

Warszawa, dnia 12 marca 2021 roku

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17 A
02-676 Warszawa

- Zamawiający:** Politechnika Gdańska
80-233 Gdańsk, ul. G. Narutowicza 11/12
nr tel.: 58 347 17 44
e-mail: dzp@pg.edu.pl
- Odwołujący:** Apex.IT Sp. z o.o., ul. Janka Muzykanta 60, 02-188 Warszawa,
tel. +48 22 122 82 89, fax: +48 22 122 82 87, e-mail: office@apexit.pl
- Przedmiot zamówienia:** Przedmiotem zamówienia jest: „Dostawa wraz z wdrożeniem oprogramowania do backupu danych na potrzeby Centrum Usług Informatycznych Politechniki Gdańskiej” ZP/13/022/D/21 (zwane dalej „Postępowaniem”), Dz.U./S 43 03/03/2021 106827-2021-PL, adres strony internetowej prowadzonego postępowania: https://platformazakupowa.pl/pn/pg_edu

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 504 ust.1, art. 513 pkt. 1) oraz art. 515 ust. 2 pkt 2) Ustawy z dnia 11 września 2020 r. Prawo zamówień publicznych („Ustawa”), Odwołujący wnosi odwołanie od treści opisu przedmiotu zamówienia („OPZ”) jako dokumentu Postępowania.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 4-6 Ustawy z dnia 24 października 2019 roku Prawo zamówień publicznych, poprzez sformułowanie wymagań przedmiotowych dla przedmiotu zamówienia naruszających uczciwą konkurencję w postaci ograniczenia możliwego do zaoferowania oprogramowania do oprogramowania Veeam Backup & Replication producenta Veeam poprzez sformułowanie wymagań dla przedmiotu zamówienia, które spełnia wyłącznie oprogramowanie Veeam Backup & Replication.

Wniosek co do rozstrzygnięcia:

W imieniu Odwołującego wnoszę o uwzględnienie odwołania oraz:

1. Nakazanie Zamawiającemu uchylenia wymagań OPZ wymienionych w następujących pozycjach OPZ: 1.9, 1.14, 1.15, 1.22., 1.27, 1.35, 1.48, 15.1.1.4., 1.60, 1.61,1.66, 1.74, 1.79, 1.82, 1.83, 1.84, 1.86, 1.89, 1.91, 1.92, 1.93.
2. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Termin:

Ogłoszenie, Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, w tym OPZ, zostały opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 3 marca 2021 roku. Wobec powyższego niniejsze odwołanie zostało wniesione w terminie przewidzianym w art. 515 ust. 2 pkt 2) Ustawy.

Interes we wniesieniu Odwołania

Odwołujący posiada interes uzyskaniu zamówienia. Zaskarżone przez Odwołującego przepisy OPZ uniemożliwiają Odwołującemu ubieganie się o Zamówienie z uwagi na to, iż postanowienia OPZ wyłączają zaferowanie Zamawiającemu oprogramowania innego niż oprogramowanie Veeam Backup & Replication. Zatem Odwołujący potencjalnie może odnieść szkodę w postaci utraty zysku z realizacji zamówienia, albowiem Zamawiający zaskarżonymi wymaganiami SIWZ bezprawnie uniemożliwił Odwołującemu zaferowanie rozwiązań renomowanych producentów rozwiązań informatycznych.

Ponadto interes w zaskarżeniu wadliwego opisu przedmiotu zamówienia jest całkowicie zgodny z celami poprawionej dyrektywy Rady nr 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (mającej zastosowanie do zamówień, o których mowa w dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r.). Jak wynika z Art. 1 ust. 3 ww. dyrektywy „Państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia”.

Wnioski dowodowe

Odwołujący wnosi o przeprowadzenie dowodu z dokumentów złożonych na rozprawie zgodnie z dalszymi tezami dowodowymi wskazanymi w Uzasadnieniu.

UZASADNIENIE

Przedmiotem zamówienia jest dostawa wraz z wdrożeniem oprogramowania do backupu danych. Zamawiający oczekuje zatem oprogramowania z segmenty Data Center Backup and Recovery Solutions. Odwołujący wskazuje, iż w tym segmencie oprogramowania obecni jest pięciu czołowych producentów:

- 1) Veeam z produktem Veeam Backup & Replication
- 2) Commvault z produktem Commvault Complete™ Data Protection
- 3) Veritas Technologies z produktem Veritas NetBackup
- 4) Dell Technologies z produktem Networker
- 5) IBM z produktem IBM Spectrum Protect

/źródło: <https://www.gartner.com/reviews/market/data-center-backup-and-recovery-solutions/vendor/veeam/alternatives/>

W Polsce oprogramowanie innych producentów oprogramowania segmentu Data Center Backup and Recovery Solutions nie jest rozpowszechnione.

Zamawiający, wymaga w OPZ, aby zaferowane oprogramowanie spełniało między innymi następujące wymagania zdefiniowane w OPZ: 1.9, 1.14, 1.15, 1.22., 1.27, 1.35, 1.39, 1.48, 15.1.4., 1.60, 1.61, 1.66, 1.74, 1.79, 1.82, 1.83, 1.84, 1.86, 1.89, 1.91, 1.92, 1.93.

Kwestionowane w niniejszym odwołaniu postanowienia OPZ sformułowane zostały w taki sposób, że w praktyce jedynym produktem możliwym do zaferowania jest oprogramowanie Veeam Backup & Replication. Wymagania zamawiającego, których dotyczy odwołanie są wymaganiami, które spełnia wyłącznie oprogramowanie Veeam Backup & Replication a ponadto:

- 1/ odnoszą się funkcji całkowicie marginalnych,

- 2/ odnoszą się funkcji nie związanych z samym backupem czy odtwarzaniem danych a np. raportowaniem systemów produkcyjnych co nie jest przedmiotem zapytania lub
- 3/ zawierają oczekiwania Zamawiającego co do sposobu realizacji wykonywania danej funkcjonalności a nie co do ich istnienia czy oczekiwanego rezultatu.

Istotne jest bowiem nie tylko dokonanie oceny pod kątem jednej konkretnej funkcjonalności, ale ich połączenia w jednym produkcie, a to jest możliwe tylko w przypadku wskazanego wyżej produktu. Co więcej ocenie podlegać musi ta sama klasa produktowa, albowiem konkurowanie możliwe jest tylko przez tę samą klasę urządzeń, albowiem tylko wówczas mamy do czynienia z porównywalnością cenową. Wymaganie specyficznych dla danego producenta technologii nie jest obiektywnym kryterium, pozwalającym na uczciwe konkurowanie oferentów w zamówieniu. Tymczasem inne rozwiązania i produkty, umożliwiają osiągnięcie wymaganych przez Zamawiającego efektów określonych w OPZ, gdyż są to rozwiązania powszechnie stosowane na rynku. Nie ma żadnego technicznego, ani też innego uzasadnienia dla tak jaskrawego dyskryminowania producentów innych niż Veeam. Jak wskazał wyżej Odwołujący możliwe jest osiągnięcie takich samych celów przy pomocy alternatywnych i niegorszych technologii, które mają w swej ofercie producenci konkurencyjni wobec Veeam. Jak wykazano w poniższych punktach Zamawiający sformułował szereg wymagań oderwanych od rzeczywistych potrzeb Zamawiającego opisujących zachowanie lub funkcjonalności jednego produktu, a także wymagania te ujęte w zbiorze wskazują, iż jedynie oprogramowanie Veeam Backup & Replication spełnia wszystkie zaskarżonego wymagania. W takim stanie rzeczy zarzut naruszenia art. 99 ust. 4-6 Ustawy został wykazany. Odwołujący wskazuje także na niżej powołane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej:

KIO/KD 30/16 - uchwała KIO z dnia 13-05-2016

„Swoboda zamawiającego w określaniu cech produktów, które chce zakupić, jest ograniczona koniecznością zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji. Opis przedmiotu zamówienia ograniczający możliwość złożenia ofert przez wykonawców, który nie jest podyktowany racjonalnymi i obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego narusza prawo. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest zatem zbyt rygorystyczne i nieuzasadnione określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które zawęży krąg wykonawców mogących złożyć ofertę w danym postępowaniu. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący wprost na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który przez swą drobiazgowość i rygoryzm umożliwia dostęp do zamówienia jedynie kilku wybranym wykonawcom działającym w danym obszarze rynku.”

Wyrok KIO z 31.08.2017 r., KIO 1670/17

„Naruszenie zasady uczciwej konkurencji wskazanej w art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579) ma miejsce wtedy, gdy zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretnego producenta lub konkretny produkt, a także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu. Jest przy tym naturalne, że niemal każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji polegające na niemożności złożenia oferty przez potencjalnie zainteresowanego wykonawcę z uwagi na niedysponowanie określoną technologią, wymaganym doświadczeniem itp. To jednak nie musi oznaczać, że doszło do naruszenia zasady z art. 7 ust. 1 ww. ustawy.”

KIO 1112/15 - wyrok KIO z dnia 10-06-2015

„Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Naruszenie powyższego przepisu może polegać na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb zamawiającego. Zamawiający nie może bowiem wymagać od wykonawców takich właściwości przedmiotu zamówienia, które nie mają znaczenia dla spełnienia celu, któremu ma służyć przedmiot zamówienia, a które powodują lub wręcz eliminują konkurencję na rynku.”

KIO 1203/15 - wyrok KIO z dnia 25-06-2015

„1. Ocena czy dane wymaganie znajduje uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego powinna być dokonana z uwzględnieniem rzeczywistego wpływu na efektywność pracy urządzenia oraz jego eksploatację, czy też wydajność. Walory estetyczne, czy też organizacja pracy zamawiającego pozostają bez wpływu na ocenę efektywności pracy urządzenia i jego możliwości, istotnych z punktu widzenia uzyskanego efektu. Właściwa praca urządzenia i jego eksploatacja wyznaczać powinny granice oceny potrzeb zamawiającego jako obiektywnie uzasadnionych.

2. Jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia nie może być równoznaczna ze wskazaniem na konkretne rozwiązanie, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.). Podane przykłady warunków nie mogą stanowić opisu rozwiązania stosowanego przez konkretnego producenta, a opis funkcjonalności właściwej każdemu systemowi.”

KIO 765/14 - wyrok KIO z dnia 05-05-2014

„Naruszenie zasady uczciwej konkurencji z uwagi na niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi, między innymi w sytuacji, gdy zamawiający opisz przedmiot zamówienia przez zbyt nie dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt. Naruszenie to polega również na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym ani w funkcjonalny uregulowaniu potrzeb zamawiającego.”

KIO 724/16 - wyrok KIO z dnia 19-05-2016

„Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest m.in. na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełniać przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie może ograniczać krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.”

KIO/KD58/16 - uchwała KIO z dnia 30-09-2016

„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.”
Odwołujący podkreśla kluczowe dla rozpoznania niniejszego odwołania kwestie, a mianowicie kwestię ciężaru dowodowego oraz kwestię dopuszczalnych warunków stawianych przez Zamawiającego, co do opisu przedmiotu zamówienia. System zamówień publicznych jest systemem godzącym niejako dwie grupy sprzecznych interesów, w interesie Zamawiającego jest dostarczenie mu produktu lub usług zgodnych ze specyfikacją, natomiast interesem wykonawców jest osiągnięcie jak największego zysku za zrealizowane zlecenie. Zamawiający jako podmiot nadający znaczący kształt zawieranej umowie, nie jest jednak w swych uprawnieniach nieograniczony. W szczególności, zamawiający związany jest podstawowymi dla prawa zamówień publicznych zasadami, takimi jak zasada proporcjonalności i uczciwej konkurencji. Warto bowiem zauważyć, że zamawiający kreują w znacznym stopniu istnienie i funkcjonowanie określonego rynku i w związku z tym muszą czynić to zgodnie z przepisami prawa, w tym poszanowaniem zasad konkurencyjności. Co więcej z przepisów ustawy o informatyzacji wynika, że podmioty sektora publicznego w swych działaniach muszą kierować się zasadą neutralności technologicznej polegającej na równym traktowaniu przez władze publiczne technologii teleinformatycznych i tworzenia warunków do ich uczciwej konkurencji, w tym zapobiegania możliwości eliminacji technologii konkurencyjnych przy rozbudowie i modyfikacji eksploatowanych systemów teleinformatycznych lub przy tworzeniu konkurencyjnych produktów i rozwiązań (por. art. 3 pkt 19 ustawy o informatyzacji). W szczególności, więc, każde postanowienie odnoszące się do przedmiotu zamówienia, szczególnie, jeżeli ogranicza konkurencję lub narusza zasadę proporcjonalności, powinno być uzasadnione z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 9.05.2018 r. (sygn. akt KIO 741/18) byłoby przyznaniem zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru oferty najkorzystniejszej ustalenie takiego kryterium oceny ofert, co, do którego nie wykazano, iż ma ono jakiekolwiek przełożenie na lepsze spełnienie takich potrzeb zamawiającego. W analizowanej sprawie ciężar wykazania tych uzasadnionych potrzeb spoczywał na zamawiającym. Sposób sformułowania opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego ogranicza krąg

wykonawców, którzy mogliby ubiegać się o udzielenie zamówienia, a sformułowanie go w sposób *de facto* wskazujący na konkretnego producenta oraz zawierający wymagania nadmiarowe, nie ma żadnego uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawa i narusza zasadę proporcjonalności (art. 7 ust. 1 Pzp).

Z uwagi na sprzeczność interesów uczestników postępowania zamówieniowego, konieczne jest zachowanie równowagi między zachowaniem interesu Zamawiającego, a interesów wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych warunków, tak podmiotowych jak i przedmiotowych, mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom dającym rękojmię jego prawidłowej realizacji (tak: wyrok KIO 1081/17 z 19.06.2017 r., wyrok KIO 1030/17 z 8.06.2017 r.). Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 14.03.2017 r. (KIO 371/17), **swoboda w kształtowaniu przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu nie jest nieograniczona**. Wręcz przeciwnie, Zamawiający jako podmiot dysponujący środkami publicznymi ma obowiązek z jednej strony wydatkować je w sposób oszczędny i efektywny, a z drugiej strony respektować i przestrzegać zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. **Zamawiający powinien móc udowodnić, że postawione warunki mają charakter „minimalny”, co oznacza, że brak określonego warunku lub jego złagodzenie nie da mu należytej rękojmi realizacji zamówienia.**

W doktrynie i orzecznictwie Izby podnosi się, bowiem, że formułując warunki udziału Zamawiający powinien dopuścić do udziału w realizacji zamówienia każdego wykonawcę należycie przygotowanego i obiektywnie zdolnego do jego realizacji, w tym posiadającego odnośne doświadczenie personelu, zasoby techniczne, finansowe etc. Choć wyrok ten odnosi się do warunków podmiotowych, to w ten sam sposób należy go odnieść także do wymogów stawianych, co do przedmiotu zamówienia. Oczywistym jest, bowiem, że konkretni wykonawcy „współpracują” z konkretnymi dostawcami i producentami. Postawienie wymogów produktowych w ten sposób, że spełnia je wyłącznie jeden produkt istniejący na rynku, jest, więc sprzeczne z zasadą proporcjonalności i uczciwej konkurencji.

Formułując wymogi, co do przedmiotu zamówienia, Zamawiający powinien przestrzegać reguły proporcjonalności, tj. przyjęcia takich warunków, które uzasadnione są przedmiotem zamówienia, w tym w szczególności jego rozmiarem, złożonością i innymi istotnymi warunkami jego realizacji. Zamawiający winien móc udowodnić, że postawienie określonego wymogu jest uzasadnione. Każdy nadmiarowy, nieproporcjonalny i nieuzasadniony przedmiotem zamówienia warunek nie będzie mógł już być uznany za postawiony w zgodzie z Pzp.

Wymaganie 1.9:

„Oprogramowanie do archiwizacji musi zapewniać tworzenie „samowystarczalnych” archiwów do odzyskiwania (w) których nie wymagana jest osobna baza danych z metadanymi duplikowanych bloków”

Wymaganie 1.14:

„Oprogramowanie do archiwizacji nie może przechowywać danych o deduplikacji w centralnej bazie. Utrata bazy danych używanej przez oprogramowanie nie może prowadzić do utraty możliwości odtworzenia backupu”

Sformułowanie „samowystarczalne” archiwa wskazuje jednoznacznie na produkt firmy Veeam, gdyż tylko on cechuje się taką funkcjonalnością. Oprogramowanie Veeam jako jedynie przechowuje dane o deduplikacji w plikach backupowych. Rozwiązania konkurencyjne oferują deduplikację opartą o dedykowaną bazę deduplikacyjną a w plikach backupowych przechowują tylko unikalne dane.

/dowód: tabela porównawcza funkcji Veeam Backup & Replication z funkcjami oprogramowania konkurencyjnego wraz z dokumentacją - zostanie złożona na rozprawie’/

Wymaganie 1.15:

„Oprogramowanie do archiwizacji nie może instalować żadnych stałych agentów wymagających wdrożenia czy upgradowania wewnątrz maszyny wirtualnej dla jakichkolwiek funkcjonalności backupu lub odtwarzania.”

Tylko w oprogramowaniu backupowym Veeam agenci są instalowani tymczasowo dla procesów odtworzenia, wszyscy konkurenci instalują agentów permanentnych wewnątrz maszyn wirtualnych, przy identycznym przebiegu procesu backupu. Wymaganie przez Zamawiającego instalowania wyłącznie tymczasowych agentów nie wynika z żadnych racjonalnych przesłanek.

/dowód: tabela porównawcza funkcji Veeam Backup & Replication z funkcjami oprogramowania konkurencyjnego wraz z dokumentacją - zostanie złożona na rozprawie’/

Wymaganie 1.22:

„Oprogramowanie do archiwizacji musi posiadać wbudowane mechanizmy szyfrowania dla:

1.22.1 plików z backupami

1.22.2 transmisji sieciowej”

Rozwiązania konkurencyjne szyfrują dane składowane w kopiach backupowych, jedynie oprogramowanie Veeam szyfruje pliki składające kopie.

/dowód: tabela porównawcza funkcji Veeam Backup & Replication z funkcjami oprogramowania konkurencyjnego wraz z dokumentacją - zostanie złożona na rozprawie’/

Wymaganie 1.27

„1.27 Oprogramowanie do archiwizacji musi zapewniać wykorzystanie mechanizmu Change Block Tracking na wszystkich wspieranych platformach wirtualizacyjnych.

1.27.1 Wykorzystanie tych mechanizmów musi być potwierdzone przez uzyskanie dla oprogramowania certyfikacji od dostawcy platformy wirtualizacyjnej – VMware, Microsoft.

1.27.2 Oprogramowanie do archiwizacji musi zapewnić sterowanie obciążeniem storage’u produkcyjnego (z którego dokonujemy archiwizacji) tak aby nie przekraczane były skonfigurowane przez administratora backupu poziomy latencji.

1.27.2.1 Funkcjonalność ta musi być dostępna na wszystkich wspieranych platformach wirtualizacji.”

Oprogramowanie Veeam oferuje wsparcie tylko dla środowisk wirtualnych mających wbudowaną technologię Change Block Tracking (CBT). Wsparcie technologii CBT jest zależne od producenta systemu wirtualizującego. Inni producenci systemów backupowych oferują znacznie szersze wsparcie dla środowisk wirtualnych przez co nie mogą spełnić tego wymogu dla wszystkich wspieranych wirtualizatorów. Dlatego niezrozumiałe jest, dlaczego Zamawiający wymaga wsparcia CBT dla innych niż VMware i Hyper-V wirtualizatorów których nie posiada.

/dowód: tabela porównawcza funkcji Veeam Backup & Replication z funkcjami oprogramowania konkurencyjnego wraz z dokumentacją - zostanie złożona na rozprawie’/

Wymaganie 1.35:

„Oprogramowanie do archiwizacji musi zapewnić wsparcie dla BlockCloneAPI w przypadku użycia Windows Server 2016 lub 2019 z systemem pliku ReFS jako repozytorium backupu.”

Jest to unikalna funkcjonalność oferowana przez Veeam (<https://www.virtualtothecore.com/how-much-space-am-i-saving-thanks-to-refs-blockclone/>). Oprogramowanie konkurencyjnych producentów – posiada inne wbudowane mechanizmy optymalizacji składowania czy tworzenia kopii

/dowód: tabela porównawcza funkcji Veeam Backup & Replication z funkcjami oprogramowania konkurencyjnego wraz z dokumentacją - zostanie złożona na rozprawie’/

Wymaganie 1.48:

„Oprogramowanie do archiwizacji musi zapewniać odtworzenie plików bezpośrednio do maszyny wirtualnej poprzez min:

1.48.1. Sieć

1.48.2 przy pomocy VIX API dla platformy VMware

1.48.3. PowerShell Direct dla platformy Hyper-V”

Jedynie oprogramowanie Veeam oferuje odtwarzanie plików poprzez mechanizmy VIX API i PowerShell Direct.

/dowód: tabela porównawcza funkcji Veeam Backup & Replication z funkcjami oprogramowania konkurencyjnego wraz z dokumentacją - zostanie złożona na rozprawie’/

Wymaganie 1.51.1.

„Oprogramowanie do archiwizacji musi zapewniać granularne odtwarzanie dowolnych obiektów i dowolnych atrybutów Active Directory włączając w to:

1.51.1.1 hasło

1.51.1.2 obiekty Group Policy

1.51.1.3 partycja konfiguracji AD

1.51.1.4 rekordy DNS zintegrowane z AD

1.51.1.5 Microsoft System Objects

1.51.1.6 certyfikaty CA

1.51.1.7 elementy AD Sites”

Jedynie oprogramowanie Veeam oferuje odtwarzanie rekordów DNS.

/dowód: tabela porównawcza funkcji Veeam Backup & Replication z funkcjami oprogramowania konkurencyjnego wraz z dokumentacją - zostanie złożona na rozprawie’/

Wymaganie 1.60:

„Oprogramowanie do archiwizacji musi zapewnić integrację z oprogramowaniem antywirusowym w celu wykonania skanu zawartości pliku backupowego przed odtworzeniem jakichkolwiek danych. Integracja musi być zapewniona minimalnie dla:

1.60.1 Windows Defender

1.60.2 Symantec Protection Engine

1.60.3 ESET NOD32”

Jedynie oprogramowanie Veeam oferuje powyższą integrację z systemem antywirusowym. (<https://www.veeam.com/kb3132>).

/dowód: tabela porównawcza funkcji Veeam Backup & Replication z funkcjami oprogramowania konkurencyjnego wraz z dokumentacją - zostanie złożona na rozprawie’/

Wymaganie 1.61.

„Oprogramowanie do archiwizacji musi zapewniać dwuetapowe, automatyczne, odtwarzanie maszyn wirtualnych z możliwością wstrzyknięcia dowolnego skryptu przed odtworzeniem danych do środowiska produkcyjnego”

Jedynie oprogramowanie Veeam oferuje automatyzm powyższego procesu.

/dowód: tabela porównawcza funkcji Veeam Backup & Replication z funkcjami oprogramowania konkurencyjnego wraz z dokumentacją - zostanie złożona na rozprawie’/

Wymaganie 1.66

„Oprogramowanie do archiwizacji musi zapewniać kategoryzację obiektów infrastruktury wirtualnej niezależnie od hierarchii stworzonej w vCenter”

Jedynie oprogramowanie Veeam oferuje mechanizm pozwalający kategoryzować obiekty infrastruktury wirtualnej.

/dowód: tabela porównawcza funkcji Veeam Backup & Replication z funkcjami oprogramowania konkurencyjnego wraz z dokumentacją - zostanie złożona na rozprawie'/

Wymaganie 1.74:

„Oprogramowanie do archiwizacji musi zapewnić podłączenie się do wirtualnej maszyny (tryb konsoli) bezpośrednio z narzędzia monitorującego”

/dowód: tabela porównawcza funkcji Veeam Backup & Replication z funkcjami oprogramowania konkurencyjnego wraz z dokumentacją - zostanie złożona na rozprawie'/

Wymaganie 1.79:

„Oprogramowanie do archiwizacji musi zapewniać raportowanie i tworzenie raportów z infrastruktury wirtualnej bazującej na VMware ESX/ESXi6.x vCenter Server 6.x jak również Wymagania 1.74 i 1.79 wskazują na funkcjonalności nie odnoszące się do funkcjonalności backupu i odtwarzania danych. Są to funkcjonalności unikalnie dla oprogramowania Veeam.

/dowód: tabela porównawcza funkcji Veeam Backup & Replication z funkcjami oprogramowania konkurencyjnego wraz z dokumentacją - zostanie złożona na rozprawie'/

Wymaganie 1.82:

„Oprogramowanie do archiwizacji musi być oprogramowaniem bezagentowym. Nie dopuszcza się możliwości instalowania przez system agentów na monitorowanych hostach ESXi i HyperV”

Specyfiką oprogramowania Veeam jest to, iż to oprogramowanie instaluje agentów tylko tymczasowo w procesie odtwarzania granularnego (patrz też wymaganie 1.15). Pozostali producenci systemów backupowych oferują te same funkcjonalności, ale wykorzystują agentów – intencją Zamawiającego powinno być uzyskanie oczekiwanych funkcjonalności backup/restore, a nie wymaganie specyficznej architektury systemu, który może być zrealizowany tylko przez jedno oprogramowanie.

/dowód: tabela porównawcza funkcji Veeam Backup & Replication z funkcjami oprogramowania konkurencyjnego wraz z dokumentacją - zostanie złożona na rozprawie'/

Wymaganie 1.83

„Oprogramowanie do archiwizacji musi zapewniać eksportowanie raportów do formatów Microsoft Word, Microsoft Excell, Microsoft Visio, Adobe PDF”

Export raportów w formacie Visio jest cechą wyjątkową Veeam. Konkurenci nie oferują takiej funkcji. https://helpcenter.veeam.com/docs/one/reporter/infrastructure_overview_visio.html?ver=110

/dowód: tabela porównawcza funkcji Veeam Backup & Replication z funkcjami oprogramowania konkurencyjnego wraz z dokumentacją - zostanie złożona na rozprawie'/

Wymaganie 1.84

„Oprogramowanie do archiwizacji musi zapewniać ustawienie harmonogramu kolekcji danych z monitorowanych systemów jak również możliwość tworzenia zadań kolekcjonowania danych ad-hoc.”

Jest to unikalna cecha oprogramowania Veeam. Konkurenci nie oferują takiej funkcji https://helpcenter.veeam.com/docs/backup/em/collecting_data_from_backup_servers.html?ver=110/

/dowód: tabela porównawcza funkcji Veeam Backup & Replication z funkcjami oprogramowania konkurencyjnego wraz z dokumentacją - zostanie złożona na rozprawie'/

Wymaganie 1.86

„Oprogramowanie do archiwizacji musi zapewniać w generowanych raportach uwzględnianie informacji o zmianach konfiguracji monitorowanych systemów”

Jest to unikalna cecha oprogramowania Veeam. Konkurenci nie oferują takiej funkcji.

https://helpcenter.veeam.com/docs/one/reporter/vms_configuration_vmware.html?ver=110

/dowód: tabela porównawcza funkcji Veeam Backup & Replication z funkcjami oprogramowania konkurencyjnego wraz z dokumentacją - zostanie złożona na rozprawie'/

Wymaganie 1.91

„Oprogramowanie do archiwizacji musi zapewniać w generowanie raportu planowania pojemności (capacity planing) bazującego na scenariuszach ‘what-if’”

Jest to unikalna cecha oprogramowania Veeam. Konkurenci nie oferują takiej funkcji.

https://helpcenter.veeam.com/docs/one/reporter/capacity_planning_vmware.html?ver=110

/dowód: tabela porównawcza funkcji Veeam Backup & Replication z funkcjami oprogramowania konkurencyjnego wraz z dokumentacją - zostanie złożona na rozprawie'/

Wymaganie 1.92

„Oprogramowanie do archiwizacji musi zapewniać w granularne raportowanie infrastruktury, zależne od uprawnień nadanych użytkownikom dla platformy VMware”

Jest to unikalna cecha oprogramowania Veeam nie mająca związku z funkcjonalnością backupu. Konkurenci nie oferują takiej funkcji.

https://helpcenter.veeam.com/docs/one/reporter/infrastructure_overview_vmware.html?ver=110

/dowód: tabela porównawcza funkcji Veeam Backup & Replication z funkcjami oprogramowania konkurencyjnego wraz z dokumentacją - zostanie złożona na rozprawie'/

Wymaganie 1.93

„Oprogramowanie do archiwizacji musi zapewniać generowanie raportów dotyczących tzw. migawek sierot (orphaned snapshots)”

Jest to unikalna cecha oprogramowania Veeam nie mająca związku z funkcjonalnością backupu. Konkurenci nie oferują takiej funkcji.

https://helpcenter.veeam.com/docs/one/reporter/orphaned_vm_snapshots_vmware.html?ver=110

/dowód: tabela porównawcza funkcji Veeam Backup & Replication z funkcjami oprogramowania konkurencyjnego wraz z dokumentacją - zostanie złożona na rozprawie'/

Odwołujący podkreśla kluczowe dla rozpoznania niniejszego odwołania kwestie, a mianowicie kwestię ciężaru dowodowego oraz kwestię dopuszczalnych warunków stawianych przez Zamawiającego, co do opisu przedmiotu zamówienia, stosowanych kryteriów oceny ofert (szczególnie odnoszących się do wymogów funkcjonalnych oferowanego przedmiotu dostawy). System zamówień publicznych jest systemem godzącym niejako dwie grupy sprzecznych interesów, w interesie Zamawiającego jest dostarczenie mu produktu lub usług zgodnych ze specyfikacją, natomiast interesem wykonawców jest osiągnięcie jak największego zysku za zrealizowane zlecenie. Zamawiający jako podmiot nadający znaczący kształt zawieranej umowie, nie jest jednak w swych uprawnieniach nieograniczony. W szczególności, zamawiający związany jest podstawowymi dla prawa zamówień publicznych zasadami, takimi jak zasada proporcjonalności i uczciwej konkurencji. Warto bowiem zauważyć, że zamawiający kreują w znacznym stopniu istnienie i funkcjonowanie określonego rynku i w związku z tym muszą czynić to zgodnie z przepisami prawa, w tym poszanowaniem zasad konkurencyjności. Co więcej z przepisów ustawy o informatyzacji wynika, że podmioty sektora publicznego w swych działaniach muszą kierować się zasadą neutralności technologicznej polegającej na równym traktowaniu przez władze publiczne technologii teleinformatycznych i tworzenia warunków do ich uczciwej konkurencji, w tym zapobiegania możliwości eliminacji technologii konkurencyjnych przy rozbudowie i modyfikacji eksploatowanych systemów teleinformatycznych lub przy tworzeniu

konkurencyjnych produktów i rozwiązań (por. art. 3 pkt 19 ustawy o informatyzacji). W szczególności, więc, każde postanowienie odnoszące się do przedmiotu zamówienia, szczególnie, jeżeli ogranicza konkurencję lub narusza zasadę proporcjonalności, powinno być uzasadnione z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 9.05.2018 r. (sygn. akt KIO 741/18) *byłoby przyznaniem zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru oferty najkorzystniejszej ustalenie takiego kryterium oceny ofert, co, do którego nie wykazano, iż ma ono jakiegokolwiek przełożenie na lepsze spełnienie takich potrzeb zamawiającego.* W analizowanej sprawie ciężar wykazania tych uzasadnionych potrzeb spoczywał na zamawiającym. Sposób sformułowania opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego ogranicza krąg wykonawców, którzy mogliby ubiegać się o udzielenie zamówienia, a sformułowanie go w sposób *de facto* wskazujący na konkretnego producenta oraz zawierający wymagania nadmiarowe, nie ma żadnego uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawa i narusza zasadę proporcjonalności (art. 7 ust. 1 Pzp).

Z uwagi na sprzeczność interesów uczestników postępowania zamówieniowego, konieczne jest zachowanie równowagi między zachowaniem interesu Zamawiającego, a interesów wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych warunków, tak podmiotowych jak i przedmiotowych, mogą zostać wyeliminowani z postępowania. *Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom dającym rękojmię jego prawidłowej realizacji* (tak: wyrok KIO 1081/17 z 19.06.2017 r., wyrok KIO 1030/17 z 8.06.2017 r.). Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 14.03.2017 r. (KIO 371/17), *swoboda w kształtowaniu przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu nie jest nieograniczona. Wręcz przeciwnie, Zamawiający jako podmiot dysponujący środkami publicznymi ma obowiązek z jednej strony wydatkować je w sposób oszczędny i efektywny, a z drugiej strony respektować i przestrzegać zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający powinien móc udowodnić, że postawione warunki mają charakter „minimalny”, co oznacza, że brak określonego warunku lub jego złagodzenie nie da mu należytej rękojmi realizacji zamówienia. W doktrynie i orzecznictwie Izby podnosi się, bowiem, że formułując warunki udziału Zamawiający powinien dopuścić do udziału w realizacji zamówienia każdego wykonawcę należycie przygotowanego i obiektywnie zdolnego do jego realizacji, w tym posiadającego odnośne doświadczenie personelu, zasoby techniczne, finansowe etc. Choć wyrok ten odnosi się do warunków podmiotowych, to w ten sam sposób należy go odnieść także do wymogów stawianych, co do przedmiotu zamówienia. Oczywiście jest, bowiem, że konkretni wykonawcy „współpracują” z konkretnymi dostawcami i producentami. Postawienie wymogów produktowych w ten sposób, że spełnia je wyłącznie jeden produkt istniejący na rynku, jest, więc sprzeczne z zasadą proporcjonalności i uczciwej konkurencji.*

Formułując wymogi, co do przedmiotu zamówienia, Zamawiający powinien przestrzegać reguły proporcjonalności, tj. przyjęcia takich warunków, które uzasadnione są przedmiotem zamówienia, w tym w szczególności jego rozmiarem, złożonością i innymi istotnymi warunkami jego realizacji. Zamawiający winien móc udowodnić, że postawienie określonego wymogu jest uzasadnione. Każdy nadmiarowy, nieproporcjonalny i nieuzasadniony przedmiotem zamówienia warunek nie będzie mógł już być uznany za postawiony w zgodzie z Pzp.

W zakresie niżej wymienionych postanowień SIWZ Zamawiający tak sformułował poszczególne wymagania SIWZ które z osobna i łącznie mamy do czynienia z podobną sytuacją jak opisaną wyżej, tzn., że Zamawiający postawił takie wymagania dla oferowanego produktu, które są charakterystyczne tylko dla rozwiązań Veeam. Powyższe uniemożliwia zaoferowanie produktów nie gorszych i umożliwiających osiągnięcie takiego samego poziomu gromadzenia i przetwarzania danych, ale bazujących na innych (choć wcale nie gorszych) technologiach.

w imieniu Odwołującego:

Załączniki:

- 1/ odpis z KRS Odwołującego;
 - 2/ dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wysokości 15.000,00 zł;
 - 3/ pełnomocnictwo
- dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu (wraz z załącznikami 1/-3/)