

Warszawa, dnia 7 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](mailto: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](mailto: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.: *Zakup sprzętu i oprogramowania wirtualizacyjnego wraz z usługami wsparcia i gwarancji (6 części)* (Numer referencyjny sprawy: COI-ZAK.262.5.2021) w zakresie Części I, II oraz III 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, 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 26 maja 2021 r. pod numerem 2021/S 100-264269. Tego samego dnia udostępniono również dokumenty zamówienia na stronie internetowej Zamawiającego. W związku z tym, na podstawie art. 515 ust. 2 pkt 1 Ustawy oraz art. 8 ust. 5 w związku z art. 115 Kodeksu cywilnego, termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 7 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). 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 uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 września 2018 r. (sygn. akt KIO/KD 34/18): *„[...] 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.”*

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 opisanie powyżej przepisy Ustawy.

**1.** W Rozdziale II SWZ - Opis przedmiotu zamówienia dla części I-III (*zakup Oprogramowania wraz z licencjami dla Wirtualizatora A B i C z zapewnieniem 36-miesięcznego wsparcia technicznego świadczonego przez producenta Oprogramowania*), w punkcie III Zamawiający wskazuje, iż przedmiotem zamówienia są trzy różne wirtualizatory. W ocenie Odwołującego, wśród wymienionych produktów znajdują się takie, które właściwie nie są wirtualizatorami, i tak:

- A.** W przypadku wirtualizatora A (część I zamówienia), Zamawiający wyspecyfikował wirtualizator VMware vSphere 7.0 wraz z konsolą do zarządzania VMware vCenter Standard - Odwołujący nie podnosi w tym zakresie wątpliwości.
- B.** W przypadku wirtualizatora B (część II zamówienia), Zamawiający wyspecyfikował, że chce zakupić „Microsoft Windows Server DataCenter 2019”

lub rozwiązanie równoważne. Podkreślić należy, że licencja ta nie jest licencją na wirtualizator wraz z konsolą do zarządzania wirtualizatorem. Licencja Microsoft Windows Server DataCenter 2019 jest mianowicie zbiorem produktów odpowiedzialnym za dostarczenie systemu operacyjnego Microsoft Windows Server wraz z dodatkowymi pakietami do monitorowania, zarządzania, aktualizowania systemu właśnie Microsoft Windows Server. Zamawiający w rzeczywistości nie wymaga platformy wirtualizacyjnej, ale kompletnego systemu operacyjnego wraz z funkcjonalnością Hyper-V. Platformą do wirtualizacji firmy Microsoft jest właściwie licencja „Microsoft Hyper-v 2019” wraz z konsolą do zarządzania wirtualizacją „Microsoft System Center Virtual Machine Manager”.

- C. W przypadku wirtualizatora C (część III zamówienia), Zamawiający wyspecyfikował, że chce zakupić produkt „Red Hat Virtualization”, który rzeczywiście jest wirtualizatorem. Natomiast – zdaniem Odwołującego - pozostałych wymienionych w tym zakresie produktów, tj. oprogramowania: „Red Hat OpenStack Platform”, „Red Hat Ceph Storage” oraz „Red Hat Ansible Automation Platform” nie można zaliczyć do wirtualizatorów, choć z nieznaney przyczyny Zamawiający twierdzi, że tak jest.

Należy podkreślić, że takie zdefiniowanie przedmiotu zamówienia narusza wprost zapisy Prawa zamówień publicznych w zakresie regulacji dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający posługuje się znakami towarowymi konkretnych produktów, a warunki równoważności są pozorne i nie dopuszczają dla wirtualizatorów B i C żadnej alternatywy. O ile w przypadku Części I Zamawiający precyzyjnie zdefiniował warunki równoważności to dla Części II oraz III warunki te są pobieżne a połączenie oprogramowania wirtualizacyjnego z serwerowym systemem operacyjnym w przypadku Części II oraz połączenie oprogramowania wirtualizacyjnego z oprogramowaniem chmury, programowo definiowalnej pamięci masowej oraz oprogramowaniem automatyzacji infrastruktury nie daje żadnej alternatywy wykonawcom w zakresie doboru rozwiązań wirtualizacyjnych.

Podsumowując powyższe argumenty można dojść do wniosku, że Zamawiającemu nie zależy na wyborze najlepszej oferty (najlepszego rozwiązania). Z prostej analizy rynku wynika, że najbardziej zaawansowanym rozwiązaniem na rynku wg



niezależnych badań, np. Gartner i Forester jest platforma VMware vSphere wraz z vCenter a rynek oprogramowania wirtualizacyjnego nie ogranicza się do wyspecyfikowanych przez Zamawiającego rozwiązań. Dlatego oczywistym wydaje się, że Wirtualizator B i C wraz z kryteriami równoważności powinny mieć możliwość wymiany na Wirtualizator A lub na inne dostępne na rynku oprogramowanie wirtualizacyjne. Zamawiający arbitralnie, bez merytorycznej potrzeby wyklucza możliwość otrzymania rozwiązań wirtualizacyjnych Citrix, SUSE Enterprise Linux, Oracle Linux czy Huawei FusionSphere.

Zastanawia także arbitralna decyzja Zamawiającego dotycząca proporcji w zakresie zamawianych rozwiązań wirtualizacyjnych. Zgodnie z wzmiankowanymi badaniami Gartner wiodącymi rozwiązaniami są VMWare vSphere oraz Microsoft HyperV natomiast RedHat Virtualisation nie odbiega od rozwiązań Citrix czy Oracle. Ponadto warto zauważyć, że Zamawiający enigmatycznie powołuje się w pkt I ppkt 2 Rozdziału II dla części I-III SWZ na „potrzebę zachowania zgodności migrowanych istniejących systemów informatycznych użytkowników końcowych do Chmury” oraz na „wyniki badania popytu w tym zakresie”. W tym miejscu Odwołujący pragnie nadmienić, że Odwołujący wystosował do Zamawiającego - w trybie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (tekst jednolity: Dz. U. z 2020 r. poz. 2176) - pytanie dotyczące udostępnienia informacji zawartych w treści wymaganej przepisem art. 83 Ustawy „Analizy potrzeb i wymagań”, jednakże mimo że jest to informacja nieprzetworzona, Zamawiający nie udzielił dotychczas odpowiedzi. Mając powyższe na względzie zasadne jest kwestionowanie przez Odwołującego zastosowanego przez Zamawiającego sposobu opisu przedmiotu zamówienia, sposobu, który ewidentnie utrudnia uczciwą konkurencję.

Dodatkowo w pkt 4 Rozdziału II części I-III SWZ Zamawiający określił, że zasoby chmury prywatnej udostępniane będą podmiotom administracji publicznej, przy czym należy zauważyć, że oprogramowanie wirtualizacyjne RedHat Virtualisation jest w tym sektorze wykorzystywane w nieproporcjonalnie do przedmiotu zamówienia małej skali, w przeciwieństwie do oprogramowania vSphere oraz Hyper-V.

Zdaniem Odwołującego opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny i niedokładny, nie uwzględnia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na

sporządzenie oferty. Jednocześnie cechy zamawianych produktów zostały opisane w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a zwłaszcza jego celów i potrzeb. Tym samym należy uznać, że Zamawiający w sposób nienależyty przygotował przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, naruszając przy tym zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności.

Zauważyć należy także, że zakup trzech różnych systemów wirtualizacyjnych jest, z punktu widzenia wyboru najlepszej oferty co najmniej dyskusyjny – wymaga bowiem trzykrotnie większych, nieuzasadnionych technologicznie, nakładów na szkolenia, wdrożenie i integrację, zarządzanie oraz utrzymanie trzech różnych środowisk informatycznych, realizujących ten sam cel. Fakt ten jest niewątpliwie istotny również z punktu widzenia przepisu art. 44 ust. 3 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 305), który zobowiązuje Zamawiającego do dokonywania wydatków publicznych 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 Odwołujący wnosi o dokonanie modyfikacji Opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który umożliwi zaoferowanie obecnych na rynku wirtualizatorów poprzez:**

- A. wyłączenia z zakresu części II zamówienia (wirtualizator B) konieczności dostarczenia serwerowego systemu operacyjnego Windows 2019 Data Center;**
- B. wyłączenie z zakresu części III zamówienia (wirtualizator C) oprogramowania innego niż oprogramowanie wirtualizacyjne tj. „Red Hat OpenStack Platform”, „Red Hat Ceph Storage” oraz „Red Hat Ansible Automation Platform”;**
- C. ujednoczenie wymagań dotyczących wirtualizatora A, B oraz C tak, aby zapewnić pełną porównywalność funkcjonalną oraz kosztową wszystkich trzech wirtualizatorów oraz możliwość zaoferowania jednej, wybranej platformy wirtualizacyjnej poprzez:**

- 1) **opisanie wirtualizatorów wraz z konsolą zarządzającą wirtualizacją oraz listą wspieranych systemów operacyjnych oraz aplikacji, jakie Zamawiający zamierza migrować na platformę IaaS, docelowo SaaS;**

**Alternatywnie**

- 2) **opisanie wirtualizatorów jako kompletnego środowiska chmurowego obejmującego:**

- **Konsolę do zarządzania wirtualizacją;**
- **Oprogramowanie do monitorowania wirtualizatora, oprogramowania do budowy podsystemu dyskowego tj. Software Defined Storage (SDS), oprogramowania do budowy wirtualnych i rozproszonych funkcji sieci i bezpieczeństwa tj. Software Defined Network (SDN), zarządzania pojemnością chmury prywatnej;**
- **Oprogramowanie do zbierania, analizowania, korelowania logów z oferowanej platformy;**
- **Oprogramowanie do automatyzacji procesów IT wraz z tworzeniem gotowych usług IaaS, docelowo SaaS;**
- **Oprogramowanie do analizy kosztów chmury prywatnej i porównywania kosztów chmury publicznej;**
- **Oprogramowania do zapewnienia bezpieczeństwa wirtualizatora zgodnie z dyrektywą NIST (NIST Special Publication 800-125A);**
- **Oprogramowania SDN dla maszyn wirtualnych.**

2. W rozdziale II SWZ – Opis przedmiotu zamówienia dla części I, II i III, w pkt IV ppkt 4 „Wymagania ogólne dla części 1, 2 i 3” Zamawiający zawarł zastrzeżenie, że *„niniejszy przedmiot zamówienia jest przeznaczony do dalszej odsprzedaży. Wszelkie dokumenty licencyjne, rejestracyjne, subskrypcyjne itp. muszą być wystawione na docelowego licencjodawcę 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 IV ppkt 4 Rozdziału II SWZ 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.