Sygn. akt: KIO 1050/21

WYROK
z dnia 21 maja 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Irmina Pawlik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę Net-o-logy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego z siedzibą w Sękocinie Starym
przy udziale:

A. wykonawcy Computex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

B. wykonawcy B. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą itnomic B. R. w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Net-o-logy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 1050/21

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego z siedzibą w Sękocinie Starym (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja środowiska systemu kopii zapasowych SILP – dostawa oprogramowania i urządzeń wraz z wdrożeniem – procedura po unieważnieniu postępowania" (nr ref. DZ.270.153.2019). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 marca 2021 r. pod numerem 2021/S 058-145960. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego w oparciu o przepisy ustawy z dnia z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy nPzp.

W dniu 6 kwietnia 2021 r. wykonawca Net-o-logy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec ukształtowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia lub uniemożliwia uczciwą konkurencję oraz w sposób wskazujący na jednego producenta. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy nPzp w zw. z art. 99 ust. 1, 2 oraz 4 ustawy nPzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, że opis ten utrudnia lub wręcz uniemożliwia uczciwą konkurencję, tj. uprzywilejowuje konkretne produkty konkretnego producenta i zarazem eliminuje wszystkie pozostałe produkty konkurencyjnych producentów, pomimo braku jakiegokolwiek uzasadnienia technicznego lub wynikającego z potrzeb zamawiającego dla takiego ograniczenia konkurencji;
2. art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy nPzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 oraz 4 ustawy nPzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, że opis ten utrudnia lub wręcz uniemożliwia uczciwą konkurencję, tj. ustanowiono wymogi, które są zbyt rygorystyczne i ograniczają konkurencję poprzez wykluczenie możliwości złożenia w postępowaniu ofert na dostawy niespełniające ww. wymogów pomimo braku jakiegokolwiek uzasadnienia technicznego lub wynikającego z potrzeb zamawiającego dla ww. wymogów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, udostępnienia dokonanej zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania i przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający dokonał sprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w szczególności w Załączniku nr 1 do SWZ, stanowiącym jednocześnie Załącznik nr 1 do Wzoru umowy, zdaniem Odwołującego w sposób rażący naruszając zasadę równego traktowania wykonawców oraz ograniczając konkurencję wręcz do jednego producenta. W odwołaniu zakwestionowano następujące postanowienia SWZ:

1.Strona 4 z 26, pkt IV ppkt 2) a) 2 SWZ

Odwołujący wskazał, iż ww. wymaganie wyklucza zastosowanie innego urządzenia niż Dell Data Domain. Nadto wymaganie posiadania łącznie przepustowości interfejsów 8x10Gb/s + 4x16 Gb/s czyli 144 Gb/s jest znacząco nadmiarowe, gdyż pozwalałoby to na przesył wszystkimi interfejsami 18 GB danych na sekundę, co przy wymaganej wielkości urządzenia jest nieadekwatne do jego możliwości zapisu danych.
Odwołujący wniósł o zmianę tego punktu SWZ w następujący sposób:
„4x 1Gb/s Eth BaseT, 4x10Gb/s Eth OP, 4x16Gb/s FC".

2.Strona 7 z 26, pkt IV ppkt 2) k) 5 SWZ

Odwołujący wskazał, iż powyższy punkt razem z innymi wymaganiami wyklucza zastosowanie innego urządzenia niż Dell Data Domain. Odwołujący podkreślił, iż szyfrowanie danych w sieci lokalnej, czyli z zasady nieotwartej, nie jest praktykowane, zwłaszcza że Zamawiający wymaga tego zabezpieczenia dla danych po deduplikacji – czyli odtworzenie pełnych danych jest i tak praktycznie niemożliwe, gdyż są przesyłane tylko znaczniki i fragmenty zmienionych danych.
Odwołujący wniósł o zmianę powyższego wymagania SWZ na:
„szyfrowanie komunikacji podczas replikacji między urządzeniami".

3.Strona 9 z 26, pkt IV ppkt 2) t) SWZ

Odwołujący podniósł, iż ten punkt razem z innymi wymaganiami wyklucza zastosowanie innego urządzenia niż Dell Data Domain oraz oprogramowania Dell Networker.
Odwołujący zażądał usunięcia tego wymagania.

4.Strona 10 z 26, pkt IV ppkt 3) SWZ

Odwołujący wskazał, iż powyższy punkt przenosi tożsame wymagania jak i jednego preferowanego w tym postępowaniu dostawcę, tj. Dell EMC, co jednoznacznie potwierdza dokumentacja producenta Dell EMC w zakresie preferowanego przez Zamawiającego oprogramowanie Dell NetWorker: (w odwołaniu wskazano fragment dokumentacji wraz z tłumaczeniem).
Odwołujący wniósł o zmianę tego punktu poprzez jego wykreślenie i dopuszczenie w to miejsce możliwości uruchomienia serwerów zarządzających oraz proxy zgodnie z wymaganiami oferowanego rozwiązania.

5.Strona 12 z 26, pkt IV ppkt 3) b) 1 SWZ

Odwołujący podniósł, iż powyższe specyficzne wymaganie faktycznie wyklucza możliwość zaoferowania alternatywnego rozwiązania, gdyż Zamawiający w tym punkcie wymusza integrację z posiadanym urządzeniem DD6300 co, w połączeniu z pozostałymi wymaganiami, jest możliwe wyłącznie za pomocą oprogramowania Dell Networker.
Odwołujący wniósł o zmianę SWZ i wprowadzenie następującego brzmienia ww. punktu:
„1. Oprogramowanie backupowe musi być w pełni zintegrowane z eksploatowanym DD6300 lub oferowanymi deduplikatorami oraz umożliwiać backup zabezpieczanych serwerów na eksploatowany DD6300 lub oferowane deduplikatory zarówno poprzez sieć LAN jak również SAN. Dane do deduplikacji muszą być zapisywane dla dostarczane deduplikatory oraz na posiadany deduplikator", co faktycznie umożliwi dostarczenie równoważnego rozwiązania, bowiem w pełni zintegrowany z eksploatowanym DD6300jest tylko inny DD6300.

6.Strona 14 z 26, pkt IV ppkt 3) b) 18 SWZ

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w tym punkcie w rozwiązaniu alternatywnym do EMC NetWorker w rzeczywistości wyklucza rozwiązanie alternatywne poprzez wymóg replikacji backupów między eksploatowanymi oraz oferowanymi urządzeniami alternatywnymi. Dopuszczając rozwiązanie alternatywne wraz z dostarczeniem dodatkowego urządzanie zastępującego posiadane Zamawiający nie może wymagać integracji z urządzeniem nie używanym w rozwiązaniu alternatywnym.
Odwołujący wniósł o zmianę SWZ i wprowadzenie następującego brzmienia ww. punktu:. „Oprogramowanie backupowe musi umożliwiać zarządzanie bezpośrednią replikacją backupów między urządzeniami w zaproponowanym rozwiązaniu (replikacja realizowana na poziomie urządzeń de-duplikacyjnych) - bezpośrednio z poziomu interfejsu oprogramowania backupowego przy spełnieniu wszystkich poniższych wymagań
–replikacji podlegają tylko te bloki które nie znajdują się na docelowym oferowanym urządzeniu de-duplikacyjnym
–replikacja między urządzeniami de-duplikacyjnymi może nastąpić zarówno bezpośrednio po zakończeniu backupu jak również zgodnie z kalendarzem
–oferowane oprogramowanie backupowe przechowuje informacje o wszystkich kopiach danych znajdujących się na oferowanym urządzeniu de-duplikacyjnym m.in. źródłowych jak i po replikacji GUI oferowanego oprogramowania backupowego powinien umożliwiać wybór urządzenia de-duplikacyjnego, z którego zostanie wykonane odtwarzanie – w efekcie umożliwiając odtworzenie z oryginalnej kopii backup'owej bądź ze zreplikowanej kopii backup'owej".

7. Strona 15 z 26, pkt IV ppkt 3) b) 30 SWZ

Powyższym wymaganiem, w połączeniu z innymi wymaganiami, Zamawiający faktycznie wyklucza zaoferowanie rozwiązania alternatywnego - składowanie danych w samo - opisujących się kontenerach na urządzeniu deduplikującym jest cechą charakterystyczną dla rozwiązania Dell DataDomain. Jeśli Zamawiający w innych punktach (np. 25) wymaga zabezpieczenia poprzez kopie swojej bazy na wiele różnych urządzeń i nośników będących przedmiotem zapytania, tj.: „Oprogramowanie backupowe musi mieć możliwość backupu własnej bazy danych na następujące nośniki: urządzenie dyskowe; deduplikatory będące przedmiotem zapytania; nośniki taśmowe", to nie może wymuszać dodatkowo mechanizmów jak w pkt 30.
Odwołujący wniósł o usunięcie przedmiotowego wymagania.

8.Strona 17 z 26, pkt IV ppkt 3) b) 49 SWZ

Powyższy punkt razem z innymi wymaganiami wyklucza zastosowanie innego urządzenia niż Dell Data Domain oraz oprogramowania Dell Networker, gdyż tylko one łącznie spełniają te wymagania. Odwołujący podniósł, iż szyfrowanie danych w sieci lokalnej, czyli z zasady nieotwartej, nie jest praktykowane, zwłaszcza że Zamawiający wymaga tego zabezpieczenia dla danych po deduplikacji – czyli odtworzenie pełnych danych jest i tak praktycznie niemożliwe, gdyż są przesyłane tylko znaczniki i fragmenty zmienionych danych.
Odwołujący wniósł o zmianę treści powyższego punktu na następującą:.
„System przy zastosowaniu deduplikatora musi posiadać funkcję szyfrowania i kompresji danych transmitowanych pomiędzy zaproponowanymi w rozwiązaniu urządzeniami".

9.Strona 21 z 26, pkt IV ppkt 3) b) 87 SWZ

Powyższe wymagania zdaniem Odwołującego jednoznacznie wskazują na rozwiązanie Dell RecoverPoint for VM, co potwierdzają użyte pojęcia oraz zakres wsparcia (w odwołaniu wklejono zrzuty ekranu ze strony internetowej producenta Dell wraz z tłumaczeniem) Zatem wymagania ppkt 87 łącznie z pozostałymi wymaganiami wykluczają zaoferowanie rozwiązań alternatywnych do rozwiązań Dell.
Odwołujący wniósł o usunięcie z pkt IV, ppkt 3) b) wymagania 87.

W dalszej części odwołania wskazano, iż w ocenie Odwołującego opis przedmiotu zamówienia został dokonany niezgodnie z powołanymi w petitum odwołania przepisami Pzp i uniemożliwia skuteczne złożenie oferty w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego postanowienia opisu przedmiotu zamówienia są obecnie tak skonstruowane, że wymagania SIWZ łącznie spełniają tylko i wyłącznie konkretne produkty konkretnego producenta, tj. wyłącznie rozwiązania marki Dell. Powyższe eliminuje z postępowania produkty wszystkich innych producentów, w tym także światowych potentatów w tej dziedzinie. Innymi słowy, opis przedmiotu zamówienia został tak przygotowany, że w rezultacie mamy do czynienia z tzw. dyskryminującym zbiegiem wymagań. Oprócz wskazanych w odwołaniu produktów marki Dell nie istnieją żadne dostępne na rynku rozwiązania (produkty), które w całości (łącznie) spełniają wymagania SIWZ. Wykonawca, który chciałby zaoferować jakikolwiek inny produkt dostępny na rynku, będzie narażony na złożenie oferty o treści niezgodnej z treścią SIWZ, gdyż każdy produkt inny niż wskazany w odwołaniu produkt marki Dell nie spełni jednego albo kilku z postawionych przez Zamawiającego wymagań. Opis parametrów produktów w taki sposób, że spełnia je tylko jeden, konkretny produkt czy dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych, wygórowanych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami Zamawiającego, dowodzi ograniczenia uczciwej konkurencji w przedmiotowym postępowaniu.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że nie będzie też żadnym argumentem w sprawie, jeżeli okazałoby się, że wymagane przez Zamawiającego parametry spełnia więcej niż jeden produkt jednego producenta. Nadal bowiem z przedmiotowego postępowania wyeliminowane będą, bez żadnych uzasadnionych do tego podstaw, produkty z naddatkiem spełniające obiektywnie uzasadnione potrzeby Zamawiającego. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2011 r., sygn. akt: KIO 1196/11. W ocenie Odwołującego, jedynym powodem, dla którego Zamawiający sformułował ww. kwestionowane wymagania, jest faworyzowanie wskazanych w odwołaniu produktów marki Dell.

Produkty te spełniają bowiem zarówno wymagania kwestionowane w niniejszym odwołaniu jak i wszystkie pozostałe wymagania SIWZ, w przeciwieństwie do innych produktów innych producentów. Odwołujący wskazał, że wedle utrwalonego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia, względnie stawia wybranych wykonawców w uprzywilejowanej sytuacji wobec pozostałych. Powołał się na wyrok z dnia 8 sierpnia 2012 r., sygn. akt: KIO 1549/12. W ocenie Odwołującego w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie uczynił zadość obowiązkom wynikającym z ww. przepisów. Ze względu na powyższe Odwołujący domaga się, aby Zamawiający zmienił treść SIWZ w sposób wskazany powyżej.

W uzasadnieniu powyższego żądania Odwołujący wskazał, że art. 99 ust. 1 Pzp służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych w art. 16 pkt 1 Pzp. Biorąc pod uwagę przepis art. 99 ust. 4 Pzp, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Odwołujący wskazał na wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., II Ca 693/05. W ocenie Odwołującego poprzez sformułowanie wymogów kwestionowanych w odwołaniu Zamawiający bez jakiegokolwiek uzasadnienia eliminuje z przedmiotowego postępowania zdecydowaną większość wykonawców, którzy z powodzeniem są w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie. W ocenie Odwołującego kwestionowane w odwołaniu wymogi nie są podyktowane uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego a wyłącznie chęcią maksymalnego ograniczenia konkurencji. Wedle utrwalonego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia. Na powyższe konsekwentnie wskazuje się w orzecznictwie KIO. Odwołujący powołał się na uchwałę Izby z dnia 6 lutego 2012 roku, sygn. akt KIO/KD 14/12 oraz wyrok z dnia 22 lipca 2013 roku, sygn. akt: KIO 1589/13. Zdaniem Odwołującego nie będzie żadnym argumentem w sprawie, że kwestionowany w odwołaniu opis przedmiotu zamówienia spełnia dwóch czy więcej wykonawców, skoro Zamawiający w sposób całkowicie nieuprawniony wyeliminował możliwość ubiegania się o przedmiotowe zamówienie przez zdecydowaną większość wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia. Powyższe jednoznacznie wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej – Odwołujący wskazał na wyroki w sprawach o sygn. akt KIO 2683/13, KIO 938/14, KIO 28/14, KIO 2729/10.

Odwołujący dodał, że również w orzecznictwie sądów powszechnych utrwalił się pogląd o niedopuszczalności opisywania przedmiotu zamówienia w sposób nawet pośrednio ograniczający konkurencję (nie mówiąc już o bezpośrednim jej utrudnianiu innymi sposobami). Wyraźnie wskazuje na to wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05. Tożsame stanowisko znalazło się również w wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 17 grudnia 2009 r., sygn. akt II Ca 992/09 oraz w wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 2 kwietnia 2009 r., sygn. akt IX Ga 49/09. Odwołujący zwrócił szczególną uwagę na wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 stycznia 2012 r., sygn. akt VI ACa 965/11. W rozpatrywanej wówczas sprawie Sąd Apelacyjny podtrzymał wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie stwierdzający nieważność umowy sprawie zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego tezy zawarte w uzasadnieniu ww. wyroku stosują się wprost w niniejszej sprawie.

Ponadto Odwołujący podkreślił, że z uwagi na charakter kwestionowanych postanowień SIWZ, z których każde utrudnia uczciwą konkurencję w skuteczny sposób pozbawiający Odwołującego dostępu do zamówienia, tylko pełne uwzględnienie przedstawionych w niniejszym odwołaniu zarzutów i żądań skutkować będzie doprowadzeniem postępowania do zgodności z ustawą. Pozostawienie w SIWZ któregokolwiek z kwestionowanych postanowień spowoduje, iż dostęp do niniejszego zamówienia w dalszym ciągu będzie utrudniony, a wręcz nie będzie go w ogóle. Wykonawcy zobowiązani są bowiem do złożenia oferty zgodnej z każdym żądaniem przedstawionym w treści SIWZ, zatem zaniechanie zmiany któregokolwiek z przedstawionych powyżej wymagań nie otworzy dostępu do tego postępowania wszystkim podmiotom mogącym należycie wykonać przedmiotowe zamówienie.

Podsumowując Odwołujący podniósł, iż z powołanych w odwołaniu przepisów ustawy wynika jednoznacznie, iż przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób neutralny i nie utrudniający uczciwej konkurencji. Odwołujący jest przekonany, że opisanie przedmiotu zamówienia w inny sposób, tj. zgodnie z żądaniami odwołania, umożliwi realizację potrzeb Zamawiającego przy jednoczesnym poszanowaniu zasad równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania przetargowego zgodnie z zasadą zachowania uczciwej konkurencji. Mając na uwadze argumenty przedstawione w odwołaniu, należy stwierdzić, że Zamawiający dopuścił się wszystkich wskazanych powyżej naruszeń formułując postanowienia SIWZ w sposób kwestionowany w odwołaniu. Zatem uznać należy, że odwołanie jest w pełni uzasadnione.

Zamawiający w dniu 18 maja 2021 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający podniósł, iż w sposób należyty wywiązał się z obowiązku zapewnienia uczciwej konkurencji, zapewniając wykonawcom równy dostęp do dokumentacji postępowania poprzez publikację ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz publikację SWZ na stronie postępowania. Zamawiający uważa za niezasadne stawianie mu zarzutu naruszenia zasady uczciwej konkurencji i proporcjonalności poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający lub wręcz uniemożliwiający uczciwą konkurencję. Zamawiający sporządzając opis zamówienia kierował się swoimi racjonalnymi potrzebami dotyczącymi rozwiązań technicznych, które wynikają z obecnie posiadanej infrastruktury sprzętowo-programowej oraz wymagań dotyczących zapewnienia bezpieczeństwa teleinformatycznego danych. Uzasadnione potrzeby podmiotu zamawiającego mogą usprawiedliwiać ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców oraz wpływać na zakres oferowanych przez nich usług, dostaw i robot budowlanych, o ile wynikają one z celu, dla którego podmiot zamawiający wszczyna określone postępowanie, a cel ten jest nakierowany na realizację tychże potrzeb i w żaden inny sposób nie może zostać osiągnięty (zasada proporcjonalności), zaś wymagania Zamawiającego związane są z istotą przedmiotu zamówienia i jego indywidualnymi właściwościami pozwalającymi na osiągnięcie wskazanego wyżej celu. Zamawiający nie jest obowiązany do takiego formułowania wymagań w opisie przedmiotu zamówienia, aby umożliwić wszystkim wykonawcom funkcjonującym na rynku ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym złożenie oferty. Zamawiający wskazał, iż w orzecznictwie istnieje ugruntowane stanowisko wskazujące, że Zamawiający ma prawo do ograniczenia konkurencji proporcjonalnie do swoich potrzeb. Powołał się na wyroki Izby w sprawach o sygn. akt KIO 2184/13, KIO 694/13 KIO 2478/17, KIO 2480/17, KIO 1987/14. W ocenie Zamawiającego niezasadne jest stawianie przez Odwołującego zarzutu dotyczącego ograniczenia konkurencyjności i stawiania nieproporcjonalnych wygórowanych w jego mniemaniu wymagań. To Zamawiający kierując się swoim doświadczeniem, wiedzą ekspercką, jako gospodarz postępowania określa jaki parametr lub warunek realizacji przedmiotu zamówienia jest dla niego istotny, biorąc pod uwagę zarówno stan obecny eksploatowanej infrastruktury jak i plany jej rozwoju. Ponadto ustawa nPzp nie nakłada obowiązku wskazywania w opublikowanej dokumentacji postępowania opisu posiadanej infrastruktury w pełnym zakresie oraz szczegółowego uzasadniania swoich wymagań technicznych oraz planów docelowych.

Odnosząc się do postanowienia SWZ zaskarżonego w pkt 1 odwołania Zamawiający wskazał, iż postawił ww.

wymaganie, kierując się swoimi uzasadnionymi potrzebami. Standard 10Gb/s Eth BaseT jest obecny praktycznie w dowolnym urządzeniu poczynając od komputerów PC po serwery i macierze. Uwzględniając niezbędną redundancję pracy urządzenia otrzymujemy redundantne połączenia o parametrach 2x10Gb/s EthBaseT,2x10Gb/s EthOP, 2x16Gb/s FC, połączenia FC dedykowane są do komunikacji pomiędzy duplikatorami oraz biblioteką taśmową. Realnie pozostają możliwości wykonywania kopi z 4 stref bezpieczeństwa dla każdej strefy po 10Gb/s. Należy wziąć po uwagę, że przedmiotowe środowisko backup musi obsługiwać infrastrukturę służącą ok 25 700 użytkowników, w tym wszystkie systemy centralne LP o pojemności zgodnie z OPZ 675TB do codziennej kopii. Zgodnie z powyższym wymagania umieszczone w OPZ są w pełni uzasadnione potrzebami Zamawiającego. Zamawiający podniósł, iż dodatkowo należy uwzględnić, że obecne środowisko sieciowe Zamawiającego jest zaprojektowane i wykonane z uwzględnieniem standardu 10Gb/s. Zaniżenie wymagań dotyczących przepustowości jest niekorzystne dla zamawiającego ze względu na planowane inwestycje. Planowane zakupy nowych urządzeń, które wejdą w skład infrastruktury również uwzględniają wymagania dotyczące przepustowości. Dodatkowo opisane rozwiązanie zapewnia większą odporność na awarie. Dla każdego możliwego połączenia (EthBaseT, EthOP, FC) powinny być po 2 kontrolery z 2 interfejsami każdy, które będą połączone po drugiej stronie z 2 przełącznikami działającymi w stacku. Każdy kontroler musi mieć połączenie z każdym urządzeniem sieciowym. Dzięki temu całość działa w przypadku awarii pojedynczego kontrolera, interfejsu, bądź przełącznika. Zamawiający wskazał, iż wymienione w treści SWZ a objęte zarzutem odwołania interfejsy sieci LAN umożliwią pozbycie się pojedynczego punktu awarii w postaci karty czteroportowej 10Gb/s. Zastosowanie w tym przypadku karty 1Gb/s spowolniłoby odtwarzanie 10-krotnie. Dodatkowo, nie przewiduje się w nowych przełącznikach klienta interfejsów 1 Gb/s. Posiadanie przez Zamawiającego w opisanym rozwiązaniu dwóch kart LAN 1OGb/s jest w pełni zasadne. Porty FC mogą być wykorzystywane tylko na potrzeby replikacji/klonowania danych z deduplikatorów na urządzenia taśmowe, więc w tym przypadku nadmiarowość ma uzasadnienie.

Zdaniem Zamawiającego niezasadne jest twierdzenie Odwołującego o wykluczeniu zastosowania innego urządzenia niż Dell Data Domain. Rozwiązanie opisane w aktualnym brzmieniu SWZ jest konkurencyjne i jest także dostępne m.in. w produktach rodziny HP StoreOnce. Wielorakość interfejsów daje możliwość lepszej optymalizacji polityk backupu i rozłożenie jej zarówno przez sieć SAN (4x16Gb/s FC) jak i LAN (4x10Gb/s EthBaseT, 4x10Gb/s EthOP). Postawienie wymogu posiadania dwojakiego medium transmisji poprzez interfejsy (4x 10Gb/s EthBaseT,4x10Gb/s EthOP) daje możliwość wykorzystania zarówno połączeń miedzianych 10Gb/s jak i optycznych o tej samej przepustowości. Wymaganie aby urządzenie zamiast interfejsów 4x10Gb/s EthBaseT posiadało 4x1Gb/s EthBaseT jest zaprzeczeniem obecnych trendów przepustowości sieci produkcyjnej, gdzie zwłaszcza przy urządzeniach odpowiadających za backup przepustowość jest istotnym parametrem.

Odnosząc się do postanowienia SWZ zaskarżonego w pkt 2 odwołania Zamawiający podniósł, iż postawił ww. wymaganie, kierując się swoimi uzasadnionymi potrzebami. Środowisko zamawiającego jest rozproszone geograficznie i w przypadku backupu danych pomiędzy ośrodkami przetwarzania danych (tj. Centrum Podstawowym i Centrum Zapasowym) ruch sieciowy jest realizowany przez zewnętrznych operatorów, przez ich urządzenia sieciowe. Nie mamy tu do czynienia tylko z siecią lokalną (LAN) ale również z siecią rozległą (WAN). W związku z powyższym niezbędne jest zapewnienie wysokiego poziomu bezpieczeństwa transmisji danych, w tym w szczególności odpowiedniego poziomu szyfrowania zarówno sieci LAN jak i WAN. Przejęcie nawet fragmentów niezaszyfrowanych danych oznacza duże ryzyko wycieku danych osobowych oraz będących tajemnicą przedsiębiorstwa. Dodatkowo Zamawiający podkreśla, że wymóg szyfrowania dotyczący sieci LAN wynika również z przyjętej wewnętrznej polityki bezpieczeństwa PGL LP. Według Zamawiającego szyfrowanie 256-bitów jest standardem w rozwiązaniach deduplikatorów, np. HP StoreOnce wraz z oprogramowaniem MicroFocus DP jak i Data Domain i Dell NetWorker oraz w rozwiązaniach firmy Quantum np. seria DXi4800. Parametr, który podnosi Odwołujący jest istotny w przypadku rozwiązań systemu backupu, które wykorzystują przesyłanie danych przez sieć LAN i są objęte politykami bezpieczeństwa.

W zakresie postanowienia SWZ zaskarżonego w pkt 3 odwołania Zamawiający wyjaśnił, iż WORM - Write Once Read Many to technologia przechowywania danych, która polega na jednokrotnym zapisie danych na nośniku, bez późniejszej możliwości ich modyfikowania, aby zapobiec przypadkowemu usunięciu lub zmianie informacji w późniejszym okresie, przy trwałości archiwalnej do 30 lat. Dane zapisane na nośnikach WORM są zabezpieczone przez atakami szyfrowania danych dla okupu „Ransomware". Zamawiający postawił ww. wymaganie, kierując się swoimi uzasadnionymi potrzebami związanymi z koniecznością zabezpieczenia wybranych plików/obiektów (np.: dokumentów w wersji elektronicznej mogących stanowić dowody w toczących się postępowaniach sądowych) przed nieautoryzowaną zmianą lub usunięciem oraz ochroną zasobów. Ponadto równoważne funkcje posiada urządzenie HP StoreOnce/Microfocus Data Protector, co jest potwierdzone w oficjalnej i publicznie dostępnej dokumentacji oraz IBM Spectrum Protecta z urządzeniem VTL.

W odniesieniu do postanowienia SWZ zaskarżonego w pkt 4 odwołania Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie wskazał, które określone parametry przez Zamawiającego są jednoznacznie wskazujące na dostawcę Dell EMC. Zamawiający przyjął za podstawowe parametry techniczne kierując się wymaganiami posiadanego i rozbudowywanego rozwiązania. Przy obecnych zapisach każdy wykonawca ma gwarantowane takie same warunki realizacji przedmiotu zamówienia. Dopuszczenie rozwiązania wskazanego przez Odwołującego mogłoby skutkować dostarczeniem produktu, który przerzucałby na zamawiającego koszt zapewnienia infrastruktury dla dowolnego rozwiązania bez górnego limitu wymagań. Zamawiający podniósł, iż nie blokuje „możliwości uruchomienia serwerów zarządzających oraz proxy zgodnie z wymaganiami oferowanego rozwiązania" i dopuszcza możliwość dostarczenia dodatkowych zasobów sprzętowych przez wykonawcę, aby wymagania funkcjonalne i wydajnościowe były spełnione, lecz koszt dodatkowych zasobów leży po stronie wykonawcy. Wykonawca ma dostarczyć kompletne rozwiązanie. Ponadto Zamawiający zaznaczył, że na rynku dostępne są inne rozwiązania spełniające wymagania wskazane w OPZ: równoważne wymagania posiada serwer zarządzający aplikacją np. MicroFocus Data Protector, co jest potwierdzone w oficjalnej i publicznie dostępnej dokumentacji. Pozostałe wymienione serwery wymagane są na dodatkowe komponenty raportujące, jeśli takowe są wymagane jak i dla podłączenia biblioteki taśmowej bez potrzeby dedykowania pojedynczego serwera fizycznego (niepotrzebna strata zasobów Zamawiającego). Zamawiający wskazał, iż dopuścił w ramach postępowania zaproponowanie rozwiązania równoważnego w stosunku do posiadanego przez siebie systemu backupu. Nie odrzucił także równoważnych parametrów określonych przez producentów innych systemów backupu.

Odnosząc się do postanowienia SWZ zaskarżonego w pkt 5 odwołania Zamawiający wyjaśnił, iż każde oprogramowanie kopii zapasowych może wykorzystać urządzenia Data Domain wykorzystując np. DDBoostFS. Natomiast deduplikacja przez sieć SAN może być realizowana w przypadku integracji z oprogramowaniem Dell NetWorker jak i Micro Focus Data Protector oraz innymi, co jest potwierdzone w oficjalnej i publicznie dostępnej dokumentacji. W treści wymogu znajduje się zapis, że Zamawiający posiada urządzenie Dell EMC DD6300, które jest biblioteką wirtualną i przy zaproponowanym systemie backupu równoważnym do posiadanego należy zapewnić pełną integrację oraz możliwość zapisywania na nim. Biorąc pod uwagę trzech wiodących producentów deduplikatorów (HPE, Dell EMC i Quantum) według informacji jakie posiada Zamawiający jest zapewniona integracja i możliwość zapisu chociaż przez takie systemy jak Veeam, Commvault oraz IBM Spectrum Protect. Przytoczony punkt OPZ dotyczy relacji oprogramowanie backup - deduplikator.

W zakresie postanowienia SWZ zaskarżonego w pkt 6 odwołania Zamawiający podniósł, iż oprogramowanie

Microfocus Data Protector jak i Dell NetWorker umożliwiają uruchomienie replikacji między urządzeniami Data Domain jak i wybranie kopii z której odtwarzane są dane, co znajduje pełne potwierdzenie w oficjalnej i publicznie dostępnej dokumentacji. Dodatkowo w tak postawionym wymogu można zrealizować taką funkcjonalność poprzez odpowiednio napisaną politykę backupu oraz funkcjonalności zaproponowanej platformy. Uznanie ww. odwołania uniemożliwiłoby (zgodnie z wymaganiami Zamawiającego) utworzenie dwóch środowisk pomiędzy funkcjonującymi u Zamawiającego lokalizacjami (Centrum Podstawowe i Centrum Zapasowe) z możliwością replikacji zdeduplikowanych danych, a więc jednej z podstawowych założeń systemu opisanym w zamówieniu. Jeżeli rozwiązanie zaproponowane przez wykonawcę nie może poprawnie współpracować z posiadanym przez Zamawiającego deduplikatorem to zgodnie z OPZ Zamawiający nie blokuje możliwości dostarczenia przez wykonawcę rozwiązania składającego się z 4 deduplikatorów: „Jeżeli Wykonawca nie jest w stanie dostarczyć 3 urządzeń które spełniają warunki replikacji z posiadanym deduplikatorem, może dostarczyć dodatkowy czwarty deduplikator spełniający warunki deduplikatora D3."

Odnosząc się do postanowienia SWZ zaskarżonego w pkt 7 odwołania Zamawiający wskazał, iż większość rozwiązań funkcjonujących na rynku systemów kopii zapasowych umożliwia importowanie własnych danych z wolumenów backupowych, co znajduje pełne potwierdzenie w oficjalnej i publicznie dostępnej dokumentacji.

W odniesieniu do postanowienia SWZ zaskarżonego w pkt 8 odwołania Zamawiający podniósł, iż zarówno oprogramowanie Microfocus Data Protector jak i HP StoreOnce umożliwiają analogiczną do wymaganej w aktualnej SWZ konfigurację, co znajduje pełne potwierdzenie w oficjalnej i publicznie dostępnej dokumentacji. Założenia projektu środowiska umieszczone w SWZ zakładają, że dane będą przesyłane pomiędzy oddalonymi od siebie ośrodkami. Zamawiający pomiędzy tymi ośrodkami posiada rozciągniętą sieć LAN realizowaną przez firmy zewnętrze, co uzasadnia potrzebę zdefiniowaną w SWZ dotyczącą szyfrowania. Zamawiający musi dochować należytej staranności w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa zabezpieczanych danych. Przesyłanie danych: wrażliwych objętych ustawą o ochronie danych osobowych, haseł, będących tajemnicą przedsiębiorstwa, bez szyfrowania przez infrastrukturę firm trzecich może zostać potraktowane jako niedopełnienie obowiązków przez Zamawiającego.

W zakresie postanowienia SWZ zaskarżonego w pkt 9 odwołania Zamawiający wskazał, iż postawił ww. wymaganie, kierując się swoimi uzasadnionymi potrzebami związanymi z utrzymaniem środowiska Vmware użytkowanego w infrastrukturze PGL LP. Równoważne funkcjonalności posiada rozwiązanie między innymi Veeam Backup&Recovery, Microfocus Data Protector, ZERTO co znajduje pełne potwierdzenie w oficjalnej i publicznie dostępnej dokumentacji. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu ustanowienie wymogów opisanych dla rozwiązania sprzętowo-programowego aby zapewnić funkcjonalność Continuous Data Protection (CDP) dla środowisk VMware. Także w tym punkcie istnieją platformy backupowe, które spełniają funkcjonalność opisaną przez Zamawiającego. Zamawiający zwrócił uwagę, że środowiska oparte na wirtualizacji Vmware są chwili obecnej najbardziej dynamicznie rozwijającymi się funkcjonalnie systemami. Zamawiający musiałby zrezygnować i wprowadzić zmiany w obecnie obranej polityce backupu na korzyść systemu, który nie rozwija się wraz z rozwojem trendów rynkowych.

Stanowisko procesowe w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia przedstawił także wykonawca Computex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, iż nie zgadza się z twierdzeniami zawartymi w odwołaniu, iż Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców. W ocenie Computex w zakresie dotyczącym kwestionowanych wymagań technicznych wymaganych w SIWZ nie mają one charakteru niekonkurencyjnego a sam fakt ew. niespełniania ich przez produkty jakie chciałby zaoferować Odwołujący w postępowaniu nie stanowi dowodu, że zostały one określone z naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych. Nie można zasady nieutrudniania konkurencji rozumieć w taki sposób, że Zamawiający powinien zaakceptować każde świadczenie, nawet niezgodne z jego potrzebami, dlatego, że może je zrealizować większy krąg podmiotów, niż świadczenie, odpowiadające jego oczekiwaniom. Wykonawca Computex wskazał na orzeczenia Izby wydane w sprawach o sygn. akt KIO/UZP 277/10, KIO/UZP 1602/09, KIO/UZP 80/07, KIO/UZP 423/08, KIO 1550/13, KIO 1592/20, KIO 1873/20.

W zakresie postanowienia SWZ zaskarżonego w pkt 1 odwołania wykonawca podniósł, iż wymienione w treści SWZ a objęte zarzutem odwołania interfejsy sieci LAN umożliwią pozbycie się pojedynczego punktu awarii w postaci karty czteroportowej 10Gb/s. Zastosowanie w tym przypadku narty 1Gb/s spowolniłoby odtwarzanie 10 krotnie. Dodatkowo, nie przewiduje się w nowych przełącznikach klienta interfejsów 1Gb/s. Żądanie Odwołującego polegające na możliwości zaoferowania interfejsów 1GB/s, naraża Zamawiającego na znaczne obniżenie parametrów wydajnościowych, ponieważ w przypadku awarii, prędkość odtwarzania spadłaby 10-krotnie. Posiadanie przez Zamawiającego z opisanym rozwiązaniu dwóch kart LAN 10Gb/s jest w pełni zasadne. Porty FC mogą być wykorzystywane tylko na potrzeby replikacji/klonowania danych z deduplikatórów na urządzenia taśmowe więc w tym przypadku nadmiarowość jest nie ma uzasadnienia. Nieprawdziwe i w żaden sposób nieudowodnione jest twierdzenie Odwołującego o rzekomym wykluczeniu zastosowanie innego urządzenia niż Dell Data Domain. Według wiedzy Odwołującego rozwiązanie opisane w aktualnym brzmieniu SWZ jest konkurencyjne i dostępne m.in. w produktach rodziny HP StoreOnce.

W zakresie postanowienia SWZ zaskarżonego w pkt 2 wykonawca Coputex wskazał, iższyfrowanie 256-bitów jest absolutnym standardem w rodzinach deduplikatorów np. HP StoreOnce wraz z oprogramowaniem MicroFocus DP jak i Data Domain i Dell Networker. Potwierdzają powyższe oficjalne dane produktowe (w piśmie wskazano linki do stron internetowych i przytoczono treści tam zawarte wraz z tłumaczeniem). Nieprawdziwe i w żaden sposób nieudowodnione jest twierdzenie Odwołującego o rzekomym wykluczeniu zastosowanie innego urządzenia niż Dell Data Domain. Cmoputex wykazał, że wymaganie SWZ jest konkurencyjne i uzasadnione obiektywnymi względami technicznymi i funkcjonalnymi.

W odniesieniu do postanowienia SWZ zaskarżonego w pkt 3 odwołania Computex podniósł, iż wymaganie „możliwość zablokowania danych przed usunięciem, zmodyfikowaniem, zaszyfrowaniem przez określony czas" obecnie jest powszechnie wykorzystywanym standardem bezpieczeństwa. Równoważne funkcje posiada urządzenie HP StoreOnce/Microfocus Data Protector, co jest potwierdzone w oficjalnej i publicznie dostępnej dokumentacji (w piśmie wskazano linki do stron internetowych i przytoczono treści tam zawarte wraz z tłumaczeniem). Nieprawdziwe i w żaden sposób nieudowodnione jest twierdzenie Odwołującego o rzekomym wykluczeniu zastosowanie innego urządzenia niż Dell Data Domain oraz oprogramowania Dell Networker. Coputex wykazał, że wymaganie SWZ jest konkurencyjne i uzasadnione obiektywnymi względami technicznymi i funkcjonalnymi a żądanie jego usunięcia nieuprawnione.

W zakresie postanowienia SWZ zaskarżonego wpkt 4 wykonawca potwierdził, iż równoważne wymagania posiada serwer zarządzający aplikacją MicroFocus Data Protector, co jest potwierdzone w oficjalnej i publicznie dostępnej dokumentacji (w piśmie wskazano linki do stron internetowych i przytoczono treści tam zawarte wraz z tłumaczeniem). Pozostałe wymienione serwery wymagane są na dodatkowe komponenty raportujące, jeśli takowe są wymagane jak i dla podłączenia biblioteki taśmowej bez potrzeby dedykowania pojedynczego serwera fizycznego (niepotrzebna strata zasobów). bezzasadne i nieprawdziwe jest twierdzenie Odwołującego, że powyższy punkt rzekomo powiela wymagania preferowanego w tym postępowaniu dostawcę, tj. Dell EMC.

W zakresie postanowienia SWZ zaskarżonego w pkt 5w piśmie wskazano, iż każde oprogramowanie kopii zapasowych może wykorzystać urządzenia Data Domain wykorzystując np. DDBoostFS. Natomiast deduplikacja przez sieć SAN może być realizowana w przypadku integracji z oprogramowaniem Dell Networker jak i Micro Fokus Data

Portector oraz innymi, co jest potwierdzone w oficjalnej i publicznie dostępnej dokumentacji (w piśmie wskazano linki do stron internetowych i przytoczono treści tam zawarte wraz z tłumaczeniem).

Odnośnie postanowienia SWZ zaskarżonego wpkt 6 Coputex wskazał, że zarówno oprogramowanie Microfocus Data Protector jak i Dell Networker oraz inne umożliwiają uruchomienie replikacji między urządzeniami Data Domain jak i wybranie kopii z której odtwarzane są dane, co znajduje pełne potwierdzenie w oficjalnej i publicznie dostępnej dokumentacji (w piśmie wskazano linki do stron internetowych i przytoczono treści tam zawarte wraz z tłumaczeniem).

W zakresie postanowienia SWZ zaskarżonego wpkt 7 wykonawca wskazał, że każde oprogramowanie kopii zapasowych umożliwia importowanie własnych danych z wolumenów backupowych, co znajduje pełne potwierdzenie w oficjalnej i publicznie dostępnej dokumentacji (w piśmie wskazano linki do stron internetowych i przytoczono treści tam zawarte wraz z tłumaczeniem).

Co do postanowienia SWZ zaskarżonego wpkt 8 wykonawca Computex podniósł, iż zarówno oprogramowanie Microfocus Data Protector jak i HP Storonce umożliwiają analogiczną do wymaganej w aktualnej SWZ konfiguracje, co znajduje pełne potwierdzenie w oficjalnej i publicznie dostępnej dokumentacji (w piśmie wskazano linki do stron internetowych i przytoczono treści tam zawarte wraz z tłumaczeniem).

W zakresie postanowienia SWZ zaskarżonego wpkt 9 wskazano, że równoważne funkcjonalności posiada rozwiązanie między innymi Veeam Backup&Recovery, Microfocus Data Protector, ZERTO co znajduje pełne potwierdzenie w oficjalnej i publicznie dostępnej dokumentacji (w piśmie wskazano linki do stron internetowych i przytoczono treści tam zawarte wraz z tłumaczeniem).

Podsumowując wykonawca Computex wskazał, że zarzuty i żądania odwołania nie zasługują na uwzględnienie, uznał więc za zasadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego celem wskazania braku zasadności zarzutów i twierdzeń Odwołującego, w związku z konsekwencjami jakie może rodzić uwzględnienie odwołania. W ocenie Computex w zakresie dotyczącym kwestionowanych wymagań SWZ nie mają one charakteru niekonkurencyjnego, a sam fakt niespełniania ich przez Odwołującego w postępowaniu przez sprzęt jaki chciałby zaoferować, nie stanowi dowodu, że zostały one określone z naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych. Standardowość wymagań Zamawiającego i powszechność takich rozwiązań w dostępnych rynkowo produktach są wskazane w zaprezentowanych w niniejszym przystąpieniu dowodach. Dokumenty potwierdzają, że wszystkie spośród kwestionowanych odwołaniem funkcjonalności stanowią rozwiązania w pełni dostępne i konkurencyjne, przez co można uznać je za standard rynkowy. Co więcej nawet sam Odwołujący nie wskazuje nawet jaki produkt tych wymagań i tak podstawowych funkcjonalności jak kwestionowane, nie posiada. Wiedza rynkowa i obserwowana aktywność na rynku dostaw przez Odwołującego potwierdzają, że faktycznie Odwołujący nie posiada bariery w dostępie do aktualnego przetargu a wyłącznie kierując się chęcią optymalizacji ceny ma zamiar w zasadniczy sposób obniżyć klasę wymaganych przez Zamawiającego sprzętu. Wysoce prawdopodobnym przy tym jest, że rozwiązanie jakie chciałby zaoferować w postępowaniu Odwołujący to sprzęt z niższej kategorii tak technologicznej jak i w konsekwencji cenowej. Zatem cel odwołania to w istocie dopuszczenie do oferowania produktu z nieporównywalnej półki cenowej. Zatem faktycznie to wyłącznie doraźny interes Odwołującego a nie rzeczywiste przeszkody w dostępie do sprzętu spełniającego wymagania SIWZ leżą u podstaw odwołania.

Wykonawca B. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą itnomic B. R. w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia również wniósł o oddalenie odwołania, zaprzeczając jakoby OPZ został dokonany w sposób naruszający ustawę nPzp. Powołał się na orzeczenia KIO w sprawach o sygn. akt KIO 1598/17 oraz KIO 1789/17.

W zakresie postanowienia SWZ zaskarżonego w pkt 1 odwołania wskazano, iż rozumowanie Odwołującego jest błędne - wielorakość interfejsów daje możliwość lepszej optymalizacji polityk backupu i rozłożenie jej zarówno przez sieć SAN (4x16Gb/s FC) jak i LAN (4x10Gb/s EthBaseT,4x10Gb/s EthOP). Zaś postawienie wymogu posiadania dwojakiego medium transmisji poprzez interfejsy (4x10Gb/s EthBaseT,4x10Gb/s EthOP) daje możliwość wykorzystania zarówno połączeń miedzianych 10Gb/s jak i optycznych o tej samej przepustowości. Wymaganie aby urządzenie zamiast interfejsów 4x10Gb/s EthBaseT posiadało 4x1Gb/s Eth BaseT jest zaprzeczeniem obecnych trendów przepustowości sieci produkcyjnej, gdzie zwłaszcza przy urządzeniach odpowiadających za backup przepustowość jest istotnym parametrem.

W odniesieniu do postanowienia SWZ zaskarżonego w pkt 2 odwołania, wykonawca itnomic wyjaśnił, iż szyfrowanie 256-bitów po sieci lokalnej jest stosowane nie tylko jak to zarzuca odwołujący przez urządzenie Dell Data Domain możemy znaleźć je także w rozwiązaniach firmy Qunatum chociażby z serii DXi4800. Parametr który podnosi Odwołujący jest istotny w przypadku rozwiązań systemu backupu które wykorzystują przesyłanie danych przez sieć LAN i są objęte dodatkową są objęte politykami bezpieczeństwa.

W odniesieniu do postanowienia SWZ zaskarżonego w pkt 3 podniesiono, iż wskazane w kwestionowanym postanowieniu parametry są są ogólnie stosowane przy tworzeniu polityk backupu i spełnia go nie tylko połączenie Dell Data Domain oraz oprogramowania Dell Networker ale także zastosowanie IBM Spectrum Protecta z urządzeniem VTL.

W zakresie postanowienia SWZ zaskarżonego w pkt 4 odwołania wskazano, iż Zamawiający słusznie wyspecyfikował jako parametry preferowanego środowiska wytyczne określone przez posiadany przez siebie system backupu Dell NetWorker. Dopuścił także w ramach postępowania zaproponowanie rozwiązania równoważnego w stosunku do posiadanego przez siebie systemu backupu. Nie odrzucił także na postawie pytania Odwołującego lub innego potencjalnego oferenta równoważnych parametrów określonych przez producenta innego systemu backupu. Ciężko więc zarzucać umieszczenie parametrów minimalnych systemu backupu przez siebie posiadanego, bo istnieje kilkadziesiąt systemów backupów alternatywnych i niemożliwością jest określenie ich parametrów w jednej specyfikacji.

W odniesieniu postanowienia SWZ zaskarżonego w pkt 5 wykonawca podniósł, iż z treści kwestionowanego wymogu można jedynie wywnioskować, że Zamawiający posiada urządzenie DD6300, które jest biblioteką wirtualną i przy zaproponowanym systemie backupu równoważnym do posiadanego należy zapewnić pełną integrację oraz możliwość zapisywania na nich . Biorąc pod uwagę trzech wiodących producentów deduplikatorów (HPE, Dell EMC i Quantum) jest zapewniona integracja i możliwość zapisu chociaż przez takie systemy jak Veeam, Commvault czy wcześniej już wspomniany IBM Spectrum Protect.

W odniesieniu do postanowienia SWZ zaskarżonego w pkt 6 wskazano, iż Odwołujący zarzuca brak możliwości zaproponowania rozwiązania alternatywnego do rozwiązania EMC NetWorker poprzez wymóg replikacji backupów między eksploatowanymi oraz oferowanymi urządzeniami alternatywnymi. Nie jest to prawda ponieważ nie wymaga replikacji pomiędzy zaproponowanymi a posidanymi przez niego VTLami lecz ma być to realizowane przez zaproponowane oprogramowanie . W tak postawionym wymogu można to zrealizować poprzez odpowiednio napisaną politykę backupu oraz funkcjonalności zaproponowanej platformy.

W zakresie postanowienia SWZ zaskarżonego w pkt 7 według wiedzy wykonawcy itnomic istnieje kilka produktów kopii bezpieczeństwa które w tożsamy sposób realizują zabezpieczenie swoich danych.

Odnośnie postanowienia SWZ zaskarżonego w pkt 8 wykonawca wskazał, iż zarzut jest tożsamy z opisanym w punkcie 2, logicznym jest przy planowaniu backupu przez sieć LAN wymaganie od urządzenia realizacji takich funkcjonalności jak określone przez Zamawiającego.

Odnośnie postanowienia SWZ zaskarżonego w z pkt 9 wykonawca wskazał, iżistnieją przynajmniej dwie platformy backupowe które spełniają funkcjonalność opisaną przez Zamawiającego. Zwrócił uwagę, że środowiska oparte na wirtualizacji Vmware są chwili obecnej najbardziej dynamicznie rozwijającymi się funkcjonalnie systemami. Ciężko zarzucić Zamawiającego rezygnacje i zmiany z obecnie obranej polityki backupu na korzyść systemu który nie rozwija się wraz z rozwojem trendów rynkowych. Podsumowując w ocenie Przystępującego itnomic odwołanie zmierza wyłącznie do zmian OPZ w taki sposób aby Odwołującemu było wygodniej złożyć ofertę na z góry założonych komponentach wbrew oczekiwaniom Zamawiającego. Zamawiający miał zapewne na myśli przy kolejnej rozbudowie środowiska backupu zachować obecną funkcjonalność opierając się na sprzęcie i oprogramowaniu równoważnym funkcjonalnie a nie gorszym.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ustawy nPzp Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestników postępowania wykonawcę Computex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcę B. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą itnomic B. R. w Warszawie, którzy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, który jest bezpośrednio zainteresowanym złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu i ubieganiem się o udzielenie zamówienia, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumenty zamówienia przekazane przez Zamawiającego. Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych na rozprawie przez Odwołującego tj.:
–oświadczenia Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z dnia 18 maja 2021 r.,
–oświadczenia Hitachi Vantara Polska Sp. z o.o. z dnia 18 maja 2021 r.,
–oświadczenia Commvault Systems (Poland) Sp. z o.o. z dnia 18 maja 2021 r.,
oraz Przystępującego Computex tj.:
–wydruku z dokumentacji administratora z dokumentu Data Protector (str. 1), wraz z tłumaczeniem,
–wydruku z dokumentacji administratora z dokumentu Protecting Data From Ransomware with HPE Storeonce Catalyst wraz z tłumaczeniem,
–wydruku z dokumentacji administratora z dokumentu Data Protector (str. 32) wraz z tłumaczeniem,
–wydruku z dokumentacji administratora z dokumentu Data Protector (StoreOnce Store DD Boost str. 1) wraz z tłumaczeniem,
–wydruku z dokumentacji administratora z dokumentu Data Protector and Dell EMC Data Domain Boost Integration (str. 32) wraz z tłumaczeniem,
–wydruku z dokumentacji administratora z dokumentu HPE Data Protector (str. 298, 285, 286) wraz z tłumaczeniem,
na okoliczności wynikające z ich treści.

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, Izba ustaliła, iż przedmiotem zamówienia jest modernizacja środowiska systemu kopii zapasowych SILP - dostawa oprogramowania i urządzeń wraz z wdrożeniem. W SWZ wskazano, iż zakres przedmiotu zamówienia obejmuje: dostawę infrastruktury sprzętowo-programowej systemu kopii zapasowych SILP, wdrożenie dostarczonej infrastruktury sprzętowo-programowej systemu kopii zapasowych SILP, serwis i utrzymanie infrastruktury sprzętowo-programowej systemu kopii zapasowych SILP. Załącznikiem nr 1 do SWZ był opis przedmiotu zamówienia („OPZ"), w którym zawarto następujące, zakwestionowane przez Odwołującego. postanowienia:

1.Strona 4 z 26, pkt IV ppkt 2) a) 2 OPZ
Zakup trzech niezależnych urządzeń do deduplikacji danych i przechowywania kopii zapasowych.
Oczekiwane jest by spełnione były następujące wymagania:
a) podstawowe parametry trzech urządzeń (oznaczonych dalej symbolami D1, D2 i D3) są następujące: (…)
2. minimalna konfiguracja portów wejścia/wyjścia (ang. I/O ports):
(1) D1: 4x10Gb/s EthBaseT,4x10Gb/s EthOP, 4x16Gb/s FC,
(2) D2: 4x10Gb/s EthBaseT,4x10Gb/s EthOP, 4x16Gb/s FC,
(3) D3: 4x10Gb/s EthBaseT,4x10Gb/s EthOP, 4x16Gb/s FC.
Każde urządzenie ma być wyposażone w komplet wkładek wielomodowych umożliwiających podłączenie urządzeń do infrastruktury Lasów Państwowych.

2.Strona 7 z 26, pkt IV ppkt 2) k) 5 OPZ
W przypadku de-duplikacji na źródle poprzez sieć IP (LAN oraz WAN), wymagana możliwość szyfrowania komunikacji kluczem minimum 256 bitów.

3.Strona 9 z 26, pkt IV ppkt 2) t) OPZ
Urządzenie powinno umożliwiać zdefiniowanie blokady skasowania danych (funkcjonalność typu WORM). Blokada skasowania danych musi chronić plik w zdefiniowanym czasie przed usunięciem pliku, modyfikacją pliku. Licencje na blokadę usunięcia/zmiany przechowywanych plików muszą być dostarczone wraz z urządzeniem.
Wymagana funkcjonalność typu WORM musi być zintegrowana z oferowaną aplikacją backup'ową co oznacza:
1.możliwość uruchomienia blokady typu WORM dla określonych danych z poziomu oferowanej aplikacji backup'owej
2.możliwość określenia/wymuszenia czasu blokady z poziomu oferowanej aplikacji backup'owej
3.możliwość raportowania od strony oferowanej aplikacji backup'owej danych zabezpieczonych przed usunięciem wymaganą blokadą typu WORM.
4.Strona 10 z 26, pkt IV ppkt 3) tiret trzecie OPZ
W każdym środowisku 1 i 2 zamawiający przeznacza:
–na serwer zarządzający: wirtualny serwer w środowisku VM ware z 4vCPU oraz 16GB RAM dysk 500GB o wydajności 2000iops
–2 x wirtualny serwer 4vCPU 8GB RAM dysk 200GB
–1 x wirtualny serwer 4vCPU 8GB RAM dysk 200GB ze sztywno przypisaną wirtualną kartą FC do karty FC serwera ESXi.

5.Strona 12 z 26, pkt IV ppkt 3) b) Wymagania funkcjonale 1 OPZ
b) Rozwiązanie alternatywne do EMC NetWorker.
Oferowane rozwiązanie alternatywne powinno spełniać poniższe wymagania:
(…) Wymagania funkcjonalne
(…) 1. Oprogramowanie backupowe musi być w pełni zintegrowane z eksploatowanym DD6300 oraz oferowanymi

deduplikatorami oraz umożliwiać backup zabezpieczanych serwerów na eksploatowany/oferowane deduplikatory zarówno poprzez sieć LAN jak również SAN. Dane do deduplikacji muszą być zapisywane dla dostarczane deduplikatory oraz na posiadany deduplikator.

6.Strona 14 z 26, pkt IV ppkt 3) b) Wymagania funkcjonalne 18 OPZ
Oprogramowanie backupowe musi umożliwiać zarządzanie bezpośrednią replikacją backupów między eksploatowanym oraz oferowanymi (replikacja realizowana na poziomie urządzeń de-duplikacyjnych) - bezpośrednio z poziomu interfejsu oprogramowania backupowego przy spełnieniu wszystkich poniższych wymagań
–replikacji podlegają tylko te bloki które nie znajdują się na docelowym oferowanym urządzeniu de-duplikacyjnym
–replikacja między urządzeniami de-duplikacyjnymi może nastąpić zarówno bezpośrednio po zakończeniu backupu jak również zgodnie z kalendarzem
–oferowane oprogramowanie backupowe przechowuje informacje o wszystkich kopiach danych znajdujących się na oferowanym urządzeniu de-duplikacyjnym m.in. źródłowych jak i po replikacji GUI oferowanego oprogramowania backupowego powinien umożliwiać wybór urządzenia de-duplikacyjnego, z którego zostanie wykonane odtwarzanie – w efekcie umożliwiając odtworzenie z oryginalnej kopii backup'owej bądź ze zreplikowanej kopii backup'owej.

7.Strona 15 z 26, pkt IV ppkt 3) b) Wymagania funkcjonalne 30 OPZ
Oferowane rozwiązanie musi generować somo-opisujące się zbiory danych zarówno na eksploatowanym/oferowanych deduplikatorach jak i na taśmach. Utrata wszystkich wewnętrznych danych oprogramowania backupowego nie może powodować braku możliwości odtworzenia jakichkolwiek zbiorów z oferowanego de-duplikatora sprzętowego bądź taśm.

8.Strona 17 z 26, pkt IV ppkt 3) b) Wymagania funkcjonalne 49 OPZ
System przy zastosowaniu deduplikatora musi posiadać funkcję szyfrowania i kompresji danych transmitowanych przez LAN.

9.Strona 21 z 26, pkt IV ppkt 3) b) Wymagania funkcjonalne 87 OPZ
Oferowane rozwiązanie sprzętowo-programowe musi zawierać funkcjonalność Continuous Data Protection dla środowisk VMware w tym:
1)integracja na poziomie VMware vCenter Plug-in (ORCHESTRATION, MANAGEMENT) , vSphere Web Client GUI
2)wsparcie dla HA, DRS, Storage DRS, vMotion, Storege vMotion
3)możliwość integracji z VMware vRealize Operations Manager
4)rozwiązanie dostarczane w postaci oprogramowania instalowanego na platformie ESXi
5)skalowalność zapewniająca wsparcie dla 1500 serwerów wirtualnych w obrębie jednego vCenter
6)zabezpieczenie dowolnego serwera wirtualnego wraz z aplikacjami w trybie ciągłym tzn. umożliwiającym odtworzenie do dowolnego punktu w czasie (tzw. PIT - Point In Time), wymagane wsparcie dla VMware ESXi 6.0 oraz 6.5, 6.7
7)możliwość tworzenia tzw. CONSISTENCY GROUP zapewniających identyczną konsystencję dla przynależących do danej grupy serwerów wirtualnych
8)zabezpieczenie realizowane za pośrednictwem ciągłej replikacji (a nie za pomocą SNAPSHOT'ów) na poziomie VMDK oraz RDM, niezależnie od użytego storage'u (tzw. Storage Agnostic -warunkiem jest wsparcie przez VMware), wymagane wsparcie dla połączeń: FC, FCoE, iSCSI, NAS
9)wsparcie dla replikacji asynchronicznej oraz synchronicznej (realizowanej na poziomie dostarczanego oprogramowania), połączonych z mechanizmem tzw. JOURNALING umożliwiającego odnotowanie wszystkich zmian zabezpieczanego środowiska
10)odporność na krótkotrwałe problemy (przeciążenie, zaniki) związane z siecią WAN
11)wbudowana funkcjonalność deduplikacji oraz kompresji w przypadku transmisji danych poprzez WAN
12)wsparcie dla równoległej replikacji zabezpieczanego środowiska do dwóch ośrodków docelowych, wsparcie dla replikacji równoległej powinno być zapewnione również na poziomie grup konsystencji (CONSISTENCY GROUP)
13)proponowane rozwiązanie powinno umożliwiać:
–stworzenia DISASTER RECOVERY dla całego zabezpieczanego wirtualnego środowiska zbudowanego w oparciu o VMware
–odtwarzanie dowolnego serwera wirtualnego wraz z aplikacjami
–migracje danych w trybie online na inne zasoby dyskowe
14)równoległe wsparcie środowisk lokalnych oraz zdalnych, wymagana możliwość pracy w 3-ech trybach:
1.CDP (Continuous Data Protection - tryb replikacji lokalnej),
2.CRR (Continuous Remote Replication - tryb replikacji zdalnej),
3.CLR (Continuous Local and Remote Replication - połączenie CDP oraz CLR - tryb replikacji lokalnej oraz zdalnej) w ramach dostarczonych licencji
15)granularność umożliwiająca pominięcie określonych plików VMDK związanych z wirtualnymi serwerami VM objętych protekcją
16)rozwiązanie nie może posiadać pojedynczego punktu awarii tj. architektura FAULT-TOLERANT
17)działanie rozwiązania będącego przedmiotem zapytania nie może mieć negatywnego wpływu na wydajność zabezpieczanych serwerów i aplikacji
18)wyskalowanie systemu powinno gwarantować RPO (Recovery Point Objective) w przypadku codziennej pracy ciągłej na poziomie pojedynczych sekund tzn. poniżej 30s.
19)proponowana konfiguracja systemu powinna zapewnić następującą retencję przechowywanych kopii bezpieczeństwa
20)RPO=30s z ostatnich 24h,
21)RPO=24h z ostatniego tygodnia,
22)RPO=1tydzień z ostatniego miesiąca
23)możliwość odtworzenia zabezpieczanego środowiska do dowolnego punktu w czasie
24)możliwość trybu pracy umożliwiającego objęciem protekcją w sposób automatyczny nowo dodanych serwerów wirtualnych do vCenter
25)rozwiązanie powinno dopuszczać zmiany sprzętowe na poziomie infrastruktury zabezpieczanego środowiska bez negatywnego wpływu na działanie systemu
26)wsparcie dla Microsoft VSS, zapewnienie konsystencji aplikacji na poziomie VSS
27)możliwość automatycznego przeprowadzania operacji typu FAILOVER/FAILBACK do dowolnego punktu w czasie dla określonych produkcyjnych serwerów wirtualnych, w tym: odtworzenie, uruchomienie (z zachowaniem wymaganej sekwencji), konfigurację
28)możliwość automatycznego przeprowadzania operacji typu FAILOVER/FAILBACK do dowolnego punktu w czasie określonych testowych serwerów wirtualnych
29)możliwość automatycznego zainicjowania procesu REVERSE REPLICATION w przypadku procesów FAILOVER/FAILBACK
30)możliwość przeprowadzania testów DISASTER RECOVERY bez wpływu na zabezpieczane serwery produkcyjne oraz bez konieczności zmian w działaniu replikacji
31)możliwość skryptowego tworzenia planów RECOVERY.

Ponadto Izba ustaliła, iż zgodnie z pkt II OPZ przedmiotem zamówienia jest modernizacja systemu tworzenia i

przechowywania kopii zapasowych w dwóch ośrodkach przetwarzania danych Lasów Państwowych obejmująca swym zakresem:
1)dostawę i wdrożenie jednej biblioteki taśmowej,
2)dostawę i wdrożenie trzech urządzeń do de-duplikacji danych i przechowywania kopii zapasowych,
3)W zakresie oprogramowania do zarządzania kopiami zapasowymi:
a)aktualizację (ang. *upgrade*) posiadanego przez Lasy Państwowe oprogramowania EMC NetWorker oraz przedłużenie usług wsparcia producenta dla posiadanych licencji EMC NetWorker
albo
b)dostarczenie rozwiązania alternatywnego, zastępującego posiadane oprogramowanie EMC NetWorker,
4)przygotowanie konfiguracji i wdrożenie środowiska tworzenia i przechowywania kopii zapasowych,
5)świadczenie usług wsparcia powdrożeniowego dla wdrożonego środowiska (opcjonalnie),
6)przeprowadzenie warsztatów dla pracowników Lasów Państwowych (opcjonalnie
7)przeprowadzenie szkoleń dla pracowników Lasów Państwowych.
Zamawiający podkreślił, że punkty 3)a i 3)b wykluczają się wzajemnie, tzn. Zamawiający oczekuje, że Wykonawca zaoferuje: albo produkty wskazane w pkt 3)a, albo produkty wskazane w punkcie 3)b.

Zamawiający w pkt II OPZ wskazał ponadto, iż jego infrastruktura rozmieszczona jest pomiędzy 2 lokalizacje geograficzne: Centrum Podstawowe zlokalizowane na ulicy Grójeckiej 127 w Warszawie, Centrum Zapasowe zlokalizowane na ulicy Leśników 21c w Sękocinie Starym. Poinformował także, że warstwę sprzętowo - systemową stanowią: serwery klasy x86 oraz IBM Power, macierze dyskowe: HDS, EMC, IBM, system wirtualizacji macierzy dyskowych SVC, systemy wirtualizacji serwerów: VMware i IBM PowerVM, systemy operacyjne z rodziny Linux (głównie RedHat) Windows oraz system AIX. Najważniejsze elementy warstwy aplikacyjnej i narzędziowej to: System LAS - system klasy ERP obsługujący wszystkie jednostki organizacyjne Lasów Państwowych, system poczty elektronicznej Microsoft Exchange, systemy bazodanowe IBM Informix, IBM DB2, Oracle, Microsoft SQL, system elektronicznego zarządzania dokumentami - EZD PUW. Zamawiający poinformował ponadto, że posiada i użytkuje środowisko kopii zapasowych na potrzeby centrum przetwarzania danych, w którym dane zabezpieczane są za pośrednictwem oprogramowania EMC NetWorker oraz deduplikatora EMC DataDomain 6300 (Zamawiający przedstawił też podstawowe parametry techniczne środowiska).

W pkt IV.2) OPZ dotyczącym zakupu trzech niezależnych urządzeń do deduplikacji danych i przechowywania kopii zapasowych Zamawiający wskazał, iż jeśli wykonawca nie jest w stanie dostarczyć trzech urządzeń, które spełniają warunki replikacji z posiadanym deduplikatorem, może dostarczyć dodatkowy czwarty deduplikator spełniający warunki deduplikatora D3.

Ponadto w pkt IV.3) OPZ dotyczącym wymagań w zakresie oprogramowania do zarządzania kopiami zapasowymi Zamawiający wskazał, iż jeżeli poza dostarczeniem 3 deduplikatorów oferowane rozwiązanie wymaga dostarczenia dodatkowych serwerów, macierzy lub innego sprzętu to Wykonawca musi dostarczyć odpowiednie sprzęt aby spełnione były wymagania zarówno funkcjonalne jak i wydajnościowe. Wykonawcę obowiązuje klauzula kompletności, co oznacza, że ewentualne pominięcie przez Zamawiającego w niniejszej specyfikacji jakichkolwiek dostaw sprzętu, oprogramowania oraz prac i usług, które kolidowałoby z kompleksową realizacją OPZ, nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku ich dostawy i wykonawstwa.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
- art. 16 pkt 1 i 3 ustawy nPzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz proporcjonalny;
- art. 17 ust. 1 ustawy nPzp, zgodnie z którym Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów;
- art. 99 ust. 1 ustawy nPzp, który stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty;
- art. 99 ust. 2 ustawy nPzp, zgodnie z którym zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów;
- art. 99 ust. 4 ustawy nPzp, w myśl którego przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Naruszenie ww. przepisów wywodzone było przez Odwołującego z opisania przedmiotu zamówienia w taki sposób, że opis ten utrudnia lub wręcz uniemożliwia uczciwą konkurencję, tj. uprzywilejowuje konkretne produkty konkretnego producenta i zarazem eliminuje wszystkie pozostałe produkty konkurencyjnych producentów, pomimo braku jakiegokolwiek uzasadnienia technicznego lub wynikającego z potrzeb zamawiającego dla takiego ograniczenia konkurencji oraz na fakcie ustanowienia wymogów, które są zbyt rygorystyczne i ograniczają konkurencję poprzez wykluczenie możliwości złożenia w postępowaniu ofert na dostawy niespełniające ww. wymogów pomimo braku jakiegokolwiek uzasadnienia technicznego lub wynikającego z potrzeb zamawiającego dla ww. wymogów.

Rozstrzygając przedmiotową sprawę mieć na uwadze należy, iż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Czynność ta stanowi obowiązek Zamawiającego, ale jednocześnie jego uprawnienie, bowiem odzwierciedla rzeczywiste potrzeby Zamawiającego w danym postępowaniu. To Zamawiający ma prawo, wyznaczając cel, jaki zamierza zrealizować, tak określić przedmiot zamówienia, aby opisać go adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm i precyzję w formułowaniu swoich potrzeb. Zamawiający zobowiązany jest ponadto respektować art. 99 ust. 4 ustawy nPzp, który zakazuje dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, przy czym podkreślenia wymaga, że powyższa norma nie może być równoważona z obowiązkiem wyeliminowania z opisu przedmiotu zamówienia uzasadnionych wymagań, które dla

wykonawcy mogą stanowić źródło ewentualnych niedogodności.

Izba w składzie orzekającym w przedmiotowej sprawie podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 2 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 786/20, w którym podkreślono, iż zamawiający, jako podmiot dokonujący zakupów, jest uprawniony do określenia swoich oczekiwań dotyczących przedmiotu zamówienia, jego cech i funkcjonalności. Każde z takich wymagań w większym lub mniejszym stopniu ogranicza konkurencję, jednak tak długo, jak wymagania te są podyktowane obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a ich celem nie jest zawężenie kręgu wykonawców mogących je wykonać, to zamawiający jest uprawniony do ich sformułowania. Nie jest natomiast celem systemu zamówień publicznych i obowiązującej w nim zasady uczciwej konkurencji, umożliwienie uzyskania zamówienia wszystkim wykonawcom działającym w danej branży, bez względu na to, jakie cechy i właściwości ma przedmiot zamówienia, który mogą lub chcą zaoferować i bez uwzględnienia potrzeb zamawiającego. To bowiem zamawiający jest uprawniony do określenia tego co, zamierza nabyć i jeśli tylko nie stawia wymagań, które mają za cel ograniczenie konkurencji, nie zaś zrealizowanie jego potrzeb, to nie można mu w drodze środków ochrony prawnej nakazywać, aby nabył produkty lub rozwiązania, które jego potrzeb nie zaspokoją. Natomiast okoliczność, że dany wykonawca nie jest w stanie dostarczyć produktów spełniających wymagania określone przez zamawiającego, nie może być automatycznie utożsamiana z naruszeniem konkurencji.

Ponadto w ramach uwag natury ogólnej należy podkreślić wagę, jaką dla wyniku postępowania ma sposób skonstruowania podstaw faktycznych stawianych zarzutów. Treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (*petitum*), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanym przez odwołującego uzasadnieniu zarzutów. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny (por. m.in. wyrok z dnia 3 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 401/20 i KIO 403/20). Podstawa faktyczna zarzutu powinna odnosić się do wykazania konkretnych przyczyn, które zdaniem Odwołującego świadczyć mają o tym, że doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp – Odwołujący powinien więc przestawić argumentację, dlaczego dane postanowienie OPZ narusza przywołane w odwołaniu przepisy ustawy nPzp. To na Odwołującym spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania zarzutów w taki sposób, który przekona Izbę o ich słuszności, tj. wykaże, że sposób opisania przedmiotu zamówienia narusza wskazane w odwołaniu przepisy art. 99 ust. 1, 2 lub 4 ustawy nPzp. Nie jest zatem wystarczające zwrócenie uwagi na istnienie określonego problemu, lecz niezbędne jest przedstawienie argumentacji, dlaczego dane okoliczności świadczyć mają o naruszenia przepisów prawa. Granice rozpoznania sprawy przez Izbę są ściśle określone przez zarzuty odwołania, na co wskazuje art. 555 ustawy nPzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Konsekwencją powyższego jest fakt, iż rozszerzanie podstaw faktycznych zarzutów po upływie terminu na wniesienie odwołania, na późniejszym etapie postępowania odwoławczego jest działaniem spóźnionym, a tak podniesiona argumentacja nie może stanowić dla Izby podstawy rozstrzygnięcia.

Podkreślić także należy, że zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wynikającą z art. 534 ust. 1 ustawy nPzp (zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne), to Odwołującego obciąża obowiązek wykazania zasadności stawianych zarzutów, gdyż to Odwołujący wywodzi ze sposobu ukształtowania wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia skutek w postaci naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy nPzp. Zaniechanie podjęcia stosownej inicjatywy dowodowej przez podmiot inicjujący postępowanie odwoławcze (wnoszący odwołanie), wiąże się co do zasady z negatywnymi konsekwencjami procesowymi dla tego podmiotu. Jak zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 21 sierpnia 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 573/19 „ciężar udowodnienia faktu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik procesu. (…) Kontradyktoryjność postępowania przed KIO, oznacza nie tylko to, że na stronach spoczywa ciężar dowiedzenia swoich twierdzeń ale również to, że żadna ze stron nie ma obowiązku wykazywać inicjatywy w postępowaniu, bowiem ponosi ryzyko jej zaniechania."

Ponadto w przypadku odwołań na treść SWZ zwrócić należy szczególną uwagę na kwestię formułowania żądań w odwołaniu. Wykonawca, który kwestionuje w ramach środków ochrony prawnej treść postanowień SWZ winien w sposób precyzyjny i staranny określić nie tylko zarzuty i ich podstawy faktyczne, ale także swoje żądania, bowiem ocena zarzutów podniesionych w ramach odwołania dokonywana jest z uwzględnieniem żądań wykonawcy co do nowych postanowień SWZ. Podkreślić należy, iż to obowiązkiem wykonawcy, a nie rolą Izby, jest precyzowanie żądań, które uczynią zadość jego interesom w przypadku uwzględnienia odwołania, a jednocześnie prowadzić będą do eliminacji stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy nPzp. Postępowanie odwoławcze służy bowiem konwalidacji wadliwych czynności Zamawiającego, a nie dostosowywaniu postanowień dokumentów zamówienia w sposób, który umożliwi wykonawcy złożenie oferty bardziej korzystnej cenowo. Pożądanym jest zatem wyjaśnienie przez Odwołującego dlaczego zmiana postanowień SWZ w taki, a nie inny sposób, prowadzić będzie do konwalidacji czynności, której wadliwość została w odwołaniu zakwestionowana. Dodać należy, że postulowane do wprowadzenia zmiany powinny korelować także z argumentacją wskazywaną na poparcie określonego zarzutu. Precyzyjnie postawione przez Odwołującego zarzuty odwołania oraz skorelowane z nim odpowiednio żądania wykonawcy wyznaczają granice postępowania odwoławczego prowadzonego przez Izbę.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, że postawione w odwołaniu zarzuty nie zostały wykazane.

Odwołujący stawiając zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy nPzp odnoszący się do precyzyjności i kompleksowości opisu przedmiotu zamówienia, jednocześnie w żadnym miejscu odwołania nie podnosił, aby kwestionowane postanowienia OPZ były niejednoznaczne, niewyczerpujące, czy też, że nie zostały sformułowane za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń lub nie uwzględniały wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wobec braku jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego w tym zakresie nie sposób stwierdzić, aby sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia naruszało art. 99 ust. 1 ustawy nPzp. Postanowienia OPZ nie budziły po stronie Odwołującego wątpliwości interpretacyjnych, było przez niego zrozumiałe, Odwołujący nie wskazywał na odmienny stan rzeczy.

Trudno uznać także, aby działanie Zamawiającego naruszało art. 99 ust. 2 ustawy nPzp, który odnosi się do opisania w OPZ wymaganych cech dostaw, usług, robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia, wskazując na możliwość odniesienia tych cech do konkretnych czynników, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił, dlaczego uznał, że Zamawiający uchybił obowiązkowi wynikającemu z ww. przepisu. Zamawiający zawarł w OPZ wymagane cechy dostawy będącej przedmiotem zamówienia, a okoliczność, że Odwołujący wiązał z ich określeniem utrudnianie konkurencji, nie przesądza o naruszeniu art. 99 ust. 2 ustawy nPzp. Odwołujący nie wskazywał, aby określone cechy przedmiotu zamówienia, czy też czynniki do których cechy te odniesiono, nie były związane z przedmiotem zamówienia czy też nie były proporcjonalne do jego celów i wartości. W odwołaniu nie ma także jakiejkolwiek argumentacji, która odnosiłaby się do kwestii braku związku pomiędzy przedmiotem zamówienia, a ustanowionymi wymogami.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał także, aby sposób ukształtowania postanowień OPZ mógł wpływać w sposób nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego na utrudnianie konkurencji, co przesądza o bezzasadności zarzutu naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy nPzp. Sam fakt, że wprowadzenie postulowanych przez Odwołującego zmian w SWZ, umożliwiałoby czy też ułatwiało Odwołującemu złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu, nie jest wystarczający do stwierdzenia, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy nPzp, a przedmiot zamówienia został opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Niezależnie od tego, że art. 99 ust. 4 ustawy nPzp wskazuje na możliwość utrudniania konkurencji, a nie utrudnienie konkurencji (a zatem na prawdopodobieństwo wystąpienia naruszenia konkurencji, a nie konieczność wystąpienia tego naruszenia), to zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy nPzp obowiązkiem Odwołującego jest wykazanie okoliczności wskazanych w przepisie, którego naruszenie zarzucane jest Zamawiającemu. Jakkolwiek Zamawiający powinien być w stanie uzasadnić swoją decyzję o ustanowieniu określonych wymagań w stosunku do oferowanego rozwiązania, to jednak podkreślić trzeba, że to na wykonawcy wnoszącym odwołanie spoczywa ciężar wykazania tej potencjalnej możliwości wystąpienia utrudniania konkurencji, To Odwołujący podnoszone zarzuty oparł na twierdzeniu, że kwestionowane postanowienia OPZ preferują produkty konkretnego producenta lub w sposób nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego ograniczają konkurencję, powinien być zatem w stanie wykazać, iż prawdopodobieństwo utrudnienia konkurencji jest realne. Odwołujący powyższemu obowiązkowi nie sprostał.

Po pierwsze zauważyć należy, że w zasadzie cała argumentacja Odwołującego odnosząca się do utrudnienia konkurencji poprzez preferowanie produktów konkretnego producenta ograniczała się do lakonicznego, jednozdaniowego stwierdzenia, że określony wymóg wyklucza zastosowanie innego rozwiązania niż Dell Data Domain lub oprogramowania Dell Networker, a w przypadku pkt 9 odwołania oprogramowania Dell RecoveryPoint for VMZdaniem składu orzekającego powyższa teza nie została przez Odwołującego wykazana. Argumentacja zawarta w odwołaniu nie została w żaden sposób rozwinięta, Odwołujący nie podjął nawet próby szerszego wyjaśnienia co konkretnie powoduje, że zakwestionowane postanowienia OPZ wykluczają zastosowanie innego urządzenia, który konkretnie ich element na to wskazuje i dlaczego. Jednocześnie Odwołujący nie przedstawił jakiejkolwiek analizy rozwiązań funkcjonujących na rynku, nie odniósł kwestionowanych wymagań do parametrów stosowanych przez wiodących producentów i istniejących w danym aspekcie praktyk. Poprzestanie na lakonicznym, ogólnym stwierdzeniu, że dane postanowienie OPZ wskazuje na rozwiązanie jednego producenta, bez przedstawienia jakiejkolwiek szerszej analizy problemu, trudno uznać za przekonujące i przesądzające o zasadności zarzutu.

Po drugie Odwołujący swoją inicjatywę dowodową ograniczył do złożenia oświadczeń trzech podmiotów, z których dwa (Hitachi i Commvault) korzystają z jednego rozwiązania, na co wskazywał Przystępujący Computex i czego Odwołujący nie kwestionował. Potwierdza to zresztą treść oświadczeń ww. podmiotów, gdyż wskazują one dokładnie te same wymagania OPZ, których produkty Hitachi/Commvault mają nie spełniać, mają zbieżną treść (zostały oparte o ten sam szablon odpowiedzi). Nadto należy zauważyć, że oświadczenie firmy HPE odnosi się do deduplikatorów - produktów HPE StoreOnce, zaś oświadczenia Hitachi/Commvault do oprogramowania backupowegoOdwołujący przedstawił zatem jako dowód na okoliczność, że treść OPZ wyklucza zastosowanie innych rozwiązań niż rozwiązania firmy Dell (tj. deduplikator Data Domain i oprogramowanie Dell Networker) oświadczenia dotyczące tylko jednego deduplikatora i tylko jednego oprogramowania backupowego. Trudno uznać, by oświadczenia wskazujące na niespełnienie wymagań przez tylko jeden z dostępnych na rynku produktów (jeden rodzaj deduplikatorów i jedno oprogramowanie backupowe) stanowiły dostateczne potwierdzenie na okoliczność, że nie jest możliwe spełnienie wymagań OPZ przez jakiekolwiek inne rozwiązania poza produktami firmy Dell. Ponadto przedstawione przez Odwołującego oświadczenia przedstawicieli ww. firm są dość enigmatyczne, nie odnoszą się do konkretnych modeli urządzeń. Izba miała także na względzie, że wiarygodność tych dowodów i ich moc dowodowa była podważana przez przeciwników procesowych Odwołującego. W zakresie rozwiązania Hitachi/Commvault podnoszono, żejest ono rozwiązaniem niszowym. Z kolei w zakresie oświadczenia dotyczącego deduplikatora HPE StoreOnce zauważono, iż oświadczenie to nie referuje do kwestii spełnienia wymagań w przypadku zaoferowania deduplikatora HPE StoreOnce z oprogramowaniem Microfocus Data Protector.

Podkreślić należy, iż jakkolwiek dowodzenie faktów negatywnych (w tym wypadku okoliczności, że rozwiązania dostępne na rynku poza produktami Dell nie spełniają wymagań OPZ) może nieść za sobą pewne trudności, to jednak jest możliwe. W tym kontekście warto przytoczyć rozważania Sądu Apelacyjnego w Gdańsku przedstawione w uzasadnieniu wyroku z dnia 5 lutego 2016 r., sygn. akt I ACa 857/15, które choć dotyczyły instytucji funkcjonujących na gruncie postępowania cywilnego, to mogą znaleźć odpowiednie odniesienie do postępowania odwoławczego przed Izbą z uwagi na zbliżone uregulowanie kwestii rozkładu ciężaru dowodu. W uzasadnieniu tym Sąd wskazał, iż „z przepisu art. 6 k.c. wynika ogólna reguła, iż ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. W procesie cywilnym strony mają obowiązek twierdzenia i dowodzenia wszystkich okoliczności (faktów), które mogą być przedmiotem dowodu. Podkreślenia wymaga również, iż tak zwane fakty negatywne mogą być dowodzone za pomocą dowodów przeciwnych, których istnienie wyłącza twierdzoną okoliczność negatywną. W związku z tym w doktrynie przyjmuje się następujące reguły odnoszące się do rozkładu ciężaru dowodu: a) faktów, z których wywodzone jest dochodzone roszczenie (tworzących prawo podmiotowe) powinien w zasadzie dowieść powód; dowodzi on również fakty uzasadniające jego odpowiedź na zarzuty pozwanego; pozwany dowodzi fakty uzasadniające jego zarzuty przeciwko roszczeniu powoda; b) faktów tamujących oraz niweczących powinien dowieść przeciwnik tej strony, która występuje z roszczeniem, czyli z zasady – pozwany. Treść artykułu 6 k.c. określa zatem reguły dowodzenia, tj. przedmiot dowodu oraz osobę, na której spoczywa ciężar udowodnienia faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, przy czym Sąd nie ma obowiązku dążenia do wszechstronnego zbadania wszystkich okoliczności sprawy oraz nie jest zobowiązany do zarządzania dochodzenia w celu uzupełnienia lub wyjaśnienia twierdzeń stron i wykrycia środków dowodowych pozwalających na ich udowodnienie. Obowiązek przedstawienia dowodów spoczywa zatem na stronach, a ciężar udowodnienia faktów mających dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie spoczywa na tej stronie, która z tych faktów wywodzi skutki prawne. W świetle powyższego, nie ulega wątpliwości Sądu Apelacyjnego, iż to obowiązkiem powoda jest przytoczenie okoliczności faktycznych, z których wywodzi roszczenie) i wskazanie na dowody, których przeprowadzenie potwierdzi zasadność jego twierdzeń o faktach, nawet w sytuacji, gdy podnoszona okoliczność stanowi tzw. fakt negatywny. Co do zasady wszystkie okoliczności faktyczne doniosłe dla rozstrzygnięcia sprawy i składające się na podstawę faktyczną rozstrzygnięcia muszą mieć bowiem oparcie w dowodach przeprowadzonych w toku postępowania.”

Izba miała na względzie, że Odwołujący już z chwilą zgłoszenia przystąpień do postępowania odwoławczego(tj. w dniu 12 kwietnia 2021 r., a zatem na miesiąc przed rozprawą) poznał stanowiska procesowe obu Przystępujących, w których wprost wskazano jakie rozwiązania zdaniem Przystępujących spełniają poszczególne wymagania OPZ. W szczególności Odwołujący poznał wówczas stanowisko Przystępującego Computex wskazujące na spełnienie wymagań OPZ przez produkt HPE StoreOnce z oprogramowaniem Microfocus Data Protector, powołujące się na konkretne fragmenty dokumentacji produktu. Pomimo powyższego Odwołujący nie wykazał żadnej inicjatywy dowodowej mającej na celu odparcie tych twierdzeń mimo, że możliwość taka w ocenie Izby nie była obiektywnie utrudniona – jeżeli rozwiązanie HPE StoreOnce z oprogramowaniem Microfocus Data Protector faktycznie nie spełnia wymagań OPZ, to istniała możliwość przedstawienia wyciągów z dokumentacji tych produktów wykazujących powyższą okoliczność. Odwołujący nie podjął żadnej próby w tym zakresie, poprzestając na złożeniu oświadczenia, które odnosiło się tylko do urządzenia HPE StoreOnce i nie wyjaśniało kwestii spełniania wymagań w sytuacji zastosowania oprogramowania Microfocus Data Protector, tymczasem dowody przeczące tezie Odwołującego przedstawił Przystępujący Computex

(wydruki z dokumentacji administratora produktu), a Odwołujący nie podważył okoliczności wynikających z ich treści. Dowody przedstawione przez Przystępującego Computex były kwestionowane przez Odwołującego jedynie od strony formalnej poprzez wskazanie, że część z nich dotyczy produktu HPE Data Protector, a nie Microfocus Data Protector, argumentacja ta została jednak odparta przez Przystępującego, który wyjaśnił, że jest to rozwiązanie dostępne na rynku od lat, a w pewnym momencie prawa do oprogramowania Data Protector przejął Microfocus. Odwołujący jednocześnie nie wykazał również, aby na gruncie postanowień OPZ nie było możliwe uznanie za spełnione danego wymagania w wyniku zastosowania odpowiedniego oprogramowania. Ponadto Odwołujący nie przedstawił żadnej analizy w zakresie dostępnych na rynku rozwiązań, podczas gdy nic nie stało na przeszkodzie, aby analizę taką przeprowadzić w oparciu o dane wynikające z kart produktów czy oficjalnie dostępne na stronach internetowych producentów. Odwołujący nie przedstawił nawet żadnych dowodów, które wskazywałyby, że wymagania, o których mowa w spornych postanowieniach OPZ są cechą charakterystyczną dla produktów Dell i jedynie dla tych produktów. Nie pokusił się również o przeprowadzenie jakiejkolwiek weryfikacji spełnienia wymagań przez produkty, na które wprost wskazali w pismach procesowych Przystępujący. Nie sposób w takiej sytuacji uznać, aby Odwołujący udźwignął ciężar dowodu wykazania faktów z których wywodzi skutki prawne i odparcia faktów niweczących postawione w odwołaniu tezy, wykazywanych przez jego przeciwników.

Odnosząc się do dalszej argumentacji Odwołującego dotyczącej poszczególnych postanowień OPZ, Izba wskazuje, co następuje.

W zakresie postanowienia OPZ zakwestionowanego w pkt 1 odwołania, zdaniem składu orzekającego Odwołujący nie wykazał, aby wymaganie w zakresie łącznej przepustowości interfejsów było „znacząco nadmiarowe". W treści odwołania w zasadzie brak jest argumentacji mającej potwierdzać powyższe, a całe stanowisko Odwołującego ogranicza się do wskazania, że wymagana łączna przepustowość pozwalałaby na przesyłanie wszystkimi interfejsami 18 GB danych na sekundę, co przy wymaganej wielkości urządzenia jest nieadekwatne do jego możliwości zapisu danych. Odwołujący nie wyjaśnił szerzej na czym oparł powyższy wniosek, z czego wywodzi wskazaną nadmiarowość i dlaczego taka przepustowość jest nieadekwatna do możliwości urządzenia. Nie przedstawił też żadnej analizy porównawczej rozwiązań funkcjonujących na rynku, która potwierdzałaby, że wymagania Zamawiającego w istocie są wygórowane czy trudne do spełnienia.

Ponadto Odwołujący nie odparł twierdzeń zawartych w odpowiedzi na odwołanie, wskazujących na istnienie po stronie Zamawiającego uzasadnionych potrzeb do ukształtowania postanowień OPZ w ten sposób. Zamawiający wyjaśnił m.in., że standard 10Gb/s Eth BaseT jest obecny praktycznie w dowolnym urządzeniu poczynając od komputerów PC po serwery i macierze. Podniósł, iż przedmiotowe środowisko backup musi obsługiwać infrastrukturę służącą ok 25 700 użytkowników, w tym wszystkie systemy centralne LP o pojemności zgodnie z OPZ 675TB do codziennej kopii. Wyjaśnił także, iż obecne środowisko sieciowe Zamawiającego jest zaprojektowane i wykonane z uwzględnieniem standardu 10Gb/s, a zaniżenie wymagań dotyczących przepustowości jest niekorzystne dla zamawiającego ze względu na planowane inwestycje. Zamawiający wskazywał także okoliczność, iż wielorakość interfejsów daje możliwość lepszej optymalizacji polityk backupu i rozłożenie jej zarówno przez sieć SAN (4x16Gb/s FC) jak i LAN (4x10Gb/s EthBaseT, 4x10Gb/s EthOP). Postawienie wymogu posiadania dwojakiego medium transmisji poprzez interfejsy (4x 10Gb/s EthBaseT,4x10Gb/s EthOP) daje możliwość wykorzystania zarówno połączeń miedzianych 10Gb/s jak i optycznych o tej samej przepustowości. Na podobne okoliczności zwracali także uwagę w pismach zawierających zgłoszenie przystąpienia obaj Przystępujący, wskazując na zasadność ustanowionego wymogu z perspektywy zapewnienia odpowiednich parametrów wydajnościowych. Do powyższej argumentacji Odwołujący w zasadzie w ogóle się nie odniósł. Odwołujący podczas rozprawy nie odparł także stanowiska Przystępującego Computex, iż kluczowa w omawianym przypadku jest kwestia portów, a przedmiotowe rozwiązanie ma na celu, aby w momencie awarii pozbyć się jednego punktu awarii. Lakoniczne stwierdzenie Odwołującego, że ilość portów urządzenia jest nadmiarowa do wydajności tego urządzenia, nie zostało poparte ani szerszym wyjaśnieniem, ani żadnymi dowodami. Odwołujący nie odniósł się także do stanowiska Przystępującego, który wskazywał na błędne rozumienie przez Odwołującego wydajności i fakt, że przy takiej interpretacji wydajności żaden produkt, nawet Dell, nie spełniałby przedmiotowego wymagania.

Ponadto Odwołujący nie przedstawił konstruktywnej argumentacji, która podważałaby twierdzenia Przystępującego Computex, że zmiana postanowień OPZ zgodnie z żądaniem wskazanym w odwołaniu, wpływałaby na znaczne obniżenie parametrów wydajnościowych, mające znaczenie w przypadku awarii. Na powyższe wskazywał także Zamawiający podkreślając, iż zmiana OPZ w sposób wskazywany przez Odwołującego (z 4x10GB/sEth BaseT na 4x1GB/s Eth BaseT) stanowiłaby zaprzeczenie obecnych trendów przepustowości sieci produkcyjnej. Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił dlaczego domaga się zmiany parametru z 10 na 1 GB/S Eth BaseT iże takie rozwiązanie będzie odpowiadać potrzebom Zamawiającego, będzie wystarczające z perspektywy infrastruktury jaką posiada i planuje zakupić w przedmiotowym postępowaniu.

W odniesieniu do stwierdzenia Odwołującego, iż postanowienie zaskarżone w pkt 1 wyklucza zastosowanie innego urządzenia niż Dell Data Domain, Izba powołuje się na wcześniej przedstawione w tym zakresie uzasadnienie.

W zakresie postanowienia OPZ, którego dotyczy pkt 2 odwołania, twierdzenie Odwołującego, że szyfrowanie danych w sieci lokalnej nie jest praktykowane stoi w sprzeczności z argumentacją podnoszoną przez jego przeciwników procesowych, którzy wskazywali, iż szyfrowanie kluczem minimum 256 bitów jest standardem w rozwiązaniach deduplikatorów. Odwołujący swojego stanowiska w żaden sposób nie rozwinął ani nie poparł dowodami, nie wykazał, aby tego rodzaju szyfrowanie było wymogiem nadmiarowym, niestandardowym, niszowym, trudnym do zapewnienia. Ponadto Odwołujący nie odparł twierdzeń Zamawiającego o istnieniu po stronie Zamawiającego uzasadnionych potrzeb w ukształtowaniu wymagania możliwości szyfrowania komunikacji kluczem min. 256 bitów, opartych na ryzyku związanym z przejęciem niezaszyfrowanych danych. Zamawiający wskazał, iż niezbędne jest zapewnienie wysokiego poziomu bezpieczeństwa transmisji danych, w tym odpowiedniego poziomu szyfrowania zarówno sieci LAN (lokalnej) jak i WAN (rozległej), mając na względzie, że ruch sieciowy pomiędzy środowiskami Zamawiającego jest realizowany przez zewnętrznych operatorów, przez ich urządzenia sieciowe. Z treści OPZ jasno wynikało, że infrastruktura Zamawiającego jest rozmieszczona pomiędzy dwie lokalizacje geograficzne – Centrum Podstawowe w Warszawie i Centrum Zapasowe w Sękocinie Starym, wobec czego dane przesyłane będą pomiędzy dwoma środowiskami. Wynika to także z opisu tych środowisk zawartego w pkt IV.3 OPZ. Warto tutaj podkreślić, że nawet jeżeli w ocenie Odwołującego szyfrowanie danych w sieci LAN nie jest powszechną praktyką, to powyższe nie oznacza, że zastosowanie takiego rozwiązania nie jest uzasadnione w konkretnym przypadku. Samo gołosłowne stwierdzenie, że zdaniem Odwołującego nie ma takiej konieczności, nie może prowadzić do uznania stanowiska Odwołującego za wykazane.

Dodatkowo zwrócić należy uwagę na sposób sformułowania żądania, które nie koreluje z uzasadnieniem zarzutu. Uzasadnienie to odnosiło się do kwestii braku praktyki szyfrowania w sieci lokalnej (LAN) podczas gdy żądanie zmierza nie do usunięcia wymogu szyfrowania w sieci lokalnej, lecz do wykreślenia sposobu tego szyfrowania (kluczem 256 bitów). Ponadto Odwołujący w pkt 2 odwołania poruszył jedynie kwestię szyfrowania danych w sieci lokalnej, nie odnosząc się w ogóle do sieci WAN, podczas gdy sporne postanowienie wprowadza wymóg szyfrowania kluczem minimum 256 bitów nie tylko w odniesieniu do sieci LAN, ale także do sieci WAN. Równocześnie Odwołujący swoim żądaniem zmierza do usunięcia jakichkolwiek wymagań w zakresie szyfrowania, nie proponując jednoznacznego alternatywnego rozwiązania.

Realizacja żądania Odwołującego sprowadzałaby się do tego, że poziom szyfrowania danych zostałby pozostawiony do decyzji wykonawców, co po stronie Zamawiającego mogłoby powodować ryzyko związane z niezapewnieniem odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa danych.

W odniesieniu do stanowiska Odwołującego, iż postanowienie zaskarżone w pkt 2 wyklucza zastosowanie innego urządzenia niż Dell Data Domain, Izba powołuje się na wcześniej przedstawione w tym zakresie uzasadnienie.

Odnosząc się do punktu 3 odwołania, Izba - w uzupełnieniu argumentacji przedstawionej powyżej dotyczącej zarzutu ograniczenia konkurencji poprzez ustalenie wymagań, które spełniają jedynie konkretne produkty - dodaje, iż Odwołujący domagając się usunięcia zakwestionowanego postanowienia ograniczył swoje uzasadnienie do lakonicznego stwierdzenia, że kwestionowane w pkt 3 postanowienie OPZ „razem z innym wymaganiami wyklucza zastosowanie innego urządzenia niż Dell Data Domain i oprogramowania Dell Networker". Odwołujący w żaden sposób argumentacji tej nie rozwinął ani nie uwiarygodnił, co samo w sobie przesądza o bezzasadności tak sformułowanego zarzutu. Odwołujący nie wyjaśnił nawet, który konkretnie wymóg wynikający z zakwestionowanego postanowienia OPZ powoduje utrudnianie konkurencji, czy chodzi tu o wymóg funkcjonalności typu WORM czy jej zintegrowanie z aplikacją backupową, czy jeszcze inne wymaganie. Powyższe zaniechanie Odwołującego powoduje, że trudno nawet odnieść się do jego stanowiska, skoro brak jest możliwości ustalenia, co legło u jego podstaw. Izba zgodziła się ponadto z Przystępującym Computex, że z treści OPZ wynika, iż urządzenie ma posiadać funkcjonalność „typu WORM" a zatem może być wyposażone w innego rodzaju równoważne rozwiązanie spełniające te same funkcje. W ocenie Izby Odwołujący nie odparł twierdzeń Przystępującego w powyższym zakresie, jak również nie odparł argumentacji Zamawiającego wskazującej na zasadność takiego wymagania z perspektywy uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, związanych z koniecznością zabezpieczenia wybranych plików/obiektów przed nieautoryzowaną zmianą lub usunięciem oraz ochroną zasobów (np. dokumentów w wersji elektronicznej mogących stanowić dowody w toczących się postępowaniach sądowych). Zamawiający wyjaśnił na czym polega przedmiotowa funkcjonalność, podkreślając, że dane tak zapisane są zabezpieczone przez atakami szyfrowania danych dla okupu „ransomware". Odwołujący nie kwestionował również twierdzeń Przystępującego Computex, iż funkcjonalność tego typu służy zablokowaniu danych przed usunięciem, zmodyfikowaniem i jest powszechnie wykorzystywanym standardem bezpieczeństwa. Mając powyższe na względzie zasadność postawionego zarzutu nie została przez Odwołującego wykazana.

W zakresie postanowienia zakwestionowanego w pkt 4 odwołania Izba stwierdziła, że całość argumentacji odwołania została ograniczona do wskazania, że wymagania Zamawiającego stanowią przeniesienie wymagań dla rozwiązań Dell EMC. Poza przeklejeniem fragmentów bliżej nieokreślonej dokumentacji producenta, Odwołujący nie przedstawił żadnych dalszych wywodów w tym zakresie, nie wskazał nawet które konkretnie fragmenty tej dokumentacji świadczą o przeniesieniu wymagań dla rozwiązania Dell do OPZ. Izba miała na względzie, że zaskarżone postanowienie OPZ nie nakłada na wykonawców żadnych wymagań czy obowiązków, lecz określa jedynie zasoby posiadane przez Zamawiającego, jakie jest on w stanie przeznaczyć dla każdego środowiska backup i zasoby te są takie same dla każdego wykonawcy. Zamawiający wyraźnie wskazał w OPZ, że w przypadku, gdy oferowane przez wykonawcę rozwiązanie wymaga większej ilości serwerów, macierzy czy innego sprzętu, to wykonawca powinien ten sprzęt dostarczyć. Zamawiający nie blokuje zatem w żaden sposób wykonawcom możliwości zaoferowania różnych rozwiązań, a jedynie wskazuje na konieczność doposażenia infrastruktury. Jednocześnie Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji mającej świadczyć o tym, że takie określenie puli zasobów Zamawiającego nie daje równych szans wykonawcom, w odwołaniu próżno szukać jakichkolwiek wywodów w tym zakresie. Odwołujący nie podnosił także, że w oparciu o taką pulę zasobów nie jest możliwe dostarczenie rozwiązań innych niż Dell, a jedynie zauważał, że takie określenie zasobów przenosi wymagania jednego dostawcy, co potwierdzać ma, że to ten dostawca jest preferowany. Skoro Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że w oparciu o taką pulę zasobów sprzętowych Zamawiającego zbudowanie rozwiązania opartego na innych produktach będzie niemożliwe, utrudnione czy bardziej kosztowne, to trudno uznać, aby przedmiotowy zarzut został należycie wykazany. Taki wniosek jest tym bardziej uzasadniony, jeśli weźmie się pod uwagę fakt, że w trakcie rozprawy Odwołujący nie podjął jakiejkolwiek polemiki z twierdzeniami jego przeciwników procesowych, w szczególności nie zakwestionował w żaden sposób stanowiska Zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie.

Odwołujący nie odniósł się także do argumentacji Zamawiającego, iż dopuszczenie rozwiązania wskazanego przez Odwołującego mogłoby skutkować dostarczeniem produktu, który przerzucałby na zamawiającego koszt zapewnienia infrastruktury dla dowolnego rozwiązania bez górnego limitu wymagań. Zagwarantowanie przeznaczenia pewnych zasobów Zamawiającego pod realizację przedmiotowego zamówienia wiąże się przecież dla Zamawiającego z kosztami. Modyfikacja OPZ w sposób wskazany przez Odwołującego, prowadziłaby do sytuacji, w której ta pula zasobów nie zostałaby w ogóle określona, co mogłoby powodować po pierwsze niepewność po stronie wykonawców, którzy nie posiadaliby dostatecznych danych z jakiego sprzętu Zamawiającego mogą skorzystać, a jaki dodatkowo muszą dostarczyć, a z drugiej strony ryzyko dla Zamawiającego związane z podejmowaniem prób przerzucenia części kosztów zapewnienia infrastruktury na niego. Nie negując stanowiska Odwołującego, że pula zasobów Zamawiającego powinna być dostosowana do różnych rozwiązań, to zauważyć należy, że Odwołujący w ogóle nie podnosił, aby dostarczenie tych innych rozwiązań przy tak określonych zasobach Zamawiającego, było niemożliwe czy nieefektywne kosztowo, nie mówiąc o przedstawieniu na tę okoliczność jakichkolwiek dowodów. Odwołujący nie domagał się także zwiększenia puli zasobów Zamawiającego określonej w OPZ, nie wskazywał jakie konkretnie dodatkowe elementy infrastruktury powinien zapewnić Zamawiający, aby wzmocnić konkurencyjność. Być może Zamawiający mógłby rozszerzyć zakres wskazanych zasobów sprzętowych przeznaczonych pod realizację zamówienia, niemniej Odwołujący nawet nie podjął próby wskazania, w jakim zakresie powinny one zostać zwiększone. Ponadto Odwołujący, żądając zastąpienia kwestionowanego postanowienia poprzez dopuszczenie możliwości uruchomienia serwerów zarządzających oraz proxy zgodnie z wymaganiami oferowanego rozwiązania, jednocześnie nie odniósł się do stanowiska Zamawiającego, który wskazywał, że możliwość taka nie została zablokowana, a Zamawiający dopuszcza możliwość dostarczenia dodatkowych zasobów sprzętowych przez wykonawcę, aby wymagania funkcjonalne i wydajnościowe były spełnione, lecz koszt dodatkowych zasobów leży po stronie wykonawcy. W odwołaniu brak jest jakiejkolwiek argumentacji, która wskazywałaby, że w przypadku innych rozwiązań niż Dell zachodzi konieczność istotnego doposażenia infrastruktury Zamawiającego prowadząca do braku możliwości złożenia oferty konkurencyjnej cenowo. Przystępujący Computex przedstawił zaś na rozprawie dowód potwierdzający, że analogiczne wymagania posiada produkt Microfocus Data Protector, a dowód ten nie został przez Odwołującego merytorycznie zakwestionowany.

Za nieuzasadniony Izba uznała zarzut odnoszący się do postanowienia OPZ zakwestionowanego w pkt 5 odwołania. Również i w tym przypadku podkreślić należy bierność Odwołującego w przedstawieniu wyczerpującego uzasadnienia faktycznego stawianego zarzutu. Argumentacja zawarta w odwołaniu w tym zakresie została ograniczona do lakonicznego stwierdzenia, że „Zamawiający wymusza integrację z posiadanym urządzeniem DD6300, co - w połączeniu z pozostałymi wymaganiami - jest możliwe wyłącznie za pomocą oprogramowania Dell Networker." Odwołujący ponownie nie przedstawił żadnych szczegółowych twierdzeń ani dowodów, a jednocześnie w żaden sposób nie podważył twierdzeń Zamawiającego i Przystępującego Computex, iż integracja oprogramowania backupowego z urządzeniem DD6300 jest możliwa chociażby poprzez protokół DD Boost, co Przystępujący poparł także dowodem. Odwołujący nie odparł ponadto twierdzeń, że oprócz Dell Networker istnieją inne rozwiązania, które zapewniają integrację z DD6300, jak Micorfocus Data

Protector czy właśnie protokół DD Boost, pomimo, iż na tę okoliczność wskazano już w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia. Niezrozumiałe jest także stwierdzenie Odwołującego, iż w pełni zintegrowany z eksploatowanym DD6300 jest tylko inny DD6300. Abstrahując od okoliczności, że tak postawiona teza nie została niczym poparta, to zauważyć należy, że skarżone postanowienie OPZ odnosi się do integracji deduplikatora z oprogramowaniem backupowym, a nie innym deduplikatorem. W ocenie Izby Odwołujący nie jest także konsekwentny formułując żądanie zmiany postanowienia OPZ, domaga się on bowiem wprowadzenia możliwości integracji z eksploatowanym deduplikatorem lub oferowanymi deduplikatorami i możliwości backupu serwerów na eksploatowany DD 6300 lub oferowane deduplikatory, nie domaga się zaś już zmian w zakresie zdania drugiego zakwestionowanego postanowienia, gdzie jest mowa o konieczności zapisywania danych do deduplikacji nie tylko na dostarczane deduplikatory, ale także na posiadany przez Zamawiającego deduplikator.

W zakresie przedmiotowego postanowienia OPZ należy dodatkowo podnieść, iżargumentacja prezentowana przez Odwołującego na rozprawie w aspekcie odnoszącym się do możliwości zastąpienia eksploatowanego przez Zamawiającego deduplikatora, innym - czwartym deduplikatorem oraz relacji tej sytuacji do wynikającego z przedmiotowego wymagania obowiązku zapewnienia integracji oprogramowania z eksploatowanym DD6300, nie została podniesiona w pkt 5 odwołania i nie może zostać poddana ocenie przez Izbę. Zauważyć należy, że o możliwości dostarczenia czwartego deduplikatora i zastąpienia nim DD6300, Odwołujący nie powziął wiedzy dopiero z odpowiedzi na odwołanie, lecz już wcześniej - taka możliwość wynikała wprost z pkt IV.2 OPZ. W treści odwołania nie wskazano na brak doprecyzowania w OPZ czy wymaganie, do którego odnosi się pkt 5 odwołania, znajduje zastosowanie w sytuacji, gdy wykonawca zdecyduje się na dostarczenie czwartego deduplikatora, zastępującego posiadany przez Zamawiającego DD6300. Podstawa faktyczna niniejszego zarzutu w treści odwołania została ograniczona wyłącznie do stwierdzenia, że zapewnienie integracji z DD6300 jest możliwe tylko z użyciem Dell Networker, co nie zostało wykazane. Brak precyzyjnego określenia podstaw faktycznych przez Odwołującego i wykraczanie podczas rozprawy poza granice odwołania, siłą rzeczy musi wiązać się dla niego z negatywnymi konsekwencjami procesowymi, co wynika z zasady kontradyktoryjności postępowania odwoławczego.

Powyższe rozważania w znacznej części znajdują zastosowanie w odniesieniu do argumentacji Odwołującego stanowiącej podstawę faktyczną zarzutu z pkt 6 odwołania. Osią przedmiotowego zarzutu są dwa stwierdzenia. Po pierwsze Odwołujący podniósł, że Zamawiający wyklucza rozwiązanie alternatywne do EMC Networker poprzez wymóg replikacji backupów między eksploatowanym a oferowanymi deduplikatorami, jednocześnie w żaden sposób nie wykazując, że wymóg taki nie może zostać spełniony przy zastosowaniu innych niż EMC Networker rozwiązań, przykładowo przez użycie protokołu DD Boost, na co wskazywali przeciwnicy procesowi Odwołującego. Twierdzenie Odwołującego pozostało zatem całkowicie gołosłowne, a kontrargumentacja prezentowana przez Zamawiającego i Przystępujących nie została przez niego podważona. Po drugie Odwołujący powołał się na fakt, że Zamawiający nie może wymagać integracji z urządzeniem nie używanym w rozwiązaniu alternatywnym w przypadku dostarczenia dodatkowego urządzenia zastępującego posiadane przez Zamawiającego. Odwołujący nie zdecydował się jednak powyższego stanowiska w żaden sposób rozwinąć. W ocenie Izby poprzestanie na jednozdaniowym stwierdzeniu, że Zamawiający czegoś żądać nie może, nie stanowi dostatecznego uzasadnienia stawianego zarzutu. Analogicznie jak wskazano w odniesieniu do pkt 5, również w zakresie pkt 6 Odwołujący nie omówił w odwołaniu tematu relacji zaskarżonego postanowienia OPZ do sytuacji, w której wykonawca zdecyduje się dostarczyć czwarty deduplikator zamiast eksploatowanego, do czego uprawnia go treść OPZ. Zamiast tego Odwołujący jedynie stwierdził, że Zamawiający nie może w takiej sytuacji żądać integracji z urządzeniem już przez Zamawiającego posiadanym. Powody, dla których Odwołujący tak uznał na gruncie treści odwołania pozostają niewyjaśnione. Jednocześnie Odwołujący nie odniósł się do twierdzeń Zamawiającego, że realizacja postulatów Odwołującego w zakresie zmiany przedmiotowego postanowienia OPZ uniemożliwiałaby utworzenie dwóch środowisk pomiędzy funkcjonującymi u Zamawiającego lokalizacjami (Centrum Podstawowe i Centrum Zapasowe) z możliwością replikacji zdeduplikowanych danych, a więc jednej z podstawowych założeń systemu opisanym w zamówieniu. Odwołujący nie wyjaśnił również w żaden sposób dlaczego domaga się takiej, a nie innej zmiany OPZ.

Izba miała również na względzie, iż Odwołujący nie zdecydował się ani w odwołaniu, ani na rozprawie, przedstawić argumentacji dotyczącej wzajemnej relacji postanowienia OPZ wprowadzającego możliwość dostarczenia czwartego dedupikatora do pozostałych wymagań OPZ, ich możliwej interpretacji i konieczności wyjaśnienia ewentualnie powstałych na gruncie OPZ wątpliwości czy usunięcia potencjalnych sprzeczności. Ponadto na rozprawie Odwołujący poza wskazaniem, że wykonawca zamieniając urządzenia zobowiązany będzie zapewnić integrację z eksploatowanym deduplikatorem, nie przedstawił argumentacji wykazującej dlaczego przedmiotowy wymóg powinien zostać uznany za nieuzasadniony, nadmierny tudzież niemożliwy do spełnienia. Izba, będąc związana granicami podniesionych zarzutów wytyczonymi przez zawarte w odwołaniu podstawy faktyczne, nie jest na obecnym etapie władna do dokonywania wiążącej interpretacji postanowień OPZ w tym zakresie i oceny czy faktycznie zaskarżony wymóg narusza przepisy ustawy nPzp, skoro Odwołujący w tym zakresie merytorycznego stanowiska nie przedstawił. Powyższe powoduje, iż nawet uznając, że postanowienia OPZ dotyczące alternatywnego oprogramowania backupowego wymagałyby dostosowania do sytuacji, w której wykonawca skorzysta z uprawnienia do zastąpienia eksploatowanego deduplikatora innym urządzeniem bądź przynajmniej wyjaśnienia przez Zamawiającego, czy w przypadku dostarczenia zamiennego deduplikatora oprogramowanie backupowe faktycznie musi umożliwiać zarządzanie replikacją z uwzględnieniem eksploatowanego deduplikatora, który nie będzie częścią wdrażanego środowiska, to Izba nie jest władna nakazać Zamawiającemu wprowadzenia w tym zakresie odpowiedniej zmiany w OPZ, ponieważ Odwołujący nie przedstawił konstruktywnej argumentacji wyjaśniającej dlaczego uznaje taki wymóg za nieuzasadniony i wykazującej zasadność zarzutu.

W zakresie postanowienia zakwestionowanego w pkt 7 odwołania Izba stwierdziła, że uzasadnienie odwołania sprowadzało się do niczym nie uzasadnionej tezy, iż jeśli Zamawiający w innych punktach wymaga zabezpieczenia swojej bazy poprzez kopie na wiele różnych urządzeń i nośników, to nie może dodatkowo żądać mechanizmów w zakresie generowania samoopisujących się zbiorów danych. Analogicznie jak wskazano powyżej, poprzestanie na niczym nie popartym stwierdzeniu, że Zamawiający czegoś nie może czy nie powinien, nie stanowi podstawy faktycznej zarzutu uzasadniającej jego słuszność. Odwołujący nawet jednym zdaniem nie wytłumaczył, dlaczego Zamawiający miałby nie być uprawniony do postawienia takiego wymagania. Za nieuzasadnione w ocenie Izby należy uznać ponadto żądanie usunięcia przedmiotowego wymogu, jeśli weźmie się pod uwagę fakt, iż Odwołujący nie podważał argumentacji podnoszonej przez jego przeciwników podczas rozprawy, wskazującej, że w przypadku uszkodzeń infrastruktury z samoopisujących się nośników można odtworzyć dane. Powyższe niewątpliwie wpływa na bezpieczeństwo tych danych, tymczasem Odwołujący domagał się wyeliminowania przedmiotowego wymogu, czyli de facto obniżenia standardów bezpieczeństwa, jakie ustalił Zamawiający. Taki sposób prezentowania stanowiska, w szczególności brak poparcia stawianych tez merytoryczną argumentacją i dowodami oraz zaniechanie wyjaśnienia powodów dlaczego postulowana zmiana OPZ jest uzasadniona, nie może skutkować uwzględnieniem zarzutu przez Izbę.

W odniesieniu do wskazania przez Odwołującego, że składowanie danych na samoopisujących się kontenerach na urządzeniu deduplikującym jest cechą charakterystyczną dla rozwiązania Dell Data Domain Izba odsyła do wywodów poczynionych we wcześniejszej części uzasadnienia.

W ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie także zarzut, do którego odnosił się pkt 8 odwołania. Również i w tym przypadku należy zwrócić uwagę na sposób skonstruowania podstawy faktycznej zarzutu. Ograniczała się ona wyłącznie do stwierdzenia, że szyfrowanie danych w sieci lokalnej nie jest praktykowane. Tymczasem, jak wskazano już wcześniej, sam fakt braku istnienia pewnej praktyki rynkowej - która to okoliczność zresztą nie została przez Odwołującego w żaden sposób wykazana - nie przesądza o tym, że dane wymaganie nie jest uzasadnione na gruncie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający wskazywał, iż z jego perspektywy niezbędne jest zapewnienie wysokiego poziomu bezpieczeństwa transmisji danych, w tym odpowiedniego poziomu szyfrowania sieci LAN, gdyż ruch sieciowy pomiędzy środowiskami Zamawiającego jest realizowany przez zewnętrznych operatorów, przez ich urządzenia sieciowe, a środowiska te są zlokalizowane w innych miejscach. Zamawiający wyjaśnił, iż pomiędzy tymi ośrodkami posiada rozciągniętą sieć LAN realizowaną przez firmy zewnętrze i musi dochować należytej staranności w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa zabezpieczanych danych, a przesyłanie danych wrażliwych, haseł, danych będących tajemnicą przedsiębiorstwa, bez szyfrowania przez infrastrukturę firm trzecich może zostać potraktowane jako niedopełnienie obowiązków przez Zamawiającego. Potrzeby Zamawiającego w powyższym zakresie nie zostały przez Odwołującego w ogóle zanegowane. Równocześnie Odwołujący nie przedstawił argumentacji wskazującej, iż tego rodzaju wymaganie jest z perspektywy Zamawiającego zbędne czy w sposób obiektywnie nieuzasadniony wygórowane. Analogicznie jak w przypadku zarzutu, którego dotyczył pkt 2 odwołania, Odwołujący swojego stanowiska w żaden sposób nie rozwinął ani nie poparł dowodami, nie wykazał, aby szyfrowanie danych transmitowanych przez LAN było wymogiem nadmiarowym, niestandardowym, niszowym, czy trudnym do spełnienia.

W odniesieniu do wskazania przez Odwołującego, że powyższy punkt wyklucza zastosowanie innego rozwiązania niż Dell Data Domain z oprogramowaniem Dell Networker, Izba odsyła do wywodów poczynionych we wcześniejszej części uzasadnienia.

Odnosząc się zaś do zarzutu wskazanego w pkt 9 odwołania Izba stwierdziła, że jedyną okolicznością przywołaną w uzasadnieniu przedmiotowego zarzutu była teza, że wymagania OPZ zawarte w zakwestionowanym postanowieniu wskazują na rozwiązanie Dell RecoverPoint for VM, co wyklucza zastosowanie rozwiązań alternatywnych. Odwołujący nie podjął próby wykazania powyższej tezy, ani nie odparł twierdzeń Zamawiającego i Przystępujących, że istnieją inne niż Dell RecoverPoint for VM możliwe do wykorzystania platformy backupowe, które spełniają opisaną w OPZ funkcjonalność Continuous Data Protection. Zamawiający i Przystępujący Computex wskazali tutaj na Veeam Backup&Recovery, Microfocus Data Protector czy ZERTO, Odwołujący powyższego w żaden sposób nie zanegował. Odwołujący nie odniósł się także do twierdzeń Zamawiającego, który podnosił, że postawił ww. wymaganie, kierując się swoimi uzasadnionymi potrzebami związanymi z utrzymaniem środowiska VMware użytkowanego w infrastrukturze Zamawiającego. Zamawiający zwrócił także uwagę, że środowiska oparte na wirtualizacji VMware są w chwili obecnej najbardziej dynamicznie rozwijającymi się funkcjonalnie systemami, a wychodząc naprzeciw postulatom Odwołującego Zamawiający musiałby zrezygnować i wprowadzić zmiany w obecnie obranej polityce backupu na korzyść systemu, który nie rozwija się wraz z rozwojem trendów rynkowych.

Izba miała ponadto na względzie, że Odwołujący nie wyjaśnił, które konkretnie wymagania dotyczące przedmiotowej funkcjonalności powodują, że nie jest możliwe zastosowanie rozwiązań alternatywnych. Sam fakt, że wymagania te spełnia produkt Dell RecoverPoint for VM nie jest równoznaczny z uznaniem, że inne produkty również tych wymagań nie spełniają. Jeżeli tak w istocie jest, to obowiązkiem Odwołującego było wskazać które konkretnie wymagania określone dla alternatywnego oprogramowania w pkt 87 stanowią barierę do zaoferowania innego rozwiązania (trudno uznać, aby taką przeszkodę stanowiła funkcjonalność CDP jako całość) i poprzeć tę okoliczność wiarygodnymi dowodami. Nic nie stało na przeszkodzie, aby Odwołujący posłużył się w tym zakresie wyciągami z dokumentacji alternatywnych do Dell RecoverPoint for VM produktów.W tym stanie rzeczy za bezzasadne uznać należy także postawione przez Odwołującego żądanie usunięcia całego przedmiotowego wymagania, wiązałoby się to bowiem z nakazaniem Zamawiającemu zrezygnowania z jednego z pożądanych zabezpieczeń danych przy braku przedstawienia stosownego uzasadnienia dla takiego działania przez Odwołującego. Ponadto Izba uznała za spóźnione podnoszone na rozprawie przez Odwołującego twierdzenia, iż przedmiotowe wymaganie ustalono wyłącznie dla rozwiązania alternatywnego, a EMC Networker nie zawiera funkcjonalności CDP. Podobnie spóźniona jest argumentacja odnosząca się do tego, że Zamawiający musiałby dysponować infrastrukturą o co najmniej drugiej takiej pojemność jaką posiada, aby zapewnić ciągłą ochronę danych czy też do sprzeczności przedmiotowego postanowienia z wymaganiem zawartym w punkcie IV ppkt 3) b) 89 lit. c OPZ dotyczącym wymiaru wsparcia, jakie należy zapewnić. Powyższe okoliczności nie stanowiły podstawy faktycznej zarzutu, Izba zaś, jak już wskazano, związana jest granicami zarzutów i nie może wziąć pod uwagę argumentacji rozszerzającej ich podstawy faktyczne.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba za niewykazane uznała zarzuty naruszenia art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy nPzp, a w konsekwencji także zarzuty naruszenia art. 16 pkt 1 i 3 oraz art. 17 ust. 1 ustawy nPzp.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu i na podstawie art. 553 ustawy nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:……