

Warszawa, dnia 4 czerwca 2021 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Centralny Ośrodek Informatyki

Aleje Jerozolimskie 132-136
02-305 Warszawa

email: zamowienia.publiczne@coi.gov.pl

tel. 22 250 28 83 lub 22 250 28 85

Odwołujący:

Integrated Solutions Sp. z o.o.

ul Marcina Kasprzaka 18/20
01-211 Warszawa

KRS 0000385043

email: apytkowska@i-s.com.pl

Tel. 505693086

Przedstawiciel: Anna Pytkowska

ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.), zwanej dalej „Ustawą” lub „Prawem zamówień publicznych”, wnoszę odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i warunków zamówienia wynikających ze specyfikacji warunków zamówienia (dalej także: „SWZ”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „*Dostawa sprzętu i oprogramowania wraz ze wsparciem technicznym (4 części)*” (Numer referencyjny sprawy: COI-ZAK.262.4.2021) w zakresie Części II zamówienia.

Niniejszym z a r z u c a m Zamawiającemu naruszenie art. 16 ust. 1 i 3 Ustawy w związku ze wskazanymi niżej przepisami Ustawy:

- 1) art. 99 ust. 1 Ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
- 2) art. 99 ust. 2 Ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jego wartości i celów;
- 3) art. 99 ust. 4 Ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający konkurencję poprzez ustalenie parametrów zamawianego produktu wskazującego konkretnego producenta, co prowadzi do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

W związku z powyższym w n o s z ę o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji warunków zamówienia, w sposób opisany w treści pkt. III uzasadnienia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 maja 2021 r. pod numerem 2021/S 099-260846. Tego samego dnia udostępniono również dokumenty zamówienia na stronie internetowej Zamawiającego. W związku z tym, na podstawie art. 515 ust. 2 pkt 1 Ustawy, termin na wniesienie odwołania upływa 4 czerwca 2021 r. Uznać zatem należy, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

Powodem wniesienia niniejszego odwołania są niezgodne z prawem działania lub zaniechania Zamawiającego mogące prowadzić do utrudniania uczciwej konkurencji, polegające na wadliwym zredagowaniu postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”). Powyższe w istotny sposób narusza interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, przez co możliwe jest poniesienie przez niego szkody z uwagi na brak możliwości skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji utraty korzyści związanych z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego – sprzeczny z przepisami Ustawy opis przedmiotu zamówienia w sposób negatywny oddziałują na możliwość złożenia ważnej oferty przez Odwołującego. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania, Odwołujący będzie w stanie przygotować i złożyć konkurencyjną ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia.

UZASADNIENIE

- I. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 16 oraz art. 99 ust. 1, 2 i 4 Ustawy. Zgodnie z ww. przepisami Prawa zamówień publicznych, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wymagane przez Zamawiającego cechy dostaw czy usług muszą być związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. Co istotne przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

- II. W związku z brzmieniem art. 99 ust. 1, 2 i 4 oraz art. 16 Ustawy aktualne pozostaje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych, jak również piśmiennictwo dotyczące wykładni przepisów uprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, odpowiednio jej art. 29 ust. 1-4 oraz art. 7.
 1. Zgodnie z art. 16 Ustawy - to na Zamawiającym spoczywa obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Zatem należyte przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia stanowi obowiązek Zamawiającego, a niewypełnienie tego obowiązku prowadzi do naruszenia zasad Prawa zamówień publicznych, co w konsekwencji wpływa na wynik postępowania. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Podstawowym dokumentem zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego jest SWZ, która zawiera określone i opisane przez zamawiającego warunki zamówienia. Podobną rolę pełni także

ogłoszenie o zamówieniu, za pomocą którego postępowanie jest wszczynane przez podanie jego treści do publicznej wiadomości. To na podstawie postanowień SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu wykonawcy przygotowują składane następnie oferty. Są to dokumenty wiążące dla wykonawców, dlatego też powinny one być precyzyjne i czytelne, a ich postanowienia nie mogą stwarzać wykonawcom problemu z ich rozumieniem, czy też uzyskaniem niezbędnych informacji, które pomogą i ułatwią wykonawcy złożenie prawidłowej oferty zgodnej z warunkami zamówienia. Dokumenty te wiążą również drugą ze stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Zamawiającego, który dokonując procesu badania i oceny ofert winien w pierwszej kolejności kierować się literalnym brzmieniem SWZ oraz ogłoszenia oraz zasadą równego traktowania wykonawców. Winien więc do oceny każdej złożonej w postępowaniu oferty, zarówno w zakresie podmiotowym, jak też przedmiotowym, przyjąć jednakowe kryteria oceny wynikające z SWZ. Uznać zatem trzeba, że to Zamawiający wyznacza granice oceny ofert, a także zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia i podczas dokonywania czynności oceny granic tych nie może przekroczyć. Cytując za wyrokami Krajowej Izby Odwoławczej:

- *„Zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia zostały określone w art. 29-31 ustawy Pzp. [...] Tak wysokie wymagania w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia mają na celu zarówno wskazanie wykonawcom, czego dokładnie oczekuje zamawiający, jak i umożliwienie zamawiającemu na etapie oceny ofert weryfikację, czy złożone oferty są zgodne z przygotowanym opisem.”* (wyrok KIO z dnia 11 września 2014 r., sygn. akt KIO 1786/14);
- *„Istota tego przepisu [art. 29 ust. 1 - przyp. Odwołującego] sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia nie może być*

niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ.” (wyrok KIO z dnia 18 maja 2015 r., sygn. akt KIO 897/15).

2. Podkreślić należy, że Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i niewątpliwie posiada uprawnienia pozwalające mu określić przedmiot zamówienia stosownie do jego potrzeb. Ograniczenie tego uprawnienia wyznaczają przepisy zakazujące opisywanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Zasada opisywania przedmiotu zamówienia z zachowaniem reguł uczciwej konkurencji jest jedną z fundamentalnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami, jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (tak m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który utrudniałby uczciwą konkurencję, w szczególności w sposób, który preferowałby określonego wykonawcę i w nieuzasadniony sposób ograniczał udział innych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający winien się kierować się celem, jakiemu mają służyć zamawiane produkty, a każde wymaganie musi mieć swoje uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego. Cytując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1734/09) „szeroko pojęte wymagania zamawiającego (w tym dotyczące miejsca czy sposobu jego realizacji) składające się na opis przedmiotu zamówienia mogą naruszać konkurencję, o której mowa w art. 29 ust. 2 p.z.p., nie tylko przez eliminację niektórych wykonawców z możliwości zaoferowania swoich usług czy produktów, ale również w sposób nadmiernie utrudniający przygotowanie i złożenie korzystnej ekonomicznie i racjonalnej oferty”. Jak już wyżej zostało wspomniane, należyte przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia stanowi obowiązek Zamawiającego, a niewypełnienie tego obowiązku prowadzi do naruszenia zasad Prawa zamówień publicznych, co w

konsekwencji wpływa na wynik postępowania. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. *„Naruszenie zasady uczciwej konkurencji określonej w ustawie z uwagi na niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi, między innymi w sytuacji, gdy Zamawiający opíše przedmiot zamówienia poprzez posługiwanie się parametrami i rozwiązaniami technicznymi wskazującymi na konkretnego producenta lub konkretny produkt.”* (wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2014 r., sygn. akt: KIO 2436/14). Naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest więc opisanie przedmiotu zamówienia poprzez określenie parametrów na takim poziomie, który odpowiada tylko jednemu produktowi. W takim przypadku zamawiający – w sposób pośredni – dokonuje uprzywilejowania określonego wykonawcy, z jednoczesnym dyskryminowaniem pozostałych. Pośrednia dyskryminacja ma miejsce wówczas, gdy zamawiający wprawdzie nie opisuje przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, ale posługuje się parametrami wskazującymi na konkretnego producenta lub konkretny produkt. W tym miejscu warto jeszcze przytoczyć fragment orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 listopada 2018 r. (sygn. akt KIO/UZP 1240) *„przez utrudnianie uczciwej konkurencji należy rozumieć nie tylko opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, ale także poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem oznaczeń lub parametrów wskazujących na konkretnego producenta (dostawcę), lub konkretny produkt. W szerokim rozumieniu tego przepisu ograniczenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić w wyniku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego”*. Podobne stanowisko zostało przedstawione w uchwałach Krajowej Izby Odwoławczej:

- *„[...] swoboda Zamawiającego w określaniu cech produktu, które chce zakupić, jest ograniczona koniecznością zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji. Opis przedmiotu zamówienia ograniczający możliwość założenia ofert przez wykonawców, który nie jest podyktowany racjonalnymi i obiektywnie*

uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego narusza prawo. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest zatem zbyt rygorystyczne i nieuzasadnione określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które zawęży krąg wykonawców mogących złożyć ofertę w danym postępowaniu. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest zatem nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący wprost na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który przez swą drobiazgowość i rygoryzm umożliwia dostęp do zamówienia jedynie kilku wybranym wykonawcom działającym w danym obszarze rynku.” (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 września 2018 r., sygn. akt KIO/KD 34/18);

- *„[...] trudno uznać za uzasadnione posłużenie się w opisie przedmiotu zamówienia całym zestawem sztywno określonych parametrów, charakterystycznych dla sprzętu konkretnego producenta. Nawet jeśli w przypadku pojedynczych wymagań można dopatrzeć się jakiegoś obiektywnego uzasadnienia, to cały zespół wymaganych parametrów, określonych w sposób niedopuszczający określonego zróżnicowania czy tolerancji, a jednocześnie charakterystycznych dla konkretnego producenta, trudno za taki uznać.”* (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2019 r., sygn. akt KIO/KD 11/19).

3. Podkreślić zatem należy, że Zamawiający nie może dookreślać opisu przedmiotu zamówienia, w sposób który nie jest uzasadniony potrzebami Zamawiającego, zarówno technicznymi, jak i funkcjonalnymi. W takiej sytuacji Zamawiający powinien w sposób wiarygodny, logiczny i spójny, wykazać co było podstawą takich, a nie innych wymagań określonych przez Zamawiającego. Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 25 stycznia 2006 r. (niepublikowany, sygn. akt II Ca 693/05) wyraził pogląd – w odniesieniu do wykładni art. 29 ust. 2 uprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych – że przepis ten nie wymaga faktycznego wykazania, lecz uznaje za wystarczające uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji, jeżeli zamawiający skutecznie nie udowodni, że więcej niż jeden produkt spełnia parametry graniczne wyznaczone w specyfikacji (por. również - wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1463/08; wyrok z dnia 22.10.2010 r., sygn. akt. KIO 2189/10). W świetle powyższego *„przepis art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga pełnego udowodnienia*

naruszenia konkurencji, a wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc jego prawdopodobieństwa. Powyższe osłabienie „celu dowodowego” nie oznacza jednak w ogóle braku obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje - powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi więc być wykazane.” (wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2014 r., sygn. akt: KIO 2436/14).

III. W ocenie Odwołującego, sposób opisanie wymagań w zakresie przedmiotu zamówienia Zamawiającego narusza opisane powyżej przepisy Ustawy.

1. W rozdziale II SWZ – Opis przedmiotu zamówienia dla części II, w punktach 8 i 9 dotyczących szczegółowych wymagań technicznych odpowiednio dla Urządzeń A i Urządzeń B w pozycji „Pamięć RAM” Zamawiający zawarł wymóg *„technologie zabezpieczania pamięci: Extended ECC, Memory Mirroring, SDDC, Memory Sparing, Lockstep Memory, mechanizm umożliwiający automatyczne wyłączenie uszkodzonych modułów pamięci RAM i przenoszący przechowywane w nim dane do innego sprawnego modułu, itp.”.*

Zdaniem Odwołującego, tak opisana funkcjonalność (tj. poprzez wskazanie konkretnego zestawu technologii zabezpieczania pamięci) – zdaniem Odwołującego – jest możliwa do spełnienia wyłącznie przez produkty jednego producenta – firmę Lenovo. Chociaż Zamawiający nie posługuje się wprost nazwą producenta, to wskazane postanowienie charakteryzuje jedynie produkty Lenovo, a to z kolei uniemożliwia wykonawcom realizację przedmiotu zamówienia w oparciu o rozwiązania konkurencyjne. Powoduje to ograniczenie uczciwej konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców poprzez utrudnianie dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy oferują rozwiązania innych producentów stosujących alternatywne w stosunku do technologii wymienionych przez Zamawiającego i właściwych produktom Lenovo. Przykładem takich alternatywnych technologii zabezpieczania pamięci stosowanych przez większą liczbę producentów są m.in. Advanced ECC, memory demand and patrol scrubbing, SDDC, Failed DIMM Isolation, memory mirroring, memory address parity protection, memory rank sparing czy memory thermal throttling.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w Opisie przedmiotu zamówienia dla części II stanowiącym treść SWZ wprowadził jako wymagane takie parametry i funkcjonalności, których kompleksowe spełnienie (tak, jak wymaga tego Zamawiający) jest możliwe wyłącznie przy zastosowaniu rozwiązań i produktów jednego producenta – Lenovo.

W związku z powyższym wnoszę o modyfikację wyżej wskazanego wymagania poprzez dopuszczenie alternatywnych w stosunku do właściwej dla Lenovo *Lockstep Memory* technologii zabezpieczania pamięci, tj. co najmniej Advanced ECC, memory sparing lub memory mirroring, patrol scrubbing, Failed DIMM Isolation. Zmiana taka zlikwiduje zarzut naruszenia Ustawy, a jednocześnie poszerzy krąg potencjalnych wykonawców mogących zaoferować inne produkty aniżeli firmy Lenovo.

2. W rozdziale II SWZ – Opis przedmiotu zamówienia dla części II, w punktach 8 i 9 dotyczących szczegółowych wymagań technicznych odpowiednio dla Urządzeń A i Urządzeń B w pozycji „Porty” Zamawiający zawarł wymóg posiadania przez te urządzenia „*min 1 x USB 3.0 dostępne na froncie obudowy*”.

Zdaniem Odwołującego, wymagane przez Zamawiającego rozwiązanie umiejscowienia portu USB 3.0 z przodu obudowy jest rozwiązaniem nadmiarowym, nie znajdującym potwierdzenia w rzeczywistych potrzebach Zamawiającego, służącym jedynie zawężeniu możliwych do zaoferowania rozwiązań. Stanowi to jednoznacznie o opisanu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, stawiający w uprzywilejowanej pozycji produkty węższej liczby producentów. Należy stwierdzić, że wymagania zastosowania portu USB na froncie obudowy nie można uznać za uzasadnione potrzebami Zamawiającego. Jest wręcz przeciwnie, mając na uwadze treść opisu przedmiotu zamówienia dla części I zamówienia (Dostawa, montaż i konfiguracja Infrastruktury Sieci podkładowej wraz ze wsparciem technicznym i gwarancją) oraz wymagania dla zarządzania serwerami w części II zamówienia, serwery mają być zarządzane z poziomu centralnego systemu, który umożliwia m.in zarządzanie konfiguracjami serwerów, a port na froncie obudowy służy wgraniu obrazu firmware czy też „ręcznej” konfiguracji urządzenia.

Rodzi się więc uzasadniona wątpliwość, czy rzeczywiście celem Zamawiającego miało być manualne wprowadzanie takich zmian na każdy serwer. Z powyższego wynika, że żądanie to jest nieadekwatne do celu, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, czego konsekwencją wydatkowanie środków publicznych wbrew przepisom art. 44 ust. 3 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 305), które zobowiązują Zamawiającego do dokonywania wydatków publicznych w sposób w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.

Dodatkowo warto wskazać, że dostęp do serwera przez port na froncie obudowy może stanowić zagrożenie w zakresie cyberbezpieczeństwa.

W związku z powyższym wnosimy o wykreślenie wymagania „min 1 x USB 3.0 dostępne na froncie obudowy”, zarówno w stosunku do urządzenia A, jak urządzenia B.

3. W rozdziale II SWZ – Opis przedmiotu zamówienia dla części II, w punkcie 5.1.1 oraz pkt 8 i 9 tegoż Rozdziału Zamawiający wskazał dla Urzędzeń A i urzędzeń B rozbieżne wymagania ilościowe, i tak:

- w punkcie 5.1.1 określił ilość urzędzeń A i B będących przedmiotem dostawy następująco: „*dostawa w dwóch transzach: w przypadku Urzędzeń A - po 20 do każdej Lokalizacji, w przypadku Urzędzeń B – po 75 serwerów dla wirtualizatora KVM, po 5 serwerów dla wirtualizatora VMware, po 3 serwery dla wirtualizatora Hyper-V do każdej Lokalizacji*”.

Zgodnie z powyższym postanowieniem zamówienie obejmuje łącznie:

- urzędzenia A: $2 \times 20 = 40$ sztuk,
- urzędzeń B: $2 \times (75 + 5 + 3) = 166$ sztuk;
- w ramach punktu 8 dotyczącego Szczegółowych wymagań technicznych dla Urzędzeń A Zamawiający określił, iż Wykonawca ma zaoferować jedną z konfiguracji nazywanych KONFIGURACJA 1 lub KONFIGURACJA 2. W obu przypadkach wymagana jest ilość 46 sztuk. Podobnie dla urzędzeń typu B w

punkcie 9 dotyczącym szczegółowych wymagań technicznych dla Urządzeń B Zamawiający określił:

- *Wymagane minimalne dla serwerów obsługujących wirtualizator KVM (Openstack) w ilości 150 sztuk*
- *Wymagane minimalne dla serwerów obsługujących wirtualizator Vmware w ilości 18 sztuk*
- *Wymagane minimalne dla serwerów obsługujących wirtualizator Hyper-V w ilości 6 sztuk*

Zgodnie z powyższym postanowieniem zamówienie obejmuje łącznie:

- urządzenia A: 46 sztuk,
- urządzenia B: $150 + 18 + 6 = 174$ sztuki.

Jak z powyższego wynika Zamawiający w sposób niejednoznaczny określił swoje wymagania ilościowe w stosunku do urządzeń A i urządzeń B. W związku z tym wykonawcy nie będą w stanie złożyć porównywalnych ofert. Brak jednoznacznych danych jest istotną okolicznością wpływającą na sporządzenie oferty, bowiem racjonalni Wykonawcy chcąc uwzględnić pełne ryzyko, będą musieli uwzględnić w swojej wycenie koszty związane z realizacją większej liczby urządzeń. Takie działanie Zamawiającego świadczy o nienależytym przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co w konsekwencji może prowadzić do konieczności unieważnienia postępowania bądź wydatkowania środków publicznych wbrew zasadom wydatków publicznych: celowości i oszczędności.

W związku z powyższym wnoszę o ujednoczenie wyżej wymienionych postanowień Rozdziału II SWZ w zakresie wymagań ilościowych w stosunku do urządzeń A i urządzeń B.

4. W rozdziale II SWZ – Opis przedmiotu zamówienia dla części II, w punktach 8 i 9 dotyczących szczegółowych wymagań technicznych odpowiednio dla Urządzeń A i Urządzeń B w pozycji „Pamięć RAM” Zamawiający zawarł wymóg: „*zainstalowane min. 384 GB pamięci RAM typu DDR4 Registered, minimum 2600 Mhz w kościach o pojemności 32 GB*”.

Zdaniem Odwołującego wymaganie odnoszące się do pamięci, których tzw. *data rate* (*wydajność pamięci*) wynosi minimum 2600 MHz, dopuszcza bardzo stare z punktu widzenia technologii informatycznych rozwiązania i konstrukcje, w których obecnie średni cykl życia produktu to maksymalnie 5 lat. W tym miejscu pragnę nadmienić, że prawidłowo powinna być podana jednostka przepustowości Mt/s zamiast zastosowanej jednostki częstotliwości MHz. Wynika to z faktu, że pamięci 2666 MT/s taktowane są częstotliwością 333MHz/1333MHz (2 operacje na 1 cykl), a najnowsze 3200MT/s częstotliwością 400MHz/1600MHz), dlatego też w dalszej części Odwołujący posługuje się jednostką przepustowości MT/s. Przepustowość 2666 MT/s (minimalna spełniająca wymagania) pojawiła się bowiem wraz z wprowadzeniem na rynek procesorów serwerowych serii „Skylake” (Intel 2015/2017 rok). Cykl życia procesorów „Skylake” zakończył się w 2019 roku (rok zakończenia produkcji tejże generacji procesorów). W międzyczasie na rynek serwerów wprowadzono procesory z technologią pamięci, gdzie *data rate* wynosi 2933 MT/s (producent Intel, rok 2019, seria „Cascade Lake”). Procesory te są jeszcze produkowane, jednakże ich producent ogłosił już, że produkcja tych procesorów będzie wkrótce wygaszana. Najnowsze generacje procesorów posiadają pamięci z *data rate* 3200 MT/s (producent Intel, rok 2020/2021 i najnowsza generacja procesorów z serii „Ice Lake”).

Mając powyższe na względzie należy stwierdzić, że Zamawiający dopuszczając pamięci RAM 2600 MHz może otrzymać serwery technologicznie przestarzałe, które wkrótce przestaną być wspierane przez producentów. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający przygotowując postępowanie nie uwzględnił wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym postępu technologicznego. Może to spowodować złożenie przez wykonawców nieporównywalnych ofert, a dodatkowo udzielenie zamówienia zbudowanego przestarzałej technologii będzie naruszało zasady finansów publicznych wyrażone w art. 44 ust. 3 ww. ustawy o finansach publicznych, które zobowiązują do wydatkowania środków publicznych w sposób w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.

W związku z powyższym wnoszę o modyfikację wymagania dotyczącego przepustowości zainstalowanych pamięci poprzez wykreślenie postanowienia o treści: „min. 2600 MHz” oraz wprowadzenie w to miejsce postanowienia o wymaganej minimalnej przepustowości 2666 MT/s.

5. W rozdziale II SWZ – Opis przedmiotu zamówienia dla części II, w punkcie 9 dotyczących szczegółowych wymagań technicznych odpowiednio dla Urządzeń B w pozycji „Procesory” Zamawiający zawarł następujące wymagania:

- *zainstalowane dwa procesory 18-rdzeniowe w architekturze x86 osiągające w oferowanym serwerze (lub innym modelu serwera tego samego producenta, tej samej generacji w przypadku braku wyniku testów dla oferowanego modelu serwera) w testach wydajności wynik SPECrate2017_int_base minimum 180 pkt.;*
- *testy muszą być wykonane zgodnie z regułami określonymi przez SPEC na oferowanym modelu serwera;*
- *NIE dopuszcza się serwerów o innej ilości procesorów oraz procesorów o innej ilości rdzeni fizycznych z uwagi na optymalizację kosztową licencjonowania aplikacji i systemów operacyjnych Procesory w serwerze B.*

Zgodnie z opisanym przeznaczeniem tych urządzeń:

- ✓ 150 szt. serwerów B ma być przeznaczone do obsługi wirtualizatora KVM (OpenStack) – licencjonowanie tego wirtualizatora jest per fizyczne CPU,
- ✓ 18 szt. serwerów B ma być przeznaczone do obsługi wirtualizatora VMware – licencjonowanie tego wirtualizatora jest per fizyczne CPU,
- ✓ 6 szt. serwerów B ma być przeznaczone do obsługi wirtualizatora Hyper-V – licencjonowanie tego wirtualizatora jest per rdzeń fizyczny.

Zamawiający nie dopuszcza zaoferowania serwerów z dwoma procesorami o innej ilości rdzeni niż 18, które spełnią wszystkie wymagania postawione w punkcie 9 dla urządzeń B, co stanowi poważne ograniczenie dostępnych rozwiązań. Co więcej, w przypadku procesora o wyższej lub takiej samej wydajności, wyposażonego w mniejszą ilość rdzeni wymóg 18 rdzeni zwiększy koszty potrzebnych licencji dla wirtualizatora Hyper-V a nie ma żadnego wpływu na koszty wirtualizatorów KVM (Open Stack) oraz VMware vSphere. Dodatkowo, zaoferowanie procesora w

większej ilości rdzeni będzie miało wpływ jedynie na koszt licencjonowania dla 6 serwerów typu B przeznaczonych do obsługi wirtualizatora Hyper-V. Będzie to miało znikomy wpływ na koszty licencjonowania całego przedsięwzięcia a uzyskanie oferty na serwery o niższym koszcie z naddatkiem pokryje wyższe koszty licencjonowania dla wymienionych 6 serwerów. W ocenie Odwołującego wymóg dotyczący osiągnięcia wydajności 180 w teście Spec_rate jest wystarczający.

W cenie Odwołującego wymóg ten, w kontekście pozostałych wymagań technicznych ma na celu ograniczenie konkurencji.

W związku z tym wnosimy o modyfikację zapisu „NIE dopuszcza się serwerów o innej ilości procesorów oraz procesorów o innej ilości rdzeni fizycznych z uwagi na optymalizację kosztową licencjonowania aplikacji i systemów operacyjnych Procesory w serwerze B.” poprzez nadanie mu brzmienia „NIE dopuszcza się serwerów o innej ilości procesorów z uwagi na optymalizację kosztową licencjonowania aplikacji i systemów operacyjnych Procesory w serwerze B.”

6. W rozdziale II SWZ – Opis przedmiotu zamówienia dla części II, w punkcie 6.9 Zamawiający zawarł zastrzeżenie, że *„niniejszy przedmiot zamówienia jest przeznaczony do dalszej odsprzedaży. Wszelkie dokumenty licencyjne, rejestracyjne, subskrypcyjne itp. muszą być wystawione na docelowego licencjobiorcę jakim będzie Skarb Państwa reprezentowany przez Ministra Cyfryzacji ul. Królewska 27, 00-060 Warszawa.”*

Powyższe zastrzeżenie jest niezgodne z warunkami licencyjnymi wiodących producentów. Warunki te wymagają przy uruchomieniu licencji rejestracji na użytkownika końcowego, a jednocześnie warunki licencyjne i umowy partnerskie znacząco ograniczają możliwości odsprzedaży licencji przez użytkowników końcowych. Konsekwencją pozostawienia powyższego postanowienia w obecnym brzmieniu ogranicza w znacznym stopniu konkurencję, bowiem zdecydowana większość potencjalnych wykonawców nie będzie w stanie złożyć oferty gwarantującej „pełną” odsprzedaż sprzętu. Co do zasady warunki tego rodzaju licencji nie umożliwiają przenoszenia jej (poprzez „odsprzedaż”) na inne podmioty. Nie jest

także możliwe udzielenie sublicencji, z uwagi na to, iż nie można uprawnienia do udzielania sublicencji domniemywać, jeśli w treści umowy licencyjnej brak jest postanowień na ten temat. Wynika to wprost z przepisu art. 67 ust. 3 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r. poz. 1231 z późn. zm.). Faktycznie więc, bez uzasadnionej obiektywnymi okolicznościami faktycznej potrzeby po stronie Zamawiającego, wymaga on, aby wykonawcy oferowali specjalne, negocjowane, warunki umów licencyjnych właściwych dla przedmiotowego zamówienia – czego w przypadku tego rodzaju kontraktów po prostu nie praktykuje się na rynku i co wymagałoby (o ile w ogóle byłoby możliwe) ponoszenia niewspółmiernie wysokich kosztów.

Co także istotne, rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 7 października 2020 r. w sprawie zniesienia Ministerstwa Cyfryzacji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1730), Ministerstwo Cyfryzacji zostało faktycznie zlikwidowane – postanowienia SWZ wskazujące podmiot mający reprezentować Skarb Państwa w postaci Ministra Cyfryzacji stoją w sprzeczności z aktualną strukturą centralnych organów administracji rządowej i wymagają modyfikacji choćby i w tym, podstawowym, zakresie.

W związku z powyższym wnoszę o modyfikację pkt 6.9 Rozdziału II SIWZ dotyczącej części II poprzez:

- zastąpienie zwrotu „dalszej odsprzedaży” sformułowaniem „zakup w imieniu lub na rzecz wskazanego użytkownika końcowego”;
- wskazanie klienta końcowego (użytkownika końcowego) w odniesieniu do przyszłej odsprzedaży.

W świetle powyższego wnoszę jak w petitum.

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwa,
- 2) odpis z Krajowego Rejestru Sądowego,
- 3) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości,

4) dowód przekazania kopii odwołania zamawiającemu.