie dodatkowe zapewnia osiągnięcie oczekiwanych parametrów", to po pierwsze, pytanie to jednoznacznie wskazuje, że zaoferowane przez Odwołującego rozwiązanie równoważne samo w sobie nie spełniło wymagań SIWZ, gdyż wymagało wyposażenia dodatkowego (w domyśle Zamawiającego stworzenia środowiska wirtualnego, posiadania do niego dodatkowych licencji Oraz wsparcia). Zaoferowane przez Odwołującego rozwiązanie równoważne nie jest zatem standardowym oprogramowaniem wymaganym przez Zamawiającego. Zamawiający w pkt 3.6-1. OPU wskazał jednoznacznie, że: „Oprogramowanie równoważne musi być oprogramowaniem powszechnie (ogólnie) dostępnym, sprzedawanym jako gotowe oprogramowanie". Po wtóre, Zamawiający nie miał wątpliwości co do tego, że treść oferty nie spełnia wymagań SIWZ, a co za tym idzie nie miał podstaw do wezwania Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. W ofercie Odwołującego nie znajdowała się żadna sprzeczność, oferta nie budziła żadnych wątpliwości, a jedynie była niezgodna z SIWZ. Podkreślił, że obowiązek wykazania równoważności zaproponowanego rozwiązania, m.in. poprzez zaproponowanie sposobu integracji, spoczywał na Odwołującym w momencie składania oferty, a wynika to z treści art. 30 ust. 5 Pzp. Odwołujący miał świadomość stawianych przez Zamawiającego wymogów, gdyby więc wezwał go do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, to wezwanie to nie stanowiłoby wezwania do wyjaśnień, albowiem, przy braku opisu sposobu integracji, nie było czego wyjaśniać, a byłoby wezwaniem do uzupełnienia, co jest niezgodne z przepisami Pzp. W takich okolicznościach należy uznać, że nie jest możliwa konwalidacja oferty Odwołującego przez uzupełnienie oferty o brakującą propozycję opisu sposobu integracji, już po terminie składania ofert. Taka czynność potraktowana byłaby jako złożenie nowej oferty, co w świetle Pzp jest niedopuszczalne.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, oraz oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

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

Izba ustaliła:

Zamawiający w dniu 27 lipca 2020r. działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucił ofertę Odwołującego stwierdzając, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

W uzasadnieniu powyższej czynności Zamawiający wskazał, że w dniu 17 kwietnia 2020 r. udzielił odpowiedzi m.in. na pytanie, czy w przypadku oprogramowania równoważnego, w stosunku do oprogramowania HP Data Protector wymagana jest możliwość instalacji Master Server'a oferowanego oprogramowania zarówno na platformie Linux RedHat, jak i MS Windows, wskazując, że „Zamawiający wymaga instalacji oprogramowania równoważnego zarówno na platformie Linux jak i MS Windows. Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ. "

Ponadto wyjaśnił, że zgodnie z odpowiedziami i modyfikacjami Zamawiającego, opublikowanymi w dniu 18 maja 2020 r, Zamawiający Modyfikacją nr 3 wprowadził wymaganie, iż wykonawca, który zaoferuje rozwiązanie równoważne „dostarczy wszelkie dodatkowe licencje — w liczbie i wersji niezbędnej do prawidłowego wdrożenia i

funkcjonowania oprogramowania równoważnego, w tym licencje na system operacyjny, na którym wykonawca zainstaluje serwer zarządzający". Ponadto w nawiązaniu do Modyfikacji nr 3, Zamawiający wprowadził Modyfikację nr 9 w Załączniku nr 1 do SIWZ — Formularz oferty, pkt 4 „Formularz cenowy", Tabela II, dodając pozycję w formularzu cenowym, w której wykonawca oferujący rozwiązanie równoważne musi wycenić w wierszach 1.W.n — dostarczenie dodatkowych licencji — w liczbie i wersji niezbędnej do prawidłowego wdrożenia i funkcjonowania oprogramowania równoważnego oraz licencji na system operacyjny, na którym Wykonawca zainstaluje serwer zarządzający. Wyjaśnił również, że w SIWZ, w Załączniku nr 1 do Formularza oferty wymagał: [...] Wykonawca, który złoży ofertę na oprogramowanie równoważne, zobowiązany jest załączyć do oferty szczegółowy opis rozwiązania równoważnego, przygotowany w oparciu o warunki dla oprogramowania równoważnego, opisane w ust. 3 w Załączniku nr 2 wzoru umowy, zawierający:

1. opis realizacji wymaganych funkcjonalności i specyfikacja techniczna proponowanego rozwiązania;

2. proponowany opis sposobu integracji rozwiązania równoważnego z rozwiązaniami posiadanymi przez Zamawiającego.

Kolejno Zamawiający wskazał, że Odwołujący w dniu 28 maja 2020 r. złożył ofertę na rozwiązanie równoważne. Podkreślił, że zgodnie z odpowiedzią na Pytanie nr 1, udzieloną w dniu 17 kwietnia 2020 r. Zamawiający wymagał instalacji rozwiązania równoważnego na

systemie operacyjnym na platformie Linux jak i MS Windows. Z udzielonej odpowiedzi

jednoznacznie wynika, że wymaganie to powinno być spełnione przez całe zaoferowane rozwiązanie równoważne. W ofercie Wykonawca przedstawił, zgodnie z wymaganiem Zamawiającego, opis realizacji wymaganych funkcjonalności i specyfikację techniczną proponowanego rozwiązania. W opisie można znaleźć odniesienia do strony producenta rozwiązania równoważnego, na których są informacje w zakresie wymagań niezbędnych do instalacji zaoferowanego rozwiązania. Z dokumentacji producenta jednoznacznie wynika, że serwer obsługujący system backupu, który jest głównym komponentem zaoferowania równoważnego, może być zainstalowany jedynie na wspieranym systemie operacyjnym Microsoft Windows Server. Jednak ani w ofercie Wykonawcy, ani dokumentacji producenta, na którą w ofercie powołuje się Wykonawca, nie ma informacji o możliwości instalacji serwera obsługującego system backupu na systemach operacyjnych Linux, czego wymagał Zamawiający, na podstawie odpowiedzi na pytanie nr 1, udzielonej w dniu 17 kwietnia 2020 r.

Podkreślił, że w przypadku, gdyby była możliwość instalacji zaoferowanego oprogramowania równoważnego na systemie operacyjnym Linux, taką instrukcję Wykonawca mógłby zawrzeć w opisie sposobu integracji rozwiązania równoważnego z rozwiązaniami posiadanymi przez Zamawiającego. Jednak pomimo takiego wymogu określonego w SIWZ w Załączniku nr 1 do Formularza Oferty Wykonawca nie złożył takiego dokumentu wraz z ofertą. Natomiast z dokumentacji producenta, na którą powołuje się w swojej ofercie Wykonawca wynika ponadto, że do instalacji rozwiązania równoważnego niezbędne jest zainstalowanie silnika baz danych (Database Engine) Microsoft SQL Server, w jednej z poniższych wersji:

Microsoft SQL Server 2019 Enterprise, Standard, and Express Editions

Microsoft SQL Server 2017 Enterprise, Standard, and Express Editions

Microsoft SQL Server 2016 Standard Edition

Microsoft SQL Server 2016 Express Edition

Microsoft SQL Server 2014 Standard Edition

Microsoft SQL Server 2012 Enterprise Edition

Wszystkie powyższe wersje wymagają oddzielnych, płatnych licencji. Wyjątkiem jest

wersja „Express Editions", która jest darmowa, ale przez to posiada wiele ograniczeń i limitów. Limity dotyczą m.in. liczby procesorów i rdzeni procesorów, na których zainstalowany będzie silnik baz danych, wielkości relacyjnej bazy danych. Ponadto wersja Express Editions posiada ograniczoną funkcjonalność. Zgodnie z informacją na stronie producenta silnik baz danych Microsoft SQL Server w wersji Express Editions to podstawowa, darmowa baza danych, idealna do nauki i budowania aplikacji opartych na danych dla komputerów stacjonarnych i małych serwerów. Jest to najlepszy wybór dla niezależnych dostawców oprogramowania, programistów i hobbystów tworzących aplikacje klienckie. Z powyższej informacji jednoznacznie wynika, że oprogramowania Microsoft SQL

Server w wersji Express Editions może być wykorzystywane jedynie w małych lub nieprodukcyjnych środowiskach. Takie ograniczenie eliminuje te wersje z możliwości zastosowania jej do wdrożenia oferowanego rozwiązania równoważnego, które ma mieć możliwość pracy w produkcyjnym środowisku Zamawiającego. Biorąc pod uwagę rozmiar środowiska do backupu, obecną politykę wykonywania kopii bezpieczeństwa Zamawiającego oraz fakt, te zaoferowane rozwiązanie ma zabezpieczać krytyczne systemy Zamawiającego, zastosowanie przez Wykonawcę wersji Express Editions nie spełnia wymagań określonych w SIWZ. Ponadto Wykonawca mógłby zawrzeć w opisie sposobu integracji rozwiązania równoważnego z rozwiązaniami posiadanymi przez Zamawiającego instrukcję instalacji rozwiązania równoważnego, ze wszystkimi niezbędnymi elementami. Jednak pomimo takiego wymagania określonego w SIWZ w Znaczniku nr 1 do Formularza Oferty Wykonawca, co podkreślono wcześniej, nie złożył takiego dokumentu wraz z Ofertą.

Biorąc powyższe pod uwagę, zgodnie z Modyfikacją nr 3 oraz Modyfikacją nr 9 dokonanymi w dniu 18 maja 2020 r., Wykonawca zobowiązany byt do przedstawienia w ofercie w formularzu cenowym wyceny dodatkowego oprogramowania Microsoft SQL Server, niezbędnego do instalacji oferowanego rozwiązania równoważnego, w wersji umożliwiającej prawidłową prace całego rozwiązania równoważnego. Odwołujący przy wycenie i zaoferowaniu liczby licencji powinien uwzględnić rozmiar środowiska Zamawiającego, który wynika m.in. z Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz udzielonych w toku postępowania odpowiedzi. Wykonawca przedstawił jedynie wycenę dodatkowego systemu operacyjnego Microsoft Windows Server 2019 Standard. Nie przedstawił wyceny innego dodatkowego oprogramowania Microsoft SQL Server, co zgodnie z wymaganiem producenta jest niezbędne do zainstalowania oferowanego rozwiązania równoważnego.

Reasumując, Zamawiający stwierdził, że w niniejszym przypadku Odwołujący nie spełnił wszystkich wymagań określonych w SIWZ, dotyczących:

1) braku możliwości zainstalowania serwera do zarządzania systemem backupu, a tym samym całego oprogramowania równoważnego, na platformie Linux;

2) braku wyceny dodatkowych licencji na silnik baz danych, które zgodnie z dokumentacją producenta rozwiązania równoważnego są niezbędne do zainstalowania serwera do zarządzania systemem backupu;

3) braku opisu sposobu integracji zaoferowanego rozwiązania równoważnego z rozwiązaniami Zamawiającego.

Izba zważyła:

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 30 ust. 5 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. Powyższy przepis nakłada na wykonawców, którzy zdecydowali się na zaoferowaniu w postępowaniu oprogramowania równoważnego do wykazania Zamawiającemu najpóźniej w dacie złożenia oferty, że rozwiązanie to spełnia wszelkie wymogi w zakresie oczekiwanych przez Zamawiającego funkcjonalności. Opis ten musi być na tyle szczegółowy, żeby Zamawiający przy ocenie ofert mógł ocenić czy zaproponowane rozwiązania spełniają jego wymagania i będą należycie spełniały cel postępowania. Stosownie natomiast do treści art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Izba rozpoznając zarzuty odwołania, ocenić należało, czy Zamawiający w sposób uprawniony dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odnosząc się do pierwszej z przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego, tj. stwierdzenia przez Zamawiającego niemożności zainstalowania serwera do zarządzania systemem backup'u na platformie Linux, Izba ustaliła, że Zamawiający odpowiadając w dniu 16 kwietnia 2020r. na pytanie nr 1: „Czy w przypadku oprogramowania równoważnego, w stosunku do oprogramowania HP Data Protector wymagana jest możliwość instalacji Master Server 'a oferowanego oprogramowania zarówno na platformie Linux RedHat, jak i MS Windows?” odpowiedział, że: „Wymaga instalacji oprogramowania równoważnego zarówno na platformie Linux jak i MS Windows. Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ.”.

Kolejno Izba ustaliła, że jak wynika z przedłożonego przez Odwołującego na rozprawie dowodu, Odwołujący w dniu 20 kwietnia 2020r. zwrócił się do Zamawiającego z pytaniem dotyczącym udzielonej w dniu 16 kwietnia 2020r. odpowiedzi na pytanie nr 1 wskazując, że: „Zamawiający wyjaśnił w odpowiedzi na pytanie nr 1, że oczekuje instalacji

oprogramowania równoważnego zarówno na platformie Linux jak i MS Windows. Firma Commvault jest wieloletnim wiodącym producentem rozwiązania do backupu i archiwizacji danych, wskazywana jako lider przez firmę Gartner. Rozwiązanie Commvault Complete Backup & Recovery serwer zarządzający (Master Server) instaluje na systemie MS Windows, i z niej zarządza środowiskiem Windows oraz Unix/Linux, bez konieczności instalowania dodatkowych serwerów instalacyjnych dla środowiska Unix/Linux, wymaganych w rozwiązaniach takich jak Data Protector czy inne. Czy zatem Zamawiający dopuści jako równoważne rozwiązanie firmy Commvault, gdzie serwer zarządzający instalowany jest na platformie MS Windows, i z tego jednego miejsca umożliwia instalowanie agentów dla środowisk Windows oraz unix/linux oraz zarządzanie nimi?"

W ofercie Odwołujący podał, że oferuje rozwiązanie równoważne konkretnego producenta, którego nazwa została przez niego zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał, że z dokumentacji producenta jednoznacznie wynika, że serwer obsługujący system backupu,

który jest głównym komponentem rozwiązania zaoferowania równoważnego, może być

zainstalowany jedynie na wspieranym systemie operacyjnym Microsoft Windows Server.

Uwzględniając powyższe ustalenia, Izba w składzie orzekającym, stwierdziła, że zaoferowane przez Odwołującego rozwiązanie równoważne nie spełniało wymogu wprowadzonego przez Zamawiającego w rezultacie udzielenia w dniu 16 kwietnia 2020 r., aby oprogramowanie równoważne zostało zainstalowane zarówno na platformie Linux jak i MS Windows. Z treści zadanego przez Odwołującego pytania bowiem wprost wynika, że serwer zarządzający instalowany będzie na platformie MS Windows, i dopiero z tego jednego miejsca nastąpi instalowanie agentów dla środowisk Windows oraz unix/linux oraz zarządzanie nimi. Tym samym w ocenie składu orzekającego oferowane rozwiązanie równoważne było niezgodne z wymogiem Zamawiającego aby oprogramowanie było zainstalowane na platformie Linux. Dlatego zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w tym zakresie Izba uznała za nieuzasadniony.

Izba za uzasadniony uznała natomiast zarzut dotyczący niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego w związku ze stwierdzeniem przez Zamawiającego, że Odwołujący pomimo wprowadzonego modyfikacją nr 9 wymogu, aby wykonawca w formularzu cenowym (tabela II) wycenił dostarczenie dodatkowych licencji - w liczbie i w wersji niezbędnej dla prawidłowego wdrożenia i funkcjonowania oprogramowania równoważnego, Odwołujący takiego oprogramowania nie wycenił. Natomiast jak wskazał Zamawiający darmowa wersja

Express Editions to podstawowa baza danych, idealna do nauki i budowania aplikacji

opartych na danych dla komputerów stacjonarnych i małych serwerów, natomiast nie jest wystarczająca aby sprostać potrzebom Zamawiającego.

Skład orzekający ustalił, że jak wynika z przedłożonego przez Odwołującego dowodu,

oprogramowanie Microsoft SQL Server jest dostarczane przez producenta oprogramowania

równoważnego razem z tym oprogramowaniem. W konsekwencji więc skoro oprogramowanie Microsoft SQL Server 2016 Standard Edition stanowiło nierozłączny element oprogramowania równoważnego to skład orzekający uznał, że brak było konieczności wyceny tego oprogramowania w tabeli II.

Powyższe naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp pozostawało jednak bez wpływu na wynik postępowania, bowiem oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu z uwagi na potwierdzenie się niezgodności oferty wskazanych w punktach A i C odwołania. Dlatego też odwołanie podlegało oddaleniu.

Przechodząc do oceny zasadności odrzucenia oferty Odwołującego w wyniku ustalenia przez Zamawiającego, że wbrew wymogowi zawartemu w SIWZ dotyczącego

konieczności załączenia do oferty szczegółowego opisu rozwiązania równoważnego zawierającego m. in. proponowany sposób integracji skład orzekający uznał, że Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp również w tym zakresie.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że wbrew twierdzeniom Odwołującego Izba ustaliła, że z załącznika nr 1 do Formularza oferty wprost wynikał obowiązek dla wykonawcy

dostarczającego rozwiązanie równoważne dokonania integracji rozwiązania równoważnego z rozwiązaniami Zamawiającego. Ponadto z § 1 ust. 1 pkt 2 wzoru Umowy wynikało, że Wykonawca jest zobowiązany do wykonania Wdrożenia oprogramowania równoważnego zdefiniowanego szeroko jako: „Instalacja i konfiguracja Oprogramowania z przemigrowaniem wszystkich kopii archiwalnych oraz polityk backupu utworzonych przez Zamawiającego przy pomocy oprogramowania HP Data Protector oraz przeprowadzeniem instruktażu dla pięciu wskazanych pracowników Zamawiającego z obsługi Oprogramowania". Również sam Odwołujący w odwołaniu potwierdził, że pojęcie „integracja rozwiązania równoważnego" można rozumieć jednoznacznie jako wdrożenie zdefiniowane we wzorze Umowy a Izba za przekonywujące uznała stanowisko Zamawiającego, że integracja jest częścią całego procesu wdrożenia rozwiązania równoważnego, co jest definicją zgodną ze wzorem Umowy. Tym samym uznać należało, że wykonawca oferujący rozwiązanie równoważne zobowiązany był również do przedstawienia w ofercie propozycji sposobu integracji, a skoro tego dokumentu w ofercie Odwołującego zabrakło, to oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Dokument ten jako stanowiący część oferty nie podlegał uzupełnieniu. Nie sposób uznać ponadto, że opis realizacji wymaganych funkcjonalności i specyfikacja techniczna proponowanego rozwiązania stanowi opis sposobu integracji rozwiązania równoważnego, bowiem w dokumencie tym Odwołujący potwierdził tylko, że spełnia wymagania Zamawiającego dotyczące rozwiązań równoważnych oraz że dokona integracji, natomiast nie zaproponował on opisu sposobu w jaki zamierza to zrobić.

Odnosząc się natomiast do stanowiska Odwołującego że niemożliwe było uczynienie zadość przedmiotowemu wymaganiu bowiem:

- Zamawiający nie wymienił w SIWZ rozwiązań własnych z którymi potencjalna integracja oprogramowania równoważnego miałaby nastąpić,

- Zamawiający pomimo, iż dopiero w odpowiedzi na Pytanie 1 wprowadził wymaganie instalacji oprogramowania równoważnego na dwóch alternatywnych systemach operacyjnych, nie zdecydował na którym konkretnym oprogramowaniu operacyjnym będzie eksploatował oprogramowanie równoważne.

to wskazać należy, że jak wykazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wykonawcy mieli wystarczającą wiedzę co do posiadanych przez Zamawiającego rozwiązań własnych z którymi potencjalna integracja oprogramowania równoważnego miałaby nastąpić, co zostało szczegółowo omówione przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie wyżej przytoczonej. Dlatego też skład orzekający uznał powyższe stanowisko Odwołującego za nieuzasadnione. Na marginesie wskazać należy, że skoro Odwołujący uważał, że w dokumentacji postępowania brak jest informacji co do rozwiązań własnych z którymi potencjalna integracja oprogramowania równoważnego miałaby nastąpić, a wymóg przedstawienia w ofercie propozycji sposobu integracji wynikał z dokumentacji postępowania, to winien był zwrócić się do Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień w tym zakresie lub skorzystać z przysługujących wykonawcom środków ochrony prawnej w celu wyjaśnienia powyższych wątpliwości. Obecne więc kwestionowanie niemożności sporządzenia opisu integracji jest działaniem spóźnionym.

Skład orzekający za bezzasadny uznał także zarzut dotyczący naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp. Podkreślić należy, że jakkolwiek samo wezwanie wykonawców do złożenia wyjaśnień co do oferowanych rozwiązań równoważnych - w trybie powyższego przepisu - jest dopuszczalne, w sytuacji gdy po stronie Zamawiającego powstaną wątpliwości dotyczące treści oferty, to nie może ono jednak prowadzić do naprawy błędów popełnionych przez wykonawców na etapie składania ofert, w tym do uzupełniania czy też uzgadniania między Zamawiającym a wykonawcą treści oferty. Żądanie Odwołującego odnośnie zastosowania wyjaśnień przez Zamawiającego nie może rekompensować braku wykazania przez niego w ofercie, iż oferowany produkt spełnia wymogi postawione przez niego w SIWZ. Treść oferty przedstawiająca, jakie konkretnie rozwiązania czy produkty oferuje wykonawca musi być ustalona nie później niż w terminie składnia ofert i nie może być uzupełniana, czy też uszczegółowiana po tym terminie. Z kolei wykonawca, które oferuje rozwiązania równoważne opisywanym, ma obowiązek wykazać Zamawiającemu za pomocą dowolnych środków dowodowych, iż zaoferowane w ofercie produkty spełniają kryteria równoważności opisane przez Zamawiającego w treści SIWZ. W konsekwencji skład orzekający stwierdził, że Odwołujący oferując rozwiązanie równoważne winien był w sposób niebudzący wątpliwości Zamawiającego dokonać opisu sposobu spełnienia przez zaoferowane przez niego oprogramowanie równoważne wymagania instalacji serwera do zarządzania systemem backup'u na platformie Linux oraz sposobu integracji rozwiązania równoważnego z rozwiązaniami posiadanymi przez Zamawiającego w kontekście konkretnych warunków i celów integracji określonych w wezwaniu już w momencie składania oferty. Skład orzekający w pełni popiera stanowisko Zamawiającego, że gdyby Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, to wezwanie to nie stanowiłoby wezwania do wyjaśnień, ponieważ z uwagi na brak opisu sposobu integracji w ofercie, nie było czego

wyjaśniać. Takie wezwanie stanowiłoby natomiast wezwanie do uzupełnienia oferty, co jest niezgodne z przepisami Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U.

2018, poz. 972).

Przewodniczący:.....