

WYROK
z dnia 27 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 26 maja 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2022 r. przez: **wykonawcę SUNTAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, ul. Boya-Żeleńskiego 5b**

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Skarb Państwa – Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, al. Jana Pawła II 70**

przy udziale **wykonawcy ADT Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 35** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1266/22 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę SUNTAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, ul. Boya-Żeleńskiego 5b** i:
 - 2.1.** 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, ul. Boya-Żeleńskiego 5b** 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 (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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:.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zakup i dostawa serwerów do centrów przetwarzania danych ARiMR”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 082-220498 w dniu 27 kwietnia 2022 r.

W dniu 9 maja 2022 r. odwołujący – SUNTAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 maja 2022 r. udzielonego przez prezesa zarządu, zgodnie z odpisem z KRS. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 9 maja 2022 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 16 ust. 1 ustawy Pzp 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 jedynie procesory firmy AMD oraz Intel (architekturę x86), a co za tym idzie wyeliminowanie macierzy wykorzystujących procesory wszystkich pozostałych producentów (o innej architekturze niż x86). 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 wskazał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu odwołujący 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 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 pozwalałoby na obiektywne konkurowanie wykonawców w postępowaniu i oferowanie sprzętu, który nie jest uprzywilejowany przez zapisy SWZ. Przez zaniechanie dokonania powyższych czynności zamawiający doprowadził do sytuacji, w której odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans).

Odwołujący wskazał na treść art. 99 ust. 4 ustawy i obowiązki zamawiającego wynikające z zasady zachowania uczciwej konkurencji określone w art. 16 ustawy. W treści załącznika nr

1 do Umowy „Specyfikacja Sprzętu IT i Oprogramowania” w tabeli nr 2 Zamawiający ustanowił m.in. następujące wymaganie: „Macierz dyskowa musi być wyposażona w procesory o architekturze x86”. W ocenie odwołującego wskazane wymaganie narusza regulację art. 99 ust. 4 ustawy przez uprzywilejowanie macierzy wykorzystujących procesory AMD oraz Intel oraz wyeliminowanie macierzy wykorzystujących procesory wszystkich pozostałych producentów. W odniesieniu do powyższego stanowiska wskazać należy, 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, których fragment odwołujący przytoczył.

Zwrócił uwagę, że wymóg zamawiającego, obligujący do dostarczenia macierzy wyposażonej w procesor o architekturze x86, nie koresponduje z żadnym innym wymogiem, bowiem każdy z pozostałych wymogów 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 urządzeniu z procesorem x86. Jednocześnie przykładowa architektura ARM lub inna dedykowana przez danego producenta macierzy ma szereg zalet w stosunku do x86, jak choćby:

- wyższa wydajność w konkretnych zastosowaniach (takich jak np. obsługa macierzy dyskowej);
- mniejsze zużycie energii, ze względu na brak zbędnych, niewykorzystywanych elementów układu, które muszą się znaleźć w procesorach o architekturze x86;
- niższa cena produkcji i eksploatacji;
- wyższa niezawodność, z uwagi na mniejsze zużycie energii i mniejszą temperaturę pracy.

Tym samym prezentowany wymóg nie niesie ze sobą obiektywnych korzyści dla zamawiającego, a jedynie sztucznie ogranicza konkurencję ze strony wielu producentów, którzy stosują rozwiązania dedykowane. W ocenie odwołującego w przypadku zamawiającego i prowadzonego przez niego postępowania nie zachodzą okoliczności, które w sposób szczególny (sprzeczny z powszechnymi rekomendacjami w zakresie sprzętu komputerowego) uzasadniałyby ograniczenie konkurencji do macierzy wykorzystujących jedynie procesory AMD oraz Intel. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmianę treści SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) przez wykreślenie wymagania: „Macierz dyskowa musi być wyposażona w procesory o architekturze x86”.

W dniu 11 maja 2022 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 12 maja 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca ADT Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał w jego interesie jest, aby postanowie-

nia SWZ pozostały niezmienione, a są prawidłowe, zgodne z prawem i uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego. Zarzuty odwołania zmierzają do narzucenia preferowanych przez odwołującego rozwiązań, co zmniejszy szanse przystępującego na uzyskanie zamówienia. Dla wzmocnienia argumentacji w zakresie posiadanego interesu wskazał na orzeczenia Izby sygn. akt KIO 708/14 z dnia 22 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 984/16 z dnia 20 czerwca 2016 r. i sygn. akt KIO 287/18 z dnia 2 marca 2018 r. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 11 maja 2022 r. udzielonego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom.

W dniu 26 maja 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Jak wynika z uzasadnienia odwołania jego jedyny zarzut referuje wyłącznie do wymagania w treści załącznika nr 1 do Umowy „Specyfikacja Sprzętu IT i Oprogramowania” w tabeli 2, zgodnie z którym „macierz dyskowa musi być wyposażona w procesory o architekturze x86”. Odwołujący wskazał, że wymaganie to uprzywilejowuje produkty wykorzystujące procesory AMD oraz Intel.

Twierdzenie powyższe jest bezzasadne. Architektura x86 rozwijana jest od lat 70-tych do dnia dzisiejszego i jest wykorzystywana do budowy procesorów przez wielu producentów takich jak:

Intel - <https://www.intel.pl>

AMD - <https://www.amd.com>

DMP Electronics - <https://www.vortex86.com/>

VIA Technologies - <https://www.viatech.com/en/silicon/processors/>

RDC Semiconductor - <https://www.rdc.com.tw/?route=home/emk>

Zhaoxin - <https://www.zhaoxin.com/>

ZFMicro - <http://www.zfmicro.com/zfx86.html>

Montage Technology - https://www.montage-tech.com/Jintide_Platform/Jintide_CPU

Procesory o architekturze x86 wykorzystują czołowi dostawcy rozwiązań macierzowych, tacy jak:

- DDN
- Dell Technologies
- Fujitsu
- Hitachi Vantara
- HPE
- IBM
- Infinidat

- Inspur
- Lenovo
- NetApp
- Pure Storage
- Zadara

Wbrew teżom odwołującego, ustanowienie w postępowaniu wymogu wyposażenia macierzy dyskowych w procesory o architekturze x86 jest w pełni uzasadnione potrzebami zamawiającego. W ramach części 1 zamówienia wymagana jest dostawa 45 sztuk serwerów klasy x86 oraz 16 sztuk macierzy dyskowych. Urządzenia te pracować będą w ramach jednego zintegrowanego systemu, zaś intencją zamawiającego jest uzyskanie jak największego stopnia kompatybilności elementów wchodzących w skład tego systemu. Wymogi techniczne należy traktować w konsekwencji całościowo, a nie w odniesieniu tylko do macierzy dyskowych stanowiących jedynie element systemu. Dlatego też zamawiający wymaga, aby zarówno serwery jak i macierze dyskowe wyposażone zostały w procesory w architekturze x86.

Uruchomienie systemu, w którym pracować będą elementy oparte o architekturę x86 oraz inne elementy oparte o architekturę ARM rodzi ryzyko braku możliwie szerokiej zgodności tych elementów oraz może powodować niestabilność pracy systemu. Jest to uzasadniona potrzeba zamawiającego, która niesie za sobą obiektywne korzyści w postaci pełnej zgodności i maksymalnej niezawodności planowanego do uruchomienia systemu. Kompatybilność ta musi być zapewniona zarówno na płaszczyźnie zarządzania, jak i aplikacyjnej.

Z uwagi na fakt, że przedmiotowe rozwiązanie będzie stanowić element istniejącej już infrastruktury zamawiającego, z którą również musi być kompatybilne, istotne jest to, że cała już istniejąca infrastruktura zamawiającego oparta jest o rozwiązania wykorzystujące procesory x86. Dopuszczenie innych rozwiązań w zakresie procesorów może powodować niekompatybilność, wyrażającą się w niestabilnym działaniu aplikacji wykorzystywanych w systemach. Oprogramowanie dostosowane do jednego typu procesora może nie współpracować z procesorem drugiego typu. Możliwe jest, że oprogramowanie przeznaczone dla jednego typu procesora będzie działać na drugim, ale zwykle wiąże się to z dużymi stratami w zakresie wydajności i nieefektywności.

W powyższym kontekście należy rozpatrywać twierdzenie odwołującego, że „Zamawiający nie wymaga dostarczenia ani obsługi konkretnego oprogramowania, które mogłoby zadziałać jedynie na urządzeniu z procesorem x86”.

Teza ta, biorąc pod uwagę wskazany wyżej kontekst pozostaje w oderwaniu od przedmiotu zamówienia. Dostarczane rozwiązanie będzie stanowić element centrum przetwarzania danych zamawiającego. Nie jest ono dedykowane pod konkretną aplikację, lecz będzie wykorzystywane według potrzeb w strukturach różnych systemów zamawiającego. Systemy zamawiającego oparte są o różne oprogramowanie, zarówno systemowe, jak i aplikacyjne.

Część z tego oprogramowania tworzona była w czasach, kiedy nie stosowano rozwiązań opartych na architekturze ARM. Oznacza to, że znaczna część aplikacji albo nie będzie działać w takiej architekturze, albo ich działanie nie zostało do tej pory przetestowane, co niesie ze sobą olbrzymie ryzyko awarii kluczowych dla zamawiającego systemów. Co więcej, zdaniem zamawiającego, nie jest praktycznie możliwa do oszacowania skala koniecznych dostosowań w tym zakresie, lecz z dużą dozą prawdopodobieństwa nie można wykluczyć, że mogłoby to skutkować koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów w skali stanowiących nawet krotność wartości przedmiotowego zamówienia. Wskazane ryzyka zamawiający musi zniwelować poprzez dopuszczenie jedynie rozwiązań sprawdzonych, kompatybilnych z używanym przez niego sprzętem i oprogramowaniem.

Odwołujący wywodzi ponadto, że przykładowa architektura ARM lub inna dedykowana przez danego producenta macierzy ma szereg zalet w stosunku do x86, jak choćby wyższa wydajność w konkretnych zastosowaniach (takich jak np. obsługa macierzy dyskowej).

Podniósł, że powyższe twierdzenie odwołującego pozostaje gołosłowne i nie znajduje potwierdzenia w dostępnych danych w postaci wyników testów procesorów.

Jedynymi niezależnymi testami procesorów w architekturze ARM oraz x86 są testy publikowane na stronie www.spec.org. W tym miejscu zamawiający przedstawił wyniki CPU 2017 zmiennoprzecinkowe stawki i stawki całkowite dla producenta HUAWAI i kilku oferowanych przez niego modeli procesorów. Jak wynika z powyższego zestawienia (obejmującego procesory w architekturze ARM), najwyższy wynik dla procesorów wykonanych w architekturze ARM wynosi: 628 dla testów CPU2017 Integer Rates (Zmiennoprzecinkowe stawki) i 516 dla testów CPU2017 Floating Point Rates (Stawki całkowite).

W przypadku procesorów w architekturze x86 częstokroć wyniki dla testu CPU2017 Integer Rates (Zmiennoprzecinkowe stawki) przekraczają 800 pkt, natomiast dla testu CPU2017 Floating Point Rates (Stawki całkowite) ponad 700 pkt, co znowu zaprezentował zamawiający w formie tabelarycznej CPU 2017 Zmiennoprzecinkowe stawki i stawki całkowite dla producentów procesorów np. ASUS, Systemy Cisco, Dell Inc., Giga-Byte Technologies Co. Hewlett Packard, Lenovo, Nowy H3C Technology, Supermicro, Fujitsu.

Jak wynika z tych danych, architektura x86 zapewnia kilkadziesiąt procent większą wydajność niż ARM. W zakresie w jakim odwołujący wskazuje na:

- mniejsze zużycie energii, ze względu na brak zbędnych, niewykorzystywanych elementów układu, które muszą się znaleźć w procesorach o architekturze x86;
- niższą cenę produkcji i eksploatacji;
- wyższą niezawodność, z uwagi na mniejsze zużycie energii i mniejszą temperaturę pracy. Zamawiający stwierdził, że twierdzenia odwołującego w powyższym zakresie są całkowicie gołosłowne. Testy przywołane powyżej wskazują wręcz na odmienną tezę, zwłaszcza w zakresie wydajności procesorów.

Odwołujący wskazał, że producenci procesorów tworzą i implementują coraz to nowe techniki zwiększania ich wydajności w różnych zastosowaniach. Szczegóły tych rozwiązań są często utrzymane 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 kogoś z producentów procesorów.

Zamawiający wskazał zatem, że x86 nie jest technologią, lecz otwartą architekturą wzorcową budowy procesorów. Architektura ta nie jest trzymana w tajemnicy, nie jest opatentowana, ani zamknięta dla wybranej grupy producentów. Przywoływana przez odwołującego Rekomendacja Prezesa UZP nie dotyczy architektury, tylko technologii, które mogą być wykorzystywane do budowy procesora. Technologiami takimi dla architektury x86 mogłyby być przykładowo:

MMX – rozszerzenie architektury x86 wykorzystujące rejestry koprocesora dla instrukcji SIMD, stosowany w układach Pentium MMX i późniejszych

SSE, SSE2, SSE3 – rozszerzenie MMX, nowe rejestry dla instrukcji SIMD, wprowadzane sukcesywnie wraz z rozwojem linii Pentium II i III

3DNow! – zaproponowane przez AMD rozszerzenie MMX, stosowane i rozwijane konsekwentnie w procesorach od K6 w górę HT – technologia wielowątkowości współbieżnej

AMD-V, Intel VT-x - technologie pozwalające na wirtualizację

W opisie przedmiotu zamówienia nie zostały wskazane żadne technologie.

Zamawiający wskazał, że za jedyną istotną przewagę procesorów opartych na architekturze ARM nad procesorami x86 można uznać mniejsze zużycie energii. Z uwagi na to, że procesory ARM są bardzo oszczędne, zdominowały rynek małych urządzeń przenośnych, w szczególności smartfonów i tabletów, gdzie szczególnie istotna jest możliwość dłuższej pracy przy mniejszym zużyciu energii z wymagającej ładowania co jakiś czas baterii. Poza jednak oszczędnością energii procesory x86, inne istotne wskaźniki, a przede wszystkim wydajność i niezawodność są zdecydowanie wyższe w przypadku procesorów w architekturze x86.

Zauważył, że biorąc pod uwagę przeznaczenie zamawianych urządzeń zupełnie odmienne od małych przenośnych urządzeń zasilanych z ładowanych okresowo, cechy stanowiące zalety rozwiązań ARM nie mają znaczenia z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Obarczone są zaś wszystkimi wadami, które z punktu widzenia tychże potrzeb winny zostać wykluczone całkowicie lub w jak największym możliwym do osiągnięcia zakresie.

Wskazał, że tak, jak twierdzi odwołujący procesory ARM są mniej kosztowne w produkcji. W konsekwencji mogą być one tańsze w sprzedaży. Okoliczność ta wskazuje na to, że intencją odwołującego jest uzyskanie przewagi cenowej w postępowaniu przez dopuszczenie urzą-

dzeń, które nie odpowiadają uzasadnionym potrzebom zamawiającego, ale zapewniają przewagę konkurencyjną odwołującemu, który je chce zaoferować.

W związku z odmiennymi właściwościami charakteryzującymi obie architektury, w urządzeniach takich jak serwery czy macierze (objęte przedmiotem zamówienia w postępowaniu) do niedawna w praktyce nie znajdowały istotnego zastosowania.

Stan ten uległ zmianie w związku z sankcjami USA nakładanymi na jeden z chińskich koncernów, wskutek których istotnemu zakłóceniu uległ łańcuch dostaw tego koncernu skutkujący w szczególności ograniczeniem dostępu do procesorów w architekturze x86. Jednym z dalszych skutków tego procesu jest zastępowanie procesorów x86 w urządzeniach tego koncernu procesorami ARM, jak wskazano wyżej - z racji specyficznych właściwości dedykowanych raczej do urządzeń mobilnych aniżeli do urządzeń klasy opisanej w postępowaniu. Skutkuje to daleko idącą niepewnością co do parametrów takich urządzeń niezbędnych do ich użytkowanie zgodnie z ich przeznaczeniem. W szczególności należy wskazać, że brak jest znanych implementacji tego typu urządzeń, a w szczególności w tego typu organizacjach jaką jest zamawiający. Brak także wiarygodnych danych testowych dotyczących takich urządzeń.

Podkreślił, że kształtowanie przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w zgodzie z zasadami dotyczącymi udzielania zamówień publicznych powiązane jest z istnieniem uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Dla oceny zatem czy w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia do owego ukształtowania doszło w zgodzie z obowiązującymi w tym zakresie wymogami, punktem wyjścia do jakichkolwiek rozważań winny być właśnie owe potrzeby zamawiającego.

Nie da się tychże potrzeb oceniać w oderwaniu od zadań i celów działalności zamawiającego, ponieważ to one właśnie stanowią, czy też powinny stanowić zasadniczą determinantę dla dokonywanych przez niego wyborów w zakresie doboru narzędzi, jakimi posługiwać się on będzie w wykonywaniu swoich zadań i osiągnięciu celów przed nim postawionych. Takimi narzędziami są w szczególności urządzenia będące przedmiotem postępowania. Powyższe znajduje uzasadnienie także w orzecznictwie Izby, która wypowiadając się w kwestii tego, co determinuje uzasadnienie potrzeb zamawiających, wskazała m.in. w wyroku z 28 września 2015 r. (KIO 2014/15) na „cel, który dane zamówienie ma realizować, warunki prowadzenia działalności przez zamawiającego, wszelkie uwarunkowania i skutki zastosowania określonych rozwiązań (...)”.

Według zamawiającego nieuprawnione jest dokonywanie takiej oceny z punktu widzenia wyłącznie dyrektywy zapewnienia konkurencyjności rozumianej w sposób bezwzględny, tj. mającej mieć takie znaczenie, iż dopuszczeniu winny podlegać wszelkie urządzenia oferowane przez wszelkie podmioty występujące na rynku, które niekoniecznie zapewniają uzasadnione potrzeby zamawiającego.

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (ARiMR) powstała w 1994 r. w celu wspierania rozwoju rolnictwa i obszarów wiejskich. ARiMR została wyznaczona przez Rząd RP do pełnienia roli akredytowanej agencji płatniczej. Zajmuje się wdrażaniem instrumentów współfinansowanych z budżetu Unii Europejskiej oraz udziela pomocy ze środków krajowych. Agencja, jako wykonawca polityki rolnej, ściśle współpracuje z Ministerstwem Rolnictwa i Rozwoju Wsi. ARiMR podlega jednocześnie nadzorowi Ministerstwa Finansów w zakresie gospodarowania środkami publicznymi. Głównymi beneficjentami działań realizowanych przez ARiMR są rolnicy, mieszkańcy wsi, grupy producentów rolnych, przedsiębiorcy i samorządy lokalne. ARiMR udziela też pomocy podmiotom z sektora rybackiego.

Udzielana beneficjentom pomoc co roku sięga kwot dwudziestu kilku mld zł. Przy czym tylko co do beneficjentów pomocy bezpośredniej wiązało się to z koniecznością obsługi około 1.300.000 wniosków. W ramach unijnej perspektywy budżetowej na lata 2021-2027 z budżetu unijnego na polską wieś ma trafić 28,5 mld euro. Jest to łączna suma dopłat bezpośrednich oraz dotacji na rozwój obszarów wiejskich z Funduszu Odbudowy.

Ogromna skala prowadzonej działalności sprawia, że Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa jest największą agencją płatniczą w Europie.

Zgodnie z art. 4 Ustawy z dnia 9 maja 2008 r. o Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (Dz. U. 2019.1505, j.t.), zadaniem Agencji jest wspieranie:

- 1) inwestycji w rolnictwie, rybołówstwie, przetwórstwie produktów rolnych oraz przetwórstwie ryb, skorupiaków i mięczaków;
- 2) przedsięwzięć związanych ze wznowieniem produkcji w gospodarstwach rolnych i działach specjalnych produkcji rolnej, w których wystąpiły szkody spowodowane przez suszę, grad, deszcz nawalny, ujemne skutki przezimowania, przymrozki wiosenne, powódź, huragan, piorun, obsunięcie się ziemi lub lawinę, w rozumieniu przepisów o ubezpieczeniach upraw rolnych i zwierząt gospodarskich;
- 3) poprawy struktury agrarnej, w tym zwłaszcza tworzenia i powiększania gospodarstw rodzinnych w rozumieniu przepisów o kształtowaniu ustroju rolnego;
- 4) powstawania i rozwoju grup producentów rolnych lub ich związków oraz spółdzielni rolników w rozumieniu ustawy z dnia 4 października 2018 r. o spółdzielniach rolników (Dz. U. poz. 2073) lub ich związków;
- 5) rozwoju rolnictwa ekologicznego i edukacji w zakresie ekologii;
- 6) kształcenia mieszkańców wsi uprawnionych do otrzymania kredytów na zasadach określonych w przepisach o szkolnictwie wyższym i nauce;
- 7) zbioru, transportu i unieszkodliwiania padłych zwierząt gospodarskich z gatunku bydło, owce, kozy, świnie lub konie;

8) realizacji innych zadań wynikających z polityki państwa w zakresie rolnictwa, rozwoju wsi, rynków rolnych i przetwórstwa produktów rolnych lub ze Wspólnej Polityki Rolnej lub w zakresie objętym działem administracji rządowej - rybołówstwo.

2. Agencja realizuje zadania wymienione w ust. 1 zwłaszcza przez:

- 1) dopłatę do odsetek od kredytów bankowych;
- 2) częściową spłatę kapitału kredytu bankowego;
- 3) udzielanie gwarancji i poręczeń kredytowych, określonych w planie finansowym;
- 4) udzielanie poręczeń spłaty kredytów studenckich zaciąganych na podstawie przepisów o szkolnictwie wyższym i nauce - w przypadku zadania, o którym mowa w ust. 1 pkt 6;
- 5) finansowanie lub udział w finansowaniu - w przypadku zadań, o których mowa w ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 8.

3. Agencja realizuje zadanie, o którym mowa w ust. 1 pkt 3, w zakresie dotyczącym tworzenia i powiększania gospodarstw rodzinnych w szczególności przez dopłatę do odsetek od kredytów bankowych lub częściową spłatę kapitału kredytu udzielonego na zakup nieruchomości rolnych, które utworzą takie gospodarstwo albo wejdą w jego skład, z tym że kwota kredytu nie może przekraczać 90% wartości nabywanej nieruchomości, a okres spłaty kredytu nie może przekraczać 20 lat.

4. Dopłata do odsetek od kredytów bankowych i częściowa spłata kapitału kredytu bankowego, o których mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, są realizowane przez Agencję za pośrednictwem banków na podstawie zawartych z nimi umów.

5. Agencja prowadzi szkolenia w zakresie związanym z realizacją jej zadań, a także informuje o swoich działaniach i promuje je.

Zamawiający realizuje wszystkie powyższe zadania przy pomocy szeregu rozbudowanych systemów informatycznych, których działanie tym samym jest kluczowe z punktu widzenia realizacji tychże celów oraz dla skutecznego realizowania polityki rolnej w Rzeczypospolitej Polskiej. Systemy te wykorzystują zaś macierze, których zakup jest przedmiotem niniejszego Postępowania. Bez prawidłowego funkcjonowania macierzy nie jest możliwe prawidłowe funkcjonowanie systemów informatycznych, a w konsekwencji realizacja ustawowych celów Zamawiającego.

Z uwagi na powyższe zamawiający podniósł, że szczególnego znaczenia dla oceny zasadności postawionych w odwołaniu zarzutów nabierają takie okoliczności jak konieczność zapewnienia nieprzerwanego działania macierzy oraz minimalizacji ryzyka przerwania bądź zakłócenia ich pracy. Szczególności z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego, który jako akredytowana agencja płatnicza jest obowiązany zapewnić niezakłócone działanie systemów informatycznych oraz na bieżąco i bezpośrednio m.in. wprowadzać modyfikacje systemów informatycznych, np. po zmianie przepisów prawa UE i prawa

krajowego oraz na bieżąco wprowadzać zmiany w systemach w celu ogólnej poprawy działania systemów.

Na mocy § 1 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 9 września 2016 r. w sprawie przyznania Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa akredytacji jako agencji płatniczej (Dz.U.2020.315 j.t.) , Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa przyznano akredytację jako agencji płatniczej w rozumieniu art. 7 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1306/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. w sprawie finansowania wspólnej polityki rolnej, zarządzania nią i monitorowania jej.

Zgodnie z art. 4 ustawy z dnia 27 maja 2015 r. (Dz.U.2018.719 j.t.) o finansowaniu wspólnej polityki rolnej, Minister właściwy do spraw finansów publicznych przyznaje, w drodze rozporządzenia, uwzględniając zasady przyznawania jednostce organizacyjnej akredytacji jako agencji płatniczej określone w art. 7 rozporządzenia nr 1306/2013, w rozporządzeniu nr 907/2014 i w rozporządzeniu nr 908/2014.

Rozporządzenie Delegowane Komisji (UE) NR 907/2014 z dnia 11 marca 2014 r. uzupełniające rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1306/2013 w odniesieniu do agencji płatniczych i innych organów, zarządzania finansami, rozliczania rachunków, zabezpieczeń oraz stosowania euro (Dz.U.U.E.L.2014.255.18) w art. 1 ust. 2 stanowi, że aby zdobyć akredytację, agencja płatnicza powinna dysponować strukturą administracyjną i systemem wewnętrznej kontroli, które spełniają kryteria określone w załączniku I ("kryteria akredytacyjne"). W pkt 3B tego zaś załącznika jako kryterium wskazano „Bezpieczeństwo systemów informacyjnych”, odsyłające z kolei do szeregu norm z zakresu bezpieczeństwa informatycznego.

Powyższe oznacza po pierwsze, że zamawiający przy użyciu swojej infrastruktury informacyjnej, po pierwsze zadania o szczególnej doniosłości społeczno-gospodarczej. Po drugie zaś, iż dla zachowania możliwości realizacji tych zadań w charakterze akredytowanej agencji płatniczej, obowiązany jest do spełniania szczególnie wysokich wymagań z zakresu bezpieczeństwa tej infrastruktury.

Ma to bezpośrednie przełożenie na konieczność zapewnienia, także w postępowaniu, aby nabywane elementy tej infrastruktury pozwalały na spełnienie tych najwyższych wymagań.

W szczególności bezprzerwowe niezakłócone działanie i kompatybilność oraz stabilność całej posiadanej infrastruktury, w tym posiadanych macierzy i serwerów ma istotne znaczenie biorąc pod uwagę zadania statutowe Agencji.

Wszelkie przerwy bądź zakłócenia w pracy macierzy wiążą się z konsekwencją w postaci zwiększenia ryzyka niespełnienia przez zamawiającego kryteriów akredytacyjnych, wskutek czego z kolei środki finansowe wypłacane rolnikom nie będą mogły być refundowane przez Komisję Europejską. Zdarzenia tego typu mogą także spowodować bądź zwiększyć ryzyko

nieterminowej wypłaty środków pomocowych z tytułu działań obsługiwanych przez systemy informatyczne Agencji.

Aby ukazać skalę potencjalnych zagrożeń, wystarczy wspomnieć, że zgodnie z art. 5a rozporządzenia (UE) nr 907/2014, nieprzestrzeganie najpóźniejszej daty płatności w odniesieniu do Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich:

1) W odniesieniu do Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich zgodnie z przypadkami wyjątkowymi, o których mowa w art. 40 akapit pierwszy rozporządzenia (UE) nr 1306/2013 oraz zgodnie z zasadą proporcjonalności wydatki dokonane po upływie terminu płatności kwalifikują się do finansowania unijnego na warunkach określonych w ust. 2 6 niniejszego artykułu.

2) Jeżeli wydatki dokonane po upływie terminu, o którym mowa w art. 75 ust. 1 rozporządzenia (UE) nr 1306/2013, nie przekraczają progu 5 % wydatków dokonanych w terminie, nie stosuje się zmniejszenia płatności okresowych.

Jeżeli wydatki dokonane po upływie terminu, o którym mowa w art. 75 ust. 1 rozporządzenia (UE) nr 1306/2013, przekraczają próg 5 %, wszystkie kolejne wydatki dokonane z opóźnieniem zostają zmniejszone w odniesieniu do okresów określonych w art. 22 ust. 2 rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) nr 908/2014(* zgodnie z następującymi zasadami:

- a) wydatki dokonane między dniem 1 lipca a dniem 15 października roku, w którym upłynął termin płatności, zostają zmniejszone o 25 %;
- b) wydatki dokonane między dniem 16 października a dniem 31 grudnia roku, w którym upłynął termin płatności, zostają zmniejszone o 60 %;
- c) wydatki dokonane po dniu 31 grudnia roku, w którym upłynął termin płatności, zostają zmniejszone o 100 %.

W związku z powyższym zakłócenia w ciągłości działania systemów informatycznych Agencji mogą spowodować zmniejszenie refundowanych środków na realizację płatności bezpośrednich o min 10 % rocznej koperty finansowej, która wynosi rocznie kilkanaście miliardów zł, aż do 100% tejże kwoty w zależności od czasu opóźnienia w realizacji wydatków, które to czas opóźnienia pozostaje w ścisłej zależności od nieprzerwanego działania systemów czy też terminowości wdrażania niezbędnych modyfikacji systemów informatycznych.

Zamawiający, ze względu na wagę swoich ustawowych zadań związanych z koniecznością zapewnienia prawidłowego nieprzerwanego działania systemów informatycznych, czego warunkiem sine qua non jest nieprzerwane, niezakłócone działanie macierzy, stoi zatem na stanowisku, iż, z uwagi na wszystkie wskazane powyżej okoliczności, uzasadnione jest potrzebami zamawiającego sformułowanie w SIWZ w postępowaniu kwestionowanego przez Odwołującego wymagania.

Nota bene, pogląd zamawiającego o istotności ww. okoliczności (zadań zamawiającego) został już przez Izbę podzielony choćby w postanowieniu z dnia 30 czerwca 2016 r. (KIO/W

9/16, czy też w wyroku Krajowej Izby z dnia 15 stycznia 2021 r., KIO 2883/20, KIO 2893/20, KIO 2895/20). W ocenie zamawiającego opisane wyżej okoliczności istotne dla ustalenia potrzeb zamawiającego a także przyczyn i sposobu ukształtowania wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia w postępowaniu znajdują uzasadnienie także w ugruntowanej linii orzeczniczej. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z zajęтым stanowiskiem przez Izbę w wyroku z dn. 18.09.2017 r., sygn. akt KIO 1789/17, „nie stanowi postępowania, w którym zamawiający ma kupić cokolwiek, co wykonawcy zechcą mu sprzedać. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający jak każdy gospodarz dbający o swoje potrzeby uprawniony jest do kupna określonych rzeczy, a w ramach tych określonych rzeczy nieuprawniona jest taka specyfikacja techniczna, która eliminowałaby w sposób niezasadny określone przedmioty, a przez to ich producentów czy dystrybutorów. Podkreślić należy, że konkurencja nie polega na tym, że zamawiający ma dopuścić możliwość złożenia oferty na cokolwiek, lecz ma prawo określić swoje potrzeby. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję, co nie oznacza, że zasada konkurencji ma prowadzić do sytuacji, w której o zamówienie muszą ubiegać się wszyscy wykonawcy”.

Zamawiający wskazał również na orzeczenie Sądu Okręgowego w Gdańsku, wyrok z dnia 23 stycznia 2009 roku sygn. akt XII Ga 431/09.

Zgodnie więc z aktualną linią orzeczniczą i stanowiskiem doktryny zamawiający, jako gospodarz postępowania, ma prawo do dokonania takiego opisu zamawianych przez siebie produktów, które odpowiadają jego oczekiwaniom. Okoliczność, iż nie wszystkie produkty dostępne na rynku odpowiadają tym wymogom nie może stanowić przesłanki do stwierdzenia ograniczenia konkurencji. Każde postępowanie należy oceniać odrębnie. Powołał wyrok KIO z dn. 07.04.2016 r., sygn. akt KIO 444/16, wyrok KIO z 20.04.2017 r., sygn. akt KIO 651/17.

Co więcej, w ocenie zamawiającego nie oznacza samo przez się nieuprawnionego ograniczenia warunków konkurencyjnych w postępowaniu nawet ewentualne stwierdzenie, że wymagania postawione w SWZ może realnie spełnić jedynie rozwiązanie jednego producenta, lecz dostępne i dostarczane przez różne podmioty z branży IT, które w przeważającej części nie są producentami, o ile tylko wymagania postawione w SWZ wynikają z uzasadnionych potrzeb zamawiającego, na co wskazano powyżej. Jak wynika z wiedzy zamawiającego, podmiotów oferujących rozwiązanie określane przez odwołującego jako preferowane przez zamawiającego, jest wielu.

Podkreślenia wymaga także, że sam odwołujący jest również, (jak wynika z informacji zamieszczonych na jego własnej witrynie internetowej www.suntar.pl w zakładce „certyfikaty” co najmniej dwóch producentów (HPE oraz Fujitsu) rozwiązań opartych na procesorach x86.

W dniu 26 maja 2022 r. przystępujący złożył pisemne stanowisko procesowe, w którym podniósł, że zarzut pierwszy odwołania stanowi próbę narzucenia przez odwołującego własnego brzmienia opisu przedmiotu zamówienia, w celu preferowania określonego wyrobu, tj. macierzy dyskowych wyposażonych w procesory o architekturze ARM - na co wskazują twierdzenia odwołującego na str. 5 odwołania. Odwołujący w sposób nieuzasadniony usiłuje doprowadzić do obniżenia wymagań opisu przedmiotu zamówienia w celu umożliwienia mu zaofiarowania własnego produktu. Żądania odwołującego stoją w sprzeczności z zasadą proporcjonalności, odnoszącą się również do opisu przedmiotu zamówienia, bowiem procesory o architekturze ARM – mają inne zastosowanie i nie są powszechnie wykorzystywane w rozwiązaniach profesjonalnych.

Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2707/17, odnoszącym się do przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych z 29.01.2004 r., zachowującym jednak aktualność również pod rządami ustawy Prawo zamówień z 11.09.2019 r.

„W przypadku opisu przedmiotu zamówienia bezpośrednio zastosowanie może mieć zasada proporcjonalności zasadzająca się na tym, że kontroli może podlegać adekwatność opisu przedmiotu zamówienia przez pryzmat uzasadnionych potrzeb zamawiającego.”

W przypadku procesorów ARM – są one stosowane na szeroką skalę, ale w elektronice konsumenckiej.

Procesory ARM znane są z tego, że napędzają urządzenia mobilne takie 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. Identyczne stanowisko wyraził dr hab. inż. D. M., pracownik Katedry Mikroelektroniki i Technik Informatycznych Politechniki Łódzkiej, który w prezentacji Procesory ARM w systemach wbudowanych”, ”Rodzina procesorów ARM” , dostępnej również publicznie w sieci internetowej pod adresem <http://neo.dmcs.p.lodz.pl/arm/slajdy/slajdy2.old.pdf>, stwierdził:

- Procesory ARM są szeroko stosowane w systemach wbudowanych i systemach o niskim poborze mocy, ze względu na energooszczędną architekturę
- Procesor ARM jest jednym z najczęściej stosowanych procesorów na świecie. Jest używany w dyskach twardych, telefonach komórkowych, routerach, kalkulatorach a nawet w zabawkach dziecięcych

Z tych też powodów procesory ARM nie znajdują powszechnego zastosowania w rozwiązaniach profesjonalnych, gdzie kluczowe parametry to niezawodność i wydajność, natomiast na plan boczny schodzi pobór mocy.

Jednocześnie – określony przez zamawiającego wymóg, zgodnie z którym „Macierz dyskowa musi być wyposażona w procesory o architekturze x86” nie ogranicza konkurencji, jest bowiem wielu wykonawców, którzy mogą zaoferować macierze wyposażone w procesory o architekturze x86, która jest architekturą rozwijaną od kilkudziesięciu lat.

Przystępujący wskazał, że architektura x86 używana jest do budowy procesorów m.in. przez następujących producentów procesorów: AMD, DMP Electronics, Intel, Montage Technology, RDC Semiconductor, VIA Technologies, Zhaoxin, czy też ZFMicro.

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 powyższego 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 24.05.2022.

Dowód: oświadczenie Arrow ECS sp. z o.o. - dystrybutora na rynek polski producentów macierzy dyskowych - z dnia 24.05.2022 r.

W konsekwencji - twierdzenie odwołującego o uprzywilejowaniu produktów wykorzystujących procesory AMD oraz Intel, przez określenie wymogu, zgodnie z którym „Macierz dyskowa musi być wyposażona w procesory o architekturze x86” – str. 4 odwołania - jest całkowicie bezpodstawne.

Nie zasługują na uwzględnienie twierdzenia odwołującego – str. 5 odwołania – dotyczące wyższej wydajności w konkretnych zastosowaniach (takich jak np. obsługa macierzy dyskowej) architektury ARM lub innej dedykowanej przez danego producenta macierzy w stosunku do x86.

Odwołujący na potwierdzenie swojej tezy nie przedstawił żadnych dowodów. Tymczasem na stronie internetowej www.spec.org dostępne są niezależne testy procesorów w architekturze ARM oraz x86. Co istotne - nie występują inne niezależne testy procesorów w obu architekturach.

W przypadku procesorów o architekturze ARM maksymalny wynik to: 628 pkt – wynik testów CPU2017 Integer Rates, oraz 516 pkt - wynik testów CPU2017 Floating Point Rates.

Z kolei procesory o architekturze x86 osiągnęły wyniki w wielu przypadkach:

- dla testu CPU2017 Integer Rates - przekraczające 800 pkt, np. 813 pkt, 841 pkt, 808 pkt, 846 pkt, 817 pkt.
- dla testu CPU2017 Floating Point Rates wynoszą ponad 700 pkt, np. 700 pkt., 703 pkt, 708 pkt.:

Na dowód czego w stanowisku przedstawił zrzuty ekranowe tych wyników.

Twierdzenie odwołującego dotyczące wyższej wydajności architektury ARM – uwzględniając wyniki niezależnych testów – jest więc niezasadne.

Z kolei za całkowicie nieudowodnione przystępujący uznał twierdzenia odwołującego – str. 5 odwołania – dotyczące innych przewag architektury ARM lub innej dedykowanej przez danego producenta macierzy w stosunku do x86.

Wskazane twierdzenia są niemożliwe do weryfikacji. W chwili obecnej brak jest bowiem jakichkolwiek niezależnych testów i badań, które umożliwiłyby weryfikację niniejszej tezy.

Przywołany przez odwołującego – str. 5 odwołania – fragment rekomendacji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych – jest nieadekwatny w niniejszym stanie faktycznym.

Przywołany fragment rekomendacji Prezesa UZP nie znajduje zastosowania w niniejszym stanie faktycznym. Przystępujący nie zgodził się z odwołującym, że x86 stanowi nazwę technologii. x86 jest otwartą architekturą wzorcową budowy procesorów. Ma ona charakter jawny oraz nie jest objęta ochroną patentową. Natomiast dla architektury x86 można mogłyby być wskazać technologie wykorzystywane do budowy procesorów takiej jak: 3DNow!, HT, czy MMX.

W konsekwencji, w niniejszym stanie faktycznym w OPZ nie zostały wskazane technologie, ale architektura procesora, stąd rekomendacje Prezesa UZP – zostały przywołane przez Odwołującego w sposób (zdanie nie dokończone w oryginale pisma)

Przystępujący również zwrócił uwagę, że w uzasadnieniu odwołania – str. 6 odwołania – odwołujący, formułując twierdzenie, że określenie wymogu, zgodnie z którym „Macierz dyskowa musi być wyposażona w procesory o architekturze x86” - nie niesie ze sobą obiektywnych korzyści dla zamawiającego, stawia się w pozycji zamawiającego. Jednocześnie – uwzględniając całokształt wymagań SWZ w Części 1 oraz wiedzę przystępującego na temat rozwiązań opartych o architekturę x86 - ze wskazanym twierdzeniem nie sposób się zgodzić:

Tymczasem – przystępujący zwrócił uwagę, że w części I przedmiotem zamówienia jest dostawa 45 sztuk serwerów klasy x86 oraz 16 sztuk macierzy dyskowych.

Praca tych urządzeń odbywać się będzie w ramach jednego zintegrowanego systemu, stąd intencją zamawiającego może być uzyskanie jak największego stopnia kompatybilności elementów wchodzących w skład wskazanego systemu. Jest wysoce prawdopodobne, że zamawiający określając wymogi techniczne dotyczące elementów systemu traktował je całościowo, a nie w odniesieniu tylko do macierzy dyskowych. Dlatego też zamawiający zawarł wymóg, aby zarówno serwery, jak i macierze dyskowe wyposażone zostały w procesory w architekturze x86.

Ponadto, uruchomienie systemu, w którym pracować będą elementy oparte o architekturę x86 oraz inne elementy oparte o architekturę ARM rodzi ryzyko braku możliwie szerokiej

zgodności tych elementów oraz niestabilność pracy systemu. Stabilność pracy systemu może stanowić obiektywną potrzebę zamawiającego, a określenie wymogu, którego dotyczy odwołanie, niesie za sobą obiektywne korzyści w postaci pełnej zgodności i maksymalnej niezawodności planowanego do uruchomienia systemu.

Co więcej, wykorzystanie macierzy dyskowych opartych na architekturze x86 pozwala na proste i szybkie uruchomienie usług macierzowych, czy to na serwerach klasy x86, czy to w publicznych chmurach obliczeniowych takich jak Azure, AWS, GCP, które również są w pełni zgodne z architekturą x86. Producenci rozwiązań macierzowych x86 udostępniają produkty które pozwalają na takie integracje. Niektóre przykłady takich rozwiązań to:

1. NetApp ONTAP Select możliwy do uruchomienia na posiadanej platformie VmWare, który pozwala na bezpośrednią replikację z rozwiązaniami macierzowymi x86 firmy NetApp.
2. NetApp Cloud Volumes ONTAP możliwy do uruchomienia na publicznych chmurach obliczeniowych AZURE, AWS, GCP, który pozwala na bezpośrednią replikację z rozwiązaniami macierzowymi x86 firmy NetApp.
3. Dell EMC Multi-cloud Data Services for Dell EMC PowerScale możliwy do uruchomienia na publicznych chmurach obliczeniowych AZURE, AWS, GCP, który pozwala na bezpośrednią replikację z rozwiązaniami macierzowymi x86 Dell EMC PowerScale firmy Dell.
4. IBM Spectrum Virtualize for Public Cloud możliwy do uruchomienia na publicznych chmurach obliczeniowych AZURE oraz AWS, który pozwala na bezpośrednią replikację z rozwiązaniami macierzowymi x86 SVC, FS firmy Dell.
5. Pure Cloud Block Store możliwy do uruchomienia na publicznych chmurach obliczeniowych AZURE oraz AWS, który pozwala na bezpośrednią replikację z rozwiązaniami macierzowymi x86 firmy Pure Storage.

Z racji iż architektura ARM nie jest zgodna na poziomie binarnym z x86, nie ma możliwości aby uruchomić usługi pamięci masowych oparte o ARM na wykorzystywanym środowisku VmWare, czy publicznych chmurach obliczeniowych największych dostawców takich jak Azure, AWS, czy GCP.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd, zgodnie z którym zamawiający jest uprawniony do dokonania takiego opisu zamawianych przez siebie produktów, który zapewni mu uzyskanie przedmiotu zamówienia zaspokajającego jego uzasadnione potrzeby. Natomiast okoliczność, iż nie wszystkie produkty dostępne na rynku odpowiadają tym wymogom nie stanowi dostatecznej podstawy do uznania, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 października 2021 r., KIO 2814/21
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 września 2021 r., KIO 2074/21
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 lipca 2021 r., KIO 1724/21
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 stycznia 2021 r., KIO 3352/20

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2016 r., KIO 444/16

W tym stanie faktycznym – brak jest podstawy, w ocenie przystępującego, do uznania, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję wyłącznie z tego powodu, że wyrób preferowany przez odwołującego nie odpowiada wymaganiom OPZ, które są możliwe do spełnienia przez urządzenia różnych producentów, jak również zostały określone z uwzględnieniem obiektywnych potrzeb zamawiającego.

Reasumując – odwołanie jest całkowicie bezzasadne i zasługuje na oddalenie.

Odwołanie stanowi próbę narzucenia przez odwołującego własnego brzmienia opisu przedmiotu zamówienia, w celu preferowania określonego wyrobu, tj. macierzy dyskowych wyposażonych w procesory o architekturze ARM. Odwołujący w sposób nieuzasadniony usiłuje doprowadzić do obniżenia wymagań opisu przedmiotu zamówienia w celu umożliwienia mu zaoferowania własnego produktu. Żądania odwołującego stoją w sprzeczności z zasadą proporcjonalności, odnoszącą się również do opisu przedmiotu zamówienia, bowiem procesory o architekturze ARM – mają inne zastosowanie i nie są powszechnie wykorzystywane w rozwiązaniach profesjonalnych.

Twierdzenia odwołującego dotyczące przewag architektury ARM lub innej dedykowanej przez danego producenta macierzy w stosunku do x86 są albo bezpodstawne – w odniesieniu do wydajności – albo gołosłowne.

Natomiast wymóg, zgodnie z którym „Macierz dyskowa musi być wyposażona w procesory o architekturze x86” nie ogranicza konkurencji, jest bowiem wielu wykonawców, którzy mogą zaoferować macierze wyposażone w procesory o architekturze x86.

Określenie wymogu w sposób, w jaki dokonał tego zamawiający, niesie za sobą obiektywne korzyści dla zamawiającego, związane m.in. z zapewnieniem kompatybilności elementów wchodzących w skład systemu, stabilności pracy systemu, oraz uzyskaniem możliwości prostego i szybkiego uruchomienie usług macierzowych.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z ogłoszenia o zamówieniu, SWZ wraz z załącznikami oraz wyjaśnień treści SWZ.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W treści ogłoszenia zamawiający zawarł następujące postanowienia:

II.2.4)

Opis zamówienia:

1. Przedmiotem zamówienia jest:

1.1. zakup, dostawa i wdrożenie 45 sztuk fabrycznie nowych, nienoszących śladów uprzedniego użytkowania serwerów komputerowych klasy x86 spełniających co najmniej parametry i funkcjonalności opisane w rozdziale I pkt 2.1. SWZ, Tabela nr 1 oraz dostawa i wdrożenie 16

sztuk fabrycznie nowych, nieużywanych macierzy dyskowych (dalej „Sprzęt IT”), spełniających co najmniej parametry i funkcjonalności opisane w rozdziale I pkt 2.1. SWZ, Tabela nr 2 wraz z niezbędnym oprogramowaniem.

1.2. dostarczenie, w ramach przedmiotu zamówienia, niezbędnych licencji oprogramowania do zapewnienia wszystkich funkcjonalności (elementów i cech) Sprzętu IT;

1.3. udzielenie Gwarancji dla Sprzętu IT, przez okres 60 miesięcy dla serwerów x86 i 36 miesięcy dla macierzy dyskowych na warunkach opisanych w ppu wraz z załącznikami, stanowiącej załącznik 6.1 do SWZ.

2.7. W celu potwierdzenia zgodności oferowanych urządzeń z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, Zamawiający żąda złożenia następujących przedmiotowych środków dowodowych:

2.7.1. W zakresie Części nr 1 zamówienia - określonych w Rozdziale I, pkt 2.1 Tabela nr 1 SWZ (Minimalne parametry techniczne serwerów komputerowych klasy x86):

2.7.1.1. Wydruku ze strony producenta Sprzętu IT lub inny dokument potwierdzający, iż oferowany Sprzęt IT posiada certyfikat zgodności dla systemów: Microsoft Windows Server 2019, Red Hat Enterprise Linux 8.X, VMware 7.x. lub nowszych wersji.

2.7.1.2. Zrzut ekranu ze strony www.spec.org z datą ostatniej aktualizacji przed dniem złożenia oferty (data potwierdzona podpisem elektronicznym przez Wykonawcę), potwierdzający, że procesor klasy x86-64-bit osiąga wynik min 400 pkt w testach SPEC CPU2017 Integer Rate Results dla oferowanego serwera komputerowego klasy x86 w konfiguracji dwuprosesorowej.

Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów:

c.d. sekcji III.1.2.)

2.7.1.3. Oświadczenie Wykonawcy, że oferowany Sprzęt IT pochodzi z legalnego źródła i Zamawiający będzie miał możliwość wykupienia dla oferowanego Sprzętu IT dodatkowego wsparcia technicznego i produktowego producenta Sprzętu IT na terenie RP oraz, że oferowany Sprzęt IT jest objęty gwarancją producenta na terenie RP.

Tym postanowienia odpowiadają pkt. 2.1.1 – 2.1.3 SWZ oraz 2.7.1. SWZ.

Nadto w SWZ W pkt. 2.1. zawarto tabelę nr 1, w której w pkt. 2 opisano minimalne parametry techniczne serwerów komputerowych klasy x86 dla procesora:

Serwer musi być wyposażony w 2 procesory o parametrach przedstawionych poniżej:

Procesor klasy x86 – 64 bit osiągający min. 400 pkt w testach SPEC CPU 2017 Integer Rate Results dla oferowanego serwera w konfiguracji dwuprosesorowej. Zamawiający wymaga, aby wynik testu był dostępny publicznie na stronie www.spec.org w dniu składania ofert. Obsługa pamięci RAM pracujących z częstotliwością 3200 MT/s. Liczba rdzeni w każdym procesorze – 24.

W tabeli nr 2 Minimalne parametry techniczne macierzy dyskowych – 16 szt. W poz. 1 architektura – macierz dyskowa musi być wyposażona w procesory o architekturze x86.

W formularzu ofertowym zamawiający w zakresie wymagań złożenia oświadczenia TAK lub NIE oraz podania nazwy i adresu producenta, modelu, symbolu (oznaczenia) dla serwera i macierzy.

W dniu 20 maja 2022 zamawiający dokonał wyjaśnień treść SWZ oraz zmiany treści SWZ przez zmianę w rozdziale I pkt. 2.1. tabela nr 2 – minimalne parametry techniczne macierzy dyskowych – 16 szt. Wiersz lp. 9 oraz w załączniku nr 1A do SWZ tabela nr 3 – minimalne parametry techniczne oferowanych macierzy dyskowych wiersz lp. 9 dodaje się zapis w brzmieniu:

„Macierz musi być kompatybilna z posiadanym przez zamawiającego oprogramowaniem Data Protection Suite for VMware firmy Dell EMC i musi mieć pełne wykorzystanie jego funkcjonalności. Zamawiający zmienił termin składania ofert na dzień 7 czerwca 2022 r. godz. 10:00. W tym ostatnim zakresie zamawiający dokonał także sprostowania ogłoszenia o zamówieniu.

Dowody odwołującego:

Oświadczenie Huawei - D. W. Z. w dniu 26 maja 2022 r. oświadczył, że procesor zaimplementowany w rozwiązaniach macierzowych Huawei, mimo, że nie jest oparty o architekturę x86 nie ma wpływu na kompatybilność lub jej brak z infrastrukturą zamawiającego. Macierz ma za zadanie przechowywanie danych, a procesor służy tylko i wyłącznie do realizacji zadań związanych z zarządzaniem tym przechowywaniem i w każdym przypadku realizowane jest to za pomocą oprogramowania producenta macierzy napisanego i dedykowanego do tej konkretnej platformy sprzętowej macierzy.

Z artykułu Fujitsu A64FX: Serce najszybszego superkomputera świata z napędem ramienia, wynika, że Fujitsu A64FX to jeden z najpotężniejszych procesorów opartych na architekturze ARM. Nadto, że dotychczas Arm kojarzono z mniejszymi urządzeniami o niskim poborze mocy: smartfonami, telewizorami, inteligentnymi głośnikami, urządzeniami Internetu rzeczy (IoT), ale Fujitsu A64FX demonstruje moc technologii Arm w najbardziej wymagającej dziedzinie nauk obliczeniowych: obliczeniach wysokiej wydajności (HPC). Superkomputer Fugaku składa się 432 szaf z łącznie 158 976 procesorami Fujitsu A64FX i 8 milionami rdzeni arm.

Dowody zamawiającego:

Wydruk ze strony Suntar Certyfikaty, z których wynika, że Suntar jest złotych partnerem HP INC, Huawei autoryzowanym partnerem, HPE – autoryzowanym partnerem, Fujitsu Technology Solutions – autoryzowanym partnerem rozwiązań Enterprise

Z Artukułu Chrisa Mellor „Macierze w potrzasku, potrzebują nowego sprzętu do przechowywania: Huawei i amerykański blok technologiczny z 20 czerwca 2019, z którego wynika, że dostawy technologii w USA do Huawei i około jego 70 podmiotów stowarzyszonych są obecnie deptane przez amerykańskiego prezydenta Donalda Trumpa, którego administracja zakazała sprzedaży amerykańskiego oprogramowania i komponentów firmom z tak zwanej listy podmiotów bez licencji eksportowej, pozostawiając splątanych graczy łańcucha dostaw technologicznych na lodzie. Zakaz ma wejść w życie – po tym jak USA udzieliły 90 dniowego zwolnienia – w sierpniu. Gdy Huawei wyczerpie swoje zapasy procesorów, DRAM, dysków SSD, dysków twardych co zajmie trochę czasu – będzie musiał zatrzymać produkcję lub znaleźć subsytuty.

Z wydruku ze strony e.huawei.com/en/product/storage/all-flash-storage/details/pioniering-technologies wynika, że oferowany jest Kunpeng 920 – inteligentny procesor wykorzystujący procesor oparty na architekturze ARM, który oferuje najwyższą wydajność w branży: o 25% większą moc obliczeniową niż następny lepszy.

Z wydruku ze strony Intel wynika, że Intel przedstawiła na Dniach Architektury 2021 szczegółowe informacje na temat dwóch nowych architektur procesorów centralnych x86. Pierwsza wydajna architektura hybrydowa firmy Intel i Intel Thread Director, Procesory Intela do centrów danych nowej generacji, architektury jednostek przetwarzających infrastrukturę i nadchodzące architektury graficzne.

Z wydruku strony amd.com, wynika, że architektura AMD Infinity przesuwa granice wydajności, efektywności, funkcji zabezpieczeń i ogólnej przepustowości systemu x86, aby spełnić obietnicę wysokowydajnych centrów danych i centrów danych dla przedsiębiorstw.

Ze strony viatech.com wynika, że oferuje ona wiodącą na rynku wydajność w przeliczeniu na wat, ultra-niskie zużycie energii i zaawansowane zabezpieczenia sprzętowe, szeroką gamę procesorów VIA x86.

Ze strony Vortex86.com, wynika, że vortex86EX to wysoko wydany i w pełni statyczny 32 bitowy procesor x86 z kompatybilnością z systemami Windows, Linux, i najpopularniejszymi 32 – bitowymi RTOS.

Ze strony rdc.com.tw wynika, że platforma EMkore, to nowy dwurdzeniowy procesor zaawansowana produkcja procesorów, fab architektura obsługująca architekturę x85 pod względem wydajności.

Z wydruku ze strony zhaoxin.com wynika, że misją firmy jest badania i rozwój niezależnych chińskich praw własności intelektualnej do rdzeniowego układu procesora x86 w celu promowania ogólnego rozwoju chińskiego przemysłu informacyjnego

Z wydruku ze strony montage-tech.com wynika, że montage Jintide CPU to rodzina procesorów x86 z funkcjami PrC lub DSC. Oparty na technologii DSC Uniwersytetu Tsinhua procesor Jintide oparty na architekturze x86 współpracuje z HSDIMM firmy Montage, aby

zapwnić atrakcyjne zabezpieczenia systemu na poziomie krzemowym dla serwerów branży przetwarzania w chmurze.

Z wydruku ze strony Dell.com wynika, że układy 380 hybrydowe posiadają procesor Intelu.

Z wydruku ze strony ibm.com wynika, że posiadają one procesor Intelu,

Z wydruku ze strony purestorage wynika, że w jej ofercie występują macierze all-flash wykorzystujące standardowe procesory x86.

Z wydruku ze strony Hitachivantara.com wynika, że nowe aktualizacje Hitachi HCI dołącz Intel's 3 rd generowanie skalowanych procesów (znanych również jako Ice Lake), pamięci trwałej Optane i technologii RDMA w celu wykorzystania potencjału szybkiego przetwarzania danych wprowadzonych w dyskach Optane gen 2.

Z informacji z wikipedii.org wynika, że NetApp_Fass w swoich modelach wykorzystuje różne procesory w tym Intelu.

Z tabeli zawierającej informacje szczegółowe dla NDMP wynika, że wśród serwerów plikowych NAS nie ma Fujitsu, ani Huawei, jest natomiast HP NAS OS: 5:5

Dowody przystępującego:

Z oświadczenia Arrow ECS Sp. z o.o. ul. Sosnowiecka 79, 31-345 Kraków z 24 maja 2022 r. działającego jako oficjalny dystrybutor na rynek polski producentów macierzy dyskowych takich jak:

- DellEMC
- PureStorage
- NetApp
- IBM
- Infinidat

wynika, że każdy z wyżej wymienionych producentów macierzy dyskowych w swojej ofercie posiada urządzenia wyposażone w procesory zaprojektowane w architekturze x86 i są one dostępne w sprzedaży na dzień 24.05.2022.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 525 ust. 1 – 3 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut 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 ma-

cierzy dyskowej w sposób utrudniający uczciwą konkurencję z uwagi na uprzywilejowanie macierzy wykorzystujących jedynie procesory firmy AMD oraz Intel (architekturę x86), a co za tym idzie wyeliminowanie macierzy wykorzystujących procesory wszystkich pozostałych producentów (o innej architekturze niż x86)

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba uznała za niesporne pomiędzy stronami, że architektura x86 nie jest jedyną architekturą na bazie, której mogą być tworzone procesory stosowane w macierzach. Nie było pomiędzy stronami sporne, że istnieje także architektura ARM i nie było również sporne, że wymóg, aby macierz dyskowa była wyposażona w procesory o architekturze x86, eliminuje macierze wyposażone w procesory w architekturze ARM. Zamawiający tłumaczył potrzebę zastosowania architektury x86 swoimi specyficznymi potrzebami wynikającymi z roli, jaką pełni dla gospodarki rolnej kraju, a związanymi z potrzebą niezwodności back up`u (w tym związanych z wysyceniem procesora, redundancją, wirtualizacją i replkacją danych), kompatybilności w ramach systemów operacyjnych i aplikacyjnych posiadanych przez zamawiającego. Zwracał uwagę, że odwołujący nie kwietionował wymogu zeoferowania w tej samej części postępowania serwerów z procesorami w architekturze x86, co w ocenie zamawiającego wskazywało na konieczność żądania macierzy z procesorami w tej samej architekturze dla uniknięcia niekompatybilności. Izba ustaliła, że odwołujący przedstawił oświadczenie producenta Huawei, że zastosowanie architektury innej niż x86 w pocesorach stosowanych w macierzy nie wpłynie na kompatybilność lub jej brak z infrastruktura zamawiającego.

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 kolejkowania.

Zamawiający przedstawił 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 (w dowodach głównie wskazywano, że były to procesory Intela). Zamawiający zatem przedstawił dowody na to, że istnieje konkurencyjność na rynku macierzy opartych o architekturę x86. Tej tezie odwołujący nie przeczył potwierdzając w protokole rozprawy z dnia 26 maja 2022 „Jeżeli chodzi o stanowisko przeciwników, że architektura x86 dotyczy wielu producentów, to jest to prawda”. Odwołujący natomiast poza wskazaniem na dwóch potencjalnych producentów Huawei i Fujitsu mogących oferować rozwiązania macierzowe oparte o procesory w innej architekturze niż x86 (Fujitsu – architektura ARM -według złożonego artykułu o superkomputerze Fudako, i Huawei – nieokreślona architektura procesora ale inna niż x86, według oświadczenia Huawei), nie uprawdopodobnił, że zaistniało ograniczenie rynku macierzowego przez wyeliminowanie producentów i/lub dystrybutorów macierzy opartych o architekturę inną niż

x86. Nie przedstawił choćby dowodów na to, jaki rynek macierzy na innej architekturze będzie wyeliminowany, żeby wykazać, że rzeczywiście doszło do ograniczenia konkurencji. Nie wykazał także poprzestając jedynie na twierdzeniach, że macierze z procesorami o różnych architekturach można uznać za produkty równoważne. Odwołujący wprawdzie wskazał w odwołaniu na lepszą wydajność, mniejsze zużycie energii, niższą cenę i koszty eksploatacji, wyższą niezawodność, jednak też tych nie próbował nawet wykazać. Nie można bowiem uznać za wykazanie wydajności artykułu o superkomputerze Fudako, gdyż jak słusznie zauważyli zamawiający i przystępujący celem jego działania nie jest przechowywanie danych, ale wydajność w zakresie mocy obliczeniowej. Izba nie podważa też tego artykułu, że procesor ARM-owy może mieć zastosowania profesjonalne i nieogranicza się jedynie do drobnego sprzętu jak smartfony, telewizory, czy elementy elektroniki w zabawkach, ale dowód ten nie dotyczy segmentu rynku, na którym prowadzone jest przedmiotowe postępowanie.

Zamawiający natomiast przedstawił wyciągi z wyników wydajności procesorów w architekturze X86 i w architekturze ARM, z których wynikało, że architektura x86 jest wydajniejsza. Odwołujący wyników tych nie podważał, nie kwestionował doboru platformy, na której prowadzone były testy, ani nie przedstawił własnych dowodów obalających dowody zamawiającego. Izba stoi na stanowisku, że aby odwołujący mógł skutecznie powołać się na ograniczenie konkurencji w postępowaniu powinien uprawdopodobnić istnienie takiego ograniczenia, czego w ocenie Izby odwołujący nie dokonał. Odwołujący nie wskazał, jak duży jest rynek macierzy opartych o architekturę ARM, nie wskazał, że poza Huawei istnieją inni producenci zdolni do zaoferowania takich macierzy na potrzeby postępowania zamawiającego. Odwołujący wprawdzie przedstawił artykuł prasowy dotyczący superkomputera Fudako stworzonego przez producenta Fujitsu, ale ten dowód nie mógł służyć wykazaniu ograniczenia konkurencji, bo pomiędzy stronami nie było sporu, że Fujitsu posiada także w swojej ofercie macierze z procesorami w architekturze x86. Wprawdzie odwołujący twierdził, że macierze Fujitsu z procesorami w architekturze x86 nie spełniają wymagań zamawiającego, ale nie tylko tego nie udowodnił, co więcej nawet nie wskazał, jakie są to macierze i jakich wymagań zamawiającego nie spełniają. Tym samym twierdzenia w tym zakresie odwołującego były gołosłowne. Odwołujący również nie przedstawił dowodu na okoliczność, że macierz, którą zamierza zaoferować w postępowaniu nie jest macierzą opartą o architekturę x86. Złożył oświadczenie producenta Huawei, w którym jest jedynie podane tyle, że procesor zaimplementowany w rozwiązaniach macierzowych Huawei nie jest oparty o architekturę x86. Z tego oświadczenia nie wynika jednak o jaką architekturę jest oparty, ani nie wynika, że Huawei nie oferuje rozwiązań macierzowych oparty o architekturę x86. Przystępujący natomiast twierdził, że producent Huawei posiada rozwiązania macierzowe Ocean Stor 2200 v3 i Ocean Stor 2600 v3, które posiadają procesory w

architekturze x86. Tym samym odwołujący nie wykazał kwestii spornej, że zamawiający kwestionowanym przez odwołującego postanowieniem ograniczył konkurencyjność postępowania, eliminując jakiś sektor rynku macierzowego bez uzasadnionej potrzeby. Natomiast zamawiający przedstawił dowody świadczące, że wskazana przez niego architektura procesora w macierzach nadal celuje w znaczny rynek tak producentów procesorów jak i producentów macierzy pozwalając na pozyskanie ofert konkurencyjnych. Dowody te zostały także poparte dowodem przedstawionym przez przystępującego tj. oświadczeniem firmy ARROW ECS, w którym również wskazano 5 producentów macierzy dyskowych z architekturą x86. Odwołujący nie przeczył również zamawiającemu, co do tego, że on sam jako dystrybutor jest partnerem HPE i Fujitsu (oferujących macierze z architekturą x86), oświadczając jedynie, że rozwiązania partnerów choć oparte o architekturę x86 nie spełniają innych wymagań zamawiającego. Tezy tej jednak nie udowodnił.

Podsumowując odwołujący nie wykazał, że zamierza oferować macierz opartą o inną architekturę niż x86, nie wykazał, że istnieje rynek macierzy opartych o architekturę inną niż x86, nie wykazał, że macierze te są produktami równoważnymi do macierzy zamawianych przez zamawiającego, nie wykazał również, że on sam lub producenci posiadających w swoich ofertach macierze oparte o architekturę inną niż x86 nie mogą zaoferować macierzy zgodnych z wymaganiami zamawiającego tj. opartych o architekturę x86.

Izba stoi na stanowisku, że aby odwołanie oparte o zarzut naruszenia art. 16 pkt. 1 i art. 99 ust. 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 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. Tym samym nie było niezbędne ustalenie, że ograniczenie wynika z uzasadnionych potrzeb zamawiającego, bo ponownie trzeba podkreślić nie ustalono w toku postępowania odwoławczego, że niedopuszczenie rozwiązań innych niż architektura x86 zaburzy konkurencję na rynku macierzy.

Postępowanie przed Izłą jest kontradiktoryjne, a strony obowiązane są dowodzić swoich twierdzeń, a w tej sprawie odwołujący temu obowiązkowi nie sprostał. Praktycznie poza wskazaniem, że istnieje inna architektura, odwołujący nie uprawdopodobnił wyeliminowania jakiegokolwiek wykonawcy, bo Fujitsu oferuje obie architektury, a nie wykazano, że jej macierz z dopuszczoną architekturą nie może być w postępowaniu zaoferowana. Co do Huawei, to nie obalił twierdzenia przystępującego, że Huawei ma macierze Ocean Stor 2200 v3 i 2660 v3, które mogą być macierzami z procesorami x86, ani nie wykazał jakie w

procesory wyposażone są macierze tego producenta. Izba nie może zastępować stron w gromadzeniu materiału dowodowego, a informacje, które w tym postępowaniu mogłyby służyć ustaleniu istotnych faktów nie należą do wiedzy powszechnej, jest to wiedza branżowa, do której dostęp jako wykonawca działający w branży ma odwołujący, tym samym nie było podstaw do przyjęcia tez odwołującego za udowodnione na podstawie art. 532 ust 1 i 2 ustawy.

Izba odnosząc się do wniosku odwołującego o otwarcie rozprawy na nowo w związku z dokonaną przez zamawiającego zmianą SWZ z dnia 20 maja 2022 r. oraz odpowiedzią udzieloną przez zamawiającego na pytanie 4 wskazuje, że informacja o wprowadzeniu zmian do SWZ ograniczających konkurencyjność postępowania tylko i wyłącznie do sprzętu DELL EMC nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia. Przede wszystkim dokonana zmiana nie dotyczy postanowień SWZ kwestionowanych w odwołaniu tj. tabeli nr 2 Minimalne parametry techniczne macierzy dyskowych – 16 szt., gdzie w poz. 1 architektura – macierz dyskowa musi być wyposażona w procesory o architekturze x86. To postanowienie nie uległo zmianie, zmianie uległa poz. 5 i 9 tabeli nr 2, które nie były objęte zakresem odwołania. Nadto zarzuty odwołania wskazywały na ograniczenie konkurencji do macierzy z procesorami Intel i AMD, natomiast odwołujący na podstawie wyjaśnień z dnia 20 maja 2022 r., chciałby obecnie wykazać, że to ograniczenie jest dalej idące bo wskazuje na możliwość zaoferowania wyłącznie sprzętu DELL EMC – takiego zarzutu nie było w treści odwołania. Zgodnie z art. 555 ustawy Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Nadto w przedmiotowym postępowaniu żądanie odwołania sprowadza się do wykreślenia z tabeli nr 2 Minimalne parametry techniczne macierzy dyskowych – 16 szt., w poz. 1 architektura wymagania „macierz dyskowa musi być wyposażona w procesory o architekturze x86”. Zadośćuczynienie temu żądaniu nie eliminowałoby natomiast wprowadzonych wyjaśnieniami SWZ z dnia 20 maja 2022 r. postanowień w poz. 5 i 9 tabeli nr 2, co w ocenie Izby także stanowi o tym, że ujawniona okoliczność nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy sygn akt KIO 1266/22. Już jedynie na marginesie należy zauważyć, że okoliczność, którą odwołujący uzasadnia potrzebę otwarcia rozprawy zaistniała przed zamknięciem rozprawy w dniu 25 maja 2022 r., gdyż zamawiający dokonał modyfikacji treści SWZ i udzielił odpowiedzi na pytania pismem datowanym na dzień 20 maja 2022 r., a wedle stanowiska odwołującego z wniosku o otwarcie rozprawy opublikowanym w dniu 23 maja 2022 r., a więc na 3 dni przez rozprawą w sprawie sygn akt KIO 1266/22. Co więcej na posiedzeniu poprzedzającym rozprawę zamawiający uzupełnił dokumentację postępowania o przedmiotowe wyjaśnienia z dnia 20 maja 2022 r., a odwołujący nie wnioskował o udzielenie mu przerwy w rozprawie, czy o odroczenie rozprawy w celu zapoznania się z dokonanymi przez zamawiającego zmianami. Zatem możliwość wskazania na okoliczności wynikające z przedstawionych wyjaśnień istniała w dacie rozprawy (dowód

był dla odwołującego dostępny na rozprawie), a odwołujący nawet nie podjął próby wykazania, że potrzeba powołania tej okoliczności wyniknęła po zamknięciu rozprawy. Tym samym Izba nie znalazła podstaw usprawiedliwiających otwarcie rozprawy na nowo na podstawie art. 551 ust. 2 ustawy.

W związku z brakiem podstaw do otwarcia rozprawy w sprawie sygn akt KIO 1266/22 wniosek o połączenie tej sprawy ze sprawą z odwołania wniesionego w dniu 26 maja 2022 r. stał się bezprzedmiotowy i nie podlegał rozpoznaniu.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczzonego wpisu odwołującego.

Przewodniczący: