

Sygn. akt: KIO 1506/22

KIO 1527/22

WYROK

z dnia 23 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Członkowie: Katarzyna Prowadzisz

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 21 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2022 r. przez wykonawcę:

- A. **Solution Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt: KIO 1506/22);
- B. **SUNTAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie** (sygn. akt: KIO 1527/22);

w postępowaniu prowadzonym przez **Najwyższa Izba Kontroli, Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **ADT Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1506/22 i KIO 1527/22 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 1506/22 w zakresie zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1, 2, 4, 5 i 6 ustawy z dnia 11 września 2019 Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Ustawy prawo zamówień publicznych dotyczącego: (i) Kopii bezpieczeństwa Ransomware oraz (ii) Zarządzanie wydajnością.
2. Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 1527/22 w zakresie zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy dotyczącego wymagania wymiany kontrolerów na nowszą generację w trybie online, bez spadku wydajności podczas tej operacji.
3. W zakresie nieumorzonym, oddala odwołanie o sygn. akt: 1506/22 oraz o sygn. akt: 1527/22.
4. Kosztami postępowania obciąża w sprawie o sygn. akt: KIO 1506/22 wykonawcę **Solution Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Solution Factor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.
5. Kosztami postępowania obciąża w sprawie o sygn. akt: KIO 1527/22 wykonawcę **SUNTAR spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SUNTAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 1506/22
KIO 1527/22

UZASADNIENIE

W dniu 6 czerwca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy IT Solution Factor Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący 1”) zarzucając zamawiającemu Najwyższej Izbie Kontroli (dalej „Zamawiający”) nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, z uwagi na to, że treść specyfikacji wprost, bądź łącznie bezpodstawnie zawęża możliwość złożenia oferty w oparciu o dostępne na rynku produkty i wyklucza złożenie oferty na rozwiązaniu producenta Dell, chociaż producent Dell jest czołowym producentem na rynku, który spełnia uzasadnione potrzeby zamawiającego. W związku z tym, Odwołujący 1 wskazał, że:

- 1) W punkcie OPZ: „7. Wymagania techniczne dla oferowanej macierzy dyskowej” w tabeli:

[Zarzut 1] pkt 3 „Kontroler i jego funkcjonalności” o treści: „Macierz musi być wyposażona, w co najmniej jedną parę redundantnych kontrolerów dyskowych pracujących symetrycznie w trybie active - active w zakresie obsługi danych wejściowych i wyjściowych, tzn. wszystkie ścieżki dostępne 1/0 od strony hosta muszą być aktywne. Awaria połowy kontrolerów nie może powodować spadku wydajności rozwiązania. Jeśli tak jest, to należy podwoić liczbę oferowanych kontrolerów. Każdy z kontrolerów musi być zasilany, z co najmniej dwóch niezależnych źródeł zasilania.

Niedopuszczalne są rozwiązania dual - active oraz ALUA (Asymmetric Logical Unit Access).
”

Żądanie co do zarzutu 1

Odwołujący 1 wniósł o usunięcie treści: „symetrycznie”, „oraz ALUA (Asymmetric Logical Unit Access).” i nakazanie Zamawiającemu nadania temu pkt treści: „Macierz musi być wyposażona, w co najmniej jedną parę redundantnych kontrolerów dyskowych pracujących w trybie active - active w zakresie obsługi danych wejściowych i wyjściowych, tzn. wszystkie ścieżki dostępne 1/0 od strony hosta muszą być aktywne. Awaria połowy kontrolerów nie może powodować spadku wydajności rozwiązania. Jeśli tak jest, to należy podwoić liczbę

oferowanych kontrolerów. Każdy z kontrolerów musi być zasilany, z co najmniej dwóch niezależnych źródeł zasilania."

Niedopuszczalne są rozwiązania dual - active.

[Zarzut 2] pkt 14 „Kopie bezpieczeństwa Ransomware” o treści: „Macierz musi posiadać funkcjonalność zabezpieczenia przed atakiem ransomware. Za spełniającą wymóg funkcjonalność uważa się mechanizmy WORM (lub inne które na zadany okres czasu nie pozwalają skasować wybranych danych na macierzy). Klasyczna kopia migawkowa (snapshot) nie spełnia tego wymagania. Mechanizmy stworzone w oparciu o AI, ML — bazujące na próbie wykrywania anomalii w charakterystyce pracy macierzy i przeciwdziałania - również nie spełniają tego wymagania. Wymagana jest również możliwość podłączenia macierzy do zewnętrznego serwera kluczy. Jeżeli do obsługi powyższych funkcjonalności wymagane są dodatkowe licencje, należy je dostarczyć dla całej pojemności macierzy."

Żądanie co do zarzutu 2

Odwołujący 1 wniósł o nakazanie Zamawiającemu usunięcia wyrazów: „Klasyczna kopia migawkowa (snapshot) nie spełnia tego wymagania.” i nadania temu pkt treści: „Macierz musi posiadać funkcjonalność zabezpieczenia przed atakiem ransomware. Za spełniającą wymóg funkcjonalność uważa się mechanizmy WORM (lub inne które na zadany okres czasu nie pozwalają skasować wybranych danych na macierzy). Mechanizmy stworzone w oparciu o AI, ML — bazujące na próbie wykrywania anomalii w charakterystyce pracy macierzy i przeciwdziałania - również nie spełniają tego wymagania. Wymagana jest również możliwość podłączenia macierzy do zewnętrznego serwera kluczy. Jeżeli do obsługi powyższych funkcjonalności wymagane są dodatkowe licencje, należy je dostarczyć dla całej pojemności macierzy. "

[Zarzut 3] pkt 26 „Zarządzanie wydajnością” o treści: „Macierz musi umożliwiać konfigurację gwarancji wydajności typu QoS (możliwość definiowania progów minimalnych i maksymalnych) dla wybranych wolumenów logicznych w zakresie takich parametrów jak: wydajność w 10PS w tysiącach operacji, przepustowość w MB/s lub GB/s. Jeżeli do obsługi powyższych funkcjonalności wymagane są dodatkowe licencje, dostarczenie ich jest wymagane. "

Żądanie co do zarzutu 3

Odwołujący 1 wniósł o nakazanie Zamawiającemu nadania temu pkt treści: „Macierz musi umożliwić konfigurację gwarancji wydajności typu QoS (możliwość definiowania progów minimalnych i maksymalnych) dla wybranych wolumenów logicznych w zakresie takich parametrów jak: wydajność w 10PS w tysiącach operacji lub przepustowość w MB/s lub GB/s lub za pomocą zdefiniowanych profili wydajnościowych. Jeżeli do obsługi powyższych funkcjonalności wymagane są dodatkowe licencje, dostarczenie ich jest wymagane.”

[Zarzut 4 ewentualny] ewentualnie, jeżeli Izba nie uwzględni, któregokolwiek z zarzutów 1-3, to zaskarżam zaniechanie Zamawiającego braku opisanie warunków równoważności w punktach OPZ wskazanych powyżej w pkt 1, to jest w pkt 7 OPZ „Wymagania techniczne dla oferowanej macierzy dyskowej” w tabeli w pkt 3, 14, 26.

Żądanie co do zarzutu 4 Odwołujący 1 wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

(1) wpisania do zaskarżonych punktów treści „lub równoważny” i dostosowania treści zaskarżonych punktów do zmiany związane z wpisaniem „lub równoważny” i (3) nakazanie opisanie przy każdym punkcie wskazanym powyżej w zarzucie 4 po słowach „lub równoważny” kryteriów równoważności, to jest wnoszę o nakazanie nadania treści:

A) pkt 3 OPZ w tabeli „Macierz musi być wyposażona, w co najmniej jedną parę redundantnych kontrolerów dyskowych pracujących symetrycznie lub równoważny (pracujący niesymetrycznie, to jest ALUA (Asymmetric Logical Unit Access)) w trybie active - active w zakresie obsługi danych wejściowych i wyjściowych, tzn. wszystkie ścieżki dostępne 1/0 od strony hosta muszą być aktywne. Awaria połowy kontrolerów nie może powodować spadku wydajności rozwiązania. Jeśli tak jest, to należy podwoić liczbę oferowanych kontrolerów.

Każdy z kontrolerów musi być zasilany, z co najmniej dwóch niezależnych źródeł zasilania. Niedopuszczalne są rozwiązania dual - active. "

B) pkt 14 OPZ w tabeli

Kopie bezpieczeństwa Ransomware” o treści: „Macierz musi posiadać funkcjonalność zabezpieczenia przed atakiem ransomware. Za spełniającą wymóg funkcjonalność uważa się mechanizmy WORM (lub inne które na zadany okres czasu nie pozwalają skasować wybranych danych na macierzy) lub równoważne (lub równoważny: to jest przez klasyczną kopię migawkową (snapshot).

Mechanizmy stworzone w oparciu o AI, ML — bazujące na próbie wykrywania anomalii w charakterystyce pracy macierzy i przeciwdziałania również nie spełniają tego wymagania. Wymagana jest również możliwość podłączenia macierzy do zewnętrznego serwera kluczy. Jeżeli do obsługi powyższych funkcjonalności wymagane są dodatkowe licencje, należy je dostarczyć dla całej pojemności macierzy. ”

C) Odnośnie pkt 26 OPZ w tabeli

„Macierz musi umożliwiać konfigurację gwarancji wydajności typu QoS (możliwość definiowania progów minimalnych i maksymalnych) dla wybranych wolumenów logicznych w zakresie takich parametrów jak: wydajność w 10PS w tysiącach operacji, przepustowość w MB/s lub GB/s lub równoważny (równoważnie, to jest za pomocą zdefiniowanych profili wydajnościowych). Jeżeli do obsługi powyższych funkcjonalności wymagane są dodatkowe licencje, dostarczenie ich jest wymagane. ”

Powyższe punkty zostały wyjaśniane przez zamawiającego z 3 czerwca 2022 r. na pytania wykonawców, ale nie zostały wyjaśnione zgodnie z pytaniami odwołującego i Zamawiający nie zmienił wymogów w zakresie zaskarżonym lub nie wyjaśnił ich na tyle, by składanie odwołania było zbędne.

Odwołujący 1 zarzucił Zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia i prowadzenie postępowania niezgodnie z przepisami:

- 1) art. 99 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 16 pkt 2 ustawy, ponieważ Zamawiający nie uwzględnił wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, opisał wymogi nie związane z przedmiotem zamówienia, opisał je nie proporcjonalnie do jego wartości i celów, nieprzejrzyście;
- 2) art. 99 ust. 4 ustawy, ponieważ: Zamawiający uprzywilejował niektórych wykonawców lub produkty kosztem innych wykonawców lub produktów, wyeliminował wykonawcę z przetargu i produkty, które chce Wykonawca zaoferować, opisał przedmiot zamówienia przez wskazanie szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę lub producenta, z jednoczesnym zaniechaniem opisanie kryteriów równoważności;
- 3) art. 16 pkt 1) i 3) ustawy oraz art. 15 ust. 1 i ust. 1 pkt. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ Zamawiający nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji i opisał przedmiot zamówienia w sposób nieuzasadniony obiektywnymi (rzeczywistymi) potrzebami Zamawiającego oraz w sposób

- niezapewniający równego traktowania wykonawców i w sposób nie proporcjonalny, przez co naruszył warunki wolnej konkurencji przygotowując OPZ;
- 4) art. 17 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy, ponieważ Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób nieuzasadniony charakterem zamówienia, niepozwalający na uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, a jest to możliwe do uzyskania w tym zamówieniu, po zmianie SWZ;
 - 5) odnośnie zarzutu ewentualnego: zarzucam także naruszenie art. 99 ust. 5 i ust. 6 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, chociaż zamawiający mógł opisać przedmiot zamówienia w wystarczająco precyzyjny i Zamawiający nie użył wymaganych przez ustawę wyrazów „lub równoważny”, przy jednoczesnym braku określenia wymaganych przez ustawę kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności.”;
 - 6) w rezultacie naruszonych przepisów wskazanych w pkt 1-5) powyżej zarzucam, że: Zamawiający bezpodstawnie nie dopuścił możliwości oferowania produktów producenta Dell, chociaż jego produkty są standardem w branży informatycznej, co prowadzi do uprzywilejowania rozwiązań i produktów innego producenta, chociaż możliwe jest zrealizowanie wymagań postawionych przez Zamawiającego, w tym osiągnięcie najlepszej jakości usług i ceny produktami Dell;
 - 7) Inne zarzuty zostały wskazane w uzasadnieniu.

Odwołujący 1 wskazał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa macierzy — produktu typowego, dostępnego na rynku w teorii u wielu producentów i wykonanie usług towarzyszących (wdrożenie, szkolenia, gwarancja, itd.). Macierze kupuje każdy zamawiający publiczny, jest to produkt potrzebny do utrwalania dużych ilości danych. Zamawiający z punktu widzenia funkcji macierzy dostępnych na rynku nie ma żadnych szczególnych potrzeb — macierze są kupowane przez wszystkich dużych zamawiających u różnych producentów. Prawdziwe potrzeby Zamawiającego są więc zaspokajalne przez wielu producentów. Jednak Zamawiający napisał OPZ tak, bezpodstawnie zaważył listę możliwych producentów. Przede wszystkim, ważne jest to, że nie można według aktualnej treści zaoferować produktów Dell. Zbiór wymogów, które Zamawiający zawarł w OPZ uniemożliwia zaoferowanie technologii producenta niż Dell chociaż jest to czołowy producent na rynku i nie powinien być dyskryminowany. Dowodzi tego raport Gartnera. Zdaniem Odwołującego 1, to tak jakby z zamówienia na smartfony wykluczyć producenta Apple lub Samsung —

czołowych producentów na rynku smartfonów. Zamawiający tak określił warunki OPZ, że ich połączenie w różnych miejscach wyklucza wszystkie produkty Dell. Jest to nieuzasadnione, ponieważ Zamawiający powinien opisywać swoje potrzeby, które chce osiągnąć, a nie przepisywać dokumentację techniczną określonego producenta lub producentów tak, żeby przepisywać charakterystyczne tylko dla nich techniczne sposoby działania macierzy. Normalne jest to, że macierze różnych producentów są w niektórych miejscach zbudowane inaczej lub działają trochę inaczej, ale to nie jest powód (nie ma do tego podstawy prawnej), żeby Zamawiający tak opisał przedmiot zamówienia, że wyklucza głównego producenta macierzy. W ocenie Odwołującego 1, uzasadnione potrzeby Zamawiającego, jak wielu innych zamawiających publicznych (na przykład: Ministerstwo Sprawiedliwości, Ministerstwo Obrony Narodowej, Ministerstwo Zdrowia) w Polsce do tej pory, mogą spełnić z powodzeniem inni producenci: Dell, wystarczy zmienić trochę OPZ zgodnie z tym odwołaniem. W rezultacie, ten proces zakupowy nie jest zgodny z ustawą, ponieważ zakłóca konkurencję. Nie można złożyć oferty na produkcie Dell. Zamawiający ma obowiązek opisać w OPZ wyłącznie uzasadnione potrzeby, a nie nieuzasadnione potrzeby.

Odwołujący 1 wskazał, że Zamawiający opublikował przetarg nieograniczony, a nie zapytanie z wolnej ręki więc powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób konkurencyjny, oparty o rzeczywiste potrzeby, a z pewnością, wykluczający producenta Dell. Ponieważ Odwołującemu 1 przysługuje odwołanie i chce sprzedać produkt Dell, to złożył odwołanie, licząc na zrozumienie i obiektywne zapoznanie się z dokumentacją oraz dowodami przez KIO, które wskazują literalnie na opis zamówienia wykluczający czołowego producenta Dell.

Odwołujący 1 podkreślił, że Zamawiający czasami bronią się „szczególnymi potrzebami”, „prawem do zamówienia tego czego chcą i brakiem konieczności sporządzania OPZ dla każdego lub wielu producentów”. Oprócz walorów propagandowych i retorycznych takich argumentów, takie „szczególne potrzeby” czy „rzekome prawo” jest z reguły bezpodstawne, bo wystarczy porównać to z zachowaniami innych zamawiających i przepisami ustawy. Zdaniem Odwołującego 1, niezrozumiałe jest, że jeden zamawiający publiczny kupował bez problemu na przykład macierze Dell, a akurat ten Zamawiający twierdzi, że ma takie szczególnie wyrafinowane potrzeby, żeby wykluczać produkty Dell. „Szczególne potrzeby” są tylko subiektywną opinią, a nie rzeczywistym, mocno stojącym faktem, co wykażemy w postępowaniu. Odwołujący 1 powołał się na wyrok z dnia 1 kwietnia 2004 Sądu Okręgowego w Warszawie z 1.4.2004 r., V Ca 1661/03 oraz wyrok KIO z dnia 27 października 2021 r., sygn. akt KIO 2751/21).

[Zarzut 1] niesymetryczność (ALUA)

Odwołujący 1 wskazał, że Zamawiający wykluczył rozwiązanie asymetryczne (ALUA), a nie podał żadnego uzasadnienia, dlaczego tak zrobił. Skoro nie podał uzasadnienia, nie udowodnił uzasadnionej potrzeby, sporządził nieproporcjonalny OPZ. Rozwiązania symetryczne i asymetryczne są bardzo zbliżone. Założeniem symetrycznego lub asymetrycznego dostępu do danych jest zapewnienie bezpieczeństwa w obszarze ciągłości dostępu do zasobu i możliwości wykonywania operacji odczyt/zapis. Przy obecnym rozwoju technologicznym rozwiązań granica pomiędzy wskazanymi technologiami dostępu do danych praktycznie się zatarła (symetryczne a niesymetryczne). Obie techniki: symetrycznie i niesymetrycznie — powstawały równolegle. Obecnie asymetryczny dostęp jest realizowany zdecydowanie sprawniej. Implementacja metody niesymetrycznej (ALUA) prezentuje dostępne ścieżki dostępu do danych (przez oba kontrolery), czyli spełnia wymogi OPZ.

W ocenie Odwołującego 1 wprowadzenie ograniczenia i stwierdzenie, że Zamawiający nie dopuszcza rozwiązań w architekturze niesymetrycznej (ALUA) jest bezpodstawnym ograniczeniem konkurencji. Stosując zarówno symetryczną jak i asymetryczną architekturę dostępu, Zamawiający osiągnie zamierzony cel — zabezpieczenie ciągłości dostępu do danych produkcyjnych.

[Zarzut 2] WORM a snapshot

Odwołujący 1 wskazał, że Zamawiający wykluczył rozwiązanie snapshot, a nie podał żadnego uzasadnienia. Skoro nie podał uzasadnienia, nie udowodnił uzasadnionej potrzeby, sporządził nieproporcjonalny OPZ. Jednocześnie Zamawiający dopuścił rozwiązanie: „inne które na zadany okres czasu nie pozwalają skasować wybranych danych na macierzy” — to jest dokładnie takie rozwiązanie jak snapshot, ponieważ zabezpiecza przed ransomware. Są różne metody zabezpieczania danych przed atakiem ransomware w ramach macierzy dyskowej:

- 1) Worm (Write once, read many, tłumaczenie: zapisz raz, czytaj wiele razy)
- 2) Snapshot
- 3) AI, ML

Poza macierzą dyskową można również zabezpieczać macierz: backup (kopiowanie danych), architektury disaster recovery (architektura zachowania ciągłości biznesowej). Zamawiający wykluczył podstawowy mechanizm zabezpieczania danych przed ransomware:

snapshot, które jest charakterystyczne dla macierzy Dell i dla wielu innych producentów, które można zaoferować w tym przetargu.

W ocenie Odwołującego 1, stosowanie mechanizmu WORM ma różne wady:

- 1) Mechanizm funkcjonuje w postaci: zapisujesz dane i nie możesz ich skasować, ma negatywne konsekwencje w postaci, że dane zajmują nieproporcjonalnie dużo miejsca kosztem powierzchni macierzy. To tak jakby mieć pendrive na którym można wyłącznie zapisywać dane. Skoro nie można kasować danych zapisanych na takim przykładowym pendrive to szybko dostęp może się skończyć w praktycznym użyciu.
- 2) Worm nie daje gwarancji pełnego zabezpieczenia danych w czasie ciągłym przed tego atakami ransomware.
- 3) 3) Worm jest kłopotliwy w użyciu: jak np. powstanie wadliwy dokument, to nie można go już po zakończeniu zapisu edytować ani skasować. Stosowanie Worm prowadzi do tworzenia dużej ilości wersji plików, co w wielu przypadkach, uniemożliwia efektywną pracę.

Wykonanie snapshotu również zabezpiecza danych: po zapisaniu snapshotem danych, plik jest kopiowany (tworzona jest kopia w wyniku działania snapshotu). Ponadto wykonanie dla wolumenu z danymi produkcyjnymi snapshotu który zwykle jest w trybie tylko do odczytu w odpowiednich ustawieniach macierzy daje taki sam poziom gwarancji ochrony przed ransomware i niezmienności danych w stosunku do WORM. Zamawiający zamówił w ramach innego przetargu dedykowane urządzenie do składowania zabezpieczanych danych (kopii zapasowych).

[Zarzut 3]

Odwołujący 1 wskazał, że Zamawiający obecnie dopuszcza tylko dwa parametry konfiguracji: wydajność w IOPS w tysiącach operacji, przepustowość w MB/s lub GB/s. Tym samym nie dopuszcza konfiguracji za pomocą zdefiniowanych profili wydajnościowych. Żeby nadać priorytet dostępu do zasobu wydajnościowego macierzy nie ma potrzeby posługiwania się konkretnymi parametrami jak wskazał zamawiający („wydajność w IOPS w tysiącach operacji, przepustowość w MB/s lub GB/s”), ponieważ można to osiągnąć przez stosowanie profili zdefiniowanych profili wydajnościowych. W przypadku stosowania profili wydajnościowych - jest wykorzystywana maksymalna wydajność macierzy (więc jest to metoda bardziej optymalna). Na przykład: przy odczycie z macierzy ze zdefiniowanym profilem wydajnościowym prędkość odczytu nie będzie ograniczona, dopóki macierz nie

będzie musiała obsłużyć zapytania z wyższym priorytetem zdefiniowanym profilem wydajnościowym (np. profil brązo, brązowy, a profil gold, złoty).

W ocenie Odwołującego 1, przewaga takiego rozwiązania (zdefiniowanego profilu wydajnościowego) nad konfiguracją w typie QOS zdefiniowaną „w tysiącach operacji, przepustowość w MB/s lub GB/s.” jest taka, że nie ogranicza się sztucznie prędkości odczytu i zapisu, gdy macierz dysponuje dostępną (wolną) wydajnością. Tamte metody („w tysiącach operacji, przepustowość w MB/s lub GB/s”) ograniczają w pewnych przypadkach wykorzystanie mocy obliczeniowej macierzy dyskowej.

Zdaniem Odwołującego 1, Zamawiający nie powinien narzucać sposobu realizacji tego typu zadania, skoro może być ono realizowane w różny sposób dając finalnie ten sam efekt końcowy. Tego typu określenie, jak zostało zastosowane w opisie projektu wnosi sztuczne ograniczenie konkurencyjności i nie pozwala na zaoferowanie rozwiązania, które na przykład realizuje funkcjonalność QoS przez zdefiniowanie profili wydajnościowych. W tego typu rozwiązaniu (zdefiniowane profile wydajnościowych) każda klasa profilu definiuje z jakimi priorytetami będzie funkcjonować w ramach środowiska produkcyjnego dając jej tym samym przewagę lub ograniczenie względem innych zasobów, czyli to co chciałoby się osiągnąć poprzez funkcjonalność QoS.

[Zarzut 4]

Jest to zarzut ewentualny, Odwołujący 1 wskazał, że ustawa wymaga, aby zamawiający napisał w OPZ „lub równoważny” i opisał warunki równoważności w każdym miejscu, gdy Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób. Zdaniem Odwołującego 1, Zamawiający nawet w sposób pozornie formalny nie dopuścił rozwiązań równoważnych, a jest to wymóg minimalny przygotowanego zgodnie z prawem OPZ. Zamawiający w zaskarżonych punktach opisał przedmiot zamówienia charakterystyczny i wprost wykluczający Dell, chociaż Zamawiający miał możliwość dokonania przedmiotu zamówienia precyzyjnie i w zrozumiały sposób. W zaskarżonych zarzutach ani w SWZ zamawiający nigdzie nie użył wyrazów „lub równoważny”, ani nie dokonał opisu równoważności.

Odwołujący 1 wskazał, że udowodni ten zarzut przed rozprawą składając dokumentację techniczną wzorcowego produktu (według odwołującego Netapp lub Pure), na który jest

zamówienie, w celu pokazania, że przedmiot zamówienia opisuje szczególne procesy, pochodzenie, patenty określonego producenta, a wyklucza Dell.

Ad A) mechanizmy symetryczne i niesymetryczne są równoważne

Rozwiązania symetryczne i asymetryczne są równoważne.

Nie ma innych rodzajów niż symetryczne i asymetryczne. Logicznie jest, że równoważne dla symetrycznego rozwiązania jest asymetryczne. Gdy Zamawiający wyklucza rozwiązanie asymetryczne, tym samym uniemożliwia wprost stosowanie art. 99 ust. 5 i 6, który nakazuje dopuszczać rozwiązania równoważne. Przy obecnym rozwoju technologicznym rozwiązań granica pomiędzy wskazanymi technologiami dostępu do danych praktycznie się zatarła (symetryczne a niesymetryczne). Obie techniki: symetrycznie i niesymetrycznie — powstawały równolegle. Obecnie asymetryczny dostęp jest realizowany zdecydowanie sprawniej. Tym samym wprowadzenie ograniczenia i stwierdzenie, że klient nie dopuszcza rozwiązań w architekturze niesymetrycznej (ALUA) jest bezpodstawnym ograniczeniem konkurencji.

Ad B) mechanizmy WORM i snapshot są równoważne

Rozwiązania WORM i snapshot są równoważne. Zamawiający wykluczył rozwiązanie snapshot a nie podał żadnego uzasadnienia, a ma taki obowiązek. Skoro nie podał, nie udowodnił uzasadnionej potrzeby, sporządził nieproporcjonalny OPZ. Jednocześnie Zamawiający dopuścił rozwiązanie: „inne które na zadany okres czasu nie pozwalają skasować wybranych danych na macierzy” — to jest dokładnie takie rozwiązanie jak snapshot, ponieważ zabezpiecza przed ransomware. Są różne metody zabezpieczania danych przed atakiem ransomware w ramach macierzy dyskowej:

1) Worm (Write once, read many, tłumaczenie: zapisz raz, czytaj wiele razy)

2) Snapshot

Gdy Zamawiający wyklucza rozwiązanie snapshot, tym samym uniemożliwia wprost stosowanie art. 99 ust. 5 i 6, który nakazuje dopuszczać rozwiązania równoważne. Worm nie daje gwarancji pełnego zabezpieczenia danych w czasie ciągłym przed tego atakami ransomware. Wykonanie snapshotu również zabezpiecza dane przed ransomware: po zapisaniu snapshotem danych, plik jest kopiowany (tworzona jest kopia w wyniku działania snapshotu). Wykonanie dla wolumenu z danymi produkcyjnymi snapshotu który zwykle jest w trybie tylko do odczytu w odpowiednich ustawieniach macierzy daje taki sam poziom gwarancji ochrony przed ransomware i niezmienności danych w stosunku do WORM. Zamawiający zamówił w ramach innego przetargu dedykowane urządzenie do składowania zabezpieczanych danych (kopii zapasowych).

Ad C) konfiguracja QoS w parametrach wydajność w 10PS w tysiącach operacji, przepustowość w MB/s lub GB/s a równoważna konfiguracja zdefiniowanych profili wydajnościowych. Zamawiający obecnie dopuszcza tylko dwa parametry konfiguracji: wydajność w IOPS w tysiącach operacji, przepustowość w MB/s lub GB/s.

W ocenie Odwołującego 1, równoważnym dla powyższych profili jest zdefiniowany profil wydajnościowy, a zamawiający nie dopuszcza zdefiniowanych profili wydajnościowych. Producenci stosują różne metody: w tysiącach operacji, przepustowość w MB/s lub GB/s lub zdefiniowane profile wydajnościowe. Metody wydajnościowe dają przewagę wydajności. Ten tryb działa podobnie i w pewnych przypadkach jest lepszy, bo lepiej wykorzystuje wydajność macierzy. Odwołujący 1 wskazał, że uzasadnienie jakie podał dla zarzutu 3 jest również aktualne dla tego zarzutu w zakresie sposobu działania zdefiniowanych profili wydajnościowych.

Sygn. akt: KIO 1527/22

W dniu 6 czerwca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej Krajowa Izba Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy SUNTAR sp. z o. o., z siedzibą w Tarnowie (dalej „Odwołujący 2”) zarzucając Zamawiającemu naruszenie: (1) art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie parametrów technicznych macierzy dyskowej w sposób nie wskazujący na funkcjonalności czy efekt jaki Zamawiający chce osiągnąć, w konsekwencji utrudniający uczciwą konkurencję z uwagi na bezpodstawne wyeliminowanie macierzy Huawei, które są w stanie zapewnić funkcjonalności wymagane przez Zamawiającego, gdyby OPZ wskazywał na efekt jaki Zamawiający planuje osiągnąć przy realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący 2 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby dokonał modyfikacji treści SWZ oraz Ogłoszenia o zamówieniu oraz wydłużył termin składania ofert o dodatkowe 7 dni.

Odwołujący 2 wskazał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący 2 jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący 2 zamierza złożyć ofertę, której treść odpowiada warunkom zamówienia opisanych w specyfikacji warunków zamówienia oraz pozwala w sposób obiektywny konkurować z innymi wykonawcami, którzy złożą ofertę w Postępowaniu.

Ponadto Odwołujący 2 wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy. W konsekwencji Opis Przedmiotu Zamówienia pozwalałyby na obiektywne konkurowanie wykonawców w Postępowaniu i oferowanie sprzętu, który nie jest uprzywilejowany przez zapisy SWZ. Poprzez zaniechanie dokonania powyższych czynności Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący 2 utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący 2 planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej. Odwołujący 2 wskazał ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący 2 wskazał, że zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Dla wykazania powyższego stanu rzeczy wystarczające jest uprawdopodobnienie możliwości wystąpienia zakłócenia uczciwej konkurencji, a nie jej udowodnienie. Już sama potencjalna możliwość wystąpienia sytuacji utrudnienia uczciwej konkurencji może uzasadniać stwierdzenie naruszenia ww. przepisu (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 września 2021 r., KIO 2130/21). Podstawowym celem zamówień publicznych jest zaspokajanie uzasadnionych potrzeb zamawiającego, a w znaczącej części postępowań również pośrednio zaspokajanie potrzeb szerszej zbiorowości. Zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych mają sprzyjać temu, aby te potrzeby były zaspokojone w jak najwyższym stopniu, czemu sprzyja uczciwe konkurowanie wykonawców o zamówienie. Wskazany cel zamówień publicznych nie jest więc spełniony wtedy, gdy zamawiający dopuszcza złożenie oferty z każdym produktem rodzajowo podobnym do opisanego przez siebie w SWZ, aby umożliwić udział w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym w danym obszarze rynku. Jednak powinnością zamawiającego jest udowodnienie, że nieuchronne ograniczenie konkurencji, wynikające z precyzyjnego opisu swoich wymagań, jest uzasadnione (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 września 2021 r. KIO 2074/21).

Odwołujący 2 wskazał, że przedmiot zamówienia nie obejmuje jedynie dostawy sprzętu ale również wdrożenie dostarczonej macierzy, opracowanie dokumentacji powykonawczej, przeprowadzenie technicznego warsztatu powdrożeniowego, zapewnienie świadczenia wsparcia gwarancyjnego producenta, dla sprzętu i oprogramowania dostarczonych w ramach realizacji zamówienia oraz świadczenie Asysty Technicznej Wykonawcy. Tym samym Zamawiający w przypadku wskazania tak szerokiego zakresu usług do wykonania przez Wykonawcę powinien jedynie wskazać efekt, funkcjonalność czy cel jaki chce uzyskać. Zamawiający natomiast w taki sposób buduje zapisy OPZ (w tym udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców) aby w zamówieniu podstawowym uniemożliwić złożenia oferty z wykorzystaniem macierzy Huawei, w części zapisów uprzywilejowując sprzęt firmy Pure Storage.

W ocenie Odwołującego 2 następujące zapisy OPZ (SWZ):

- a) „Macierz nie może zajmować w szafie rack więcej niż 4RU (rack unit).”
- b) „Macierz musi być wyposażona w procesory Intel (co najmniej rodziny Cascade Lake) lub AMD (z generacją Epyc) z obsługą protokołu NVMe lub równoważny procesor klasy x86 z obsługą protokołu NVMe”
- c) „Wymagana jest możliwość wymiany kontrolerów na nowszą generację w trybie online, bez spadku wydajności podczas tej operacji.”

W ocenie Odwołującego 2, Zamawiający winien w pierwszej kolejności dokonywać Opisu Przedmiotu Zamówienia poprzez wskazanie efektu/funkcjonalności, które chciałbym osiągnąć (bez ograniczania konkurencji poprzez wskazywania konkretnych procesorów czy założeń do sposobu wymiany kontrolerów celem zwiększenia wydajności). Jednocześnie wskazać należy, iż kwestionowane zapisy nie znajdują w ocenie Odwołującego 2 uzasadnienia, mając na uwadze odpowiedzi na pytania z dnia 03.06.2022 r. czy też inne fragmenty OPZ (w szczególności jednoznaczne, precyzyjne warunki skorzystania z prawa opcji opisane samodzielnie przez Zamawiającego). Nie może uciekać z pola widzenia, że macierz jest zamkniętym urządzeniem producenta (zaprojektowanym i odpowiednio skonfigurowanym) i nie ma możliwości instalowania na niej zewnętrznych aplikacji firm trzecich, korzystających z procesora macierzy. To czyni, że każda hipoteza Zamawiającego postawioną na okoliczność kompatybilności procesora z zasobami sprzętowymi czy systemowymi jest chybiona.

Ad. a)

Odwołujący 2 wskazał, że Zamawiający w ramach zamówienia opcjonalnego wymaga dostawy drugiej macierzy bądź rozbudowy pojemności posiadanej macierzy. W żadnym z warunków skorzystania z zamówienia opcjonalnego nie jest zwiększenie miejsca w szafie

rack/zwiększenie miejsca w pomieszczeniu, w którym przechowywana jest szafa rack/zmiana pomieszczenia, w którym przechowywana jest szafa rack czy też zakup całkowicie nowej szafy (większej), która umożliwiałaby dostawę dodatkowej macierzy czy zwiększenie pojemności już posiadanej przez Zamawiającego. Jeśli zatem warunkiem realizacji zamówienia opcjonalnego nie jest kwestia fizycznych możliwości zaoferowania w ramach zamówienia podstawowego większej wielkości macierzy to zapis taki uznać należy za zapis, który ma na celu ograniczenie konkurencji bez uzasadnienia. Jednocześnie (tak jak Odwołujący 2 proponuje w jednej z możliwości zmiany zaskarżonego zapisu) Zamawiający ma możliwość nałożenia na wykonawcę dodatkowych obowiązków obejmujących zapewnienie możliwości realizacji zamówień opcjonalnych w ramach posiadanej przez siebie infrastruktury technicznej, czego jednak Zamawiający również nie robi, a co wskazuje ponownie na cel Zamawiającego w postaci ograniczenia konkurencji.

Ad. c)

W ocenie Odwołującego 2 możliwość wymiany kontrolerów na nowszą generację w trybie online, bez spadku wydajności podczas tej operacji wskazuje jednoznacznie na rozwiązania firmy Pure Storage. Należy zauważyć, że wymiana kontrolerów nie jest czynnością wykonywaną tylko dla samej wymiany, ale ma dać Zamawiającemu dodatkowy efekt w postaci zwiększenia wydajności wykorzystywanych kontrolerów. Zauważyć przy tym należy, iż czołowi producenci macierzy dokonują poprawy wydajności kontrolerów nie poprzez ich wymianę na kontrolery nowszej generacji, ale poprzez dołożenie dodatkowych par kontrolerów (online) bez spadku wydajności. Wskazać należy, że w większości przypadków sama wymiana kontrolerów bez wymiany dysków nie przyniesie dla Zamawiającego żadnych korzyści. Renomowani producenci tacy jak Huawei, Dell EMC, IBM, Netapp, Hitachi, HPE posiadają możliwość utworzenia klastra wielu (4,8, 12 lub nawet 16) kontrolerów macierzowych tworzących jedną logiczną macierz, dzięki czemu w sposób istotny poprawia się wydajność wykorzystywanych kontrolerów.

Ad. b)

W odniesieniu do zaskarżonego wymagania Odwołujący 2 wskazał, że Zamawiający winien jednoznacznie udowodnić wyjątkową sytuację po jego stronie, która uzasadnia ograniczenie architektury procesora mając przy tym na uwadze rekomendacje Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w których wskazano, że: 3.1.2. Procesor - Procesor jest centralnym elementem urządzenia komputerowego, w dużej mierze decydującym o jego wydajności. Wydajność procesora zależy od wielu czynników częstotliwości taktowania, wielkości pamięci podręcznej, wewnętrznej architektury procesora i innych. Producenci procesorów tworzą i implementują coraz to nowe techniki zwiększenia ich wydajności w różnych zastosowaniach.

Szczegóły tych rozwiązań są często trzymane w tajemnicy i stanowią zasadniczo domenę tylko jednego producenta. Z tego też powodu SWZ nie powinna odwoływać się do nazw technologii zaimplementowanych w wewnętrznej strukturze procesora. Jeśli nie jest to uzasadnione specyfiką potrzeb zamawiającego, gdyż zapisy takie mogą potencjalnie dyskryminować któregoś z producentów procesorów.

W ocenie Odwołującego 2, powyższe stanowisko Prezes UZP, mimo iż nie dotyczy konkretnie macierzy, to w przypadku macierzy mają analogiczne lub nawet większe uzasadnienie. Wymóg Zamawiającego, obligujący do dostarczenia macierzy wyposażonej w procesor o architekturze x86, nie koresponduje z żadnym innym wymogiem funkcjonalnym, bowiem każdy z wymogów funkcjonalnych (w postaci konkretnego celu) możliwy jest do spełnienia przez macierze wyposażone w procesory o innej architekturze niż wymagana przez Zamawiającego, np. ARM. Zamawiający nie wymaga dostarczenia ani obsługi konkretnego oprogramowania, które mogłoby zadziałać jedynie na macierzy z procesorem x86. Informacje takie nie znajdują się w zapisach OPZ dotyczących zakresu wdrożenia. Jest to uzasadnione tym bardziej, iż procesor w macierzy nie jest wykorzystywany przez jakiegokolwiek inne urządzenie zewnętrzne czy też oprogramowanie zainstalowane na macierzy. Procesor w tego typu urządzeniu służy tylko i wyłącznie pracy samej macierzy i nie ma skutku jakiegokolwiek niekompatybilnością z innymi urządzeniami w infrastrukturze Zamawiającego. Macierze Huawei z procesorami w architekturze ARM posiadają dużą ilość rdzeni i umożliwiają osiągnięcie wysokiej liczby operacji 10PS, osiągając wynik 21mln 10PS przy bardzo niskich opóźnieniach na poziomie 0,367ms. Była to konfiguracja wyposażona w 32 kontrolery i 576 dysków NVMe, co potwierdza wysoką wydajność rozwiązania opartego o procesory ARM. (http://www.storageperformance.org/sites/default/files/files/executive_summary/A32018_ES.pdf).

Tym samym, w ocenie Odwołującego 2, prezentowany wymóg nie niesie ze sobą obiektywnych korzyści dla Zamawiającego, a jedynie sztucznie ogranicza konkurencję uniemożliwiając zaferowanie chociażby macierzy firmy Huawei, która jest w stanie spełnić wszystkie potrzeby Zamawiającego (zapewniając analogiczne lub te same funkcjonalności co macierze wyposażone w procesory x86. Uwzględniając odpowiedzi na pytanie Zamawiającego z dnia 03.06.2022 r. wskazać należy, że wykorzystanie macierzy z procesorem w ARM w żaden sposób nie wpływa na spełnienie wymogu obsługi protokołu NVMe. W ocenie Odwołującego 2, brak jest zatem jakichkolwiek uzasadnionych podstaw w ograniczaniu konkurencji, o którym mowa w art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, tj. poprzez

wyeliminowanie przez Zamawiającego niektórych produktów (w niniejszym postępowaniu produktów macierzy nie korzystających z architektury procesorów x86).

Mając na uwadze powyższe Odwołujący 2 wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmianę treści SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) poprzez nadanie wskazanym zapisom następującego brzemienia:

a) „Macierz (bez półek dyskowych) nie może zajmować w szafie rack więcej niż 4RU (rack unit). Oferowana wielkość macierzy ma umożliwić Zamawiającemu realizację zamówienia opcjonalnego w postaci dostawy nowej macierzy lub zwiększenia pojemności macierzy dostarczonej w ramach zamówienia podstawowego. Lub „Macierz nie może zajmować w szafie rack więcej niż 4RU (rack unit). W przypadku zaoferowanie rozwiązania przekraczające wskazane wymiary, Wykonawca zobowiązany jest na swój koszt dokonać wymiany posiadanej przez Zamawiającego szafy rack na większą. Oferowana wielkość macierzy ma umożliwić Zamawiającemu realizację zamówienia opcjonalnego w postaci dostawy nowej macierzy lub zwiększenia pojemności macierzy dostarczonej w ramach zamówienia podstawowego.”

b) „Wymagana jest możliwość wymiany kontrolerów na nowszą generację w trybie online, bez spadku wydajności podczas tej operacji lub dostarczenie dodatkowych kontrolerów tworzących klaster składający się z nie więcej niż 8 kontrolerów.” oraz wykreślenie następującego zapisu:

c) „Macierz musi być wyposażona w procesory Intel (co najmniej rodziny Cascade Lake) lub AMD (z generacją Epyc) z obsługą protokołu NVMe lub równoważny procesor klasy x86 z obsługą protokołu NVMe”

Izba zważyła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie pn. „Dostawa macierzy”.

Izba ustaliła, że w Opisie przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”) Zamawiający wprowadził m.in. następujące wymagania co do macierzy:

„7. Wymagania techniczne dla oferowanej macierzy dyskowej”:

pkt 3 „Kontroler i jego funkcjonalności” - „Macierz musi być wyposażona, w co najmniej jedną parę redundantnych kontrolerów dyskowych pracujących symetrycznie w trybie active - active w zakresie obsługi danych wejściowych i wyjściowych, tzn. wszystkie ścieżki dostępowe 1/0 od strony hosta muszą być aktywne. Awaria połowy kontrolerów nie może

powodować spadku wydajności rozwiązania. Jeśli tak jest, to należy podwoić liczbę oferowanych kontrolerów.

Każdy z kontrolerów musi być zasilany, z co najmniej dwóch niezależnych źródeł zasilania. Niedopuszczalne są rozwiązania dual - active oraz ALUA (Asymmetric Logical Unit Access).
”

pkt 14 „Kopie bezpieczeństwa Ransomware” o treści: „Macierz musi posiadać funkcjonalność zabezpieczenia przed atakiem ransomware. Za spełniającą wymóg funkcjonalność uważa się mechanizmy WORM (lub inne które na zadany okres czasu nie pozwalają skasować wybranych danych na macierzy). Klasyczna kopia migawkowa (snapshot) nie spełnia tego wymagania. Mechanizmy stworzone w oparciu o AI, ML — bazujące na próbie wykrywania anomalii w charakterystyce pracy macierzy i przeciwdziałania - również nie spełniają tego wymagania. Wymagana jest również możliwość podłączenia macierzy do zewnętrznego serwera kluczy. Jeżeli do obsługi powyższych funkcjonalności wymagane są dodatkowe licencje, należy je dostarczyć dla całej pojemności macierzy.”

pkt 26 „Zarządzanie wydajnością” o treści: „Macierz musi umożliwiać konfigurację gwarancji wydajności typu QoS (możliwość definiowania progów minimalnych i maksymalnych) dla wybranych wolumenów logicznych w zakresie takich parametrów jak: wydajność w 10PS w tysiącach operacji, przepustowość w MB/s lub GB/s. Jeżeli do obsługi powyższych funkcjonalności wymagane są dodatkowe licencje, dostarczenie ich jest wymagane. ”

„Macierz nie może zajmować w szafie rack więcej niż 4RU (rack unit).”

„Macierz musi być wyposażona w procesory Intel (co najmniej rodziny Cascade Lake) lub AMD (z generacją Epyc) z obsługą protokołu NVMe lub równoważny procesor klasy x86 z obsługą protokołu NVMe”

„Wymagana jest możliwość wymiany kontrolerów na nowszą generację w trybie online, bez spadku wydajności podczas tej operacji.”

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze w obu sprawach podlegało częściowemu umorzeniu. W sprawie o sygn. akt: KIO 1506/22, Izba umorzyła

odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1, 2, 4, 5 i 6 ustawy z dnia 11 września 2019 Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Ustawy prawo zamówień publicznych dotyczącego: (i) Kopii bezpieczeństwa Ransomware oraz (ii) zarządzanie wydajnością. Odwołujący 1 w piśmie procesowym z dnia 21 czerwca 2022 r. cofnął w/w zarzuty. Z kolei w sprawie o sygn. akt: KIO 1527/22, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy dotyczącego wymagania wymiany kontrolerów na nowszą generację w trybie online, bez spadku wydajności podczas tej operacji. Odwołujący 2 na posiedzeniu z udziałem stron złożył oświadczenie do protokołu o cofnięciu w/w zarzutu.

W zakresie podlegającym merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę, oba odwołania podlegały oddaleniu.

Na wstępie Izba wskazuje, że zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ust. 4 ustawodawca wskazał, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Przepis ten należy interpretować łącznie z zasadami prowadzenia postępowań przetargowym wskazanych w art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp tj. zasadą równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności.

Z kolei zgodnie z art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Izba wskazuje, że istotą zamówień publicznych jest stworzenia transparentnego, jasnego i przejrzystego modelu gospodarowania środkami publicznymi. Zamawiający w ramach zamówień publicznych nie rozporządzają własnym mieniem, wedle własnych osobistych preferencji czy powiazań, ale mieniem publicznym. Ustawodawca wyraźnie wskazuje, iż takie dysponowanie mieniem publicznymi, środkami publicznymi powinno mieć na celu dążenie do uzyskania zamówienia reprezentującego najlepszy możliwy stosunek jakości do

ceny z perspektywy zaspokojenia potrzeb leżących w interesie publicznym. Konieczne jest przy tym zapewnienie, aby przy zaspokajaniu owych potrzeb publicznych zachowana była zasada wolności gospodarczej i możliwości dostępu do wykonywania zadań publicznych na niedyskryminacyjnych warunkach przez przedsiębiorców działających na rynku. Nie ulega również wątpliwości, że zamawiający może dopasować zamówienie do swoich obiektywnych potrzeb, ale te obiektywne potrzeby czy wymagania nie mogą sprowadzać się do określenia parametrów, które wskazują na jeden konkretny produkt. Takie działanie wypaczałoby istotę postępowania przetargowego, a więc konkurencji wykonawców na rynku.

Jednocześnie, Izba zaznacza, że Zamawiający ma prawo jak i obowiązek opisać przedmiot zamówienia z uwzględnieniem swoich obiektywnych i uzasadnionych potrzeb. Takie potrzeby mogą powodować, że liczba wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia będzie ograniczona. Fakt, że na rynku występują wykonawcy nieprodukcujący danego przedmiotu zamówienia lub dla których jego realizacja jest utrudniona czy nieopłacalna, nie przesądza wcale o możliwości zaistnienia naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia takiego naruszenia, jak już wskazano, 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.

Uwzględniając powyższe postulaty, Izba wskazuje, co następuje:

Zarzuty podlegający rozpoznaniu w sprawie o sygn. akt: KIO 1506/22

W ocenie Izby zarzuty podniesione przez Odwołującego 1 są niezasadne. Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu dotyczącego wykluczenia przez Zamawiającego rozwiązania asymetrycznego (ALUA) w pracy kontrolerów dyskowych, Izba wskazuje, że Odwołujący 1 powołał się na następujące okoliczności: (i) Zamawiający napisał OPZ tak, że bezpodstawnie zawęził listę możliwych producentów i nie można według aktualnej treści zaoferować produktów Dell; (ii) zbiór wymogów, które Zamawiający zawarł w OPZ uniemożliwia zaoferowanie technologii producenta Dell chociaż jest to czołowy producent na rynku. Zamawiający tak określił warunki OPZ, że połączenie wymagań w różnych miejscach wyklucza wszystkie produkty Dell; (iii) przy obecnym rozwoju technologicznym rozwiązań granica pomiędzy wskazanymi technologiami dostępu do danych praktycznie się zatarła (symetryczne a niesymetryczne). Obie techniki: symetrycznie i niesymetrycznie — powstawały równolegle. Obecnie asymetryczny dostęp jest realizowany zdecydowanie

sprawnej. Implementacja metody niesymetrycznej (ALUA) prezentuje dostępne ścieżki dostępu do danych (przez oba kontrolery), czyli spełnia wymogi OPZ.

Zdaniem Izby żadne w powyższych twierdzeń ani dowodów złożonych przez Odwołującego 1 nie uzasadniały stwierdzenia naruszenia art. 99 ust. 1, 2, 4, 5 i 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że w toku postępowania odwoławczego Odwołujący 1 – wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu - potwierdził, że spółka Dell nie może zaoferować wyłącznie konkretnego typu macierzy. Ma jednak w swojej ofercie produkt spełniający wymagania Zamawiającego. Okoliczność tę potwierdza pośrednio treść oświadczenia spółki Dell Technologies z dnia 20 czerwca 2022, w którym spółka wskazała, że nie może złożyć „konkurencyjnej” oferty w postępowaniu. Zdaniem Izby, Odwołujący 1 bezpodstawnie pominął tę okoliczność w treści odwołania, i niezasadnie skoncentrował argumentację na nieprawdziwym założeniu, że spółka Dell nie może złożyć oferty w postępowaniu.

Po drugie odnosząc się do argumentów o porównywalności rozwiązań symetrycznych i ALUA, Izba w pełni przychyliła się do stanowiska Zamawiającego i Przystępującego. Zdaniem Izby, Zamawiający wykazał, iż wprowadzony wymóg jest uzasadniony jego obiektywnymi potrzebami, Odwołujący 1 zaś nie wykazał okoliczności przeciwnych. Odnosząc się do dowodów złożonych przez Odwołującego 1, Izba wskazuje, że są to oświadczenia spółki DELL Technologies, w imieniu którego Odwołujący 1 pośrednio dąży do zaoferowania w przedmiotowym postępowaniu określonego produktu. W tym zakresie, Izba zauważa, że oświadczenie Dell Technologies z dnia 20 czerwca 2022 r., zawiera wyłącznie stwierdzenie, że postanowienia OPZ uniemożliwiają spółce złożenia „konkurencyjnej” oferty w przedmiotowym postępowaniu. Z treści oświadczenia nie wynika na czym miałyby polegać naruszenie konkurencji na rynku skoro spółka posiada w swojej ofercie produkt spełniający wymagania Zamawiającego. Ponadto, zdaniem Izby, oświadczenie stanowi wyłącznie subiektywne stanowisko Dell co do pożądanego - zdaniem wykonawcy - sposobu realizacji uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Stanowi *de facto* próbę narzucenia określonego sposobu realizacji zamówienia, przy wykorzystaniu konkretnej macierzy spółki DELL. Nie stanowi dowodu potwierdzającego naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp. Ponadto, wskazana w oświadczeniu okoliczność, iż macierze z systemem ALUA były oferowane w innych postępowaniach nie ma znaczenia dla sprawy. Przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę jest to konkretne postępowanie i potrzeby Zamawiającego. Zdaniem Izby oświadczenie stanowi wyłącznie potwierdzenie, że spółka Dell ma w swojej ofercie produkty spełniające

wymagania Zamawiającego, ale podmiot ten chciałby zaoferować inny produkt, gdyż wtedy jego oferta będzie bardziej konkurencyjna cenowo. W tym kontekście Izba zauważa, że to poszczególni wykonawcy, wdrażają określone rozwiązania biznesowe w swoich przedsiębiorstwach, budują gamę swoich produktów w oparciu o dostępne rozwiązania, analizując przy tym zapotrzebowanie rynku. Jak wynika z przebiegu postępowania odwoławczego, spółka Dell dokonuje podziału macierzy na określone kategorie, przypisując każdej grupie określone funkcjonalności. Wyłączną decyzją spółki Dell było zaimplementowanie systemu symetrycznego w grupie macierzy Enterprise, zaś rozwiązania ALUA w grupie macierzy mid - range. Zdaniem Izby, nieuprawnionym byłoby dopasowywanie warunków przetargu do strategii biznesowej spółki Dell czy też innych wykonawców. Ponadto, warto zaznaczyć, że gdyby było tak jak twierdzi Odwołujący 1, że oba rozwiązania są równoważne, to rodzi się pytanie dlaczego spółka Dell dokonuje podziału swoich macierzy i implementuje odmienne rozwiązania w poszczególnych ich klasach.

Odnosząc się do drugiego z oświadczeń Dell Technologies z dnia 21 czerwca 2022 r., również w ocenie Izby nie stanowi ono dowodu na wykazanie naruszenie przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby jest to wyłącznie stanowisko spółki Dell, opisujące rozwiązania jakie wdraża w określonej grupie swoich produktów. Co więcej nie zostało ono poparte żadnymi dokumentami technicznymi. Zdaniem Izby stanowi ono prezentację poglądów spółki Dell co do określonych rozwiązań oferowanych przez spółkę na rynku.

Bez znaczenia dla sprawy są również informacje techniczne wskazane w treści pisma procesowego Odwołującego 1. Informacje te potwierdzają wyłącznie, że trzech producentów nie może zaoferować w przedmiotowym postępowaniu konkretnego typu macierzy jaką mają w swojej ofercie. Jednakże, jak Izba wskazała powyższej, Odwołujący 1 potwierdził, że spółka Dell ma w swojej ofercie produkt spełniający wymagania Zamawiającego, jednakże jest to produkt droższy od produktów oferowanych przez innych producentów. Izba wskazuje i podkreśla, że celem postępowania przetargowego nie jest stworzenie dla wykonawców rynku zbytu określonych produktów. Każdy z wykonawców samodzielnie decyduje o sposobie podziału oferowanych produktów i funkcjonalnościach w jakie je wyposaża. Celem postępowania przetargowego jest realizacja określonych potrzeb podmiotów publicznych. Zdaniem Izby, z okoliczności sprawy w sposób oczywisty wynika, że system symetryczny i system ALUA opierają się na odrębnym, innym sposobie funkcjonowania. Gdyby było inaczej, byłby dostępny jeden system we wszystkich macierzach. W systemie ALUA w trakcie komunikacji poprzez kontroler, który nie jest właścicielem danego LUNu, dochodzi do przekazywania danych pomiędzy kontrolerami, co może mieć niekorzystny wpływ na wydajność. W celu osiągnięcia optymalnej wydajności należy konfigurować między

serwerami podstawowe i rezerwowe trasy, a to w ten sposób, aby zawsze dochodziło do komunikacji po trasie, która prowadzi do kontrolera, który jest właścicielem wymaganego LUNu. Jak wskazał Zamawiający, w dużych środowiskach to działanie może prowadzić do awarii systemu. Już ta okoliczność uzasadnienia wybór Zamawiającego macierzy z systemem symetrycznym. Zdaniem Izby, okoliczność, iż w/w ryzyko może być u poszczególnych producentów minimalizowane za pomocą odpowiednich narzędzi (na co zresztą powołuje się spółka DELL w swoim oświadczeniu z dnia 21 czerwca 2022 r.) nie uzasadnia konieczność dopuszczenia wnioskowanych przez Odwołującego 1 rozwiązań. Nie ma żadnych podstaw, aby narzucać Zamawiającemu konieczności zakupu macierzy obsługiwanych w systemie asymetrycznym ALUA tylko dlatego, że spółka Dell chciałaby zaoferować tańszy produkt. Zamawiający zidentyfikował oraz wyjaśnił przesłanki jakimi się kierował w doborze rozwiązania symetrycznego. Zamawiający podkreślił aspekt wydajności i niezawodności, opisując oba rozwiązania i wskazując na możliwe ryzyka w implementacji rozwiązania ALUA. Należy podkreślić, że kluczowym zadaniem Zamawiającego jest właśnie takie ukształtowanie postanowień OPZ, aby minimalizować wszelkie ryzyka związane z błędną ścieżką zapisu danych czy konfiguracją systemów implementowanych w macierzy. Nabywanie produktów minimalizujących ryzyko niedostępności czy awaryjności użytkowanego systemu winno leżeć u podstaw decyzji Zamawiającego, nie zaś umożliwienie wykonawcom zbycie określonej kategorii produktów, do czego dąży Odwołujący 1. Należy raz jeszcze wskazać, że gdyby oba systemy cechowały się takimi samymi funkcjonalnościami i niezawodnością jak wskazywał Odwołujący 1, to dlatego spółka Dell implementuje rozwiązania symetryczne w wyższej kategorii macierzy, a rozwiązania asymetryczne w kategorii macierzy mid – range. Ponadto wskazać należy, że zarówno Zamawiający jak i Przystępujący wykazali (poprzez złożenie odpowiednich wydruków ze stron producentów), że na rynku macierze obsługujące symetryczny tryb active-active oferowane są przez wielu producentów, w szczególności takich jak: PureStorage, Huawei, HPE, NetApp, Dell, Hitachi, zatem wymaganie przez Zamawiającego wydajnej macierzy zbudowanej w architekturze symetrycznej nie prowadzi do ograniczenia konkurencji w ramach niniejszego postępowania.

Nie mają znaczenia dla sprawy również artykuły techniczne zamieszczone na blogach, przywołane przez Odwołującego 1 w odwołaniu. Zdaniem Izby nie jest to wiarygodny dowód w sprawie. Po pierwsze, Odwołujący 1 przedstawił tłumaczenie jakiegoś fragmentu z zapisu blogowego. Izba nie ma wiedzy o ewentualnych zastrzeżeniach zawartych w artykule.

Tym samym Izba uznała, że w analizowanym stanie faktycznym Odwołujący 1 nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp bowiem opis przedmiotu zamówienia uwzględnia uzasadnione potrzeby Zamawiającego, i jest proporcjonalny do

zakładanego celu. Jak wynika bowiem ze złożonych dowodów jest wielu producentów, którzy mogą zaoferować macierze w system symetrycznym. Nie doszło również do naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy Pzp. Wbrew twierdzeniom Odwołującego 1, Zamawiający nie wyeliminował spółki Dell z postępowania. Decyzje biznesowe spółki co do podziału produktów na poszczególne kategorie i wyposażenia je w określone funkcjonalności nie mogą determinować kształtu postępowania przetargowego. Uprzywilejowanie zaś produktów wyposażonych w rozwiązania symetryczne wynika z uzasadnionych i wykazanych potrzeb Zamawiającego. Z w/w powodów, zdaniem Izby Zamawiający nie naruszył również art. 16 pkt 1) i 3) oraz art. 15 ust. 1 i ust. 1 pkt. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podniesiony przez Odwołującego 1 zarzut naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy Pzp z uwagi na to, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób nieuzasadniony charakterem zamówienia, niepozwalający na uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, a jest to możliwe do uzyskania w tym zamówieniu, po zmianie SWZ nie został, zdaniem Izby, w żaden sposób uzasadniony w treści odwołania. Przytoczenie przepisów ustawy nie stanowi uzasadnienia zarzutu.

Odnosząc się do zarzut naruszenia art. 99 ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp, Izba uznała zarzut za niezasadny. Zgodnie z art. 99 ust. 5 ustawy Pzp „Przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Przedmiotowy przepis ma zatem zastosowanie, jeśli zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt. W takiej sytuacji zamawiający jest zobowiązany wskazać w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności. Zdaniem Izby mechanizmy symetryczne i niesymetryczne nie są nazwami własnymi, które wskazują na konkretnego wykonawcę lub produkt. Są to określone funkcjonalności macierzy. Funkcjonalności te nie stanowią żadnej tajemnicy, nie są opatentowane, ani zamknięte dla wybranej grupy producentów. Jak wykazano w trakcie postępowania odwoławczego istnieje wiele podmiotów oferujących ww. funkcjonalności. Tym samym, przepis art. 99 ust. 5 ustawy Pzp nie ma zastosowania.

Zarzuty podlegający rozpoznaniu w sprawie o sygn. akt: KIO 1527/22

Zdaniem Izby, zarzuty podniesione przez Odwołującego 2 są niezasadne.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 16 ust. 1 ustawy w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie parametrów technicznych macierzy dyskowej w sposób utrudniający uczciwą konkurencję z uwagi na uprzywilejowanie macierzy wykorzystujących architekturę x86, a co za tym idzie wyeliminowanie macierzy wykorzystujących procesory wszystkich pozostałych producentów (o innej architekturze niż x86), Izba uznała zarzut za niezasadny. Za niesporne pomiędzy stronami uznać należy to, że architektura x86 nie jest jedyną architekturą na bazie, której mogą być tworzone procesory stosowane w macierzach. Nie było pomiędzy stronami sporne również to, że istnieje także architektura ARM oraz, że wymóg, aby macierz dyskowa była wyposażona w procesory o architekturze x86, eliminuje macierze wyposażone w procesory w architekturze ARM, co zresztą stanowiło podstawę zarzutu sformułowanego przez Odwołującego 2.

Analizując zgromadzony materiał dowodowy i oświadczenia stron Izba wzięła pod uwagę, że architektura x86 nie jest technologią jednego producenta, ale sposobem przepływu danych w procesorze i sposobem ich kolejowania. Zamawiający jak i Przystępujący przedstawili dowody na to, że istnieje wielu producentów procesorów w architekturze x86, jak również przedstawił dowody, że wielu producentów macierzy w swoich rozwiązaniach korzysta z procesorów w architekturze x86. A zatem nie jest tak jak twierdzi Odwołujący 2, że wymagana przez Zamawiającego architektura systemu ogranicza rynek do jednego czy dwóch producentów.

W swojej argumentacji i przedstawionych dowodach Odwołujący 2 podkreślał, że producent Huawei nie może zaoferować swoich produktów bowiem oparte są one o architekturę ARM. Odwołujący 2 w treści odwołania wskazał na okoliczności, które, w jego ocenie, uzasadniają dopuszczenie produktów z architekturą ARM. Podkreślał, że architektura wymagana przez Zamawiającego nie jest skorelowana z żadnym innym wymaganiem funkcjonalnym zawartym w OPZ, wskazał, iż macierze Huawei z procesorami w architekturze ARM posiadają dużą ilość rdzeni i umożliwiają osiągnięcie wysokiej liczby operacji 10PS, osiągając wynik 21mln 10PS przy bardzo niskich opóźnieniach na poziomie 0,367ms. Była to konfiguracja wyposażona w 32 kontrolery i 576 dysków NVMe, co potwierdza wysoką wydajność rozwiązania opartego o procesory ARM. Odwołujący 2 złożył dowody wydajności macierzy OceanStor Dorado 1800 V6. Jednakże zdaniem Izby, Odwołujący 2 nie uprawdopodobnił, że zaistniało nieuzasadnione ograniczenie rynku poprzez możliwość zaoferowania urządzeń tylko jednego producenta czy też niezadane wyeliminowanie rozwiązań porównywalnych/równoważnych.

Po pierwsze, Odwołujący 2 co najwyżej wykazał, że nie można zaoferować produktów firmy Huawei, bowiem oparte są one na architekturze ARM. To jednak samo w sobie na stanowi podstawy do stwierdzenia naruszenia zarzucanych przepisów ustawy Pzp.

Po drugie, Odwołujący 2 nie wykazał, że architektura ARM zapewniała analogiczne lub te same funkcjonalności, co macierze wyposażone w procesory x86. Przywołane przez Odwołującego 2 dane i testy w treści odwołania nie są adekwatne do potrzeb i wymagań Zamawiającego opisanych w OPZ. Należy wskazać, że test na jaki powołuje się Odwołujący 2 trwał 8h, a w przypadku Zamawiającego macierz ma pracować 24h na dobę przez okres minimum 60 miesięcy. Konfiguracja macierzy jest również odmienna od potrzeb Zamawiającego opisanych w SWZ. Podobnie złożony przez Odwołującego 2 dowód na rozprawie w postaci wyników testu dla macierzy Huawei nie ma znaczenia dla sprawy. Dotyczy on bowiem procesorów do macierzy o zupełnie innych parametrach niż opisanych w SWZ. Jak wynika zaś ze złożonych przez Przystępującego dowodów tj. wyników niezależnych testów dostępnych na stronie internetowej www.spec.org, wyniki testów CP dla procesorów o architekturze x86 są znaczenie lepsze niż tych opartych na architekturze ARM. Tym samym, twierdzenie Odwołującego 2 dotyczące analogicznych lub tych samych funkcjonalności architektury ARM w stosunku do x86 – uwzględniając wyniki niezależnych testów – Izba uznaje za niezasadne.

Po trzecie, zdaniem Izby, twierdzenia Odwołującego 2 dotyczące mniejszego zużycia energii przez procesory oparte na architekturze ARM nie zostały w żaden sposób wykazane.

Po czwarte, Izba uznała za wiarygodnie stanowisko Przystępującego, że macierze oparte o procesory x86 pozwalają na tworzenie własnego oprogramowania zgodnego z x86 i uruchamianie ich bezpośrednio na macierzy dyskowej, a przez to eliminuje się konieczność zakupu dodatkowych serwerów aplikacyjnych, zmniejszając tym samym koszty takiego systemu oraz jego skomplikowanie. Skutkuje to również podniesieniem niezawodności, bezpieczeństwa i wydajności całego systemu. Odwołujący 2 w tym zakresie nie wykazał okoliczności przeciwnych. Nie wykazał również, iż architektura ARM w tym zakresie może być uznana za równoważną czy porównywalną.

Po piąte, zdaniem Izby, Zamawiający w sposób wystarczający uzasadnił dobór architektury x86 oraz wykazał, iż architektura ta stosowana jest u wielu producentów procesorów. Przedłożył w tym zakresie wydruki ze strony producentów procesorów potwierdzających szerokie zastosowanie architektury x86. Wykazał również znacznie lepszą wydajność

procesorów opartych na architekturze x86 poprzez odwołanie się do testów publikowanych na stronie www.spec.org.

Po szóste, zdaniem Izby, nie ma zastosowania w analizowanym stanie faktycznym przywołane w treści odwołania przez Odwołującego 2 stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z którym SWZ nie powinna się odwoływać do nazw technologii zaimplementowanych w wewnętrznej strukturze procesora. Architektura x86 stanowi nazwę technologii, jest otwartą architekturą wzorcową budowy procesorów. Ma ona charakter jawny oraz nie jest objęta ochroną patentową. Zamawiający nie wymaga w OPZ wykorzystania do budowy procesorów określonej technologii typu 3DNow!, HT, czy MMX. Wskazuje wyłącznie otwartą wzorcową architekturę, dostępną dla każdego producenta.

Odnosząc się zaś do dowodów złożonych przez Odwołującego 2, Izba zauważa, wyciągi ze SWZ dotyczące innych postępowań, prowadzonych przez innych zamawiających, nie mają znaczenia dla sprawy. Izba nie ma wiedzy na temat tych postępowań, ich przebiegu, uwarunkowań w jakich były prowadzone, a tym bardziej potrzeb poszczególnych zamawiających jakie miały zostać zrealizowane w ramach prowadzonych postępowań. Przedmiotem oceny Izby są wymagania Zamawiającego w tym konkretnym postępowaniu, jego uwarunkowania. Złożone przez Odwołującego 2 karty techniczne macierzy Huawei jak również wydruki wydajnościowe dotyczące macierzy NETAPP i STORE nie mają znaczenia dla spraw dotyczą bowiem urządzeń o konfiguracji nie znajdującej odzwierciedlenia w SWZ.

Izba ponadto wskazuje, że z informacji zawartych w dowodach złożonych przez Przystępującego wynika, że procesory ARM są stosowane na szeroką skalę, ale w elektronice konsumenckiej, głównie w urządzeniach mobilnych takich jak telefony, smartfony, tablety. Głównie charakteryzują się tym, że pracują na bardzo niskich napięciach, dzięki czemu są bardzo małe, co skutkuje również bardzo niską ceną. Dzięki tym cechom możliwe jest ich stosowanie w elektronice konsumenckiej, która charakteryzuje się niskimi kosztami wytworzenia i sprzedaży, jednakże skutkuje to niskim poziomem niezawodności oraz żywotności. Przystępujący w tym zakresie powołał się na stanowisko dr hab. inż. D. M., pracownik Katedry Mikroelektroniki i Technik Informatycznych Politechniki Łódzkiej, który w prezentacji Procesory ARM w systemach wbudowanych", "Rodzina procesorów ARM". Procesory w architekturze x86 wykorzystują wiodący dostawcy rozwiązań macierzowych, tacy jak: Dell Technologies, DDN, Fujitsu, Hitachi Vantara, HPE, IBM, Infinidat, Inspur, Infortrend, Kaminario, Lenovo, NetApp, Oracle, Pure Storage, Tegile, Zadara, QSAN, Quantum, Western Digital, Violin Systems. Na potwierdzenie swoich twierdzeń Przystępujący złożył oświadczenie firmy Arrow ECS Sp. z o.o., dystrybutora na rynek polski

kilku producentów macierzy dyskowych, z którego wynika, że każdy z wymienionych w oświadczeniu producentów macierzy dyskowych w swojej ofercie posiada urządzenia wyposażone w procesory zaprojektowane w architekturze x86 i są one dostępne w sprzedaży na dzień 21.06.2022 r.

Izba stoi na stanowisku, że aby odwołanie oparte o zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i art. 99 ust. 1 i 4 ustawy mogło zostać uwzględnione, nie jest wystarczające wskazanie, że istnieją inne rozwiązania niż dopuszczone przez zamawiającego. Te inne rozwiązania muszą być jeszcze rozwiązaniami oferującymi zamawiającemu oczekiwany przedmiot zamówienia (rozwiązaniami, o których można powiedzieć, że są równoważne). Nadto konieczne jest wskazanie, że rzeczywiście dochodzi do wyeliminowania niektórych wykonawców. W ocenie Izby temu Odwołujący 2 nie podołał. Tym samym nie wykazał, że opis przedmiotu zamówienia rzeczywiście ogranicza konkurencję, natomiast Zamawiający wykazał, że przewidziane przez niego rozwiązanie posiada swój konkurencyjny rynek.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wymagania z pkt 7 lp.1 OPZ - Macierz nie może zajmować w szafie więcej niż 4RU (rack unit), Izba uznała zarzut za niezasadny. Zdaniem Izby Zamawiający w sposób wystarczający i zasadny wykazał konieczność ograniczenia rozmiarów zamawianych macierzy. Zamawiający wskazał na ograniczenia dotyczące dostępnych powierzchni oraz uwarunkowania związane z planowanymi zakupami dodatkowych urządzeń, wskazanych we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym z dnia 20 kwietnia 2022 r. Izba wskazuje, że uzasadniając omawiany zarzut, Odwołujący 2 nie wykazał w jaki sposób doszło do naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący 2 wskazał wyłącznie na uwarunkowania związane z ewentualną realizacją prawa opcji przez Zamawiającego i koniecznością zapewnienia miejsca w szafie. Przy czym zakresem zarzutu Odwołujący 2 nie objął postanowień SWZ dotyczących prawa opcji i sposobu jego realizacji. Jak Izba wskazała powyżej, dla stwierdzenia naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp 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. Odwołujący 2 w żaden sposób nie odniósł do w/w okoliczności. Nie przedstawił zakresu potencjalnego ograniczenia konkurencji, skutków takiego ograniczenia dla rynku. Odwołujący 2 wskazał wyłącznie, że chciałaby zaoferować produkt o odmiennych rozmiarach, bo taki ma w ofercie. Postępowanie przetargowe nie stanowi narzędzia do zbywania produktów akurat posiadanych w ofertach poszczególnych wykonawców. Służy ono realizacji konkretnych potrzeb Zamawiającego.

Takie potrzeby w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wykazał. Jest oczywistym dla Izby, że Zamawiający musi wprowadzić w SWZ określone ograniczenia co do rozmiarów zamawianych urządzeń, zwłaszcza w sytuacji, w której Zamawiający planuje dalszą rozbudowę systemów i ma ograniczenie miejsca w serwerowni. Odwołujący 2 w żaden sposób jednak nie wykazał ani nawet nie uprawdopodobnił stopnia ograniczenia konkurencji na rynku poprzez zawężenie rozmiarów macierzy. Odwołujący 2 co najwyżej wskazał, że nie ma wymaganego produktu w swojej ofercie. Natomiast Zamawiający jak i Przystępujący wskazali, że sformułowane wymagania dotyczące macierzy są powszechnie stosowane na rynku, są racjonalne i proporcjonalne. Okoliczność, że Odwołujący 2 nie posiada w swojej ofercie produktów wymaganych przez Zamawiającego nie daje zdaniem Izby podstawy do narzucenia Zamawiającemu innych rozwiązań, przy braku wykazania zakresu ograniczenia konkurencji na rynku.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych stosowanie do wyniku postępowania oraz § 8 ust. 2 zd. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....