

WYROK

z dnia 24 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-
Mazuś
Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę **B..... C....., Alumatic B..... C....., ul. Kulczyńskiego 22/37, 02-777 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Sąd Apelacyjny w Łodzi, Plac G. Narutowicza 64, 90-136 Łódź**,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **B..... C....., Alumatic B..... C....., ul. Kulczyńskiego 22/37, 02-777 Warszawa** i zalicza w 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. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Sąd Apelacyjny w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę sprzętu informatycznego na potrzeby jednostek organizacyjnych obszaru apelacji łódzkiej”.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (w skrócie „Pzp”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 sierpnia 2012 r., specyfikacja istotnych warunków zamówienia (w skrócie „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 27 lipca 2012 r.

Odwołujący: B..... C....., Alumatic B..... C..... z Warszawy wniósł odwołanie w związku z opisaniem przez zamawiającego postanowień SIWZ ograniczających uczciwą konkurencję, w taki sposób, że uniemożliwiają one złożenie oferty na sprzęt inny niż pochodzący od jednego producenta, bez uzasadnienia tego faktu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp: art. 29 ust. 2 stanowiącego, że „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”; art. 7 ust.1 stanowiącego, że „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenia zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.”

Odwołujący przedstawił w uzasadnieniu odwołania następującą argumentację.

1. Jako wykonawca, posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek dokonania przez zamawiającego czynności uniemożliwiającej mu złożenie oferty i tym samym pozbawił go możliwości uzyskania zamówienia. Należy więc uznać odwołującego za podmiot uprawniony do wniesienia środka ochrony prawnej, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

2. W uzasadnieniu zarzutów odwołujący podał, że zamawiający w specyfikacji technicznej sprzętu, w części dotyczącej serwerów, zawarł szereg parametrów, które bezpośrednio lub w połączeniu z innymi parametrami, jednoznacznie wskazują, że specyfikację spełnia jedynie jeden producent serwerów, firma Dell. Podał, że w obecnej postaci nie ma możliwości zaoferowania serwerów innego, niż wspomnianego producenta. W szczególności, zamawiający ograniczył konkurencyjność ofert w następujących punktach:

I. Serwer Aplikacji (SAP):

1. Zamawiający łącznie w punktach 1. Obudowa oraz 14. Inne napędy i moduły, zawarł wymóg, aby oferowane serwery miały maksymalnie 2 U wysokości i jednocześnie zapewniały montaż 16 dysków wewnętrznych oraz wewnętrznego napędu DVD. Łącznie postanowienia te powodują, że nieliczni producenci sprzętu będą mogli złożyć ofertę, a przy uwzględnieniu pozostałych wymogów, jedynie firma Dell posiada w ofercie serwery spełniające wymagania SIWZ.
2. Punkt 3. Płyta główna, zamawiający zawarł wymóg o ilości slotów PCI i ich parametrach. W obecnej postaci opis jednoznacznie wskazuje na serwer firmy Dell, model R720 i jednocześnie uniemożliwia zaoferowanie serwerów innego producenta.
3. Punkt 7. Zabezpieczenia pamięci RAM, zamawiający określił poziomy zabezpieczeń: Memory Rank Sparing, Memory Mirror, SBEC, Lockstep. Łącznie wymogi te, przy pozostałych parametrach SIWZ, spełnia jedynie serwer firmy Dell R720.
4. Punkt 12. Chłodzenie, zamawiający wymaga, aby wentylatory posiadały funkcję ostrzegania przed awarią, jest to rozwiązanie stosowane przez nielicznych producentów sprzętu i przy pozostałych wymogach SIWZ, powoduje, że tylko firma Dell może zaoferować swoje serwery.
5. Punkt 13. Bezpieczeństwo, zamawiający zawarł wymóg, posiadania przez Serwer wbudowanego czujnika otwarcia obudowy współpracującego z BIOS i kartą zarządzającą. Jest to rozwiązanie rzadko stosowane w serwerach typu rack (ze względu między innymi na montaż w szafach rack, które posiadają zabezpieczenia przed otwarciem) i łącznie z pozostałymi parametrami SIWZ wskazuje na jednego producenta sprzętu, firmę Dell.
6. Punkt 14. Inne napędy i moduły, zamawiający wymaga, aby serwer posiadał na froncie obudowy, panel LCD do monitoringu. Tylko firma Dell posiada w swoich serwerach takie rozwiązanie, co jednoznacznie wskazuje na ograniczanie konkurencji.
7. Punkt 16. Karta Zarządzania, zamawiający opisał kartę zarządzania w postaci jednoznacznie wskazującej na rozwiązanie jednego producenta, firmy Dell, wymogi -jak wsparcie Ipv6, wsparcie dla Telnet, czy wysyłanie maili do administratora, łącznie są spełniane jedynie przez serwery firmy Dell.
8. Punkt 17. Inne, zamawiający wymaga, aby serwer był wyposażony w redundantne, wewnętrzne karty SD z możliwością skonfigurowania mirroru między nimi. Takie specyficzne rozwiązanie stosuje jedynie firma Dell, zapis ten eliminuje pozostałych producentów.

II. Serwer Baz Danych (SBD):

1. Punkt 3. Płyta główna, zamawiający zawarł wymóg o ilości slotów PCI i ich parametrach. W obecnej postaci zapis ten jednoznacznie wskazuje na serwer firmy Dell, model T620 i jednocześnie uniemożliwia zaoferowanie serwerów innego producenta.
2. Punkt 7. Porty, zamawiający wymaga, aby zaoferowany serwer posiadał 9 portów USB, w tym 6 na panelu tylnym. Zapisy w tej postaci spełnia jedynie serwer firmy Dell, model T620.
3. Punkt 8. Zabezpieczenia pamięci RAM, zamawiający określił poziomy zabezpieczeń: Memory Rank Sparing, Memory Mirror, SBEC, Lockstep. Łącznie wymogi te, przy pozostałych parametrach SIWZ, spełnia jedynie serwer firmy Dell, model T620.
4. Punkt 13. Chłodzenie, zamawiający wymaga, aby wentylatory posiadały funkcję ostrzegania przed awarią, jest to rozwiązanie stosowane przez nielicznych producentów sprzętu i przy pozostałych wymogach SIWZ, powoduje, że tylko firma Dell może zaoferować swoje serwery.
5. Punkt 14. Bezpieczeństwo, zamawiający zawarł wymóg, posiadania przez Serwer wbudowanego czujnika otwarcia obudowy współpracującego z BIOS i kartą zarządzającą. Jest to rozwiązanie rzadko stosowane w serwerach typu rack (ze względu między innymi na montaż w szafach rack, które posiadają zabezpieczenia przed otwarciem) i łącznie z pozostałymi parametrami SIWZ wskazuje na jednego producenta sprzętu, firmę Dell.
6. Punkt 15. Inne, zamawiający wymaga, aby serwer był wyposażony w redundantne, wewnętrzne karty SD z możliwością skonfigurowania mirroru między nimi. Takie specyficzne rozwiązanie stosuje jedynie firma Dell, zapis ten eliminuje pozostałych producentów.
7. Punkt 16. Inne napędy i moduły. Zamawiający wymaga, aby serwer posiadał na froncie obudowy, panel LCD do monitoringu. Tylko firma Dell posiada w swoich serwerach takie rozwiązanie, co jednoznacznie wskazuje na ograniczanie konkurencji.
8. Punkt 18. Karta Zarządzania, zamawiający opisał kartę zarządzania w postaci jednoznacznie wskazującej na rozwiązanie jednego producenta, firmy Dell. zapisy jak wsparcie Ipv6, wsparcie dla Telnet, czy wysyłanie maili do administratora, łącznie są spełniane jedynie przez serwery firmy Dell.

III. Serwer Aplikacyjno-Bazodanowy (SAB):

1. Punkt 3. Płyta główna, zamawiający zawarł wymóg o ilości slotów PCI i ich parametrach. W obecnej postaci zapis ten jednoznacznie wskazuje na serwer firmy

Dell, model T620 i jednocześnie uniemożliwia zaoferowanie serwerów innego producenta.

2. Punkt 5. Zabezpieczenia pamięci RAM, zamawiający określił poziomy zabezpieczeń: Memory Rank Sparing, Memory Mirror, SBEC, Lockstep. Łącznie wymogi te, przy pozostałych parametrach SIWZ, spełnia jedynie serwer firmy Dell, model T620.
3. Punkt 8. Porty, zamawiający wymaga, aby zaoferowany serwer posiadał 9 portów USB, w tym 6 na panelu tylnym. Postanowienia w tej postaci spełnia jedynie serwer firmy Dell, model T620.
4. Punkt 13. Chłodzenie, zamawiający wymaga, aby wentylatory posiadały funkcję ostrzegania przed awarią, jest to rozwiązanie stosowane przez nielicznych producentów sprzętu i przy pozostałych wymogach SIWZ, powoduje, że tylko firma Dell może zaoferować swoje serwery.
5. Punkt 14. Inne napędy i moduły, zamawiający wymaga, aby serwer posiadał na froncie obudowy, panel LCD do monitoringu. Tylko firma Dell posiada w swoich serwerach takie rozwiązanie, co jednoznacznie wskazuje na ograniczanie konkurencji.
6. Punkt 16. Karta Zarządzania, zamawiający opisał kartę zarządzania w postaci jednoznacznie wskazującej na rozwiązanie jednego producenta, firmy Dell, zapisy jak wsparcie Ipv6, wsparcie dla Telnet, czy wysyłanie maili do administratora, łącznie są spełniane jedynie przez serwery firmy Dell.
7. Punkt 18. Bezpieczeństwo, zamawiający zawarł wymóg, posiadania przez Serwer wbudowanego czujnika otwarcia obudowy współpracującego z BIOS i kartą zarządzającą. Jest to rozwiązanie rzadko stosowane w serwerach typu rack (ze względu między innymi na montaż w szafach rack, które posiadają zabezpieczenia przed otwarciem) i łącznie z pozostałymi parametrami SIWZ wskazuje na jednego producenta sprzętu, firmę Dell.
8. Punkt 19. Inne, zamawiający wymaga, aby serwer był wyposażony w redundantne, wewnętrzne karty SD z możliwością skonfigurowania mirroru między nimi. Takie specyficzne rozwiązanie stosuje jedynie firma Dell, zapis ten eliminuje pozostałych producentów.

IV. Serwer SA:

1. Punkt 7. Gniazda PCI, zamawiający zawarł wymóg o ilości slotów PCI i ich parametrach. W obecnej postaci zapis ten uniemożliwia zaoferowanie serwerów innego producenta niż firmy Dell.
2. Punkt 18. Diagnostyka, zamawiający wymaga, aby serwer posiadał na froncie obudowy, panel LCD do monitoringu. Tylko firma Dell posiada w swoich serwerach

takie rozwiązanie, co jednoznacznie wskazuje na ograniczanie konkurencji.

3. Punkt 19. Karta Zarządzania, zamawiający opisał kartę zarządzania w postaci jednoznacznie wskazującej na rozwiązanie jednego producenta, firmy Dell, postanowienia, jak wsparcie Ipv6, wsparcie dla Telnet, czy wysyłanie maili do administratora, łącznie są spełniane jedynie przez serwery firmy Dell.

Wprowadzając do opisów w/w parametry techniczne, zamawiający doprowadził do istotnego ograniczenia konkurencji. Umieszczenie w opisie tych urządzeń tak określonych rozwiązań i parametrów powoduje, że wyłącznie wykonawca, który współpracuje z tym producentem będzie w stanie złożyć ofertę. Takie opisanie urządzeń stanowi dyskryminację innych wykonawców.

W tym przypadku nie można uznać, iż występuje jednakowe traktowanie wykonawców oraz zachowanie uczciwej konkurencji, jeżeli zawarty opis przedmiotu zamówienia został określony w sposób wskazujący na konkretny produkt konkretnego producenta. Przepis art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga faktycznego wskazania, lecz uznaje za wystarczające uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji.

W przedmiotowej sprawie żaden z wykonawców-producentów oprócz Dell oraz dystrybutorów z nim współpracujących nie posiada w swej ofercie urządzeń o takich rozwiązaniach i parametrach technicznych, jak zostały wskazane, tym samym nikt oprócz dystrybutorów z nimi współpracujących nie jest w stanie złożyć oferty konkurencyjnej. Nie ulega wątpliwości, że w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający ma obowiązek unikania wszelkich parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób lub na konkretnego wykonawcę. Niewątpliwe posłużenie się przez zamawiającego tak ściśle określonymi rozwiązaniami i parametrami, które odpowiadają właściwościom wyrobów oferowanych przez jednego tylko producenta bez dopuszczenia żadnej tolerancji, stanowi wskazanie produktów tego właśnie producenta. Brak dopuszczenia tolerancji wskazuje wprost na określonego producenta i wyłącza z udziału w tym postępowaniu innych producentów tego typu sprzętu. Określenie tak ścisłych parametrów świadczy, iż analizowana treść SIWZ wyłącza inne wyroby, które posiadają zbliżone parametry i rozwiązania. Takie postanowienia SIWZ są niedopuszczalne i niczym nieuzasadnione.

W związku z powyższymi zarzutami, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu zmianę treści SIWZ na taką, aby umożliwić złożenie ofert wykonawcom oferującym inny sprzęt, niż pochodzący od producenta firmy Dell.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na rozprawie zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uznał zarzuty odwołania za nietrafne i niezasługujące na uwzględnienie.

Na wstępie wskazał, że odwołujący nie jest w stanie wykazać interesu, bowiem profil jego działalności - Prawo ipodatki, Usługi finansowe, Doradztwo finansowe, Doradztwo prawne - nie pozwala na przystąpienie do postępowania o udzielenie zamówienia (profil firmy niezwiązany z IT). Podniósł również, że brak zainteresowania odwołującego przetargiem przejawia się w postawionych zarzutach, wykazujących brak wiedzy w zakresie rozwiązań IT.

Podał, że wymagania dotyczące instalacji 16 dysków i wewnętrznego napędu optycznego spełnia serwer innej firmy, np. IBM X3650M4 (adres strony internetowej). Wymagania dotyczące odpowiedniej ilości slotów rozszerzeń spełniają również serwery innych firm, np. FSC (adres strony internetowej wraz z oryginalnym opisem Slot Notes). Odnośnie zabezpieczeń pamięci RAM, podał, że wymóg jest standardem, o ile wykorzystuje się pamięci DDR3. U różnych producentów technologia ta nazywa się inaczej, wskazał producentów stosujących wymagane technologie - HP, IBM również wspiera te technologie - rozwiązanie SBEC i Lockstep za pomocą technologii chipkill, którą stosuje także FSC. Technologię mirror i sparing posiadają (chyba) wszyscy producenci. Zabezpieczenie układu chłodzenia aktywnego stosują również inni producenci. Wskazał, że takie rozwiązania stosują wszyscy markowi producenci sprzętu, np. IBM (opis technologii w języku angielskim), również FSC - technologia Fan Prefailurt, (adres strony internetowej). Podniósł, że posiadanie przez wyspecyfikowane serwery wyświetlacza LCD podyktowane jest względami praktycznymi i dla każdej firmy posiadającej własne serwery jest to atut nie do podważenia. Podał, że takie rozwiązania posiada wiele firm, np. QNAP, DELL, TYAN, FSC i inni. Odnośnie karty zarządzania i obsługi podstawowego protokołu do zdalnego zarządzania kartą (telent), wskazał, że jest to wymóg zdecydowanie usprawniający zarządzanie serwerami w jednostkach oddalonych od siedziby zamawiającego. Przedstawione w SIWZ parametry dotyczące wbudowanych kart zarządzania spełnia wielu producentów, np. IBM, FSC, DELL, HP (adresy stron internetowych - IBM, HP). Odnośnie portów USB wskazał, że w SIWZ nie ma informacji, że porty mają być zintegrowane z płytą główną. Podał, że z jego wiedzy wynika, iż istnieją kontrolery na złączu PCI-Express posiadające porty USB, co sprawia, że wyspecyfikowana ilość portów USB jest jak najbardziej możliwa do wykonania, bez względu na producenta serwera.

Zamawiający oświadczył, że opracowując SIWZ miał na uwadze realne, własne potrzeby oraz względy mające na celu utrzymanie spójności zarządzania i serwisowania (zamawiający posiada pewne komponenty, jako niezbędne podczas awarii któregoś z opisanych urządzeń), z tego względu wyspecyfikowany sprzęt musi posiadać komponenty w konfiguracji przedstawionej w SIWZ. Dodatkowo wskazał na niezasadność odwołania z uwagi na fakt, że odwołujący wnosi głównie zastrzeżenia dotyczące konfiguracji zamawianych urządzeń. Tymczasem opis przedmiotu zamówienia, nie ograniczając uczciwej konkurencji, wskazuje komponenty niezbędne do budowy wyspecyfikowanych serwerów, które są dostępne dla kilku, jeśli nie dla wielu producentów, z których każdy posiada rozbudowaną sieć dystrybutorów oraz partnerów handlowych. Stwierdził, że odwołujący nie uwzględnił, iż opis przedmiotu zamówienia przedstawia minimalne warunki, zatem nie ma przeszkód, by wykonawca spełniając minimalne wymagania, oferował również sprzęt będący w swoich parametrach sprzętem o wyższych parametrach technicznych. Wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający złożył też pismo z 20 sierpnia 2012 r. - wyjaśnienia dotyczące treści SIWZ, zamieszczone na stronie internetowej w tym dniu, udzielone na zapytania jednego z wykonawców.

Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami zamawiającego, odwołujący ograniczył zakres odwołania:

Cofnął odwołanie w zakresie zarzutów:

I. Serwer Aplikacji (SAP): pkt 1 (obudowa), pkt 13 (bezpieczeństwo);

II. Serwer Baz Danych (SBD): pkt 3 (płyta główna), pkt 7 (porty), pkt 14 (bezpieczeństwo);

III. Serwer Aplikacyjno-Bazodanowy (SAB): pkt 3 (płyta główna), pkt 8 (porty), pkt 18 (bezpieczeństwo).

IV. Serwer SA: pkt 7 (gniazda PCI).

Podtrzymał odwołanie w zakresie zarzutów:

I. Serwer Aplikacji (SAP): pkt 3 (płyta główna - minimum 6 x PCI-Express x8 trzeciej generacji i 1 x PCI-Express x16 trzeciej generacji), pkt 7 (zabezpieczenia pamięci RAM - Memory Rank Sparing, Memory Mirror, SBEC, Lockstep), pkt 12 (chłodzenie - wymóg posiadania przez wentylatory funkcji ostrzegania przed awarią), pkt 14 (panel LCD umieszczony na froncie obudowy, umożliwiający wyświetlenie informacji o stanie procesora, pamięci, dysków, BIOS'u, zasilaniu oraz temperaturze), pkt 16 (karta zarządzania - wsparcie dla Ipv6, Telnet, wysyłanie do administratora maila z powiadomieniem o awarii lub zmianie konfiguracji sprzętowej) i pkt 17 (inne - możliwość wyposażenia serwera w redundantne, wewnętrzne karty SD).

II. Serwer Baz Danych (SBD): pkt 8 (zabezpieczenia pamięci RAM - Memory Rank Sparing, Memory Mirror, SBEC, Lockstep), pkt 13 (chłodzenie - wymóg posiadania przez wentylatory funkcji ostrzegania przed awarią), pkt 15 (inne - możliwość wyposażenia serwera w redundantne, wewnętrzne karty SD), pkt 16 (inne napędy i moduły - panel LCD umieszczony na froncie obudowy, umożliwiający wyświetlenie informacji o stanie procesora, pamięci, dysków, BIO'u, zasilaniu oraz temperaturze), pkt 18 (karta zarządzania - wsparcie dla Ipv6, Telnet, wysyłanie do administratora maila z powiadomieniem o awarii lub zmianie konfiguracji sprzętowej).

III. Serwer Aplikacyjno-Bazodanowy (SAB): pkt 5 (zabezpieczenia pamięci RAM - Memory Rank Sparing, Memory Mirror, SBEC, Lockstep), pkt 13 (chłodzenie - wymóg posiadania przez wentylatory funkcji ostrzegania przed awarią), pkt 14 (inne napędy i moduły - panel LCD umieszczony na froncie obudowy, umożliwiający wyświetlenie informacji o stanie procesora, pamięci, dysków, BIOS'u, zasilaniu oraz temperaturze), pkt 16 (karta zarządzania - wsparcie dla Ipv6, Telnet, wysyłanie do administratora maila z powiadomieniem o awarii lub zmianie konfiguracji sprzętowej), pkt 19 (inne - możliwość wyposażenia serwera w redundantne, wewnętrzne karty SD).

IV. Serwer SA: pkt 18 (diagnostyka - panel LCD umieszczony na froncie obudowy, umożliwiający wyświetlenie informacji o stanie procesora, pamięci, dysków, BIOS'u, zasilaniu oraz temperaturze), pkt 19 (karta zarządzania - wsparcie dla Ipv6, Telnet, wysyłanie do administratora maila z powiadomieniem o awarii lub zmianie konfiguracji sprzętowej).

Odwołujący podtrzymał więc odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących 6 parametrów: 1) płyta główna - minimum 6 x PCI-Express x8 trzeciej generacji i 1 x PCI-Express x16 trzeciej generacji 2) zabezpieczenia pamięci RAM - Memory Rank Sparing, Memory Mirror, SBEC, Lockstep; 3) chłodzenie - posiadanie przez wentylatory funkcji ostrzegania przed awarią; 4) inne - możliwość wyposażenia serwera w redundantne, wewnętrzne karty SD; 5) inne napędy i moduły - panel LCD umieszczony na froncie obudowy, umożliwiający wyświetlenie informacji o stanie procesora, pamięci, dysków, BIOS'u, zasilaniu oraz temperaturze; 6) karta zarządzania - wsparcie dla Ipv6, Telnet, wysyłanie do administratora maila z powiadomieniem o awarii lub zmianie konfiguracji sprzętowej.

Odwołujący złożył wydruk ze strony internetowej Dell w języku angielskim wraz z dokonany przez siebie tłumaczeniem na język polski (str. 9, 10, 11, 16, 17, 19, 26, 48-49), wyjaśniając przy tym, że na str. 10 podano PCIe moduł R720 - 7 slotów, w tym 1x16 oraz dwa po 3x8, co w porównaniu z opisem 7 PCIe 3.0 (str. 9 czternasty wiersz od góry), wskazuje, że opis zawarty w specyfikacji technicznej zamawiającego (płyta główna l. pkt 3, dwa ostatnie wiersze), przeniesiony jest z tego opracowania. Na str. 10 podano

odnośnie R720 opis - wewnętrzne dualne moduły SD, co ma odniesienie do I. pkt17 specyfikacji technicznej, gdzie zamawiający wskazał możliwość zainstalowania wewnętrznego modułu z redundantnymi kartami SD. Na str. 16 i 17 wskazano panel kontrolny LCD, co odnosi się do określenia w I. pkt14 specyfikacji technicznej. Odwołujący wyjaśnił, że powyższe opisy, z powołaniem się na instrukcję Dell dotyczą wskazanych trzech punktów.

Odnośnie odpowiedzi na odwołanie odwołujący podał, że zamawiający przedstawił rozwiązania spełniające wymagania pojedynczych opisów SIWZ, natomiast nie podał jednego modelu serwera, który spełniałby łącznie wszystkie wymagania specyfikacji. Podniósł ponadto, że w odpowiedzi podał linki do stron internetowych, jednakże z odpowiedzi nie wynika potwierdzenie, iż wskazane w piśmie opisy techniczne dotyczące określonych podmiotów, odpowiadają wymaganiom specyfikacji. Uznał, że w rzeczywistości stanowisko zamawiającego oparte jest wyłącznie na jego oświadczeniach. Pełnomocnik odwołującego, będący jednocześnie pracownikiem HP wyjaśnił, że w istocie producent nie ma zabezpieczenia pamięci RAM memory mirror. Fujitsu może mieć cztery poziomy zabezpieczenia pamięci RAM, nie spełnia innych wymagań np. w postaci slotów PCI.

Wobec wniosku składu orzekającego o sprecyzowanie zakresu żądania, co do rozstrzygnięcia odwołania, odwołujący wniósł, by w specyfikacji technicznej pominąć lub zastąpić kwestionowane opisy następująco: 1) płyta główna: 7 slotów zastąpić 5 slotów PCI-Express generacji 3.0; zdaniem odwołującego, różnica 2 slotów jest nieistotna z punktu widzenia IT, przekonanie to wywiódł z analizy rynku, nie spotkał się by używano więcej niż 5 slotów, wyjaśniając przy tym, że w zasadzie chodzi mu o dopuszczenie do udziału innych producentów (Fujitsu, IBM, HP); 2) zabezpieczenia pamięci RAM - wykreślić poziom memory mirror; 3) chłodzenie - wykreślić funkcję ostrzegania przed awarią, która sygnalizuje mogącą wystąpić awarię; uznał, że ostrzeżenie może przejawiać się np. w postaci świecącej diody (wyświetlany komunikat). Stwierdził, że przy rezygnacji z funkcji ostrzegania o ewentualnej awarii, informację tę można uzyskać z karty zarządzającej, z tym, że karta zarządzająca potwierdza wystąpienie awarii, a nie stanowi jej zapowiedzi; 4) obok określenia panel LCD, dodać określenie lub LED (rodzaj diody świetlnej), wskazał, że funkcji LCD nie ma IBM, co do Fujitsu nie miał zdania; 5) wykreślić wsparcie dla - IPv6, Telnet oraz wysyłanie do administratora maila z powiadomieniem (...), w to miejsce wpisać: wysyłanie maili do administratora przez kartę zarządzającą lub oprogramowanie producenta serwera; 6) zastąpić redundantne karty SD, wewnętrzną kartą SD.

Zamawiający przedstawił na rozprawie następujące stanowisko. Wyjaśnił, że nie tworzy nowej struktury, gdyż przedmiotem postępowania na zlecenie zarządzającego systemem, tj. Departamentu Informatyzacji i Rejestrów Sądowych Ministerstwa Sprawiedliwości, jest wymiana sprzętu komputerowego w Wydziałach Ksiąg Wieczystych Sądów Rejonowych, zakupionego w ramach projektu Phare2003. Zarządzający systemem pozostawił zamawiającemu sprawę do rozpoznania, ale przekazał specyfikację techniczną określającą niezbędne wymagania dla sprzętu użytkowanego w systemie Nowa Księga Wieczysta (zalecenie wpłynęło do zamawiającego w dniu 2 maja 2012 r.). Zamawiający oświadczył, że na podstawie przekazanej specyfikacji technicznej, sporządził opis przedmiotu zamówienia, w tym specyfikację techniczną sprzętu, stanowiącą załącznik nr 5 do SIWZ. Potwierdził, że parametry kwestionowane przez odwołującego są to parametry graniczne określone przez Ministerstwo Sprawiedliwości.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem odwołującego, co do wnioskowanych zmian SIWZ, gdyż w ramach swojego rozeznania ustalił:

I. Serwer Aplikacji (SAP): 1) płyta główna - ilość slotów -wymagania spełnia również Fujitsu Siemens Computers Rx300 (FSC), wymóg nie ogranicza konkurencji, ponieważ można zaoferować rozwiązanie alternatywne przy zachowaniu konkretnych parametrów technicznych. Podkreślił, że specyfikacja techniczna określa wyłącznie warunki minimalne; 2)zabezpieczenia pamięci RAM, zamawiający wyjaśnił, że wymagania, co do poziomu zabezpieczeń spełniają następujący producenci, tj. HP i IBM, okazał wydruk ze strony internetowej producenta HP, który oferuje wszystkie cztery poziomy zabezpieczeń równocześnie, przy zastosowaniu trochę innych nazw niż przyjął to zamawiający;3) chłodzenie: zamawiający ustalił na podstawie analizy rynku, że są co najmniej dwaj producenci, którzy spełniają wymóg, tj. Dell i Fujitsu; 4) inne napędy i moduły, panel LCD, zamawiający ustalił, iż co najmniej czterech producentów podanych na str. 3 pisma (odpowiedź na odwołanie) spełnia ten wymóg; 5) karta zarządzania: na podstawie informacji uzyskanych ze stron internetowych wskazał czterech producentów, którzy spełniają wymóg; 6) wyposażenie w redundantne karty SD: na pytanie jednego z wykonawców zamawiający wyjaśnił, że dopuszcza inne rozwiązanie z tego względu, że nie ogranicza to możliwości w zakresie funkcjonalnym.

II. Serwer Baz Danych (SBD): do zabezpieczenia pamięci RAM, chłodzenia, innych (pkt 15) oraz pkt 16 zamawiający odwołał się do wyjaśnień z pkt I. Odnośnie pkt 18 zamawiający podał, że występuje więcej producentów w zakresie dwóch rodzajów wsparcia oraz wysyłania maili do administratora (ustalił, że obok Dell są chociażby tacy producenci jak: IBM i HP). W odpowiedzi na odwołanie na str. 3, zamawiający wskazał strony internetowe IBM iHP, z których uzyskał informacje.

III. Serwer Aplikacyjno-Bazodanowy (SAB): zamawiający wyjaśnił, że: wymagania pkt 5, 13 z pewnością spełniają - IBM i Fujitsu (nie ma wiedzy, czy również HP), pkt 14 wymagania spełniają Qnap, Dell, Tyan, Fujitsu. Zamawiający podniósł, że informacje, które przedstawił, są to informacje uzyskane na podstawie szybkiego wyszukiwania w Internecie i są wyniki, które wskazują przyjęte rozwiązania. Podkreślił natomiast, że ma pełną świadomość, iż rozwiązania techniczne przyjęte w specyfikacji, nie są rozwiązaniami incydentalnymi na rynku. Jednocześnie zamawiający wskazał, że jeden z wykonawców niebędący producentem, który zadał pytanie dotyczące specyfikacji technicznej, jest w stanie dostarczyć sprzęt różnych marek (okazał potwierdzenie w formie pisemnej).W zakresie pkt 16 karta zarządzania, zamawiający wskazał str. 3 odpowiedzi na odwołanie - opis dotyczący karty zarządzania, odnośnie pkt 18 bezpieczeństwo, wskazał str. 3 odpowiedzi na odwołanie - IBM, HP, pkt 19 inne, odwołał się do wyjaśnienia specyfikacji, pytanie i odpowiedź nr 3).

IV. Serwer SA: zamawiający wyjaśnił odnośnie pkt 18, że znalazł producentów alternatywnych, wskazał odpowiedź na odwołanie, str. 3, z której wynika, że jest co najmniej 4 producentów. Odnośnie pkt 19 zamawiający podał, że w zakresie karty zarządzania przedstawił swoje stanowisko w odpowiedzi na odwołanie, str. 3 - wyszczególnienie wykonawców IBM i HP).

Zamawiający ponownie podniósł, że w jego ocenie, brak jest interesu po stronie odwołującego w ubieganiu się o zamówienie, bowiem profil prowadzonej działalności nie odpowiada przedmiotowi prowadzonego postępowania. Złożył wydruk ze strony internetowej GUS'u według stanu na dzień 21 sierpnia 2012 r. „REGON” dotyczący danych odwołującego związanych z wpisem w tym rejestrze.

Stwierdził, że brak jest podstaw do przyznania racji odwołującemu, co do wykreślenia opisów technicznych sprzętu i/lub zastąpienia ich innymi z tego tytułu, że wnioskowana zmiana obniżyłaby bezpieczeństwo rozwiązania i jego funkcjonalność. Wskazał, że posiada komponenty z dotychczasowych serwerów, jak również nowe komponenty i serwery. Podniósł, że dysponuje wyłącznie zamkniętymi serwerowniami z dużym poziomem zabezpieczeń, w związku z tym opisał niezbędne wymagania na minimalnym poziomie w celu zachowania konkurencji. Wskazał, że zbieżność opisu z danymi Dell, nie stanowi utrudnienia, gdyż opis zamieszczony w specyfikacji dotyczy minimalnych wymagań. Nie określił również w sztywny sposób granicy parametrów, tzn. nie wskazał, że tylko i wyłącznie konkretny parametr ma być zachowany. Dopuszczył również opcyjnie rozwiązania, przez wskazanie parametru, do którego wymagane jest funkcjonowanie systemu.

Odnosnie płyty głównej (I. pkt3) - ilość slotów, zamawiający wyjaśnił, że z żądanych minimum 7 slotów z prędkością x8 generacji 3.0, niezbędne jest 6. W tym zakresie zamawiający udzielił wyjaśnienia pismem z dnia 20 sierpnia 2012 r. (odpowiedź nr 2) dopuszczając zmniejszenie ilości, ale nie w granicach wnioskowanych przez odwołującego.

Pkt 14 panel LCD. Zamawiający stwierdził, że nie jest możliwe wykreślenie LCD i zastąpienie w konsekwencji LED, z tego względu, że dla zamawiającego istotna jest prezentacja graficzna, której nie oferuje LED. LCD jako grafika, w sposób dokładny określa stan serwera i ewentualne problemy z nim występujące. Dioda świetlna (LED) jedynie sygnalizuje niewłaściwy stan serwera, co wymaga dalszego diagnozowania przyczyn.

Uznał za niemożliwą rezygnację z poziomu memory mirror (pkt 7), twierdząc, że jest to jedno z głównych zabezpieczeń i najlepszych w zakresie ciągłości działania pamięci bez utraty danych. Wskazał na wymóg wysokiego stopnia zabezpieczenia, a także fakt, że informacje dotyczące: Ksiąg Wieczystych, KRS, RZ (Rejestru Zastawów), Portalu Orzeczeń - wymagane są w zakresie szerokiej dostępności. Zamawiający podniósł, że ze względu na koszty budowy sieci SAN, której nie posiada, niezbędne jest zabezpieczenie serwerów do funkcjonowania w sposób bezawaryjny i nieprzerwany. Serwery nie są serwerami lokalnymi, lecz powiązane są zarówno z Ministerstwem Sprawiedliwości, jak i innymi sądami rejonowymi. Podkreślił, że jednostki organizacyjne, których dotyczy zamówienie nie są obsługiwane przez informatyków, zatem sprzęt wymagania zawodności.

Pkt 12 funkcja ostrzegania przed awarią. Zamawiający podał, że funkcja ta jest istotna z uwagi, iż sądy nie posiadają nowych lokalizacji dla nich dedykowanych, lecz dla ich potrzeb przystosowane są stare budynki ze zbyt małymi pomieszczeniami. Ze względu na pracę serwerów często w wysokich temperaturach wskazał na niezbędność funkcji ostrzegania przed awarią.

Pkt 16 karta zarządzania, wskazał, że wysyłanie maili jest najszybszym sposobem kontaktu, natomiast wsparcie Ipv6 stosowane jest od roku u zamawiającego, zaś wsparcie Telnet stanowi możliwość łatwego i przejrzystego zarządzania.

Pkt 17, zamawiający stwierdził, że nie może pozwolić na zastąpienie wymogu modułu z redundantnymi kartami jedną kartą, ryzykując, że jeden punkt może ulec awarii.

Zamawiający podkreślił, że parametry skonstruowane przy uwzględnieniu potrzeb zamawiającego, nie naruszają konkurencji i w ocenie zamawiającego, jest wiele firm producenckich, które mogą wykonać zamówienie. Podkreślił szczególny wymóg w zakresie bezpieczeństwa i funkcjonalności systemu.

Pełnomocnik zamawiającego, członek komisji przetargowej, odpowiedzialny za techniczną stronę specyfikacji oświadczył, że przygotował załącznik nr 5 do SIWZ w całości, wprowadzając rozwiązania uwzględniające niezbędne i realne potrzeby zamawiającego. Opis był efektem obserwacji technologii wielu producentów (m.in. QNAP, DELL).

W ocenie Izby, słuszny jest zarzut zamawiającego, co do podstaw kwestionowania postanowień SIWZ wobec wątpliwego interesu w uzyskaniu zamówienia przez odwołującego. Przepis art. 179 ust. 1 Pzp stanowi, że odwołanie przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Szeroko rozumiany interes w uzyskaniu zamówienia nie jest wystarczającą przesłanką legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, niezbędne jest wykazanie w koniunkcji z interesem, poniesienia lub możliwość poniesienia szkody (majątkowej) w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący, nie kwestionując zarzutu zamawiającego o braku powiązania profilu działalności z IT, a tym samym interesu w uzyskaniu zamówienia, potwierdził w toku składania wyjaśnień, że nie jest w stanie samodzielnie ubiegać się o uzyskanie zamówienia (nie jest producentem ani dystrybutorem zamawianych serwerów). Odwołujący wniósł odwołanie samodzielnie i wyłącznie we własnym imieniu. Żądania, co do rozstrzygnięcia odwołania sformułował w odwołaniu nie w swoim interesie, lecz *Wykonawców oferujących inny sprzęt, niż pochodzący od producenta firmy Dell*, na rozprawie wskazał, że *w zasadzie chodzi mu o dopuszczenie do udziału innych producentów (Fujitsu, IBM, HP)*. Interes, o którym stanowi wskazany przepis oceniany jest na dzień wniesienia odwołania. Zatem, możliwość poniesienia szkody przez odwołującego, oceniana na dzień wniesienia odwołania, jest wyłącznie hipotetyczna.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów zmodyfikowanych na rozprawie (art. 192 ust. 7 Pzp), mając na uwadze, że przy wydawaniu wyroku Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust. 2 Pzp oraz zgodnie z zasadą kontradiktoryjności (art. 190 ust. 1 Pzp), strony postępowania odwoławczego są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (również o tej treści art. 6 k.c.).

Uwzględniając powyższe, Izba miała na uwadze, że ciężar udowodnienia naruszenia zasady uczciwej konkurencji wyrażonej we wskazanym w odwołaniu art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 Pzp, a

konkretnie udowodnienie okoliczności faktycznych, które pozwolą stwierdzić takie naruszenie, spoczywa na odwołującym. Przepis stanowiący nie o utrudnianiu uczciwej konkurencji, ale o możliwości jej utrudniania, nie zmienia zasady rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym. Treść przepisu nie tworzy domniemania, że każdy opis przedmiotu zamówienia winien być uznawany za opis naruszający dyspozycję przepisu, dopóki zamawiający nie udowodni, że jest inaczej, nie następuje więc przerzucenie ciężaru dowodzenia okoliczności przeciwnych na zamawiającego. Przepis art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga pełnego udowodnienia utrudnienia uczciwej konkurencji, ale wystarczające jest udowodnienie realnego prawdopodobieństwa utrudnienia. Powyższe, znaczące osłabienie celu dowodowego nie oznacza jednak braku obowiązku udowodnienia okoliczności, które przepis wskazuje. Prawdopodobieństwo utrudnienia uczciwej konkurencji musi być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane. W szczególności, dla wykazania powyższego nie jest wystarczające samo podniesienie, że opis utrudnia uczciwą konkurencję. Fakt, że na rynku występują wykonawcy nie produkujący danego przedmiotu lub dla których jego realizacja jest utrudniona czy nie opłacalna, nie przesądza o możliwości naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia takiego naruszenia niezbędne jest zbadanie i ocena, co najmniej kilku okoliczności związanych z danym zamówieniem, w szczególności takich jak kształt rynku, którego zamówienie dotyczy oraz skutki ograniczenia konkurencji dla ilości potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o uzyskanie zamówienia, i z drugiej strony waga potrzeb zamawiającego, których realizacji takie ograniczenie służy (wyrok Izby z dnia 24 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 318/12).

Przenosząc argumentację na grunt ocenianego stanu faktycznego oraz mając na uwadze, że odwołujący złożył oświadczenia, wyjaśnienia pełnomocników oraz powołał się na informacje uzyskane ze strony internetowej producenta, Izba uznała, iż odwołujący nie przedstawił dowodu, w rozumieniu art. 190 ust. 3 Pzp, na potwierdzenie, że inni producenci, których wskazał formułując żądania, co o rozstrzygnięcia odwołania, nie są w stanie złożyć ofert w postępowaniu, ze względu na opis parametrów zamieszczony w SIWZ. Z wydruku ze strony internetowej Dell, z części wskazanej na rozprawie, dotyczącej opisu serwera R720 (7 PCIe 3.0, z wewnętrznymi dualnymi modułami SD oraz panelem kontrolnym LCD), wynika zbieżność z opisem zamieszczonym w specyfikacji technicznej, nie wynika natomiast, że parametry techniczne nie mogą być zaoferowane przez innych producentów (wykonawców).

Zamawiający podał, że tworząc specyfikację techniczną korzystał ze wskazań resortu, rozeznania rynku oraz rozwiązań technologicznych producentów sprzętu.

Oceniając merytorycznie zarzuty odwołania, Izba miała na uwadze, że określenie przedmiotu zamówienia jest zarówno obowiązkiem, jak i uprawnieniem zamawiającego. Opisanie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny z zachowaniem ustawowych zasad, ma przede wszystkim pozwalać na dokonanie zakupu zgodnego z obiektywnymi potrzebami zamawiającego, gwarantować uczciwą konkurencję między podmiotami, co nie musi być równoznaczne ze sformułowaniem wymagań technicznych w sposób pozwalający na ich spełnienie przez wszystkie podmioty działające w danej branży. Zamawiający ma prawo do takiego sformułowania swoich wymagań, by móc wybrać ofertę najlepiej odpowiadającą jego, często specyficznym, potrzebom.

Okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez odwołującego, czy nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania zamawiającego i nie mogą tego produktu zaoferować oraz, że wymagania techniczne są trudne do spełnienia przez niektórych wykonawców, nie wskazuje na utrudnienie uczciwej konkurencji, skoro na rynku funkcjonują podmioty działające w danej branży, mogące brać udział w postępowaniu, czemu odwołujący nie zaprzeczył w skuteczny sposób.

Określenie wymagań na sprzęt komputerowy przez opisanie minimalnych parametrów technicznych nie stoi w sprzeczności z przepisami art. 29 ust. 2 Pzp i nie może być traktowane, jako ograniczenie konkurencji. Przyjmuje się dopuszczalność opisów technicznych odpowiadających wymaganiom zamawiającego, np. w zakresie mikroprocesora, elementów składowych, jak RAM, sloty, wymagania graficzne (karty graficzne) itp., a także innych, o ile zamawiający uzasadni, że takie minimalne parametry są niezbędne.

Zamawiający uzasadnił niezbędność parametrów, m.in. rodzajem zamówienia, obowiązkiem zapewnienia szczególnych potrzeb Sądu Apelacyjnego i 13 sądów rejonowych obszaru apelacji łódzkiej, wymogiem zarządzania serwerami w jednostkach oddalonych od siedziby zamawiającego, utrzymaniem spójności zarządzania i serwisowania, a w szczególności koniecznością wysokiego stopnia zabezpieczenia i funkcjonalności, m.in. szerokiej dostępności informacji dotyczących: Ksiąg Wieczystych, KRS, RZ (Rejestru Zastawów), Portalu Orzeczeń.

Odwołujący nie zakwestionował uzasadnienia zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: