

Warszawa, dn. 05.10.2023 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-767 Warszawa

Zamawiający:
Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa
z siedzibą w Warszawie,
ul. Jana Pawła II 70,
00-175 Warszawa
e-mail: zamowieniapubliczne@arimr.gov.pl

Odwołujący:
Onedge Sp. z o.o.
ul. Jeleniogórska 16,
60-179 Poznań
Nr KRS: 0000524039

zastępowany przez
Adw. Joannę Marczewską
Kancelaria Adwokacka
Chrzanów Mały 20A
05-825 Grodzisk Mazowiecki
e-mail: joanna@marczewska.com.pl

Ogłoszenie o zamówieniu: nr 2022/S 575146-2023-PL z dnia 25.09.2023 r.

Dot. postępowania pn Zakup i dostawa 2 szt. macierzy blokowych oraz 2 szt. macierzy obiektowych wraz z usługą utrzymania przez okres 36 miesięcy
Numer referencyjny: DPiZP.2610.11.2023

ODWOŁANIE

W imieniu wykonawcy **Onedge Sp. z o.o.**, na mocy załączonego pełnomocnictwa wnoszę niniejszym w trybie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” odwołanie dotyczące czynności sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, który narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Interes:

Odwołujący jako wykonawca zainteresowany wzięciem udziału w postępowaniu nie może złożyć oferty, gdyż opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia wzięcie udziału wykonawcy w postępowaniu, co spowoduje szkodę w postaci utraconych korzyści.

Termin:

Dokumenty zamówienia, w tym opis przedmiotu zamówienia zostały opublikowane dnia 25.09.2023 r.

Zarzuty:

Zamawiającemu zarzucam naruszenie:

1. art. 99 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, co prowadzi do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów
2. art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 240 ust. 2 w zw. z art. 16 i 17 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu kryteriów oceny ofert w sposób, który dyskryminuje większość rozwiązań dostępnych na rynku i preferowanie jednego produktu, co może pozostawiać Zamawiającemu swobodę wyboru wykonawcy i może spowodować wybór oferty, która nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny.

Wnioski:

Wnoszę o dokonanie modyfikacji SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i opisu kryteriów pozacenowych, zgodnie z postulatami wynikającymi z uzasadnienia odwołania.

UZASADNIENIE

Zamawiający w postępowaniu dokonał opisu przedmiotu zamówienia w załączniku nr 1 do Umowy – Specyfikacja Sprzętu IT i oprogramowania.

Wszystkie łącznie wymagania wskazane w tym załączniku spełnia wyłącznie jedno urządzenie tj. Huawei Ocean Store Dorado 5000/6000 All Flash Storage Systems, opisane za pomocą karty katalogowej zamieszczonej pod adresem:

<https://e.huawei.com/pl/material/storage/all-flash-storage/f01ee520bde543ea970ce17d9471f3ef>

Zarówno wszystkie parametry bezwzględnie wymagane jaki i kryteria jakościowe, dodatkowo punktowane może spełnić wyłącznie to konkretne rozwiązanie.

Na rynku istnieje wiele rozwiązań czołowych producentów, które mogłyby spełnić cel Zamawiającego, jakim jest uzyskanie sprawniejszego zarządzania zasobami, ich podział, zarządzanie kopiami bezpieczeństwa, klonowanie oraz replikacja. Generalnie, zakup tego typu rozwiązania ma na celu zabezpieczenie danych.

Z tego punktu widzenia nie jest zasadne i celowe wymaganie spełniania specyficznych, właściwych tylko dla jednego urządzenia parametrów. Zmiana niektórych z nich mogłaby spowodować, że Zamawiający osiągnie cel w postaci zabezpieczenia danych a jednocześnie otworzy postępowanie na większą konkurencyjność, co oznacza konkretne korzyści finansowe, przy tej samej jakości.

I. Tabela 1 poz. 3 lit. e

Zamawiający wymaga:

Macierz musi być wyposażona w co najmniej 110 fizycznych rdzeni procesorów (suma rdzeni dla wszystkich kontrolerów w jednej macierzy). Rdzenie procesorów należy wyliczyć bez uwzględnienia rdzeni logicznych wynikających np. z technologii Hyper Threading (HT).

Wnoszę o dokonanie zmiany ww. wymogu na:

Macierz musi być wyposażona w co najmniej 80 fizycznych rdzeni procesorów (suma rdzeni dla wszystkich kontrolerów w jednej macierzy). Rdzenie procesorów należy wyliczyć bez uwzględnienia rdzeni logicznych wynikających np. z technologii Hyper Threading (HT).

Zmiana ta nie ma wpływu na parametry działania macierzy. Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający określił poziom wydajności pracy macierzy w punkcie 17 d) OPZ. Wskazane tam wymogi określają de facto jak macierz w oferowanej konfiguracji powinna pracować i jakie poziomy wydajności powinna gwarantować. Stawianie więc dodatkowo wymogów poprzez uszczegółowianie parametrów nie wpływających na te poziomy stanowi wyłącznie ograniczenie konkurencji i wynika z chęci dyskryminacji większości rozwiązań rynkowych. Wymóg wyposażenia macierzy w konkretną ilość rdzeni nie odpowiada racjonalnym potrzebom Zamawiającego a ma jedynie na celu ograniczenie konkurencji. Ilość rdzeni

wyspecyfikowana w taki sposób nie daje Zamawiającemu żadnego wpływu na docelową wydajność zaoferowanej macierzy. Natomiast istotą efektywnego wykorzystania rdzeni procesora jest stworzenie również oprogramowania do zarządzania systemem pamięci masowej, które zapewnia potrzebną wydajność jednocześnie optymalizując wykorzystanie medium flash. Zamawiający postawił wymóg dla rdzeni procesorów na bardzo wysokim poziomie pomijając pozostałe aspekty, co potwierdza tezę, że wymóg ma na celu nie faktyczną poprawę wydajności lecz dyskryminację innych rozwiązań niż Huawei.

II. Tabela 1, poz. 6 lit. a

Zamawiający wymaga:

Oferowane macierze muszą bazować na dyskach flash NVMe nie mniejszych niż 15 TB każdy. Wykorzystanie dyski flash NVMe muszą być wykonane w technologii TLC, SLC lub lepszej. Parametr DWPD dla każdego z dysków (dla okresu 5 lat) musi być nie mniejszy niż 1.

Wnoszę o zmianę ww. wymogu na:

Oferowane macierze muszą bazować na dyskach flash NVMe lub modułach NVMe nie mniejszych niż 15 TB każdy. Wykorzystanie dyski flash NVMe muszą być wykonane w technologii TLC, SLC lub lepszej. Zużycie się dysków SSD/NVMe w wyniku wykorzystania cykli zapisów jest traktowane jako awaria dysku i dysk taki podlega wymianie na nowy w ramach naprawy gwarancyjnej.

Obecny wymóg nie dopuszcza możliwości zastosowania modułów NVMe, co nie jest racjonalne i celowe, gdyż Zamawiający wymaga nośników nie mniejszych niż 15TB - punkt 6 a) Dopuszczenie modułów NVMe nie wpływa w żadnej sposób na funkcje macierzy a pozwala wykonawcom na konkurencyjny dobór technologii budowy pojemności czy poprzez dyski czy poprzez moduły.

Wymóg związany z parametrem DWPD (Drive Writes Per Day – dzienna liczba zapisów na dysku), oznacza parametr wytrzymałości czyli jak dużo danych można zapisać na danym dysku nim ulegnie on awarii z racji zużycia w trakcie trwania gwarancji. Stawianie takiego parametru przy tym, że Zamawiający wymaga w punkcie 6 d) redukcji danych a w punkcie 8 b) monitorowania nośników jest wymogiem właściwym wyłącznie po to by ograniczyć konkurencję gdyż Zamawiający już odpowiednio zabezpieczył swój interes dbając o wytrzymałość dysków. Wymóg ten narzuca konkretny sposób realizacji funkcjonalności wytrzymałości i długowieczności macierzy pomimo, że producenci różnie realizują zwiększanie niezawodności dysków w macierzy.

Interes Zamawiającego byłby jeszcze lepiej zabezpieczony w przypadku zastosowania wymogu by zużyty dysk wymienić na nowy, a jednocześnie nie narzucałoby to sposobu realizacji przez parametr DWPD co proponujemy w modyfikacji wymogu wnosząc odwołanie.

Architektura systemów allflash stworzonych od podstaw za pryncypium przyjmuje fakt, iż ze względu na ograniczoną liczbę zapisów na komórce SSD najbardziej istotna z punktu widzenia systemu jest redukcja danych, która implementowana na wejściu systemu ogranicza do możliwego minimum wykorzystanie cykli zapisu danego nośnika. W takiej sytuacji osiągnięcie limitu 1 zapisu dziennie jest nierealne w specyfice działania ARIMR - przykładowo dla oferowanego systemu o pojemności 1700TB netto, przy redukcji danych 2:1, konieczne byłoby zapisanie 3400TB netto danych na dobę. Są to wartości abstrakcyjne ilościowo zarówno dla ARIMR jak i jakichkolwiek instytucji publicznych w Polsce, nawet posługujących się większymi systemami niż ARIMR - typu banki, firmy ubezpieczeniowe, czy ZUS lub Centrum e-Zdrowia, które obsługują większość obywateli w Polsce, a nie tylko specyficzną – niezbyt liczebną grupę obywateli.

III. Tabela 1, pkt 6 lit. e

Zamawiający wymaga:

Rozwiązanie musi oferować rozbudowę tylko poprzez dodanie dysków wraz z półkami dyskowymi i ewentualnie kartami I/O (bez dodawania nowych kontrolerów/pólek kontrolerów) do pojemności minimum 2400PB RAW (co daje 2182.7TiB RAW)

Wnoszę o zmianę na:

Rozwiązanie musi oferować rozbudowę tylko poprzez dodanie dysków wraz z półkami dyskowymi i ewentualnie kartami I/O (bez dodawania nowych kontrolerów/pólek kontrolerów) do pojemności minimum 2200TB RAW (co daje 2182.7TiB RAW)

Zamawiający sztucznie podwyższa parametr skalowalności i wskazuje na liczbę 2400TB RAW (2182.7 TiB RAW), która nie może być spełniona przez wielu czołowych producentów tych urządzeń.

Zmiana skalowalności do 2200TB RAW – jest jedynie o 10% mniejsza a pozwala na dopuszczenie większej konkurencyjności.

Powszechną praktyką rynkową jest uzyskiwanie mniejszych rabatów w momencie dokonywania posiadanego rozwiązania niż zakup nowego produktu nawet pochodzącego od tego samego producent. Wynika to z faktu podejścia do sprzedaży wielkich korporacji które preferują sprzedaż nowych generacji produktów niż dokonywanie rozbudów już będących w posiadaniu Klientów produktów starszej generacji. Zamawiający z pewnością jest tego świadomy gdyż nie dokonywał rozbudowy i poszerzenia pojemności deduplikatorów już posiadanych, a zakupił nowe urządzenia w nowszej generacji oferującej więcej funkcji niż te które posiadał w roku 2023.

Tak sformowany wymóg dla skalowalności ma na celu ograniczenie konkurencyjności w postępowaniu.

Skalowalność na tak wysokim poziomie nie jest podyktowana realnymi potrzebami Zamawiającego. Zamawiający wyspecyfikował w innym postępowaniu, na początku roku 2023 zakup deduplikatorów mających na celu składowanie danych zabezpieczanych z macierzy dyskowych i wskazał, że oczekuje dostarczenia rozwiązań o pojemności 315TB netto. Urządzenia do składowania danych zarówno jako macierze dyskowe jak i deduplikatory korzystają z funkcji redukcji tych danych by zajmowały one jak najmniejszą przestrzeń na urządzeniu. W związku z tym oczekiwanie skalowalności macierzy do wartości 2400TB RAW jest wartością znacząco zawyżoną i Zamawiający nigdy jej nie wykorzysta.

Co więcej, w przypadku deduplikatorów kupowanych na początku 2023 Zamawiający oczekiwał skalowalności do 700TB, a dla obecnie specyfikowanych macierzy oczekuje skalowalności na poziomie 2400TB RAW.

Te dwa rozwiązania (deduplikatory z poprzedniego postępowania Zamawiającego i macierze dyskowe z obecnego postępowania) pracują na tym samym zestawie danych i dlatego jak najbardziej można je porównywać ze sobą w zakresie pojemności.

Deduplikatory mają na celu składowanie i zabezpieczanie danych znajdujących się na macierzach dyskowych na których wykonywane są operacje.

Powyższe można ustalić na podstawie porównania obecnego OPZ z OPZ dostępnym na platformie zakupowej – link poniżej.

<https://platformazakupowa.pl/transakcja/718056>

IV. Tabela 1 poz. 17 lit. b

Zamawiający wymaga:

Macierz musi korzystać z globalnej puli nośników i danych niezależnie od wykorzystywanego kontrolera. Niedopuszczalne jest rozwiązanie, w którym LUNy bądź urządzenia fizyczne typu dysk/moduł są przypisywane do danego kontrolera.

Wnoszę o zmianę na:

Macierz musi korzystać z globalnej puli nośników i danych niezależnie od wykorzystywanego kontrolera. Niedopuszczalne jest rozwiązanie w którym LUNy są przypisywane do danego kontrolera.

Zmiana wymogu, podobnie jak wyżej również rozszerza konkurencyjność i powoduje, że OPZ jest elastyczny w podejściu producenta do realizacji funkcjonalności. Zamawiający jasno opisał w pozostałych postanowieniach OPZ jakiej klasy funkcjonalności i jakiego poziomu pracy macierzy wymaga. Wobec tego wchodzenie w szczegóły technologiczne, które nie są możliwe do skonfigurowania po stronie Zamawiającego mają na celu wyłącznie preferowanie konkretnego produktu i uniemożliwienie złożenia oferty innym producentom.

Spełnienie wszystkich wymogów OPZ łącznie przez inne macierze niż Huawei nie jest możliwe, co wynika z dotychczasowej analizy rynku przez Odwołującego, a co zostanie wykazane w toku postępowania odwoławczego. Otwarcie OPZ na inne urządzenia, przy

zachowaniu celów Zamawiającego co do wydajności macierzy byłoby możliwe po zmianie w sposób wskazany wyżej kilkuparametrów.

V. Kryteria pozacenowe

Zamawiający oprócz wskazania na konkretne urządzenie poprzez parametry bezwzględnie wymagane, również ogranicza uczciwą konkurencję stawiając kryteria oceny ofert właściwe wyłącznie dla tych urządzeń. Co więcej, Zamawiający w ocenie tych kryteriów poprzestaje wyłącznie na deklaracjach wykonawcy, co jest niezgodne z przepisami ustawy Pzp.

Kryteria opisane w SWZ są wprost przeniesione z opisu urządzeń Huawei znajdującego się pod adresem:

<https://e.huawei.com/pl/material/storage/all-flash-storage/f01ee520bde543ea970ce17d9471f3ef>

Zgodnie z Roz. XI SWZ Zamawiający postawił m.in. kryteria:

1.2 oferowana macierz jest w stanie zapewnić tryb klastra macierzowego Active-Active jednocześnie dla danych blokowych jak i danych plikowych (NAS) zapewniając ciągły dostęp do danych w przypadku awarii jednej z macierzy – 10%

Opis w katalogu Huawei na s. 5 ww. dokumentu.

1.3. oferowana macierz posiada w ramach wszystkich kontrolerów minimum 300 rdzeni CPU, gdzie każdy z rdzeni jest taktowany minimum 2 GHz, jest wyposażona w minimum 2 TB pamięci cache (suma na wszystkich kontrolerach) oraz posiada architekturę „master – less”, półki dyskowe dostarczonej macierzy odciążają procesory kontrolerów z operacji rekonstrukcji danych oraz operacji „garbage collection” – 15%

Opis w katalogu Huawei znajduje się pod adresem:

https://support.huawei.com/hedex/hdx.do?docid=EDOC1100214752&id=EN-US_TOPIC_0000001550269082

1.4. oferowana macierz podczas aktualizacji firmware nie wyłącza lub restartuje portów FC Front – End na żadnym z kontrolerów (również aktualizowanego), wspiera potrójną parzystość obok tradycyjnego RAID6, wspiera możliwość wymiany baterii podtrzymującej cache bez wyłączania i wyciągania kontrolera – 10%

Opis w katalogu Huawei znajduje się pod adresem:

<https://e.huawei.com/pl/products/storage/all-flash-storage/dorado-5000-6000-v6>

1.5. oferowana macierz wspiera funkcje wirtualizacji macierzy firmy trzeciej będącej na wyposażeniu Zamawiającego – IBM FlashSystem FS9200 – 5%

Opis w katalogu Huawei znajduje się pod adresem:

https://support.huawei.com/hedex/hdx.do?docid=EDOC1100214752&id=EN-US_TOPIC_0000001600795633

Stosownie do art. 239 ust. 2 ustawy Pzp najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Przepis ten stanowi materializację zasady efektywności, o której mowa w art. 17 ustawy Pzp.

Sporządzenie kryteriów oceny ofert w sposób, który ogranicza możliwość zaoferowania tylko jednego urządzenia powoduje, że Zamawiający nie działa zgodnie z zasadą best value for money, a wręcz przeciwnie wydatkuje środki publiczne w sposób nieefektywny i nie celowy.

Zasada efektywności ma służyć przede wszystkim wdrożeniu podejścia strategicznego przy udzielaniu zamówień. Udzielanie zamówień publicznych nie powinno być jedynie wypełnieniem formalnych postanowień Pzp, ale przede wszystkim procesem gospodarczym, Zasada efektywności odnosi się do obowiązku dążenia przez zamawiającego do uzyskania jak najlepszych efektów udzielanego zamówienia. A więc dotyczy uzyskania możliwie najkorzystniejszych efektów w następstwie udzielonego zamówienia w stosunku do nakładów finansowych, które będzie ponosił zamawiający.

Jak wynika z Komentarza do ustawy Pzp Urzędu Zamówień Publicznych (s. 16):

w Pzp akcent nie jest położony na uzyskanie efektu wydatku jako takiego, ale na uzyskanie możliwie najlepszej jakości (wartości) zamówienia za środki finansowe przeznaczone na realizację zamówienia. Zasada efektywności zamówienia może być tłumaczona m.in. poprzez zakaz marnotrawienia pieniędzy podatników.

Wydaje się odpowiadać funkcjonującej na rynku zamówieniowym koncepcji Value for Money (VfM). Koncepcja ta zasadza się na dążeniu, aby nabywane dostawy, usługi lub roboty budowlane skutecznie realizowały założone przez zamawiającego cele, a jednocześnie aby te dostawy, usługi lub roboty budowlane były nabywane na możliwie najlepszych warunkach, wliczając w to zrównoważenie kosztu i innych uwarunkowań w szczególności dotyczących jakości i ilości. W skrócie VfM jest opisywana jako równowaga kosztu, jakości oraz ilości.

Wydaje się więc, że opisanie kryteriów oceny ofert w sposób dyskryminujący zasadniczą częśći rynku przeczy zasadzie efektywności, rozumianej jako koncepcja VfM. Zakup macierzy ma bowiem realizować cel Zamawiającego bezpiecznego przetwarzania danych na warunkach jakimi dysponuje. Sporządzenie OPZ i opisu kryteriów w sposób oderwany od tego celu przeczy zasadzie efektywności.

Wnoszę o zmianę w zakresie kryteriów jakościowych opisanych w pkt. 1.2-1.5 wedle poniższych założeń:

1. Ilość zajmowanego miejsca w szafie serwerowej rack – waga 10%

Ilość zajmowanego miejsca w szafie serwerowej rack czyli wysokość RU (Rack Unit)
Zamawiający przyzna punkty w następujący sposób:

- 1) 5U-11U – 10 punktów
- 2) 12-16U – 5 punktów
- 3) 17-20U – 0 punktów

2. Optymalizacja przestrzeni dyskowej – waga 10%

Jednoczesna realizacja procesów, obejmujących całą możliwą do uzyskania w maksymalnej konfiguracji (wraz z dodatkowymi półkami dyskowymi) pojemność oferowanego modelu macierzy, mających na celu optymalizację przestrzeni, w następujący sposób:

- 1) Deduplikacja realizowana jest również w trybie post-proces czyli po zapisaniu już danych na dysk twardy – 5 punktów
- 2) Kompresja realizowana jest również w trybie post-proces czyli po zapisaniu już danych na dysk twardy – 5 punktów

W przypadku zaoferowania macierzy dyskowych bez możliwości realizacji deduplikacji ani kompresji w trybie post-proces, Oferent otrzyma 0 punktów.

3. Poziom zabezpieczeń – waga 10%

Zamawiający będzie oceniał zaoferowany system pamięci masowej, którego poziom zabezpieczeń będzie potwierdzony publicznie dostępnym certyfikatem FIPS 140-2 Poziom 1 lub Poziom 2

Miejsce na podstawie którego Zamawiający będzie dokonywał weryfikacji poziomu bezpieczeństwa:

<https://csrc.nist.gov/projects/cryptographic-module-validation-program/validated-modules/search>

Liczba przyznanych punktów:

- 1) 140-2 Poziom 1 – 5 punktów
- 2) 140-2 Poziom 2 lub wyższy – 10 punktów

W przypadku zaoferowania macierzy dyskowych niepotwierdzonych certyfikatem FIPS 140-2 Poziom 1, Poziom 2 (lub wyższym), Oferent otrzyma 0 punktów.

4. Analityka logów – waga 10%

Zamawiający będzie oceniał czy producent w ramach funkcji macierzy zaoferuje analitykę logów poprzez codzienne zbieranie logów i metryk z macierzy, które będą informować klienta automatycznie o parametrach, problemach i błędach w pracy macierzy różnymi kanałami czyli poprzez: email, telefon oraz w dedykowanej aplikacji* na telefon komórkowy, dostępnej do pobrania w AppStore lub Google Play i umożliwi komunikację każdym z ww. kanałów to otrzyma 10 punktów

* w szczególności aplikacja producenta oferowanej macierzy musi wyświetlać informacje dotyczące parametrów macierzy takie jak: obciążenie w IOPS, opóźnienia w dostępie do danych wyrażone w milisekundach, przepustowość macierzy w GB/s. Aplikacja musi również umożliwiać prognozowanie dostępnej pojemności oraz prezentować szacunkowy czas w którym wypełnienie pojemności osiągnie poziom 100%, musi istnieć możliwość uruchomienia sesji zdalnej dla inżyniera wsparcia technicznego z poziomu opisywanej aplikacji.

W przypadku zaoferowania macierzy dyskowych nieposiadających takiej funkcjonalności komunikacji opisanymi kanałami komunikacji, Oferent otrzyma 0 punktów.

VI. Brak możliwości weryfikacji oferty

Zamawiający oparł ocenę ofert wyłącznie na deklaracji wykonawcy, co stanowi sprzeczność z ustawą Pzp. Zamawiający jednocześnie, stosuje uproszczony wzór formularza ofertowego, w którym wykonawca składając ofertę nawet nie jest zobowiązany do podania określonych parametrów – ani bezwzględnie wymaganych ani dodatkowo punktowanych.

Natomiast zgodnie z **art. 240 ust. 2 nowego PZP**, kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz **umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.**

W ocenie Odwołującego, Zamawiający chcąc uczynić zadość ww. regulacji powinien zmienić wzór formularza oferty i dodać do niego kolumnę, w której wykonawcy byliby zobowiązani do podania parametrów opisujących oferowane rozwiązanie. Tylko bowiem takie podejście może w sposób minimalny zapewnić, iż wykonawcy w sposób świadomy złożą ofertę, którą następnie Zamawiający będzie miał możliwość rzetelnie zweryfikować. **Wobec tego wnoszę o zmianę wzoru załącznika stanowiącego formularz poprzez dodanie kolumny z parametrami oferowanymi poprzez ich konkretne wskazanie.**

VII. Ocena prawna

Zasadniczy zarzut wspólny dla kwestionowanych w odwołaniu punktów OPZ polega na tym, iż Zamawiający wbrew logice i rekomendacjom wydanym m.in. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych skupił się na określeniu parametrów technicznych urządzeń, na poziomie którego albo nigdy nie wykorzysta, albo jego określanie jest zbędne z uwagi na inne wymogi związane z funkcjonalnością, a więc celem tej macierzy. Parametryzacja, która ma na celu preferowanie jednego rozwiązania zamiast, czy obok wymogów funkcjonalnych stanowi przejaw naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Zgodnie z Rekomendacjami Prezesa UZP¹:

Problem opisywania wymagań funkcjonalnych i wymagań dotyczących zastosowania określonych technologii należy do najbardziej złożonych w kontekście zapewnienia konkurencyjności postępowania. Trudno w tym przypadku sformułować ogólne wnioski. Jest to jednak element decydujący o tym, czy opis przedmiotu zamówienia został sporządzony w sposób zapewniający uczciwą konkurencję. Sformułowanie wymagań odwołujących się do konkretnych rozwiązań technologicznych może ograniczyć konkurencję równie istotnie, jak posłużenie się znakiem towarowym.

W praktyce udzielania zamówień związanych z IT mogą zdarzać się przypadki, gdy zamawiający na etapie tworzenia SWZ nie jest w stanie wskazać nawet zamawianych funkcjonalności. Ma to miejsce w przypadku, gdy funkcjonalność ta zależy od okoliczności przyszłych, niezależnych od zamawiającego, jak np. przyszłe zmiany prawa (zarówno krajowego, jak i unijnego), wprowadzenie zmian w organizacji zamawiającego, konieczność zmiany elementów infrastruktury wobec zaprzestania świadczenia wsparcia przez producentów. Jednak w niniejszej sytuacji mamy do czynienia ze sporządzeniem OPZ w sposób parametryzujący bez uzasadnienia, gdzie nie zachodzi sytuacja uzasadniająca ww. wyjątek. Zamawiający określa z jednej strony funkcjonalność poprzez określanie poziomu wydajności macierzy, a oprócz tego wskazuje szereg parametrów, które jedynie wskazują na konkretne rozwiązania bez żadnego uzasadnienia.

Na zasadę sporządzania OPZ za pomocą funkcjonalności a nie parametryzacji zawsze gdy jest to możliwe powołuje się Prezes UZ w rekomendacjach²:

Podstawową zasadą opisu przedmiotu zamówienia na dostawę urządzeń komputerowych powinno być specyfikowanie właściwości użytkowych urządzeń, a nie ich szczegółowych parametrów konstrukcyjnych, przy czym zbiór wymaganych parametrów użytkowych winien wynikać ze specyfiki dziedziny zastosowań, dla której urządzenia komputerowe są zamawiane. 8

Potrzeby zamawiającego są bowiem wyznaczone nie rozwiązaniami technicznymi zawartymi w zamawianym sprzęcie, lecz atrybutami określającymi przydatność urządzenia komputerowego do realizacji zadań zamawiającego, czyli poprzez właściwości użytkowe tego urządzenia. Te zaś wyznaczone są przede wszystkim:

- *wydajnością urządzenia komputerowego popartą przeprowadzonym testem;*
- *ergonomią pracy;*
- *zgodnością urządzenia komputerowego z oprogramowaniem wykorzystywanym przez zamawiającego;*
- *cyklem życia produktu, w tym okresem dostępności podzespołów do napraw;*
- *jakością procesu wytwarzania, decydującą o trwałości i niezawodności sprzętu na podstawie odpowiednich norm;*
- *warunkami gwarancji świadczonej przez producenta.*

¹ Rekomendacje Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie OPZ i przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na systemy informatyczne

² Rekomendacje Prezesa UZP „Udzielanie zamówień publicznych na dostawę zestawów komputerowych” s. 7 i 8

Pomimo, iż Rekomendacje zostały opracowane w związku z najczęściej zamawianymi zestawami komputerowymi, są również, a może tym bardziej aktualne w zakresie bardziej skomplikowanych urządzeń jakimi są macierze. Z tego powodu w ocenie Odwołującego wystarczające byłoby określenie wydajności macierzy w sposób wynikający z żądań Odwołującego. Wskazywanie parametrów, a więc konkretnej drogi osiągnięcia tej wydajności w sposób określony obecnie w OPZ determinuje konieczność zaoferowania konkretnej macierzy, co nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego.

Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp 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. Dla wykazania powyższego stanu rzeczy wystarczające jest uprawdopodobnienie możliwości wystąpienia zakłócenia uczciwej konkurencji, a nie jej udowodnienie. Już sama potencjalna możliwość wystąpienia sytuacji utrudnienia uczciwej konkurencji może uzasadniać stwierdzenie naruszenia ww. przepisu (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 września 2021 r., KIO 2130/21). Podstawowym celem zamówień publicznych jest zaspokajanie uzasadnionych potrzeb zamawiającego, a w znaczącej części postępowań również pośrednio zaspokajanie potrzeb szerszej zbiorowości. Zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych mają sprzyjać temu, aby te potrzeby były zaspokojone w jak najwyższym stopniu, czemu sprzyja uczciwe konkurowanie wykonawców o zamówienie. Wskazany cel zamówień publicznych nie jest więc spełniony wtedy, gdy zamawiający dopuszcza złożenie oferty z każdym produktem rodzajowo podobnym do opisanego przez siebie w SWZ, aby umożliwić udział w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym w danym obszarze rynku. Jednak powinnością zamawiającego jest udowodnienie, że nieuchronne ograniczenie konkurencji, wynikające z precyzyjnego opisu swoich wymagań, jest uzasadnione (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 września 2021 r. KIO 2074/21).

Zamawiający winien w pierwszej kolejności dokonywać Opisu Przedmiotu Zamówienia poprzez wskazanie efektu/funkcjonalności, które chciałby osiągnąć (bez ograniczania konkurencji poprzez wskazywania konkretnych parametrów).

Istotą zamówień publicznych jest stworzenie transparentnego, jasnego i przejrzystego modelu gospodarowania środkami publicznymi. Zamawiający w ramach zamówień publicznych nie rozporządzają własnym mieniem, wedle własnych osobistych preferencji czy powiązań, ale mieniem publicznym. Ustawodawca wyraźnie wskazuje, iż takie dysponowanie mieniem publicznymi, środkami publicznymi powinno mieć na celu dążenie do uzyskania zamówienia reprezentującego najlepszy możliwy stosunek jakości do ceny z perspektywy zaspokojenia potrzeb leżących w interesie publicznym. Konieczne jest przy tym zapewnienie, aby przy zaspokajaniu owych potrzeb publicznych zachowana była zasada wolności gospodarczej i możliwości dostępu do wykonywania zadań publicznych na niedyskryminacyjnych warunkach przez przedsiębiorców działających na rynku. Nie ulega również wątpliwości, że zamawiający może dopasować zamówienie do swoich obiektywnych potrzeb, ale te obiektywne potrzeby czy

wymagania nie mogą sprowadzać się do określenia parametrów, które wskazują na jeden konkretny produkt. Takie działanie wypaczałoby istotę postępowania przetargowego, a więc konkurencji wykonawców na rynku (wyrok KIO 1527/22 z dnia 23.06.2023 r.)

Podsumowując rozważania, należy wskazać za orzecznictwem, że każde z wymagań zamawiającego w większym lub mniejszym stopniu ogranicza konkurencję, jednak tak długo, jak wymagania te są podyktowane obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a ich celem nie jest jedynie zawężenie kręgu wykonawców mogących je wykonać, zamawiający jest uprawniony do ich sformułowania. Pogląd ten ukształtowany został w orzecznictwie Izby na gruncie art. 29 ust. 1 i 2 dawnego Pzp, jest dobrze ugruntowany w orzecznictwie i zachowuje aktualność pod rządami art. 99 Pzp (przykładowo wyroki w sprawach KIO 802/20, KIO 1592/20, KIO 1873/20, KIO 2041/20, KIO 71/21, KIO 350/21). W niniejszym postępowaniu zaś Zamawiający nie ma uzasadnionych potrzeb dla wymagań wskazanych wyżej, a co za tym idzie sporządzenie OPZ i opisu kryteriów oceny ofert było niezgodne z przepisami ustawy Pzp.

Brak zasadności działania Zamawiającego i niezgodność z zasadą efektywności wzmacnia jeszcze określenie kryteriów oceny również możliwych do spełnienia wyłącznie przez urządzenia Huawei.

Na marginesie jedynie należy wskazać, że ograniczanie przedmiotu zamówienia do urządzeń chińskich, z których rezygnuje się na rynkach światowych z powodów bezpieczeństwa stanowi zupełnie nie zrozumiałe działanie. Przykładowo wedle przepisów przyjętych przez kongres USA zwanych National Defense Authorization Act zakazano dostaw urządzeń pochodzących m.in. od tego producenta. Tymczasem, Zamawiający w niniejszym postępowaniu wręcz wskazuje na konieczność dostarczenia tych konkretnych urządzeń, których zasadniczym celem jest bezpieczne przetwarzanie danych.

Wobec powyższego wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie zmianę treści SWZ jak wyżej.

Załączniki:

1. Odpis KRS
2. Pełnomocnictwo
3. Wpis
4. Opłata skarbową