

WYROK
z dnia 2 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier – Dolańska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 20 sierpnia 2010 r. przez wykonawcę **Bazy i Systemy Bankowe sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Kasprzaka 3, 85-321 Bydgoszcz** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Kujawsko – Pomorskie z siedzibą przy pl. Teatralnym 2, 87 - 100 Toruń**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu poprzez wskazanie, iż termin realizacji zamówienia wynosi do 60 dni od dnia podpisania umowy oraz doprecyzowanie opisu panelu diagnostycznego (załącznik nr 3) dla serwerów typu S i D poprzez wskazanie jednoznacznie na elementy serwera, których awarie mają być sygnalizowane na wyświetlaczu;

2. kosztami postępowania obciąża **Województwo Kujawsko – Pomorskie z siedzibą przy pl. Teatralnym 2, 87 - 100 Toruń** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawcę **Bazy i Systemy Bankowe sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Kasprzaka 3, 85-321 Bydgoszcz** oraz zasądza od **Województwa Kujawsko – Pomorskiego z siedzibą przy pl. Teatralnym 2, 87 - 100 Toruń** na rzecz wykonawcy **Bazy i Systemy Bankowe sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Kasprzaka 3, 85-321 Bydgoszcz** kwotę

18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesie z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Toruniu**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, Województwo Kujawsko – Pomorskie z siedzibą przy pl. Teatralnym 2, 87 - 100 Toruń, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę serwerów i szaf serwerowych wraz z instalacją we wskazanych miejscach.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto dnia 5 sierpnia 2010 r. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 sierpnia 2010 r. pod numerem 2010/S 153-236604.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) została zamieszczona przez zamawiającego na jego stronie internetowej w dniu 10 sierpnia 2010 r.

W dniu 20 sierpnia 2010 wykonawca Bazy i Systemy Bankowe sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Kasprzaka 3, 85-321 Bydgoszcz (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie (wpływ bezpośredni do Prezesa Izby potwierdzony prezentatą) wobec treści siwz zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez ograniczenie dokumentów potwierdzających, że oferowane serwery spełniają wymogi siwz do wymaganych w specyfikacji technicznej certyfikatów,
- art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
- art. 7 ust. 1 pzp poprzez sformułowanie treści siwz w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców
- oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z odwołania.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wnioś o nakazanie zamawiającemu dokonanie zmiany następujących postanowień siwz:

1) terminu realizacji przedmiotu zamówienia:

„Przedmiot zamówienia należy wykonać w terminie najpóźniej do 10 grudnia 2010 r.”

przez zastąpienie postanowieniem:

„Przedmiot zamówienia należy wykonać najpóźniej w terminie 60 dni od podpisania umowy.

2) załącznik nr 3 - wymagania minimalne w zakresie wydajności dla serwera typu M, S, D:

„Nie mniejsza niż 82 w teście SPECint_rate_base2006, w konfiguracji co najmniej 1 procesor, 4 rdzenie lub nie mniejsza niż 212 w teście SPECint_rate_base2006, w konfiguracji co najmniej 2 procesory, 4 rdzeniowe. Wynik testów SPEC dla oferowanego serwera (z wyłączeniem dysków twardych, pamięci operacyjnej) muszą zostać przedstawione i dołączone do oferty. Wyniki dostępne na stronie www.spec.org.”

przez zastąpienie postanowieniem:

„Nie mniejsza niż 82 w teście SPECint_rate_base2006, w konfiguracji co najmniej 1 procesor, 4 rdzenie dla oferowanego serwera (z wyłączeniem dysków twardych, pamięci

operacyjnej). Wyniki dostępne na stronie www.spec.org lub potwierdzone przez producenta serwera lub jego autoryzowany lokalny oddział oświadczeniem”.

3) załącznik nr 3 - wymagania minimalne w zakresie panelu diagnostycznego dla serwera typu M:

„Wbudowany. Diagnostyka przynajmniej dla każdego slotu DIMM i wentylatorów. Funkcjonalność ta może być osiągnięta za pomocą wyświetlacza na przednim panelu obudowy (wskazujący punkt awarii). Wyposażony także w system przewidywania awarii poszczególnych elementów serwera: HDD, pamięci RAM i CPU, z funkcją pozwalającą wysłać komunikat alarmowy do administratora poprzez kartę zarządzającą.”

przez zastąpienie postanowieniem:

„Wbudowany panel diodowy LED umożliwiający kontrolę poprawności pracy serwera i zdiagnozowanie, czy serwer działa poprawnie czy też zgłaszane są problemy z jego komponentami. Wyposażony także w system przewidywania awarii poszczególnych elementów serwera: HDD, pamięci RAM i CPU, z funkcją pozwalającą wysłać komunikat alarmowy do administratora poprzez kartę zarządzającą.”

4) załącznik nr 3 - wymagania minimalne w zakresie panelu diagnostycznego dla serwera typu S i D:

„Wbudowany, panel diagnostyczny pozwalający na zidentyfikowanie uszkodzonego elementu serwera nawet, gdy serwer nie jest podłączony do monitora. Funkcjonalność ta może być osiągnięta za pomocą wyświetlacza na przednim panelu obudowy (wskazujący punkt awarii). Wyposażony także w system przewidywania awarii poszczególnych elementów serwera: procesorów, dysków twardych, pamięci RAM, z funkcją pozwalającą wysłać komunikat alarmowy do administratora poprzez kartę zarządzającą.”

przez zastąpienie postanowieniem:

„Wbudowany panel diodowy LED umożliwiający kontrolę poprawności pracy serwera i zdiagnozowanie, czy serwer działa poprawnie czy też zgłaszane są problemy z jego komponentami nawet, gdy serwer nie jest podłączony do monitora. Wyposażony także w system przewidywania awarii poszczególnych elementów serwera: HDD, pamięci RAM i CPU, z funkcją pozwalającą wysłać komunikat alarmowy do administratora poprzez kartę zarządzającą.”

5) oraz innych postanowień siwz wskazanych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego odwołania.

W celu udowodnienia podniesionych w odwołaniu zarzutów odwołujący podniósł, co następuje:

Ad. zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp:

Odwołujący wskazał, iż załącznik nr 3 (w załączniku tym określono wymagania ogólne dla wszystkich typów serwerów, wymagania minimalne dla poszczególnych typów serwerów, oraz wymagania minimalne dla określonych typów szaf), a także siwz stanowią integralną całość. Wspomniany załącznik zawiera postanowienia, które – zdaniem odwołującego - pozostają w sprzeczności z przepisem art. 29. ust. 1 i 2 Pzp.

- Testy SPECint_rate_base2006:

Odwołujący argumentował, iż w załączniku nr 3 zamawiający, oprócz wymagań minimalnych dla wszystkich typów serwerów, określił również wymagania minimalne dla serwerów typu M (87 sztuk), typu S (46 sztuk) oraz typu D (23 sztuki). Wskazując

minimalne parametry techniczne w zakresie wydajności serwerów zamawiający wyszczególnił, iż przykładowo dla serwera typu M wydajność, ma być: „Nie mniejsza niż 82 w teście SPECint_rate_base2006, w konfiguracji co najmniej 1 procesor, 4 rdzenie lub nie mniejsza niż 212 w teście SPECint_rate_base2006, w konfiguracji co najmniej 2 procesory, 4 rdzeniowe. Wynik testów SPEC dla oferowanego serwera (z wyłączeniem dysków twardych pamięci operacyjnej) muszą zostać przedstawione i dołączone do oferty. Wyniki dostępne na stronie www.spec.org.” Podniósł, iż przywołane wymaganie określone przez zamawiającego jest nieuzasadnione. Wywodził, iż z informacji posiadanych przez odwołującego wynika, iż wyniki testów SPECint_rate_base2006 są bardzo zbliżone pomiędzy różnymi producentami i maszynami (różnice wahają się w granicach +/- 3 %). Testy te sprawdzają jedynie wydajność samych procesorów. Ponadto nie wszyscy wiodący dostawcy serwerów przeprowadzają niniejsze testy dla każdego typu procesorów i serwerów. Może się zatem zdarzyć, iż wykonawca nie będzie mógł ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, jedynie z powodu braku testu SPECint_rate_base2006, co jest szczególnie nieuzasadnione jeśli wziąć pod uwagę fakt, iż zamawiający wymaga aby serwery były przetestowane przez firmę trzecią, na którą wykonawca nie ma żadnego wpływu. Nie wszystkie urządzenia są testowane przez www.spec.org. Nie ma też żadnego ogólnego wymogu, aby serwery i procesory były testowane w sposób określony przez zamawiającego. Zamawiający nie może zatem określać jak ma wyglądać test tylko powinien określać jakie parametry ma mieć serwer, a sprawdzenia powinien dokonać sam zamawiający.

Dodatkowo wyjaśnił, iż dla serwera M zamawiający specyfikując wymagania minimalne w wymaganym teście dla serwera (82 pkt w teście SPECint_rate_base2006) powinien podać minimalny wynik, jaki powinien być osiągnięty przez serwer bez znaczenia, ile procesorów jest zainstalowanych w serwerze. Wymaganie znacznie większej wydajności (212 pkt. w teście SPECint_rate_base2006) dla konfiguracji dwuprocessorowej zmusza oferentów z tak przeprowadzonymi testami do zaoferowania znacznie droższych procesorów, co uniemożliwia równą konkurencję ofert. Nie precyzując wymagań odnośnie maksymalnej ilości procesorów, poboru mocy i możliwości rozbudowy o dodatkowe procesory Zamawiający powinien być zainteresowany ogólnym wynikiem wydajności serwera bez znaczenia ile w serwerze jest zainstalowanych procesorów. W tym wypadku zamawiający powinien więc dopuścić konfigurację dwuprocessorową, które osiągają więcej niż wymagane minimum, czyli 82 pkt. w teście SPECint_rate_base2006.

Podkreślił, iż w jego ocenie nie ma wątpliwości, że takie określenie wymagań jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia nie jest uzasadnione potrzebami zamawiającego, a

jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. W zawiązku z powyższym, sprecyzowanie minimalnych parametrów technicznych w zakresie wydajności powinno się opierać wyłącznie na teście samych procesorów.

- panel diagnostyczny:

W załączniku nr 3 - wymagania minimalne dla serwera typu M w zakresie panelu diagnostycznego zamawiający określił w następujący sposób:

„Wbudowany. Diagnostyka przynajmniej dla każdego slotu DIMM i wentylatorów. Funkcjonalność ta może być osiągnięta za pomocą wyświetlacza na przednim panelu obudowy (wskazujący punkt awarii). Wyposażony także w system przewidywania awarii poszczególnych elementów serwera: HDD, pamięci RAM i CPU, z funkcją pozwalającą wysłać komunikat alarmowy do administratora poprzez kartę zarządzającą.”

Wymagania minimalne dla serwera typu S i D zostały natomiast określone w następujący sposób: *„Wbudowany, panel diagnostyczny pozwalający na zidentyfikowanie uszkodzonego elementu serwera nawet, gdy serwer nie jest podłączony do monitora. Funkcjonalność ta może być osiągnięta za pomocą wyświetlacza na przednim panelu obudowy (wskazujący punkt awarii). Wyposażony także w system przewidywania awarii poszczególnych elementów serwera: procesorów, dysków twardych, pamięci RAM, z funkcją pozwalającą wysłać komunikat alarmowy do administratora poprzez kartę zarządzającą.”*

Zamawiający wymaga panelu diagnostycznego, który zapewni diagnostykę przynajmniej dla każdego slotu DIMM i wentylatorów lub pozwoli na zidentyfikowanie uszkodzonego elementu serwera nawet gdy serwer nie jest podłączony do monitora. Wskazał, iż z posiadanych przez niego informacji żaden panel diagnostyczny nie jest wystarczający, aby zobrazować uszkodzenie wszystkich wewnętrznych komponentów serwera. Komponenty nieuwzględnione na panelach diagnostycznych to np. karty LAN, karty PCI, płyta główna serwera, moduły VRM moduły TPM, karty zarządzające. Do pełnej identyfikacji problemów z serwerem przez serwisantów wykorzystywane są logi karty zarządzającej lub zdalnego systemu zarządzającego, które i tak zamawiający wymaga i które nie wymagają podłączenia monitora i klawiatury do serwera. W większości rozwiązań czołowych dostawców serwerów panel diagnostyczny LED ma za zadanie pokazać, że serwer jest uszkodzony. Innymi słowy sformułowane przez Zamawiającego wymaganie jest niemożliwe do spełnienia. Żaden panel diagnostyczny nie może pokazać wszystkich

uszkodzeń jakie zamawiający wymienił. Do tego celu są wykorzystywane karty zarządzające serwerem, które generują odpowiednie raporty pozwalające szczegółowo określić problem. Zadaniem panelu diagnostycznego w serwerach jest jedynie pokazanie najprostszych komunikatów czy na temat stanu urządzenia. Taki stan może być pokazany na panelach diagnostycznych typu LED, które z niewiadomych przyczyn nie zostały przez zamawiającego dopuszczone. Zwrócił uwagę, iż tylko jeden dostawca posiada w swojej ofercie wymagany przez zamawiającego panel diagnostyczny w serwerach klasy, która jest wymagana i opisana parametrami w siwz. Reszta producentów montuje wymagane panele diagnostyczne w serwerach znacznie wyższej klasy, gdyż jest to mocno specjalistyczne narzędzie diagnostyczne.

Stwierdził, iż na gruncie przedmiotowego postępowania mamy do czynienia z naruszeniem wyrażonej w art. 29 ust. 2 Pzp zasady neutralności opisu przedmiotu zamówienia, które w tym przypadku przybiera formę dyskryminacji pośredniej. Zamawiający nie opisuje wprawdzie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, jednakże posługuje się parametrami wskazującymi na konkretnego producenta, co niewątpliwie stanowi naruszenie przepisu art. 29 ust. 2 Pzp. W związku z powyższym określenie w niniejszy sposób wymagań, które powinien spełniać przedmiot zamówienia, nie jest uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Zatem zapis siwz powinien zostać zmieniony w taki sposób, aby serwery mogły zostać wyposażone w panel diagnostyczny LED pokazujący ogólny stan serwera.

Ad. zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp:

Stosownie do punkt III siwz *„Przedmiot zamówienia należy wykonać w terminie najpóźniej do 10 grudnia 2010 r.”*, co zdaniem odwołującego narusza wyrażoną w przepisie art. 7 ust. 1 Pzp zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wskazał, iż ogłoszenie o udzielenie przedmiotowego zamówienia ukazało się w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej dnia 10 sierpnia 2010 r. Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 16 września 2010 r. Uwzględniając fakt, iż przedmiot zamówienia należy wykonać najpóźniej do 10 grudnia 2010 r. zauważył, iż pomiędzy terminem składania ofert, a wspomnianym maksymalnym terminem wykonania

zamówienia pozostaje jedynie 3 miesięczny odstęp czasu. W tym krótkim okresie dokonany musi zostać szereg czynności, w tym dokonanie oceny ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej. Podkreślił, iż w okresie tym wykonawcy mogą skorzystać z przysługujących im środków ochrony prawnej, co może dodatkowo prowadzić do wydłużenia terminu podpisania umowy, bowiem zgodnie z przepisem art. 183 ust. 1 Pzp, w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Wywodził, iż nie można wykluczyć sytuacji, w której umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie podpisana już po terminie wskazanym przez zamawiającego w siwz, jako maksymalny termin realizacji przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego, wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, może zostać postawiony w sytuacji, w której nie będzie w stanie wykonać przedmiotu zamówienia, tak by nie przekroczyć ustalonego przez zamawiającego terminu. Dodał, iż zamawiający w siwz przewidział możliwość zmiany umowy w zakresie terminu realizacji zamówienia, jednakże również i ta regulacja jest bez zarzutu. Stosownie do punktu XVII ust. 2 siwz („*Postanowienia umowy*”): „*Zamawiający przewiduje możliwość zmiany umowy w zakresie:*

1) terminu realizacji zamówienia jedynie jeśli wynikać to będzie z okoliczności o charakterze obiektywnym, których nie można było przewidzieć w chwili składania oferty lub przedłużania się procedury udzielenia niniejszego zamówienia np. w związku z ewentualnym odwołaniem. (...)Wszelkie zmiany umowy wymagają obopólnej zgody stron umowy.” Zdaniem odwołującego przywołane postanowienie nie określa, kto może wystąpić o zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego z powodu „*przedłużania się procedury udzielenia niniejszego zamówienia*”, nie wskazano również procedury w jakiej zostanie dokonana przedmiotowa zmiana (nie wskazano kto ma zaakceptować ewentualny wniosek o zmianę terminu, oraz jak postąpić w sytuacji, gdy jedna ze stron nie wyraża zgody na taką zmianę). Powyższe może stanowić w przyszłości obszar nieporozumień pomiędzy zamawiającym i wykonawcą a także pole do naruszeń przepisów Pzp. Tym samym zamawiający stawia siebie w uprzywilejowanej pozycji względem wykonawców, bowiem to oni poniosą ewentualne negatywne konsekwencje związane z niedotrzymaniem terminu realizacji umowy. Jak wynika z załączonego do siwz wzoru umowy:

„1. Sprzedawca zapłaci Kupującemu kary umowne:

- 1) za nieterminowe dostarczenie przedmiotu umowy w wysokości 0,1 % ceny, o której mowa w § 5 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia,
- 2) za niewykonanie umowy w wysokości 20 % ceny; za niewykonanie umowy Kupujący uzna odmową wykonania umowy, bądź niedostarczenie przedmiotu umowy w ciągu 14 dni od upływu terminu na dostarczenie przedmiotu umowy.” (vide: § 8 wzoru umowy).

Przez wzgląd na wyżej opisane zastrzeżenia w ocenie odwołującego jedynym prawidłowym sposobem wskazania maksymalnego terminu realizacji przedmiotu zamówienia jest określenie go poprzez zaznaczenie, iż: *„Przedmiot zamówienia należy wykonać najpóźniej w ciągu 60 dni od daty podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego”*, bowiem tylko taki zapis w pełni zabezpiecza tak interesy zamawiającego i wykonawcy - zamawiający uzyska gwarancję realizacji przedmiotu zamówienia w określonym terminie, natomiast wykonawca uzyska *de facto* możliwość wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego w realnym terminie.

Na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2010 r. odwołujący i zamawiający podtrzymali swoje stanowiska. Zamawiający przedłożył datowaną na dzień 27 sierpnia 2010 r. odpowiedź na odwołanie wraz ze stanowiskiem Rady Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji (dalej „RPIiIT”) dotyczącym zasad sporządzania opis przedmiotu zamówienia na dostawy sprzętu komputerowego wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowisko stron złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r. Nr 223, poz.1778) w sprawie znajdują zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu znowelizowanym.

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba ustaliła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Za podstawę rozstrzygnięcia Izba przyjęła następujące ustalenia faktyczne:

Zamawiający prowadzi postępowanie na dostawę 156 sztuk serwerów i 71 szaf serwerowych wraz z instalacją we wskazanych miejscach (ponad 150 lokalizacji, w tym 87 gmin wiejskich). Zamówienie ma być zrealizowane do dnia 10 grudnia 2010 r. (pkt III siwz, § 3 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 4 do siwz, pkt 3 formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 2 do siwz). Jednocześnie w ogłoszeniu o postępowaniu (pkt II.3.) zamawiający wskazał, iż zamówienie ma być wykonane w okresie od 5 października 2010 r. do 10 grudnia 2010 r. Stosownie do punktu XVII.2. siwz („Postanowienia umowy”): „Zamawiający przewiduje możliwość zmiany umowy w zakresie:

1) terminu realizacji zamówienia jedynie jeśli wynikać to będzie z okoliczności o charakterze obiektywnym, których nie można było przewidzieć w chwili składania oferty lub przedłużania się procedury udzielenia niniejszego zamówienia np. w związku z ewentualnym odwołaniem. (...)Wszelkie zmiany umowy wymagają obopólnej zgody stron umowy.” Ponadto, jak wynika z załączonego do siwz § 8 wzoru umowy:

„1. Sprzedawca zapłaci Kupującemu kary umowne:

1) za nieterminowe dostarczenie przedmiotu umowy w wysokości 0,1 % ceny, o której mowa w § 5 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia,

2) za niewykonanie umowy w wysokości 20 % ceny; za niewykonanie umowy Kupujący uzna odmową wykonania umowy, bądź niedostarczenie przedmiotu umowy w ciągu 14 dni od upływu terminu na dostarczenie przedmiotu umowy.”

Natomiast przedmiot zamówienia – jak wynika z pkt. II.1.- siwz zamawiający opisał w załączniku nr 3 do siwz (specyfikacja techniczna).

W odniesieniu do wymagań minimalnych w zakresie wydajności dla serwera typu M zamawiający wskazał, iż ma być „Nie mniejsza niż 82 w teście SPECint_rate_base2006, w konfiguracji co najmniej 1 procesor, 4 rdzenie lub nie mniejsza niż 212 w teście SPECint_rate_base2006, w konfiguracji co najmniej 2 procesory, 4 rdzeniowe. Wynik testów SPEC dla oferowanego serwera (z wyłączeniem dysków twardych, pamięci operacyjnej) muszą zostać przedstawione i dołączone do oferty. Wyniki dostępne na stronie www.spec.org.” (pkt 2 tabeli – wymagania minimalne dla serwera typ M – 87 sztuk, k. 2 załącznika nr 3 oraz odpowiedź na pytanie nr 1 w piśmie z dnia 18 sierpnia 2010 r.). Wyjaśniając treść przywołanego postanowienia siwz w piśmie z dnia 18 sierpnia 2010 r.

zamawiający wskazał, iż oczekuje dla serwera w konfiguracji co najmniej z dwoma procesorami i czterema rdzeniami wynik nie mniejszy niż 212 w teście SPECint_rate_base2006.

Odnosząc się do serwerów typu S i D zamawiający także wymagał, aby załączone zostały do oferty wyniki testów SPEC ze strony www.spec.org dotyczące wydajności oferowanych serwerów – minimum 212 pkt. (pkt 2 tabel dotyczących przywołanych serwerów, k. 4, 6-7 załącznika nr 3 do siwz).

Określając wymagania minimalne w zakresie panelu diagnostycznego dla serwera typu M (pkt 18 - tabela dotycząca serwera typu M, k. 3 załącznika nr 3 do siwz) stwierdził, iż *„Wbudowany. Diagnostyka przynajmniej dla każdego slotu DIMM i wentylatorów. Funkcjonalność ta może być osiągnięta za pomocą wyświetlacza na przednim panelu obudowy (wskazujący punkt awarii). Wyposażony także w system przewidywania awarii poszczególnych elementów serwera: HDD, pamięci RAM i CPU, z funkcją pozwalającą wysłać komunikat alarmowy do administratora poprzez kartę zarządzającą.”*

Natomiast formułując parametry minimalne dotyczące panelu diagnostycznego dla serwera typu S i D (pkt 18 w tabelach dotyczących poszczególnych typów serwerów – k. 5 i 8 załącznika nr 3 do siwz) wskazał, iż *„Wbudowany, panel diagnostyczny pozwalający na zidentyfikowanie uszkodzonego elementu serwera nawet, gdy serwer nie jest podłączony do monitora. Funkcjonalność ta może być osiągnięta za pomocą wyświetlacza na przednim panelu obudowy (wskazujący punkt awarii). Wyposażony także w system przewidywania awarii poszczególnych elementów serwera: procesorów, dysków twardych, pamięci RAM, z funkcją pozwalającą wysłać komunikat alarmowy do administratora poprzez kartę zarządzającą.”*

Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 16 września 2010 r. (pkt VII. 6. siwz).

Biorąc powyższe pod uwagę Izba zważyła, co następuje:

Izba rozpoznając zarzuty odwołania stwierdziła, iż kluczowe znaczenie dla ich rozstrzygnięcia przyznać należy treści siwz wraz z wyjaśnieniami. Siwz jest dokumentem o szczególnej roli w postępowaniu o zamówienie publiczne – z jednej strony określa oczekiwania zamawiającego dotyczące wykonawcy i oferty, w tym wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, które muszą być spełnione, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś – wyznacza granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione wyłącznie w zakresie wyartykułowanym jednoznacznie i precyzyjnie w siwz, zgodnie z poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Siwz powinna wskazywać na wszystkie istotne elementy mogące mieć wpływ na cenę i niezbędne wykonawcy do złożenia oferty (art. 7 ust. 1 Pzp oraz 29 ust. 1 i 2 Pzp).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanej sprawy Izba podziela stanowisko odwołującego dotyczące nieprawidłowego, naruszającego zasadę uczciwej konkurencji w okolicznościach rozpoznawanej sprawy określenia terminu realizacji zamówienia poprzez wskazanie końcowej daty wykonania zamówienia na 10 grudnia 2010 r. Przede wszystkim należy podkreślić, iż zamawiający wymagał – co nie jest sporne – aby przedmiot zamówienia został wykonany do dnia 10 grudnia 2010 r. Wskazany w ogłoszeniu termin rozpoczęcia realizacji zamówienia na 5 października 2010 r. trzeba potraktować jako instrukcyjny, nie wiążący dla wykonawców, bowiem nie znalazł on odzwierciedlenia w treści siwz.

Tym samym rozważenia wymaga, czy dopuszczalne jest w analizowanym stanie faktycznym określenie terminu realizacji zamówienia w ten sposób, iż de facto nie jest on znany wykonawcom. W zależności od daty podpisania umowy wykonawca może dysponować ok. 80 dniami na wykonanie umowy (uwzględniając fakt, iż termin składania ofert mija 16 września 2010 r.), jak i znacznie krótszym okresem czasu, który w praktyce uniemożliwi realizację zamówienia w terminie do 10 grudnia 2010 r., gdyby procedura badania i oceny ofert przedłużała się lub wykonawcy skorzystali z uprawnienia do wnoszenia środków ochrony prawnej.

Izba przychyliła się w tym zakresie do stanowiska zaprezentowanego przez odwołującego, iż za poprawne w niniejszej sprawie uznać należy wskazanie terminu realizacji zamówienia poprzez oznaczenie maksymalnej liczby dni na wykonanie umowy licząc od dnia zawarcia umowy. Przede wszystkim trzeba podkreślić, iż zamawiający na rozprawie przyznał, że wykonawcy powinni dysponować 60 dniami na realizację przedmiotu zamówienia, który stanowi nie tylko dostawa dużej ilości serwerów, ale także ich

zainstalowanie w licznych, rozproszonych terytorialnie, lokalizacjach. Zatem nie jest przedmiotem sporu, iż aby wykonać przedmiot zamówienia do dnia 10 grudnia 2010 r. umowę z wykonawcą, który złożył ofertę najkorzystniejsza, należałoby zawrzeć najpóźniej w dniu 10 października 2010 r., co jest bardzo mało prawdopodobne uwzględniając szereg czynności, które w toku postępowania o zamówienie muszą zostać wykonane oraz te, których konieczność wykonania może się pojawić później, a które starannie działający zamawiający powinien uwzględnić planując postępowanie o zamówienie (wezwanie do wyjaśnienia treści oferty, uzupełnienia dokumentów, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a przede wszystkim skorzystanie przez wykonawców z możliwości wniesienia odwołania). Teza zamawiającego, iż w przypadku gdyby termin realizacji zamówienia minął, umowa obarczona byłaby wadą nieważności ze względu na niemożliwość świadczenia, nie może usprawiedliwiać nieprawidłowości w określeniu terminu realizacji zamówienia, bowiem podstawowym celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie ważnej umowy, a nie unieważnienie postępowania czy zawarcie umowy bezwzględnie nieważnej.

Izba wyraża zatem opinię, iż wykonawcy powinni mieć zagwarantowany odpowiedni okres na realizację zamówienia. Nie stanowi takiej gwarancji zapewnienie zamawiającego wskazane w treści odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, iż gdyby okazało się, że umowa zostanie zawarta później, termin realizacji ulegnie zmianie w okolicznościach wskazanych w pkt. XVII.2. siwz. Izba podziela pogląd odwołującego, iż zmiana umowy już zawartej wymaga zgody obydwu stron (zarówno odwołującego, jak i zamawiającego), przy czym podkreślić trzeba, iż odwołujący nie będzie miał roszczenia o zmianę umowy w sytuacji, gdyby okazało się, iż będzie dysponował niewystarczającym okresem na jej realizację. Jednocześnie opóźnienie w wykonaniu zamówienia wiąże się z ryzykiem obciążenia wykonawcy karami umownymi zgodnie z uprawnieniem przysługującym zamawiającemu na mocy § 8 wzoru umowy. Podnoszona przez zamawiającego możliwość zmiany wzoru umowy może w aktualnym stanie prawnym być rozważana (wnioskowanie a maiori ad minus), pod warunkiem, iż zostaną w tym zakresie spełnione przesłanki określone w art. 144 ust. 1 Pzp. Nie mniej jednak przyjęcie możliwości dokonania modyfikacji wzoru umowy w omawianym zakresie pozostaje bez wpływu na sytuację wykonawcy, który złoży ofertę najkorzystniejszą, który i w tym zakresie nie będzie miał roszczenia o dokonanie odpowiednich zmian. Podkreślenia także wymaga, iż wykonawca zaproszony do podpisania umowy uchylając się od jej zawarcia ze względu na zbyt krótki termin realizacji straci zgodnie z art. 45 ust. 5 pkt 1 Pzp wadium. Tym samym Izba stwierdziła, iż żądanie odwołującego, ażeby termin realizacji zamówienia określić na 60 dni od podpisania umowy jest uzasadniony okolicznościami rozpoznawanej sprawy tym bardziej, iż ani – jak zamawiający przyznał w toku rozprawy - uwarunkowania

budżetowe, ani żadne inne nie stanowią ograniczenia dla realizacji zamówienia w terminie późniejszym, nawet w 2011 r.

Odnosząc się do parametrów technicznych paneli diagnostycznych Izba stoi na stanowisku, iż zamawiający jest uprawniony, aby opisać przedmiot zamówienia stosownie do swoich potrzeb, nawet jeśli w konsekwencji niektórzy wykonawcy działający na danym rynku nie będą mogli złożyć nie podlegającej odrzuceniu oferty, bowiem nie będą w stanie sprostać oczekiwaniom zamawiającego. Granicą, która zakreśla ramy swobody zamawiającego w tym zakresie, jest zachowanie zasady uczciwej konkurencji. Opis przedmiotu zamówienia musi być jednoznaczny, wyczerpujący, dokonany za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, jednakże nie może być dokonany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwa konkurencję (art. 29 ust. 1 i 2 Pzp). Podkreślenia zatem wymaga, iż zamawiający nie ma obowiązku takiego formułowania wymogów, aby zapewnić możliwość zrealizowania zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku danej branży i w odniesieniu do wszystkich produktów oferowanych na rynku.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, uwzględniając treść załącznika nr 3 w zakresie dotyczącym opisu paneli diagnostycznych wskazuje, iż zamawiający nie wyłączył w odniesieniu do paneli diagnostycznych w serwerach typu M, S i D dopuszczalności zaproponowania paneli typu LED, pod warunkiem, iż spełnione zostaną wymagania dotyczące określonej w siwz funkcjonalności, na co wskazuje m.in. użycie w pkt. 18 załącznika nr 3 w odniesieniu do każdego z typu serwerów sformułowania, iż „*funkcjonalność ta może być osiągnięta za pomocą wyświetlacza*”. Stanowisko to zostało przez zamawiającego potwierdzone na rozprawie oraz w odpowiedzi na odwołanie. Tym samym Izba stwierdziła, iż w tym zakresie zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

Ustosunkowując się do argumentacji odwołującego, iż w zakresie dotyczącym serwera typu S i D zamawiający w siwz sformułował wymagania wskazujące, iż panel diagnostyczny ma pozwalać na zdiagnozowanie wszystkich uszkodzonych elementów serwera, Izba stwierdziła, iż odwołujący prawidłowo ustalił treść opisu paneli diagnostycznych zawartych w załączniku nr 3. Wbrew twierdzeniom zamawiającego z brzmienia opisu wymagań dotyczących panelu diagnostycznego dla tych serwerów (pierwszorzędne znaczenie należy przyznać wykładni językowej) nie wynika, że panel ten ma sygnalizować tylko awarie dotyczące procesorów, dysków twardych i pamięci RAM. Biorąc pod uwagę zatem, iż – jak zostało wyjaśnione w toku rozprawy oraz w odpowiedzi na odwołanie – treść siwz nie odzwierciedla oczekiwań zamawiającego, który postanowienia te rozumie w sposób odbiegający od ich literalnego brzmienia (zamawiający twierdził, iż panel ma sygnalizować tylko awarie dotyczące procesorów, dysków twardych i pamięci

RAM, podczas gdy treść opisu wskazuje na awarie wszystkich elementów serwera, natomiast w odniesieniu do procesorów, dysków twardych i pamięci RAM panel diagnostyczny ma być „(...) wyposażony także w system przewidywania awarii (...)” - opis parametrów panelu – in fine), należy wskazać, iż zamawiający jest zobowiązany do modyfikacji opisu panelu diagnostycznego (pkt 18 załącznika nr 3 – dotyczy serwerów typu S i D) w sposób, z którego będzie wynikało jednoznacznie, jakie uszkodzenia mają być możliwe do zdiagnozowania za pomocą panelu diagnostycznego, poza tymi, dla których konieczne jest informowanie także o przewidywaniu awarii. Skoro – jak argumentował zamawiający – są to te same elementy, niezbędne jest odzwierciedlenie intencji zamawiającego w tym zakresie w treści opisu paneli diagnostycznych.

Aktualne brzmienie powoduje – co zostało dowiedzione w toku rozprawy – iż wykonawcy mogą zrozumieć w sposób odmienny niż zamawiający przedmiotowe postanowienia siwz, oferując zamawiającemu produkt nie odpowiadający założonym parametrom bądź odstępując od wzięcia udziału w postępowaniu. Opis ten zatem nie został sporządzony zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.

Należy w tym miejscu także zaznaczyć, iż zamawiający w toku rozprawy oraz w odpowiedzi na odwołanie uzasadnił, iż panel diagnostyczny powinien umożliwiać łatwe, wizualne określenie elementu, który uległ awarii, bowiem w wielu przypadkach miejsce instalacji serwera będzie odległe, zwykle pozbawione wykwalifikowanej obsługi technicznej i informatycznej. Izba za wiarygodne uznaje wyjaśnienia zamawiającego, iż w przypadku serwerów, których ciągłość pracy musi być nieprzerwana (projekt elektronicznej administracji służącej załatwianiu spraw drogą elektroniczną), wstępna diagnoza ewentualnej awarii przy kontakcie z autoryzowanym serwisem jest niezbędna. Pozwala to na szybszą reakcję serwisu i przywrócenie sprawności sprzętu, a zgodnie z pkt. 13 załącznika nr 3 naprawa ma nastąpić w następnym dniu roboczym. Izba podziela pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Nowym Sączu, iż zamawiający ma prawo wymagać pewnych standardów technicznych i jakościowych, o ile nie są wymogami zbędnymi i wygórowanymi (wyrok SO w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r., sygn. akt III CA 88/09, lex nr 532694).

Ustosunkowując się do opisu wymagań dotyczących panelu diagnostycznego dla serwera typu M stwierdzić trzeba, iż w odniesieniu do tego serwera zamawiający sprecyzował, iż sygnalizacja awarii ma dotyczyć co najmniej każdego slotu DIMM i wentylatorów. Wymaganie jest zatem precyzyjne i jednoznaczne. Jednoznaczne jest także postanowienie, iż system przewidywania awarii ma dotyczyć HDD, pamięci RAM oraz CPU. Podobnie jak w odniesieniu do serwerów typu S i D zamawiający nie ograniczył technologii tylko do wyświetlacza LCD, lecz także dopuścił inne technologie, pod warunkiem zapewnienia opisanej funkcjonalności. Zatem w tej części zarzuty odwołania nie znalazły potwierdzenia.

Przechodząc do wymagania sformułowanego przez zamawiającego, aby serwer typu M dysponował wydajnością „*Nie mniejszą niż 82 w teście SPECint_rate_base2006, w konfiguracji co najmniej 1 procesor, 4 rdzenie lub nie mniejsza niż 212 w teście SPECint_rate_base2006, w konfiguracji co najmniej 2 procesory, 4 rdzeniowe. Wynik testów SPEC dla oferowanego serwera (z wyłączeniem dysków twardych pamięci operacyjnej) muszą zostać przedstawione i dołączone do oferty. Wyniki dostępne na stronie www.spec.org.*” Izba podkreśla, iż istota sporu pomiędzy zamawiającym i odwołującym sprowadza się to rozbieżnych poglądów, co do możliwości potwierdzenia wydajności serwera (także serwerów typu S i D) wyłącznie za pomocą testów *SPECint_rate_base2006* zamieszczanych na stronie www.spec.org. Ponadto odwołujący twierdził, iż wymagania dotyczące serwera typu M (minimum 82 pkt. w teście wydajnościowym SPEC dla serwera z jednym procesorem, a 212 pkt. - z minimum dwoma procesorami) są nieuzasadnione w zestawieniu z potrzebami zamawiającego w tym zakresie.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż ciężar udowodnienia twierdzeń w postępowaniu odwoławczym przed Izłą wyznacza przepis art. 190 ust. 1 Pzp nawiązujący do przepisu art. 6 kc. Stosownie do niego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Zatem ona powinna wykazać prawdziwość twierdzenia zdolnego uzasadniać dane żądanie lub zarzut. Ciężar udowodnienia twierdzenia o istnieniu danego faktu spoczywa na stronie, która je przywołuje, a nie na tym, kto temu zaprzecza. Izba zwraca zatem uwagę, iż odwołujący powinien przeprowadzić dowody na poparcie tezy, iż zażądanie przez zamawiającego w okolicznościach rozpoznawanej sprawy testów wydajnościowych SPEC w celu potwierdzenia, że oferowane serwery odpowiadają wymaganiom zamawiającego (otrzymały co najmniej wymaganą liczbę punktów w), prowadzi do naruszenia ustawy, w szczególności bezprawnie ogranicza konkurencję. Zamawiający jest bowiem uprawniony, działając w granicach określonych przepisami ustawy, w szczególności art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 29 w zw. z art. 7 Pzp, do sprecyzowania przedmiotu zamówienia, jak również do wskazania, w jaki sposób będzie weryfikował, czy oferowany produkt spełnia postawione przez niego wymagania. Oceniając prawidłowość działań zamawiającego w tym zakresie niezbędne jest uwzględnienie branży, której dotyczy przedmiot zamówienia, charakterystyki danego rynku, potrzeb zamawiającego oraz przyjętych, powszechnie akceptowanych praktyk, w aspekcie realnej możliwości spełnienia postawionych wymagań przez przeciętnego wykonawcę. Postępowanie ma charakter dyskryminacyjny tylko wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych wykonawców bez uzasadnionej przyczyny, stwarzając korzystniejszą pozycję dla poszczególnych podmiotów.

Odnosząc powyższe do podniesionych w odwołaniu zarzutów stwierdzić należy, iż informacje o wynikach testów wydajnościowych osiągniętych przez dany serwer pochodzące ze strony internetowej www.spec.org mają potwierdzać, że oferowany produkt odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym przez niego w siwz. Jest to zatem dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zgodnie z zasadą wyrażoną w przywołanym przepisie katalog dokumentów, które zamawiający żąda w celu wykazania, że oferowane dostawy spełniają postawione przez niego wymagania musi być uzasadniony - wolno mu żądać tylko dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wyczerpująco i wiarygodnie wyjaśnił, iż wyniki testów SPEC umożliwiają mu obiektywne i niezależne zarówno od wykonawców jak i zamawiającego porównanie ofert. Wskazał, iż testy SPEC są powszechnie stosowane i ogólnodostępne, zatem ich użycie do oceny ofert jest uzasadnione. Pogląd ten nie został zakwestionowany przez odwołującego, który ponadto na rozprawie przyznał, iż badanie ofert w odniesieniu do parametru wydajności jest właściwe. Jednocześnie zamawiający przekonująco w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, iż samodzielne dokonanie przez niego testów nie byłoby zasadne zarówno ze względów ekonomicznych (zwrócił uwagę na niewspółmierne koszty przeprowadzenia badań), jak i celowościowych, bowiem nie gwarantowałyby odpowiedniej porównywalności ofert. Zatem Izba uważa za poprawne skorzystanie dla oceny ofert w niniejszym postępowaniu z bezstronnych wyników testów SPEC, powszechnie wykorzystywanych w postępowaniach o zamówienia publiczne, których zasadność zastosowania w przedmiotowym postępowaniu nie została podważona przez odwołującego.

Pozostaje do rozstrzygnięcia, czy ograniczenie przez zamawiającego możliwości potwierdzenia wydajności procesorów wyłącznie do wyników testów SPEC jest na gruncie badanej sprawy zgodne z ustawą.

Zważywszy, iż testy są ogólnodostępne, obiektywne, pozwalające na ocenę wydajności danego serwera przez podmiot niezależny od wykonawcy i zamawiającego zapewniając porównywalność ofert, a także powszechnie stosowane w branży informatycznej do opisywania przedmiotu zamówienia publicznego przez zamawiających, biorąc pod uwagę, iż także wiodący producenci serwerów, w tym – co nie jest sporne – HP, którego odwołujący sprzęt dystrybuuje, poddają produkowane przez siebie urządzenia tym testom, Izba stwierdziła, iż zarzuty naruszenia art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp uznać należy za chybione. Odwołujący nie udowodnił, iż postanowienia siwz w tym zakresie (ograniczenie możliwości wykazania odpowiedniej wydajności serwera do przedłożenia testów SPEC) naruszają ustawę, w szczególności w sposób bezprawny prowadzą do ograniczenia uczciwej konkurencji. Testy są jawne, ogólnodostępne,

co prawda odpłatne, a ich przeprowadzenie wymaga czasu, jednak odwołujący nie przedstawił dowodów na to, iż uniemożliwia mu to wzięcie udziału w postępowaniu i zaoferowanie serwerów spełniających wymagania zamawiającego, co przesądza o niezasadności zarzutów odwołania w tym zakresie. Izba zwraca także uwagę, iż odwołujący nie przedstawił dowodów na to, iż wszczął już procedurę zmierzającą do przetestowania serwera, który zamierza zaoferować w niniejszym postępowaniu, nie podał modelu serwera, który spełnia oczekiwania zamawiającego, a nie został przetestowany, nie uprawdopodobnił, iż osiągnie on w wyniku testów odpowiednią liczbę punktów.

Odwołujący podniósł także w odwołaniu, iż obowiązkiem zamawiającego było określenie przedmiot zamówienia poprzez wskazanie wyłącznie parametrów funkcjonalnych tj. wydajności, niezależnie od liczby procesorów. Ponadto wywodził, iż określenie wymagań dla serwerów nie jest uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Przywołane stanowisko odwołującego uznać należy na gruncie niniejszej sprawy za chybione, bowiem zastosowany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie parametrów technicznych znajduje uzasadnienie w treści art. 29 ust. 1 Pzp. w zw. z art. 30 ust. 1 ustawy, stosownie do którego zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych. uzasadniona i prawnie dopuszczalna (art. 29 i 30 Pzp). Z brzmienia art. 30 ust. 6 natomiast wywieść można uprawnienie, a nie obowiązek, zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia wskazanie wymagań funkcjonalnych. Tym samym także w tym zakresie zarzuty odwołania nie są zasadne.

Izba przyznaje, iż zamawiający zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający jego obiektywnym potrzebom. W toku postępowania dowodowego zamawiający wykazał, iż serwery dysponujące określonymi parametrami technicznymi są mu niezbędne w celu zapewnienia realizacji celu założonego w ramach postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia, którym jest dostawa serwerów mających służyć budowie sprawnego systemu administracji elektronicznej. Trwałość projektu pn. „Infostrada Kujaw i Pomorza” (finansowanie z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego) utrzymana musi być przez okres pięciu lat, co także wymusza dostawę sprzętu, który umożliwi osiągnięcie tego założenia (serwery muszą być odpowiednio nowoczesne w chwili ich zakupu). Zatem w niniejszej sprawie zamawiający powołał się na argumenty przemawiające za oznaczonym w siwz wynikiem testów wyjaśniając, iż w pierwszym rzędzie określił swoje potrzeby (zdefiniował parametry techniczne potrzebnego sprzętu), a następnie

odniósł je do wyników testów wydajnościowych zamieszczonych na stronie internetowej www.spec.org. Zauważyć należy, iż fakt, że nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania zamawiającego opisane w siwz i mogą je zaoferować nie oznacza, iż postępowanie jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji. Zamawiający ma prawo do takiego sformułowania wymagań, aby mógł wybrać ofertę najlepiej odpowiadającą jego potrzebom. Odwołujący nie wykazał, aby wymagania sformułowane przez zamawiającego były w omawianym zakresie wygórowane lub nie wynikające z jego potrzeb, co miałyby uzasadniać opisanie przedmiotu zamówienia wyłącznie poprzez wskazanie wymaganej minimalnej wydajności przy jednoczesnej rezygnacji z określenia minimalnej liczby procesorów (opis funkcjonalny). Natomiast podnoszone w odwołaniu oraz na rozprawie wątpliwości dotyczące liczby serwerów (minimum 1 dla wydajności 82 pkt. spec oraz 212 pkt. spec przy minimum 2 serwerach) zostały wyjaśnione odpowiedzią na pytanie nr 1 z dnia 18 sierpnia 2010 r. Wynika z niej, iż wydajność 82 dotyczy serwera z 1 procesorem, a wydajność 212 – serwera z co najmniej dwoma procesorami. Gołosłowne pozostały stwierdzenia odwołującego, iż serwery opisane przez zamawiającego umożliwiają zaoferowanie wyłącznie urządzeń wyprodukowanych przez Dell. Należy ponownie podkreślić, iż na odwołującym spoczywa ciężar dowodu, co do okoliczności, z których wywodzi skutki prawne, to on powinien więc w niniejszej sprawie wykazać naruszenie ustawy, czego nie uczynił.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, uwzględniając stanowiska stron, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie. W tym stanie rzeczy Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp uwzględniła odwołanie orzekając jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień § 3 pkt 1 a) w zw. z § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

.....

