

Warszawa, 06 kwietnia 2021 r.

**Do****Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej**

Krajowa Izba Odwoławcza

ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

**Odwołujący:****NET-O-LOGY spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**

ul. Porcelanowa 23, 40-246 Katowice, KRS 0000189671, NIP: 954-24-70-020

**reprezentowana przez:**

r.pr Dariusza Ziemińskiego, Kancelaria Radcy Prawnego Dariusz Ziemiński &amp; Partnerzy

tel. 664118801, e-mail: [dzieminski@kzp.net.pl](mailto:dzieminski@kzp.net.pl)**Zamawiający:**

Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe

Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego

Sękocin Stary, ul. Leśników 21C, 05-090 Raszyn

tel.: +48 22 270-71-00, fax: + 48 22 468 09 51, [zamowienia@zilp.lasy.gov.pl](mailto:zamowienia@zilp.lasy.gov.pl)

NIP: 728-251-13-00

Adres strony internetowej prowadzonego postępowania:

[ttp://bip.lasy.gov.pl/pl/bip/dg/zilp\\_bedon/zamowienia\\_publiczne](http://bip.lasy.gov.pl/pl/bip/dg/zilp_bedon/zamowienia_publiczne)**ODWOŁANIE**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: **Modernizacja środowiska systemu kopii zapasowych SILP – dostawa oprogramowania i urządzeń wraz z wdrożeniem** - procedura po unieważnieniu postępowania, prowadzonego z zastosowaniem procedury, o której mowa w art. 139 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) - dalej: ustawa Pzp, ZNAK SPRAWY: **DZ.270.153.2019**, (dalej „postępowanie”).

1. Na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, w

imieniu wykonawcy **NET-O-LOGY spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, zwana dalej „Odwołującym”, działając na podstawie pełnomocnictwa z dnia 31.03.2021 r., wnosząc odwołanie od czynności i zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. od:

- a) Ukształtowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia lub wręcz uniemożliwia uczciwą konkurencję,
- b) Ukształtowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na jednego producenta.

## 2. Przedmiotem zamówienia jest:

1.1. Przedmiot zamówienia stanowi:

Modernizacja środowiska systemu kopii zapasowych SILP - dostawa oprogramowania i urządzeń wraz z wdrożeniem.

1.2. Wspólny Słownik Zamówień CPV:

- 1.2.1. 72262000 - Usługi rozbudowy oprogramowania
- 1.2.2. 72611000 - Usługi w zakresie wsparcia technicznego
- 1.2.3. 72267000 - Usługi w zakresie konserwacji i napraw oprogramowania
- 1.2.4. 30233160-0 - Jednostki pamięci taśmowej
- 1.2.5. 30233000-1 - Urządzenia do przechowywania i odczytu danych

1.3. Zakres przedmiotu zamówienia obejmuje:

1.3.1. dostawę infrastruktury sprzętowo-programowej systemu kopii zapasowych SILP,

1.3.2. wdrożenie dostarczonej infrastruktury sprzętowo-programowej systemu kopii zapasowych SILP,

serwis i utrzymanie infrastruktury sprzętowo-programowej systemu kopii zapasowych SILP,

3. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w D.U.U.E. - Ogłoszenie nr **2021/S 058-145960** z dnia 24/03/2021.

Zamawiający zamieścił SIWZ na stronie internetowej pod adresem:

[http://bip.lasy.gov.pl/pl/bip/dg/zilp\\_bedon/zamowienia\\_publiczne](http://bip.lasy.gov.pl/pl/bip/dg/zilp_bedon/zamowienia_publiczne)

4. Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący stawia następujące zarzuty:

- 1) naruszenie art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i

2 oraz 4 Pzp, 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) naruszenie art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 oraz 4 Pzp, 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.

5. W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania

oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) dokonania zmiany SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania;
- 2) aby dokonaną zmianę treści SWZ udostępnił na stronie internetowej prowadzonego postępowania;
- 3) aby przedłużył termin składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty.

6. Odwołujący wskazuje, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. Jednak w sytuacji, gdy postanowienia SWZ zostały sformułowane w sposób sprzeczny z Pzp, w szczególności gdy Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, Odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty spełniającej jednocześnie wszystkie wymagania SWZ. Kwestionowane w odwołaniu postanowienia SWZ pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach. Powyższe niezbicie dowodzi istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp Odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami Pzp, to prawidłowo sformułowałby postanowienia SWZ w

zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów Ustawy niewątpliwie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

W orzecznictwie co do zasady należy uznawać za ugruntowany pogląd o szerokim rozumieniu pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia. Przykładem tej linii orzeczniczej jest chociażby stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w wyroku z dnia 07.07.2016 r., sygn. akt KIO 1102/16, w którym Izba przyjęła, że: *„Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez Odwołującego tego konkretnego zamówienia. Interes Odwołującego musi być utożsamiany z doznany przez wykonawcę uszczerbkiem w uzyskaniu zamówienia w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia w wyniku naruszenia przepisów ustawy”*.

7. Zgodnie z przepisem art. 515 ust. 2 pkt. 1) Pzp termin na wniesienie odwołania wynosi 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne. Ustawowy termin do wniesienia niniejszego odwołania upływa zatem w dniu 06.04.2021 r., mając na uwadze postanowienia wynikające z art. 509 ust. 2 Pzp.

Odwołujący oświadcza, iż w dniu 06.04.2021 r. przekazał Zamawiającemu niniejsze odwołanie w postaci elektronicznej, spełniając tym samym wymóg określony w przepisie art. 514 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym niniejsze odwołanie, jako wniesione w formie elektronicznej, zostało przekazane Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

## UZASADNIENIE

I Zamawiający dokonał specyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w szczególności w Załączniku nr 1 do SWZ Zn. Spr.. DZ.270.153.2019, stanowiącym jednocześnie Załącznik nr 1 do Wzoru umowy, zdaniem Odwołującego w sposób rażąco naruszając zasadę równego traktowania wykonawców oraz ograniczając konkurencję wręcz do jednego producenta.

**1. Strona 4 z 26, pkt IV ppkt 2) a) 2 SWZ- Zamawiający ustanowił wymaganie:**

*„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.”*

W pierwszej kolejności należy w sposób szczególny podkreślić, iż takie 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 nadmiarowy, 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 domaga się **zmiany** 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 - Zamawiający ustanowił wymaganie:**

*„W przypadku de-duplikacji na źródle poprzez sieć IP (LAN oraz WAN), wymagana możliwość szyfrowania komunikacji kluczem minimum 256 bitów.”*

I znów, powyższy punkt razem z innymi wymaganiami wyklucza zastosowanie innego urządzenia niż **Dell Data Domain**.

Odwołujący podkreśla, 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.

Wnosimy o zmianę powyższego wymagania SWZ na: „**szyfrowanie komunikacji podczas replikacji między urządzeniami**”.

3. **Strona 9 z 26, pkt IV ppkt 2) t) SWZ - Zamawiający ustanowił wymaganie:**

„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”.*

I znów, powyższy punkt razem z innymi wymaganiami wyklucza zastosowanie innego urządzenia niż **Dell Data Domain** oraz oprogramowania **Dell NetWorker**.

**Odwołujący żąda usunięcia tego wymagania.**

4. **Strona 10 z 26, pkt IV ppkt 3) SWZ - Zamawiający ustanowił wymaganie:**

„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”.*

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:

Sizing information for NetWorker 18.1 and later on physical and virtual hosts

Table 3 Sizing information

Configuration	Physical NetWorker server		Virtual NetWorker server	
	Minimum CPU required	Minimum memory required	Minimum CPU required	Minimum memory required
Small configuration (maximum 500 clients) Up to 10,000 jobs per day	4 CPUs	16 GB	4 vCPUs Reservation: 50%	32 GB Reservation: 50%

oraz

NetWorker	<ul style="list-style-type: none"> <li>NetWorker 19.2 server software with NMC The NetWorker storage node should be the same version as the NetWorker server.</li> <li>The vCenter plug-in (HTML5 or flash-based) requires the NetWorker server and NetWorker Authentication service to be installed on the same machine.</li> <li>Dell EMC Data Protection Restore client requires NetWorker server and NetWorker Authentication service to be installed on the same machine.</li> </ul>
vProxy Appliance	Version 4.0. System requirements for the vProxy include: <ul style="list-style-type: none"> <li>CPU: 4 * 2 GHz (4 virtual sockets, 1 core for each socket)</li> <li>Memory: 8 GB</li> <li>Disks: 2 disks (59 GB and 98 GB)</li> <li>Internet Protocol: IPv4 only or IPv6 only; dual stack not supported</li> <li>SCSI controller: Maximum 4</li> <li>NIC: One vmxnet3 NIC with one port</li> </ul>

Informacje wymiarowania środowiska dla oprogramowania NetWorker 18.1 i wersji późniejszych dla fizycznych i wirtualnych hostów

Tabela 3 – Informacja dot. Wymiarowania

Konfiguracja	Serwer fizyczny		Serwer wirtualny	

	Netowrker	Wymagania minimalne ilości CPU	Wymagania minimalne pamięci	Netowrker	Wymagania minimalne ilości CPU	Wymagania minimalne pamięci
Małą konfiguracja (maksymalnie 500 klientów) do 1000 zadań na dzień	4 sztuki CPU	16 GB	4 sztuki wirtualnych procesorów vCPU, Obciążonych 50%	32 GB pamięci	Obciążonych 50%	

Netowrker (oprogramowanie backupowe)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Serwer softwareowy dla NetWorker w wersji 19.2 z NMC Storage node dla Netowrker powinien być w tej samej wersji jak dla serwera Netowrker.</li> <li>• Dodatek (plug-in ) do konsola vCenter (w technologii HTML5 lub bazując na FLASH) wymaga instalacji na tej samej maszynie serwera Netowrker i serwisów NetWorker Authenticator</li> <li>• Klient Dell EMC Data Protection Restore wymaga serwera NetWorkwer i serwisu NetWorker Authenticator zainstalowanych na tej samej maszynie</li> </ul>
vProxy Appliance (wirtualne proxy Appliance)	<p>Wymagania ssystemowe dla wersji 4.0 dla vProxy:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• CPU (procesor): 4 * 2GHz (4 wirtualne gniazda, 1 rdzeń na jedno gniazdo)</li> <li>• Pamięć: 8 GB</li> <li>• Dyski: 2 dyski (59GB i 98GB)</li> <li>• Protokół Internetu: jedynie IPv4 lub IPv6; podwójne stackowanie nie jest wspierane</li> <li>• Kontroler SCSI: maksymalnie 4</li> <li>• NIC: jeden vmxnet3 NIC z jednym portem</li> </ul>

Odwołujący wnosi 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 - Zamawiający ustanowił wymaganie:**

b) „Rozwiązanie alternatywne do EMC NetWorker.

*Oferowane rozwiązanie alternatywne powinno spełniać poniższe wymagania:*

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”.*

Powyższe specyficzne wymaganie faktycznie wyklucza możliwość zaoferowania alternatywnego rozwiązania, gdyż Zamawiający w tym punkcie wymusza integrację z posiadany urządzeniem DD6300 co, w połączeniu z pozostałymi wymaganiami, jest możliwe wyłącznie za pomocą oprogramowania Dell NetWorker.

Wnosimy 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 należy w tym miejscu nazwać rzeczy po imieniu: w pełni zintegrowany z z eksploatowanym DD6300 jest tylko inny DD6300.

6. **Strona 14 z 26, pkt IV ppkt 3) b) 18 SWZ - Zamawiający ustanowił wymaganie:**

„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".*

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 urządzenie zastępującego posiadane Zamawiający nie może wymagać integracji z urządzeniem nie używanym w rozwiązaniu alternatywnym.

Wnosimy 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 - Zamawiający ustanowił wymaganie:**

*„Oferowane rozwiązanie musi generować samo-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.”*

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.

**Z tych też względów Odwołujący wnosi o usunięcie wymagania strona 15 z 26, pkt IV ppkt 3) b) 30 SWZ.**

**8. Strona 17 z 26, pkt IV ppkt 3) b) 49 SWZ - Zamawiający ustanowił wymaganie:**

*„System przy zastosowaniu dedplikatora musi posiadać funkcję szyfrowania i kompresji danych transmitowanych przez LAN,”*

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

Należy dostrzec, 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 wnosi 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 - Zamawiający ustanowił wymaganie:

„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, Storage 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 umożliwiającym 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
  - odtworzenie 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 objęcie protekcją w sposób automatyczny nowo dodanych serwerów wirtualnych do vCenter
- 25) rozwiązanie powinno dopuszczać zmiany sprzętowe na poziomie

infrastruktury zabezpieczonego 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 zabezpieczone serwery produkcyjne oraz bez konieczności zmian w działaniu replikacji
- 31) możliwość skryptowego tworzenia planów RECOVERY

Powyższe wymagania jednoznacznie wskazują na rozwiązanie **Dell RecoverPoint for VM**, co potwierdzają użyte pojęcia oraz zakres wsparcia:

[https://dl.dell.com/content/docu87749\\_recoverpoint-for-virtual-machines-5-1-sp1-fully-virtualized-multi-copy-continuous-data-protection-using-vmware-hypervisor-based-replication.pdf?language=en](https://dl.dell.com/content/docu87749_recoverpoint-for-virtual-machines-5-1-sp1-fully-virtualized-multi-copy-continuous-data-protection-using-vmware-hypervisor-based-replication.pdf?language=en)

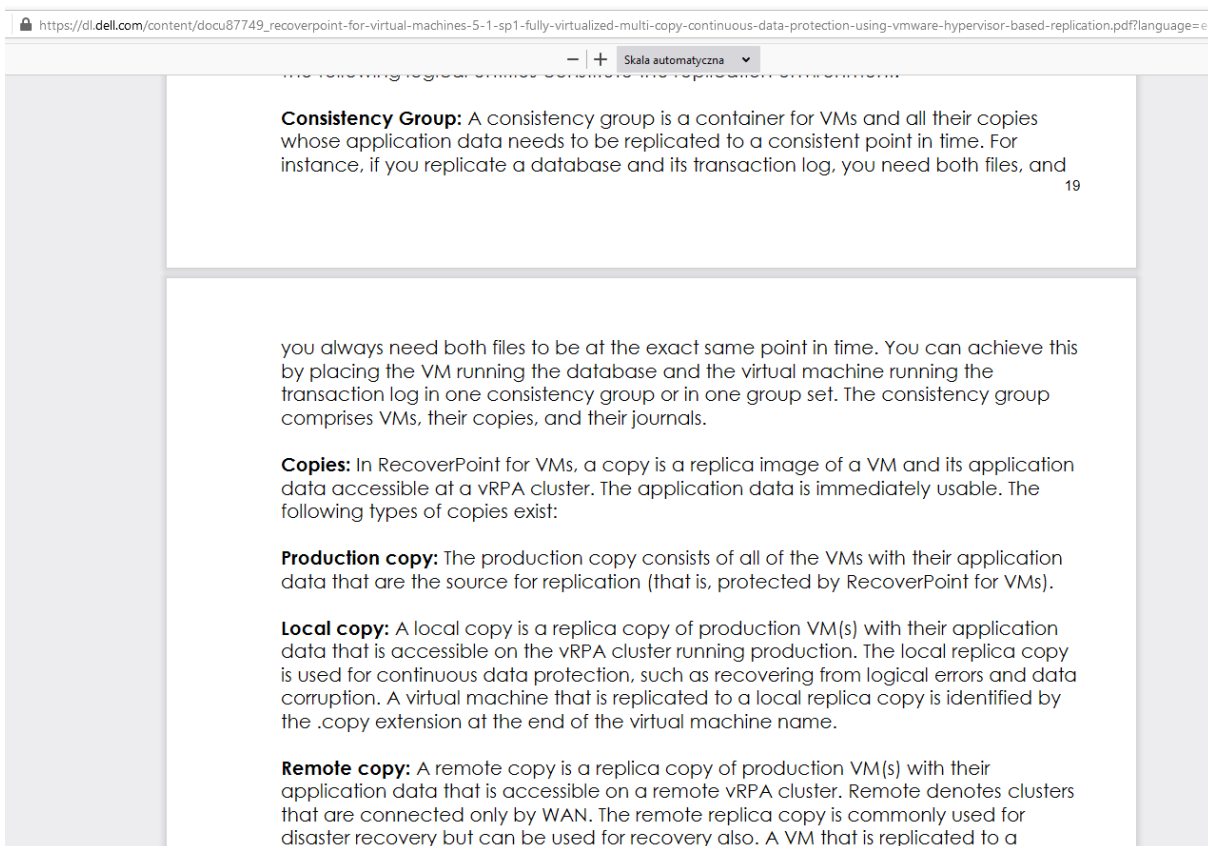
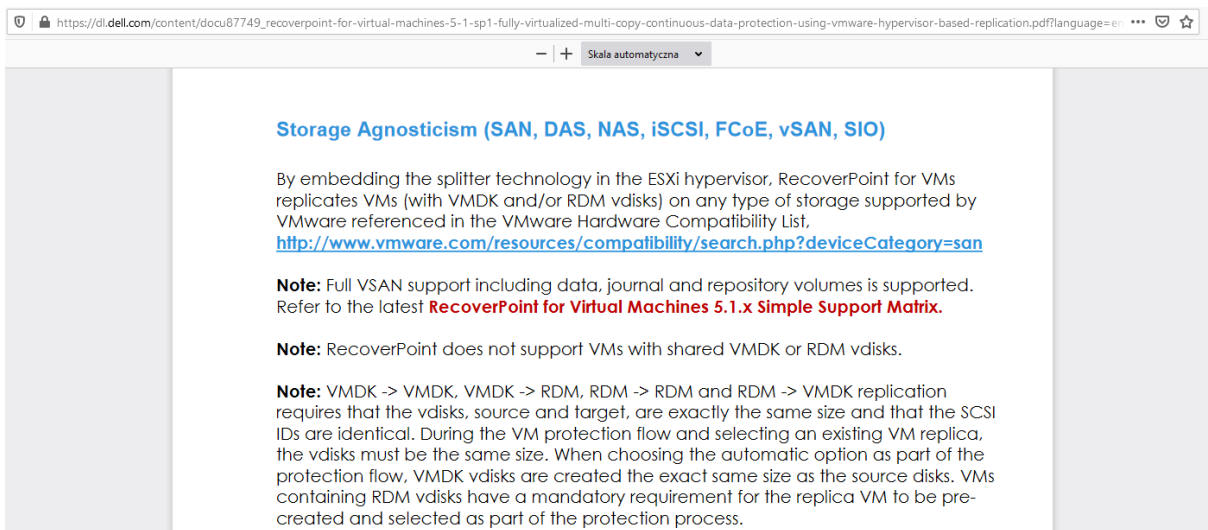
- + Skala automatyczna

### SUPPORTED VMWARE FEATURES

The following table details the features supported by RecoverPoint for VMs.

Feature <sup>1</sup>	
VM File System (VMFS)	Supported
Raw Device Mapping (RDM)	Supported
High Availability (HA)	Supported <sup>2</sup>
Distributed Resource Scheduler (DRS)	Supported
vMotion	Supported
Storage vMotion	Supported
Site Recovery Manager (SRM)	Not Supported
Fault tolerance (FT)	Not Supported
vStorage thin provisioning	Supported
VMware Snapshots	Supported <sup>3</sup>
VMware Tools	Supported <sup>4</sup>
vApp	Not Supported
VAAI	Not Relevant <sup>5</sup>
VMware Encryption	Not Support <sup>6</sup>

Table 2



## Funkcje wspierane dla Vmware

Poniższa tabela zawiera szczegółowe funkcje wspierane przez technologię RecoveryPoint dla maszyn wirtualnych (VMs)

Funkcje (funkcjonalności)	
VM File System (VMFS)	Wspiera
Raw Device Mapping (RDM)	Wspiera

High Availability (HA)	Wspiera
Distributed Resource Scheduler (DRS)	Wspiera
vMotion	Wspiera
Storage vMotion	Wspiera
Site recovery Manager (SRM)	Nie wspiera
Fault Tolerance (FT)	Nie wspiera
vStorage thin provisioning	Wspiera
Vmware Snapshots	Wspiera
Vmware Tools	Wspiera
vApp	Nie wspiera
VAAI	Nie dotyczy
Vmware Encryption	Nie wspiera

Agnostyczne przechowywanie danych (SAN, DAS, NAS, iSCSI, FCoE, vSAN, SIO)

Porzes osadzenie technologii podziału w hiperwajzorze ESXi, funkcja RecoveryPoint dla maszyn wirtualnych VMs replikuje VM (z VMDK i/lub RDM vdisks) na każdym typie storage wwspieranym przez Vmware wskazanym na liście referencyjnej kompatybilności Vmware Hardware Compability List:

<https://www.vmware.com/resources/compatibility/search.php?deviceCategory=san>

Uwaga: Pełne wsparcie vSAN włączając dane, dziennik zdarzeń i woluminy repozytoriów jest wspierane. W odniesieniu do ostratniej tabeli wsparcia dla RecoveryPoint dla Virtual Machine w wersji 5.1.x Simple Support Matrix.

Uwaga: RecoveryPoint nie wspiera VMs z udostępnionymi dyskami w postaci VMDK lub RDM.

Uwaga: VMDK->VMDK, VMDK->RDM, RDM->RDM i RDM->VMDK replikacja wymaga, aby vdisk, dla źródła i targetu (miejsca docelowego), były dokładnie tej samej wielkości (tego samego rozmiaru) i aby SCSI IDs (identyfikatory SCSI) były identyczne. Dla zabezpieczenia

Podczas działania ochrony maszyny wirtualnej i wybierając istniejącą replikę maszyny wirtualnej, wirtualne dyski (vdisks) muszą być tych samych rozmiarów. Kiedy wybierzemy opcje automatyczną jako część procesu ochrony, dyski VMDK są



tworzone w dokładnie takim samym rozmiarze jak dyski źródłowe. Maszyny wirtualne (VMs) zawierające dyski RDM mają obowiązkowe wymagania dla repliki maszyny wirtualnej (VM) do wstępnego utworzenia i wyboru procesu ochrony.

**Zwartość grupy:** Zawartość grupy jest kontenerem dla maszyn wirtualnych VMs oraz wszystkie ich kopie, których dane aplikacji muszą być replikowane w spójnym punkcie w czasie (point in time). Przykładowo, jeśli replikujesz bazę danych i jej logi transakcyjne, potrzebujesz obu plików, i zawsze potrzebujesz obu plików, aby być dokładnie w tym samym punkcie w czasie.

Możesz to osiągnąć poprzez umieszczenie uruchomionej bazy na maszynie wirtualnej VM i uruchomionej maszynie wirtualnej z logami transakcyjnymi w jednej zwartej grupie lub jednym ustawieniu grupy. Grupa zwartości posiada maszyny wirtualne VMs, ich kopie oraz dzienniki zdarzeń.

**Kopie:** Dla technologii RecoveryPoint in Time dla maszyn wirtualnych, kopia jest repliką obrazu z maszyny wirtualnej VM i jej aplikacji danych dostępnych w klastrze vRPA. Dane aplikacji są natychmiastowo dostępne do użycia.

Występują następujące typy kopii:

**Kopia produkcyjna:** kopia produkcyjna składa się ze wszystkich maszyn wirtualnych z danymi aplikacji, które są źródłem replikacji (chronionym przez RecoveryPoint dla maszyn wirtualnych VMs).

**Kopia lokalna:** Lokalna kopia jest repliką kopii produkcyjnej maszyny/maszyn wirtualnych wraz z ich danymi aplikacji, które jest dostępne na uruchomionym klastrze produkcyjnym vRPA. Kopia replik lokalnej jest użyta dla ciągłości procesu ochrony, takiego jak odtworzenie z błędów logicznych i korupcji danych. Maszyna wirtualna replikowana do lokalnej kopii repliki jest identyfikowana przez rozszerzenie kopii na końcu nazwy maszyny wirtualnej.

**Kopia zdalna:** Zdalna kopia jest repliką obrazu z maszyny wirtualnej VM i jej aplikacji danych dostępnych w klastrze vRPA. Zdalne (remote) oznacza klastry połączone tylko przez sieć WAN.

Kopia zdalnej repliki jest powszechnie używana do odzyskiwania po awarii, ale może być również używana do odzyskiwania.

Zatem wymagania ppkt 87 łącznie z pozostałymi wymaganiami **wykluczają zaoferowanie rozwiązań alternatywnych do rozwiązań Dell.**

Odwołujący wnosi o usunięcie z pkt IV, ppkt 3) b) wymagania 87.

## II Naruszenie uczciwej konkurencji i równego traktowania

1. 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.

2. 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.

3. Jedynie zatem z ostrożności Odwołujący wskazuje, 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. Jak to słusznie wskazała Izba w wyroku z 21 czerwca 2011 r., sygn. akt: KIO 1196/11: *„Dla zachowania uczciwej konkurencji nie jest istotne ilu wykonawców może spełnić wymagania zamawiającego, ale jest istotne aby nieuzasadnionymi wymaganiami nie spowodować odrzucenia oferty przynajmniej*

*jednego wykonawcy, który spełniając wszystkie uzasadnione wymagania zamawiającego nie będzie mógł – w związku z nieuzasadnionym wymaganiem – złożyć oferty podlegającej ocenie.”*

4. 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.
5. Odwołujący wskazuje, 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.
6. Odwołujący pragnie wskazać za wyrokiem KIO z dnia 8 sierpnia 2012 r., sygn. akt: KIO 1549/12, że: *„(...) opisanie przedmiotu zamówienia należy do kluczowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie tylko uprawnień, ale i obowiązków zamawiającego. Ramy, w których zamawiający powinien poruszać się opisując przedmiot zamówienia w siwz, wyznaczone zostały w szczególności w art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 Pzp. Zatem zamawiający definiując przedmiot zamówienia powinien go opisać z zachowaniem wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. **Zakazane jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 Pzp).”** W ocenie Odwołującego w niniejszym postępowaniu Zamawiający bez wątpienia nie uczynił zadość obowiązkowi wynikającemu z ww. przepisów. **Ze względu na powyższe Odwołujący domaga się, aby Zamawiający zmienił treść SIWZ w sposób wskazany powyżej.***
7. W uzasadnieniu powyższego żądania Odwołujący wskazuje, że art. 99 ust. 1 Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ

na sporządzenie oferty. Przepis ten 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, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, 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 (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., II Ca 693/05). W ocenie Odwołującego poprzez sformułowanie wymogów kwestionowanych w niniejszym odwołaniu Zamawiający bez jakiegokolwiek uzasadnienia eliminuje z przedmiotowego postępowania zdecydowaną większość wykonawców, którzy z powodzeniem są w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie.

8. 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.
9. Przykładowo, w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2012 roku, sygn. akt KIO/KD 14/12, podkreślono, że: „istotne jest aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź **które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. 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 wykonania zamówienia.** (tak też wyrok KIO z 21

września 2010 roku sygn. akt KIO 1954/10, wyrok KIO z 7 października 2010 roku sygn. akt KIO 2053/10).”

10. Odwołujący wskazuje za wyrokiem KIO z dnia 22 lipca 2013 roku, sygn. akt: KIO 1589/13, że: „z regulacji prawa wspólnotowego wynika, iż Zamawiający zobowiązany jest do sporządzenia tzw.: <<neutralnego>> opisu przedmiotu zamówienia, wyczerpująco oraz sporządzonego w sposób przejrzysty. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednaki dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję.” Podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1314/13, podkreślono, że: „Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. **Postępowanie o udzielenie zamówienia musi być prowadzone tak, aby nie prowadziło do wyłączenia bez uzasadnionej przyczyny chociażby jednego wykonawcy z możliwości złożenia oferty, stwarzając korzystniejszą sytuację pozostałym wykonawcom.**”
11. Nie będzie zatem 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.
12. Przykładowo, w wyroku KIO 2683/13, sygn. akt KIO 2683/13, Izba podkreśliła, że: „(...) zamawiający ma pełne prawo tak opisać przedmiot zamówienia, aby zapewnić jak najlepszą realizację swoich potrzeb. **Nie jest to jednak prawo nieograniczone. Swoboda zamawiającego w tym zakresie nie może bowiem w sposób nieuzasadniony zawężyć kręgu wykonawców, którzy mogą wykonać przedmiot zamówienia. Zatem oceniając opis przedmiotu zamówienia pod kątem zgodności z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp należy ustalić, czemu służą jego poszczególne elementy - czy są one uzasadnione istotą i celem zamówienia, czy też, nie służąc żadnym obiektywnie uzasadnionym potrzebom, zawężają krąg wykonawców mogących zamówienie wykonać. Nie ma wątpliwości, że w przedmiotowym postępowaniu określenie parametru kolektora dotyczącego minimalnej temperatury stagnacji na poziomie 200 stopni C uniemożliwia ubieganie się o udzielenie**”

zamówienia tym wykonawcom, którzy oferują kolektory o niższej temperaturze stagnacji. **Nie ma przy tym znaczenia podnoszony przez Zamawiającego fakt, że na rynku działa wielu wykonawców będących w stanie ww. wymaganie spełnić. Nieuzasadnione ograniczenie konkurencji może mieć bowiem miejsce nie tylko w sytuacji, gdy krąg wykonawców ubiegających się o zamówienie zostaje ograniczony do jednego czy dwóch, ale również wtedy, gdy dopuszczając do postępowania wielu wykonawców, w sposób nieuzasadniony uniemożliwia się udział w nim równie dużej grupie.**

13. Do podobnych wniosków Izba doszła również w wyroku z dnia 5 czerwca 2014 r., sygn. akt: KIO 938/14: „**przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia.**” Identycznie sformułowany pogląd wyrażono w wyroku z dnia 27 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 28/14.

14. Oprócz powołanego powyżej orzecznictwa wskazać można w tym zakresie również na wyrok KIO z 30 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2729/10, zgodnie z którym: „**treść art. 29 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż do naruszenia normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie dochodzi już przypadku utrudnienia konkurencji, nie zaś jedynie wówczas jeżeli wskutek dokonania opisu przedmiotu zamówienia dochodzi do jej całkowitego wyeliminowania. Utrudnianie konkurencji nie polega wszakże na całkowitej eliminacji wszystkich producentów, dostawców lub dystrybutorów poza jednym, jak również wszystkich urzędów, technologii lub rozwiązań poza jednym. Literalna wykładnia normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie wskazuje, iż nieuzasadnione utrudnianie konkurencji (wobec określonego i równouprawnionego do udziału w rynku wykonawcy lub oferowanego produktu) prowadzi do wypełnienia hipotezy normy prawnej wyrażonej w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp**”.

15. 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, zgodnie z którym: „*istotne jest, aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. **Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych***”. Do powyższego orzeczenia nawiązuje wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 17 kwietnia 2009 r., sygn. akt II Ca 137/09, zgodnie z którym: “***dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji***”. 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.
16. Odwołujący zwraca 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 uzasadnieniu swojego rozstrzygnięcia Sąd Apelacyjny wskazał m.in., że: „*(...) przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia musi odbyć się z poszanowaniem zasad określonych w art. 7 i 29 ustawy. Zamawiający nie może więc określać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. **Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę bądź też, które eliminowałyby konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych***.” W ocenie Odwołującego tezy zawarte w uzasadnieniu ww. wyroku stosują się wprost w niniejszej sprawie.

17. Odwołujący podkreśla jednocześnie, 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 któregośkolwiek 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 któregośkolwiek z przedstawionych powyżej wymagań nie otworzy dostępu do tego postępowania wszystkim podmiotom mogącym należycie wykonać przedmiotowe zamówienie.

18. Podsumowując, 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 niniejszym 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.

Mając powyższe na uwadze wnoszę jak na wstępie.

Z poważaniem

r.pr Dariusz Ziemiński

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości
2. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu
3. odpis z KRS dla **NET-O-LOGY spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**
4. pełnomocnictwo do wniesienia odwołania wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej