Sygn. akt: KIO 2567/23

WYROK
z dnia 14 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę Akrivia spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Solec 18/U12 (00-410 Warszawa) w postępowaniu, w którym zamawiającym jest Ministerstwo Zdrowia z siedzibą w Warszawie przy ul. Miodowej 15 (00-952 Warszawa),
a prowadzącym postępowanie Centrum e-Zdrowia z siedzibą w Warszawie przy ul. Stanisława Dubois 5A (00-184 Warszawa)

przy udziale wykonawcy ADT Group spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Warszawie przy ul. Poleczki 44 (02-822 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Akrivia spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę 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 (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 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 2567/23

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

Centrum e-Zdrowia z siedzibą w Warszawie, działając w imieniu i na rzecz Ministerstwa Zdrowia z siedzibą w Warszawie zwanego dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Dostawa bibliotek taśmowych dla Ministerstwa Zdrowia*, o numerze referencyjnym: WRZ.270.172.2023, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 lipca 2023 r., pod numerem 2023/S 129-411988.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 31 sierpnia 2023 r. wykonawca Akrivia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:
- zaniechania uznania, że oferta wykonawcy ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej jako: „wykonawca”) jest niezgodna z wymogami SWZ i bezpodstawne uznanie, że jest zgodna z wymogami SWZ;
- wyboru oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej decyzją z 21 sierpnia 2023 r. i przyznanie wykonawcy punktów, chociaż oferta wykonawcy, jako podlegająca odrzuceniu, nie powinna być rozpatrywana i nie powinna być jej przyznawana punktacja;
- wezwania wykonawcy 16 sierpnia 2023 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych;
- zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy, zaniechania wykluczenia wykonawcy;
- zaniechania wezwania odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych;
- zaniechanie ponownej oceny ofert, bez uwzględnienia oferty wykonawcy;
- zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
- z ostrożności (dotyczy zarzutu 3 – ewentualnego) – zaniechanie wezwania wykonawcy do wyjaśnień złożonej oferty.

Mając na uwadze powyższe odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1) pkt 3 tiret ostatni załącznika nr 1 do SWZ (OPZ), ponieważ: zaoferowana przez wykonawcę biblioteka (wskazana w ofercie) producenta Actidata – Kodiak nie spełnia wymogu co do współpracy z posiadanym przez Zamawiającego oprogramowaniem do wykonywania kopii bezpieczeństwa firmy COMMVAULT oraz Micro Focus Data Protector software i fakt niespełniania wynika z oświadczeń tych producentów (COMMVAULT oraz Micro Focus) [zarzut 1];
2) pkt 3 tiret szósty załącznika nr 1 do SWZ (OPZ), z uwzględnieniem treści wprowadzonej zmianami w drodze wyjaśnień z 21 lipca 2023 r., ponieważ: zaoferowane przez wykonawcę napędy taśmowe (wskazane w ofercie) producenta Actidata, nie spełniają wymogu co do posiadania mechanizmu dostosowującego automatycznie prędkość przesuwu taśmy do wartości strumienia danych przekazywanego do napędu (ATS data transfer) w zakresie od 101 do 300 MBps lub w zakresie od 112 do 300 MBps [zarzut 2];
3) w przypadku braku uwzględnienia zarzutu 1 lub 2 lub 4 naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy do wyjaśnień treści oferty, to jest odnośnie tego czy:
a) biblioteka (wskazana w ofercie) producenta Actidata spełnia wymóg co do współpracy
z posiadanym przez zamawiającego oprogramowaniem do wykonywania kopii bezpieczeństwa firmy COMMVAULT oraz Micro Focus Data Protector software;
b) napędy taśmowe (wskazane w ofercie) producenta Actidata posiadają mechanizm dostosowujący automatycznie prędkość przesuwu taśmy do wartości strumienia danych przekazywanego do napędu (ATS data transfer) w zakresie od

101-300 lub od 112 do 300 MBps [zarzut 3 – ewentualny];
4) w konsekwencji powyższych zarzutów, naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w związku z art. 126 ust. 1 Pzp w związku z art. 16 pkt 1), 2), 3) Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 2) pkt a) i b Pzp:
a) przez wybór oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej, wezwanie wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych;
b) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, zaniechanie wykluczenia wykonawcy
z przetargu;
c) zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej choć podlegała ona wyborowi, jako zgodna z warunkami zamówienia, i zamawiający powinien wezwać odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, wybrać ofertę odwołującego i zawrzeć z odwołującym umowę;
d) a w rezultacie tych wszystkich zarzutów powyżej – przeprowadzenie postępowania
o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, nieprzejrzysty, oraz nieproporcjonalny.

Odwołujący wniósł o nakazanie:
- uwzględnienia odwołania;
- unieważnienie czynności z 21 sierpnia 2023 r. i z 16 sierpnia 2023 r. wskazanych powyżej;
- wykluczenie wykonawcy i odrzucenie jego oferty;
- ponownej oceny ofert, już bez oceny oferty wykonawcy;
- wezwania odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych;
- wyboru oferty odwołującego;
- w przypadku uwzględnienia zarzutu 3 (ewentualnego) – wezwania wykonawcy do wyjaśnień w zakresie wskazanym w pkt 1) i 2) przy zarzucie nr 3 (ewentualnym);
- obciążenia zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Odwołujący wyjaśnił, że naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp i SWZ, uniemożliwia mu uzyskanie zamówienia i zawarcie umowy z zamawiającym w związku z tym postępowaniem, przez co poniesie szkodę, w tym szkodę majątkową polegającą na stracie oraz utraconej korzyści w postaci nieuzyskania pieniędzy w wyniku realizacji zamówienia.
W ocenie odwołującego gdyby zamawiający wykluczył wykonawcę, to zamawiający zawarłby z odwołującym umowę. Odnośnie zarzutu ewentualnego – odwołujący podniósł, że ma interes, aby kontrolować czynności i zaniechania zamawiającego na etapie postępowania – tak żeby została wybrana oferta, która spełnia wymogi SWZ, a nie taka, która nie została badana na etapie składania ofert, np. z powszechnie dostępnymi informacjami w internecie. Gdyby w wyniku takiej oceny zostało uznane, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu a on wykluczeniu, to zamawiający zawrze umowę z odwołującym i dzięki temu odwołujący nie poniesie szkody majątkowej.

W uzasadnieniu dla zarzutu 1 dotyczącego braku współpracy biblioteki producenta Actidata z oprogramowaniem do wykonywania kopii bezpieczeństwa firmy COMMVAULT oraz Micro Focus Data Protector, odwołujący wskazał:
A – wymóg OPZ
Biblioteka taśmowa oferowana przez wykonawcę producenta: Actidata, nazwa: ActiLib Kodiak, numer katalogowy: ActiLib Kodiak, 6807, part number: 46082320, dalej zwana jako: „biblioteka Actilib" nie spełnia wymagania OPZ o treści: *Biblioteka musi współpracować*
z posiadanym przez Zamawiającego oprogramowaniem do wykonywania kopii bezpieczeństwa firmy COMMVAULT oraz Micro Focus Data Protector software. Zamawiający wymaga dostarczenia oświadczenia producenta.
Z wykładni, praktyki i celu tego wymogu, wynika, że przez oświadczenie producenta należy rozumieć oświadczenie wiedzy, to jest dokumentację techniczną COMMVAULT oraz Micro Focus Data Protector, ponieważ to z tymi produktami ma współpracować oferowana biblioteka. Istota dowodu na to, że biblioteka Actilib nie współpracuje z posiadanym przez zamawiającego oprogramowaniem do wykonywania kopii bezpieczeństwa firmy COMMVAULT oraz Micro Focus Data Protector software polega na tym, że biblioteka Actilib Kodiak nie znajduje się na odpowiedniej liście kompatybilności (współpracy) tych producentów. Gdyby biblioteka Actilib znajdowała się na liście kompatybilności (współpracy) tych producentów, to ten fakt potwierdzałby współpracę, a co dalej za tym idzie, potwierdzona byłaby możliwość składania zgłoszeń serwisowych, itd.
B – Micro Focus Data Protector
Biblioteka ActiLib nie znajduje się na matrycy kompatybilności oprogramowania do wykonywania kopii bezpieczeństwa producenta: Micro Focus Data Protector. Odwołujacy powołując się dowody załączone do odwołania wskazał, że tych miejscach i dokumentach producent Micro Focus udostępnił listę produktów, która jest kompatybilna z Micro Focus.
W dokumentach są wymienione biblioteki innych producentów, np. HPE (oferowany przez odwołującego: HPE MSL3040), IBM, Oracle, itd. W spisie treści ani w żadnym miejscu tych dokumentów nie ma informacji na temat współpracy z biblioteką Actilib lub produktami producenta Actidata. Odwołujący wyjaśnił, że dokumenty Microfocus były aktualizowane:
- 22 kwietnia 2022 r.;
- 22 czerwca 2022 r.;
- czerwiec 2023 r.;
co potwierdza, że przedstawiają najnowszy stan dostępny na rynku. Natomiast dokumenty techniczne dotyczące biblioteki Actilib – dostępne na stronie producenta Actidata – były opublikowane 30 czerwca 2014 r. i 28 grudnia 2016 r. Zdaniem odwołującego z miejsc
i dokumentów załączonych do odwołania wynika, że dokumentacja biblioteki Actilib pochodzi z 2014 i 2016. Powyższa dokumentacja miała być opublikowana na aktualnej stronie producenta (a więc jest prezentowana jako aktualna dokumentacja), i ta dokumentacja istniała więc przed wykonaniem przez Microfocus testów dotyczących współpracy (kompatybilności) w 2022 i 2023 r. Tym samym, gdyby biblioteka Actilib spełniała wymogi Microfocus, to byłaby na liście kompatybilności z lat 2022-2023 r., a nie jest na tej liście. Tym samym producent Micro Focus Data Protector nie potwierdził współpracy z biblioteką Actidata, czyli ją wyklucza, a potwierdza współpracę z innymi produktami innych producentów.
C – COMMVAULT
Biblioteka ActiLib nie znajduje się na matrycy kompatybilności oprogramowania do wykonywania kopii bezpieczeństwa producenta Commvault. Odwołujący zwrócił uwagę, że dowód ze strony producenta https://documentation.commvault.com/tapestoragematrix/?, na której jest lista wszystkich certyfikowanych urządzeń

(oprogramowania) wszystkich producentów. Na tej liście są producenci: HPE, IBM, itd., nie ma na liście producenta Actidata, ani biblioteki Actilib. W wyszukiwarce Commvault dotyczącej bibliotek (libriaries) na stronie https://documentation.commvault.com/tapestoragematrix/?facet.device=%22Libraries%22 również nie ma biblioteki Actilib, ani produktów producenta Actidata, chociaż są produkty wielu innych producentów. Natomiast u producenta Commvault jest potwierdzenie współpracy (a więc kompatybilności) między oprogramowaniem Commvault a zaoferowaną przez odwołującego biblioteką HPE MSL3040. Biorąc pod uwagę, że dokumentacja dotycząca biblioteki Actilib producenta Actidata pochodzi z 2014 i 2016 r. i przez te wszystkie lata ta biblioteka nie przeszła certyfikacji w Commvault, to dowodzi to braku współpracy (kompatybilności).

D – BIBLIOTEKA ACTIDATA, MICROFOCUS, Narodowy Fundusz Zdrowia, odrzucenie ofert

Odwołujący zwrócił uwagę, że podobny problem był badany w innym postępowaniu
o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez Narodowy Fundusz Zdrowia
w postępowaniu pn.: *Dostawa biblioteki taśmowej wraz z instalacją i konfiguracją dla Narodowego Funduszu Zdrowia Podkarpackiego Oddziału Wojewódzkiego z siedzibą*
w Rzeszowie przy ul. Zamkowej 8. Zamawiający (Narodowy Fundusz Zdrowia) w tamtym postępowaniu stwierdził, że oferowana przez DISKUS Polska Sp. z o.o. biblioteka actiLib Kodiak 6807 (ta sama co w tym postępowaniu, o czym świadczy nr 6807) nie spełnia wymogów zamawiającego (NFZ) z uwagi na brak kompatybilności, to jest brak współpracy – biblioteki Actilib z oprogramowaniem do wykonywania kopii bezpieczeństwa Microfocus. Zamawiający (NFZ) w celu podjęcia decyzji posługiwał się tą samą metodą dowodzenia, to jest sprawdzał na stronach internetowych docelowych producentów (w naszym przypadku Microfocus), czy kompatybilność (współpraca) jest czy nie jest potwierdzona. W ocenie odwołującego z formularza oferty wynikało, że współpraca jest tym samym co kompatybilność. Jak wyjaśnił odwołujący Narodowy Fundusz Zdrowia, dochodząc do negatywnej odpowiedzi (w wyniku braku znalezienia odpowiedniej informacji na stronach producentów), odrzucił ofertę opartą o bibliotekę Actilib 6807 (ten sam numer co biblioteka
w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie – wg odwołującego to jest ta sama biblioteka)
z powodu braku współpracy (kompatybilności) z oprogramowaniem do wykonywania kopii bezpieczeństwa Microfocus. Ponadto zamawiający Narodowy Fundusz Zdrowia odrzucając ofertę stwierdził w uzasadnieniu faktycznym:
Wykonawca DISKUS Polska sp. z o.o. zaoferował bibliotekę taśmową producenta Actidata, model actiLib Kodiak BTL 6807 (BDT MultiStak), 4 x LTO9 FC, potwierdzając jednocześnie w pozycji 11 szczegółowego formularza ofertowego „Współpraca z oprogramowaniem", że oferowana biblioteka posiada wsparcie dla aplikacji Microfocus Data Protector w wersji 11.01.
Zamawiający w toku badania oferty, poprzez sprawdzenie u producenta oprogramowania HP Data Protector, czy zaoferowana biblioteka taśmowa Actidata ActiLib Kodiak 6807-BTL jest wspierana przez oprogramowanie HP Data Protector w wersji 11.01, stwierdził, że ww. biblioteka nie znajduje się na liście urządzeń kompatybilnych z tym konkretnym oprogramowaniem, według aktualnych publikacji na dzień składania ofert, tj.: Data Protector Device Support Matrix (wersja 1.1 z czerwca 2022) oraz Data Protector Support Matrix Revision – What's New (wersja 1.5 z kwietnia 2023 roku).
Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Weryfikując złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia, Zamawiający sprawdził na stronie producenta urządzenia (actidata), które zaoferował Wykonawca oraz w dostępnych tam broszurach, że oferowane urządzenie widnieje jednoznacznie jako Producent: actidata, model „actiLib Kodiak 6807". (…) W analizowanej dokumentacji nie widnieje model BDT MultiStak.
Zamawiający sprawdzając zgodność oferowanego produktu z posiadanym oprogramowaniem, stwierdził, że zarówno model urządzenia „actiLib Kodiak 6807" producenta „actidata" jak również model BDT MultiStak, producenta actidata nie widnieją na liście kompatybilności - Data Protector Device Support Matrix (wersja 1.1 z czerwca 2022) oraz Data Protector Support Matrix Revision – What's New (wersja 1.5 z kwietnia 2023 roku.)
Mając na uwadze powyższe Zamawiający stwierdził, że oferowane urządzenie nie spełnia wymogu postawionego w punkcie 11 załącznika 2a do SWZ jakim jest szczegółowy formularz ofertowy, zatem treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.
Zdaniem odwołującego powyższe stanowiło również potwierdzenie zasadności zarzutu stawianego w stosunku do wykonawcy w tym postępowaniu (ADT), jak i prawidłowości sposobu dowodzenia czy rozumienia co to jest oświadczenie producenta (oświadczenie wiedzy, więc dokumentacja techniczna), a także tożsamości pojęć kompatybilność
i współpraca, oraz którego producenta dokumentacja jest miarodajna (Microfocus, Commvault).
W podsumowaniu dla tego zarzutu odwołujący stwierdził:
- zamawiający wymagał współpracy między posiadanym przez siebie oprogramowaniem COMMVAULT oraz Micro Focus Data Protector a dostarczaną biblioteką;
- celem zamawiającego jest (1) posiadanie m.in. najmniejszej awaryjności systemu backupowego oraz (2) w przypadku, gdy wystąpią awarie – należytej obsługi awarii u obu stron systemu (producenta oprogramowania oraz producenta biblioteki);
- zaoferowane przez wykonawcę biblioteki nie oferują tej współpracy, ponieważ nie są na liście kompatybilności prowadzonej przez COMMVAULT oraz Micro Focus Data Protector;
- nawet jeżeli producent Actidata oświadczy lub znajdzie w swojej specyfikacji technicznej, iż ona (taka współpraca) istnieje będzie to tylko oświadczenie ze strony jednego producenta, nie znajdujące potwierdzenia u właściwego producenta (COMMVAULT oraz Micro Focus Data Protector);
- wg treści OPZ, to oświadczenie (dokumentacja techniczna) COMMVAULT oraz Micro Focus Data Protector: ma znaczenie, a nie inna dokumentacja;
- potwierdzeniem niespełniania wymogów OPZ są oświadczenia (dokumenty techniczne) ze strony producentów Commvault oraz MicroFocus, dotyczące kompatybilności (współpracy)
z poszczególnymi producentami/bibliotekami – a więc dotyczą samej istoty problemu;
- jak udowodniono wyżej, takiej kompatybilności (współpracy) nie ma dla zaoferowanych przez wykonawcę bibliotek, co jawnie wskazuje na brak współpracy z posiadanym przez zamawiającego oprogramowaniem do wykonywania kopii bezpieczeństwa firmy COMMVAULT oraz Micro Focus Data Protector software.
Z ostrożności odwołujący wskazał, że pomimo, że zamawiający napisał w wymogu: *Zamawiający wymaga dostarczenia oświadczenia producenta* – to odwołujący ma prawo weryfikować (i składać odwołanie) w tym przedmiocie, ponieważ:
- samo wymaganie co do współpracy jest zawarte w OPZ, a oferta musi spełniać wymogi OPZ;
- wymogi co do współpracy muszą zostać spełnione i realizowane tak samo jak każdy wymóg techniczny;
- każdy wymóg z oferty konkurencji dotyczący OPZ może być weryfikowany na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia, niezależnie od rodzaju dowodu, jaki zamawiający wymaga do złożenia w trakcie realizacji zamówienia;
- czyli, jeżeli odwołujący posiada dowody, że biblioteka Actilib nie spełnia wymogów OPZ, to odwołujący ma prawo teraz

(na etapie postępowania) składać odwołanie, a zamawiający ma obowiązek to weryfikować, i odrzucić ofertę, w przypadku potwierdzenia niespełniania tego wymogu;
- nie można odebrać odwołującemu prawa do kontroli oferowanego świadczenia przed zawarciem umowy.
W odniesieniu do zarzutu 2 dotyczącego napędów taśmowych Actidata – braku wymaganego zakresu od 112 do 300 MBps, odwołujący wyjaśnił, że zamawiający dopuścił dwa zakresy dotyczące mechanizmu dostosowującego automatycznie prędkość przesuwu taśmy do wartości strumienia danych przekazywanego do napędu:
- od 101-300 MBps – wg OPZ
- od 112-300 MBps – wg treści wyjaśnień.
Wykonawca zaoferował napędy taśmowe: Producent: Actidata, Nazwa: LTO-8 HH Tape-Drive Module FC, Numer katalogowy: LTO-8 HH Tape-Drive Module FC, part number: 40082300 – dalej zwane jako: „napędy Actidata". Wg informacji na stronie producenta napędów Actidata – odnośnie mechanizmu dostosowującego automatycznie prędkość przesuwu taśmy do wartości strumienia danych przekazywanego do napędu: mają one zakres między 300 a 750 MBps. Wymóg był pomiędzy 101-300 MBps lub 112-300 MBps,
a nie 300-750 MBps, a więc napędy Actidata nie spełniają wymogów SWZ w zakresie poniższym niż 300 MBps, to jest nie spełniają wymogu dla mechanizmu dostosowującego automatycznie prędkość przesuwu taśmy do wartości strumienia danych przekazywanego do napędu poniżej wartości 300 MBps, to jest od 101 do 300 MBps lub 112-300 MBps.
Co do zarzutu ewentualnego odwołujący wskazał, że zamawiający chociaż powinien wezwać do wyjaśnień wykonawcę, jak zrobił to NFZ w opisanym wyżej przetargu. Odwołujący podniósł, że złożył pismo zawiadamiające o niezgodności oferty wykonawcy
z OPZ (w zakresie zarzutu 1) przed złożeniem odwołania. Pomimo tego, zamawiający nie zbadał należycie oferty wykonawcy i nie podjął koniecznych czynności. Zamawiający również nie wezwał wykonawcy w zakresie zarzutu nr 2 – chociaż informacje producenta Actidata są powszechnie znane, więc niezgodność jest i znana i oczywista.
W zakresie zarzutu 4 odwołujący stwierdził, że zamawiający naruszył przepisy równego traktowania, zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności, przejrzystości, ponieważ nie przestrzega postanowień własnego SWZ i przepisów Pzp w stosunku do wykonawcy. Zamiast odrzucić ofertę wykonawcy, wykluczyć go z przetargu (ewentualnie wcześniej wezwać do wyjaśnień), to wzywa go do złożenia podmiotowych środków dowodowych i wybiera ofertę wykonawcy. Tym samym doszło do naruszenia przepisów Pzp, naruszenia przepisów SWZ, wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza, szkody odwołującego polegającej na braku wyboru oferty odwołującego.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 11 września 2023 r. zamawiający oraz wykonawca zgłaszający przystąpienie, złożyli do akt sprawy odpowiednio odpowiedź na odwołanie oraz stanowisko procesowe wraz z dowodami, w których przestawili argumentację dla wniosków o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 12 września 2023 r. odwołujący złożył pismo procesowe, w którym wskazał, że z OPZ wynikały następujące wymogi:
• napęd ma mieć jednocześnie dwa porty FC;
• wysokość oferowanej biblioteki nie może przekroczyć 6U.
Zdaniem odwołującego w dokumencie IBM jest napisane na temat:
1) Half Hight (to jest HH) – to znaczy to samo co w oświadczeniu pochodzącym z Niemiec – że mają jeden port (trzeci tiret niżej);
2) Full Hight – jest napisane, że mają dwa porty (pierwszy tiret niżej), ale wg oświadczeń, nie zostały one zaoferowane.
W ocenie odwołującego skoro wykonawca zaoferował napędy wskazane w dokumencie, to żaden z napędów IBM wskazanych w dokumencie nie spełnia wszystkich wymogów SWZ. Czyli w bibliotece z napędami IBM są dostępne:
• FH (full hight) z dwoma portami FC, ale mają zbyt dużą wysokość (sumarycznie ponad 6U);
• HH (half hight) z jednym portem FC, czyli mają zbyt mało portów
Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca wskazał napędy IBM'a HH (half hight), czyli wg dokumentu IBM, napęd z jednym portem FC, choć w dokumentacji technicznej Actilib Kodiak, Actilib Kodiak opisuje te napędy opisuje jako dwuportowe. Wniosek: biblioteka Actilibi Kodiak nie ma napędów, które spełniałyby wymóg dwóch portów FC, mających jednocześnie cechę HH (half hight). Ponadto to nawet gdyby oferowali napędy Full Height, to one by nie spełniły wymogu maksymalnej wysokości 6U dla biblioteki.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej jako: „przystępujący") do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że 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 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:
1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, która została przesłana do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 8 września 2023 r., w tym w szczególności:
- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal jako: „SWZ") wraz z załącznikami;
- wyjaśnienia do treści SWZ z dnia 21 lipca 2023 r.;
- ofertę przystępującego;

- wezwanie z dnia 16 sierpnia 2023 r. skierowane do przystępującego na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp;
- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 21 sierpnia 2023 r.;
2) informację i dokumenty załączone do odwołania:
- wydruk ze strony Micro Focus Data Protector: https://docs.microfocus.com/doc/Data_Protector/11.01/SystemRequirements, pliki:
• 1A_Micro Focus Data Protector_en z tłumaczeniem;
• 1B_Micro Focus Data Protector_pl;
- dokument z lipca 2022 r. zatytułowany Data Protector Device Support Matrix: dostępny pod adresem docs.microfocus.com/DP/SupportMatrix/11.01/Device_SupportMatrix_DP11.01.pdf, pliki:
• 2A_Support Matrix_Data protector_en;
• 2B_Support Matrix_Data protector_pl;
- dokument z czerwca 2023 r. zatytułowany Data Protector Device Support Matrix: dostępnym pod adresem WhatsNew_ChangeLog_SupportMatrix_D P11.02.pdf, plik:
• 3A_Matrix Revision_Data protector_en;
• 3B_Matrix Revision_Data protector_pl;
- wydruk ze strony internetowej producenta: . php/pl/produktypl/biblioteka-tasmowa-lto/biblioteka-actilib-kodiak-6807/ds-actilib-kodiak-6807-downloads-2, pliki:
• 4A_actiLib biblioteka www_en;
• 4B_actiLib biblioteka www_pl;
- dokument Quick Start Guide actiLib Kodiak 6807 RevB, pliki:
• 5A_Guide actiLib_2014_en – wyciąg z dokumentu;
• 5B_Guide actiLib_2014_pl – tłumaczenie wyciągu z dokumentu;
- dokument actiLib Kodiak 6807 User and Service Guide, pliki:
• 6A_service user Guide actiLib_2016_en – wyciąg z dokumentu;
• 6B_service user Guide actiLib_2016_pl – tłumaczenie wyciągu z dokumentu;
- wydruk z https://documentation.commvault.com/tapestoragematrix/?, plik:
• 7A_commvault www_en;
• 7B_commvault www_pl;
- wydruk z , plik:
• 8A_commvault www biblioteki_en;
• 8B_commvault www biblioteki_pl;
- wydruk z wyszukiwarki produktów pod hasłem "actilib" z adresu https://documentation.commvault.com/tapestoragematrix/?q=actilib plik:
• 8C_commvault_actilib_en;
• 8D_commvault_actilib_pl;
- wydruk z wyszukiwarki produktów pod hasłem "actidata" z adresu plik:
• 8E_commvault_actilib_pl;
• 8F_commvault_actilib_pl;
- wydruk z https://documentation.commvault.com/tapestoragematrix/?q=hpe%203040, plik:
• 9A_commvault_hpe biblioteka_en;
• 9B_commvault_hpe biblioteka_pl;
- informację o wyniku postępowania nr NFZ09-WAG-ZP.251.5.2023 oznaczoną nr 10;
- fragment formularza oferty opracowanego w postępowaniu NFZ, plik: 11_Formularz ofertowy po zmianach;
- wypełniony przez wykonawcę w postępowaniu NFZ formularz oferty: 12_Formularz ofertowy po zmianach (3)-sig-sig;
- wydruk ze strony https://www.actidata.com/index.php/pl/produkty-pl/biblioteka-tasmowalto/biblioteka-actilib-kodiak-6807/ds-actilib-kodiak-6807-technische-daten-2, plik:
• 13A_napedy tasmowe_en;
• 13B_napedy tasmowe_pl;
3) informacje wskazane w treści odpowiedzi na odwołanie:
- informację dostępną pod adresem https://www.actidata.com/index.php/files/171/SW-Compatibility/449/2023-02-LTOSoftware-Compatiblity-Matrix.pdf (str. 4 i 5);
- zrzut ekranowy z konsoli zarządzania biblioteki (str. 6);
- zrzut ekranowy z konsoli biblioteki – status biblioteki (str. 7);
- zrzut ekranowy z konsoli zarządzania systemu COMMVAULT (str. 8);
- zrzut ekranowy prezentujący właściwości biblioteki KODIAK (Library properties for KODIAK) widoczne w systemie COMMVAULT (str. 9);
- informację ze strony /?facet.vendor =%22BDT%22 &facet.model=%22MultiStak%22 (str. 10);
- wyniki wyszukiwania dla BDT Multistak, dla zakładki #2780 (str. 11);
- informację ze strony 10.91/Device_SupportMatrix_DP10.91. pdf (str. 12);
- informację ze strony https://www.actidata.com/index.php/pl/produkty-pl/biblioteka-tasmowa-lto/biblioteka-actilib-kodiak-6807/ds-actilib-kodiak-6807-technische-daten-2 (str. 13);
- potwierdzenie faktu w dokumentacji IBM Tape Library Guide o zmiennej szybkości pracy napędu taśmowego dostępne na stronie: (str. 14);
4) informacje wskazane w piśmie oraz załączniki do pisma procesowego przystępującego:
- informacje ze strony https://www.actidata.com/index.php/files/171/SW-Compatibility/449/2023-02-LTO-Software-Compatiblity-Matrix.pdf) (str. 2 i 10);
- informacje ze strony) (str. 5 i 6);
- informacje ze strony (str. 6 i 7);
- tabelki wskazane na str. 11 i 12;
- oświadczenie producenta Actidata z dnia 7 września 2023 r. załączone do pisma procesowego;
5) dokumenty złożone przez odwołującego w dniu 12 września 2023 r.:
- kartę danych technicznych urządzenia BDT Multistak z tłumaczeniem na język polski;
- wyciąg z dokumentu IBM z tłumaczeniem na język polski;
6) złożone na posiedzeniu niejawnym przez przystępującego dwa zdjęcia napędu taśmowego.

Izba ustaliła co następuje.

Opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załączniku nr 1 do SWZ. Zgodnie z pkt 3 tiret 1, 4, 6 i 10 opisu przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał:
3. Wymagania dla bibliotek taśmowych, o których mowa w pkt. 2 lit. a.
[tiret 1] *Każda biblioteka taśmowa musi być wyposażona w cztery napędy LTO-8 FC. Każdy napęd LTO-8 musi być wyposażony w dwa porty FC 8 Gbps.*
(…)
[tiret 4] *Wysokość oferowanej biblioteki nie może przekroczyć 6U w szafie rack o szerokości 19".*
(…)
[tiret 6] *Napędy taśmowe muszą posiadać mechanizm dostosowujący automatycznie prędkość przesuwu taśmy do wartości strumienia danych przekazywanego do napędu (ATS data transfer) w zakresie od 101 do 300 MBps.*
(…)
[tiret 10] *Biblioteka musi współpracować z posiadanym przez Zamawiającego oprogramowaniem do wykonywania kopii bezpieczeństwa firmy COMMVAULT oraz Micro Focus Data Protector software. Zamawiający wymaga dostaczenia oświadczenia producenta.*

W wyjaśnieniach treści SWZ z dnia 21 lipca 2023 r. zamawiający udzielił następującej odpowiedzi na pytanie nr 3:

Zamawiający informuje, że dopuszcza również napędy taśmowe dostosowujące automatycznie prędkość przesuwu taśmy do wartości strumienia danych przekazywanego do napędu (ATS data transfer) w zakresie od 112 do 300 MBps.

Przystępujący w pkt 3, w tabeli zawartej na str. 2, w kolumnie trzeciej złożonego formularza ofertowego, wskazał następującą nazwę zaoferowanego sprzętu:
Biblioteka taśmowa
Producent: Actidata
Nazwa: ActiLib Kodiak
Numer katalogowy: ActiLib Kodiak 6807,
part number: 46082320,
wraz z
napędami taśmowymi
Producent: Actidata
Nazwa: LTO-8 HH Tape-Drive Module FC
Numer katalogowy: LTO-8 HH Tape-Drive Module FC,
part number: 40082300,
i
kompletem 100 taśm
Pismem z dnia 16 sierpnia 2023 r. przystępujący został wezwany na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp *do złożenia* ***aktualnych na dzień złożenia*** *podmiotowych środków dowodowych oraz dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 124 ustawy Pzp, które zostały określone w rozdziale VII pkt 1.2 SWZ przedmiotowego postępowania.*
W dniu 21 sierpnia 2023 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty
w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:
- art. 223 ust. 1 Pzp – *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.*;
- art. 239 ust. 1 i 2 Pzp – *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*
2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.;
- art. 126 ust. 1 Pzp – *Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.*;
- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b), 3 i 5 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*
2) została złożona przez wykonawcę:
a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub
b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub
3) jest niezgodna z przepisami ustawy;
5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- art. 16 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba w znacznej mierze oparła się na stanowisku zamawiającego oraz przystępującego uznając je zasadne.

W odniesieniu do zarzutu 1 skład orzekający stwierdził, że odwołujący niezasadnie zinterpretował wymóg określony w pkt 3 tiret 10 OPZ uznając, że przez oświadczenie producenta należy rozumieć oświadczenie firm będących producentami oprogramowania do wykonywania kopii bezpieczeństwa będącego w posiadaniu zamawiającego tj. COMMVAULT oraz Micro Focus Data Protector. W ramach postanowienia z pkt 3 tiret 10 OPZ zamawiający sformułował wymóg, aby oferowana biblioteka taśmowa współpracowała
z posiadanym przez zamawiającego oprogramowaniem do wykonywania kopii bezpieczeństwa firmy COMMVAULT oraz

Micro Focus Data Protector Software. Jednocześnie zamawiający wskazał, że weryfikacja spełnienia tego wymogu odbywała się będzie na podstawie oświadczenia producenta. Zamawiający nie formułował obowiązku związanego z koniecznością złożenia przez wykonawców oświadczeń producentów oprogramowania. W ocenie Izby wymóg dostarczenia oświadczenia producenta odnosił się do oświadczenia producenta biblioteki taśmowej i tak należało ten wymóg interpretować, ponieważ wynikało to z jego konstrukcji opisanej w OPZ. Cały pkt 3 OPZ dotyczył opisu wymagań dla bibliotek taśmowych i tego dotyczył również tiret 10 oraz wskazane w nim oświadczenie producenta. Skład orzekający zwrócił uwagę na posłużenie się przez zamawiającego w odniesieniu do podmiotów COMMVAULT oraz Micro Focus Data Protector Software określeniem ,,firma'' a nie ,,producent''. Dodatkowo w treści postanowienia zamawiający posłużył się zwrotami ,,producent'' oraz ,,oświadczenie'' w liczbie pojedynczej. Podmioty COMMVAULT oraz Micro Focus Data Protector Software są odrębnymi producentami, a zatem gdyby zamawiający sformułował taki wymóg jak interpretował to odwołujący – chodziłoby o dwa odrębne oświadczenie każdej z tych firm, a nie jedno wspólne oświadczenie. Należało więc przyjąć, że gdyby wolą zamawiającego była weryfikacja w oparciu o oświadczenia firm COMMVAULT oraz Micro Focus Data Protector Software – sformułowałby przedmiotowe postanowienie odmiennie, na przykład w taki sposób, że weryfikacji dokonywałby w oparciu o „oświadczenia firm" a nie „oświadczenie producenta". Tym samym Izba uznała, że nie znalazła potwierdzenia w treści postanowienia z pkt 3 tiret 10 OPZ, zaprezentowana w odwołaniu interpretacja. Brak było podstaw do przyjęcia, że weryfikacja spełnienia wymogu współpracy biblioteki taśmowej
z oprogramowaniem posiadanym przez zamawiającego miała odbywać się w oparciu
o oświadczenia firm będących producentami oprogramowania do wykonywania kopii bezpieczeństwa, tj. COMMVAULT oraz Micro Focus Data Protector Software. Na marginesie skład orzekający stwierdził, że nawet przyjmując bardzo ostrożną interpretację ww. wymogu, to można co najwyżej uznać, że był on w tym zakresie niejednoznaczny, przez co oświadczenie producenta można było odnosić zarówno do producentów oprogramowania jak i producenta biblioteki taśmowej. Tym samym oświadczenie producenta biblioteki było wystarczające do spełnienia wymagania.
W toku postępowania odwoławczego zamawiający i przystępujący przedstawili informację, którą można było uznać za oświadczenie producenta biblioteki taśmowej w rozumieniu wymagania podanego w pkt 3 tiret 10 OPZ. Informacja ta wynikała z tablicy kompatybilności aktualnej na dzień 17 lutego 2023 r., z której jednoznacznie wynikało, że biblioteka taśmowa będąca przedmiotem oferty przystępującego, tj. ActiLib Kodiak 6807 – jest kompatybilna
z oprogramowaniem firmy COMMVAULT oraz Micro Focus Data Protector Software. Ponadto przystępujący złożył jako dowód (załącznik nr 2 do pisma procesowego) oświadczenie producenta Actidata, w którym wyraźnie wskazano, że zaoferowana przez przystępującego biblioteka actidata – actiLib Kodiak 6807, PN: 46082320, wspiera między innymi następujące rodzaje oprogramowania do wykonywania kopi bezpieczeństwa: COMMVAULTi Microfocus Data Protector Software. Dodatkowo z treści oświadczenia wynikało, że urządzenie actiLib Kodiak 6807 jest w oryginale wyprodukowane przez niemiecką firmę BDT Media Automation GmbH pod nazwą BDT MultiStak i sprzedawane jest do actidata Storage Systems GmbH na mocy umowy OEM (Original Equipment Manufacturer). W ramach tej umowy actidata może sprzedawać urządzenia pod własnym logiem, obejmować własnym serwisem i gwarancją, oferować we własnym kanale sprzedaży we wszystkich krajach świata oraz posługiwać się certyfikatami ISO oryginalnego producenta urządzeń i wystawiać własne certyfikaty i oświadczenia dotyczące powyższych urządzeń. Natomiast instalowane napędy LTO-8 HH Tape-Drive Module FC, PN: 40082300, produkowane są przez firmę IBM, która aktualnie jako jedyna na świecie dostarcza tego typu urządzenia.
Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba wzięła pod uwagę powyżej wskazane informacje
i dowody tj. oświadczenie producenta biblioteki pochodzące ze strony internetowej, które zostało opublikowane w dniu 17 lutego 2023 r. oraz oświadczenie załączone do pisma procesowego przystępującego. Jednocześnie z uwagi na okoliczność, że wedle postanowienia pkt 3 tiret 10 OPZ potwierdzenie spełnienia wymogu współpracy biblioteki taśmowej z oprogramowaniem zamawiającego miało odbyć się w oparciu o oświadczenie producenta biblioteki taśmowej – bez znaczenia pozostawały powołane przez odwołującego dowody z dokumentacji firm COMMVAULT oraz Micro Focus Data Protector Software (oznaczone jako: 1A, 1B, 2A, 2B, 3A, 3B, 7A, 7B, 8A, 8B, 8C, 8D, 8E, 8F, 9A i 9B).
Ponadto Izba uznała, że odwołujący oparł zarzut na nieaktualnej dokumentacji producenta Actidata. W treści odwołania powołano dokumentację tego producenta datowaną na dzień 30 czerwca 2014 r. oraz dzień 28 grudnia 2016 r. Skład orzekający przyjął, że aktualna dokumentacja techniczna producenta Acidata pochodziła z dnia 17 lutego 2023 r. i była powszechnie dostępna w Internecie (), przez co mogła zostać przez zamawiającego zweryfikowana w toku postępowania. Powołanie się przez odwołującego na nieaktualną dokumentację producenta Acidata – czyniło bezzasadną argumentację dotyczącą braku współpracy biblioteki taśmowej zaoferowanej przez przystępującego z oprogramowaniem posiadanym przez zamawiającego. Tym samym nie miały znaczenia dowody oznaczone w odwołaniu numerami: 4A, 4B, 5A, 5B, 6A i 6B.
Odwołujący odnosząc się do informacji przywołanej zarówno przez zamawiającego oraz przystępującego, tj. tabeli kompatybilności z dnia 17 lutego 2023 r. twierdził jedynie, że została uaktualniona dopiero po wniesieniu odwołania. Twierdzenie to pozostało kompletnie gołosłowne, zatem Izba nie wzięła go pod uwagę. Mając na uwadze treść wymogu określonego w pkt 3 tiret 10 OPZ, dowody i informacje przedstawione przez zamawiającego
i przystępującego oraz zasadę kontradyktoryjności postępowania odwoławczego, Izba nie znalazła powodów do uwzględnienia stanowiska odwołującego.
Izba przyjęła również argumentację zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie wskazał i poparł to stosownymi dowodami, że posiada i wykorzystuje bibliotekę taśmową Actidata – Kodiak 6807 o num. ser. DE68101872, która współpracuje z posiadanym oprogramowaniem COMMVAULT. Jak wynikało z argumentacji zamawiającego, z informacji w konsoli biblioteki (tożsamej z oferowaną przez przystępującego w postępowaniu) jako producent/dostawca (Vendor) biblioteki została wskazana firma BDT, a produkt jest identyfikowany (Product ID) jako MultiStak, wskazany numer seryjny (Serial Number) oraz wersja firmwaru (Firmware Revision). Chodziło zatem konkretnie o produkt BDT MultiStak
o tożsamym numerze seryjnym. Potwierdzeniem współpracy z biblioteką Actidata – Kodiak 6807 (produktu opartego na BDT MultiStak) z oprogramowaniem COMMVAULT, wykorzystywanym przez zamawiającego była jej widoczność w konsoli oprogramowania COMMVAULT (jako właśnie BDT MultiStak). Potwierdzeniem było także uwidocznienie właściwości biblioteki KODIAK widoczne w systemie COMMVAULT, w których tożsame są nazwa, model, wersja, numer seryjny.
Ostatni argument odwołującego na poparcie zarzutu nr 1 odnosił się do wymienionego
w odwołaniu postępowania prowadzonego przez Narodowy Fundusz Zdrowia (zwany dalej jako: „NFZ"). Izba uznała, że okoliczności postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez NFZ pozostawały bez znaczenia dla oceny przedmiotowej sprawy, bowiem w tamtym postępowaniu przewidziano inny sposób weryfikacji wymogu współpracy

biblioteki taśmowej z oprogramowaniem posiadanym przez zamawiającego.
W postępowaniu prowadzonym przez NFZ przewidziano wymóg, aby współpraca między oferowaną biblioteką taśmową a oprogramowaniem posiadanym przez zamawiającego – znajdowała potwierdzenie w dokumentacji producenta, przy czym w treści wymogu wprost wskazano, że chodziło o producenta oprogramowania posiadanego przez zamawiającego. Wynikało to z wpisania przez NFZ do treści wymogu łącza (link) dotyczącego dokumentacji producenta oprogramowania posiadanego przez zamawiającego oraz wskazania, że chodzi o konkretną dokumentację producenta Micro Focus Data Protector Software aktualną na dzień składania ofert. Informacja ta wynikała wprost z zrzutu ekranu zamieszczonego przez odwołującego w pkt 18 ppkt 2 na s. 8 odwołania. Tymczasem w przedmiotowym postepowaniu zamawiający nie wymagał, aby potwierdzenie spełnienia wymogu współpracy oferowanej biblioteki taśmowej z oprogramowaniem posiadanym przez zamawiającego wynikało z oświadczenia firm będących producentami tego oprogramowania. Wymagał on, aby potwierdzenie współpracy wynikało z oświadczenia producenta biblioteki taśmowej – co wynika z treści postanowienia pkt 3 tiret 10 OPZ. Konsekwencją powyższego było potraktowanie przez skład orzekający dowodów oznaczonych w odwołaniu nr 10, 11 i 12 jako niepotwierdzających zarzut 1.
Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzut 1.
Jeśli chodzi o zarzut 2 Izba ustaliła, że przedmiotem oferty przystępującego było rozwiązanie producenta Actidata pod nazwą LTO-8 HH Tape-Drive Module FC, w którym napędy taśmowe pochodzą od producenta IBM, co wynikało wprost z tabeli kompatybilności przywołanej przez zamawiającego i przystępującego. Zamawiający wymagał zakresu od 101 do 300 MBps lub od 112 do 300 MBps. W zakresie tego zarzutu Izba przyznała rację przystępującemu, który wskazał, że odwołujący powołując się na dokumentację producenta – przytoczył zupełnie odmienny parametr, tj. maksymalną prędkość zapisu i odczytu danych przy napędzie 300 MBps oraz mylnie utożsamiał go z parametrem dotyczącym mechanizmu dostosowującego automatycznie prędkość przesuwu taśmy do wartości strumienia danych przekazywanego napędu (ATS data transfer). Przystępujący przez informacje zawarte
w piśmie procesowym wykazał, że dla zaoferowanych przez niego napędów LTO-8 oraz nośników generacji 8, minimalna prędkość automatycznego przesuwu taśmy wynosi 112 MBps i jest automatycznie zwiększana do maksymalnej prędkości natywnej obsługiwanej przez napęd, a więc 300 MBps (str. 10-12 pisma procesowego). Tym samym wymóg postawiony przez zamawiającego, aby napędy taśmowe posiadały funkcję automatycznego dostosowywania prędkości przesuwu taśmy do wartości strumienia danych przekazywanego do napędu w zakresie od 112 do 300 MBps został spełniony. Skład orzekający nie znalazł powodów do zakwestionowania stanowiska przystępującego polegającego na stwierdzeniu, że przywołany przez odwołującego parametr ,,Data Transfer Rate native'' (tłumaczenie na język polski: ,,natywny transfer danych'') – oznacza maksymalny transfer danych natywnych, a więc nie uwzględniający kompresji danych, jaką może wykonywać napęd taśmowy. Parametr maksymalnego transferu danych natywnych równy jest 300MBps. Na zrzucie ekranu przywołanym przez odwołującego parametr oznaczony ,,*'' zdefiniowany jako ,,DC*'' – co oznacza dane skompresowane (z angielskiego Data Compressed), poziom kompresji dla napędów LTO-8 wynosi 2,5 co oznacza iż maksymalny transfer danych skompresowanych wynosi 300MBps x 2,5 = 750 MBps. Wyjaśnić należy, iż wbudowany mechanizm kompresji danych umożliwia zapisanie większej ilości danych na jednej taśmie biblioteki. Dzięki kompresji na poziomie 2,5 realna wydajność biblioteki wzrasta z 300 MBps do 750 MBps. Tak więc odwołujący błędnie interpretował fragmenty przytoczonej dokumentacji, mylnie utożsamiając maksymalny obsługiwany transfer danych nieskompresowanych (natywnych) oraz skompresowanych – jako zakres automatycznego dostosowywania prędkości przesuwu taśmy do wartości strumienia danych przekazywanego do napędu (parametr wymagany przez zamawiającego).
Ponadto zamawiający na str. 13 odpowiedzi na odwołanie zawarł tabelę, w której wskazano napędy typu „HH" (tzw. napędy połówkowej wysokości - half height), które dopasowują szybkość zapisu do szybkości transmisji danych. We wskazanym napędzie LTO-8 jest to zakres od 112 do 300 MBps, wymagany w OPZ.
Odwołujący nie był w stanie zakwestionować stanowiska zamawiającego i przystępującego, które zostało zaprezentowane powyżej. Jego argumentacja sprowadzała się do stwierdzenia, że załączył do odwołania dowody oznaczone jako 13A i 13B w formie w jakiej były one dostępne na moment wniesienia odwołania. Ponadto odwołujący podkreślił, że zamawiający przedstawił w odpowiedzi na odwołanie tabele referującą do tego samego dowodu, tj. informacji ze strony internetowej, która została zmieniona już po wniesieniu odwołania. Tym samym odwołujący stwierdził, że złożony przez niego dowód 13 potwierdzał, że na późniejszym etapie, tj. po złożeniu odwołania doszło do zmian informacji na stronie w sposób korzystny dla przystępującego. Izba uznała stanowisko odwołującego za gołosłowne. Odwołujący nie przedstawił dowodów, które mogłyby potwierdzić opisywane przez niego działania. Ponadto nawet uznając, że przystępujący uzupełnił lub zmienił informację na stronie internetowej po wniesieniu odwołania to okoliczność ta nie przesądzała jeszcze
o potwierdzeniu zarzutu. Wymóg dotyczący napędów taśmowych został określony w pkt 3 tiret 6 OPZ. Wymóg ten w odróżnieniu od wymogu z tiret 10, którego dotyczył zarzut 1, nie był obwarowany koniecznością złożenia oświadczenia producenta. Przystępujący oraz zamawiający przygotowali argumentacje, która odwoływała się do różnicy pomiędzy parametrem maksymalnej prędkości zapisu i odczytu danych przy napędzie 300 MBps,
a parametrem dotyczącym mechanizmu dostosowującego automatycznie prędkość przesuwu taśmy do wartości strumienia danych przekazywanego napędu. Argumentacja ta nie została w żaden sposób podważona przez odwołującego, ponieważ zamiast na merytorycznym odniesieniu się do niej, odwołujący skupił się na gołosłownym uwypukleniu kwestii, które w okolicznościach przedmiotowej sprawy pozostawały nieistotne.
Tym samym Izba oddaliła zarzut 2.
Izba oddaliła także zarzut 3, który miał charakter ewentualny. W zakresie wskazanym w odwołaniu zarzut ten odnosił się wyłącznie do okoliczności podnoszonych w zarzutach 1
i 2. Jak wynikało z powyżej przedstawionego uzasadnienia spełnienie wymagań określonych w pkt 3 tiret 6 i 10 OPZ w kontekście argumentacji odwołującego, przez sprzęt zaoferowany przez przystępującego, nie budziło żadnych wątpliwości. W związku z tym nie było konieczności wyjaśnienia tych kwestii w oparciu o dyspozycję art. 223 ust. 1 Pzp, co oznaczało, że zarzut ewentualny nie mógł znaleźć potwierdzenia.
Ponadto w dniu 12 września 2023 r. odwołujący złożył pismo procesowe, w którym zwrócił uwagę na dwa wymagania, które nie zostały spełnione przez sprzęt zaoferowany przez przystępującego. Wraz z przedmiotowym pismem zostały złożone także dowody. Wymagania kwestionowane w piśmie procesowym dotyczyły liczby portów FC oraz maksymalnej wysokości oferowanej biblioteki. Wymagania w tym zakresie zostały określone w pkt 3 tiret 1 i 4 OPZ, a ich spełnienie przez sprzęt zaoferowany przez przystępującego nie było kwestionowane w odwołaniu. Odwołujący wyjaśnił na rozprawie, że dowody złożone 12 września 2023 r. odnosiły się do zarzutu ewentualnego dotyczącego braku wyjaśnień treści oferty przystępującego. Jego zdaniem z informacji zawartych w ofercie, na moment złożenia odwołania nie można

było ustalić, że napędy taśmowe zostały wyprodukowane przez producenta IBM. Nie można było ustalić także, że zaoferowana biblioteka dotyczyła urządzenia produkowanego przez BDT Multistak.
Izba mając na uwadze dyspozycje zawartą w art. 555 Pzp nie odniosła się do argumentacji zawartej w piśmie odwołującego z dnia 12 września 2023 r. oraz nie oceniła dowodów złożonych w tym dniu, uznając je za spóźnione. W ocenie składu orzekającego odwołujący
w swojej argumentacji określonej w piśmie z 12 września 2023 r. podniósł zarzuty dotyczące wymogów określonych w pkt 3 tiret 1 i 4 OPZ, które nie zostały podniesione w odwołaniu. Tym samym nie mogły być one przedmiotem rozpoznania, ponieważ Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Poza tym skład orzekający stwierdził, że odwołujący był w stanie ustalić jaką bibliotekę taśmową zaoferował przystępujący, ponieważ już odwołaniu przy prezentacji postępowania prowadzonego przez NFZ, odwołujący zwrócił uwagę na zaoferowaną bibliotekę taśmową producenta Actidata, model actiLib Kodiak BTL 6807 (BDT MultiStak), 4 x LTO9 FC – str. 9 odwołania. W oznaczeniu tym pojawia się określenie BDT MultiStak, które powinno odwołującego, jako profesjonalistę działającego na rynku, przynajmniej naprowadzić na to kto był producentem biblioteki taśmowej.
W konsekwencji oddalenia zarzutów 1, 2 i 3 oddaleniu podlegał również zarzut 4, który był wynikowy w stosunku do tych zarzutów.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

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

Przewodniczący:…….