

WYROK
z dnia 31 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2017 r. przez wykonawcę **E. sp. z o.o. w W.**

w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowy Fundusz Zdrowia w W.**

przy udziale wykonawcy **Q. S.A. w W.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **A. P. S.A. w R.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **I. P. sp. z o.o. w W.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów opisanych w pkt 1.1.1, 1.1.2. (co do pamięci RAM), 1.1.4, 1.1.6, 1.2.1, 1.2.3 odwołania z powodu uwzględnienia odwołania przez zamawiającego,
2. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez:
 - a) usunięcia wymogu, zgodnie z którym dostarczane rozwiązanie równoważne musi posiadać system operacyjny zapewniający zgodność binarną z systemem operacyjnym (...), oraz posiadać zintegrowaną bazę danych w pełni kompatybilną z (...),
 - b) wskazanie wydajności, jaką musi spełniać serwer równoważny w jednostkach innych niż CPW, w szczególności poprzez odwołanie się do ogólnobranżowych standardów, np. standardów spec.org,

3. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
4. kosztami postępowania w części 50% obciąża **Narodowy Fundusz Zdrowia w W.**, zaś w części 50% **E. sp. z o.o. w W.:**
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **E. sp. z o.o. w W.** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3.600 zł 00 gr**, poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę **3.600 zł 00 gr**, poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 4.2. zasądza od **Narodowego Funduszu Zdrowia w W.** na rzecz **E. sp. z o.o. w W.** kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Narodowy Fundusz Zdrowia w W. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „zakup serwera (...) bądź równoważnego wraz z usługą serwisu gwarancyjnego oraz serwis SWMA dla serwera (...)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 czerwca 2017 r. nr 2017/S 123-250669.

Wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na opisanu przedmiotu zamówienia,
- 2) czynności zamawiającego polegającej na sporządzeniu wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego,

wykonawca E. sp. z o.o. w W., zwany dalej „odwołującym”, wniósł 10 lipca 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Co do opisu przedmiotu zamówienia odwołujący wniósł odwołanie w zakresie:

- 1.1.1. ograniczenia możliwości dostarczenia serwera równoważnego, wyłącznie do serwera innego producenta, niż I., tj. brak możliwości dostarczenia innego niż referencyjny serwer producenta I.,
- 1.1.2. wskazania, że w zakresie pamięci RAM, dysków wewnętrznych i kart wejścia/wyjścia, w odniesieniu do rozwiązania równoważnego musi być zachowana zgodność z podartą w SIWZ ilością pamięci RAM, dysków wewnętrznych i kart wejścia/wyjścia, co oznacza, że zgodność tej ilości musi być nie tylko na poziomie sumarycznym (tj. np. dla łącznej ilości pamięci RAM, wydajności dysków, czy też ilości punktów wyjścia wejścia), ale i na poziomie ilości sztuk dysków, pamięci, czy też kart wejścia/wyjścia,
- 1.1.3. sformułowania warunku, zgodnie z którym dostarczane rozwiązanie równoważne musi posiadać system operacyjny zapewniający zgodność binarną z systemem operacyjnym (...), oraz posiadać zintegrowaną bazę danych w pełni kompatybilną z (...),
- 1.1.4. sformułowania warunku, zgodnie z którym dostarczane rozwiązanie równoważne musi zapewniać pracę kluczowych aplikacji posiadanych przez zamawiającego w szczególności CWU i KLP, ewentualnie brak szczegółowego opisanu charakterystyki i parametrów tych aplikacji i systemu,
- 1.1.5. sformułowania warunku, zgodnie z którym serwer równoważny musi zapewniać nie gorszą wydajność, niż 47000 jednostek CPW, podczas gdy jednostki CPW są

jednostkami właściwymi wyłącznie dla produktów I. i nie ma możliwości realnego ich porównania dla innych produktów,

1.1.6. nałożenia na wykonawcę dostarczającego rozwiązanie równoważne dodatkowych wymogów, w praktyce uniemożliwiających zaoferowanie rozwiązania równoważnego, w szczególności:

- dokonania migracji bazy danych oraz aplikacji posiadanych przez zamawiającego w szczególności CWU i KLP z obecnej infrastruktury do dostarczanego rozwiązania równoważnego oraz ich uruchomienia u zamawiającego oraz sprawdzenia poprawności ich działania, bez naruszenia praw autorskich producenta aplikacji CWU i KLP ewentualnie braku opisanie charakterystyki i parametrów CWU i KLP oraz zakresu posiadanych praw autorskich;

- dokonania transferu wiedzy w zakresie utrzymania i rozwoju rozwiązania równoważnego dla pracowników zamawiającego ewentualnie braku opisanie, co zamawiający rozumie przez określenie transfer wiedzy;

- w przypadku, gdy zaoferowane przez wykonawcę rozwiązanie równoważne nie będzie właściwie działać ze sprzętem i oprogramowaniem funkcjonującym u zamawiającego lub spowoduje zakłócenia w funkcjonowaniu pracy środowiska sprzętowo-programowego zamawiającego, pokrycia wszystkich kosztów związanych z przywróceniem i sprawnym działaniem infrastruktury sprzętowo-programowej oraz na własny koszt dokonania niezbędnych modyfikacji przywracających właściwe działanie środowiska sprzętowo-programowego zamawiającego również po usunięciu rozwiązania równoważnego;

Co do postanowień wzoru umowy odwołujący wniósł odwołanie w zakresie:

1.2.1 sformułowania w § 1 ust. 2 wzoru umowy wymagania do dostarczenia serwera fabrycznie nowego, podczas gdy producent I. w swojej polityce dopuszcza stosowanie w produkowanych serwerach elementów tzw. refurbished, które nie posiadają cech nowości,

1.2.2 sformułowania w § 1 ust. 2 wzoru umowy wymagania do dostarczenia serwera pochodzącego z autoryzowanego kanału sprzedaży producentów na rynek polski lub UE i brak umożliwienia zakupu tych serwerów poprzez inne kanały dystrybucji,

1.2.3 sformułowania w § 3 ust. 10 ppkt 1) i 2) wzoru umowy wymogu dostarczania kolejnych wersji oprogramowania dla systemów operacyjnych i5 oraz dostarczania fixów oraz patchy dla systemów operacyjnych i5, podczas gdy jest to oprogramowanie wyłącznie do produktów I.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp i art. 29 ust. 1, 2 i 3 Pzp przez nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, co powoduje brak zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, a tym samym uniemożliwiający dokonanie wyceny oferty,
- 2) art. 7 ust. 1 Pzp i art. 29 ust. 1, 2 i 3 Pzp poprzez pozorny opis rozwiązań równoważnych, które w swej istocie zostały sformułowane w taki sposób, że nie istnieje na rynku rozwiązanie równoważne do rozwiązania referencyjnego wskazanego w SIWZ,
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp przez statuowanie dla wykonawcy oferującego rozwiązanie równoważne szereg dodatkowych obowiązków, które nie obciążają wykonawcę oferującego rozwiązanie referencyjne, co powoduje brak zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 4) art. 7 ust. 1 Pzp, art. 5 KC oraz art. 353¹ KC w zw. z art. 14 Pzp i 139 ust. 1 Pzp, przez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów przez określanie warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji, obciążenie wykonawcy dostarczającego rozwiązanie równoważne nadmiernymi obowiązkami i ryzykiem.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SIWZ:

3.1. w zakresie opisu przedmiotu zamówienia:

3.1.1. zmienienia wymogu w zakresie serwera równoważnego, zgodnie z którym zamawiający dopuszczałby dostarczenie serwera równoważnego, rozumianego jako serwer inny niż referencyjny, nieograniczonego jedynie do serwerów innych producentów,

3.1.2. wskazanie, że dostarczone rozwiązanie równoważne spełnia wymogi zamawiającego w zakresie ilości pamięci RAM, dysków wewnętrznych i kart wejścia/wyjścia, poprzez wskazanie, że musi być zachowana wyłącznie łączna zgodność z podaną w specyfikacji ilością i parametrami dostarczanych elementów, tj. że można dostarczyć inną niż wskazaną w OPZ ilość elementów, pod warunkiem łącznego spełniania przez te elementy określonych parametrów (np. pojemności, pamięci, ilości slotów),

3.1.3. usunięcia warunku, zgodnie z którym dostarczane rozwiązanie równoważne musi posiadać system operacyjny zapewniający zgodność binarną z systemem operacyjnym (...), oraz posiadać zintegrowaną bazę danych w pełni kompatybilną z (...),

3.1.4, usunięcia warunku, zgodnie z którym dostarczane rozwiązanie równoważne musi zapewniać pracę kluczowych aplikacji posiadanych przez zamawiającego w

szczególności CWU i KLP, ewentualnie szczegółowe opisanie charakterystyki i parametrów tych aplikacji i systemu, w sposób umożliwiający wykonawcom ocenę czy oferowany przez nich produkt spełnia to wymaganie,

3.1.5. wskazania wydajności, jaką musi spełniać serwer równoważny w jednostkach innych niż CPW, w szczególności przez odwołanie się do ogólnobranżowych standardów, np. standardów spec.org,

3.1.6. usunięcia nałożonych na wykonawcę dostarczającego rozwiązanie równoważne dodatkowych wymogów, w praktyce uniemożliwiających zaoferowanie rozwiązania równoważnego, w szczególności:

- dokonania migracji bazy danych oraz aplikacji posiadanych przez zamawiającego w szczególności CWU i KLP z obecnej infrastruktury do dostarczonego rozwiązania równoważnego oraz ich uruchomienia u zamawiającego oraz sprawdzenia poprawności ich działania, bez naruszenia praw autorskich producenta aplikacji CWU i KLP ewentualnie opisanie charakterystyki i parametrów CWU i KLP oraz zakresu posiadanych praw autorskich;
- dokonania transferu wiedzy w zakresie utrzymania i rozwoju rozwiązania równoważnego dla pracowników zamawiającego ewentualnie opisanie, co Zamawiający rozumie przez określenie transfer wiedzy;
- w przypadku gdy zaoferowane przez wykonawcę rozwiązanie równoważne nie będzie właściwie działać ze sprzętem i oprogramowaniem funkcjonującym u zamawiającego lub spowoduje zakłócenia w funkcjonowaniu pracy środowiska sprzętowo-programowego zamawiającego, pokrycia wszystkich kosztów związanych z przywróceniem i sprawnym działaniem infrastruktury sprzętowo-programowej oraz na własny koszt dokonania niezbędnych modyfikacji przywracających właściwe działanie środowiska sprzętowo-programowego zamawiającego również po usunięciu rozwiązania równoważnego;

3.2 w zakresie wzoru umowy:

3.2.1. sprecyzowania, że dostarczany serwer musi być nowy, jednakże dopuszczalne jest także stosowanie elementów tzw. refurbished,

3.2.2. usunięcia wymogu do dostarczenia serwera, pochodzącego z autoryzowanego kanału sprzedaży producentów na rynek Polski lub UE;

3.2.3. usunięcia z § 3 ust. 10 pkt 1) i 2) wzoru umowy wymogu dostarczania kolejnych wersji oprogramowania dla systemów operacyjnych i5 oraz dostarczania fixów oraz patchy dla systemów operacyjnych i5.

W uzasadnieniu odwołania co do zarzutów dotyczących producenta serwerów równoważnych odwołujący wskazał, że w załączniku nr 1 A do specyfikacji - szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia w pkt III wskazano, że *Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne. Jako serwer równoważny do zdefiniowanego przez Zamawiającego rozumie się serwer innego producenta, niż I., spełniający następujące kryteria: (...)*. Oznacza to, że zamawiający dopuszcza wyłącznie zaoferowanie serwera I. o modelu wskazanym przez niego lub też zaoferowanie serwera innego producenta. Oznacza to, że nie ma możliwości zaoferowania serwera I., jednakże o innym modelu, niż wskazany w SIWZ przez zamawiającego. Stanowi to istotne ograniczenie dla potencjalnych wykonawców i jedynie pozorne umożliwienie zastosowania rozwiązań równoważnych. Tym samym, skoro nie ma możliwości podania serwera producenta I., spełniającego wymagania zamawiającego, jednakże o innym modelu niż wskazany w SIWZ, to zamawiający nie oferuje w swej istocie rozwiązań w pełni równoważnych.

Odwołujący co do zarzutów dotyczących charakterystyki pamięci RAM, dysków wewnętrznych i kart wejścia/ wyjścia podniósł, że w załączniku nr 1 A do specyfikacji - szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia w pkt III wskazano, że jako serwer równoważny do zdefiniowanego przez zamawiającego rozumie się serwer innego producenta, niż I., spełniający następujące kryteria: - posiadający nie gorsze zasoby systemowe rozumiane jako ilość pamięci RAM, dyski wewnętrzne i karty wejścia/wyjścia.

W odniesieniu do pamięci RAM, zamawiający wskazał, że oczekuje dostarczenia 128 GB DDR4 Memory - 16 sztuk. Oznacza to, że łącznie zamawiający wymaga, by dostarczany produkt posiadał 2048 GB, przy czym jednocześnie określono, że zamawiający oczekuje dostarczenia 16 tej pamięci, każda o pojemności 128 GB. Ma to istotne znaczenie, bowiem w odniesieniu do pamięci nie ma zasadniczego znaczenia, jakie są pojemności poszczególnych jednostek, kluczowa jest bowiem pojemność łączna. Użyte przez zamawiającego sformułowania sugerują, że zachowana musi być zgodność zarówno w zakresie ilości sztuk, jak i ilości sumarycznej pojemności. Tymczasem, wymóg powinien precyzyjnie wskazywać, że wystarczy zachowanie sumarycznej zgodności w zakresie pojemności łącznej. Na rynku istnieje bowiem wielu producentów pamięci RAM i każdy w inny sposób rozkłada ilość pamięci między poszczególnymi wolumenami. Konieczność odnalezienia producenta, który produkuje dokładnie pamięć o pojemności 128 GB ogranicza ilość dostępnych rozwiązań. Jednocześnie odwołujący wskazywał, że ograniczenie możliwości dostarczenia wyłącznie pamięci o konfiguracji wskazanej przez zamawiającego (16 sztuk o pojemności 128 GB) w sposób istotny ogranicza konkurencję i realną możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych. W zależności bowiem od producenta różne są sposoby konfigurowania tej pamięci.

Zdaniem odwołującego także w odniesieniu do dysków wewnętrznych, zamawiający wskazał, że oczekuje dysków o pojemności 283 GB (...) - 90 sztuk. Oznacza to, że łącznie zamawiający wymaga, by dostarczane produkty posiadały pojemność 25470 GB. Tak samo więc, jak w przypadku pamięci, zamawiający nie zapewnił realnej możliwości zastosowania rozwiązania równoważnego, bowiem ze sformułowania zawartego w SIWZ wynika, że dyski zewnętrzne muszą mieć dokładnie taki rozkład parametrów jak dyski podstawowe. Kluczowe powinno być zaś to, że warunki te (co do poziomu wydajności) mogą być spełnione w inny sposób, tak długo, jak długo zachowana zostanie funkcjonalność tych rozwiązań. Użyte przez zamawiającego sformułowania świadczą, że zachowana musi być zgodność zarówno w zakresie ilości sztuk, jak i ilości sumarycznej pojemności, czy też ich wydajności. Tymczasem, wymóg powinien precyzyjnie wskazywać, że wystarczy zachowanie sumarycznej zgodności w zakresie pojemności i wydajności. Na rynku istnieje bowiem wielu producentów dysków wewnętrznych i każdy w inny sposób rozkłada te parametry na poszczególne dyski. Konieczność odnalezienia producenta, który produkuje dokładnie pamięć o pojemności 283 GB o określonej wydajności ogranicza ilość dostępnych rozwiązań, choć znalezienie najważniejszego dla zamawiającego parametru sumarycznego jest możliwe.

Zdaniem odwołującego podobny zarzut dotyczy opisu zastosowanych w modelu kart wejścia/wyjścia w zakresie rozwiązania równoważnego. Zamawiający w specyfikacji zawarł wymóg dostarczenia modeli (...) (4 sztuki) oraz (...) (1 sztuka). Tak samo więc jak w przypadku pamięci, zamawiający w odniesieniu do pierwszego modelu karty łącznie wymagał 24 slotów, jednakże zaskarżone postanowienie SIWZ wskazuje, że niezbędne jest dochowanie nie tylko ilości portów / slotów (co akurat jest zrozumiałe), ale i ilości samych kart (co nie ma już żadnego uzasadnienia). Odwołujący wskazywał, że na rynku istnieje bowiem wielu producentów tego rodzaju sprzętu i każdy (a co najmniej niektórzy) w inny sposób rozkładają sloty/porty. Konieczność odnalezienia producenta, który produkuje dokładnie sloty o rozłożeniu analogicznym do referencyjnego ogranicza ilość dostępnych rozwiązań. Jednocześnie wskazywał, że ograniczenie możliwości dostarczenia wyłącznie kart o konfiguracji wskazanej przez zamawiającego w sposób istotny ogranicza konkurencję i realną możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych. Podsumowując, zamawiający powinien sprecyzować ten wymóg poprzez wskazanie, że wszystkie parametry dla pamięci RAM, dysków wewnętrznych i kart wejścia/wyjścia muszą być spełnione łącznie.

Co do zarzutów dotyczących zgodności binarnej odwołujący podniósł, że zamawiający wymagał także, by *dostarczany sprzęt był wyposażony w system operacyjny zapewniający zgodność binarną z systemem operacyjnym (...), tak by posiadane przez Zamawiającego aplikacje zostały uruchomione z pełną funkcjonalnością*. Wskazywał, że zgodność binarna produktów występuje niezwykle rzadko i nie jest ona wcale niezbędna do

prawidłowej współpracy określonych systemów. Zgodność binarna to zgodność na poziomie kodu maszynowego. Oznacza to, że aby w rzeczywistości zapewnić taką zgodność, konieczny byłby dostęp do kodów zarówno I., jak i producenta dostarczającego rozwiązanie równoważne, a także bardzo precyzyjne powiązanie ze sobą tych dwóch systemów. Mając na uwadze regulacje dotyczące praw autorskich, jak także wysoki stopień skomplikowania dla osiągnięcia zgodności binarnej, zapewnienie takiej zgodności dla systemu I. oraz systemu, który wyjściowo zgodności tej nie posiada byłoby niemożliwe, lub co najmniej nieopłacalne dla jednego zamówienia. Co więcej każdy z producentów serwerów stosuje z reguły własne systemy operacyjne i nie ma możliwości zainstalowania np. na nich oprogramowania konkurencyjnego producenta. To oznacza, że w praktyce nie ma żadnej możliwości dostarczenia produktu innego niż producenta I., żaden bowiem producent takiej zgodności nie jest w stanie zapewnić. Możliwe jest natomiast, aby pomimo braku zgodności binarnej serwery różnych producentów współpracowały z sobą w taki sposób, aby były one wykorzystywane do zwykłej działalności zamawiającego i spełniały jego uzasadnione potrzeby.

Co do zarzutów dotyczących konfiguracji aplikacji zamawiającego odwołujący podniósł, że zamawiający wymagał, że *system operacyjny musi zapewniać pracę kluczowych aplikacji posiadanych przez Zamawiającego w szczególności CWU i KLP*. Wprowadzenie tego zapisu uniemożliwia odwołującemu sporządzenie prawidłowej oferty. Zamawiający wymaga bowiem, by dostarczane rozwiązanie było zgodne z posiadanymi przez niego aplikacjami, w żadnym miejscu nie wskazuje jednak, jakie są to aplikacje, nie podaje ich specyfikacji. Wykonawcy, nie mając dostępu do kodu źródłowego, ani nawet podstawowych danych na temat aplikacji, nie mogą zweryfikować, czy dostarczane przez nich rozwiązania równoważne w istocie byłyby kompatybilne z tymi rozwiązaniami, czy też nie. Nawet w odniesieniu do aplikacji wskazanych przez zamawiającego, tj. CWU oraz KLP, zamawiający nie opisał żadnej z tych aplikacji, nie wskazał w jakim środowisku one działają, czy zamawiający dysponuje prawami autorskimi do tych aplikacji oraz w jakim zakresie. Tym samym, zamawiający nie umożliwił wykonawcom realnego zweryfikowania, czy dostarczone serwery będą kompatybilne z tymi aplikacjami. Dodatkowo, wprowadzenie tego wymogu stanowi wykorzystanie pozycji dominującej zamawiającego, który w sposób nieuprawniony przerzuca pewne ryzyka na wykonawców. To w kwestii zamawiającego, który zna specyfikę funkcjonującego u niego środowiska IT, leży opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, by otrzymać pożądane przez niego rozwiązanie. Przerzucanie tego ciężaru na wykonawców, którzy nie znajdują tak szczegółowo systemu i wszystkich programów oraz aplikacji zamawiającego prowadzi do preferowania wykonawców, którzy tworzyli aplikacje CWU oraz KLP i mają dobre rozeznanie w ich funkcjonowaniu.

Odwołujący co do zarzutów dotyczących wydajności serwera wskazał, że zamawiający wymaga także, by dostarczany serwer *zapewniał nie gorszą wydajność, niż 47000 jednostek CPW*. Wskazywał, że jednostki CPW są jednostkami stosowanymi do szacowania parametrów wyłącznie dla urządzeń I. Gdyby zamawiający w sposób realny zapewniał możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych, mógłby odwołać się do pewnej uniwersalnej skali porównawczej, takiej jak np. testy spec.org. Jest to znana i stosowana na całym świecie jednostka oceniająca wydajność komputerów oraz poszczególnych ich komponentów. Wykonanie porównania serwerów innego producenta do serwera I. jest w praktyce niemożliwe, nie jest bowiem jednoznaczny sposób „przeliczania” parametrów tego sprzętu na jednostkę CPW. Zaoferowanie z kolei innego modelu producenta I. (posiadającego wydajność w jednostkach CPW) jest zaś niemożliwe z powodów, szerzej opisanych w pkt powyżej.

Odwołujący co do zarzutów dotyczących dodatkowych wymogów stawianych dostawcom rozwiązań równoważnych, w zakresie migracji danych, argumentował, że brak realnej możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych związany jest też z tym, że wykonawcom oferującym rozwiązania równoważne stawiane są dużo wyższe wymogi i znacznie więcej obowiązków, niż wykonawcom oferującym rozwiązanie podstawowe. Przykładowo, wskazuje na to następujący zapis SIWZ: *W przypadku zaoferowania przez Wykonawcę rozwiązania równoważnego, Wykonawca dokona migracji bazy danych oraz aplikacji posiadanych przez Zamawiającego w szczególności CWU i KLP z obecnej infrastruktury do dostarczonego rozwiązania równoważnego, oraz ich uruchomienia u Zamawiającego oraz sprawdzenia poprawności ich działania, bez naruszenia praw autorskich producenta aplikacji CWU i KLP*. Oznacza to, że wykonawcę oferującego rozwiązanie równoważne obciąża dużo większy zakres obowiązków (a co za tym idzie - dużo wyższy koszt wykonania zamówienia) niż wykonawców oferujących rozwiązanie podstawowe (przy rozwiązaniu podstawowym to zamawiający dokonuje migracji). Wykonawcy oferujący rozwiązania równoważne nie mogą nawet w sposób prawidłowy oszacować ceny oferty, bowiem zamawiający nie podał żadnych danych odnośnie posiadanej przez niego bazy danych oraz aplikacji (jedynie przykładowo wskazując na aplikacje CWU i KLP). Nie wiadomo więc, jaki jest rozmiar tej bazy, ile i jakie są to aplikacje, jak są one skonstruowane, w jakich językach są sporządzone.

Także wymóg sprawdzenia poprawności działania aplikacji i baz danych stanowi nadużycie pozycji zamawiającego. Przedmiotem zamówienia powinno być bowiem dostarczenie określonych rozwiązań o określonych parametrach. Odpowiedzialność kontraktowa wykonawcy powinna być więc ograniczona wyłącznie do przypadków, kiedy dostarczy on rozwiązania o innych parametrach, niż wskazane w SIWZ. Odpowiedzialność ta nie powinna być w żadnym wypadku rozciągana na coś, co stanowi w istocie

konsekwencję niewłaściwego opisanego przedmiotu zamówienia. Także wskazanie, że migracja i uruchomienie nie może naruszać praw autorskich producenta aplikacji CWU i KLP powoduje, że dostarczenie rozwiązania równoważnego jest praktycznie niemożliwe. Odwołujący nie wie bowiem, jakimi prawami autorskimi (jakim ich zakresem) dysponuje zamawiający, samo zaś funkcjonowanie tych aplikacji nie zostało w żadnym miejscu opisane. Tym samym, odwołujący nie wie nawet, czy możliwe jest przeniesienie tych aplikacji na serwer innego producenta bez naruszania praw autorskich twórców tych aplikacji.

Co do zarzutów dotyczących transferu wiedzy, odwołujący podniósł, że kolejnym postanowieniem utrudniającym w praktyce dostarczenie rozwiązania równoważnego jest wskazanie, że wykonawca dokona transferu wiedzy w zakresie utrzymania i rozwoju rozwiązania równoważnego dla pracowników zamawiającego. Zamawiający nie sprecyzował, co rozumie poprzez sformułowanie „transfer wiedzy” - tj. czy oczekuje specjalistycznych szkoleń (a jeżeli tak - w jakim zakresie czasowym), czy być może dostarczenia podręczników użytkownika, czy też chce zastosować inny sposób tego transferu (np. dyżury, konsultacje). Niezależnie jednak od powyższego, są to dodatkowe obowiązki wykonawcy dostarczającego rozwiązanie równoważne, które nie obciążają wykonawcy dostarczającego rozwiązanie podstawowe. Ponownie więc, pozorne zaoferowanie możliwości zastosowania rozwiązania równoważnego w istocie preferuje wykonawców dostarczających rozwiązania podstawowe.

Co do zarzutów dotyczących przywrócenia infrastruktury zamawiającego, odwołujący podniósł, że zamawiający wskazał w SIWZ także warunek, że *w przypadku, gdy zaoferowane przez Wykonawcę rozwiązanie równoważne nie będzie właściwie działać ze sprzętem i oprogramowaniem funkcjonującym u Zamawiającego lub spowoduje zakłócenia w funkcjonowaniu pracy środowiska sprzętowo-programowego Zamawiającego, Wykonawca w terminie 14 dni pokryje wszystkie koszty związane z przywróceniem i sprawnym działaniem infrastruktury sprzętowo-programowej oraz na własny koszt dokona niezbędnych modyfikacji przywracających właściwe działanie środowiska sprzętowo-programowego Zamawiającego również po usunięciu rozwiązania równoważnego.* Pomimo tego, że zamawiający w żaden sposób nie opisał w SIWZ funkcjonującego u niego środowiska informatycznego, istniejących aplikacji, ani infrastruktury sprzętowo-programowej, to jednak obciąża on wykonawców oferujących rozwiązania równoważne ryzykiem braku kompatybilności oferowanego przez nich sprzętu z ww. elementami. Jest to ryzyko tak duże, że wielu wykonawców z pewnością zrezygnuje z ubiegania się o udzielenie zamówienia. Powyższe wskazuje więc, że w niniejszym postępowaniu naruszono zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem preferowani są wykonawcy, którzy nie oferują dostarczenia rozwiązań równoważnych, a rozwiązania podstawowe. Oczywiście odwołujący gotowy jest przyjąć na siebie ryzyko, że w przypadku gdy dostarczy serwery niezgodne z wymaganiami SIWZ to

ponosi tego wszelkie skutki, nie może jednak godzić się przyjęcie odpowiedzialności za brak współpracy z infrastrukturą zamawiającego w przypadku dostarczy sprzęt odpowiadający specyfikacji wynikającej z opz. To na zamawiającym spoczywa ciężar właściwego opisu przedmiotu zamówienia. Zwracał uwagę, że analogiczny obowiązek nie obciąża wykonawcy oferującego serwer referencyjny.

Odwołujący co do zarzutów dotyczących wzoru umowy, w zakresie dostarczenia nowego serwera podniósł, że w § 1 ust. 2 umowy wskazano, że wykonawca zobowiązany jest dostarczyć serwer fabrycznie nowy. Jest to świadczenie niemożliwe do wykonania, a właściwie niemożliwe jest złożenie przez wykonawców zobowiązania do dostarczenia serwera fabrycznie nowego. Polityka I. wskazuje bowiem, że w swoich produktach dopuszczają oni stosowanie komponentów tzw. „refurbished” nawet w nowych urządzeniach. Oznacza to, że nie można zagwarantować, że dostarczany produkt będzie fabrycznie nowy, tj. że każdy jego komponent będzie fabrycznie nowy. Co bardzo istotne bez względu na sposób zamówienia i źródło pochodzenia serwera żaden podmiot nabywający serwer I. nie ma możliwości zweryfikowania czy nabyty serwer zawiera takie części czy też ich nie zawiera. Nie można także, np. za dopłatą, nabyć produktu z gwarancją, że do jego wyprodukowania nie użyto komponentów o statusie „refurbished”. Powyższe oznacza, że w praktyce nie można zaoferować produktu I., albowiem może on dowolnie zostać uznany przez zamawiającego za produkt, który nie ma cechy nowości.

Odwołujący co do zarzutów dotyczących wzoru umowy, w zakresie kanału zakupu serwera podniósł, że ponadto w § 1 ust. 2 umowy wskazano wymaganie, że dostarczany serwer musi pochodzić z autoryzowanego kanału sprzedaży producentów na rynek Polski lub UE. Oznacza to, że serwer musi być zakupiony bądź u producenta, bądź u któregoś z autoryzowanych dystrybutorów. Nie ma więc możliwości, by odwołujący zakupił ten sprzęt nowy i pełnowartościowy, ale od innego podmiotu (np. podmiotu, który sprzęt ten nabył u producenta, jednak ostatecznie nie zainstalował go i nie użył). To także istotnie ogranicza wykonawców w dostarczeniu sprzętu. Co istotne jest to oczywiście sprzeczne z konstytucyjnym prawem własności, albowiem ogranicza i to istotnie prawo do dysponowania legalnie nabytą rzeczą. Nie ma żadnego uzasadnienia dla tego rodzaju generalnego ograniczenia, tym bardziej, że nie wpływa ono w żaden sposób na uprawnienia zamawiającego.

Odwołujący co do zarzutów dotyczących wzoru umowy, w zakresie systemu operacyjnego i5 podniósł, że zamawiający sformułował w § 3 ust. 10 ppkt 1) i 2) wzoru umowy wymóg dostarczania kolejnych wersji oprogramowania dla systemów operacyjnych i5 oraz dostarczania fixów oraz patchy dla systemów operacyjnych i5. System operacyjny i5 jest charakterystyczny tylko dla produktów (oprogramowania) I. Oznacza to, że nawet jeżeli wykonawca dostarczy sprzęt innego producenta, to musiałoby być ono z oprogramowaniem

IBM, co jest niespotykane, albowiem każdy producent ma swoje oprogramowanie. Oznacza, to jednoznacznie, że owa możliwość zaoferowania rozwiązania równoważnego jest fikcją, a celem zamawiającego jest dopuszczenie tylko rozwiązania podstawowego. Jest to więc wymóg potwierdzający, że wprowadzenie możliwości zaoferowania rozwiązania równoważnego jest jedynie pozorne, a w rzeczywistości wykonawcy dostarczający rozwiązanie referencyjne są w uprzywilejowanej pozycji, co narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni zarzuty 1.1.1, 1.1.2. (co do pamięci RAM), 1.1.4, 1.1.6, 1.2.1, 1.2.3. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, a także w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca Q. S.A. w W.. Wniósł o uwzględnienie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca A. P. S.A. w R.. Nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w ww. części. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy a także w piśmie procesowym przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca I. P. sp. z o.o. w W.. Nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w ww. części. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy a także w piśmie procesowym przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, odwołanie, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, pisma procesowe przystępujących A. i I., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie odwołującego wykonawcę Q. S.A. w W. uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę I. P. sp. z o.o. w W. 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.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę A. P. S.A. w R. 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.

W dalszej kolejności ustalono, 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.

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 ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie dokonywania przez zamawiającego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia i sporządzenia postanowień wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego, sporządzenie opisu, postanowień 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.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Postępowanie odwoławcze w części podlegało umorzeniu, zaś w zakresie rozpoznany merytorycznie zasługiwało częściowo na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp, *przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję*. Z kolei w myśl art. 29 ust. 3 Pzp, *przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, 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”*. Ten ostatni przepis stanowi implementację do prawa krajowego przepisu art. 42 ust. 4 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE. Stanowi on, iż *jeżeli nie uzasadnia tego przedmiot zamówienia, specyfikacje techniczne nie zawierają odniesienia do konkretnej marki lub źródła, ani do szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, ani do znaku handlowego, patentu, typu bądź konkretnego pochodzenia lub produkcji, które to odniesienie mogłoby prowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania pewnych przedsiębiorstw lub produktów. W wyjątkowych przypadkach dopuszcza się stosowanie takich odniesień, jeżeli niemożliwe jest opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób zgodnie z ust. 3. Takim odniesieniom towarzyszą słowa „lub równoważne”*

Z pierwszego z przywołanych przepisów wynika zakaz opisywania przez zamawiającego przedmiotu zamówienia nie tylko w taki sposób, który utrudnia konkurencję, ale nawet takiego, który jedynie potencjalnie może stanowić takie utrudnienie. Na powyższe wskazuje użyte przez ustawodawcę sformułowanie „mógłby utrudniać”.

Z drugiego zaś przepisu wynika co do zasady zakaz opisywania przedmiotu zamówienia przez znaki towarowe, patent, pochodzenie, źródła itp. Jeżeli zaś, zamawiający w określonych, wyjątkowych sytuacjach jest zmuszony opisać przedmiot zamówienia korzystając z ww. metody, to jednocześnie zobowiązany jest dopuścić rozwiązania równoważne. Przy czym, w ocenie Izby, dopuszczenie rozwiązań równoważnych nie może być sprowadzone do fikcji polegającej na tym, że formułowane są takie dodatkowe, specyficzne i daleko idące wymogi co do rozwiązań równoważnych, które są praktycznie niemożliwe do zrealizowania prowadząc do sytuacji, w której de facto można zaoferować wyłącznie rozwiązanie referencyjne.

Za zasadny uznano zarzut 1.1.3 odwołania.

Zamawiający w SIWZ opisując przedmiot zamówienia skorzystał z regulacji, o której mowa w art. 29 ust. 3 Pzp, to jest opisał przedmiot zamówienia wskazując na oczekiwane rozwiązanie referencyjne, tj. serwer firmy (...) (pkt I załącznika nr 1A do SIWZ). Usiłując uczynić zadość wymogom z art. 29 ust. 3 Pzp zamawiający dopuścił zaoferowanie rozwiązania równoważnego, dla którego opisał dalsze szczegółowe wymogi, od których uzależniał zaakceptowanie takiego rozwiązania. Problem jednak w tym, że niektóre parametry równoważności zostały opisane w tak rygorystyczny sposób, że czyniły tę równoważność fikcyjną. Ma rację odwołujący wskazując, że taki charakter ma wymóg aby dostarczane rozwiązanie równoważne musiało posiadać *system operacyjny zapewniający zgodność binarną z systemem operacyjnym (...), tak by posiadane przez Zamawiającego aplikacje zostały uruchomione z pełną funkcjonalnością oraz posiadać zintegrowaną bazę danych w pełni kompatybilną z (...)*.

Strony i uczestnicy pozostawali zgodni co do rozumienia pojęcia „zgodność binarna”. Z złożonego przez odwołującego dowodu – wydruku ze strony internetowej wiki.dis2.waw.pl wynikało, że zgodność binarna jest to *tożsamość systemów operacyjnych na poziomie binarnym; dwa systemy operacyjne są zgodne binarnie, gdy wersja binarna każdego programu uruchamianego w jednym systemie pracuje identycznie w drugim*. Nie ulegało także wątpliwości, że zgodność binarna jest zgodnością na bardzo niskim poziomie, tak niskim, że nawet systemy operacyjne jednej rodziny tego samego producenta mogą nie być ze sobą zgodne binarnie. Z tego samego dowodu wynikało choćby, że *„trudna do uzyskania uniwersalna zgodność binarna bywa czasem zawężana do wybranych klas programów”*. Nie było kwestionowane twierdzenie odwołującego, że każdy z producentów serwerów stosuje własne systemy operacyjne, które nie są zgodne binarnie z systemami operacyjnymi konkurentów. Nie jest to praktykowane, bo zgodność binarna systemów operacyjnych producentów różnych serwerów nie jest konieczna do poprawnej współpracy serwerów różnych producentów. Te twierdzenia odwołującego także nie były kwestionowane. Co istotne, zamawiający ani przystępujący po jego stronie nie wskazali Izbie ani jednego przypadku zgodności binarnej systemów operacyjnych producentów serwerów. Nie wiadomo także w jaki sposób miałyby zostać osiągnięta zgodność binarna systemów bez zapewnienia kodów źródłowych do oprogramowania I.

Rzeczywisty powód, dla którego zamawiający oczekiwał omawianej zgodności można było ustalić w oparciu o samą treść SIWZ. Zamawiający sam wskazał w spornym wymaganiu, że celem wymogu jest zapewnienie by *posiadane przez zamawiającego aplikacje zostały uruchomione z pełną funkcjonalnością*. Dalszą argumentację w tym zakresie zamawiający przedstawił w odpowiedzi na odwołanie i dowodach załączonych do tego pisma. Powodem tym była treść umów zawartych przez zamawiającego z producentem i podmiotami utrzymującymi systemy informatyczne zamawiającego tj. obecnie K. S.A. i A. P.

S.A. Z odpowiedzi na odwołanie i złożonych dowodów wynikało, że na mocy umów z 18 listopada 1998 r. na dostawę i wdrożenie systemu informatycznego wspomaganie działalności kas chorych nie zapewniono sobie praw autorskich do oprogramowania użytkowego (aplikacji) ani kodów źródłowych. Co więcej, w treści tych umów, a także kolejnych umów na utrzymanie tych systemów, jakie zamawiający zawierał w kolejnych latach do 2016 r. znajdują się antykonkurencyjne zapisy. Zgodnie z tymi postanowieniami podmioty utrzymujące te systemy (obecnie K. S.A. i A. P. S.A.) mają prawo przekazywać zamawiającemu wiążące zalecenia dotyczące konfiguracji, w tym systemów operacyjnych, systemów zarządzania bazami danych, a nawet minimalne konfiguracje sprzętowe (por. § 1 pkt 4 lit b iii umowy nr 26/2016 z 1 kwietnia 2016 r.). Co więcej, z § 3 ust. 7 pkt 11 umowy na utrzymanie aplikacji nr 26/2016 wynika obowiązek stosowania się zamawiającego do zaleceń wykonawcy i zawartych w dokumentacji oprogramowania. Co istotne, wykonawcy umów zastrzegli sobie także poufność dokumentacji (§ 13 umowy).

Wreszcie z pisma firmy K. S.A. z 25 lipca 2017 r. wynika, że narzuca zamawiającemu aby system informatyczny wspomaganie działalności NFZ, w tym moduły KLP (koszty leczenia pacjenta) i CWU (centralny wykaz ubezpieczonych) pracowały w środowisku: *serwer (...), system operacyjny I. i zintegrowana z systemem baza danych (...)* (załącznik nr 2 do odpowiedzi na odwołanie). Również w dokumencie „zalecona konfiguracja aplikacji”, opatrzonym logo A. P., znajduje się nawiązanie do systemu (...) czy bazy danych (...) (por. załącznik nr 3 do odpowiedzi na odwołanie). Nie ulega także wątpliwości, że A. P. S.A., jako autoryzowany partner firmy I. (okoliczność przyznana w trakcie rozprawy), bierze udział w postępowaniach organizowanych przez zamawiającego na dostawę serwerów I. i dostarcza zamawiającemu serwery tej właśnie firmy (dowód: zestawienie – wygrane A. na rozbudowę serwerów I. w latach 2010 – 2017, złożone przez odwołującego).

Jest to zatem sytuacja, w której strona umowy zawartej z zamawiającym przez wskazuje zamawiającemu konkretne rozwiązania sprzętowe, a następnie korzysta z rezultatów tego wskazania w ten sposób, że startuje w pozornie konkurencyjnych postępowaniach oferując sprzęt wymieniony we wskazaniu, będąc autoryzowanym dystrybutorem tego sprzętu. Sytuacja taka jest tolerowana przez zamawiającego, który w kolejnych umowach na utrzymanie swych systemów powiela te antykonkurencyjne postanowienia i nie doprowadza przez 19 lat do modyfikacji posiadanego oprogramowania w ten sposób, aby zapewnić jego komunikację i współpracę z wieloma platformami sprzętowymi, nie pozyskuje do niego praw i dokumentacji celem stworzenia stosownej nakładki na system, względnie nie wykonuje tego siłami własnymi. W efekcie tych zaniedbań zamawiający niezgodnie z prawem opisuje przedmiot zamówienia, zaś skutkami swych zaniedbań obciąża wykonawców ubiegających się o zamówienie w pozornie konkurencyjnym

postępowaniu. Sytuację tę należy uznać nie tylko za utrudniającą uczciwą konkurencję, ale skrajnie antykonkurencyjną.

Twierdzenia zamawiającego, jakoby podjął próby pozyskania praw do kodów, lecz ze względu na swą słabą pozycję negocjacyjną spotkał się ze zbyt wygórowaną propozycją cenową pozostały gołosłowne, gdyż zamawiający na ich poparcie nie przedstawił żadnych twierdzeń.

Powyższe oznacza także, że zamawiający jedynie pozornie i formalnie dopuszcza rozwiązania równoważne, co narusza art. 29 ust. 3 Pzp, jak i art. 29 ust. 2 Pzp oraz art. 29 ust. 1 Pzp. Wobec tego zarzut należało uznać za zasadny.

Za zasadny uznano zarzut 1.1.5 odwołania. W kwestionowanym przez odwołującego postanowieniu SIWZ zamawiający zastrzegł, że jako serwer równoważny do zdefiniowanego przez zamawiającego rozumie się serwer innego producenta, niż I., spełniający następujące kryteria: (...) *zapewniający nie gorszą wydajność, niż 47000 jednostek CPW.*

Odwołujący domagał się zmiany kwestionowanego postanowienia w ten sposób, że domagał się wskazania wydajności, jaką musi spełniać serwer równoważny w jednostkach innych niż CPW, w szczególności poprzez odwołanie się do ogólnobranżowych standardów, np. standardów spec.org.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że jednostki CPW to jednostki wydajności serwera właściwe dla serwerów I. i stosowane wyłącznie przez tę firmę. Twierdzenia przystępującego I. jakoby jednostki CPW stanowiły de facto uproszczoną wersję ogólnobranżowego benchmarku TPCC pozostały gołosłowne, gdyż nie zostały poparte żadnym dowodem. Nie udowodniono także Izbie, jakoby firma I. upowszechniała algorytmy, na podstawie których oblicza jednostki wydajności CPW. Przystępujący I. nie złożył także Izbie żadnej kalkulacji, która obrazowałaby sposób przeliczania jednostek CPW na jednostki ogólnobranżowe.

W takiej sytuacji ma rację odwołujący gdy twierdzi, że nie może zaoferować serwera równoważnego, gdyż nie posiada informacji pozwalających na weryfikację, czy oferowane rozwiązanie równoważne spełni wymóg wydajności. Zamawiający nie może odwoływać się do standardów znanych tylko firmie I., gdyż pozostali wykonawcy nie będą wiedzieć, w jaki sposób przeliczyć jednostki wydajności serwerów I. Propozycja zmiany kwestionowanego postanowienia SIWZ, jaką zamawiający przedstawił w odpowiedzi na odwołanie, nie usuwała tych nieprawidłowości i nie stanowiła wykonania żądania odwołującego. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że gotów jest zastąpić sporne postanowienie sformułowaniem następującym: *„zapewniający nie gorszą wydajność niż 47000 jednostek CPW dla rozwiązania I., a w przypadku rozwiązań równoważnych, zapewniający wydajność równoważną do wyżej wymienionego poziomu wydajności”*. Jak

wynikało z przytoczonego zapisu, w dalszym ciągu wykonawca chcąc zaoferować rozwiązanie równoważne musi referować do jednostek wydajności CPW, których algorytmów nie zna.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp, *przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty*. Przywołany przepis nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie wszelkich okoliczności i wymagań, mających znaczenie dla sporządzenia oferty. Wymaganie od dostawcy rozwiązania równoważnego, aby gwarantował wydajność na poziomie, który nie został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący stanowi naruszenie dyspozycji tego przepisu. Wobec powyższego zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Za chybiony uznano zarzut odwołującego opisany w pkt 1.2.2 odwołania.

W kwestionowanym przez odwołującego postanowieniu § 1 ust. 2 wzoru umowy zamawiający zastrzegł, że *wykonawca zobowiązuje się dostarczyć serwer (...) pochodzący z autoryzowanego kanału sprzedaży producentów na rynek Polski lub UE (...)*. Odwołujący domagał się usunięcia przytoczonego wymogu.

W ocenie Izby kwestionowane postanowienie znajduje uzasadnienie w obiektywnych i uzasadnionych potrzebach zamawiającego i nie narusza żadnych ze wskazanych przez odwołującego przepisów. Jak wynikało z wyjaśnień zamawiającego i odpowiedzi na odwołanie, zamawiający chce uniknąć nabycia produktu z niepewnego źródła. Sporny zapis zapewni zamawiającemu pewność co do nabywanego produktu, w tym tego, kto go poprzednio użytkował. Rozwiązanie to zapewni także, aby do klienta trafiła maszyna np. właściwie przechowywana, która nie była przerabiana. Wzięto pod uwagę, że zamawiany serwer jest urządzeniem specjalistycznym, o wartości rzędu mln zł, na którym mają pracować kluczowe programy zamawiającego i nie jest to standardowe urządzenie nabywane z „półki”. Omawiany zapis zapewni także, że dostarczany produkt nie zostanie dotknięty ograniczeniami licencyjnymi, choćby pod względem terytorialnym. W ocenie Izby wymóg nie narusza zasady równego traktowania wykonawców, gdyż dotyczy wszystkich wykonawców, którzy ubiegają się o zamówienie. Natomiast zasada zachowania uczciwej konkurencji nie zostaje naruszona w sytuacji, gdy na rynku europejskim funkcjonuje 1500 partnerów autoryzowanych I., w tym kilkuset na rynku polskim. W przypadku producentów innych serwerów, ilości autoryzowanych partnerów w Polsce i w Europie są podobne. Na powyższe liczby zwracali uwagę przystępujący I. i A., czego odwołujący nie kwestionował. Nie wykazano także, aby zapis naruszał zasadę swobody umów wynikającą z art. 353¹ KC.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że kwestionowane postanowienie wzoru umowy nie narusza przywołanych przez odwołującego przepisów, w tym art. 7 ust. 1 Pzp.

Za chybiony uznano także zarzut 1.1.2 odwołania.

W załączniku 1a do SIWZ (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) zamawiający wskazał, że wymaga dostawy serwera (...). Zamawiający dopuścił rozwiązanie równoważne. Zastrzegł m.in., że jako serwer równoważny do zdefiniowanego przez zamawiającego rozumie się serwer innego producenta, niż I., m.in. *posiadający nie gorsze zasoby systemowe rozumiane jako ilość dysków wewnętrznych i kart wejścia/wyjścia*.

Jednocześnie w opisie serwera referencyjnego, tj. (...) wskazano, że ma on posiadać dyski wewnętrzne 283 GB (...) - 90 sztuk, a także karty we/wy (...) (4 sztuki) oraz (...) (1 sztuka).

Odwołujący w odwołaniu domagał się zmiany SIWZ w ten sposób, aby dostarczone rozwiązanie równoważne spełniało wymogi zamawiającego w zakresie ilości dysków wewnętrznych i kart wejścia/wyjścia, poprzez wskazanie, że musi być zachowana wyłącznie łączna zgodność z podaną w specyfikacji ilością i parametrami dostarczanych elementów, tj. że można dostarczyć inną niż wskazaną w OPZ ilość elementów, pod warunkiem łącznego spełniania przez te elementy określonych parametrów (np. pojemności, ilości slotów).

Izba stwierdziła, że wbrew stanowisku odwołującego ilość dysków wewnętrznych i kart wejścia/wyjścia ma znaczenie dla zamawiającego i znajduje uzasadnienie w jego obiektywnych potrzebach, a zapis nie narusza przepisów prawa. Wzięto pod uwagę, że przypadku dysków i kart ma znaczenie oczekiwana ilość tych elementów. Ma rację zamawiający utrzymując, że zapytania kierowane do większej liczby dysków będą obsługane w krótszym czasie niż kierowane do jednego. Ilość dysków rzutuje nie tylko na wydajność, ale i na niezawodność, redundancję, możliwość odzyskiwania danych. Sumaryczna ilość dysków nie odzwierciedli tych potrzeb. Analogicznie sytuacja przedstawia się w zakresie kart we/wy, które obsługują komunikację z dyskami. Wobec powyższego zarzut uznano za chybiony.

Postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w zakresie zarzutu opisanego w pkt 1.1.4 odwołania. Zarzut 1.1.4 dotyczył wymogu zamawiającego, który w załączniku nr 1a do SIWZ wskazał, że system operacyjny serwera równoważnego „*musi zapewniać pracę kluczowych aplikacji posiadanych przez zamawiającego w szczególności CWU i KLP (...)*”.

Odwołujący w pkt 3.1.4 odwołania domagał się w usunięcia tego wymogu ewentualnie szczegółowego opisanie charakterystyki i parametrów tych aplikacji i systemu, w

sposób umożliwiający wykonawcom ocenę czy oferowany przez nich produkt spełnia to wymaganie (s. 4 odwołania).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni ten zarzut i w swej propozycji zmiany SIWZ wskazał, że zapis:

wyposażony w system operacyjny zapewniający zgodność binarną z systemem operacyjnym (...), tak by posiadane przez Zamawiającego aplikacje zostały uruchomione z pełną funkcjonalnością. System operacyjny powinien posiadać zintegrowaną bazę danych w pełni kompatybilną z (...). System ten musi zapewniać pracę kluczowych aplikacji posiadanych przez Zamawiającego w szczególności CWU i KLP, a także pracę systemu klastrowego replikacji logicznej M.

gotowy jest zastąpić zapisem

wyposażony w system operacyjny zapewniający zgodność binarną z systemem operacyjnym (...), tak by posiadane przez Zamawiającego aplikacje zostały uruchomione z pełną funkcjonalnością. System operacyjny powinien posiadać zintegrowaną bazę danych w pełni kompatybilną z (...). System ten musi zapewniać także pracę systemu klastrowego replikacji logicznej M.

Jak wynikało z porównania zapisu kwestionowanego i zapisu proponowanego, zamawiający gotowy był wykonać literalnie żądanie główne odwołującego, przez usunięcie wymogu kwestionowanego w zarzucie 1.1.4 odwołania, w sposób określony w pkt 3.1.4.

Wobec powyższego, wbrew stanowisku odwołującego, stanowisko to należało uznać za uwzględnienie zarzutu w taki sposób, jak to literalnie zapisano w odwołaniu. W konsekwencji Izba postanowiła, wbrew stanowisku odwołującego, umorzyć postępowanie odwoławcze także w zakresie zarzutu 1.1.4 odwołania, biorąc również pod uwagę okoliczność, że przystępujący po stronie zamawiającego nie wnieśli sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w tym zakresie.

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów opisanych w zakresie zarzutów opisanych w pkt 1.1.1, 1.1.2. (co do pamięci RAM), 1.1.4, 1.1.6, 1.2.1, 1.2.3 odwołania. Zamawiający w omawianym zakresie uwzględnił zarzuty odwołania, zaś żaden z przystępujących po jego stronie nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia. Zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, *jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie.* Jak wynika z powyższego, obowiązujące przepisy w takiej sytuacji uzależniają rozpoznanie odwołania od wniesienia sprzeciwu, co nie nastąpiło.

Co również należy podkreślić – wobec uwzględnienia zarzutów odwołania oraz niewniesienia sprzeciwu przez przystępujących po stronie zamawiającego – zamawiający zobowiązany jest do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, co w ocenie Izby musi mieć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia. Ponadto wydanie postanowienia w wyroku rozpoznającym sprawę merytorycznie, jest konieczne także dla oceny formalnej przyszłych odwołań w kontekście uregulowania art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Mając to na uwadze Izba umorzyła w części postępowanie odwoławcze w zakresie ww. zarzutów.

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 2 i 3 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 i 4 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia postępowania odwoławczego i 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 rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (2, 3 sentencji) i formalnym (pkt 1, 4 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku. Nie oznacza to jednak, że postanowieniu o kosztach czy też postanowieniu umarzającemu postępowanie odwoławcze zawartemu w rozstrzygnięciu merytorycznym, jakim jest wyrok odbierany jest charakter i walor tego rozstrzygnięcia. Jak zgodnie przyjmuje się w literaturze o charakterze orzeczenia decyduje nie jego postać, lecz treść. Weryfikacja postaci orzeczenia należy do sądu, który powinien traktować orzeczenie zgodnie z jego funkcją wynikającą z treści. Jeżeli rozstrzygnięcie o pewnych kwestiach zapada w wyroku, a dla innych kwestii właściwa jest postać postanowienia (np. co do kosztów), postanowienie nie traci swego charakteru i odrębności, pomimo zamieszczenia go w wyroku (A. Góra – Błaszczkowska, *Postanowienia...*, 2002, s.10 i n.; i m. in. T. Ereciński (w:) *Kodeks postępowania cywilnego...*, t.2, red. T. Ereciński, s. 110).

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*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może

wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu dokonanie modyfikacji SIWZ w sposób wskazany w pkt 2 sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 3 sentencji. Jednocześnie jednak informacja o częściowym oddaleniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten, wypowiadając się o praktyce Izby oddalania części zarzutów odwołania w uzasadnieniu, jednoznacznie uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

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*.

Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot *stosownie do jego wyniku* należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 *stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzieleniu kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam*

wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – w zakresie merytorycznym częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Izba stwierdziła, że zasadne okazała się dwa zarzuty, zaś za chybione należało uznać również dwa zarzuty. Odwołanie okazało się zasadne zatem w stosunku 50% i chybione w takim samym stosunku. Kosztami postępowania po połowie obciążono zatem zamawiającego i odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł, koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w maksymalnie dopuszczalnej wysokości 3.600 zł, a także koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł, co łącznie dawało kwotę 22.200,00 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600 zł (15.000,00 zł tytułem wpisu i 3.600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 11.100 zł (22.200,00 zł x 50%). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7.500,00 zł (18.600,00 – 11.100,00), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

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. 2 pkt 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: