

Warszawa 15.04.2024 r.

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

**Odwołujący:**

STUDIOTECH POLAND Sp. z o.o.  
ul. Bażancja 53, 02-892, Warszawa  
KRS 0000094831, REGON 011224892, NIP 5221024970  
tel.+48 22 644 10 25  
email: studiotech@studiotech.pl

**Zamawiający:**

**Skarb Państwa PGL LP -  
Zakład Informatyki Lasów Państwowych  
im. Stanisława Kostki Wiśnińskiego**

Sękocin Stary, ul. Leśników 21C, 05-090 Raszyn  
tel.: +48 22 270-71-00 fax: + 48 22 468 09 51  
NIP: 728-251-13-00  
adres strony internetowej prowadzonego postępowania:  
<https://platformazakupowa.pl/transakcja/887987>

email: zamowienia@zilp.lasy.gov.pl

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: **„Dostawa macierzy dyskowej wraz fizyczną instalacją i uruchomieniem w infrastrukturze PGL LP” ZNAK SPRAWY: DZ.270.173.2023**

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w DzUUE:

Numer publikacji ogłoszenia: 139167-2024

Numer wydania Dz.U. S: 48/2024

Data publikacji: 07/03/2024

Wartość zamówienia powyżej progów unijnych

**ODWOŁANIE**

Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1, art. 514 ust. 1, art. 515 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. roku - Prawo zamówień

publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.)

niniejszym wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na doprecyzowaniu Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”) wskutek udzielonych wyjaśnień OPZ czynnością z dnia 08.04.2024 (odpowieź na pytanie nr 5 – opublikowane w dniu 09.04.2024)

i wprowadzeniu wskutek tych wyjaśnień ograniczenia konkurencyjności postępowania, poprzez dodanie wymogu aby redundantne kontrolery (2 kontrolery pracujące w trybie Active-Active) nie mogły pracować w trybie Active-Active ALUA (Asymmetric Logical Unit Access), w których dostęp do zasobu dyskowego odbywa się w trybie asymetrycznym,

z naruszeniem następujących przepisów i zasad udzielania zamówień publicznych:

- **naruszenie art. 16 pkt 1 i 3 Pzp** tj. obowiązku przygotowania Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób proporcjonalny,
- **naruszenie art. 17 ust 1 oraz 2 Pzp** poprzez zastosowanie w postępowaniu wymagań, objętych zarzutami odwołania, nie zapewniających najlepszej jakości dostaw, uzasadnionej charakterem zamówienia i nie prowadzących do uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów,
- **naruszenie art. 99 ust 2 Pzp** poprzez sporządzenie SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję, poprzez taki dobór wymagań objętych zakresem zaskarżenia, które stanowią nieuzasadnioną barierę w dostępie do postępowania przy jednoczesnym braku uzasadnienia obiektywnymi przyczynami wprowadzenia takich ograniczeń,

o czym Odwołujący dowiedział się z udostępnionej przez Zamawiającego w dniu **09.04.2024r.** modyfikacji SWZ w zakresie objętym zarzutami odwołania.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty na podstawie **art. 554 ust. 1 i 3 Pzp wnoszę o:**

- merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego Odwołania,
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,

a także o

- anulowanie wprowadzonego wyjaśnieniem SWZ z dnia 09.04.2024r., dodatkowego wymogu, polegającego na tym, aby redundantne kontrolery (2 kontrolery pracujące w trybie Active-Active) musiały pracować w symetrycznym trybie Active-Active, dopuszczając tryb ALUA (Asymmetric Logical Unit Access).

Na dzień wniesienia odwołania przez Odwołującego wyznaczony termin składania ofert upływa w dniu 16.04.2024, godz. 9.00.

W przypadku gdyby Zamawiający nie dokonał modyfikacji terminu składania ofert w postępowaniu celem umożliwienia rozpoznania zarzutów odwołania przez Izbę przed terminem złożenia ofert – Odwołujący wnosi przy uwzględnieniu odwołania o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania, wobec braku w takim przypadku możliwości nakazania Zamawiającemu dokonania zmiany udzielonych wyjaśnień modyfikujących wymagania OPZ po upływie terminu złożenia ofert, w sytuacji gdy stwierdzone naruszenie Pzp ma wpływ na wynik postępowania, bowiem dotyczy opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

### **Termin na wniesienie odwołania.**

Zamawiający opublikował kwestionowane odwołaniem wyjaśnienie SWZ w dniu **09.04.2024r.** (pismo z dnia 08.04.2024 opublikowane w dniu 09.04.2024) wobec czego termin określony w Pzp dla wniesienia odwołania został zachowany. Odwołujący spełnił pierwotne wymagania OPZ (możliwe było oferowanie rozwiązań Active/Active zarówno asymetrycznych jak i symetrycznych), jednak wskutek udzielonych wyjaśnień Zamawiający dokonał ograniczenia rozwiązań jakie mogą być oferowane wyłącznie do trybu symetrycznego Active/Active.

### **Interes prawny we wniesieniu odwołania.**

Odwołujący posiada interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany uczestnictwem w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i uzyskaniem przedmiotowego zamówienia.

W sytuacji, gdy treść SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia została sformułowana w sposób sprzeczny z ustawą Pzp, w szczególności, gdy Zamawiający wadliwie sformułował dodatkowe kwestionowane wymagania opisu przedmiotu zamówienia, Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia, pomimo, że przed modyfikacją posiadał możliwość skutecznego ubiegania się o zamówienie.

Kwestionowane w odwołaniu postanowienia SWZ pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach. Powyższe dowodzi istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący potwierdza, że spełnia wszystkie podmiotowe warunki udziału w postępowaniu, a macierze jakie zamierza zaoferować w przetargu spełniają wszystkie wymagania SWZ poza objętymi zarzutami odwołania i wprowadzonymi w wyniku wyjaśnień.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę, bowiem gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, tj. prawidłowo sformułował treść SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, możliwe byłoby złożenie przez Odwołującego oferty i realne konkurowanie.

Podkreślenia wymaga także, że zgodnie z art. 505 ust 1 Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Wskazać wreszcie należy, że zgodnie z art. 7 pkt 30 Pzp status wykonawcy przysługuje w szczególności osobie prawnej, która oferuje na rynku dostawę produktów.

W konsekwencji, nie budzi wątpliwości, że interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym Postępowaniu doznał więc uszczerbku, tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z możliwości realizacji umowy zawartej z Zamawiającym. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wskazuje nadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie ma wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

## **UZASADNIENIE**

### **1. Przedmiot zamówienia.**

Przedmiotem zamówienia jest, zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SWZ \_ OPZ, dostawa macierzy dyskowej wraz fizyczną instalacją i uruchomieniem (tzw. „ślepe uruchomienie”) w infrastrukturze PGL LP oraz zapewnieniem 60 miesięcznego wsparcia producenta w ramach udzielonej gwarancji - dodatkowo Wykonawca w ramach realizacji przedmiotu zamówienia będzie świadczył przez okres 48 miesięcy wsparcie powdrożeniowe w zakresie dostarczonego produktu i wdrożonego rozwiązania oraz przeprowadzi szkolenie w zakresie obsługi macierzy.

Wymagania dotyczące oferowanych produktów i usług są przedstawione w kolejnych sekcjach Załącznika.

### **2. Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia.**

#### **2.1 Zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia**

Zgodnie z art. 16 ust. 1 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wskazany przepis służy realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego dostępu do zamówienia i równego traktowania wykonawców. Naruszenie zasady wynikającej z art. 16 ust.1 Pzp może mieć charakter bezpośredni (jeśli Zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt).

Aktualny opis zamówienia po wyjaśnieniach i odpowiedzi na pytanie nr 5 został dokonany, w ocenie Odwołującego, z naruszeniem zasad opisu przedmiotu zamówienia o których mowa w art. 16 pkt 1 i 3 Pzp. Opis przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie art. 99 ust 2 Pzp poprzez sporządzenie SWZ w sposób utrudniający i ograniczający uczciwą konkurencję.

Powyższe zasady dokonywania opisu zamówienia odnajdują podstawy w europejskim porządku prawnym, w szczególności Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, z późn. zm.) Aktualnie obowiązująca tzw. Dyrektywa klasyczna akcentuje w sposób szczególny obowiązki podmiotu zamawiającego w aspekcie zagwarantowania konkurencyjności – vide motyw 74 Preambuły Dyrektywy 2014/24, wskazujący:

*(74) Specyfikacje techniczne sporządzane przez publicznych nabywców muszą umożliwić otwarcie zamówień publicznych na konkurencję oraz realizację celów w zakresie zrównoważonego rozwoju. W tym celu należy umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych, norm i specyfikacji technicznych na rynku, w tym ofert opracowanych na podstawie kryteriów wykonania związanych z cyklem życia procesu produkcji robót budowlanych, dostaw i usług oraz ich zgodności z zasadą zrównoważonego rozwoju.*

*W związku z powyższym specyfikacje techniczne powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę. Opracowanie specyfikacji technicznych pod względem wymagań wydajnościowych i funkcjonalnych zasadniczo umożliwia optymalne osiągnięcie tego celu. Wymagania funkcjonalne i odnoszące się do wydajności są również odpowiednim środkiem sprzyjającym innowacji w zamówieniach publicznych i powinny być stosowane jak najszerszej.*

Zgodnie z art. 42 ust 2 Dyrektywy odnoszącym się do wymagań w zakresie specyfikacji technicznych (opisy przedmiotu zamówienia w nomenklaturze dyrektywnej) - specyfikacje techniczne zapewniają równy dostęp wykonawców do postępowania o udzielenie zamówienia i nie tworzą nieuzasadnionych przeszkód dla otwarcia zamówienia publicznego na konkurencję.

W odniesieniu do kwestii zawężania kręgu wykonawców poprzez nieadekwatny opis przedmiotu zamówienia, KIO stoi na stanowisku, że "niedopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, które ogranicza możliwość złożenia ofert, a które nie jest konieczne dla zaspokojenia racjonalnych i obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia w sposób eliminujący funkcjonujące na rynku rozwiązania, musi więc być w stanie przedstawić racjonalne i przekonujące wyjaśnienie takiego działania." – tak wyrok KIO z dnia 14 lipca 2020 roku, sygn. akt: KIO 1066/20; wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2020 roku, sygn. akt: KIO 802/20.

Izba wskazuje, tak przykładowo wyrok z dnia 8 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 71/21, iż ocena czy dane wymaganie znajduje uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego powinna być dokonana z uwzględnieniem rzeczywistego wpływu na efektywność pracy urzędnika oraz jego eksploatację, czy też wydajność. Jak wskazuje orzeczenie:

*Z całą mocą podkreślić jednak należy, iż w przypadku sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób eliminujący funkcjonujące na rynku rozwiązania, po stronie zamawiającego będzie istniał obowiązek przedstawienia rzeczowych i przekonujących argumentów uzasadniających takie działanie.*

Jak podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej tak uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 marca 2021 r., sygn. akt KIO/KD 5/21.:

*Warunkiem jednak prawidłowego przeprowadzenia postępowania jest wyeliminowanie sytuacji, w których dokonuje się opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający udział w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego.*

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byliby w stanie wykonać dane zamówienie - tak np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1534/18.

Także aktualny Komentarz do ustawy Pzp Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie art. 99 ust 4 Pzp podkreśla, że:

*Dyrektywa klasyczna w motywie 74 preambuły dostrzega tę okoliczność, stwierdzając, że niedopuszczalne jest zawężenie, które ma charakter „sztuczny”, tzn. faworyzuje (lub dyskryminuje) określonego wykonawcę lub produkt. Niedopuszczalne jest zatem w świetle art. 99 ust. 4 Pzp zaburzenie konkurencji pomiędzy wykonawcami, mające swoją genezę w przygotowanym opisie przedmiotu zamówienia, polegające albo na preferencji w opisie konkretnego wykonawcy lub produktu, albo na niemającym uzasadnienia wyeliminowaniu wykonawcy lub produktu. Poprzez niedopuszczalne preferowanie należy rozumieć wszystkie zabiegi, przy użyciu dowolnych sposobów opisu przedmiotu zamówienia, które w sposób nieuzasadniony preferują lub wprost wskazują na konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt. Skutkiem takiego zapisu jest niemożność złożenia oferty zgodnej z tak sformułowanym opisem przedmiotu zamówienia przez wykonawcę innego niż preferowany lub zaproponowania innego niż preferowany produkt. Zapisami eliminującymi określone produkty (i określonych wykonawców) będą zaś takie, które w sposób inny niż odpowiadający zobiektywizowanym i rzeczywistym potrzebom zakupowym zamawiającego związanym z realizacją przypisanych mu zadań, prowadzą do niemożności złożenia oferty przez określone grupy wykonawców (i zaproponowania określonych grup produktów). W przypadku wątpliwości co do prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia weryfikowaniu poddane zostanie, na ile określony zapis w opisie przedmiotu zamówienia, który preferuje lub eliminuje wykonawcę, jest zamawiającemu niezbędny dla zrealizowania rzeczywistych potrzeb zakupowych związanych z realizacją przypisanych mu zadań. W przypadku gdy konkretny opis przedmiotu zamówienia faworyzuje lub eliminuje wykonawcę lub produkt zapis należy rozpatrywać w kontekście zawężenia konkurencji w sposób sztuczny, a zatem nieuprawniony. TSUE pośrednio zwrócił na to uwagę, zalecając ostrożność przy dokonywaniu*

*drobiazgowego opisu przedmiotu zamówienia, stwierdzając, że im bardziej jest on szczegółowy, tym większe jest ryzyko, że wyroby danego producenta będą faworyzowane. Jedną z miar poprawności dokonania opisu przedmiotu jest zapewnienie zgodności stopnia szczegółowości z zasadą proporcjonalności, co wymaga w szczególności zbadania, czy ten stopień szczegółowości jest niezbędny do osiągnięcia zamierzonych celów.*

Analogicznie - sygn. akt: KIO/KD 12/22 uchwała KIO z dnia 16 marca 2022 r.

*Podkreślić również należy, że zamawiający zobowiązany jest ukształtować treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w taki sposób, aby otworzyć postępowanie na konkurencję i umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych dostępnych na danym rynku. Celem postępowania jest bowiem zaspokojenie konkretnych potrzeb zamawiającego, z pominięciem wszelkich nieobiektywnych wymagań. Zamawiający, określając przedmiot zamówienia, winien uwzględnić wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców oraz unikać wymagań stwarzających możliwość zaistnienia okoliczności utrudnienia uczciwej konkurencji.*

Należy przy tym pamiętać o obowiązkach Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego przed Izbą w zakresie zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia:

KIO 64/22, wyrok z dnia 28 stycznia 2022 r.

*Do zamawiającego stosuje się ten sam obowiązek dowodowy wykazania obiektywnych i rzeczywistych potrzeb uzasadniających ograniczenie konkurencji, jaki ma zastosowanie do wykonawcy w zakresie konieczności wykazania możliwości naruszenia konkurencji. Nie może być bowiem tak, iż na wykonawców nakłada się obowiązek realnego uprawdopodobnienia ograniczenia konkurencji poprzez przeprowadzenie częstokroć skomplikowanego i trudnego postępowania dowodowego w zakresie możliwości naruszenia konkurencji, zaś zamawiający uzasadniając takie ograniczenia opierają się na ogólnych i gołosłownych oświadczeniach o realizacji bliżej nieokreślonych potrzeb jednostek publicznych. Należy podkreślić, że takie obiektywne potrzeby publiczne muszą być po pierwsze skonkretyzowane, a po drugie zamawiający winien wykazać, że ich realizacja może nastąpić wyłącznie drogą ograniczenia konkurencji na rynku.*

Tym samym Zamawiający powinien szczegółowo wykazać, iż istnieją obiektywnie uzasadnione okoliczności, ze względu na które zasadne jest uprzywilejowanie określonych produktów oraz wyeliminowanie innych (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2847/20).

Podkreślenia wymaga także, w kontekście naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych ew. argumentacja o możliwości ofertowania konkretnym asortymentem przez wielu wykonawców – trudno w takim przypadku mówić o zachowaniu zasady uczciwej i otwartej konkurencji. Tego rodzaju przypadki – tzw. quasi konkurencja – konkurencja w obrębie marki/produktu nie jest konkurencją o której mowa w przepisach Pzp.

Jak słusznie wskazuje KIO w uchwale z dnia 17 marca 2020 r. sygn. KIO/KD 14/20:

*W odniesieniu do wskazanego w Informacji naruszenia Pzp Prezes Urzędu ponownie wskazał, że sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z najistotniejszych czynności zamawiającego poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która determinuje cały przebieg postępowania o udzielenie zamówienia i może*

wywrzeć wpływ na jego wynik. Dlatego też, zamawiający winni dokonywać tej czynności z poszanowaniem zasady nakładającej obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ustawodawca stanął jednoznacznie na stanowisku, że zamawiający nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłby w wyżej wskazaną zasadę. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia może powodować oferowanie przez wykonawców produktów tylko i wyłącznie jednego producenta. W efekcie prowadzi to do powstania utomnego rynku kreowanego przez zamawiających, na którym rzeczywistą konkurencję zastępuje quasi - konkurencja między dostawcami tej samej technologii lub produktów tego samego producenta.

(...)

Skład orzekający podziela wyrażone w Informacji i odpowiedzi na zastrzeżenia stanowisko Kontrolującego w przedmiocie interpretacji art. 29 ust. 2 Pzp. Do obszernych wywodów tam przedstawionych dodać należy, że o braku naruszenia przywołanego przepisu nie świadczy li tylko fakt, że na rynku dostępnych jest kilka rodzajów urządzeń posiadających wymaganą przez zamawiającego właściwość, ani tym bardziej okoliczność, że co prawda wymagania określone w SIWZ spełnia wyłącznie jedno urządzenie, ale jest ono powszechnie dostępne, ergo każdy wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia może je zamawiającemu zaoferować. Zdaniem Izby decydujące znaczenie ma to, czy postawione przedmiotowi zamówienia wymaganie, które ogranicza konkurencyjność postępowania do możliwości zaoferowania jednego z kilku urządzeń, bądź tylko jednego konkretnego urządzenia, jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego. Innymi słowy można powiedzieć, że nawet w skrajnym przypadku sprowadzenia opisu przedmiotu zamówienia do możliwości zaoferowania jednego tylko wyrobu nie będzie to stanowić ograniczenia konkurencji, jeżeli takie oczekiwanie zamawiającego usprawiedliwione będzie okolicznościami sprawy.

tak również uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 października 2020 r. KIO/KD 47/20:

Należy również mieć na uwadze fakt, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1 ustawy z 17.12.2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U z 2021 r. poz. 289) jest w szczególności opisanie przedmiotu niezgodnie z przepisami o zamówienia publiczne, w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję, co aktualnie ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Ponadto wskazać należy, że zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

1) najlepszą jakość dostaw, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz

2) uzyskania 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. Innymi słowy, najlepsza jakość zamówienia w ramach posiadanego budżetu definiowana jest zarówno przez posiadany budżet jak i przez społeczną, środowiskową i gospodarczą użyteczność danego zamówienia.



Ponadto wskazać należy, że zasada efektywności o której mowa w art. 17 Pzp wyraża się w obowiązku udzielania zamówienia w sposób zapewniający zarówno najlepszą jakość przedmiotu zamówienia w stosunku do środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, jak i najlepszy stosunek nakładów do efektów, w tym efektów społecznych, środowiskowych i gospodarczych. Zasada odnosi się w szczególności do obowiązku dążenia przez zamawiającego do uzyskania jak najlepszych efektów udzielanego zamówienia - dotyczy uzyskania możliwie najkorzystniejszych efektów w następstwie udzielonego zamówienia w stosunku do nakładów finansowych, które będzie ponosił zamawiający. Bez wątpienia punktem odniesienia dla oceny realizacji zasady efektywności w postępowaniu będzie ocena wg koncepcji Value for Money (w skrócie VfM) .

Jak słusznie wskazuje Komentarz do ustawy Pzp pod red. H.Nowaka:

*W skrócie VfM jest opisywana jako równowaga kosztu, jakości oraz ilości. VfM jest kombinacją czterech elementów:*

- 1) ekonomicznego (kosztowego) w aspekcie kosztów własnych związanych z organizacją postępowań,*
- 2) ekonomicznego (kosztowego) w aspekcie ceny płaconej przez zamawiającego wykonawcy i innych kosztów ponoszonych przez zamawiającego związanych z realizacją zamówienia, w tym związanych z nabyciem, a następnie z użytkowaniem przedmiotu zamówienia,*
- 3) wydajności, inaczej produktywności działań podejmowanych w związku z prowadzeniem postępowania oraz realizacją przedmiotu zamówienia oraz*
- 4) efektywności rozumianej jako osiągnięcie pozytywnych, najlepszych z możliwych rezultatów ilościowych i jakościowych w ramach wcześniej założonych przez zamawiającego celów.*

*Celem tej koncepcji jest wybór takiej oferty, która przedstawia najbardziej optymalną relację ceny, kosztów cyklu życia i jakości oraz jej przydatności do osiągnięcia przez realizację zamówienia wcześniej założonych celów. W praktyce zamówień publicznych oznacza to w szczególności dążenie zamawiających do uzyskania możliwie najbardziej korzystnej relacji pomiędzy wartością (jakością) nabywanych przez zamawiającego dostaw, usług lub robót budowlanych a ceną płaconą za nie lub kosztem, jaki będzie powiązany z nimi i będzie ponoszony przez zamawiającego, lub – w szerszym kontekście – przez społeczeństwo.*

W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu, aktualny opis przedmiotu zamówienia, w kwestionowanym zakresie narusza w sposób oczywisty wskazane powyżej zasady udzielania zamówień publicznych.

Wymaganie kwestionowane odwołaniem w zasadniczy sposób ogranicza konkurencyjność postępowania bez merytorycznego uzasadnienia.

**Co więcej, SWZ w jej pierwotnym brzmieniu nie przewidywała dodatkowego ograniczenia dotyczącego konieczności zaoferowania rozwiązania, w którym kontrolery pracowałyby wyłącznie w trybie Active-Active Symmetric.**

Powyższe jasno dowodzi, że wymaganie to nie było dla Zamawiającego istotne i nie miało krytycznego znaczenia, bowiem **gdyby faktycznie tak miało być, już pierwotne brzmienie OPZ takie wymaganie i ograniczenie by zawierało.**

Odwołujący potwierdza, że pierwotny wymóg OPZ w postaci:

*„Redundantne kontrolery (2 kontrolery pracujące w trybie Active-Active)”*

- był wymaganie w pełni konkurencyjnym,
- uzasadnionym obiektywnymi względami technicznymi.
- gwarantującym uzyskanie wysokich parametrów wydajnościowych i bezpieczeństwa,
- zapewniającym możliwość uzyskania optymalnych kosztowo, a przy tym w pełni wydajnych i nowoczesnych rozwiązań.

## **2.2. Modyfikacja wymagań OPZ - wprowadzenie trybu pracy redundantnych kontrolerów pracujących w symetrycznym trybie Active-Active.**

W trakcie postępowania wpłynęło do Zamawiającego pytanie dotyczące SWZ, w szczególności odnoszące się do trybu pracy kontrolerów Active-Active – pytanie nr 5 z dnia 09.04.2024 r. w brzmieniu:

### **Pytanie nr 5**

Dotyczy Załącznik nr 1 do SWZ (OPZ) - „1. Redundantne kontrolery (2 kontrolery pracujące w trybie Active-Active)”

Prosimy o doprecyzowanie czy Zamawiający dopuści rozwiązanie posiadające redundantne kontrolery (min. dwa), pracujące w trybie Active-Active ALUA (Asymmetric Logical Unit Access), w których dostęp do zasobu dyskowego odbywa się w trybie asymetrycznym. Czy może Zamawiający wymaga, aby kontrolery pracowały w trybie Active-Active Symmetric, gdzie dostęp do zasobu dyskowego odbywa się w trybie symetrycznym, czyli z taką samą wydajnością przez każdy port, którym jest prezentowany zasób do serwera, niezależnie od kontrolera.

Zamawiający udzielił na powyższe zapytanie następującej odpowiedzi, która dokonała doprecyzowania wymagania w taki sposób, że wyeliminowano w jej wyniku rozwiązania pierwotnie zgodne z SWZ – tj. tryb asymetryczny Active/Active:

## Odpowiedź na pytanie nr 5

Tryb ALUA jest określany jako pseudo-Active/Active (lub asymmetric active-active) nie jest to w pełni tryb Active-Active ponieważ dany lun nie może być obsługiwany równocześnie przez oba kontrolery macierzy w równy sposób. Zamawiający nie wyraża zgody na dostawę macierzy z kontrolerami, które nie dają możliwość obsługi w jednym czasie każdego luna przez oba kontrolery w równy sposób. Macierz z kontrolerami pracującymi w trybie ALUA nie spełnia warunków OPZ.

Zamawiający udzielając wyjaśnień ograniczył dostęp do postępowania wyłącznie dla macierzy obsługujących symetrycznie tryb Active/Active (dalej jako „A/A”) uniemożliwiając zaoferowanie rozwiązań pracujących w trybie asymetrycznym.

W pierwszej kolejności należy wyraźnie zaprzeczyć aby tryb ALUA miał być trybem pseudo A/A. W nomenklaturze branżowej określenie trybu pracy A/A odnosi się zarówno do trybu asymetrycznego jak i symetrycznego.

ALUA to standardowy protokół służący do identyfikacji zoptymalizowanych ścieżek między systemem pamięci masowej a hostem. ALUA umożliwia inicjatorowi wysłanie zapytania do celu o atrybuty ścieżki, takie jak ścieżka główna i ścieżka drugorzędna. Pozwala to również celowi zwracać informacje o parametrach zestawionej ścieżki z powrotem do inicjatora połączenia. Z powyższego wynika, że ALUA jest rozwiązaniem korzystnym, ponieważ optymalizuje ruch pomiędzy hostami a macierzą. U Zamawiającego może mieć to szczególne znaczenie, ponieważ zestawionych zostanie wiele ścieżek i hosty nie będą wiedziały o optymalizacji ścieżek.

Tryb pracy kontrolerów symetryczny Active-Active bądź ALUA Active-Active nie wpływa ani na bezpieczeństwo, ani na wielościeżkowość dostępu do danych.

Nowoczesne macierze, poprzez udoskonaloną implementację systemu ALUA Active-Active mogą mieć wręcz wyższą wydajność, niż macierze symetryczne Active-Active. Ograniczanie trybu pracy kontrolerów nie wpływa na żaden ze znaczących parametrów macierzy i jest sztucznym ograniczeniem konkurencyjności.

Jednocześnie należy wskazać, że Zamawiający nie wskazuje w OPZ znacznie ważniejszych, z punktu widzenia parametrów użytkowych, właściwości – w tym wpływu redukcji danych (kompresji i deduplikacji) na wydajność macierzy, a reguluje nieznaczący dla używania macierzy parametr.

Co więcej, macierz pracująca w trybie symetryczny Active-Active może mieć znacznie bardziej obciążone procesory a co za tym idzie, przy nieodpowiedniej implementacji, mogą być one nawet wolniejsze od macierzy ALUA Active-Active.

Macierze symetryczne Active-Active nie mają żadnej technologicznej przewagi nad macierzą ALUA Active-Active, w związku z tym **NIE MOGĄ** określać parametru minimalnego, jako, że macierz ALUA Active-Active może być alternatywą ze wszechmiar lepszą, niż wymagana symetryczna Active-Active.

Zamawiający wykluczył skutek udzielonych wyjaśnień SWZ rozwiązanie asymetryczne ALUA. Należy podkreślić, że rozwiązania symetryczne i asymetryczne są bardzo zbliżone - założeniem symetrycznego lub asymetrycznego dostępu do danych jest zapewnienie bezpieczeństwa w obszarze ciągłości dostępu do zasobu i możliwości wykonywania operacji

odczyt/zapis. Implementacja metody niesymetrycznej ALUA prezentuje dostępne ścieżki dostępu do danych (przez oba kontrolery) spełniając wymogi OPZ.

Wprowadzenie ograniczenia na etapie po wszczęciu postępowania i stwierdzenie, że Zamawiający nie dopuszcza rozwiązań w architekturze niesymetrycznej ALUA jest w ocenie Odwołującego bezpodstawnym ograniczeniem konkurencji, przy czym stosując zarówno symetryczną jak i asymetryczną architekturę dostępu, Zamawiający osiągnie zamierzony cel - zabezpieczenie ciągłości dostępu do danych produkcyjnych.

Odwołujący wskazuje, że pierwotne brzmienie OPZ gwarantowało pełną konkurencyjność postępowania umożliwiając zaoferowanie wielu macierzy różnych producentów (w szczególności Huawei, NetApp, HPE, Dell, PureStorage) plasujących się na porównywalnym poziomie cenowym.

Wskutek dokonanej modyfikacji wymagania, Zamawiający faktycznie wprowadził wymóg który umożliwiłby uzyskanie zamówienia i realne konkurowanie tylko jednego producenta – Huawei.

Jest to skutkiem zastosowanej przez tego producenta taktyki sprzedażowej polegającej na wyposażeniu macierzy klasy mid - range (takie jak będące przedmiotem aktualnego przetargu) w tryb symetryczny A/A – w przypadku pozostałych producentów tryb ten jest dostępny w rozwiązaniach z całkowicie innej klasy i półki cenowej tj. rozwiązaniach klasy Enterprise. Nie są one przedmiotem zamówienia, jak również są całkowicie poza wartością zamówienia ustaloną przez Zamawiającego – vide Plan postępowań Zamawiającego:

<https://ezamowienia.gov.pl/mo-client-board/bzp/tender-details/2024%2FBZP%2000269948%2F01%2FP>

poz. 2.2.14:

2.2.14	Dostawa macierzy dyskowej wraz fizyczną instalacją i uruchomieniem w infrastrukturze PGL LP	Zamówienie udzielane jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie: art. 132 ustawy	1 400 000,00 PLN
--------	---	---	------------------

Pomimo zatem, że wszystkie pozostałe wymagania OPZ zostały opisane przez Zamawiającego w sposób umożliwiający zaoferowanie w postępowaniu macierzy klasy mid-range wielu różnych markowych producentów rozwiązań macierzowych to właśnie ten parametr – tryb symetryczny A/A, jest cechą charakterystyczną produktów Huawei w tej kategorii urządzeń.

Zatem, aby możliwe było realne ubieganie się o zamówienie i racjonalne konkurowanie w przetargu z produktami innych producentów – w szczególności takimi jak HPE czy Dell, wykonawcy którzy chcieliby złożyć ofertę w przetargu musieliby konkurować rozwiązaniami z całkowicie innej półki cenowej – poziom różnicy cenowej to minimum 50% co jest całkowicie nieracjonalne.

Odwołujący podkreśla, że zmiana nie wprowadza ograniczenia konkurencyjności dla jednego z producentów, który być może miałby w swoim portfolio odmienne i właściwe tylko dla siebie rozwiązania związane z pozycjonowaniem produktów, ale powoduje, że wszyscy producenci poza Huawei byłiby zmuszeni oferować w przetargu rozwiązania całkowicie nieporównywalne – zarówno technologicznie, jak i w konsekwencji - cenowo.

Należy podkreślić, że istotą konkurencyjności w postępowaniu jest dopuszczenie przez Zamawiającego rozwiązań konkurencyjnych/porównywalnych - inaczej konkurencja w przetargu jest całkowitą fikcją.

Odwołujący wskazuje ponadto, że specyfika przedmiotu zamówienia jak również statutowa działalność Zamawiającego w żaden racjonalnie uzasadniony i zasługujący na ochronę sposób nie wskazują na konieczność nabycia rozwiązania z trybem symetrycznym A/A.

Z kolei rozwiązania ALUA, z uwagi na ich wysoką wydajność oraz bezpieczeństwo w powiązaniu z optymalnymi kosztami zakupu, są standardem rozwiązań dostępnych na rynku. Potwierdzeniem powyższych cech są w szczególności zamówienia tej kategorii rozwiązań także dla potrzeb operatorów usług krytycznych, gdzie z uwagi na profil działalności, bezpieczeństwo i wysoka dostępność mają priorytetowy charakter.

Przykładowo – dopuszczenie w trakcie postępowania ALUA:

GUS „Modernizacja środowiska sprzętowo-systemowego CPD dla składnic danych i informacji”, numer sprawy: 64/ST/WS/POPC/PN/2020, ogłoszenie o zamówieniu numer 2020/S 249-620097 z dnia 22-12-2020 r.

**Pytanie 6:**

Czy Zamawiający dopuści macierz, w której funkcjonalność active-active jest realizowana w trybie ALUA, tzn. macierz dyskowa symuluje dostępność LUN poprzez dwa kontrolery, ale faktycznie dostęp do LUN jest realizowany przez jeden kontroler?

**Odpowiedź Zamawiającego:**

Zamawiający dopuszcza macierz, w której funkcjonalność active-active jest realizowana w trybie ALUA, tzn. kiedy macierz dyskowa symuluje dostępność LUN poprzez dwa kontrolery.

Kwestionowany odwołaniem tryb pracy A/A w realiach rynkowych zaburza konkurencyjność postępowania i powoduje faktyczną nieporównywalność ofert składanych w przetargu. Macierze jakie Odwołujący zamierzał zaoferować w postępowaniu charakteryzują się wysokimi parametrami w swojej klasie, mimo to, tylko po to, aby spełnić wymaganie Zamawiającego zawarte w wyjaśnieniu odnoszące się do trybu pracy A/A, koniecznością stałoby się zaoferowanie macierzy całkowicie nieporównywalnych **cenowo, ale także technologicznie**, co faktycznie powoduje, że w tej sytuacji ubieganie się o zamówienie byłoby czynnością całkowicie nieuzasadnioną ekonomicznie.

Nie chodzi bowiem w realizacji zasady konkurencyjności wyłącznie o samo dopuszczenie możliwości złożenia oferty, ale o stworzenie warunków dla ubiegania się w celu możliwości uzyskania zamówienia. W tej sytuacji Odwołujący, chcąc zaoferować macierze wiodących producentów takich jak Dell czy HPE, pozbawiony jest realnej możliwości konkurowania w postępowaniu w celu uzyskania zamówienia, bowiem w żaden sposób nie zniweluje różnicy pomiędzy ofertami wynikającej z cen produktów.

W istocie modyfikacja wprowadzona wyjaśnieniami w konsekwencji powoduje, że konkurowanie i możliwość uzyskania zamówienia przy zastosowaniu innych macierzy niż Huawei stały się całkowicie iluzoryczne a złożenie oferty nieracjonalne.

Zmiany, o które wnosi Odwołujący, nie prowadzą w jakikolwiek sposób do obniżenia jakości przedmiotu zamówienia i przydatności zakupu z punktu widzenia sposobu użytkowania w infrastrukturze Zamawiającego.

**Żądania Odwołującego mają na celu wyłącznie odzyskanie utraconej w wyniku dokonanej zmiany OPZ możliwości złożenia ważnej i konkurencyjnej oferty, przywrócenie zasady równego traktowania wykonawców, a Zamawiającemu – uzyskanie w pełni funkcjonalnych konkurencyjnych urządzeń za konkurencyjne ceny.**

Mając powyższe Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

Z poważaniem

Elwira Machowska  
Prezesa Zarządu

Załączniki:

- odpis dokumentów rejestrowych Odwołującego,
- dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości,
- dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu