

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Odwołujący:

Linux Polska Sp. z o.o.

Al. Jerozolimskie 100, 00-807 Warszawa
tel.: (+48) 22 213 95 71, fax.: (+48) 22 213 96 71
e-mail: biuro@linuxpolska.pl
KRS: 0000326158
reprezentowany przez:
r.pr. Bartłomieja Wachtę
r.pr. Macieja Mikuckiego
adw. Martynę Nyszk
Maruta Wachta Sp. j.,
ul Wspólna 62, 00-684 Warszawa,
fax: +48 22 32 32 321, tel.: +48 22 128 00 00
e-mail: biuro@maruta.pl

Zamawiający:

Centralny Ośrodek Informatyki

Aleje Jerozolimskie 132-136, 02-305 Warszawa
tel.: 22 250 28 83, 22 250 28 85
fax: +48 222502987
e-mail: zamowienia.publiczne@coi.gov.pl

dotyczy:

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn: „*Zakup sprzętu i oprogramowania wirtualizacyjnego wraz z usługami wsparcia i gwarancji (6 części)*”, numer referencyjny: COI-ZAK.262.5.2021, ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 26 maja 2020 r. pod numerem 2021/S 100-264269 (dalej: „**Postępowanie**” lub „**Zamówienie**”)

ODWOŁANIE

- I. Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) (dalej: „PZP”), wnoszę odwołanie wobec postanowień Ogłoszenia o zamówieniu (dalej: „Ogłoszenie”) i treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) sporządzonych przez Zamawiającego w zakresie Części III Postępowania:

Maruta Wachta sp.j.

ul. Wspólna 62, 00-684 Warszawa
tel: +48 22 128 00 00, fax: +48 22 32 32 321, NIP: 676 01 11 300, REGON: 350653113, KRS: 0000083893

I. **Brak dopuszczenia rozwiązania równoważnego do rozwiązania producenta Red Hat [Zarzut #1]**

1. OPZ - III. Wykaz Oprogramowania Chmury prywatnej (oprogramowanie referencyjne lub równoważne), tabela "Część 3 - Wirtualizator C", kolumna "Informacje dodatkowe" „*Licencje muszą zostać dostarczone w ramach aktualnej umowy EA*” w zakresie w jakim prowadzi do uprzywilejowania wykonawców mających aktualnie zawarte umowy EA z Zamawiającym i wyklucza pozostałych wykonawców, mających możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych w oparciu o warunki korzystniejsze zgodnie z zasadą konkurencyjności postępowania i uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego.
2. OPZ - IV. Wymagania ogólne dla Części 1, 2 i 3, ust. 14 „*Zamawiający nie dopuszcza dostarczenia licencji dla produktów równoważnych w formie upgrade, licencji czasowej, OEM, z wyłączeniem, w której Zamawiający określił taki warunek w opisie Oprogramowania*” w zakresie w jakim Zamawiający nie dopuszcza możliwości zaoferowania licencji OEM, nie wskazując przy tym merytorycznego uzasadnienia w tym zakresie oraz wymagań stawianych w zakresie licencji, czym wyklucza wykonawców mających możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych zgodnych z uzasadnionymi potrzebami i zapewniających uzyskanie przez Zamawiającego odpowiedniej jakości dostaw i usług w ramach zamówienia oraz uzyskanie odpowiednich efektów zamówienia przy niższych kosztach niż rozwiązanie referencyjne.
3. OPZ - IV. Wymagania ogólne dla Części 1, 2 i 3, ust. 17 „*Wszystkie komponenty Oprogramowania w ramach każdej Części zamówienia muszą pochodzić od jednego producenta i muszą posiadać wspólne wsparcie realizowane przez jednego producenta*” w połączeniu z OPZ - VII. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności dla Oprogramowania oraz warunki usługi wsparcia technicznego odpowiednio dla każdej z Części. Część 3 - WIRTUALIZATOR C w tabelach "Oprogramowanie równoważne do 'Red Hat Virtualization'". Oprogramowanie równoważne do 'Red Hat OpenStack Platform' w zakresie w jakim Zamawiający nie dopuścił możliwości zaoferowania rozwiązania równoważnego w oparciu o komponenty pochodzące od różnych producentów.
4. OPZ - VII. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności dla Oprogramowania oraz warunki usługi wsparcia technicznego odpowiednio dla każdej z Części. Część 3 - WIRTUALIZATOR C, Oprogramowanie równoważne do "Red Hat Virtualization" (str. 99), Oprogramowanie równoważne do "Red Hat OpenStack Platform" (str. 100) - Licencja typu Without guest OS, 2 Sockets - 1 licencja obejmująca węzeł hyperwizor do 2 fizycznych procesorów" oraz "Oprogramowanie równoważne do 'Red Hat Ansible Automation Platform" (str. 103) - Licencja - 100 zarządzanych nodów" w zakresie w jakim Zamawiający dokonując opisu równoważności w zakresie modelu, sposobu licencjonowania wskazuje na możliwość zaoferowania rozwiązania Red Hat i tylko pozornie dopuścił rozwiązania równoważne
5. OPZ - VII. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności dla Oprogramowania oraz warunki usługi wsparcia technicznego odpowiednio dla każdej Części. Część 3 - WIRTUALIZATOR C, w tabelach "Red Hat Virtualization: oraz "Red Hat OpenStack Platform" wiersz "Cechy oprogramowania równoważnego": „*zapewniać wsparcie dla następujących systemów operacyjnych gości: RHEL 4\5\6/7/8, SLES 10\11\12\15, Microsoft Windows Server 2008\2012\2016\2019, Microsoft Windows 7\8\8.1\10*” w zakresie w jakim Zamawiający opisując kryteria równoważności postawił wymagania nadmiarowe, nieproporcjonalne w stosunku do rozwiązania równoważnego, podczas

gdy producent oprogramowania referencyjnego Red Hat nie wspiera wszystkich wersji wyspecyfikowanych systemów.

6. OPZ - VII. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności dla Oprogramowania oraz warunki usługi wsparcia technicznego odpowiednio dla każdej z Części. Część 3 - WIRTUALIZATOR C, tabela "Red Hat OpenStack Platform", wiersz "Cechy oprogramowania równoważnego" „*Oferowane równoważne rozwiązanie musi: być oparte na wersji OpenStack nie starszej niż "Rocky" składającej się co najmniej z: Aodh, Ceilometer, Cinder, Designate, Glance, Gnocchi, Heat, Horizon, Ironic, Keystone, Manila, Neutron, Nova, Octavia, OpenDaylight, Panko, Rally, Sahara, Swift, Tempest, Trove*” w zakresie w jakim Zamawiający opisując kryteria równoważności postawił wymagania nadmiarowe, nieproporcjonalne w stosunku do rozwiązania równoważnego, bowiem wskazany w OPZ zestaw komponentów dla rozwiązania równoważnego nie może zostać zapewniony przez żadną ze wspieranych wersji rozwiązania referencyjnego Red Hat, z uwagi, że są to już komponenty przestarzałe.
7. OPZ - VII. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności dla Oprogramowania oraz warunki usługi wsparcia technicznego odpowiednio dla każdej z Części. Część 3 - WIRTUALIZATOR C, tabela "Red Hat OpenStack Platform", wiersz "Cechy oprogramowania równoważnego" „*wykorzystywać TripleO (OpenStack On OpenStack) oraz rozwiązanie wybrane w punkcie „Oprogramowanie równoważne do 'Red Hat Ansible Automation Platform'” do instalacji, aktualizacji i zarządzania wykorzystywanym oprogramowaniem*” w zakresie w jakim Zamawiający opisując kryteria równoważności dopuścił jedynie możliwość zastosowania jednego rozwiązania TripleO, co w rzeczywistości powoduje pozorność dopuszczenia zaoferowania rozwiązania równoważnego i jedynie możliwość zaoferowania rozwiązania producenta Red Hat.
8. OPZ - VII. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności dla Oprogramowania oraz warunki usługi wsparcia technicznego odpowiednio dla każdej z Części. Część 3 - WIRTUALIZATOR C, tabela "Red Hat OpenStack Platform", wiersz "Cechy oprogramowania równoważnego" „*umożliwić instalację na serwerach: z 64 bitowymi procesorami rodziny x86 procesorami o architekturze ppc64le (Power 8 lub Power 9 w serwerach z zainstalowanym firmwarem OPAL)*” w zakresie w jakim Zamawiający opisuje sposób działania rozwiązania i wykorzystania platformy Power, podczas gdy istnieją inne sposoby wykorzystania węzłów obliczeniowych z procesorami Power, a nie jedynie poprzez zaoferowanie rozwiązania producenta Red Hat, tj. instalacji rozwiązania na platformie Power, co powoduje, że możliwość zaoferowania rozwiązania równoważnego jest jedynie pozorna.
9. OPZ - VII. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności dla Oprogramowania oraz warunki usługi wsparcia technicznego odpowiednio dla każdej z Części. Część 3 - WIRTUALIZATOR C, tabela "Red Hat OpenStack Platform" oraz "Red Hat Ansible Automation Platform", wiersz "Cechy oprogramowania równoważnego" „*Oferowane równoważne rozwiązanie musi posiadać możliwość integracji z rozwiązaniami do zarządzania chmurą analogiczne jak Red Hat OpenStack Platform*” oraz „*Oferowane równoważne rozwiązanie musi posiadać możliwość integracji z rozwiązaniami do zarządzania chmurą analogiczne jak Red Hat Ansible Automation Platform*” w zakresie w jakim Zamawiający nie dokonuje opisu kryteriów równoważności, cech funkcjonalnych rozwiązania równoważnego, ale odnosi się bezpośrednio do wszystkich cech funkcjonalnych konkretnego rozwiązania referencyjnego Red Hat, a tym samym oczekuje i umożliwia jedynie zaoferowanie rozwiązania tego producenta.

10. OPZ - VII. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności dla Oprogramowania oraz warunki usługi wsparcia technicznego odpowiednio dla każdej z Części. Część 3 - WIRTUALIZATOR C, tabela "Red Hat OpenStack Platform", wiersz "Informacja" oraz tabela „Red Hat Ansible Automation Platform” wiersz „Informacja” „oprogramowanie równoważne musi być kompatybilne z wymienionym typem Oprogramowania oraz posiadać wszystkie jego cechy funkcjonalne” w zakresie w jakim Zamawiający nie dokonuje opisu kryteriów równoważności, cech funkcjonalnych rozwiązania równoważnego, ale odnosi się bezpośrednio do wszystkich cech funkcjonalnych konkretnego rozwiązania referencyjnego Red Hat, a tym samym oczekuje i umożliwia jedynie zaoferowanie rozwiązania tego producenta.
11. OPZ - VII. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności dla Oprogramowania oraz warunki usługi wsparcia technicznego odpowiednio dla każdej z Części. Część 3 - WIRTUALIZATOR C, tabela "Red Hat Ansible Automation Platform", wiersz "Cechy oprogramowania równoważnego" „umożliwiać automatyzację administracji rozwiązaniami wybranymi w punktach: - Oprogramowanie równoważne do 'Red Hat OpenStack Platform', - Oprogramowanie równoważne do 'Red Hat Ceph Storage', - Oprogramowanie równoważne do 'Red Hat Virtualization', - Oprogramowanie równoważne do 'Win Server Datacenter', - Oprogramowanie równoważne do 'VMware vSphere 7 Enterprise Plus'" w zakresie w jakim Zamawiający dokonuje opisu kryteriów równoważności sposób niejednoznaczny wskazując na obowiązek spełnienia wymagań co do automatyzacji w stosunku do rozwiązań równoważnych, które nie będą jeszcze znane wykonawcom na dzień składania ofert, co uniemożliwia wykonawcom ocenę spełnienia wymagań, a tym samym przygotowanie treści ofert.
12. OPZ - VII. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności dla Oprogramowania oraz warunki usługi wsparcia technicznego odpowiednio dla każdej z Części. Część 3 - WIRTUALIZATOR C, tabela "Red Hat Ansible Automation Platform", wiersz "Cechy oprogramowania równoważnego" „posiadać centralną konsolę Web umożliwiającą: - tworzenie i zarządzanie konfiguracją elementów infrastruktury informatycznej tworzących rozwiązania wskazane w poprzednim punkcie, - przydział dostępu w oparciu o role i grupy; - harmonogramowania zadań; - wysyłanie powiadomień o ich realizacji” w zakresie w jakim Zamawiający stawiając powyższe wymaganie łącznie z treścią wymagania OPZ - IV. Wymagania ogólne dla Części 1, 2 i 3, ust. 17 „Wszystkie komponenty Oprogramowania w ramach każdej Części zamówienia muszą pochodzić od jednego producenta i muszą posiadać wspólne wsparcie realizowane przez jednego producenta” dokonuje opisu kryteriów równoważności, w taki sposób, że możliwość zaoferowania rozwiązania równoważnego jest jedynie pozorna, a w rzeczywistości nadal możliwe jest zaoferowanie jedynie rozwiązania producenta Red Hat

w zakresie powyższych postanowień Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów:

- 1) **art. 99 ust. 2 i ust. 4-6 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny, nadmiarowy, nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, poprzez dopuszczenie możliwości zaoferowania rozwiązania konkretnego producenta Red Hat co prowadzi do uprzywilejowania rozwiązań i produktów tego producenta oraz wykonawców oferujących rozwiązania tego producenta, a jednocześnie niedopuszczenie rozwiązań równoważnych w tym zakresie poprzez wskazanie

kryteriów oceny równoważności pozwalających w rzeczywistości na zaoferowanie jedynie rozwiązania producenta Red Hat lub odnoszących się bezpośrednio do wszystkich cech funkcjonalnych rozwiązania producenta Red Hat, podczas gdy możliwe jest zrealizowanie wymagań postawionych przez Zamawiającego także w inny sposób, poprzez dostarczenie zaawansowanego technologicznie rozwiązania równoważnego, bez konieczności dostarczania konkretnego rozwiązania producenta Red Hat

- 2) **art. 99 ust. 2 i ust. 4-6 w zw. z art. 16 pkt 3 w zw. z art. 17 pkt 1 i pkt 2 ustawy PZP** poprzez opisanie cech przedmiotu zamówienia w sposób nadmiarowy, nieproporcjonalny do wartości i celów jakie zamierza osiągnąć Zamawiający realizując zamówienie, a jednocześnie niezapewniający uzyskania najlepszej jakości usług i najlepszych efektów zamówienia poprzez dopuszczenie rozwiązań konkretnego producenta Red Hat, podczas gdy możliwe jest zrealizowanie wymagań postawionych przez Zamawiającego, w tym osiągnięcie najlepszej jakości usług i najlepszych efektów zamówienia w stosunku do ceny oferowanych na rynku innych rozwiązań także w inny sposób, bez konieczności dostarczania rozwiązań tego konkretnego producenta.

stawiając powyższe zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

- 3) dokonania odpowiedniej modyfikacji treści Ogłoszenia i treści SWZ poprzez
- a) dopuszczenie rozwiązań równoważnych do rozwiązania oferowanego przez producenta Red Hat poprzez określenie jednoznacznych i proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia kryteriów i warunków stosowanych w celu oceny ich równoważności, w celu umożliwienia wykonawcom realnego konkutowania z wykonawcami oferującymi rozwiązanie producenta Red Hat
 - b) usunięcie z treści OPZ - III. Wykaz Oprogramowania Chmury prywatnej (oprogramowanie referencyjne lub równoważne), tabela "Część 3 - Wirtualizator C", kolumna "Informacje dodatkowe" wymagania „Licencje muszą zostać dostarczone w ramach aktualnej umowy EA” ewentualnie nadanie mu następującego brzmienia: „W przypadku dostawy oprogramowania referencyjnego licencje muszą zostać dostarczane w ramach aktualnej umowy EA”
 - c) usunięcie z treści OPZ - IV. Wymagania ogólne dla Części 1, 2 i 3, ust. 14 „Zamawiający nie dopuszcza dostarczenia licencji dla produktów równoważnych w formie upgradu, licencji czasowej, OEM, z wyłączeniem, w której Zamawiający określił taki warunek w opisie Oprogramowania” ewentualnie nadanie mu następującego brzmienia: „Zamawiający nie dopuszcza dostarczenia licencji dla produktów równoważnych w formie upgradu, licencji czasowej, z wyłączeniem, w której Zamawiający określił taki warunek w opisie Oprogramowania”
 - d) usunięcie z treści OPZ IV. Wymagania ogólne dla Części 1, 2 i 3, ust. 17 „Wszystkie komponenty Oprogramowania w ramach każdej Części zamówienia muszą pochodzić od jednego producenta i muszą posiadać wspólne wsparcie realizowane przez jednego producenta” oraz modyfikację OPZ - VII. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności dla Oprogramowania oraz warunki usługi wsparcia technicznego odpowiednio dla każdej z Części. Część 3 -

- WIRTUALIZATOR C w tabelach "Oprogramowanie równoważne do 'Red Hat Virtualization'. Oprogramowanie równoważne do 'Red Hat OpenStack Platform' poprzez podzielenie Części C zamówienia na odrębnie części: 1. wirtualizator Red Hat Virtualization lub równoważny 2. narzędzia przeznaczone do budowy Chmury IaaS: - Red Hat OpenStack lub równoważny - Red Hat Storage CEPH lub równoważny - Red Hat Ansible lub równoważny.
- e) w zakresie OPZ - VII. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności dla Oprogramowania oraz warunki usługi wsparcia technicznego odpowiednio dla każdej z Części poprzez zmianę wymagania i nadanie mu następującego brzmienia *„Zapewnienie liczby licencji Oprogramowania dla specyfikacji ilościowej sprzętu wskazanej w OPZ w Rodz. I. Opis przedmiotu zamówienia dla Części 1, 2 i 3, ust. 3.”*
- f) w zakresie OPZ - VII. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności dla Oprogramowania oraz warunki usługi wsparcia technicznego odpowiednio dla każdej Części. Część 3 - WIRTUALIZATOR C, w tabelach "Red Hat Virtualization: oraz "Red Hat OpenStack Platform" wiersz "Cechy oprogramowania równoważnego" poprzez nadanie wymaganiu następującego brzmienia: *„zapewnić wsparcie dla następujących systemów operacyjnych gości: RHEL 6/7/8, SLES 11\12\15, Microsoft Windows Server 2008\2012\2016\2019, Microsoft Windows 7\8\8.1\10”*
- g) w zakresie OPZ - VII. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności dla Oprogramowania oraz warunki usługi wsparcia technicznego odpowiednio dla każdej z Części. Część 3 - WIRTUALIZATOR C, tabela "Red Hat OpenStack Platform", wiersz "Cechy oprogramowania równoważnego" poprzez nadanie wymaganiu następującego brzmienia: *„Oferowane równoważne rozwiązanie musi: być oparte na wersji OpenStack nie starszej niż "Rocky" składającej się co najmniej z: Ceilometer, Cinder, Glance, Heat, Horizon, Ironic, Keystone, Manila, Neutron, Nova, Octavia, Swift”*
- h) w zakresie OPZ - VII. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności dla Oprogramowania oraz warunki usługi wsparcia technicznego odpowiednio dla każdej z Części. Część 3 - WIRTUALIZATOR C, tabela "Red Hat OpenStack Platform", wiersz "Cechy oprogramowania równoważnego" poprzez nadanie wymaganiu następującego brzmienia: *„wykorzystywać odpowiednik funkcjonalny TripleO (OpenStack On OpenStack) oraz rozwiązanie wybrane w punkcie „Oprogramowanie równoważne do 'Red Hat Ansible Automation Platform'” do instalacji, aktualizacji i zarządzania wykorzystywanym oprogramowaniem”*
- i) usunięcie wymagania *„umożliwić instalację na serwerach: z 64 bitowymi procesorami rodziny x86 procesorami o architekturze ppc64le (Power 8 lub Power 9 w serwerach z zainstalowanym firmwarem OPAL)”* z treści OPZ - VII. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności dla Oprogramowania oraz warunki usługi wsparcia technicznego odpowiednio dla każdej z Części. Część 3 - WIRTUALIZATOR C, tabela "Red Hat OpenStack Platform", wiersz "Cechy oprogramowania równoważnego" ewentualnie poprzez modyfikację wymagania poprzez nadanie mu następującego brzmienia: *„umożliwić instalację na serwerach z: 64 bitowymi procesorami rodziny x86 z procesorami o architekturze ppc64le (Power 8 lub Power 9 w serwerach z zainstalowanym firmwarem OPAL, pełniącymi funkcję węzłów obliczeniowych. W celu spełnienia*

- wymogów równoważności, dopuszcza się także użycie mechanizmu PowerVM NovaLink w celu wykorzystania węzłów obliczeniowych z procesorami Power”
- j) usunięcie wymagania „Oferowane równoważne rozwiązanie musi posiadać możliwość integracji z rozwiązaniami do zarządzania chmurą analogiczne jak Red Hat OpenStack Platform” oraz „Oferowane równoważne rozwiązanie musi posiadać możliwość integracji z rozwiązaniami do zarządzania chmurą analogiczne jak Red Hat Ansible Automation Platform” z treści OPZ - VII. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności dla Oprogramowania oraz warunki usługi wsparcia technicznego odpowiednio dla każdej z Części. Część 3 - WIRTUALIZATOR C, tabela “Red Hat OpenStack Platform” oraz “Red Hat Ansible Automation Platform”, wiersz “Cechy oprogramowania równoważnego” ewentualnie poprzez opisanie jednoznacznych i proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia kryteriów i warunków stosowanych w celu oceny ich równoważności w powyższym zakresie, w celu umożliwienia wykonawcom zaoferowania rozwiązania równoważnego do rozwiązania producenta Red Hat
 - k) usunięcie wymagania „oprogramowanie równoważne musi posiadać wszystkie jego cechy funkcjonalne” z treści OPZ - VII. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności dla Oprogramowania oraz warunki usługi wsparcia technicznego odpowiednio dla każdej z Części. Część 3 - WIRTUALIZATOR C, tabela “Red Hat OpenStack Platform”, wiersz “Informacja” oraz tabela „Red Hat Ansible Automation Platform” wiersz „Informacja” oraz poprzez opisanie jednoznacznych i proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia kryteriów i warunków stosowanych w celu oceny ich równoważności w powyższym zakresie, w celu umożliwienia wykonawcom zaoferowania rozwiązania równoważnego do rozwiązania producenta Red Hat
 - l) usunięcie wymagania “umożliwiać automatyzację administracji rozwiązaniami wybranymi w punktach: - Oprogramowanie równoważne do ‘Red Hat OpenStack Platform’, - Oprogramowanie równoważne do ‘Red Hat Ceph Storage’, - Oprogramowanie równoważne do ‘Red Hat Virtualization’, - Oprogramowanie równoważne do ‘Win Server Datacenter’, - Oprogramowanie równoważne do ‘VMware vSphere 7 Enterprise Plus” w treści OPZ - VII. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności dla Oprogramowania oraz warunki usługi wsparcia technicznego odpowiednio dla każdej z Części. Część 3 - WIRTUALIZATOR C, tabela “Red Hat Ansible Automation Platform”, wiersz “Cechy oprogramowania równoważnego”
 - m) usunięcie wymagania „posiadać centralną konsolę Web umożliwiającą: - tworzenie i zarządzanie konfiguracją elementów infrastruktury informatycznej tworzących rozwiązania wskazane w poprzednim punkcie, - przydział dostępu w oparciu o role i grupy; - harmonogramowania zadań; - wysyłanie powiadomień o ich realizacji” z treści OPZ - VII. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności dla Oprogramowania oraz warunki usługi wsparcia technicznego odpowiednio dla każdej z Części. Część 3 - WIRTUALIZATOR C, tabela “Red Hat Ansible Automation Platform”, wiersz “Cechy oprogramowania równoważnego”.

II. Termin należytego wykonania umowy liczony od wezwania przez Zamawiającego [Zarzut #2]

1. ROZDZIAŁ III – ISTOTNE POSTANOWIENIA UMOWY – Część III § 11 ust. 1: „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w okolicznościach i wysokościach ustalonych poniżej: (...) pkt 4) w przypadku odstąpienia od Umowy lub jej wypowiedzenia przez Stronę z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w wysokości 20% maksymalnego łącznego wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 9 ust. 1 Umowy”
2. § 12 Wypowiedzenie i odstąpienie od Umowy (...) ust. 2. „Zamawiający może: pkt 1). wypowiedzieć Umowę lub od niej odstąpić w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania jakiegokolwiek zobowiązania przez Wykonawcę. W takim przypadku Zamawiający wezwie Wykonawcę do wykonania lub należytego wykonania Umowy wyznaczając mu termin 3 dni, a po upływie tego terminu ma prawo wypowiedzieć Umowę w trybie natychmiastowym lub od niej odstąpić”

w zakresie powyższych postanowień Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów:

- 1) **art. 99 ust. 1 PZP w zw. art. 353¹ Kodeksu cywilnego (dalej: „KC”) w zw. z art. 5 KC zw. z art. 8 ust. 1 PZP** poprzez sformułowanie klauzul umownych uprawniających Zamawiającego do wezwania wykonawcy do należytego wykonania umowy wyznaczając mu przy tym bardzo krótki termin liczony w dniach kalendarzowych, a następnie po upływie tego terminu uprawniające Zamawiającego do wypowiedzenia umowy w trybie natychmiastowym lub odstąpienia od umowy i nałożenia kary umownej w wysokości 20% maksymalnego łącznego wynagrodzenia netto, które to jednostronne uprawnienia w sposób rażący naruszają zasadę swobody umów, równowagę stron poprzez obciążenie wykonawcy nadmiernym ryzykiem realizacji Zamówienia oraz naruszają zasady współżycia społecznego, a dodatkowo nie uwzględniają okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj. nierealnego terminu na należyte wykonanie umowy w terminie 3 dni kalendarzowych od wezwania przez Zamawiającego

stawiając powyższe zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) dokonania odpowiedniej modyfikacji treści SWZ (ROZDZIAŁ III – ISTOTNE POSTANOWIENIA UMOWY – część III) poprzez usunięcie zapisu „W takim przypadku Zamawiający wezwie Wykonawcę do wykonania lub należytego wykonania Umowy wyznaczając mu termin 3 dni, a po upływie tego terminu ma prawo wypowiedzieć Umowę w trybie natychmiastowym lub od niej odstąpić” ewentualnie poprzez wydłużenie terminu należytego wykonania umowy od wezwania Zamawiającego liczącego co najmniej 15 dni roboczych, aby umożliwić wykonawcom, zwłaszcza oferującym rozwiązania równoważne realnej możliwości zastosowania się do wezwania Zamawiającego, tj. należytego wykonania umowy, bez potrzeby nieuzasadnionego i przedwczesnego wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy przez Zamawiającego.

III. Termin odstąpienia od umowy przez Zamawiającego [Zarzut #3]

3. §12 ust. 3 ROZDZIAŁ III – ISTOTNE POSTANOWIENIA UMOWY – część III w zakresie wprowadzenia zastrzeżenia, że Zamawiający „ma prawo odstąpić od Umowy w terminie 60 (słownie: sześćdziesięciu) dni od chwili, gdy powziął wiadomość o przyczynie uzasadniającej odstąpienie, z zastrzeżeniem postanowień ust. 2 pkt 5) powyżej Umowy”.

w zakresie powyższych postanowień Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów:

- 1) **art. 395 § 1 Kodeksu cywilnego (dalej: „KC”) w zw. z art. 8 ust. 1 PZP** poprzez sformułowanie klauzuli umownej uprawniającej Zamawiającego do odstąpienia od umowy w sposób wadliwy, która nie przewiduje oznaczenia terminu na odstąpienie od umowy, tj. uzależnia początek biegu 60-dniowego okresu od wydarzenia przyszłego i niepewnego oraz obiektywnie nieweryfikowalnego przez wykonawców

stawiając powyższe zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) dokonania odpowiedniej modyfikacji treści SWZ (ROZDZIAŁ III – ISTOTNE POSTANOWIENIA UMOWY – część III) poprzez zastrzeżenia terminu odstąpienia od umowy rozpoczynającego swój bieg od momentu wystąpienia okoliczności uprawniającej do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego lub zmianę postanowień w taki sposób, aby bieg terminu rozpoczął się od wydarzenia, którego datę wykonawca jest w stanie w sposób obiektywny zweryfikować, zamiast uzależniania biegu terminu na odstąpienie od umowy od wydarzenia przyszłego i niepewnego, a ponadto obiektywnie nieweryfikowalnego przez wykonawców, tj. od chwili, gdy Zamawiający powziął wiadomość o przyczynie uzasadniającej odstąpienie.

- IV. Ponadto wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie fakturą, która zostanie złożona na rozprawie.

V. **INTERES I SZKODA ODWOŁUJĄCEGO**

1. Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jest zainteresowany udziałem w przedmiotowym Postępowaniu i zamierza w nim złożyć ofertę, a czynności Zamawiającego uniemożliwiają mu złożenie w Postępowaniu konkurencyjnej oferty, czego skutkiem będzie poniesienie przez Odwołującego szkody w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby w przypadku uzyskania Zamówienia. Aktualna treść postanowień Ogłoszenia o zamówieniu oraz treść Specyfikacji Warunków Zamówienia narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem pomimo, że Zamawiający wskazał, że dopuszcza rozwiązania równoważne to opis stawianych wykonawcom wymagań oraz opis kryteriów równoważności nadal powoduje obowiązek zaoferowania rozwiązania konkretnego producenta. Zamawiający zatem sporządzając treść SWZ tylko pozornie dopuścił rozwiązania równoważne do rozwiązania producenta Red Hat, co prowadzi do nieuzasadnionego uprzywilejowania rozwiązań tego producenta oraz w rzeczywistości braku możliwości zaoferowania rozwiązania równoważnego.
2. Naruszenie przepisów PZP przez Zamawiającego i brak zmiany treści SWZ (dokumentów postępowania) będą miały istotny wpływ na wynik Postępowania, bowiem sprowadzają się do eliminacji z postępowania wykonawców i ich ofert (w tym Odwołującego), które do Postępowania winny być dopuszczone, a tym samym wykonawców, którzy Zamówienie mogliby uzyskać, gdyby nieuzasadnione działanie Zamawiającego im tego nie uniemożliwiło.
3. Istnienie interesu Odwołującego na obecnym etapie potwierdza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, która stwierdziła, że *„Krag podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy*

który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu”.

4. Powyższe potwierdza również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lutego 2012 r. (sygn. KIO 229/12), w którym Izba wskazała, że „Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz”.

VI. DATA WNIESIENIA ODWOŁANIA I WARUNKI FORMALNE

1. Zamawiający w dniu 26 maja 2021 r. zamieścił na stronie internetowej SWZ oraz tego samego dnia zostało opublikowane zostało Ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynające postępowanie lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 15 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej. Odwołujący składa odwołanie w dniu 7 czerwca 2021 r., co oznacza, że termin przewidziany w ustawie PZP został dotrzymany.
2. Odwołujący przekazał kopię niniejszego odwołania Zamawiającemu w dniu 7 czerwca 2021 r. oraz załączył potwierdzenie przekazania do odwołania, czyniąc tym samym zadość obowiązkowi wskazanemu w art. 516 ust. 2 pkt 2 ustawy
3. Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości 15.000 zł, a potwierdzenie wykonania przelewu załączył do odwołania.

VII. OGŁOSZENIE

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 26 maja 2020 r. pod numerem 2021/S 100-264269, pod adresem:

<https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:264269-2021:TEXT:PL:HTML>

UZASADNIENIE

1. Brak dopuszczenia rozwiązania równoważnego do rozwiązania producenta Red Hat [Zarzut #1]

- 1.1. Przedmiotem niniejszego Postępowania jest zakup sprzętu i oprogramowania wirtualizacyjnego wraz z usługami wsparcia i gwarancji. Zamawiający w treści dokumentacji przetargowej dotyczącej Części III Postępowania wskazał, że oczekuje dostarczenia rozwiązanie referencyjnego producenta

Red Hat oraz dopuścić możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych. Jednakże z analizy wymagań postawionych przez Zamawiającego w zakresie rozwiązania równoważnego wynika, że w rzeczywistości wykonawca nie jest w stanie spełnić tych wymagań jeżeli nie zaoferuje rozwiązania producenta Red Hat lub ma obowiązek spełnić wymagania dodatkowe, nadmiarowe, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a których to wymagań Zamawiający nie postawił w stosunku do rozwiązania referencyjnego. W związku z powyższym Zamawiający jedynie pozornie dopuścić możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych. Poniżej Odwołujący przedstawi wymagania znajdujące się w treści SWZ/OPZ i innych dokumentach przetargowych warunkujące w istocie obowiązek zaoferowania rozwiązania jednego konkretnego producenta Red Hat.

Licencje w ramach aktualnej umowy EA

- 1.2. Zamawiający w treści OPZ - III. Wykaz Oprogramowania Chmury prywatnej (oprogramowanie referencyjne lub równoważne), tabela "Część 3 - Wirtualizator C", kolumna "Informacje dodatkowe" wskazał, że *„Licencje muszą zostać dostarczone w ramach aktualnej umowy EA”*.
- 1.3. Powyższe wymaganie wskazuje, że Zamawiający w sposób nieuzasadniony wyklucza z udziału w Postępowaniu wykonawców, którzy nie mają aktualnie zawartych umów z Zamawiającym, w szczególności wykonawców, którzy mają zamiar zaoferować rozwiązanie równoważne do rozwiązania producenta Red Hat. Tym samym wymaganie prowadzi do uprzywilejowania sytuacji podmiotów mających podpisane umowy z Zamawiającym i stanowi znaczne, nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego ograniczanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wykonawcy nie mają przy tym możliwości zaoferowania Zamawiającemu korzystniejszych warunków umowy, a tym samym złożenia bardziej konkurencyjnej oferty i zapewniając Zamawiającemu uzyskanie najlepszej jakości dostaw i usług w ramach Zamówienia.
- 1.4. Należy także wskazać, że aktualna umowa Enterprise Agreement podlega prawu angielskiemu. Zgodnie z jej treścią na wykonawcę zostaje przeniesiona pełna odpowiedzialność za działanie produktów i wsparcie realizowane przez producenta (według prawa angielskiego – Wielkiej Brytanii - prawo kraju spoza obszaru Unii Europejskiej), co stwarza zbyt duże ryzyko realizacji Zamówienia, a tym samym wpływa na kalkulację cen ofert składanych przez wykonawców. Dodatkowo uniemożliwia zaoferowanie rozwiązania równoważnego, w przypadku którego producenci formułując postanowienia umowne w sposób zupełnie odmienny od aktualnie zawartych umów EA.
- 1.5. W związku z powyższym, aby dopuścić możliwość zaoferowania rozwiązania równoważnego Zamawiający powinien usunąć powyższe wymaganie lub ewentualnie nadać mu następujące brzmienie: *„W przypadku dostawy oprogramowania referencyjnego licencje muszą zostać dostarczane w ramach aktualnej umowy EA”*

Brak dopuszczenia możliwości zaoferowania licencji OEM

- 1.6. Zamawiający w treści OPZ - IV. Wymagania ogólne dla Części 1, 2 i 3, ust. 14 wskazał, że *„Zamawiający nie dopuszcza dostarczenia licencji dla produktów równoważnych w formie upgradu, licencji czasowej, OEM, z wyłączeniem, w której Zamawiający określił taki warunek w opisie Oprogramowania”*.
- 1.7. Powyższe wymaganie również prowadzi do znacznego ograniczenia konkurencji w Postępowaniu. Zamawiający bowiem w sposób zupełnie nieuzasadniony nie dopuszcza możliwości zaoferowania licencji OEM w zakresie rozwiązań równoważnych. Jednocześnie wykluczając cechę funkcjonalną rozwiązania równoważnego, nie dokonuje opisu kryteriów równoważności w tym zakresie, tj. wymaganych cech funkcjonalnych rozwiązania równoważnego. Z wiedzy i doświadczenia Odwołującego wynika, że na rynku istnieje wielu producentów oferujących rozwiązania w oparciu o licencje OEM, które są w równym stopniu zaawansowane technologicznie i zgodnie z rozwiązaniem

referencyjnym Red Hat, a oprogramowanie dostarczane poprzez kanał OEM funkcjonalnie nie różni się od oprogramowania dostarczanego poprzez standardowy kanał dystrybucyjny. Jednocześnie jest to rozwiązanie potencjalnie tańsze, co powoduje, że Zamawiający może uzyskać niższym kosztem taką samą jakość dostaw i usług realizując Zamówienie.

- 1.8. Na potwierdzenie zgodności produktów na licencji OEM z rozwiązaniami producenta Red Hat oraz większej efektywności ekonomicznej tego rozwiązania (OEM) Odwołujący przedstawi na rozprawie dowody wraz z tłumaczeniem.
- 1.9. W związku z powyższym zupełnie nieuzasadnione merytorycznie i funkcjonalnie jest wykluczenie możliwości zaoferowania licencji OEM, a Zamawiający powinien usunąć powyższe zastrzeżenie lub ewentualnie dokonać zmiany treści SWZ poprzez nadanie wymaganiu następującego brzmienia „Zamawiający nie dopuszcza dostarczenia licencji dla produktów równoważnych w formie upgradu, licencji czasowej, z wyłączeniem, w której Zamawiający określił taki warunek w opisie Oprogramowania”.

Obowiązek zaoferowania wszystkich komponentów oprogramowania pochodzących od jednego producenta i wspólnego wsparcia realizowanego przez jednego producenta/Wirtualizator C

- 1.10. Zamawiający w treści OPZ - IV. Wymagania ogólne dla Części 1, 2 i 3, ust. 17 wskazał, że „Wszystkie komponenty Oprogramowania w ramach każdej Części zamówienia muszą pochodzić od jednego producenta i muszą posiadać wspólne wsparcie realizowane przez jednego producenta”. Natomiast w OPZ - VII. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności dla Oprogramowania oraz warunki usługi wsparcia technicznego odpowiednio dla każdej z Części. Część 3 - WIRTUALIZATOR C w tabelach “Oprogramowanie równoważne do ‘Red Hat Virtualization’. Oprogramowanie równoważne do ‘Red Hat OpenStack Platform’ określił kryteria równoważności.
- 1.11. Wymaganie to prowadzi do znacznego i nieuzasadnionego ograniczenia konkurencyjności Postępowania oraz w praktyce powoduje brak możliwości zaoferowania rozwiązania równoważnego.
- 1.12. W ocenie Odwołującego za uzasadniony można uznać wymóg pochodzenia części A i części B od jednego producenta ze względu na przedmiot zamówienia (wirtualizatory), natomiast w przypadku Części C takie wymaganie jest zupełnie nieuzasadnione merytorycznie i funkcjonalnie. W części C Zamawiający wskazał wiele narzędzi, z których tylko jedno Red Hat Virtualization zgodnie z deklaracją producenta jest faktycznie wirtualizatorem, pozostałe produkty referencyjne zgodnie z deklaracją producenta Red Hat mają zupełnie inne przeznaczenie W części C oprócz wirtualizatora (Red Hat Virtualization) wskazane jest również rozwiązanie do pamięci masowej (rozwiązanie do składowania danych - Red Hat Ceph), rozwiązanie do tworzenia platform chmury typu IaaS (platforma chmury obliczeniowej - Red Hat OpenStack) oraz rozwiązanie do automatyzacji zadań administracyjnych (platforma do budowania rozwiązań automatyzacji IT Red Hat Ansible Automation).
- 1.13. Możliwe jest dopuszczanie wielu producentów mogących zaoferować rozwiązania do wirtualizacji KVM, platformy do budowy chmury prywatnej OpenStack, storage CEPH, automatyzacji Ansible, co Zamawiający uniemożliwił poprzez wprowadzenie powyższego zastrzeżenia o obowiązku pochodzenia wszystkich komponentów od jednego producenta i wsparcia realizowanego przez jednego producenta.
- 1.14. Oprogramowanie referencyjne (Red Hat Virtualization, Red Hat OpenStack, Red Hat CEPH, Red Hat Ansible Automation) dla Części 3 “Wirtualizator C” oferuje funkcjonalności, które mogą być realizowane przez rozwiązania równoważne, z tym, że większość producentów takich rozwiązań może dostarczyć rozwiązanie równoważne w postaci czterech odrębnych produktów (wirtualizator, OpenStack, CEPH, Ansible), co automatycznie wyklucza możliwość złożenia oferty w oparciu o rozwiązania oferowane przez tych producentów, a tym samym znacznie ogranicza konkurencyjność

postępowania. Odwołujący na rozprawie przedstawi dowody w tym zakresie. W ocenie Odwołującego, warunki równoważności określone w OPZ str. 99-104 jak i wzór Formularza Ofertowego potwierdzają, że niemożliwe jest złożenie oferty w oparciu o rozwiązania równoważne w sytuacji, kiedy liczba producentów danych komponentów rozwiązania będzie większa.

- 1.15. Dodatkowo wskazane ilości produktów referencyjnych wskazują, że koszt Wirtualizatora w części C stanowi niewielką część planowanych kosztów dla części C co pozwala wnioskować, że część C nie dotyczy zakupu wirtualizatora, a bardziej zakupu narzędzi do budowy chmury prywatnej.
- 1.16. W związku z tym, Zamawiający powinien wyraźnie oddzielić to co jest faktycznie wirtualizatorem (i taką funkcję pełni) od narzędzi, których nie można w ten sposób zaklasyfikować. Wirtualizatorem jest jedynie Red Hat Virtualization. Na oficjalnej stronie producent rozwiązania referencyjnego wskazuje, że Red Hat OpenStack nie jest wirtualizatorem, bowiem nie jest przeznaczony do wirtualizacji. (<https://www.redhat.com/en/topics/cloud-computing/cloud-vs-virtualization>). W taki sposób został jednak zakwalifikowany i opisany przez Zamawiającego, co należy uznać za nieprawidłowe. W związku z tym wszystkie narzędzia nie będące wirtualizatorem (poza Red Hat Virtualization) należy wydzielić do osobnej części.
- 1.17. Dodatkowo, w ocenie Odwołującego pochodzenie komponentów w części C od jednego producenta nie jest właściwą metodą zapewnienia ich kompatybilności i poprawnej integracji np. rozwiązanie Red Hat Virtualization oraz Red Hat Storage CEPH nie są ze sobą kompatybilne. Dowód w tym zakresie Odwołujący przedstawi na rozprawie.
- 1.18. W związku z powyższym w celu zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz umożliwienia realnego zaoferowania rozwiązań równoważnych zasadne jest usunięcie zastrzeżenia, że *„Wszystkie komponenty Oprogramowania w ramach każdej Części zamówienia muszą pochodzić od jednego producenta i muszą posiadać wspólne wsparcie realizowane przez jednego producenta”* oraz rozbić Część C zamówienia na odrębnie części: 1. wirtualizator Red Hat Virtualization lub równoważny 2. narzędzia przeznaczone do budowy Chmury IaaS: - Red Hat OpenStack lub równoważny - Red Hat Storage CEPH lub równoważny - Red Hat Ansible lub równoważny. Wydzielenie Wirtualizatora do osobnej części, nie będzie w ten sposób nakładało zupełnie nieuzasadnionego funkcjonalnie i merytorycznie obowiązku zastosowania i zaoferowania rozwiązania jednego producenta w zakresie wszystkich narzędzi sklasyfikowanych przez Zamawiającego w sposób nieuprawniony jako „wirtualizator”.

Sposób licencjonowania oprogramowania równoważnego

- 1.19. W treści OPZ - VII. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności dla Oprogramowania oraz warunki usługi wsparcia technicznego odpowiednio dla każdej z Części. Część 3 - WIRTUALIZATOR C, Oprogramowanie równoważne do “Red Hat Virtualization” (str. 99), Oprogramowanie równoważne do “Red Hat OpenStack Platform” (str. 100) - Licencja typu Without guest OS, 2 Sockets - 1 licencja obejmująca węzeł hyperwizor do 2 fizycznych procesorów” oraz “Oprogramowanie równoważne do ‘Red Hat Ansible Automation Platform’” (str. 103) - Licencja - 100 zarządzanych nodów” Zamawiający postawił wymagania w zakresie licencji dla rozwiązania równoważnego.
- 1.20. Zamawiający w powyższym zakresie nie opisał kryteriów równoważności, a odniósł się bezpośrednio do sposobu licencjonowania przez producenta Red Hat. W związku z tym sposób licencjonowania rozwiązania równoważnego ma być identyczny jak rozwiązania referencyjnego Red Hat. Takie sformułowanie wymagań zaprzecza istocie dopuszczenia rozwiązania równoważnego i oznacza jedynie pozorną możliwość złożenia oferty w oparciu o inne rozwiązanie niż rozwiązanie producenta Red Hat, co w żaden sposób nie wpływa na funkcjonalność rozwiązania, sposób w jaki to rozwiązanie będzie u Zamawiającego działało oraz nie ogranicza sposobu korzystania z oprogramowania przez Zamawiającego. Wymaganie to w stosunku do rozwiązań równoważnych jest także nieproporcjonalne bowiem w praktyce modele licencjonowania rozwiązań równoważnych

nie będą pokrywały się z modelem/sposobem licencjonowania w rozwiązaniu referencyjnym Red Hat.

- 1.21. W ten sposób Zamawiający ogranicza istotnie uczciwą konkurencję i w praktyce dopuszcza do udziału w Postępowaniu jedynie wykonawców oferujących rozwiązania producenta Red Hat, posiadającego wymagany konkretny sposób licencjonowania.
- 1.22. W związku z powyższym Odwołujący wnioskuję o zmianę treści OPZ poprzez nadanie wymaganiom w zakresie rozwiązania równoważnego następującego brzmienia: *„zapewnienie liczby licencji Oprogramowania dla specyfikacji ilościowej sprzętu wskazanej w OPZ w rodz. I. Opis przedmiotu zamówienia dla Części 1, 2 i 3, ust. 3”*

Zapewnienie wsparcia dla przestarzałych systemów operacyjnych (status „end of life”)

- 1.23. Zamawiający w treści OPZ - VII. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności dla Oprogramowania oraz warunki usługi wsparcia technicznego odpowiednio dla każdej Części. Część 3 - WIRTUALIZATOR C, w tabelach “Red Hat Virtualization: oraz “Red Hat OpenStack Platform” wiersz “Cechy oprogramowania równoważnego” wskazał, że rozwiązanie równoważne ma *„zapewniać wsparcie dla następujących systemów operacyjnych gości: RHEL 4\5\6/7/8, SLES 10\11\12\15, Microsoft Windows Server 2008\2012\2016\2019, Microsoft Windows 7\8\8.1\10”*.
- 1.24. Powyższe wymaganie jest wymaganiem nadmiarowym, nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia, bowiem część ze wskazanych systemów operacyjnych nie jest wspierana przez producenta rozwiązania referencyjnego Red Hat (tj. systemy operacyjne mają status “end of life”) natomiast wymaganie stawiane jest w stosunku do rozwiązań równoważnych. W zakresie powyższego zarzutu Odwołujący przedstawi dowody na rozprawie.
- 1.25. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o zmianę wymagania w zakresie rozwiązania równoważnego i nadanie mu następującego brzmienia: *„zapewniać wsparcie dla następujących systemów operacyjnych gości: RHEL6\7\8, SLES 11\12\15, Microsoft Windows Server 2008\2012\2016\2019, Microsoft Windows 7\8\8.1\10”*.

Wymaganie od rozwiązania równoważnego zapewnienia wersji OpenStack składającej się z przestarzałych komponentów i dodatkowych komponentów niewymaganych w zakresie rozwiązania referencyjnego

- 1.26. Zamawiający w treści OPZ - VII. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności dla Oprogramowania oraz warunki usługi wsparcia technicznego odpowiednio dla każdej z Części. Część 3 - WIRTUALIZATOR C, tabela “Red Hat OpenStack Platform”, wiersz “Cechy oprogramowania równoważnego” postawił następujące wymaganie *„Oferowane równoważne rozwiązanie musi: być oparte na wersji OpenStack nie starszej niż “Rocky” składającej się co najmniej z: Aodh, Ceilometer, Cinder, Designate, Glance, Gnocchi, Heat, Horizon, Ironic, Keystone, Manila, Neutron, Nova, Octavia, OpenDaylight, Panko, Rally, Sahara, Swift, Tempest, Trove”*.
- 1.27. Powyższe wymaganie Zamawiającego jest wymaganiem nadmiarowym i nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia, a tym samym znacznie utrudnia konkurencyjność w Postępowaniu. Odwołujący wskazuje, że w zakresie oprogramowania referencyjnego brak jest wszystkich komponentów, których zapewnienia Zamawiający wymaga w przypadku zaoferowania rozwiązania równoważnego. Dotyczy to komponentów: Rally, Trove, Sahara, Designate. Natomiast komponenty OpenDaylight, Aodh, Panko, Gnocchi zostały określone przez producenta rozwiązania referencyjnego Red Hat jako ‘deprecated’ (tj. przestarzały), co oznacza, że nie będą one wkrótce objęte wsparciem producenta.
- 1.28. Należy także zaznaczyć, że OpenStack jest szybko rozwijającym się technologicznie oprogramowaniem, w którym producent w kolejnych jego wersjach wprowadza zmiany w zakresie rodzaju i liczby komponentów (przestarzałe komponenty zastępowane są nowymi). Wymagany

przez Zamawiającego konkretny minimalny zestaw komponentów dla rozwiązania równoważnego nie może zostać zapewniony przez żadną ze wspieranych wersji rozwiązania referencyjnego Red Hat, co znajduje potwierdzenie w ogólnodostępnych materiałach producenta (<https://access.redhat.com/articles/1535373>)

- 1.29. Przeszarżane komponenty stanowią elementy, które są już nierozwijane, a tym samym nie są dostępne w ramach dostępnych na rynku zaawansowanych technologicznie rozwiązań równoważnych do rozwiązania referencyjnego. Obowiązek dostarczenia Zamawiającemu przeszarżanych komponentów (nieobjętych wsparciem producenta) czyni zatem realizację Zamówienia niezgodną z art. 17 ust. 1 pkt 1 i pkt 2) PZP, a tym samym zagraża ekonomicznej efektywności udzielenia Zamówienia poprzez zastosowanie rozwiązań przeszarżanych, wymagających zastąpienia w bliskiej przyszłości oraz niewspieranych przez producenta.
- 1.30. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o modyfikację treści wymagania i nadanie mu następującego brzmienia: *„Oferowane równoważne rozwiązanie musi: być oparte na wersji OpenStack nie starszej niż "Rocky" składającej się co najmniej z: Ceilometer, Cinder, Glance, Heat, Horizon, Ironic, Keystone, Manila, Neutron, Nova, Octavia, Swift”*.

Wymaganie wykorzystania wykorzystywać TripleO (OpenStack On OpenStack) przez rozwiązanie równoważne

- 1.31. Zamawiający w treści OPZ - VII. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności dla Oprogramowania oraz warunki usługi wsparcia technicznego odpowiednio dla każdej z Części. Część 3 - WIRTUALIZATOR C, tabela "Red Hat OpenStack Platform", wiersz "Cechy oprogramowania równoważnego" wskazał, że w przypadku zaoferowania rozwiązania równoważnego należy *„wykorzystywać TripleO (OpenStack On OpenStack) oraz rozwiązanie wybrane w punkcie „Oprogramowanie równoważne do 'Red Hat Ansible Automation Platform'” do instalacji, aktualizacji i zarządzania wykorzystywanym oprogramowaniem”*.
- 1.32. Zgodnie z powyższym Zamawiający wymaga wykorzystania w rozwiązaniu równoważnym konkretnego rozwiązania podanego z nazwy, a nie zapewnienia określonej funkcjonalności. Tak opisane wymaganie znacznie ogranicza zatem konkurencyjność w Postępowaniu, a dodatkowo czyni jedynie pozornym możliwość zaoferowania rozwiązania równoważnego. Należy bowiem wskazać, że w celu zapewnienia Zamawiającemu funkcjonalności zarządzania, instalacji i aktualizacji OpenStack można zastosować inne dostępne na rynku rozwiązania oprócz TripleO. Dowody w tym zakresie Odwołujący przedstawi na rozprawie. Zamawiający dokonując opisu kryteriów równoważności powinien zatem wskazać cechy funkcjonalne jakich oczekuje od wymaganego rozwiązania równoważnego, a nie wskazywać konkretne rozwiązanie TripleO, które musi zostać wykorzystane w ramach rozwiązania równoważnego. Pozostawianie zatem powyższego wymagania w aktualnym kształcie, oznacza, że w rzeczywistości, że wykonawca może zaoferować rozwiązanie tylko jednego producenta.
- 1.33. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o zmianę treści wymagania, aby możliwe było zaoferowanie rozwiązania równoważnego i zapewnienie odpowiedniej funkcjonalności równoważnej do TripleO, a nie tego konkretnego wykorzystania TripleO., tj. nadanie wymaganiu następującego brzmienia *„wykorzystywać odpowiednik funkcjonalny TripleO (OpenStack On OpenStack) oraz rozwiązanie wybrane w punkcie „Oprogramowanie równoważne do 'Red Hat Ansible Automation Platform'” do instalacji, aktualizacji i zarządzania wykorzystywanym oprogramowaniem”*.

Wykorzystanie Power 8 lub Power 9

- 1.34. Zamawiający w treści OPZ - VII. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności dla Oprogramowania oraz warunki usługi wsparcia technicznego odpowiednio dla każdej z Części. Część 3 - WIRTUALIZATOR C, tabela "Red Hat OpenStack Platform", wiersz "Cechy oprogramowania równoważnego" wskazał, że w przypadku zaoferowania rozwiązania równoważnego należy „umożliwić instalację na serwerach: z 64 bitowymi procesorami rodziny x86 procesorami o architekturze ppc64le (Power 8 lub Power 9 w serwerach z zainstalowanym firmwarem OPAL)”
- 1.35. Analogicznie jak wymaganiu dotyczącym obowiązku wykorzystania TripleO, Zamawiający w przypadku powyższego wymagania zamiast dokonać opisu kryteriów równoważności poprzez wskazanie na wymagane cechy funkcjonalne wymaga, aby wykonawca oferujący rozwiązanie równoważne dostarczył rozwiązanie o wskazanym sposobie działania z konkretnym wykorzystaniem platformy Power, pomimo, że na rynku dostępne są alternatywne sposoby spełnienia tego wymagania, w tym wykorzystania platformy Power, odmiennie niż wskazał Zamawiający w OPZ. Na rozprawie Odwołujący przedstawi dowody, że istnieje możliwość wykorzystania węzłów obliczeniowych z procesorami Power w oparciu o rozwiązanie OpenStack pochodzące od różnych producentów (mechanizm PowerVM Novalink).
- 1.36. Aktualnie istnieje zatem tylko jeden producent, który jest w stanie spełnić powyższe wymaganie, bowiem ma możliwość instalacji swojego rozwiązania na platformie Power. Tym samym możliwość zaoferowania rozwiązania równoważnego jest jedynie pozorna.
- 1.37. Odwołujący wskazuje, że rozwiązania producenta Red Hat i producent IBM są ze sobą powiązane. IBM produkuje serwery z procesorem Power (procesory Power). Z dokumentacji producenta Red Hat wynika, że istnieje możliwość instalacji Red Hat Open Stack na platformie Power, ale ograniczona tylko do węzłów obliczeniowych (compute), a nie wszystkich komponentów tego oprogramowania. Pozostałe komponenty wymagane do wdrożenia nadal muszą być zainstalowane na 64 bitowych procesorach z rodziny x86.. Wynika z tego, że celem Zamawiającego jest użycie serwerów z procesorem Power jedynie w zakresie węzłów obliczeniowych. Aktualna treść wymagania wskazuje jednak, że wykonawca dostarczający rozwiązanie równoważne musi je całościowo zainstalować (w zakresie wszystkich komponentów) na platformie Power, co powoduje, że wymaganie to jest nadmiarowe w stosunku do wymagań stawianych wobec rozwiązania referencyjnego Red Hat.
- 1.38. Co więcej, producent IBM wiedząc, że producenci nie oferują instalacji na serwerach z procesorami Power stworzył specjalny mechanizm, sterownik PowerVM Novalink, który został przez producenta IBM przeznaczony do tego, żeby umożliwić sterowanie serwerami i funkcją wirtualizacji, bez konieczności instalacji. Jest to rozwiązanie zalecane przez producenta IBM.
- 1.39. W związku z powyższym w celu umożliwienia zaoferowania rozwiązania równoważnego Zamawiający powinien: 1. ograniczyć wymagania tylko do węzłów OpenStack pełniących rolę węzła obliczeniowego (compute node) oraz 2. rozszerzyć możliwość instalacji o alternatywny wymóg integracji z pomocą mechanizmu PowerVM Novalink.
- 1.40. Odwołujący wnosi zatem o usunięcie wymagania „umożliwić instalację na serwerach: z 64 bitowymi procesorami rodziny x86 procesorami o architekturze ppc64le (Power 8 lub Power 9 w serwerach z zainstalowanym firmwarem OPAL)” z treści OPZ - VII. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności dla Oprogramowania oraz warunki usługi wsparcia technicznego odpowiednio dla każdej z Części. Część 3 - WIRTUALIZATOR C, tabela "Red Hat OpenStack Platform", wiersz "Cechy oprogramowania równoważnego" ewentualnie poprzez modyfikację wymagania poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „umożliwić instalację na serwerach z: 64 bitowymi procesorami rodziny x86 z procesorami o architekturze ppc64le (Power 8 lub Power 9 w serwerach z zainstalowanym firmwarem OPAL, pełniącymi funkcję węzłów obliczeniowych. W celu spełnienia wymogów równoważności, dopuszcza się także użycie mechanizmu PowerVM NovaLink w celu wykorzystania węzłów obliczeniowych z procesorami Power”

Obowiązek zaferowanie rozwiązania równoważnego analogicznego jak Red Hat OpenStack Platform analogicznego jak Red Hat Ansible Automation Platform.

- 1.41. Zamawiający w treści OPZ - VII. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności dla Oprogramowania oraz warunki usługi wsparcia technicznego odpowiednio dla każdej z Części. Część 3 - WIRTUALIZATOR C, tabela "Red Hat OpenStack Platform" oraz "Red Hat Ansible Automation Platform", wiersz "Cechy oprogramowania równoważnego" wskazał, że „*Oferowane równoważne rozwiązanie musi posiadać możliwość integracji z rozwiązaniami do zarządzania chmurą analogiczne jak Red Hat OpenStack Platform*” oraz „*Oferowane równoważne rozwiązanie musi posiadać możliwość integracji z rozwiązaniami do zarządzania chmurą analogiczne jak Red Hat Ansible Automation Platform*”.
- 1.42. W powyższym zakresie Zamawiający nie dokonał opisu kryteriów równoważności w sposób prawidłowy, bowiem odniósł się bezpośrednio do cech konkretnych rozwiązań Red Hat OpenStack Platform oraz Red Hat Ansible Automation Platform. Wskazanie na dostarczenie rozwiązania działającego analogicznie jak konkretne rozwiązanie referencyjne, w ocenie Odwołującego, znacznie rozszerza także katalog kryteriów oceny równoważności i swobodę w ocenie tego rozwiązania przez Zamawiającego, o niezapisane wprost wymagania, które można wywodzić z cech oprogramowania referencyjnego. W ten sposób każda cecha rozwiązania referencyjnego staje się niezapisanym wymaganiem, elementem kryteriów równoważności, a tym samym powstaje niczym nieograniczony katalog otwarty wymagań w stosunku do rozwiązania równoważnego. Stwarza to bardzo duże ryzyko po stronie wykonawców chcących zaferować rozwiązanie równoważne, w postaci tego, że Zamawiający w sposób jednostronny, arbitralny będzie mógł stwierdzić, że dane rozwiązanie nie spełnia wszystkich wymagań postawionych w OPZ.
- 1.43. Zamawiający nie opisał zatem cech funkcjonalnych wymaganych od rozwiązania równoważnego, ale wskazał, że wykonawca w ramach rozwiązania równoważnego ma zapewnić integrację analogicznie jak w konkretnym rozwiązaniu producenta Red Hat. Takie działanie Zamawiającego jest wprost sprzeczne z istotą dopuszczenia rozwiązań równoważnych w Postępowaniu. Rozwiązanie równoważne nigdy nie będzie i może być rozwiązaniem identycznym, analogicznym jak rozwiązanie referencyjne. Potwierdza to ukształtowane już orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej przywołane w dalszej części odwołania przez Odwołującego.
- 1.44. Dodatkowo tak sporządzony opis wymagania jest niejasny, niedokładny, a tym samym uniemożliwia wykonawcy złożenie oferty, a następnie weryfikację poprawności badania jego oferty przez Zamawiającego w zakresie równoważności zaferowanego rozwiązania.
- 1.45. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o usunięcie wymagań w zakresie integracji odnoszących się bezpośrednio do rozwiązań producenta Red Hat, oraz zmianę wymagania poprzez opisanie jednoznacznych i proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia kryteriów i warunków stosowanych w celu oceny ich równoważności w powyższym zakresie, w celu realnego umożliwienia wykonawcom zaferowania rozwiązania równoważnego do rozwiązania producenta Red Hat.

Obowiązek posiadania przez rozwiązanie równoważne wszystkich cech funkcjonalnych rozwiązania preferencyjnego

- 1.46. Zamawiający w treści OPZ - VII. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności dla Oprogramowania oraz warunki usługi wsparcia technicznego odpowiednio dla każdej z Części. Część 3 - WIRTUALIZATOR C, tabela "Red Hat OpenStack Platform", wiersz "Informacja" oraz tabela „Red Hat Ansible Automation Platform” wiersz „Informacja” postawił wymaganie aby „*oprogramowanie równoważne musi być kompatybilne z wymienionym typem Oprogramowania oraz posiadać wszystkie jego cechy funkcjonalne*”.

- 1.47. Analogicznie jak w przypadku wymagania dotyczącego integracji, Zamawiający zaniechał opisu kryteriów równoważności poprzez wskazanie na wymagane cechy funkcjonalne rozwiązania równoważnego, a zamiast tego wskazał, że rozwiązanie równoważne ma być kompatybilne i „posiadać wszystkie cechy funkcjonalne” wymienionego oprogramowania. Dodatkowo Zamawiający całkowicie zaniechał opisu wymagań w zakresie kompatybilności. Wymaganie to jest zatem zupełnie niejasne i opisane w sposób niedokładny, co uniemożliwia złożenie oferty, a następnie weryfikację przez wykonawcę poprawności badania oferty przez Zamawiającego w zakresie równoważności zaoferowanego rozwiązania.
- 1.48. W ocenie Odwołującego oznacza to, że kompatybilność rozumiana jest przez Zamawiającego jedynie jako możliwość substytucji rozwiązania referencyjnego. Zamawiający w rzeczywistości oczekuje dostarczenia takiego samego rozwiązania jak rozwiązanie referencyjne producenta Red Hat, a możliwość zaoferowania rozwiązania równoważnego jest jedynie pozorna, skoro oprogramowanie równoważne musi posiadać wszystkie cechy funkcjonalne rozwiązania referencyjnego. Jak już wskazał powyżej Odwołujący, takie działanie Zamawiającego jest sprzeczne z przepisami ustawy PZP nakazującymi dokonanie opisu kryteriów równoważności oraz ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wskazującej, że rozwiązanie równoważne nie może być tożsame z rozwiązaniem referencyjnym.
- 1.49. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o usunięcie wymagania odnoszącego się bezpośrednio do wszystkich cech funkcjonalnych rozwiązania producenta Red Hat, tj. usunięcie zapisu „oprogramowanie równoważne musi posiadać wszystkie cechy funkcjonalne Oprogramowania referencyjnego” oraz zmianę wymagania poprzez opisanie jednoznacznych i proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia kryteriów i warunków stosowanych w celu oceny ich równoważności w powyższym zakresie, w celu realnego umożliwienia wykonawcom zaoferowania rozwiązania równoważnego do rozwiązania producenta Red Hat.

Wymaganie w zakresie automatyzacji administracji rozwiązaniami

- 1.50. Zamawiający w treści OPZ - VII. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności dla Oprogramowania oraz warunki usługi wsparcia technicznego odpowiednio dla każdej z Części. Część 3 - WIRTUALIZATOR C, tabela “Red Hat Ansible Automation Platform”, wiersz “Cechy oprogramowania równoważnego” wskazał, że rozwiązanie równoważne musi „umożliwiać automatyzację administracji rozwiązaniami wybranymi w punktach: - Oprogramowanie równoważne do ‘Red Hat OpenStack Platform’, - Oprogramowanie równoważne do ‘Red Hat Ceph Storage’, - Oprogramowanie równoważne do ‘Red Hat Virtualization’, - Oprogramowanie równoważne do ‘Win Server Datcr’, - Oprogramowanie równoważne do ‘VMware vSphere 7 Enterprise Plus’”.
- 1.51. Powyższe wymaganie uniemożliwia wykonawcom złożenie oferty spełniającej wymagania, ponieważ w momencie jej złożenia wykonawca nie posiada jeszcze informacji jakie rozwiązanie będzie dostarczone w ramach Części A i Części B, nie da się tego ocenić w momencie składania oferty. Wymaganie to jest zatem niemożliwe do spełnienia.
- 1.52. Co więcej, obowiązek łącznego spełnienia tego wymagania z wymaganiem opisanym w OPZ - IV. Wymagania ogólne dla Części 1, 2 i 3, ust. 17 „Wszystkie komponenty Oprogramowania w ramach każdej Części zamówienia muszą pochodzić od jednego producenta i muszą posiadać wspólne wsparcie realizowane przez jednego producenta” wskazuje na możliwość zaoferowania tylko rozwiązania jednego producenta Red Hat.
- 1.53. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o zmianę wymagania poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „oprogramowanie równoważne musi posiadać wszystkie cechy funkcjonalne Oprogramowania referencyjnego zmodyfikowanie zapisu zgodnie z poniższą propozycją: umożliwiać automatyzację administracji rozwiązaniami wybranymi w punktach: -

Oprogramowanie równoważne do 'Red Hat OpenStack Platform', - Oprogramowanie równoważne do 'Red Hat Ceph Storage', - Oprogramowanie równoważne do 'Red Hat Virtualization'.

Wymaganie w zakresie centralnej konsoli Web

- 1.54. Zamawiający w treści OPZ - VII. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności dla Oprogramowania oraz warunki usługi wsparcia technicznego odpowiednio dla każdej z Części. Część 3 - WIRTUALIZATOR C, tabela "Red Hat Ansible Automation Platform", wiersz "Cechy oprogramowania równoważnego" postawił następujące wymaganie: „*posiadać centralną konsolę Web umożliwiającą: - tworzenie i zarządzanie konfiguracją elementów infrastruktury informatycznej tworzących rozwiązania wskazane w poprzednim punkcie, - przydział dostępu w oparciu o role i grupy; - harmonogramowania zadań; - wysyłanie powiadomień o ich realizacji*”.
- 1.55. Wymaganie to znacznie ogranicza konkurencyjność Postępowania i czyni pozornym możliwość zaoferowania rozwiązania równoważnego. Mając bowiem na uwadze wcześniej wskazane wymaganie wskazane w OPZ - IV. Wymagania ogólne dla Części 1, 2 i 3, ust. 17 „*Wszystkie komponenty Oprogramowania w ramach każdej Części zamówienia muszą pochodzić od jednego producenta i muszą posiadać wspólne wsparcie realizowane przez jednego producenta*” łącznie takie opisanie kryteriów równoważności powoduje, że złożenie oferty jest możliwe tylko w oparciu o rozwiązanie jednego producenta. Możliwość zaoferowania rozwiązania równoważnego jest jedynie pozorna, a w rzeczywistości nadal możliwe jest zaoferowanie jedynie rozwiązania producenta Red Hat.
- 1.56. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o usunięcie wymagania o treści: „*posiadać centralną konsolę Web umożliwiającą: - tworzenie i zarządzanie konfiguracją elementów infrastruktury informatycznej tworzących rozwiązania wskazane w poprzednim punkcie, - przydział dostępu w oparciu o role i grupy; - harmonogramowania zadań; - wysyłanie powiadomień o ich realizacji*”
- 1.57. W praktyce zamówień publicznych często spotyka się sytuacje, gdy zamawiający wskazują w opisie przedmiotu zamówienia na konieczność oparcia oferty o konkretne rozwiązania tj. materiały, urządzenia, technologię dopuszczając przy tym zastosowanie rozwiązań równoważnych w oparciu o wskazane w SIWZ parametry. Niejednokrotnie jest to działanie pozorne gdyż analiza kryteriów równoważności pokazuje, iż spełnia je wyłącznie jedno, opisane pierwotnie w SWZ rozwiązanie. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w niniejszym Postępowaniu. Tak skonstruowany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia w rażący sposób narusza art. 99 ust. 4 -6 oraz art. 16 pkt 1 PZP zakazujące Zamawiającemu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję i jednocześnie nakazujące realne dopuszczenie rozwiązań równoważnych, Posłużenie się jedynie sformułowaniem „lub równoważne”, gdy analiza opisu równoważności prowadzi do wniosku, że brak jest możliwości zaoferowania rozwiązania równoważnego w żaden sposób nie można uznać za działanie zgodne z powyższymi przepisami ustawy PZP.
- 1.58. Jaka wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 kwietnia 2014 r. (sygn. KIO 738/14) „*Opisując sposób spełnienia równoważności danego produktu, zamawiający powinien określić dopuszczalne odstępstwa zaoferowanego urządzenia czy przedmiotu równoważnego od przedmiotu czy urządzenia referencyjnego, przy użyciu wartości stanowiących katalog zamknięty (...). Dopiero przy tak opisanych wymogach wykonawca ma obowiązek udowodnienia, że oferowany przez niego produkt mieści się w tych ściśle określonych zakresach równoważności. **Aby móc to wykazać, dopuszczenie rozwiązań równoważnych nie może być pozorne lecz musi dawać wykonawcą realną możliwość zaoferowania produktu równoważnego***”.
- 1.59. Nadto, należy wskazać, że w uchwale z dnia 17 lipca 2015 r. (KIO/KD 38/15) Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując wyniki kontroli postępowania przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych stwierdziła zasadność zarzucenia przez Prezesa UZP zamawiającemu

naruszenia art. 29 ust. 2 i ust. 3 ustawy poprzednio obowiązującej PZP (odpowiednika aktualnego art. 99 ust. 4 i 5 ustawy PZP), który opisał wymaganie dotyczące oprogramowania wskazując wprost na produkt firmy Microsoft. Uzasadniając swoje stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że **„opis przedmiotu zamówienia jaki zawarł zamawiający w siwz przyczynia się do umacniania monopolu firmy Microsoft. Podkreślić należy, że zgodnie z opinią biegłego istnieje duża ilość pakietów konkurencyjnych oraz współpracującego z nimi oprogramowania, które po skonfigurowaniu mogą w sposób spełniający wszystkie uzasadnione oczekiwania zamawiającego zastąpić pakiety firmy Microsoft. Sposób przygotowania siwz wyklucza je jednak w sposób nieuzasadniony z technicznego punktu widzenia z kręgu oprogramowania możliwego do zaoferowania. (...) Wskazane przez zamawiającego wymogi związane z oprogramowaniem antywirusowym w sposób jednoznaczny wskazują na jego współpracę z oprogramowaniem firmy Microsoft, a więc wymuszają stosowanie oprogramowania tego producenta. Tym samym sposób formułowania wymogów zastosowany przez zamawiającego ma niewątpliwie bardzo duży wpływ na monopolizację rynku oprogramowania”**.

- 1.60. W niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z analogiczną sytuacją, jak opisana we wskazanej powyżej uchwale Krajowej Izby Odwoławczej. Nie można uznać, że przedmiot zamówienia w Postępowaniu został opisany przez Zamawiającego w sposób neutralny, który nie naruszałby zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Skoro Zamawiający w rzeczywistości zawężył możliwość złożenia oferty tylko do jednego konkretnego rozwiązania producenta Red Hat i wprost wskazuje to rozwiązanie to oznacza, że dokonuje opisu przedmiotu zamówienia na podstawie art. 99 ust. 4-6 ustawy PZP, który może być stosowany wyjątkowo, tylko w ściśle określonych przypadkach i z jednoczesnym faktycznym dopuszczeniem rozwiązań równoważnych. Zamawiający w takim przypadku jest zobowiązany dopuścić możliwość złożenia ofert w oparciu o rozwiązania równoważne i w sposób jednoznaczny określić wymagania jakim ma odpowiadać zaoferowane rozwiązanie równoważne, przy czym określenie wymagań i opis kryteriów rozwiązania równoważnego nie może powodować jedynie pozornej możliwości zaoferowania rozwiązania równoważnego lub odniesienia się ogólnie do wszystkich cech funkcjonalnych rozwiązania referencyjnego.
- 1.61. Istotnym jest bowiem fakt, że rozwiązanie równoważne nie jest i nie może być rozwiązaniem identycznym do referencyjnego. W tym zakresie istnieje ugruntowane stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, m.in.:
- 1.61.1. w wyroku z dnia 5 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2734/11) *„istotne jest to, że produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry”*.
- 1.61.2. w wyroku z dnia 22 stycznia 2013 r. (sygn. KIO 20/13) *„Pojęcie równoważności nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych”*
- 1.61.3. w wyroku z dnia 16 lutego 2016 r. (sygn. KIO 142/16) *„obowiązkiem zamawiającego jest opisanie, w jaki sposób będzie oceniał taką równoważność, gdyż wiadome jest, że produkt równoważny nie będzie identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale ma posiadać pewne zbliżone do niego cechy i parametry, które winien wskazać zamawiający.”*
- 1.61.4. w wyroku z dnia 28 lutego 2012 r. (sygn. KIO 229/12) *„Oferta równoważna to taka, która przedstawia produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry. Pojęcie równoważności nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby możliwość oferowania produktów równoważnych pozorną i w praktyce niemożliwą do spełnienia. Zaś rozwiązanie równoważne nie*

może oznaczać, że inne zaproponowane w ramach tej równoważności urządzenie ma spełniać wszystkie parametry konkretnego urządzenia, określonego producenta, przyjętego przez projektanta, gdyż naruszałoby to zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji”

- 1.61.5. w wyroku z dnia 24 lutego 2014 r. (sygn. KIO 256/14), *„Oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zamieszczone w SIWZ. Istotne jest przy tym to, że produkt równoważny do produktu, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego funkcjonalności i parametry, które bezwzględnie powinny zostać określone w treści SIWZ”.*
- 1.62. Pojęcie równoważności nie może zatem oznaczać tożsamości rozwiązań, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów i rozwiązań równoważnych, czyniłoby pozornym oferowanie takich produktów równoważnych, a sam art. 99 ust. 4-6 PZP przepisem martwym. Zamawiający w niniejszym Postępowaniu, jak wskazał powyżej Odwołujący, niejednokrotnie wskazuje na obowiązek zaoferowania rozwiązania równoważnego posiadającego „wszystkie cechy funkcjonalne” rozwiązania referencyjnego lub opisuje kryteria równoważności w taki sposób, że wykonawca nie jest w rzeczywistości w stanie spełnić wszystkich tych wymagań Zamawiającego inaczej niż poprzez zaoferowanie rozwiązania referencyjnego producenta Red Hat.
- 1.63. Zdaniem Odwołującego nie ma natomiast żadnych przesłanek merytorycznych dla wynikającego z SWZ wyłączenia możliwości zaoferowania innego, równoważnego rozwiązania spełniającego wymagania określone w SWZ równie zaawansowanego technologicznie jak preferowane, konkretne rozwiązanie producenta Red Hat. Nie jest to także w żaden sposób podyktowane uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego. Narzucona konieczność spełnienia wymagań Zamawiającego tylko w określony sposób ma natomiast charakter dyskryminacyjny, bowiem świadczy o preferowaniu konkretnych rozwiązań jednego producenta, którego rozwiązania Zamawiający aktualnie posiada, a tym samym zmuszeniu wykonawców do zaoferowania konkretnej technologii jednego producenta.
- 1.64. Nie sposób także nie zaznaczyć, że ustawodawca nowelizacją ustawy PZP, która obowiązuje od dnia 1 stycznia 2021 r., wprowadził nowy obowiązek po stronie zamawiających dotyczący przygotowania postępowania i udzielenia zamówienia określony w art. 17 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy PZP. Z przepisu tego jednoznacznie wynika, jaki efekt ma osiągnąć zamawiający udzielając zamówienia. Ustawodawca wskazał, że *„Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) **najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) **uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów”.***** W związku z tym ukształtowanie treści SWZ, w którym Zamawiający dopuszcza, a wręcz wymaga zaoferowania rozwiązania konkretnego producenta Red Hat, gdy na rynku dostępne są inne, zaawansowane technologicznie rozwiązania i jedynie pozornie wskazuje na dopuszczenie rozwiązań równoważnych stoi zupełnie w sprzeczności także z zasadą określoną w art. 17 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy PZP, tj. określającą, że zamówienie ma zapewnić Zamawiającemu najlepszą jakość usług oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia. Odwołujący jest w stanie zaoferować, dostarczyć i zapewnić Zamawiającemu rozwiązanie spełniające jego uzasadnione potrzeby, w tym określone cele i wymagania opisane w treści SWZ, które to rozwiązanie jest jednocześnie zaawansowane technologicznie w równym stopniu jak rozwiązanie oferowane przez producenta Red Hat.
- 1.65. Zamawiający bez wyraźnego uzasadnienia nie ma możliwości ograniczania konkurencyjności w Postępowaniu i dostępu do zamówienia określonej grupie wykonawców, tj. chcących zaoferować inne, zaawansowane technologicznie rozwiązanie. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w

przywołanym już wyżej wyroku (sygn. KIO 2184/13) „Uzasadnione potrzeby podmiotu zamawiającego mogą zatem usprawiedliwiać ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców oraz wpływać na zakres oferowanych przez nich usług, dostaw i robot budowlanych, o ile wynikają one z celu, dla którego podmiot zamawiający wszczyna określone postępowanie, a **cel ten jest nakierowany na realizację tychże potrzeb i w żaden inny sposób nie może zostać osiągnięty (zasada proporcjonalności)**, zaś wymagania zamawiającego związane są z istotą przedmiotu zamówienia i jego indywidualnymi właściwościami pozwalającymi na osiągnięcie wskazanego wyżej celu”.

1.66. Argumentacja Odwołującego potwierdza, że ograniczenie konkurencji w Postępowaniu nie ma nic wspólnego z faktycznymi celami jakie Zamawiający zamierza osiągnąć realizując Zamówienie, a tym samym takie działanie stanowi naruszenie przepisów ustawy PZP. Potwierdza także stanowisko Odwołującego, co do tego, że treść SWZ była w rzeczywistości formułowana przez Zamawiającego w taki sposób, aby zapewnić uprzywilejowaną pozycję w Postępowaniu wykonawcom oferującym rozwiązania producenta Red Hat i jedynie pozornemu dopuszczeniu rozwiązań równoważnych stwarzając tylko wrażenie zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w Postępowaniu.

2. Zarzut #2 –Termin należytego wykonania umowy liczony od wezwania przez Zamawiającego

2.1. Zamawiający w ROZDZIAŁ III – ISTOTNE POSTANOWIENIA UMOWY – Część III § 11 ust. 1: wskazał, że „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w okolicznościach i wysokościach ustalonych poniżej: (...) pkt 4) w przypadku odstąpienia od Umowy lub jej wypowiedzenia przez Stronę z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w wysokości 20% maksymalnego łącznego wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 9 ust. 1 Umowy” a następnie w § 12 Wypowiedzenie i odstąpienie od Umowy (...) ust. 2. „Zamawiający może: pkt 1). wypowiedzieć Umowę lub od niej odstąpić w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania jakiegokolwiek zobowiązania przez Wykonawcę. **W takim przypadku Zamawiający wezwie Wykonawcę do wykonania lub należytego wykonania Umowy wyznaczając mu termin 3 dni, a po upływie tego terminu ma prawo wypowiedzieć Umowę w trybie natychmiastowym lub od niej odstąpić”.**

2.2. W ocenie Odwołującego powyższe postanowienia w sposób rażąco naruszają równowagę stron umowy (prawną i ekonomiczną), poprzez określenie zbyt wysokiego ryzyka dla wykonawców, zwłaszcza oferujących rozwiązania równoważne, związanego z realizacją Zamówienia nieproporcjonalnego i nieadekwatnego do uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Powyższe może także spowodować, że wykonawcy zdolni do należytego wykonania Zamówienia:

- 1) nie złożą oferty, pomimo zainteresowania realizacją Zamówienia i posiadania potencjału dla jego należytego wykonania, gdyż określony przez Zamawiającego zakres odpowiedzialności oraz kary umowne, czynią realizację Zamówienia zbyt ryzykowną, nieopłacalną i wątpliwą,
- 2) będą zmuszeni do zaoferowania ceny dużo wyższej niż możliwe, że nawet znacznie przekraczające wysokość kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację Zamówienia, w związku z obowiązkiem skalkulowania w cenie oferty wysokiego ryzyka prawnego i ekonomicznego (finansowego) realizacji Zamówienia.

2.3. Powyższe klauzule umowne są także niezgodne z zasadą współżycia społecznego uregulowaną art. 5 i art. 353¹ KC i rażąco naruszają równowagę stron, bowiem znacznie przekraczają dopuszczalną swobodę Zamawiającego w jednostronnym kształtowaniu postanowień umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający bowiem nie wskazuje katalogu naruszeń, zakresu nienależytego wykonania w jakim termin 3 dniowy będzie miał zastosowanie, wyznacza rażąco krótki termin 3 dni kalendarzowych od wezwania na należyte wykonanie, tj. termin wręcz nierealny w przypadku wykonania niektórych czynności w ramach Zamówienia, a dodatkowo przewiduje uprawnienie do natychmiastowego wypowiedzenia umowy lub odstąpienia od umowy z

możliwością naliczenia kary umownej w wysokości aż 20 % wartości maksymalnego łącznego wynagrodzenia.

- 2.4. Jak wskazuje się w literaturze: „Do nowej ustawy prawo zamówień publicznych wprowadzono także zmiany dotyczące postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zmodyfikują jej wykonywanie. Po pierwsze, jak wskazano w uzasadnieniu ustawy, nowe przepisy mają doprowadzić do ograniczenia negatywnego zjawiska zbyt jednostronnego kreowania przez zamawiających postanowień umów. Dotychczas na rynku zamówień publicznych często panowało przeświadczenie, że zasadniczo jedynym obowiązkiem zamawiającego jest zapłata wynagrodzenia wykonawcy. Pozostałe obowiązki często były przerzucone całkowicie na stronę wykonawcy i nie dotyczy to tylko samego wykonania przedmiotu umowy, ale także innych elementów z nim związanych. Mając to na uwadze, ustawodawca uznał, iż należy ograniczyć nadzbyt restrykcyjne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i jego wartości zapisy dotyczące np. wygórowanych kar umownych, przerzucania odpowiedzialności za większość ryzyk na wykonawcę czy też nieuwzględnienie w treści umów okoliczności związanych z trudnymi do oszacowania gwałtownymi zmianami na rynku. Wynikiem takiej sytuacji jest nieefektywność wydatkowania środków publicznych, wyższe ceny, a czasem nawet rezygnacja wykonawców z ubiegania się o udzielenie zamówienia.”¹
- 2.5. W związku z powyższym w ocenie Odwołującego zasadnym i korzystnym również dla Zamawiającego (w celu otrzymania ofert konkurencyjnych cenowo) usunięcie zapisu „W takim przypadku Zamawiający wezwie Wykonawcę do wykonania lub należytego wykonania Umowy wyznaczając mu termin 3 dni, a po upływie tego terminu ma prawo wypowiedzieć Umowę w trybie natychmiastowym lub od niej odstąpić” ewentualnie poprzez wydłużenie terminu należytego wykonania umowy od wezwania Zamawiającego liczącego co najmniej 10 roboczych, aby umożliwić wykonawcom, zwłaszcza oferującym rozwiązania równoważne realnej możliwości zastosowania się do wezwania Zamawiającego, tj. należytego wykonania umowy, bez potrzeby nieuzasadnionego i przedwczesnego wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, a tym samym znacznego zmniejszenia ryzyka finansowego realizacji Zamówienia.

3. Zarzut #3 – termin na odstąpienie od umowy przez Zamawiającego

- 3.1. Zamawiający w §12 ust. 3 ROZDZIAŁ III – ISTOTNE POSTANOWIENIA UMOWY – część III zastrzegł, że „W odniesieniu do przypadków, gdy Umowa przewiduje uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia od Umowy, Zamawiający ma prawo odstąpić od Umowy w terminie 60 (słownie: sześćdziesięciu) dni od chwili, gdy powziął wiadomość o przyczynie uzasadniającej odstąpienie, z zastrzeżeniem postanowień ust. 2 pkt 5) powyżej Umowy”.
- 3.2. Odwołujący wskazuje, że powyższa klauzula umowna została sformułowana w sposób wadliwy, bowiem jest niezgodna z bezwzględnie obowiązującym art. 395 § 1 Kodeksu cywilnego (dalej: „KC”). Zgodnie z art. 395 § 1 k.c. klauzula uprawniająca stronę umowy do odstąpienia od umowy musi przewidywać oznaczenie terminu, tj. konkretny termin na zrealizowanie tego uprawnienia. Wskazanie przez Zamawiającego, że „ma prawo odstąpić od Umowy w terminie 60 (słownie: sześćdziesięciu) dni od chwili, gdy powziął wiadomość o przyczynie uzasadniającej odstąpienie, z zastrzeżeniem postanowień ust. 2 pkt 5) powyżej Umowy” nie sposób uznać za oznaczenie terminu do skorzystania z umownego prawa odstąpienia w rozumieniu art. 395 § 1 KC. Zastrzeżenie to uzależnia początek biegu 60-dniowego okresu od wydarzenia przyszłego i niepewnego oraz obiektywnie nieweryfikowalnego przez wykonawców.

¹ Kozłowski B., Tempieńska K., „Obowiązki i uprawnienia zamawiających w nowym Prawie zamówień publicznych”, LEX/el. 2019

- 3.3. Nieważność regulacji uprawnienia do odstąpienia, jaka została przyjęta przez Zamawiającego została jednoznacznie potwierdzona w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 kwietnia 2018 r. (sygn. VII AGa 249/18), którzy orzekł, że **„Brak oznaczenia terminu powoduje, że zastrzeżenie prawa odstąpienia jest nieważne i nie wywołuje skutku prawnego (wyr. wł.). Nie jest skuteczne określenie tego terminu przez wskazanie zdarzenia przyszłego, które nie daje się umiejscowić w czasie i którego wystąpienie nie jest według rozsądnych, obiektywnych oczekiwań ludzkich niewątpliwe. (...) Powód miał prawo odstąpienia od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o okolicznościach określonych w umowie, uzasadniających odstąpienie. Za termin końcowy w rozumieniu art. 395 § 1 k.c. nie może być uznany ten okres (30 dni), ponieważ nie wskazuje on jednoznacznie zdarzenia przyszłego, które można umiejscowić w czasie i którego zaistnienie jest pewne (wyr. wł.). Wręcz przeciwnie, ww. postanowienie umowne odwołuje się do zaistnienia nieprzewidzianych okoliczności, w związku z którymi zamawiający nie będzie mógł spełnić swoich zobowiązań wobec wykonawcy”**.
- 3.4. Nieważność regulacji prawa do odstąpienia od umowy sformułowanego przez Zamawiającego, została również wielokrotnie potwierdzona w stanowisku przedstawicieli doktryny prawniczej, gdzie wskazano **„Nie jest natomiast skuteczne określenie tego terminu przez wskazanie zdarzenia przyszłego, które nie daje się umiejscowić w czasie i którego wystąpienie nie jest według rozsądnych, obiektywnych oczekiwań ludzkich niewątpliwe (dies incertus an, incertus quando). W takim zastrzeżeniu brak elementu pewności co do wystąpienia zdarzenia wyznaczającego kres terminu (skutek ad quem). Dopuszczalne jest powiązanie czasu na wykonanie umownego prawa odstąpienia z warunkiem (ściślej – ze zdarzeniem przyszłym i niepewnym stanowiącym przedmiot zastrzeżenia warunku – art. 89 KC), przy czym powiązanie to powinno być tak ukształtowane, aby w efekcie nie prowadziło do naruszenia wynikającego z imperatywnej normy art. 395 § 1 zd. 1 KC wymogu zastrzeżenia terminu końcowego (wskazania daty, okresu lub zdarzenia przyszłego i pewnego z nastąpieniem których uprawnienie wygasa). Z tego rodzaju naruszeniem będziemy mieli do czynienia np. w sytuacji, w której początek biegu terminu na wykonanie prawa odstąpienia strony wiąże ze zdarzeniem, co do którego nie wiadomo, czy w ogóle wystąpi”**.²
- 3.5. W związku z powyższym postawienie zarzutu przez Odwołującego jest w pełni uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie zgodnie z żądaniem Odwołującego.

4. PODSUMOWANIE

- 4.1. Odwołujący w żaden sposób nie zaprzecza, że wymagania postawione przez Zamawiającego są nieistotne. Wręcz przeciwnie Odwołujący rozumie, że Zamawiający chce w wyniku realizacji zamówienia otrzymać rozwiązanie spełniające jego wymagania i zapewniające działanie systemu w sposób w pełni sprawny i niezakłócony. Odwołujący kwestionuje sformułowanie w treści Ogłoszenia i SWZ wymagania, w taki sposób który wskazuje na możliwość zaoferowania jedynie rozwiązanie konkretnego producenta Red Hat oraz nie dopuszcza rozwiązania równoważnego. Odwołujący ma możliwość zaoferowania Zamawiającemu równie atrakcyjnego rozwiązanie spełniające jednocześnie wszystkie jego uzasadnione potrzeby. Jednakże jest to aktualnie niemożliwe z uwagi na treść SWZ, z której wynika, że Zamawiający w sposób niczym nieuzasadniony, dopuszcza możliwość zaoferowania rozwiązania konkretnego producenta, a jednocześnie formułuje opis wymagań i kryteriów rozwiązania równoważnego w taki sposób, że w rzeczywistości wykonawcy nie mogą zaoferować rozwiązania równoważnego do rozwiązania Red Hat, co stanowi naruszenie przepisów ustawy PZP.

² P. Drapała, A. Olejniczak [w:] K. Osajda (red.), *System prawa prywatnego tom 5*, wyd. 3, 2020, nb. 73 i nast.

- 4.2. Odwołujący uprawdopodobnił także, że w Postępowaniu zostały naruszone wskazane w odwołaniu przepisy PZP, a Zamawiający swoim działaniem utrudnia uczciwą konkurencję. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 października 2013 r. (sygn. KIO 2407/13) „Skoro w art. 29 ust. 2 p.z.p. ustawodawca zakazał takiego opisu przedmiotu zamówienia, który jedynie może utrudniać uczciwą konkurencję, to przy stawianiu zarzutu opartego o tę podstawę prawną nie jest konieczne udowodnienie zgodnie z art. 190 ust. 1 p.z.p., że dane istotne postanowienie opisu przedmiotu zamówienia rzeczywiście utrudnia taką konkurencję, **ale wystarczające jest uprawdopodobnienie tego faktu**”.
- 4.3. Mając zatem na uwadze całą przedstawioną powyżej argumentację zarzuty wskazane w treści odwołania przez Odwołującego są zatem w pełni uzasadnione i zasługują na uwzględnienie, bowiem Zamawiając niewątpliwie naruszył przepisy ustawy PZP.
- 4.4. Jednocześnie Odwołujący zaznacza, że z uwagi na obszerność i zakres materiału dowodowego, dowody złożył na rozprawie wraz z tłumaczeniem na potwierdzenie okoliczności i argumentacji wskazanych w odwołaniu.

Za Odwołującego:

Załączniki:

- Załącznik nr 1 - pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej
Załącznik nr 2 - dowód uiszczenia wpisu od odwołania
Załącznik nr 3 - aktualna informacja z KRS Odwołującego
Załącznik nr 4 - dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu