



Warszawa, dnia 02 grudnia 2019 r.

Prezes

Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Odwołujący:

BCODERS Spółka Akcyjna

ul. Owczarska 7, 01-351 Warszawa

Imię i nazwisko przedstawiciela:

r. pr. Damian Budzis, Kancelaria Radcy Prawnego Dariusz Ziemiński & Partnerzy

fax. 22 832 36 86; tel. 664 118 806, e-mail: dbudzis@kzp.net.pl

Zamawiający:

Uniwersytet Zielonogórski

ul. Licealna 9, 65-417 Zielona Góra

e-mail: bzp@uz.zgora.pl

ODWOŁANIE

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa sprzętu komputerowego oraz oprogramowania”, znak sprawy:

RA-Z-47/2019 (dalej: „Postępowanie”)

1. Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”), w imieniu wykonawcy **BCODERS Spółka Akcyjna** (dalej: „Odwołujący”), wnoszę odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).
2. Przedmiotem zamówienia jest dostawa sprzętu komputerowego oraz oprogramowania. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w załącznikach nr 1 do niniejszej

Specyfikacji Istotnych warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”, „Specyfikacja” lub „Specyfikacja Istotnych warunków Zamówienia”) – „Formularz Cenowo-Techniczny”.

3. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz.U.U.E w dniu 20 listopada 2019 r. pod numerem **2019/S 224-548962**.

Zamawiający w dniu 20 listopada 2019 r. zamieścił SIWZ na stronie internetowej pod adresem: <http://www.adm.uz.zgora.pl/przetarg/1244/>

4. Odwołujący stawia następujące zarzuty wobec czynności Zamawiającego i postanowień SIWZ zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

5. Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a) zmienił postanowienia SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
- b) dokonaną zmianę SIWZ przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ, oraz zamieścił zmianę SIWZ także na stronie internetowej na której SIWZ jest udostępniana,
- c) przedłużył termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach, zgodnie z art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp,
- d) ponieważ zmiana treści SIWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu - przekazał Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie.

6. Odwołujący wskazuje, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. Jednak w sytuacji, gdy postanowienia SIWZ zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą Pzp, w szczególności gdy Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, Odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty spełniającej jednocześnie wszystkie wymagania SIWZ. Kwestionowane w odwołaniu postanowienia SIWZ pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach.

Powyższe niezbicie dowodzi istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to prawidłowo sformułowałby postanowienia SIWZ, w szczególności co do opisu przedmiotu zamówienia, faktycznie umożliwiając Odwołującemu złożenie oferty spełniającej wszystkie wymagania SIWZ. Tym samym oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez wskazane powyżej czynności Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia. Zamawiający doprowadził bowiem do sytuacji, w której Odwołujący nie jest w stanie złożyć prawidłowej oferty, spełniającej wszystkie wymagania SIWZ. W rezultacie Odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*).

Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

8. Zamawiający zamieścił treść SIWZ na swojej stronie internetowej w dniu 20 listopada 2019 r. Niniejsze odwołanie wnoszone jest w dniu 02 grudnia 2019 r., a zatem z zachowaniem ustawowego dziesięciodniowego terminu, określonego w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, mając na uwadze, iż upływ terminu na złożenia odwołania przypadał na sobotę 30 listopada 2019 r.

Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp kopia niniejszego odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

UZASADNIENIE

I. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, stwierdzić należy co następuje.

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału I pkt 2 i 3 SIWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w załącznikach nr 1 do niniejszej Specyfikacji Istotnych warunków

Zamówienia (dalej „SIWZ”, „Specyfikacja” lub „Specyfikacja Istotnych warunków Zamówienia”) – „Formularz Cenowo-Techniczny”. Ponadto przedmiot zamówienia został podzielony na 10 Części. Zamawiający uszczegółowił przy tym, że postanowienia zawarte w Specyfikacji odnoszą się odpowiednio do każdej części zamówienia, chyba że z treści Specyfikacji będzie wynikało odrębne postanowienie dotyczące danej części.

Dokonana przez Odwołującego analiza postanowień SIWZ wskazuje, iż przedmiot zamówienia w kilku miejscach, został opisany niezgodnie z powołanymi w *petitum* odwołania przepisami ustawy Pzp i uniemożliwia skuteczne złożenie oferty w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego w zakresie podnoszonym w uzasadnieniu odwołania wymagania są charakterystyczne dla jednego producenta tj. firmy Huawei, co eliminuje sprzęt innych producentów, w tym także światowych potentatów w tej dziedzinie.

Generalnie opis przedmiotu zamówienia w zaskarżonym poniżej zakresie został tak przygotowany, że jedynymi produktami, które spełniają wszystkie wymagania są konkretne modele produkowane przez firmę Huawei/ Wykonawca, który chciałby zaoferować sprzęt innych producentów, w tym także światowych potentatów w tej dziedzinie, będzie narażony na złożenie oferty o treści niezgodnej z treścią SIWZ, gdyż każdy z producentów innych niż Huawei, zawsze spełni jednego albo kilku z postawionych przez Zamawiającego wymagań.

W tym miejscu Odwołujący wskazuje na następujące postanowienia SIWZ, które w jego ocenie świadczą o dokonaniu przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję w części 1 Postępowania.

A. Serwer z powierzchnią dyskową

W ocenie Odwołującego łącznie wszystkie wymagania wskazane w części 1 Postępowania wskazują na serwer Huawei 1288H5. Odwołujący poniżej odnosi się do wszystkich postanowień naruszających zasadę uczciwej konkurencji:

I.

Wymaganie wskazane w punkcie 3.I.7. Załącznika nr 1.1 do SIWZ:

„*Minimum trzy funkcjonujące sloty PCI-E generacji 3.0 w tym 2 bus bandwidth x16 HH i 1 bus bandwidth x8 FH.*” jest postanowieniem naruszającym uczciwą konkurencję, które w powiązaniu z innymi postanowieniami wskazanego Załącznika nr 1.1. powodują niemożliwość zaoferowania serwera innego, niż wskazany serwer firmy Huawei. W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą Odwołujący wykaże, że ten konkretny zapis w powiązaniu z pozostałymi wymaganiami ogranicza uczciwą konkurencję.

Mając na uwadze powyższe wnosimy o zmianę treści pkt 3.I.7 Załącznika nr 1.1. do SIWZ poprzez nadanie mu brzmienia:

„Minimum trzy funkcjonujące sloty PCI-E x16 HH tzw. Low-profile”

II.

Wymaganie wskazane w punkcie II.2.3. Załącznika nr 1.1 do SIWZ – Kontrolery dyskowe: *„Możliwość rozbudowy do min. 4 kontrolerów. Obie metody Scale-up i Scale-out są dopuszczalne.”* jest postanowieniem naruszającym uczciwą konkurencję, które w powiązaniu z innymi postanowieniami wskazanego Załącznika nr 1.1. powodują niemożliwość zaoferowania serwera innego, niż wskazany serwer firmy Huawei. W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą Odwołujący wykaże, że ten konkretny zapis w powiązaniu z pozostałymi wymaganiami ogranicza uczciwą konkurencję. Zamawiający wymaga stosunkowo niewielkiej konfiguracji macierzy (mniej niż 24 dyski w 2U) nieuzasadnionym jest więc wymaganie aby rozwiązanie skalowało się do 4 kontrolerów. Wskazany zapis ma zatem na celu ograniczenie konkurencji w Postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe wnosimy o wykreślenie wymagania II.2.3 *„Możliwość rozbudowy do min. 4 kontrolerów. Obie metody Scale-up i Scale-out są dopuszczalne”*.

III.

Ponadto wskazać należy na wymaganie wskazane w punkcie II.8. Załącznika nr 1.1 do SIWZ: *„Kontrolery wyposażone w funkcjonalność konfiguracji poziomów RAID: RAID 0, RAID 1, RAID 10, RAID 5, RAID 6. Zabezpieczenia RAID realizowane za pomocą sprzętowego, dedykowanego układu.”* jest postanowieniem naruszającym uczciwą konkurencję, które w powiązaniu z innymi postanowieniami wskazanego Załącznika nr 1.1. powodują niemożliwość zaoferowania serwera innego, niż wskazany serwer firmy Huawei. W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą Odwołujący wykaże, że ten konkretny zapis w powiązaniu z pozostałymi wymaganiami ogranicza uczciwą konkurencję. RAID 0 nie oferuje żadnego bezpieczeństwa danych w przypadku awarii dysku w związku z powyższym nie ma zastosowania produkcyjnego.

Mając na uwadze powyższe wnosimy o zmianę treści pkt II.8 Załącznika nr 1.1. do SIWZ poprzez nadanie mu brzmienia:

„Kontrolery wyposażone w funkcjonalność konfiguracji poziomów RAID: RAID 1, RAID 10, RAID 5, RAID 6. Zabezpieczenia RAID realizowane za pomocą sprzętowego, dedykowanego układu.”

IV.

Jednocześnie Odwołujący zwraca uwagę na wymaganie wskazane w punkcie II.13 Załącznika nr 1.1 do SIWZ:

„System musi umożliwiać określanie minimalnej, maksymalnej wydajności konkretnego woluminu logicznego poprzez zdefiniowanie parametrów IOPS oraz przepustowości w MB/s. (ang. Quality of Service).” jest postanowieniem naruszającym uczciwą konkurencję, które w powiązaniu z innymi postanowieniami wskazanego Załącznika nr 1.1. powodują niemożliwość zaoferowania serwera innego, niż wskazany serwer firmy Huawei. W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą Odwołujący wykaże, że ten konkretny zapis w powiązaniu z pozostałymi wymaganiami ogranicza uczciwą konkurencję.

Mając na uwadze powyższe wnosimy o zmianę treści pkt 2.7 Załącznika nr 1.1. do SIWZ poprzez nadanie mu brzmienia:

„System musi umożliwiać określanie maksymalnej wydajności konkretnego woluminu logicznego poprzez zdefiniowanie parametrów IOPS oraz przepustowości w MB/s. (ang. Quality of Service).”

V.

Wymaganie wskazane w punkcie II.13 Załącznika nr 1.1 do SIWZ:

„System musi umożliwiać partycjonowanie oraz alokowanie określonej przestrzeni pamięci Cache na żądanie (ang. Cache Partitioning).” jest postanowieniem naruszającym uczciwą konkurencję, które w powiązaniu z innymi postanowieniami wskazanego Załącznika nr 1.1. powodują niemożliwość zaoferowania serwera innego, niż wskazany serwer firmy Huawei. Partycjonowanie cache jest mechanizmem który pozwala na osiągnięcie zakładanych poziomów SLA dla aplikacji w dostępie do macierzy. Czyli jest alternatywą do mechanizmu QoS wymaganego w punkcie II.13. W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą Odwołujący wykaże, że ten konkretny zapis w powiązaniu z pozostałymi wymaganiami ogranicza uczciwą konkurencję.

Mając na uwadze powyższe wnosimy o wykreślenie wymagania II.13 Załącznika nr 1.1 do SIWZ: *„System musi umożliwiać partycjonowanie oraz alokowanie określonej przestrzeni pamięci Cache na żądanie (ang. Cache Partitioning).”*

VI.

Wymaganie wskazane w punkcie II.16 Załącznika nr 1.1 do SIWZ:

„Wymagana funkcjonalność umożliwiająca zastosowanie mechanizmów synchronizacji danych między dwiema macierzami dyskowymi tego samego producenta (ang. Metro Cluster). Wymagana jest możliwość zrealizowania klastrowania zaoferowanych macierzy.” jest postanowieniem naruszającym uczciwą konkurencję, które w powiązaniu z innymi postanowieniami wskazanego Załącznika nr 1.1. powodują niemożliwość zaoferowania serwera innego, niż wskazany serwer firmy Huawei. Zamawiający wymaga dostarczenia jednej macierzy stąd nieuzasadnionym jest wymaganie zapewnienia synchronizacji danych między dwiema macierzami w trybie metro. W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą Odwołujący wykaże, że ten konkretny zapis w powiązaniu z pozostałymi wymaganiami ogranicza uczciwą konkurencję.

Mając na uwadze powyższe wnosimy o wykreślenie wymagania II.16 Załącznika nr 1.1 do SIWZ: „Wymagana funkcjonalność umożliwiająca zastosowanie mechanizmów synchronizacji danych między dwiema macierzami dyskowymi tego samego producenta (ang. Metro Cluster). Wymagana jest możliwość zrealizowania klastrowania zaoferowanych macierzy.”.

B. Serwer

W ocenie Odwołującego łącznie wszystkie wymagania wskazane w części 1 Postępowania wskazują na serwer Huawei 1288H5. W szczególności wskazać należy na wymaganie wskazane w punkcie 2.7. Załącznika nr 1.1 do SIWZ:

„*Minimum trzy funkcjonujące sloty PCI-E generacji 3.0 w tym 2 bus bandwidth x16 HH i 1 bus bandwidth x8 FH.*” jest postanowieniem naruszającym uczciwą konkurencję, które w powiązaniu z innymi postanowieniami wskazanego Załącznika nr 1.1. powodują niemożliwość zaoferowania serwera innego, niż wskazany serwer firmy Huawei. W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą Odwołujący wykaże, że ten konkretny zapis w powiązaniu z pozostałymi wymaganiami ogranicza uczciwą konkurencję.

Mając na uwadze powyższe wnosimy o zmianę treści pkt 2.7 Załącznika nr 1.1. do SIWZ poprzez nadanie mu brzmienia:

„Minimum trzy funkcjonujące sloty PCI-E x16 HH tzw. Low-profile”

W odniesieniu do wszystkich zakwestionowanych postanowień Odwołujący wskazuje, że wedle utrwalonego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia, względnie stawia wybranych wykonawców w uprzywilejowanej sytuacji wobec pozostałych.

Odwołujący pragnie wskazać za wyrokiem KIO z dnia 8 sierpnia 2012 r., sygn. akt: KIO 1549/12, że: „(…) *opisanie przedmiotu zamówienia należy do kluczowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie tylko uprawnień, ale i obowiązków zamawiającego. Ramy, w których zamawiający powinien poruszać się opisując przedmiot zamówienia w siwz, wyznaczone zostały w szczególności w art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 Pzp. Zatem zamawiający definiując przedmiot zamówienia powinien go opisać z zachowaniem wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zakazane jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 Pzp).*” W ocenie Odwołującego w niniejszym postępowaniu Zamawiający bez wątpienia nie uczynił zadość obowiązkowi wynikającemu z ww. przepisów.

Biorąc pod uwagę przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym przedmiot zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., II Ca 693/05). Zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które by wskazywały na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę. Z powołanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wynika jednoznacznie, iż przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób neutralny i nie utrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, oraz wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05).

Wprowadzenie do treści SIWZ kwestionowanych powyżej wymagań nie jest przy tym podyktowane uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego a wyłącznie chęcią maksymalnego ograniczenia konkurencji. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest na tyle

rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia.

W ocenie Odwołującego istotne jest aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Mając na uwadze argumenty przedstawione w niniejszym odwołaniu należy stwierdzić, że Zamawiający dopuścił się wszystkich wskazanych powyżej naruszeń formułując postanowienia SIWZ w sposób kwestionowany w odwołaniu. Zatem uznać należy, że odwołanie jest w pełni uzasadnione, a zarzuty określone w jego *petitum* zasługują na uwzględnienie.

r.pr. Damian Budzis

Załączniki:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości,
- 2) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
- 3) odpis z KRS dla Odwołującego,
- 4) pełnomocnictwo do wniesienia odwołania.