

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 2 lipca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

Wobec cofnięcia w dniu 1 lipca 2014r. przed otwarciem rozprawy odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2014 r. przez **wykonawcę Koncept spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wodniaków 19** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Sąd Apelacyjny w Krakowie, reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej w Krakowie, ul. Farmaceutów 2**

**postanawia:**

**1. umorzyć postępowanie odwoławcze**

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawcy Koncept spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wodniaków 19** kwotę 13 500 zł. 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

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

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę serwerów na rzecz sądów powszechnych zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb Państwa - Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej z siedzibą w Krakowie, ul. Farmaceutów 2 ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 czerwca 2014r. za numerem 2014/S 105-184725.

W dniu 13 czerwca 2014r. wykonawca Koncept spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wodniaków 19 – dalej odwołujący, wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 13 czerwca 2014r.

W dniu 13 czerwca 2014r. zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej kopię odwołania.

Odwołujący zaskarżył treść ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) w zakresie Części 1 i 2 i zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy)

a) art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 29 ust. 2 i 3 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w Części 1 - dostawa serwerów typ 1 oraz w Części 2 - dostawa serwerów typ 2 w taki sposób, że w rezultacie opis ten utrudnia uczciwą konkurencję, bowiem postawione przez zamawiającego wymagania w całości spełnia tylko jeden produkt jednego producent;

b) art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w Części 1 - dostawa serwerów typ 1 oraz w Części 2 - dostawa serwerów typ 2 w taki sposób, że w rezultacie opis ten utrudnia uczciwą konkurencję, bowiem nie jest opisem jednoznacznym i wyczerpującym, sporządzonym za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń i uwzględniającym wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby:

a) zmienił treść siwz w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,

b) dokonaną zmianę siwz przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano siwz, oraz zamieścił zmianę siwz także na stronie internetowej na której siwz jest udostępniana, zmienił treść ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, a ponieważ ww. zmiana będzie istotna, przedłużył termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach zgodnie z art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy,

c) niezwłocznie po przekazaniu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zamieścił Informację o zmianach w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który ma Interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia w Części 1 - dostawa serwerów typ 1 oraz w Części 2 - dostawa serwerów typ 2. Jednak w sytuacji opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz preferujący i wskazujący na konkretny produkt konkretnego producenta, odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty, spełniającej jednocześnie wszystkie wymagania siwz, w oparciu o rozwiązania i produkty inne niż wskazane przez zamawiającego. Brak dopuszczenia przez zamawiającego faktycznej możliwości złożenia oferty opartej na produktach innych niż preferowane przez zamawiającego pozbawia odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla zamawiającego warunkach. Powyższe dowodzi, zdaniem odwołującego, istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Ponadto odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to opisałby przedmiot zamówienia zgodnie z wymogami ustawy, tj. w sposób, który nie utrudnia uczciwej konkurencji, faktycznie umożliwiając odwołującemu złożenie oferty spełniającej wszystkie wymagania siwz. Tym samym oferta odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w Części 1 - dostawa serwerów typ 1 oraz w Części 2 - dostawa serwerów typ 2. Poprzez wskazane powyżej czynności zamawiający pozbawił odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia. Zamawiający doprowadził bowiem do sytuacji, w której odwołujący nie jest w stanie złożyć prawidłowej oferty, W rezultacie odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia w Części 1 - dostawa serwerów typ 1 oraz w Części 2 - dostawa serwerów typ 2 i osiągnąć zysku, który

odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (lucrum cessans).

Efektom wskazanej powyżej czynności i zaniechań zamawiającego jest według odwołującego uniemożliwienie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty w Części 1 - dostawa serwerów typ 1 oraz w Części 2 - dostawa serwerów typ 2, co może w istotny sposób wpłynąć na wynik postępowania w ww. Częściach.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 29 ust. 2 i 3 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w Części 1 - dostawa serwerów typ 1 oraz w Części 2 - dostawa serwerów typ 2 w taki sposób, że w rezultacie opis ten utrudnia uczciwą konkurencję, bowiem postawione przez zamawiającego wymagania w całości spełnia tylko jeden produkt jednego producent, odwołujący stwierdził, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa serwerów na rzecz sądów powszechnych wraz z zapewnieniem 3-letniej gwarancji. Przedmiot zamówienia podzielony został na 4 części, przy czym Część 1 obejmuje dostawę serwerów typ 1, a Część 2 – dostawę serwerów typ 2. Dokonana przez odwołującego analiza postanowień siwz wskazuje, iż przedmiot zamówienia został opisany niezgodnie z powołanymi w petitum odwołania przepisami ustawy i umożliwia skuteczne złożenie oferty opartej tylko i wyłącznie na produktach jednego konkretnego producenta. O powyższym przesądzają następujące okoliczności.

Generalnie opis przedmiotu zamówienia dla Części 1 oraz Części 2 jest zbiorem wielu wymagań minimalnych, które sumarycznie może spełnić wyłącznie jeden produkt jednego producenta, czyli serwer Dell PowerEdge R720xd produkowany przez firmę DELL. Nie istnieje żadne inne dostępne na rynku rozwiązanie serwerowe, które w całości (łącznie) spełnia wymagania siwz odnośnie zawartych w serwerach mechanizmów ochrony pamięci, możliwości instalacji dysków samoszyfrujących, możliwości modułu dedykowanego dla hypervisora wirtualizacyjnego, ilości i rodzaju slotów PCIe, ilości nie zajmujących slotów PCI kart sieciowych z ISCSI Boot, możliwości instalacji w obudowie serwera 26 dysków twardych, wbudowanego czujnika otwarcia obudowy oraz możliwości karty zarządzającej. Każdy inny porównywalny serwer dostępny na rynku, np. serwer IBM x3650 M4 HD, serwer FUJITSU RX300 S8 czy serwer HP PROLIANT D380 G8, nie spełnia jednego albo kilku z postawionych przez zamawiającego wymagań. Ponadto opis przedmiotu zamówienia dla Części 1 oraz Części 2 zawiera wiele wymagań nie odnoszących się w żaden sposób do możliwości funkcjonalnych czy technicznych, samych urządzeń, a jedynie wykluczających złożenie oferty w oparciu o inne produkty niż serwer Dell PowerEdge R720xd produkowany przez firmę DELL.

Odnosząc się po kolei do wymagań sformułowanych przez zamawiającego odwołujący wskazał, że:

1) Załącznik nr 5 do siwz, CZĘŚĆ 1 - SERWER TYP 1 - 11 SZTUK oraz CZĘŚĆ 2 - SERWER TYP 2 - 140 SZTUK, Lp. 4. Pamięć operacyjna: „Możliwe zabezpieczenie pamięci: Memory Rank Sparring, Memory Mirror, SBEC, Lockstep

Odwołujący wskazał, że zarówno wybór mechanizmów zabezpieczania pamięci jak i nawet kolejność ich wyliczenia jest typowa dla dokumentacji sporządzonej przez firmę DELL dla serwera DELL PowerEdge R720xd. W ocenie Odwołującego najbardziej zaawansowanym mechanizmem ochrony pamięci jest Lockstep, który jest dostępny u co najmniej u dwóch producentów serwerów- Dell i HP. Niemniej jednak wszystkie wymagane w siwz i wyliczone powyżej zabezpieczenia pamięci występują jedynie w serwerze Dell PowerEdge R720xd produkowanym przez firmę DELL. Przykładowo:

- serwer IBM posiada wyłącznie następujące mechanizmy: Chipkill, memory mirroring, and memory rank sparing (brak Lockstep),
- serwer HP posiada wyłącznie następujące mechanizmy: Advanced ECC, Memory Online Spare, Lockstep (brak Memory Mirror),
- serwer FUJITSU posiada wyłącznie następujące mechanizmy: Advanced ECC, SDDC (Chipkill™), Rank sparing memory, Memory Mirroring (brak Lockstep).

Podkreślić przy tym trzeba, że technologicznie niemożliwe jest używanie wszystkich wymaganych w siwz zabezpieczeń jednocześnie, w czasie pracy urządzenia możliwe jest bowiem użycie tylko jednego z nich. Ich jednoczesne wymaganie przez zamawiającego poza wyeliminowaniu konkurencji niczemu według odwołującego nie służy.

Ponadto z siwz wynika, iż zamawiający nie żąda zaimplementowania żadnego z ww. mechanizmów zabezpieczenia pamięci (zabezpieczenia mają być jedynie możliwe, a nie faktycznie uruchomione w serwerze), co więcej brak jest możliwości zaoferowania równoważnych mechanizmów ochrony i zabezpieczania pamięci, które u wiodących producentów urządzeń serwerowych innych niż firma Dell mogą być zawarte w mechanizmach o innych nazwach handlowych. Ponownie odwołujący stwierdził, że wymaganie ww. zabezpieczeń pamięci poza wyeliminowaniem konkurencji niczemu nie służy, skoro zamawiający nie zamierza z nich korzystać.

Ze względu na powyższe odwołujący domaga się wykreślenia z Załącznika nr 5 do siwz, CZĘŚĆ 1 - SERWER TYP 1 -11 SZTUK oraz CZĘŚĆ 2 - SERWER TYP 2 -140 SZTUK, Lp. 4, wymagania: „Możliwe zabezpieczenie pamięci: Memory Rank Sparring, Memory Mirror,

SBEC, Lockstep" oraz o dopuszczenie mechanizmów równoważnych firm konkurencyjnych poprzez wprowadzenie wymagania: „Możliwe zabezpieczenie pamięci: ECC, SDDC, Memory Rank Sparring", co umożliwi zaoferowanie w przetargu rozwiązań wszystkich czołowych producentów serwerów, czyli firm: DELL, IBM, HP oraz Fujitsu.

2) Załącznik nr 5 do siwz, CZĘŚĆ 1 - SERWER TYP 1 -11 SZTUK oraz CZĘŚĆ 2 - SERWER TYP 2 -140 SZTUK, Lp. 5. Wewnętrzna Pamięć masowa; „Możliwość instalacji dysków twardych SATA, SAS, NearLine SAS, SSD oraz samoszyfrujące dostępne w aktualnej ofercie producenta serwera "

Podobnie jak w przypadku wymagań co do zabezpieczeń pamięci cały zacytowany fragment pochodzi z dokumentacji firmy Dell. Ponadto należy zauważyć, że dyski samoszyfrujące (tzw. dyski SED - ang. Self-Encrypting Drive) nie są przedmiotem niniejszego zamówienia. Stosowanie dysków samoszyfrujących w serwerach nie jest standardem, nie stosuje go np. największy producent serwerów na świecie firma HP. Wprowadzając kwestionowane wymaganie zamawiający skutecznie wykluczył możliwość zaoferowania rozwiązania firmy HP, które to rozwiązanie spełnia największą część wymagań zamawiającego, choć nie wszystkie. Wymagane przez zamawiającego dyski SED dostępne są w aktualnej ofercie firmy DELL, co ponownie wskazuje, że tylko serwer Dell PowerEdge R720xd produkowany przez firmę DELL spełnia wszystkie wymagania siwz. Podkreślić również trzeba, że zamawiający w przypadku zmiany aktualnej oferty firmy DELL, np. rezygnacji z wykorzystania takich dysków - na co nie ma przecież żadnego wpływu – straci możliwość instalacji i użytkowania dysków SED. Ponownie odwołujący stwierdził, że ww. wymaganie poza wyeliminowaniem konkurencji niczemu nie służy.

Ze względu na powyższe odwołujący domaga się wykreślenia z Załącznika nr 5 do siwz, CZĘŚĆ 1 - SERWER TYP 1 -11 SZTUK oraz CZĘŚĆ 2 - SERWER TYP 2 - 140 SZTUK, Lp. 5, wymagania: „samoszyfrujące dostępne w aktualnej ofercie producenta serwera".

3) Załącznik nr 5 do siwz, CZĘŚĆ 1 - SERWER TYP 1 -11 SZTUK oraz CZĘŚĆ 2 - SERWER TYP 2 -140 SZTUK, Lp. 5. Wewnętrzna Pamięć masowa: „Możliwość instalacji wewnętrznego modułu dedykowanego dla hypervisora wirtualizacyjnego, wyposażonego w co najmniej 2 jednakowe nośniki typu flash z możliwością konfiguracji zabezpieczenia synchronizacji pomiędzy nośnikami z poziomu BIOS serwera, rozwiązanie nie może powodować zmniejszenia ilości wnek na dyski twarde"

Cały zacytowany fragment pochodzi z dokumentacji firmy Dell. Ponadto wskazać trzeba, że żaden z wiodących producentów urządzeń serwerowych (IBM, Fujitsu, HP) nie stosuje rozwiązania wewnętrznego modułu dedykowanego dla hypervisora wirtualizacyjnego

wyposażonego w 2 jednakowe nośniki typu flash z możliwością konfiguracji zabezpieczenia pomiędzy nośnikami z poziomu BIOS serwera, co ponownie wskazuje, że tylko serwer Dell PowerEdge R720xd produkowany przez firmę DELL spełnia wszystkie wymagania siwz. Powszechnie wykorzystywanym standardem jest natomiast użycie zintegrowanego z płytą główną serwera modułu z 1 nośnikiem typu flash. Z założenia hypervisor wirtualizacyjny nie zawiera żadnych danych, jest jedynie instancją systemu operacyjnego - wszelkie dane przechowywane są w niezależnej pamięci dyskowej serwera lub macierzy. Rozwiązaniem w zupełności wystarczającym jest zatem użycie modułu z 1 nośnikiem typu flash.

Co według odwołującego istotne, w przypadku awarii modułu w rozwiązaniu firmy DELL naprawa musi być wykonywana przy wyłączonym zasilaniu - identycznie jak w przypadku awarii urządzenia z 1 nośnikiem. Niezbędna jest więc przerwa w pracy urządzenia. Rozwiązanie z 2 nośnikami nie stanowi zatem dla zamawiającego żadnej wartości dodanej, służy natomiast wyeliminowaniu konkurencji.

Odwołujący zauważył ponadto, iż hypervisor wirtualizacyjny nie są przedmiotem niniejszego zamówienia.

Ze względu na powyższe odwołujący domaga się wykreślenia z Załącznika nr 5 do siwz, CZĘŚĆ 1 - SERWER TYP 1 -11 SZTUK oraz CZĘŚĆ 2 - SERWER TYP 2 - 140 SZTUK, Lp. 5, wymagania: „Możliwość instalacji wewnętrznego modułu dedykowanego dla hypervisora wirtualizacyjnego, wyposażonego w co najmniej 2 jednakowe nośniki typu flash z możliwością konfiguracji zabezpieczenia synchronizacji pomiędzy nośnikami z poziomu BIOS serwera, rozwiązanie nie może powodować zmniejszenia ilości wnek na dyski twarde

4) Załącznik nr 5 do siwz, CZĘŚĆ 1 - SERWER TYP 1 -11 SZTUK oraz CZĘŚĆ 2 - SERWER TYP 2 -140 SZTUK, Lp. 9. Sloty PCI Express/Porty:

- „a) min. trzy sloty x16 generacji 3 o prędkości co najmniej x8 niskoprofilowe,
- b) min. jeden slot x16 generacji 3 o prędkości co najmniej x8,
- c) min. dwa sloty x16 generacji 3 o prędkości co najmniej x16 pełnej długości i wysokości”

Cały zacytowany fragment pochodzi z dokumentacji firmy Dell. Ponadto wymagany układ slotów PCie występuje tylko i wyłącznie w serwerze firmy Dell. Żadne inne rozwiązanie dostępne na rynku powyższego wymagania nie spełnia, przykładowo:

- a) w rozwiązaniu HP występuje 6 slotów PCI Express - z czego 5 slotów generacji 3 (2 x16 pełnej długości i wysokości, 3 x8 niskoprofilowe ) oraz 1 generacji 2 x4 niskoprofilowy,

b) w rozwiązaniu Fujitsu występuje 7 slotów PCI Express generacji 3, z czego 5 slotów x8 niskoprofilowe, 2 sloty x16 niskoprofilowe,

c) w rozwiązaniu IBM może występować maksymalnie albo do 6 slotów PCI Express generacji 3 x8 pełnej wysokości, z których 3 pełnej długości, albo 2 sloty PCI Express generacji 3 x16 pełnej wysokości i długości oraz 2 sloty generacji 3 x8 pełnej wysokości, z których 1 pełnej długości.

Ponadto odwołujący zauważył, że zamawiający, jak wynika to z siwz, nie przewiduje wykorzystania żadnego ze slotów PCI Express. Tymczasem w nowoczesnych serwerach sloty PCI Express wykorzystuje się na interfejsy komunikacyjno - sieciowe oraz do montażu kart GPU. Już 4 sloty PCI Express generacji 3 x8 zapewniają zamawiającemu możliwość użytkowania wszystkich dostępnych na rynku interfejsów komunikacyjnych takich jak: Fibre Channel, Ethernet, Infiniband czy karty GPU. Ponownie zatem odwołujący stwierdził, iż kwestionowane wymagania siwz poza wyeliminowaniem konkurencji niczemu nie służy, tym bardziej, że wysokość i długość slotów nie ma dla zamawiającego żadnego znaczenia użytkowego.

Ze względu na powyższe odwołujący domaga się wykreślenia z Załącznika nr 5 do siwz, CZĘŚĆ 1 - SERWER TYP 1 -11 SZTUK oraz CZĘŚĆ 2 - SERWER TYP 2 -140 SZTUK, Lp. 9, wymagania:

„a) min. trzy sloty x16 generacji 3 o prędkości co najmniej x8 niskoprofilowe,

b) min. jeden slot x16 generacji 3 o prędkości co najmniej x8,

c) min. dwa sloty x16 generacji 3 o prędkości co najmniej x16 pełnej długości i wysokości”.

Ponadto odwołujący domaga się wprowadzenia w tym miejscu wymagania: „5 slotów PCI Express Generacji 3 o prędkości co najmniej x8” co umożliwi zaoferowanie w przetargu rozwiązań wszystkich czołowych producentów serwerów, czyli firm: DELL, IBM, HP oraz Fujitsu. Wymaganie 5 slotów PCI Express Generacji 3 x8 bez ograniczenia wysokości i długości slotów PCI Express umożliwi zaoferowanie produktów wszystkich czołowych producentów serwerów na rynku.

5) Załącznik nr 5 do siwz, CZĘŚĆ 1 - SERWER TYP 1 -11 SZTUK oraz CZĘŚĆ 2 - SERWER TYP 2 -140 SZTUK, Lp. 10. Interfejsy sieciowe: „Minimum cztery interfejsy sieciowe 1Gb Ethernet w standardzie BaseT, interfejsy sieciowe nie mogą zajmować żadnego z dostępnych slotów PCI Express. Wsparcie dla protokołów iSCSI Boot oraz IPv6.



Możliwość instalacji wymiennie modułów udostępniających:

- dwa interfejsy sieciowe 1Gb Ethernet w standardzie BaseT oraz dwa interfejsy sieciowe 10Gb Ethernet ze złączami w standardzie SFP+,
- dwa interfejsy sieciowe 1Gb Ethernet w standardzie BaseT oraz dwa interfejsy sieciowe 10Gb Ethernet ze złączami w standardzie BaseT,
- cztery interfejsy sieciowe 10Gb Ethernet w standardzie SFP+."

Cały zacytowany fragment pochodzi z dokumentacji firmy Dell. Ponadto wszystkie przytoczone kombinacje wymiennych modułów moduły są charakterystyczne i występują wyłącznie w serwerze firmy Dell, natomiast nie występują w rozwiązaniach innych firm. Dodatkowo, formułując wymaganie dotyczące wsparcia dla protokołu iSCSI Boot na kartach zintegrowanych zamawiający wykluczył możliwość zaoferowania rozwiązania firmy HP, które to rozwiązanie spełnia największą część wymagań zamawiającego, choć nie wszystkie.

Ponadto odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż wybierając konfigurację serwera z 4 interfejsami sieciowymi 1Gb Ethernet zintegrowanymi z płytą główną, zamawiający wybiera moduł o takich możliwościach. W serwerze nie ma miejsca na dodatkowy moduł, a więc instalacja modułów, o których pisze dalej zamawiający, wiąże się z koniecznością wymontowania modułu będącego przedmiotem zamówienia. Można zatem jedynie retorycznie zapytać po co zamawiający chce kupić taki moduł, skoro zakłada jego wymianę. Jednocześnie zamawiający wyklucza możliwość spełnienia wymagań poprzez zastrzeżenie dotyczące braku możliwości osadzenia kart o żądanych parametrach użytkowych w slotach PCI Express.

Ze względu na powyższe odwołujący domaga się zmiany Załącznika nr 5 do siwz, CZĘŚĆ 1 - SERWER TYP 1 -11 SZTUK oraz CZĘŚĆ 2 - SERWER TYP 2 -140 SZTUK, Lp. 10, poprzez:

- a) dopuszczenie możliwości montażu interfejsów sieciowych o funkcjonalności wskazanej w siwz w dostępnych slotach PCI Express
- b) wykreślenie wymagania: „Możliwość instalacji wymiennie modułów udostępniających:
  - dwa interfejsy sieciowe 1Gb Ethernet w standardzie BaseT oraz dwa interfejsy sieciowe 10Gb Ethernet ze złączami w standardzie SFP+,
  - dwa interfejsy sieciowe 1Gb Ethernet w standardzie BaseT oraz dwa interfejsy sieciowe 10Gb Ethernet ze złączami w standardzie BaseT,

•cztery interfejsy sieciowe 10Gb Ethernet w standardzie SFP+."

6) Załącznik nr 5 do siwz, CZĘŚĆ 1 - SERWER TYP 1 -11 SZTUK oraz CZĘŚĆ 2 - SERWER TYP 2 -140 SZTUK, Lp. 11. Obudowa: „Typu RACK o wysokości nie większej niż 2U z możliwością instalacji co najmniej 26 dysków 2,5" Hot Plug"

Możliwość instalacji 26 dysków 2,5" Hot Plug występuje tylko w rozwiązaniach firmy Dell i IBM, przy czym rozwiązanie firmy IBM nie spełnia innych wymagań siwz, np. co do mechanizmów zabezpieczenia pamięci, slotów PCI Express itd. Natomiast rozwiązanie firmy HP ma możliwości instalacji 25 dysków 2,5" Hot Plug, zaś firmy Fujitsu - 16 dysków 2,5" Hot Plug, co ponownie wskazuje, że tylko serwer Dell PowerEdge R720xd produkowany przez firmę DELL spełnia wszystkie wymagania siwz,

Ponadto odwołujący zauważył, że wymaganie możliwości instalacji co najmniej 26 dysków 2,5" Hot Plug nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia. Jak wynika z siwz zamawiający kupuje 4 dyski 2,5" Hot Plug w Części 1 oraz 6 dysków 2,5" Hot Plug w Części 2 i na ten moment liczba ta zaspokaja wszystkie jego potrzeby. Ponownie odwołujący stwierdził, iż kwestionowane wymaganie siwz poza wyeliminowaniu konkurencji niczemu nie służy.

Ze względu na powyższe odwołujący domaga się wykreślenia z Załącznika nr 5 do siwz, CZĘŚĆ 1 - SERWER TYP 1 \* 11 SZTUK oraz CZĘŚĆ 2 - SERWER TYP 2 -140 SZTUK, Lp.11., wymagania: „co najmniej 26 dysków 2,5M Hot Plug" i wprowadzenia w tym miejscu wymagania: „co najmniej 24 dyski 2,5" Hot Plug" co umożliwi udział w przetargu rozwiązań co umożliwi zaoferowanie w przetargu rozwiązań takich czołowych producentów serwerów jak IBM, DELL, HP.

7) Załącznik nr 5 do siwz, CZĘŚĆ 1 - SERWER TYP 1 -11 SZTUK oraz CZĘŚĆ 2 - SERWER TYP 2 -140 SZTUK, Lp. 13. Bezpieczeństwo: „Wbudowany czujnik otwarcia obudowy współpracujący z BIOS i kartą zarządzającą"

Cały zacytowany fragment pochodzi z dokumentacji firmy Dell. Ponadto wymagane rozwiązanie występuje wyłącznie w serwerze firmy DELL i jest gadżetem typowym raczej dla komputerów PC niż dla serwerów w obudowie Rack. Odwołujący wyjaśnił w tym miejscu, że serwery w obudowie Rack są montowane w serwerowniach (czyli w zamkniętych pomieszczeniach o ograniczonym dostępie), w szafach serwerowych, które posiadają własny rozbudowany i centralny system zabezpieczeń. Ponownie odwołujący stwierdził trzeba, iż kwestionowane wymaganie siwz poza wyeliminowaniem konkurencji niczemu nie służy.

Ze względu na powyższe odwołujący domaga się wykreślenia z Załącznika nr 5 do siwz, CZĘŚĆ 1 - SERWER TYP 1 -11 SZTUK oraz CZĘŚĆ 2 - SERWER TYP 2 -140 SZTUK,

Lp.13., wymagania: „Wbudowany czujnik otwarcia obudowy współpracujący z BIOS i kartą zarządzającą

8) Załącznik nr 5 do siwz, CZĘŚĆ 1 - SERWER TYP 1 -11 SZTUK oraz CZĘŚĆ 2 - SERWER TYP 2 -140 SZTUK, Lp. 14. Karta zarządzająca: „Wsparcie dla co najmniej WSMAN (Web Service for Management) (...) Telnet”

Cały zacytowany fragment pochodzi z dokumentacji firmy Dell. Zgodnie z najlepszą wiedzą odwołującego kwestionowane wymaganie jest spełnione w przypadku urządzeń firmy DELL i Fujitsu, przy czym urządzenia firmy Fujitsu nie spełniają pozostałych wymagań siwz. Ponadto należy zaznaczyć, że Telnet nie jest protokołem bezpiecznym i dlatego niektórzy producenci, np. firma HP, nie implementują go, zastępując go bezpiecznym i posiadającym większe możliwości protokołem SSH. Ponadto serwery firmy HP nie posiadają wsparcia dla WSMAN. Zamawiający nie zawarł również w siwz żadnej informacji, której technologii zarządzania serwerem zamierza użyć. Odwołujący wskazał zatem, że standardem jest zarządzanie serwerem poprzez interfejs graficzny bądź też poprzez interfejs konsoli i tą funkcjonalność zapewniają rozwiązania wszystkich firm niezależnie od wsparcia dla WSMAN i Telnet.

Ze względu na powyższe odwołujący domaga się wykreślenia z Załącznika nr 5 do siwz, CZĘŚĆ 1 - SERWER TYP 1 -11 SZTUK oraz CZĘŚĆ 2 - SERWER TYP 2 -140 SZTUK, Lp.14., wymagania dotyczącego wsparcia dla WSMAN (Web Service for Management) oraz Telnet.

9) Załącznik nr 5 do siwz, CZĘŚĆ 1 - SERWER TYP 1 -11 SZTUK oraz CZĘŚĆ 2 - SERWER TYP 2 -140 SZTUK, Lp. 14. Karta zarządzająca: „Wymagane jest, iż w przypadku awarii karty sieciowej, kontrolera RAID dla dysków wewnętrznych, płyty głównej lub innej wymiany serwisowej, zostaną wczytane automatycznie te same ustawienia i wersje firmware, BIOS, specyficzne dla danych komponentów. Wymaga się by dane zostały zapisane na wbudowanej w kartę zarządzającą pamięci flash. Jeśli funkcjonalność ta wymaga płatnych komponentów lub usługi dodatkowej to powinny zostać uwzględnione w wycenie

Cały zacytowany fragment pochodzi z dokumentacji firmy Dell. Zgodnie z najlepszą wiedzą odwołującego powyższe wymaganie jest spełnione tylko i wyłącznie przez urządzenia firmy DELL. Żaden inny serwer żadnego innego producenta nie posiada tak opisanej funkcjonalności.

Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał, że trudno sobie wyobrazić jakiegokolwiek praktyczne zastosowanie dla kwestionowanej funkcjonalności. Serwis urządzeń serwerowych sprawowany jest przez profesjonalny i wykwalifikowany personel, który

wykorzystuje procedury opracowane przez producenta serwera, a zatem powyższa funkcjonalność nie będzie zamawiającemu do niczego potrzebna.

Ze względu na powyższe odwołujący domaga się wykreślenia z Załącznika nr 5 do siwz, CZĘŚĆ 1 - SERWER TYP 1 -11 SZTUK oraz CZĘŚĆ 2 - SERWER TYP 2 -140 SZTUK, Lp.14., wymagania: M Wymagane jest, iż w przypadku awarii karty sieciowej, kontrolera RAiD dla dysków wewnętrznych, płyty głównej lub innej wymiany serwisowej, zostaną wczytane automatycznie te same ustawienia i wersje firmware, BIOS, specyficzne dla danych komponentów. Wymaga się by dane zostały zapisane na wbudowanej w kartę zarządzającą pamięci flash. Jeśli funkcjonalność ta wymaga płatnych komponentów lub usługi dodatkowej to powinny zostać uwzględnione w wycenie"

W ocenie odwołującego zestawienie wymagań siwz w taki sposób, że spełnia je jedynie jeden produkt jednego producenta stanowi rażąco naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy. Powyższy przepis w sposób generalny zakazuje opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej niezgodne z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest opisywanie przedmiotu zamówienia w sposób, który będzie uniemożliwiał dostęp do udziału w postępowaniu lub stawiał wybranych wykonawców w uprzywilejowanej sytuacji wobec pozostałych. Nie można zatem mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób, iż preferowane i wskazane przez Zamawiającego rozwiązania wskazują na konkretny produkt (por. np. wyrok KIO z 08.07.2011r., sygn. akt KIO 1344/11; wyrok KIO z dnia 6.12.2010r., sygn. akt KIO 2550/10). W niniejszym postępowaniu opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretny produkt, tj. serwer Dell PowerEdge R720xd produkowany przez firmę DELL, co zostało wykazane powyżej.

Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2012 r., sygn. akt: KIO 1549/12. Ze względu na powyższe odwołujący domaga się, aby zamawiający zmienił treść siwz w sposób wskazany powyżej.

W uzasadnieniu powyższego żądania odwołujący wskazał, że art. 29 ust. 1 ustawy nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przepis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych art. 7 ust. 1 ustawy. Biorąc pod uwagę przepis art. 29 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu

nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., II Ca 693/05). Zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które by wskazywały na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę. Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt. Powyższe już dawno zostało potwierdzone w orzecznictwie KIO, np. w wyroku z dnia 11 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 33/07, w wyroku z dnia 10 kwietnia 2013 r., sygn. akt: KIO 694/13, w wyroku KIO z dnia 30 grudnia 2008 r. o sygn. akt KIO/UZP 1463/08, wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, oraz wyroku Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05.

W tym miejscu odwołujący dodał również, że w art. 23 ust. 8 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi wskazano, że: „Jeżeli nie uzasadnia tego przedmiot zamówienia, specyfikacje techniczne nie mogą zawierać odniesienia do konkretnej marki ani źródła ani też do żadnego szczególnego procesu, znaku handlowego; patentu, typu, pochodzenia lub produkcji, które mogłyby prowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania pewnych przedsiębiorstw albo produktów. Odniesienie takie jest dopuszczalne wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, gdy dostatecznie precyzyjny i zrozumiały opis przedmiotu zamówienia, zgodny z ust 3 i 4, nie jest możliwy; odniesieniu takiemu towarzyszą słowa «lub równoważny»”. Jak wynika z wyżej przytoczonego przepisu Dyrektywy niedozwolone odniesienia specyfikacji technicznych muszą więc wskazywać na określony produkt, które to wskazanie i odniesienie poprzez właśnie takie sformułowanie parametrów granicznych mogłyby prowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania pewnych produktów lub wykonawców. Odwołujący powołał uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2012 roku, sygn. akt KIO/KD 14/12).

Odnosnie art. 29 ust. 2 ustawy odwołujący ponadto zauważył, że użyty w treści tego przepisu zwrot „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji,

niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Na powyższe wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej np. wyrok KIO z 30 grudnia 2010r., sygn. akt 2729/10, wyrok KIO z dnia 22 lipca 2013 roku, sygn. akt: KIO 1589/13, wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy sygn. akt II Ca 693/05. W niniejszym postępowaniu wprowadzenie do treści siwz zbioru kwestionowanych przez odwołującego wymagań prowadzi jego zdaniem do wniosku, iż jednoczesne spełnienie tych wymagań jest możliwe wyłącznie przy zaoferowaniu jednego produktu jednego producenta. Takie działanie jest zatem niedopuszczalne w świetle przepisów art. 29 ust. 2 ustawy. Postanowienia siwz w aktualnym brzmieniu w zasadzie wyłączają jakąkolwiek konkurencję co do oferowanych produktów. Wprowadzenie do treści siwz określonego katalogu wymaganych cech nie wydaje się być przy tym podyktowane uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, a wyłącznie chęcią maksymalnego ograniczenia konkurencji. Wedle utrwalonego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający ma prawo wymagać pewnych standardów technicznych i jakościowych, o ile nie są wymogami zbędnymi i wygórowanymi, (tak np. wyrok KIO z 21.09.2010 r., sygn. akt KIO 1954/10; podobnie KIO w wyroku z 26.09.2011r. sygn. akt KIO 1995/11, wyrok z dnia 22 lipca 2013 roku, sygn. akt: KIO 1589/13).

Odwołujący podkreślił, że kwestionowane wymagania siwz nie tylko, że wykluczają jakąkolwiek konkurencję w postępowaniu, zmuszając wykonawców do zaoferowania jednego konkretnego produktu, to jeszcze nie mają żadnego obiektywnego uzasadnienia. W ocenie odwołującego ich wprowadzenie ma na celu tylko i wyłącznie uzyskanie przez zamawiającego preferowanego przez niego produktu, co wykazano powyżej. W ocenie odwołującego opisanie przedmiotu zamówienia w inny sposób tj. zgodnie z żądaniami odwołania, umożliwi realizację potrzeb zamawiającego przy jednoczesnym poszanowaniu zasad równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania przetargowego w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Powołał się na wyrok z dnia 25 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 69/10. Odwołujący podkreślił jednocześnie, że z uwagi na charakter kwestionowanych postanowień siwz, z które każdy utrudnia uczciwą konkurencję w skuteczny sposób pozbawiający odwołującego dostępu do rynku, tylko pełne uwzględnienie przedstawionego w niniejszym odwołaniu zarzutu i żądania skutkować będzie

doprowadzeniem postępowania do zgodności z ustawą. Pozostawienie w siwz któregokolwiek z kwestionowanych postanowień spowoduje, iż dostęp do niniejszego zamówienia w dalszym ciągu będzie utrudniony. Wykonawcy zobowiązani są bowiem do złożenia oferty zgodnej z każdym żądaniem przedstawionym w treści siwz, zatem zaniechanie zmiany któregokolwiek z przedstawionych powyżej wymagań nie otworzy dostępu do tego postępowania wszystkim podmiotom mogącym zaoferować produkt służący osiągnięciu wskazanego przez zamawiającego celu zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę jakie będą konsekwencje przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania i zawarcia umowy w sprawie zamówienia przy niezmienionym i tym samym wadliwym opisie przedmiotu zamówienia. Otóż według odwołującego nie budzi żadnych wątpliwości, że w opisanej powyżej sytuacji postępowanie powinno zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy jako obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast ewentualnie zawarta umowa będzie podlegać unieważnieniu na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy, zgodnie z którym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem przepisu art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy według odwołującego stanowi czynność zamawiającego mającą zasadniczy wpływ na wynik postępowania, zwłaszcza jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w taki sposób, że tylko jeden produkt jednego producenta spełnia wymagania postawione w siwz. Wskazał na wyroki sądów powszechnych Sąd Okręgowy Warszawa Praga w Warszawie w wyroku z dnia 21 kwietnia 2011r., sygn. akt III C 1161/09

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w Części 1 - dostawa serwerów typ 1 oraz w Części 2 - dostawa serwerów typ 2 w taki sposób, że w rezultacie opis ten utrudnia uczciwą konkurencję, bowiem nie jest opisem jednoznacznym i wyczerpującym, sporządzonym za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniającym wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, stwierdzić należy co następuje.

Zamawiający w Załączniku nr 5 do siwz, CZĘŚĆ 1 - SERWER TYP 1 -11 SZTUK oraz CZĘŚĆ 2 - SERWER TYP 2 - 140 SZTUK, Lp. 3. Procesor, sformułował następujące wymaganie: „Zamawiający wymaga, aby powyższy wynik osiągnięty był na komputerze o konfiguracji oferowanej”.

Przed wszystkim odwołujący wskazał, że powyższe wymaganie jest niejasne i można je rozumieć co najmniej dwójako, tzn. iż dotyczy ono jedynie pozycji „Procesor”, skoro tam właśnie zostało zamieszczone, albo iż dotyczy konfiguracji całego serwera. Innymi słowy nie wiadomo czy określenie „w oferowanej konfiguracji” skoro jest umieszczone w pozycji „Procesor”, to dotyczy wyłącznie określonego serwera z zaoferowanymi procesorami, czy też dotyczy kompletnego urządzenia z określoną przez zamawiającego w siwz liczbą pamięci, dysków twardych, itd. Tymczasem wymagania siwz powinny być sformułowane w sposób jasny i precyzyjny, tak aby wykonawcy nie mieli problemu z ich zrozumieniem i nie musieli się domyślać intencji zamawiającego, co potwierdza utrwalona i jednolita linia orzecznicza KIO.

Odwołujący wskazał ponadto, że gdyby przyjąć, iż określenie „w oferowanej konfiguracji” dotyczy kompletnego urządzenia z określoną przez zamawiającego w siwz liczbą pamięci, dysków twardych itd., to wymóg zamawiającego, ażeby wynik testu osiągnięty był na komputerze o konfiguracji oferowanej jest wymogiem sztucznym, ogranicza liczbę potencjalnych wykonawców wyłącznie do tych, którym dany producent udostępni taki wynik testu, ale i wskazuje ponadto na niezrozumienie przez zamawiającego sposobu przeprowadzania testu SPECint\_rate\_base2006.

Przed wszystkim wskazał, że zamawiający nie określił wyraźnie poziomu szczegółowości konfiguracji serwera, przy której można byłoby uznać w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, że wynik został osiągnięty na komputerze „o konfiguracji oferowanej”, czy też nie. Gdyby nawet przyjąć taką wykładnię siwz, iż „konfiguracja oferowana” oznacza wszystkie oferowane elementy konfiguracji serwera, to sposób przeprowadzenia testu SPECint\_rate\_base2006 wskazuje, iż znakomita większość elementów konfiguracji sprzętowej nie wpływa w żaden sposób na wynik ww. testu.

W przypadku testu SPECint\_rate\_base2006, wyspecyfikowanego przez zamawiającego, istotne są wyłącznie użyte procesory, podsystem pamięci i kompilator, przy czym na dwa ostatnie elementy zamawiający nie ma żadnego wpływu, jak również wymogi wobec nich nie zostały przez zamawiającego określone w siwz. Jedynym elementem konfiguracji sprzętowej, który może podlegać jakiegokolwiek weryfikacji i ocenie ze strony zamawiającego jest tylko i wyłącznie liczba i rodzaj użytych procesorów. Dzieje się tak z uwagi na fakt, iż kompilator działa w środowisku szczególnego systemu operacyjnego, zaś za wybór tych elementów odpowiedzialna jest firma testująca. Zarówno sam kompilator, jaki i niezależnie od niego system operacyjny dla poszczególnych testowanych konfiguracji może pochodzić od wielu różnych producentów i występować w różnych wersjach, co daje wiele potencjalnie możliwych kombinacji, przy czym wyniki testów dla tego samego sprzętu ale w różnych



kombinacjach: kompilator/system operacyjny, będą inne. Z kolei pod pojęciem podsystemu pamięciowego należy rozumieć przede wszystkim typ i rodzaj chipsetu płyty głównej, od którego zależą możliwe do użycia podsystemy pamięci, czyli ich typ, interfejs, szybkość, wielkość, liczba, sposób i miejsce obsadzenia w urządzeniu czy też związana z nim konfiguracja mechanizmów zabezpieczania pamięci, mająca istotny wpływ na wynik testu.

Reasumując, wyniki testu SPEC, których domaga się zamawiający, za wyjątkiem użytych w serwerach procesorów i ich liczby, pozostają bez związku z konfiguracją serwera oferowaną Zamawiającemu, zaś siwz nie określa jak i w odniesieniu do których elementów oferowanej konfiguracji serwera następować będzie weryfikacji wyników testu. Zamawiający nie zawarł w siwz informacji jak testować, tzn. z jakim systemem operacyjnym, kompilatorem, obsadzeniem pamięci w slotach, zaimplementowanym mechanizmami zabezpieczenia, bądź ich brakiem itp., a wszystko to ma wpływ na wynik testu. Zasady nie będą więc równe dla wszystkich wykonawców, bo zależnie od konfiguracji testowanego serwera wyniki testu będą istotnie się różnić.

Ponadto, jeżeli przyjąć taką wykładnię siwz, iż „konfiguracja oferowana” oznacza wszystkie oferowane elementy konfiguracji serwera, to okazuje się, że możliwość złożenia oferty będzie uzależniona od widzimisię producenta danego serwera, który po pierwsze najpierw będzie musiał przetestować serwer w oferowanej konfiguracji w teście SPECInt\_rate\_base2006, a po drugie udostępnić wynik testu danemu wykonawcy. Żadnej z ww. czynności producent serwera nie będzie miał obowiązku wykonać, a wykonawca nie będzie mógł podnieść wobec niego z tego powodu jakichkolwiek roszczeń, nie będzie miał też możliwości skutecznego domagania się wykonania ww. czynności przez producenta. Widać zatem jak łatwo liczba wykonawców ubiegających się o zamówienie może zostać ograniczona tylko do tych czy do tego, który jest „preferowany” przez producenta danego serwera.

Ze względu na powyższe odwołujący domaga się wykreślenia z Załącznika nr 5 do siwz, CZĘŚĆ 1 - SERWER TYP 1 - 11 SZTUK oraz CZĘŚĆ 2 - SERWER TYP 2 - 140 SZTUK, Lp. 3., wymagania: „Zamawiający wymaga, aby powyższy wynik osiągnięty był na komputerze o konfiguracji oferowanej”.

Ponadto odwołujący domaga się, aby nakazać zamawiającemu zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej poprzez wykreślenie z niego następujących postanowień zamieszczonych w Sekcji 111.2.1):

„Dot. części 1 serwer typ 1

1) Raport z testu wydajności SPECint\_rate\_base2006 potwierdzający osiągnięcie przez oferowane urządzenie(w konfiguracji oferowanej) wyniku na poziomie min. 520 punktów (dopuszcza się wydruk lub „zrzut ekranu” ze strony internetowej <http://www.spec.org>); oraz:

„Dot. części 2 serwer typ 2

1) Raport z testu wydajności SPECint\_\_rate\_base2006 potwierdzający osiągnięcie przez oferowane urządzenie w konfiguracji oferowanej) wyniku na poziomie min. 520 punktów (dopuszcza się wydruk lub „zrzut ekranu” ze strony internetowej <http://www.spec.org>);”

W dniu 1 lipca 2014r. odwołujący złożył pisemne oświadczenie o cofnięciu odwołania na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy w związku z dokonanymi przez zamawiającego w dniu 30 czerwca 2014r. modyfikacjami postanowień siwz. Oświadczenie zostało podpisane przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 czerwca 2014r. udzielonego przez prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji.

W dniu 1 lipca 2014r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie oświadczając, iż uwzględnia odwołanie w części w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 29 ust. 2 i 3 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w części 1 – dostawa serwerów typ 1 oraz w części 2 – dostawa serwerów typ 2 w taki sposób, że w rezultacie opis ten utrudnia uczciwą konkurencję, bowiem postawione przez zamawiającego wymagania w całości spełnia tylko jeden produkt jednego producenta w związku z żądaniem zmiany treści siwz w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania w punktach : I.5, I.6, I.7., I.8., I.9. i oświadczył, że modyfikacji zgodnych z żądaniami odwołującego w dniu 30 czerwca 2014r.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu. Jednoznaczna treść oświadczenia o cofnięciu odwołania wskazuje, że odwołujący cofnął odwołanie w całości w związku z modyfikacją postanowień siwz dokonaną przez zamawiającego w dniu 30 czerwca 2014r.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczanego wpisu.

**Przewodniczący: .....**