

Sygn. akt: KIO 1416/15

WYROK

z dnia 16 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2015 r. przez wykonawcę **Qumak S.A. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Wojskowy Instytut Łączności im. prof. dr hab. Janusza Groszkowskiego w Zegrzu**

przy udziale wykonawcy **M. L.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **ML Consulting M. L. w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Qumak S.A. w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **Qumak S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Qumak S.A. w Warszawie** na rzecz **Wojskowego Instytutu Łączności im. prof. dr hab. Janusza Groszkowskiego w Zegrzu** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Wojskowy Instytut Łączności im. prof. dr hab. Janusza Groszkowskiego w Zegrzu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa i instalacja superkomputera, macierzy, urządzeń sieciowych oraz wdrożenie systemu OpenStack i CEPH”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 czerwca 2015 r., nr 2015/S 118-213740. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 23 czerwca 2015 r.

W dniu 3 lipca 2015 r. wykonawca Qumak S.A. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia oraz sporządzeniu postanowień wzoru umowy, na którego warunkach zamawiający zamierza zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który zapewnia równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w szczególności poprzez nieuzasadnione preferowanie wykonawców oferujących wyłącznie posiadane przez zamawiającego rozwiązanie oparte na produktach firmy Dell,
- 2) art. 29 ust. 1, 2, 3 ustawy Pzp przez wadliwe określenie i opisanie przedmiotu zamówienia oraz poprzez określenie parametrów równoważności przedmiotu zamówienia w SIWZ, wskazujących wyłącznie na jednego producenta firmy Dell, co w konsekwencji sprawia, że zapisy o równoważności są fikcyjne i wyłącza możliwość złożenia konkurencyjnej oferty z rozwiązaniem równoważnym do rozwiązania opartego o produkty firmy Dell,
- 3) art. 56 i art. 353¹ kodeksu cywilnego oraz 484 § 2 k.c., art. 491 § 2 k.c. jak i art. 494 k.c. w związku z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp przez wadliwe określenie i opisanie w sposób niezgodny z zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami postanowień wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 4 do SIWZ.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w zamawiający naruszył szereg przepisów prawnych w tym zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania

oferentów, publikując ogłoszenie i SIWZ, który faworyzuje, a praktycznie ogranicza grono wykonawców wyłącznie do tych, którzy oferują zamawiającemu rozwiązanie oparte na produktach firmy Dell w części serwerowej oraz produktach EMC w części macierzowej. Zdaniem odwołującego zamawiający w SIWZ wyłącza konkurencyjność postępowania, co sprawia, że partnerzy handlowi i producent Dell oraz EMC nie czują zagrożenia ze strony innych oferentów i w konsekwencji oferują dogodnie dla siebie ceny. Umożliwienie złożenia ofert równoważnych do rozwiązania opartego o produkty firm Dell oraz EMC pozwoli zamawiającemu na otrzymanie ofert z optymalną ceną. Odwołujący wywiódł, że parametry wyszczególnione w poszczególnych kwestionowanych zapisach SIWZ to parametry wyłącznie produktów firmy Dell. Zamawiający nie wskazał w SIWZ żadnych innych cech i parametrów równoważnych. W chwili obecnej na rynku producentów sprzętu i oprogramowań komputerowych istnieje duża konkurencja - niektórzy z producentów produkują komponenty lepsze i tańsze, współpracujące z innymi urządzeniami/oprogramowaniami. Odwołujący podniósł, że nieuzasadnione od strony technicznej jest żądanie, aby oferowane rozwiązanie oparte zostało o produkty firm Dell oraz EMC, możliwość pełnej kompatybilności oferowanego rozwiązania z rozwiązaniem posiadanym przez zamawiającego osiągnięta powinna być przez odpowiedni opis parametrów i konkretnych wymagań dotyczących rozwiązania, a nie w drodze ograniczania konkurencji poprzez zawężenie możliwych konfiguracji w ramach danej oferty. Nie ma żadnych przesłanek wydajnościowych i biznesowych oraz technicznych do stosowania przez zamawiającego wyłącznie rozwiązania opartego na produktach firmy Dell oraz EMC.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący sformułował zarzuty wobec konkretnych postanowień SIWZ.

I.a.

Serwery Obliczeniowe typu A / Serwery obliczeniowe typu B / Serwery składowania danych / Serwery wirtualizacyjne typu C, Diagnostyka i bezpieczeństwo

- *zintegrowany z płytą główną moduł TPM*
- *wbudowany czujnik otwarcia obudowy współpracujący z BIOS i kartą zarządzającą lub oprogramowanie umożliwiające monitorowanie przez Administratora zmian konfiguracji serwera, m.in. kart PCI Express, dysków twardych, procesorów, pamięci RAM,*

Odwołujący wywiódł, że jest to rozwiązanie rzadko stosowane w serwerach typu rack (ze względu między innymi na montaż szafach rack, które posiadają zabezpieczenia przed otwarciem) i łącznie z pozostałymi parametrami SIWZ wskazuje na jednego producenta sprzętu, firmę Dell. Domagał się usunięcia przedmiotowego wymagania.

I.b.

Serwery Obliczeniowe typu A / Serwery Obliczeniowe typu B / Serwery składowania danych / Serwery Wirtualizacyjne typu C, Wewnętrzna pamięć masowa

Możliwość instalacji min. 16TB w wewnętrznej pamięci masowej typu Hot Plug 7.2k RPM, możliwość instalacji dysków twardych typu: SATA, NearLine SAS, SAS, SSD dostępnych w ofercie producenta serwera.

Zainstalowane min. dwa dyski twarde typu SAS o pojemności min. 1,2TB.

Zainstalowana dodatkowa redundantna, wewnętrzna pamięć masowa typu flash, dedykowana dla hypervisora wirtualizacyjnego o łącznej pojemności min. 32GB, umożliwiająca konfigurację zabezpieczenia typu „mirror” lub RAID 1 z poziomu BIOS serwera, rozwiązanie nie może powodować zmniejszenia wymaganej minimalnej ilości wewnętrznej pamięci masowej w serwerze oraz dostępnych portów USB

Odwołujący podniósł, że zamawiający wymaga, aby serwer był wyposażony w redundantne, wewnętrzne karty SD z możliwością skonfigurowania mirroru między nimi. Takie specyficzne rozwiązanie stosuje jedynie firma Dell, zapis ten eliminuje pozostałych producentów. Odwołujący wniósł o usunięcie przedmiotowego wymogu.

I.c.

Serwery Obliczeniowe typu B / Serwery składowania danych, Interfejsy sieciowe

Minimum cztery interfejsy sieciowe 10Gb Ethernet SFP+, interfejsy sieciowe nie mogą zajmować żadnego z dostępnych slotów PCI Express oraz portów USB. Wsparcie dla protokołów iSCSI Boot oraz IPv6,

Możliwość instalacji wymiennie modułów udostępniających:

- *dwa interfejsy sieciowe 1 GbE w standardzie BaseT oraz dwa interfejsy sieciowe 10 GbE ze złączami w standardzie SFP+*
- *cztery interfejsy sieciowe 1 GbE w standardzie BaseT*

Dodatkowa czteroportowa karta 1GbE w standardzie BaseT.

Odwołujący podniósł, że możliwość instalacji wymiennie modułów, które nie zajmują slotów PCI-express w wyżej zaproponowanych układach oraz kart ze wsparciem dla iSCSI boot posiada jedynie producent serwerów firma Dell. Domagał się usunięcia tego wymogu.

I.d.

Macierz dyskowa typu A

Macierz musi być wyposażona w co najmniej 256GB (pojemność efektywna dostępna dla operacji zapisu po uwzględnieniu mechanizmu cache mirror zabezpieczającej przed 37 awarią pamięci cache) przestrzeni cache służącej do buforowania operacji odczytu oraz zapisu dostępne dla każdego wolumenu macierzy.

Cache (do odczytu i zapisu) musi mieć możliwość rozbudowy do 512GB przy pomocy modułów DDR/kolejnych kontrolerów/dysków SSD. Dla dysków SSD nie może być to funkcjonalność tieringu.

Macierz dyskowa typu B

Macierz musi być wyposażona w co najmniej 96GB (pojemność efektywna dostępna dla operacji zapisu po uwzględnieniu mechanizmu cache mirror zabezpieczającej przed awarią pamięci cache) przestrzeni cache służącej do buforowania operacji odczytu oraz zapisu dostępne dla każdego wolumenu macierzy.

Cache (do odczytu i zapisu) musi mieć możliwość rozbudowy do 256GB przy pomocy modułów DDR/kolejnych kontrolerów/dysków SSD. Dla dysków SSD nie może być to funkcjonalność tieringu.

Odwołujący podniósł, że obecne brzmienie zapisów stawia technologię realizacji cache macierzy przy pomocy dysków SSD na równi z tradycyjnym cache opartym na szybkiej pamięci RAM, co jest rażącym uproszczeniem. W istocie są to technologie komplementarne i nie powinny być traktowane tożsamo. Odwołujący wniósł o usunięcie przedmiotowego wymagania w zakresie wymagań lub o ograniczenie wymagania do wyspecyfikowania ilości pamięci cache opartej na RAM w kontrolerach i możliwości jej rozszerzenia w zakresie odczytów za pomocą pamięci flash.

I.e.

Macierz dyskowa typu A i B

Macierz musi wspierać tworzenie wolumenów logicznych w rozmiarach do 256 TB.

Odwołujący podniósł, że wymaganie maksymalnej wielkości wolumenu 256TB jest zapisem znacząco ograniczającym konkurencję a jednocześnie faworyzującym producenta macierzy EMC. Wykorzystywanie tak wielkich wolumenów nie jest stosowane w obecnie praktyce na rynku w branży IT. Odwołujący wniósł o usunięcie przedmiotowego wymagania lub o zmianę wymagania do poziomu charakterystycznego dla macierzy tej klasy - 16TB.

I.f.

W tej części odwołania odwołujący podniósł, że brak technologii InfiniBand, która jest obecnie standardem do budowania klastrów komputerowych, przejawia brak wiedzy przy projektowaniu klastra. Budowanie klastra w oparciu o Ethernet 10G, który jest przestarzałą technologią (2009 - 2010 r.) to błąd w sztuce. Wywiódł, że zastosowana w serwerach obliczeniowych typu A oraz typu B technologia 10 GbE jest zdecydowanie niewystarczająca. Zamawiający zamierza użyć wymaganych interfejsów Ethernet do składowania oraz wymiany danych pomiędzy węzłami, co jest sama w sobie ideą budowy klastra. W celu wykorzystania mocy procesorów oraz akceleratorów graficznych zainstalowanych w serwerach konieczna jest sieć o większej przepustowości oraz mniejszych opóźnieniach. We wszystkich polskich i zagranicznych centrach obliczeniowych technologią stosowaną do łączenia serwerów w klastrach obliczeniowych jest InfiniBand FDR. Jest to technologia

zapewniająca około 6 razy większą przepustowość oraz, w zależności od wielkości pakietu danych, nawet 2,5 raza niższe opóźnienia w transmisji. Oznacza to iż serwery komunikują się ze sobą 2,5 raza szybciej ponieważ nie czekają na dostarczenie i przekazanie wiadomości. Odwołujący wniósł o zmianę wymagania wyspecyfikowanej technologii komunikacji dla klastra obliczeniowego na bardziej wydajną, obecnie standardem dla klastrów obliczeniowych - InfiniBand. Wywiódł, że zamawiający wyeliminował możliwość złożenia oferty z najkorzystniejszym i dedykowanym rozwiązaniem dla budowy klastra obliczeniowego opartym na technologii InfiniBand. Argumentował, że zamawiającemu nie wolno różnicować zobowiązań wykonawców w zakresie realizacji przedmiotu umowy w zależności od tego czy oferują oni produkt wskazany wprost przez zamawiającego w SIWZ, czy równoważny.

I.g. tiret pierwsze

Przełączniki brzegowe /Przełączniki sieci zarządzającej 1Gbps / Przełączniki rdzeniowe 1/10Gbps /Przełączniki dostępne typ A 1Gbps /Przełączniki dostępne typ B 1Gbps - parametry wydajnościowe

Wydajność przełączania minimum 200 gigapakietów na sekundę

Odwołujący wywiódł, że prawdopodobnie doszło do omyłki pisarskiej. Wniósł o zmianę wymagania do minimum 150Mpps (150 milionów pakietów na sekundę) gdyż nie istnieją na rynku urządzenia o wydajności 200 gigapakietów na sekundę.

I.g. tiret drugie

Przełączniki brzegowe /Przełączniki sieci zarządzającej 1Gbps / Przełączniki rdzeniowe 1/10Gbps /Przełączniki dostępne typ A 1Gbps /Przełączniki dostępne typ B 1Gbps - funkcjonalności warstwy L2

Obsługa do 254 instancji STP

Odwołujący wywiódł, że dla tej klasy urządzeń typową wspieraną ilością instancji STP jest 128. Ilość ta w zupełności wystarczy do zbudowania nawet najbardziej zaawansowanych topologii sieciowych a zawyżanie wymagań dotyczących ilości instancji STP powoduje ograniczenie konkurencji i niemożliwość złożenia konkurencyjnej oferty przy użyciu sprzętu wiodących na rynku producentów przełączników sieciowych. Wniósł o zmianę wymagania dla urządzenia na typową wspieraną ilość instancji STP - 128.

I.g. tiret trzecie

Przełączniki brzegowe /Przełączniki sieci zarządzającej 1Gbps / Przełączniki rdzeniowe 1/10Gbps /Przełączniki dostępne typ A 1Gbps /Przełączniki dostępne typ B 1Gbps - funkcje bezpieczeństwa

Obsługa Change of Authorization (CoA) RFC 5176

Odwołujący wywiódł, że funkcjonalność ta używana jest do autoryzacji na portach urządzeń końcowych i dotyczy przede wszystkim sieci LAN dla komputerów i drukarek. W środowisku Centrum Przetwarzania Danych funkcjonalność ta nie ma uzasadnienia a jedynie w sztuczny sposób organiczna konkurencję. Wniósł o usunięcie przedmiotowego wymagania.

I.g. tiret czwarte

Przełączniki brzegowe /Przełączniki sieci zarządzającej 1Gbps / Przełączniki rdzeniowe 1/10Gbps /Przełączniki dostępne typ A 1Gbps /Przełączniki dostępne typ B 1Gbps - zgodność ze standardami oraz zarządzanie, zabezpieczenia

Obsługa 802.3az-2010 - IEEE oraz 802.3az-2010 – EEE

Odwołujący wywiódł, że standardy 802.3az-2010, mające na celu poprawę sprawności energetycznej nie stanowią o jego maksymalnym poborze energii, który przekłada się wprost na koszty utrzymania urządzenia. Wniósł o zmianę wymagania dla urządzenia na wymaganie dotyczące maksymalnego poboru energii na, np. poziomie 260W.

I.h.

Przełączniki sieci transportowej 10Gbps/Przełączniki sieci komunikacyjnej 1Gbps - parametry wydajnościowe

Przepustowość minimum 960 Mpps L2 i L3

Odwołujący podniósł, że obniżenie poziomu przepustowości o około 1% pozwoli na zaoferowanie produktów wiodącego na rynku producenta przełączników sieciowych i zapewni możliwość konkurowania jednocześnie nie ograniczając wydajności sieci LAN. Wniósł o zmianę wymagania z 960 Mpps L2 i L3 na 950 L2 i L3.

Odwołujący w dalszej części odwołania argumentował, że zamawiający specyfikując infrastrukturę ogranicza wybór producentów wyłącznie do jednego producenta - Dell, który spełnia wymagania wskazane w poszczególnych zadaniach objętych przedmiotem zamówienia. Zamawiający nie precyzuje zapisów co do równoważności i nie pozwala na interpretację przedmiotowych zapisów. Wniósł o dopuszczenie rozwiązań równoważnych oraz określenie równoważności dla specyfikacji sprzętu w OPZ.

W dalszej części odwołania odwołujący uzasadnił zarzuty odnoszące się do sporządzonego przez zamawiającego wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zarzuty te nie zostaną przytoczone, gdyż odwołujący w trakcie posiedzenia przed Izbą je cofnął i w konsekwencji Izba o nich nie orzekała.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania. W trakcie rozprawy złożył pismo procesowe, w którym domagał się oddalenia odwołania. W piśmie jak i na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie M. L., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ML Consulting M. L. w Warszawie. Wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikację SIWZ, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe odwołującego, pismo procesowe zamawiającego, wydruki korespondencji mailowej prowadzonej przez odwołującego z przedstawicielami firm HP Polska i Lenovo, zestawienia tabelaryczne złożone przez zamawiającego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustalono, co następuje:

Zamawiający – Wojskowy Instytut Łączności im. prof. dr hab. Janusza Groszkowskiego w Zegrzu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa i instalacja superkomputera, macierzy, urządzeń sieciowych oraz wdrożenie systemu OpenStack i CEPH”.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba postanowiła oddalić wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający zgłosił wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie

art. 189 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, wskazując, że zostało ono wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Zgodnie ze znajdującym zastosowanie w analizowanej sprawie przepisem art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp – *odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej*. Nie było sporne pomiędzy stronami, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 czerwca 2015 r., zaś specyfikację istotnych warunków zamówienia zamawiający zamieścił na swej stronie internetowej dopiero w dniu 23 czerwca 2015 r. Izba stwierdziła, że pomimo iż w komparycji odwołania odwołujący wskazał, że wnosi odwołanie od postanowień zarówno ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to w rzeczywistości kwestionował wyłącznie postanowienia załącznika nr 3 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia) i załącznika nr 4 do SIWZ (wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego). Powyższe wynikało jednoznacznie z uzasadnienia odwołania. W tej sytuacji nie ulegało wątpliwości, że bieg dziesięciodniowego terminu na wniesienia odwołania rozpoczął się dopiero w dniu 23 czerwca 2015 r., to jest w dniu zamieszczenia SIWZ na stronie zamawiającego. Dopiero bowiem w tej dacie odwołujący miał możliwość zapoznania się z postanowieniami załączników nr 3 i 4 do SIWZ i sformułowania poprawnych zarzutów. Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że odwołujący, który wniósł odwołanie wobec postanowień SIWZ w dniu 3 lipca 2015 r. zachował termin ustawowy.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę M. L., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ML Consulting M. L. w Warszawie, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Stwierdzono, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Na etapie dokonywania przez zamawiającego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia jak również wzoru umowy, sporządzenie tego opisu lub wzoru w taki sposób, który może naruszać uczciwą konkurencję jak również w sposób, który może uniemożliwić wykonawcy złożenie oferty prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba poczyniła rozważania natury ogólnej odnoszące się do wszystkich zarzutów generalnie.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, *nie można opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję*. Zakaz ten oznacza, że zakazane jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Jednakże zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, po to tylko żeby dopuścić możliwość ofertowania przez wszystkich wykonawców i odnośnie wszystkich produktów znajdujących się w ich ofercie. Oznacza jedynie, iż zamawiający winien dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie. Izba stwierdziła, że dla stwierdzenia naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wystarcza wprowadzenie możliwości utrudnienia konkurencji. Jednakże wykazanie możliwości naruszenia uczciwej konkurencji nie może ograniczyć się do twierdzeń wykonawcy, przesuując w ten sposób cały ciężar dowodzenia wyłącznie na zamawiającego, przy założeniu, iż jeśli nie udowodni on tezy przeciwnej, należy uznać daną okoliczność za wystarczająco wykazaną. Przeczy to zarówno kontradiktoryjnemu charakterowi postępowania odwoławczego, jak i rozkładowi ciężaru dowodu (art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp), a i brzmienie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie uprawnia do takiego wniosku. Biorąc powyższe pod uwagę, w analizowanej sprawie to odwołujący powinien udowodnić możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji przez kwestionowane postanowienia SIWZ odnosząc się do opisu przedmiotu zamówienia. Zdaniem Izby odwołujący nie sprostał ciężarowi wykazania możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji, co zostało przedstawione w części szczegółowej uzasadnienia.

W dalszej kolejności stwierdzono, że zgodnie z przepisem art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, *przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”*.

Z powołanego przez odwołującego przepisu wynika, że obowiązek dopuszczenia przez zamawiającego rozwiązań równoważnych i w konsekwencji opisanie tzw. parametrów

równoważności aktualizuje się wyłącznie wtedy, gdy zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. A contrario obowiązku takiego nie ma, gdy zamawiający w celu opisu przedmiotu zamówienia posługuje się cechami technicznymi, funkcjonalnymi.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że zamawiający nie zawarł w opisie przedmiotu zamówienia zapisów o dopuszczeniu rozwiązań równoważnych i nie opisał parametrów równoważności. Obowiązany był zatem wskazać, w których miejscach w SIWZ zamawiający użył nazwy znaku towarowego, patentu czy pochodzenia. Izba stwierdziła, że pomimo postawienia zarzutu naruszenia art. 29 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący nie zdołał wskazać Izbie takich postanowień. W szczególności w żadnym miejscu SIWZ zamawiający nie wymagał dostawy określonego produktu firmy Dell czy EMC. Wobec powyższego stwierdzono, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia poprzez wskazanie jego cech i funkcjonalności, a nie poprzez wskazanie znaku towarowego, patentu czy pochodzenia. Nie musiał zatem zamieszczać w SIWZ postanowień o dopuszczeniu rozwiązań równoważnych ani opisywać parametrów równoważności.

1. Zarzut I.a. odwołania

Ustalono, że zamawiający w załączniku nr 3 do SIWZ sformułował następujący wymóg odnośnie przedmiotu zamówienia, jaki mają dostarczyć wykonawcy:

Serwery Obliczeniowe typu A / Serwery obliczeniowe typu B / Serwery składowania danych / Serwery wirtualizacyjne typu C, Diagnostyka i bezpieczeństwo

- *zintegrowany z płytą główną moduł TPM*
- *wbudowany czujnik otwarcia obudowy współpracujący z BIOS i kartą zarządzającą lub oprogramowanie umożliwiające monitorowanie przez Administratora zmian konfiguracji serwera, m.in. kart PCI Express, dysków twardych, procesorów, pamięci RAM,*

Odwołujący wywiódł, że jest to rozwiązanie rzadko stosowane w serwerach typu rack i łącznie z pozostałymi parametrami SIWZ wskazuje na jednego producenta sprzętu, firmę Dell. Domagał się usunięcia przedmiotowego wymagania.

Zarzut nie jest zasadny. Izba stwierdziła, że odwołujący nie zdołał udowodnić spornych okoliczności faktycznych, na których oparł swój zarzut. Stwierdzono, że odwołujący nie zdołał udowodnić sytuacji na rynku, więc nie wiadomo czy rzeczywiście rozwiązanie wymagane przez zamawiającego jest rzadkością na rynku. Nie wiadomo, czy a jeżeli tak to jakie firmy oprócz podawanych w odwołaniu Dell, HP, Lenovo liczą się na rynku dostępnych rozwiązań. Nie wiadomo, jakie produkty oferują liczący się na rynku producenci i które z nich spełniają postawiony wymóg. Jedyne dowody jakie odwołujący złożył Izbie, to wydruki prywatnej korespondencji mailowej, prowadzonej przez odwołującego z przedstawicielami

firm Lenovo i HP. Z korespondencji elektronicznej prowadzonej z firmą Lenovo wynikało jedynie, że nie stosuje ona w swych rozwiązaniach czujnika otwarcia obudowy. Dostrzeżenia wymagało, że firma ta nie odniosła się natomiast do dopuszczonego przez zamawiającego rozwiązania alternatywnego w postaci oprogramowania umożliwiającego monitorowanie przez administratora zmian konfiguracji serwera. Z kolei firma HP w korespondencji elektronicznej kierowanej do odwołującego w ogóle nie odnosiła się do ww. kwestii. W konsekwencji nie wiadomo czy produkty tej firmy spełniają określone przez zamawiającego wymogi. Wzięto również pod uwagę, że - jak słusznie wskazywał przystępujący - zamawiający nie wymagał zaoferowania rozwiązania opartego o produkty jednego producenta. Wobec powyższego można było zaoferować środowisko oparte o produkty różnych producentów. Zatem nawet gdyby odwołujący zdołał wykazać, czego nie uczynił, że wymaganego przez zamawiającego rozwiązania nie spełniają produkty dwóch z nieustalonej liczby producentów, nie oznaczałoby to jeszcze, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję w postępowaniu.

2. Zarzut I.b. odwołania

Ustalono, że zamawiający w załączniku nr 3 do SIWZ sformułował następujący wymóg odnośnie przedmiotu zamówienia, jaki mają dostarczyć wykonawcy:

Serwery Obliczeniowe typu A / Serwery Obliczeniowe typu B / Serwery składowania danych / Serwery Wirtualizacyjne typu C, Wewnętrzna pamięć masowa

Możliwość instalacji min. 16TB w wewnętrznej pamięci masowej typu Hot Plug 7.2k RPM, możliwość instalacji dysków twardych typu: SATA, NearLine SAS, SAS, SSD dostępnych w ofercie producenta serwera.

Zainstalowane min. dwa dyski twarde typu SAS o pojemności min. 1,2TB.

Zainstalowana dodatkowa redundantna, wewnętrzna pamięć masowa typu flash, dedykowana dla hypervisora wirtualizacyjnego o łącznej pojemności min. 32GB, umożliwiająca konfigurację zabezpieczenia typu „mirror” lub RAID 1 z poziomu BIOS serwera, rozwiązanie nie może powodować zmniejszenia wymaganej minimalnej ilości wewnętrznej pamięci masowej w serwerze oraz dostępnych portów USB

Odwołujący podniósł, że zamawiający wymaga, aby serwer był wyposażony w redundantne, wewnętrzne karty SD z możliwością skonfigurowania mirrora między nimi. Takie specyficzne rozwiązanie stosuje jedynie firma Dell, zapis ten eliminuje pozostałych producentów. Odwołujący wniósł o usunięcie przedmiotowego wymogu.

Zarzut nie jest zasadny. Izba stwierdziła, że wbrew stanowisku odwołującego zamawiający nie wymagał wyposażenia serwera w kartę SD. Dostrzeżenia wymagało, że

zamawiający posłużył się w SIWZ określeniem „pamięć masowa typu flash”, które obejmuje nie tylko karty SD ale i inne urządzenia będące pamięciami typu flash, jak choćby dyski SSD oparte na tego typu pamięci. Wzięto również pod uwagę, że w kwestionowanym postanowieniu dopuścił rozwiązanie alternatywne, co do którego odwołujący nie twierdził w odwołaniu, że stosuje je wyłącznie firma Dell. Wobec powyższego należało uznać, że rozwiązanie alternatywne jest powszechnie dostępne na rynku. W dalszej kolejności stwierdzono, że odwołujący nie zdołał wykazać, jakoby rozwiązania oparte o kartę SD, oferuje tylko firma Dell. Stwierdzono, że odwołujący nie zdołał udowodnić sytuacji na rynku, więc nie wiadomo czy rzeczywiście rozwiązanie oparte o kartę SD stosuje tylko firma Dell. Nie wiadomo, czy a jeżeli tak to jakie firmy oprócz podawanych w odwołaniu Dell, HP, Lenovo liczą się na rynku dostępnych rozwiązań. Nie wiadomo, jakie produkty oferują liczący się na rynku producenci i które z nich spełniają postawiony wymóg. Wzięto również pod uwagę, że - jak słusznie wskazywał przystępujący - zamawiający nie wymagał zaoferowania rozwiązania opartego o produkty jednego producenta. Wobec powyższego można było zaoferować środowisko oparte o produkty różnych producentów. Zatem nawet gdyby odwołujący zdołał wykazać, czego nie uczynił, że wymaganego przez zamawiającego rozwiązania nie spełniają produkty dwóch z nieustalonej liczby producentów, nie oznaczałoby to jeszcze, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję w postępowaniu.

3. Zarzut I.c. odwołania

Ustalono, że zamawiający w załączniku nr 3 do SIWZ sformułował następujący wymóg odnośnie przedmiotu zamówienia, jaki mają dostarczyć wykonawcy:

Serwery Obliczeniowe typu B / Serwery składowania danych,

Interfejsy sieciowe

Minimum cztery interfejsy sieciowe 10Gb Ethernet SFP+, interfejsy sieciowe nie mogą zajmować żadnego z dostępnych slotów PCI Express oraz portów USB. Wsparcie dla protokołów iSCSI Boot oraz IPv6,

Możliwość instalacji wymiennie modułów udostępniających:

- dwa interfejsy sieciowe 1 GbE w standardzie BaseT oraz dwa interfejsy sieciowe 10 GbE ze złączami w standardzie SFP+*
- cztery interfejsy sieciowe 1 GbE w standardzie BaseT*

Dodatkowa czteroportowa karta 1GbE w standardzie BaseT.

Odwołujący podniósł, że możliwość instalacji wymiennie modułów, które nie zajmują slotów PCI-express w wyżej zaproponowanych układach oraz kart ze wsparciem dla iSCSI boot posiada jedynie producent serwerów firma Dell. Domagał się usunięcia tego wymogu.

Zarzut nie jest zasadny.

Zdaniem Izby, odwołujący nadinterpretował użyte przez zamawiającego sformułowanie „interfejsy sieciowe nie mogą zajmować żadnego z dostępnych slotów PCI oraz portów USB”. Analiza całości postanowień SIWZ prowadziła do wniosku, że zamawiający chciał zagwarantować dla siebie określoną ilość wolnych slotów PCI oraz portów USB. Na konieczność takiego rozumienia postanowień SIWZ wskazują zapisy załącznika nr 3 do SIWZ. W opisie wymagań odnośnie serwerów obliczeniowych typu B zamawiający wymagał minimum 6 slotów PCI Express i 5 portów USB (wiersz 5, 6 s. 29 zał. nr 3 do SIWZ). Z kolei w przypadku serwerów składowania danych zamawiający wymagał 6 slotów PCI Express i 4 portów USB (wiersz 5, 6 s. 33 zał. nr 3 do SIWZ). Z powyższych wymagań wynika, że oczekiwał określonej liczby wolnych slotów PCI Express i portów USB. Powyższe oznaczało, że można zaoferować rozwiązanie z większą ilością np. portów PCI lub USB i za ich pomocą spełnić wymagania zamawiającego. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że na przeszkodzie takiemu rozumieniu SIWZ stoi zakaz interpretowania postanowień SIWZ, wyartykułowany w załączniku nr 3 do SIWZ. Wzięto pod uwagę, że zamawiający wypowiadając się o slotach czy portach użył wyraźnie sformułowania „minimum”, zatem jednoznacznie dopuszczał zastosowanie większej liczby slotów i portów. Po drugie, w tym samym załączniku nr 3 do SIWZ przesądził, że określa w specyfikacji wymagania minimalne. Z powyższego należało wnioskować, że wykonawca może dostarczyć komponenty o cechach lepszych, pod warunkiem zachowania pełnej kompatybilności.

4. Zarzut I.d. odwołania

Ustalono, że zamawiający w załączniku nr 3 do SIWZ sformułował następujący wymóg odnośnie przedmiotu zamówienia, jaki mają dostarczyć wykonawcy:

Macierz dyskowa typu A

Macierz musi być wyposażona w co najmniej 256GB (pojemność efektywna dostępna dla operacji zapisu po uwzględnieniu mechanizmu cache mirror zabezpieczającej przed 37 awarią pamięci cache) przestrzeni cache służącej do buforowania operacji odczytu oraz zapisu dostępne dla każdego wolumenu macierzy.

Cache (do odczytu i zapisu) musi mieć możliwość rozbudowy do 512GB przy pomocy modułów DDR/kolejnych kontrolerów/dysków SSD. Dla dysków SSD nie może być to funkcjonalność tieringu.

Macierz dyskowa typu B

Macierz musi być wyposażona w co najmniej 96GB (pojemność efektywna dostępna dla operacji zapisu po uwzględnieniu mechanizmu cache mirror zabezpieczającej przed

awarią pamięci cache) przestrzeni cache służącej do buforowania operacji odczytu oraz zapisu dostępne dla każdego wolumenu macierzy.

Cache (do odczytu i zapisu) musi mieć możliwość rozbudowy do 256GB przy pomocy modułów DDR/kolejnych kontrolerów/dysków SSD. Dla dysków SSD nie może być to funkcjonalność tieringu.

Odwołujący podniósł, że obecne brzmienie zapisów stawia technologię realizacji cache macierzy przy pomocy dysków SSD na równi z tradycyjnym cache opartym na szybkiej pamięci RAM, co jest rażącym uproszczeniem. W istocie są to technologie komplementarne i nie powinny być traktowane tożsamo. Odwołujący wniósł o usunięcie przedmiotowego wymagania w zakresie wymagań lub o ograniczenie wymagania do wyspecyfikowania ilości pamięci cache opartej na RAM w kontrolerach i możliwości jej rozszerzenia w zakresie odczytów za pomocą pamięci flash.

Izba stwierdziła w pierwszej kolejności, że odwołujący nie udowodnił, aby technologia realizacji cache macierzy przy pomocy dysków SSD oraz technologia cache oparta na szybkiej pamięci RAM były technologiami komplementarnymi. Po drugie, nie wiadomo dlaczego zdaniem odwołującego ewentualna komplementarność miałyby stać na przeszkodzie traktowaniu tych technologii tożsamo. Ponadto, biorąc pod uwagę tak sformułowany zarzut i towarzyszące mu żądanie nie wiadomo jakiego naruszenia zasad ustawy Pzp dotyczących opisu przedmiotu zamówienia miał się dopuścić zamawiający. Zarzut został bowiem sformułowany nad wyraz wadliwie. Nie wiadomo, czy zdaniem odwołującego zamawiający miał się dopuścić naruszenia zasady określenia opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp). Opis jest jednak jednoznaczny i wyczerpujący. Nie wiadomo jak wymóg zamawiającego miałby utrudniać uczciwą konkurencję w postępowaniu (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp). Odwołujący nie zarzucił w odwołaniu aby postanowienie miało eliminować produkty jakiegokolwiek producenta. Wręcz przeciwnie, jak wynika z wymogu zamawiający akceptował każdą metodę rozbudowy cache, tj. przy pomocy modułów DDR/kolejnych kontrolerów/dysków SSD. Dopuszczalna jest zatem także rozbudowa przy pomocy pamięci RAM (gdyż tego dotyczy możliwość użycia modułów DDR). Wreszcie zamawiający nie mógł naruszyć art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż opisując przedmiot zamówienia nie posłużył się znakiem towarowym, patentem ani pochodzeniem.

5. Zarzut i.e. odwołania

Ustalono, że zamawiający w załączniku nr 3 do SIWZ sformułował następujący wymóg odnośnie przedmiotu zamówienia, jaki mają dostarczyć wykonawcy:

Macierz dyskowa typu A i B

Macierz musi wspierać tworzenie wolumenów logicznych w rozmiarach do 256 TB.

Odwołujący podniósł, że wymaganie maksymalnej wielkości wolumenu 256TB jest zapisem znacząco ograniczającym konkurencję a jednocześnie faworyzującym producenta macierzy EMC. Wykorzystywanie tak wielkich wolumenów nie jest stosowane obecnie w praktyce na rynku w branży IT. Odwołujący wniósł o usunięcie przedmiotowego wymagania lub o zmianę wymagania do poziomu charakterystycznego dla macierzy tej klasy - 16TB.

Zamawiający w piśmie procesowym wywiódł, że potrzeba wykorzystania macierzy dyskowych umożliwiających tworzenie wolumenów logicznych w rozmiarach do 256 TB wynika ze specyfiki laboratorium, na potrzeby którego zamawia środowisko opisane w SIWZ. Wyjaśnił, że w swym laboratorium zamierza analizować duże wolumeny ruchów np. zrzuty ruchów dobowych/tygodniowych. Zamawiający wywiódł, że środowisko którym dysponował dotychczas nie zapewniały mu możliwości takiej analizy. Potrzeby zamawiającego ma zatem zaspokoić zamawiany przedmiot zamówienia.

Zarzut nie jest zasadny. Zdaniem Izby zasady wiedzy i doświadczenia życiowego podpowiadają, że analiza ataków cybernetycznych jaka ma być wykonywana w laboratorium na potrzeby którego jest tworzone środowisko, może wymagać badania znacznych ruchów, w tym dobowych czy tygodniowych. Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie nie tylko Izby, ale i sądów okręgowych sprawujących nadzór instancyjny nad orzeczeniami Izby, nie stanowi utrudniania uczciwej konkurencji taki opis przedmiotu zamówienia, który znajduje uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego, nawet jeżeli wymogi jest w stanie spełnić niewielka czy nawet znikoma część podmiotów obecnych na rynku. Celem postępowania o udzielenie zamówienia jest bowiem zaspokojenie potrzeb publicznych.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, jakoby zamawiający ograniczył się do podania wykonawcom informacji, że kupuje superkomputer i nie podał wykonawcom w SIWZ celu dla którego zamawia przedmiot zamówienia. Jak wynikało z treści SIWZ zamawiający w załączniku nr 3 do tego dokumentu wyraźnie opisał ten cel. Informował wykonawców, że przedmiotem zamówienia jest dostawa, instalacja i uruchomienie środowiska Laboratorium Analiz Ataków Cybernetycznych CyberSecLab. Co więcej, zamawiający zwracał również uwagę w tym samym załączniku, że właśnie z tego powodu parametry zamawianych urządzeń oraz oprogramowania środowiska CyberSecLab zostały tak dobrane, aby można było w nim realizować specyficzne i niszowe zadania wynikające z przeznaczenia laboratorium. Wzięto również pod uwagę, że zamawiający nie wymagał zaoferowania rozwiązania opartego o produkty jednego producenta. Wobec powyższego można było zaoferować środowisko oparte o produkty różnych producentów. Zatem nawet gdyby odwołujący zdołał wykazać, czego nie uczynił, że wymaganego przez zamawiającego rozwiązania nie spełniają macierze niektórych producentów, nie oznaczałoby

to jeszcze, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję w postępowaniu.

6. Zarzut i.f. odwołania

Ustalono, że zamawiający w załączniku nr 3 do SIWZ sformułował wymóg odnośnie przedmiotu zamówienia, zgodnie z którym należało dostarczyć klastry zbudowane w oparciu o technologię Ethernet 10G.

Odwołujący podniósł że brak technologii InfiniBand, która jest obecnie standardem do budowania klastrów komputerowych, przejawia brak elementarnej wiedzy przy projektowaniu klastra. Budowanie klastra w oparciu o Ethernet 10G, który jest przestarzałą technologią, jest niezasadne. Domagał się zmiany wymagania wyspecyfikowanej technologii komunikacji dla klastra obliczeniowego na bardziej wydajną – InfiniBand.

Zarzut nie jest zasadny. Izba stwierdziła, że uszło uwadze odwołującego iż zamawiający zamawia środowisko na potrzeby laboratorium, które ma zajmować się analizowaniem ataków cybernetycznych. Nie jest zatem celem zamawiającego pozyskanie typowego klastra obliczeniowego, jak utrzymywał odwołujący. Jak wyjaśniono przy rozpatrywaniu poprzedniego zarzutu, zamawiający dostatecznie poinformował wykonawców o takim celu postępowania m.in. w załączniku nr 3 do SIWZ.

Wzięto również pod uwagę, że odwołujący nie zdołał udowodnić, iż potrzeby zamawiającego będzie w stanie zaspokoić rozwiązanie oparte o technologię Infiniband. Nie było sporne pomiędzy stronami, że sieć oparta o technologię Infiniband w zasadzie nie jest spotykana poza środowiskami centrów obliczeniowych. Poza takimi specyficznymi ośrodkami dominującą siecią połączeniową jest sieć Ethernet. Z uwagi na cel laboratorium – badanie ataków cybernetycznych - zamawiający ma potrzebę badania tych ataków skierowanych na najpowszechniej występujące środowiska, a zatem środowiska z technologią Ethernet. Wzięto pod uwagę, że zamawiane rozwiązanie umożliwia także fizyczną separację ruchu wejściowego. Biorąc pod uwagę przeznaczenie laboratorium można uznać za uzasadnioną chęć oddzielania ruchu sieciowego w zależności od atakującego podmiotu. Takiej możliwości nie zapewni zamawiającemu środowisko oparte o Infiniband, gdyż technologia ta umożliwia jedynie logiczną separację ruchu.

Ponadto, biorąc pod uwagę tak sformułowany zarzut i towarzyszące mu żądanie nie wiadomo jak wymóg zamawiającego miałby utrudniać uczciwą konkurencję w postępowaniu (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp). Odwołujący nie zarzucił w odwołaniu aby postanowienie miało eliminować produkty jakiegokolwiek producenta. Odwołujący przyznał w trakcie rozprawy, że dysponuje starszą technologią opartą o Ethernet 10 G i może zbudować takie środowisko.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że technologia ta jest dostępna o ile nie wszystkim, to przynajmniej znaczącej większości producentów, w tym również odwołującemu. Wreszcie zamawiający nie mógł naruszyć art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż opisując przedmiot zamówienia nie posłużył się znakiem towarowym, patentem ani pochodzeniem.

7. Zarzut l.g. tiret drugie odwołania

Ustalono, że zamawiający w załączniku nr 3 do SIWZ sformułował następujący wymóg odnośnie przedmiotu zamówienia, jaki mają dostarczyć wykonawcy:

Przełączniki brzegowe /Przełączniki sieci zarządzającej 1Gbps / Przełączniki rdzeniowe 1/10Gbps /Przełączniki dostępne typ A 1Gbps /Przełączniki dostępne typ B 1Gbps - funkcjonalności warstwy L2

Obsługa do 254 instancji STP

Odwołujący wywiódł, że dla tej klasy urządzeń typową wspieraną ilością instancji STP jest 128. Ilość ta w zupełności wystarczy do zbudowania nawet najbardziej zaawansowanych topologii sieciowych a zawyżanie wymagań dotyczących ilości instancji STP powoduje ograniczenie konkurencji i niemożliwość złożenia konkurencyjnej oferty przy użyciu sprzętu wiodących na rynku producentów przełączników sieciowych. Wniósł o zmianę wymagania dla urządzenia na typową wspieraną ilość instancji STP - 128.

Zarzut nie jest zasadny. Izba stwierdziła, że odwołujący nie sprecyzował jakie urządzenia wyklucza wymóg zamawiającego. Nie przeprowadzono także dowodu na okoliczność sytuacji na rynku. Dowód taki obowiązany był złożyć, gdyż zamawiający podniósł że wymaganie spełnia wiele rozwiązań dostępnych na rynku. W konsekwencji nie wiadomo ilu jest producentów mogących zaoferować przełączniki o parametrach wymaganych przez zamawiającego i którzy z nich są w stanie spełnić wymóg zamawiającego. Odwołujący winien udowodnić powoływane przez siebie fakty, albowiem zamawiający podniósł, że na rynku istnieje wiele przełączników spełniających wymogi zamawiającego, m.in. Cisco i Brocade.

Wzięto również pod uwagę, że odwołujący nie wykazał Izbie, że dla tej klasy urządzeń typową ilością instancji STP jest 128 i że ilość ta jest absolutnie wystarczająca. W efekcie nie wiadomo, czy bliżej niesprecyzowane przełączniki wiodącego producenta obsługujące 128 instancji mogą zapewnić co najmniej porównywalną możliwość emulowania sieci rozległej, którą to potrzebę miało zaspokajać rozwiązanie wymagane przez zamawiającego.

Wzięto również pod uwagę, że zamawiający nie wymagał zaoferowania rozwiązania opartego o produkty jednego producenta. Wobec powyższego można było zaoferować środowisko oparte o produkty różnych producentów.

8. Zarzut l.g. tiret trzecie odwołania

Ustalono, że zamawiający w załączniku nr 3 do SIWZ sformułował następujący wymóg odnośnie przedmiotu zamówienia, jaki mają dostarczyć wykonawcy:

Przełączniki brzegowe /Przełączniki sieci zarządzającej 1Gbps / Przełączniki rdzeniowe 1/10Gbps /Przełączniki dostępne typ A 1Gbps /Przełączniki dostępne typ B 1Gbps - funkcje bezpieczeństwa

Obsługa Change of Authorization (CoA) RFC 5176

Odwołujący wywiódł, że funkcjonalność ta używana jest do autoryzacji na portach urządzeń końcowych i dotyczy przede wszystkim sieci LAN dla komputerów i drukarek. W środowisku Centrum Przetwarzania Danych funkcjonalność ta nie ma uzasadnienia a jedynie w sztuczny sposób ogranicza konkurencję. Wniósł o usunięcie przedmiotowego wymagania.

Zarzut nie jest zasadny. Nie było sporne pomiędzy stronami, że funkcjonalność ta rzeczywiście jest używana do autoryzacji na portach urządzeń końcowych i dotyczy przede wszystkim sieci LAN dla komputerów i drukarek. Niezasadne okazało się jednak stanowisko odwołującego, jakoby zamawiający miał budować swe środowisko jako typowe centrum przetwarzania danych. Jak wynikało z załącznika nr 3 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia) przedmiotem zamówienia jest dostawa, instalacja i uruchomienie środowiska Laboratorium Analiz Ataków Cybernetycznych CyberSecLab. Zatem potrzeba badania ataków cybernetycznych na mechanizm Change of Authorization (CoA) RFC 5176 jest jak najbardziej uzasadniona. Nie sposób odmówić zamawiającemu chęci badania w laboratorium ataków cybernetycznych na mechanizm autoryzacji na portach urządzeń końcowych podatnych na tego typu działania. Wzięto również pod uwagę, że odwołujący nie sprostął obowiązkowi przedstawienia dowodu na okoliczność sytuacji na rynku. Dowód taki obowiązany był złożyć, gdyż zamawiający podniósł że wymaganie spełnia wiele rozwiązań dostępnych na rynku. W konsekwencji nie wiadomo ilu jest producentów mogących zaoferować przełączniki o parametrach wymaganych przez zamawiającego i którzy z nich są w stanie spełnić wymóg zamawiającego. Twierdzenia odwołującego jakoby wymóg zamawiającego ograniczał uczciwą konkurencję pozostały zatem gołosłowne.

Wzięto również pod uwagę, że zamawiający nie wymagał zaoferowania rozwiązania opartego o produkty jednego producenta. Wobec powyższego można było zaoferować środowisko oparte o produkty różnych producentów.

9. Zarzut I.g. tiret czwarte odwołania

Ustalono, że zamawiający w załączniku nr 3 do SIWZ sformułował następujący wymóg odnośnie przedmiotu zamówienia, jaki mają dostarczyć wykonawcy:

Przełączniki brzegowe /Przełączniki sieci zarządzającej 1Gbps / Przełączniki rdzeniowe 1/10Gbps /Przełączniki dostępne typ A 1Gbps /Przełączniki dostępne typ B 1Gbps - zgodność ze standardami oraz zarządzanie, zabezpieczenia

Obsługa 802.3az-2010 - IEEE oraz 802.3az-2010 – EEE

Odwołujący wywiódł, że standardy 802.3az-2010, mające na celu poprawę sprawności energetycznej nie stanowią o jego maksymalnym poborze energii, który przekłada się wprost na koszty utrzymania urządzenia. Wniósł o zmianę wymagania dla urządzenia na wymaganie dotyczące maksymalnego poboru energii na np. poziomie 260W.

Zarzut nie jest zasadny. Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał w jaki sposób zamawiający miałby naruszyć zasady rządzące opisem przedmiotu zamówienia. Nie było sporne pomiędzy stronami, że opisany w SIWZ standard dotyczy sprawności energetycznej i odnosi się do rozwiązań teleinformatycznych. Odwołujący nie zaprzeczył także stanowisku zamawiającego, że jest to standard powszechny, spełniany przez wiele rozwiązań na rynku. Odwołujący nie złożył żadnego dowodu na okoliczność sytuacji na rynku. Dowód taki obowiązany był złożyć, gdyż zamawiający podniósł że wymaganie spełnia wiele rozwiązań dostępnych na rynku. W konsekwencji nie wiadomo ilu jest producentów mogących zaoferować przełączniki o parametrach wymaganych przez zamawiającego i którzy z nich są w stanie spełnić wymóg zamawiającego. Wzięto również pod uwagę, że zamawiający nie wymagał zaoferowania rozwiązania opartego o produkty jednego producenta. Wobec powyższego można było zaoferować środowisko oparte o produkty różnych producentów. Zatem Izba nie mogła ustalić, czy kwestionowany wymóg rzeczywiście utrudnia możliwość uczciwej konkurencji.

Wzięto również pod uwagę, że odwołujący nie przedstawił uzasadnienia dla wnioskowanej przez siebie modyfikacji. Nie wiadomo dlaczego należałoby wprowadzić parametr maksymalnego poziomu mocy na postulowanym przez odwołującego poziomie. Wreszcie czym innym jest maksymalny pobór energii urządzenia a czym innym sprawność energetyczna urządzenia czyli parametr odnoszący się do efektywności energetycznej urządzenia.

10. Zarzut I.h. odwołania

Ustalono, że zamawiający w załączniku nr 3 do SIWZ sformułował następujący wymóg odnośnie przedmiotu zamówienia, jaki mają dostarczyć wykonawcy:

Przełączniki sieci transportowej 10Gbps/Przełączniki sieci komunikacyjnej 1Gbps - parametry wydajnościowe

Przepustowość minimum 960 Mpps L2 i L3

Odwołujący podniósł, że obniżenie poziomu przepustowości o około 1% pozwoli na zaoferowanie produktów wiodącego na rynku producenta przełączników sieciowych i zapewni możliwość konkurowania jednocześnie nie ograniczając wydajności sieci LAN. Wniósł o zmianę wymagania z 960 Mpps L2 i L3 na 950 L2 i L3.

Zamawiający argumentował w piśmie procesowym, że jego wymogi spełnia wiele rozwiązań dostępnych na rynku i że spełnienie wymagania jest konieczne do realizacji funkcji laboratorium.

Izba stwierdziła, że odwołujący nie złożył żadnego dowodu na okoliczność sytuacji na rynku. Dowód taki obowiązywał być złożyć, gdyż zamawiający podniósł że wymagania spełnia wiele rozwiązań dostępnych na rynku. W konsekwencji nie wiadomo ilu jest producentów mogących zaoferować przełączniki o parametrach wymaganych przez zamawiającego i którzy z nich są w stanie spełnić wymóg zamawiającego. Nie wiadomo także, produkty jakiego wiodącego producenta na rynku wyklucza wymóg zamawiającego. Wzięto również pod uwagę, że zamawiający nie wymagał zaoferowania rozwiązania opartego o produkty jednego producenta. Wobec powyższego można było zaoferować środowisko oparte o produkty różnych producentów. Zatem Izba nie mogła ustalić, czy kwestionowany wymóg rzeczywiście utrudnia możliwość uczciwej konkurencji.

Izba nie rozpoznawała pozostałych zarzutów, albowiem odwołujący cofnął je w trakcie posiedzenia i rozprawy przed Izbą.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok.

Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*.” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie: VI.*

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: