

**WYROK**

**z dnia 18 lipca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Rams**

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 lipca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 czerwca 2014 r.** przez wykonawcę **Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa klastra serwerów obliczeniowych na potrzeby realizacji projektu Centrum Doskonałości Naukowej Infrastruktury Wytwarzania Aplikacji* prowadzonym przez zamawiającego Politechnikę Gdańską

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego tj. **Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2 zasądza od odwołującego Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. na rzecz zamawiającego kwotę 765 zł 00 gr (siedemset sześćdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosowanie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907, 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 Gdańsku.

**Przewodniczący:**

.....

## UZASADNIENIE

W dniu 27 czerwca 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (dalej „**Odwolujący**”) zarzucając naruszenie przez Zamawiającego art. 7 i art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) (dalej „**ustawa Pzp**” lub „**Pzp**”) poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem technologii, które nie są dostępne na rynku, a także określenie nadmiernych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego.

W uzasadnieniu swoich zarzutów, Odwołujący wskazał, że w części opisującej przedmiot zamówienia (Załącznik nr 8 do SIWZ), Zamawiający w pkt 6.1.3, 6.1.7 (str. 6-8 Załącznika), sformułował wymagania w zakresie konfiguracji sprzętowej klastra. W szczególności, Zamawiający zawarł tam następujące wymagania:

„6.1.3. Procesor zawierający zintegrowany kontroler pamięci RAM, wykonujący operacje 64-bitowe, o architekturze AMD64 lub EM64T. (...)

6.1.7. Pamięć RAM:

- a) o standardzie o co najmniej DDR4 lub nowszym,
- b) o szybkości 2133 MT/s lub większej,
- c) standardzie o co najmniej DDR4 lub nowszym,
- d) o napięciu zasilania nie większym niż 1,2 V,
- e) zalecana przez producenta procesora do zaoferowanego modelu procesora,
- f) moduły pamięci muszą być wyposażone w mechanizm korekcji błędnych bitów,
- g) o takich parametrach, w liczbie modułów i konfiguracji, aby zapewnić optymalne warunki do uzyskiwania najwyższej wydajności pracy pamięci przy danej pojemności.

Odwolujący wskazał, że zgodnie z dostępnymi dla niego informacjami, na rynku istnieje tylko dwóch producentów procesorów o architekturze AMD64 lub EM64T, którzy dostarczają procesory do rozwiązań klastrów serwerowych o oczekiwanej przez Zamawiającego mocy obliczeniowej, tj. firma AMD i INTEL. Obecnie żaden z procesorów produkowanych przez tych producentów nie współpracuje z pamięciami RAM standardzie DDR4. Dopuszczone do sprzedaży procesory obsługują pamięci RAM wyłącznie w standardzie DDR3, który jest

najwyższym dostępnym na rynku ogólnosiwiatowym standardem pamięci RAM. Tym samym, nie są dostępne serwery (platformy serwerowe), które spełniałyby wszystkie wymagania określone w SIWZ i mógłby być zaoferowane w niniejszym postępowaniu przetargowym. Odwołujący podkreślił, że brak jest również możliwości spełnienia wymagania określonego w pkt. 6.1.7 ppkt e Załącznika nr 8 do SIWZ, tj. w przypadku zaoferowania pamięci RAM w standardzie DDR4, pamięć taka nie będzie obsługiwana przez procesory INTEL i AMD, a tym samym pamięć DDR4 nie będzie mogła być zalecana przez producenta procesora do zaoferowanego modelu procesora. Biorąc powyższe pod uwagę, Odwołujący wniósł o zmianę lub modyfikację wymagania określonego w pkt 6.1.7 ppkt a, b, c, d poprzez zmianę standardu pamięci RAM na DDR3 lub nowszy, jej szybkości na 1,866 MT/s (maksymalna szybkość pamięci RAM standardu DDR3) oraz jej napięcia zasilania na nie większy niż 1,5 V.

W dniu 17 lipca 2014 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

***Izba ustaliła co następuje:***

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) SIWZ na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia; (ii) oświadczenie firmy AMD z dnia 14 kwietnia 2014 r. oraz NTT System z dnia 11 lipca 2014 r. na okoliczność ustalenia, iż procesory obsługujące pamięć DDR4 nie są obecnie oferowane w sprzedaży (iii) wydruk ze strony internetowej firmy INTEL na okoliczność wykazania jakie procesory firma INTEL Corporation posiada w sprzedaży; (iv) wydruk ze strony internetowej firmy AMD na okoliczność wykazania jakie procesory firma AMD posiada w sprzedaży; (v) publikacje prasowe zawartych w treści odpowiedzi na odwołanie tj. wydruk ze strony internetowej [www.benchmark.pl](http://www.benchmark.pl) z dnia 4 stycznia 2011 r., wydruk ze strony internetowej [www.pclab.pl](http://www.pclab.pl) z dnia 30 sierpnia 2013 r., wydruk ze strony internetowej [crucial.com](http://crucial.com), wydruk ze strony internetowej [benchmark.pl](http://benchmark.pl), wydruk ze strony internetowej PLGrid potwierdzający termin spotkań, wydruk ze strony internetowej [www.top500.org](http://www.top500.org), fragment opisu technicznego zawartego w studium wykonalności projektu CD NIWA - na okoliczność wykazania, że pamięć RAM w standardzie DDR4 została wyprodukowana.

Na podstawie powyższych dokumentów, Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy Pzp o udzielenie zamówienia pn. Dostawa klastra serwerów obliczeniowych na potrzeby realizacji projektu Centrum Doskonałości Naukowej Infrastruktury Wytworzenia Aplikacji (CD NIWA). Zamawiający w pkt 6.1.3, 6.1.7 (str. 6-8 Załącznika nr 8), sformułował wymagania w zakresie

konfiguracji sprzętowej klastra. W szczególności, Zamawiający zawarł tam następujące wymagania:

„6.1.3. Procesor zawierający zintegrowany kontroler pamięci RAM, wykonujący operacje 64-bitowe, o architekturze AMD64 lub EM64T (...)

6.1.7. Pamięć RAM:

- a) o standardzie o co najmniej DDR4 lub nowszym,
- b) o szybkości 2133 MT/s lub większej,
- c) standardzie o co najmniej DDR4 lub nowszym,
- d) o napięciu zasilania nie większym niż 1,2 V,
- e) zalecana przez producenta procesora do zaoferowanego modelu procesora,
- f) moduły pamięci muszą być wyposażone w mechanizm korekcji błędnych bitów,
- g) o takich parametrach, w liczbie modułów i konfiguracji, aby zapewnić optymalne warunki do uzyskiwania najwyższej wydajności pracy pamięci przy danej pojemności.

***Izba zważyła co następuje:***

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została spełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 1 Pzp, a Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba stwierdziła, że w odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym w ocenie Izby wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić.

Odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności, Izba wskazuje, że podczas posiedzenia z udziałem stron poprzedzającego rozprawę Odwołujący cofnął, składając oświadczenie do protokołu, zarzut zawarty w treści odwołania, w którym Odwołujący wskazał, że „*brak jest również możliwości*

*spełnienia wymagania określonego w pkt. 6.1.7 ppkt. e Załącznika nr 8 do SIWZ, tj. w przypadku zaoferowania pamięci RAM w standardzie DDR4, pamięć taka nie będzie obsługiwana przez procesory INTEL i AMD, a tym samym pamięć DDR4 nie będzie mogła być zalecana przez producenta procesora do zaoferowanego modelu procesora”, co w ocenie Odwołującego stanowiło naruszenie art. 7 oraz art. 29 ustawy Pzp.*

W związku z powyższą czynnością Odwołującego przedmiotem sporu pomiędzy stronami pozostawał zarzut Odwołującego, w którym zarzucił on Zamawiającemu naruszenie art. 7 oraz art. 29 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem technologii, które nie są dostępne na rynku.

Na wstępie Izba zaznacza, że nie ulega wątpliwości, że określenie wymaganych i koniecznych parametrów przedmiotu zamówienia jest zawsze decyzją zamawiającego. Przedmiot zamówienia winien być tak opisany, by odzwierciedlał rzeczywiste i racjonalne potrzeby zamawiającego. Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób, z którego wynika, iż jego potrzebę spełni produkt implementujący nowoczesne rozwiązania technologiczne, adekwatne do celów jakim ma służyć. Fakt, że nie wszyscy wykonawcy będą mogli złożyć ofertę, bo nie spełniają wymogów określonych przez zamawiającego nie stanowi jeszcze o naruszeniu konkurencji. Stosowanie przepisów ustawy Pzp nie może prowadzić do narzucania zamawiającemu zakupów, które nie odzwierciedlają jego potrzeb i ograniczają zakres swobody w podejmowaniu decyzji związanych z działalnością zamawiającego. Izba stoi na stanowisku, że prawo zamówień publicznych nie powinno być stosowane i interpretowane jedynie przez pryzmat pojmowanej absolutnie zasady równej konkurencji, a oderwaniu od innego celu jakim jest dokonywanie racjonalnych i celowych zakupów.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący przedstawił jeden argument na poparcie zarzutu naruszenia art. 29 ustawy Pzp – argument ten sprowadzał się do twierdzenie, że obecnie na rynku nie ma w masowej sprzedaży procesorów obsługujących pamięć RAM w standardzie DDR4, w konsekwencji wykonawcy nie mogą złożyć ofert w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba uznała, że powyższe twierdzenia Odwołującego nie zostało udowodnione. Na podstawie przedłożonych dowodów, Izba może co najwyżej stwierdzić, że Odwołujący nie może złożyć oferty w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, fakt ten jednak nie stanowi o naruszeniu ustawy Pzp. Jak wielokrotnie podkreślała Krajowa Izba Odwoławcza okoliczność, że dany wykonawca nie dysponuje produktem spełniającym wymagania zamawiającego zawarte w SIWZ lub też, że wymagania te są trudne do spełnienia przez niektórych

wykonawców nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób naruszający lub utrudniający uczciwą konkurencję. W niniejszym postępowaniu Odwołujący dokonał analizy wymagań określonych w SIWZ w świetle własnych możliwości. Jednakże z faktu, że Odwołujący nie ma dostępu do odpowiedniego procesora nie można wywodzić, że na rynku nie ma wykonawców mogących zaoferować Zamawiającemu produkt spełniający jego oczekiwania. Warunkiem naruszenia konkurencji jest taki opis przedmiotu zamówienia, który z góry uniemożliwia wszystkim lub grupie wykonawców udział w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że powyższy warunek został spełniony. Odwołujący nie wykazał, że poprzez wprowadzenie wymogu procesora obsługującego pamięć RAM w standardzie DDR4 Zamawiający uniemożliwił wszystkim wykonawcom lub określonej grupie złożenie oferty w postępowaniu przetargowy.

Na potwierdzenie zarzutu braku dostępności w masowej sprzedaży procesorów obsługujących pamięć RAM w standardzie DDR4 Odwołujący przedłożył oświadczenie firmy AMD z dnia 14 kwietnia 2014 r. oraz oświadczenie firmy NTT System z dnia 11 lipca 2014 r. Izba zauważa, że świadczenie złożone przez firmę AMD zostało datowane na dzień 14 kwietnia 2014 r. czyli od daty jego wystawienia do dnia wszczęcia postępowania odwoławczego upłynęło ponad 3 miesiące. Z tego też względu, co podkreślił Zamawiający, wartość dowodowa przedłożonego dokumentu jest ograniczona, gdyż nie przedstawia ono aktualnej sytuacji firmy ADM. Ponadto, oświadczenie to zawiera wyłącznie informacje z jakimi typami pamięci współpracują procesory serwerowe oferowane przez spółkę ADM. W przedłożonym oświadczeniu nie ma żadnego stwierdzenia, że procesory obsługujące pamięć w standardzie DDR4 nie są dostępne wykonawcom działającym w branży. Co do oświadczenia firmy NTT System potwierdza ono jedynie, że firma NTT System nie ma dostępu do procesora obsługującego pamięć w standardzie DDR4. Jednakże oświadczenie to nie może stanowić samodzielnej podstawy do przyjęcia, że procesory obsługujące pamięć RAM w standardzie DDR4 nie są w ogóle dostępne wykonawcom działającym w branży. Zaprzeczają temu chociażby przedłożone przez Zamawiającego branżowe informacje prasowe.

Co do dowodu Odwołującego w postaci wydruków ze strony internetowej firmy Intel Corporation oraz AMD, w ocenie Izby wydruki ze stron internetowych mają charakter czysto marketingowy. Fakt, że na odpowiednich stronach internetowych powyższych producentów nie zostały zamieszczone informacje o sprzedaży procesorów obsługujących pamięć RAM w standardzie DDR4, nie oznacza, że nie są one dostępne wykonawcom operującym w branży. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie oświadczenia firmy Intel Corporation, że nie posiada ona w sprzedaży procesora wymaganego przez Zamawiającego. W ocenie Izby, nie

można wykluczyć, że produkt taki może być sprzedawany w ramach indywidualnych negocjacji z danym przedsiębiorcą, na co wskazał Zamawiający. To, że Odwołujący nie ma takiej możliwości, nie stanowi o naruszeniu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Nie jest bowiem obowiązkiem Zamawiającego takie określenie wymagań technicznych przedmiotu zamówienia, aby każdy z wykonawców miał równy dostęp do danego rozwiązania technicznego.

W ocenie Izby Zamawiający w sposób logiczny i spójny wyjaśnił, że oczekiwane przez niego rozwiązania technologiczne są dostępne na rynku, a fakt, że nie są one w masowej sprzedaży jest bezprzedmiotowy. Zamawiający nie może bowiem opisywać swoich potrzeb kierując się analizą co jest dostępne dla wszystkich wykonawców na rynku. Prawem Zamawiającego jest opis przedmiot zamówienia z uwzględnieniem swoich potrzeb. W tym zakresie, Zamawiający w sposób zasadny wyjaśnił potrzebę zakupu platformy serwerowej z procesorem obsługującym pamięć RAM w standardzie DDR4. Zamawiający wskazał, że po pierwsze, że instytucją badawczą prowadzącą innowacyjne badania, wymagające dostępności do najnowszych technologii. Po drugie, Zamawiający wskazał, że nie wymaga nierealnego, abstrakcyjnego rozwiązania, gdyż według informacji przekazanych mu przez producentów (Fujitsu, Supermicro, BULL, HP, SGI, INTEL, IBM) podczas konferencji naukowych oraz w ramach realizacji projektu PLGrid i PLGrid Plus oferują oni rozwiązania jakie wymaga Zamawiający. Zamawiający wyjaśnił, że w chwili obecnej jest właścicielem i użytkownikiem zaawansowanych technologicznie urządzeń, dzięki którym wielokrotnie znajdował się na liście TOP500 najszybszych komputerów. Zamawiający wskazał, że obecnie używany przez niego sprzęt to technologia co najmniej sprzed 3 lat, pozycja Zamawiającego na liście TOP500 są coraz niższe. Dzięki zakupowi urządzenia o standardzie wskazanym w treści SIWZ Zamawiający ma szansę, że będzie one umieszczone na liście TOP500. Zamawiający wskazał, że tylko najnowsza technologia daje pewność i możliwość prowadzenia niezbędnych prac naukowych. Odwołujący w żaden sposób nie kwestionował nawet powyższych potrzeb Zamawiającego, ograniczając się wyłącznie do argumentu o braku powszechnej dostępności procesora do obsługi pamięci w standardzie DDR4.

Należy jednocześnie podkreślić, że skoro w ocenie Odwołującego żaden z wykonawców nie może złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu ponieważ brak jest w masowej sprzedaży procesora obsługującego pamięć RAM w standardzie DDR4, to Zamawiający będzie miał obowiązek unieważnić postępowanie w przypadku braku złożenia chociażby jednej oferty spełniającej warunki określone w treści SIWZ.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie podlegało oddaleniu.



O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 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:** .....