

Sulęcin, dnia 10.09.2024r.

WYJAŚNIENIE Nr 2 treści SWZ

DZ.272.9.2024.KGry

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji na:

System Archiwizacji Danych

Działając na podstawie art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r. poz. 1605), Zamawiający przekazuje poniżej treść zapytań, które wpłynęły do Zamawiającego wraz z wyjaśnieniami:

Pytanie nr 1 Zamawiający w treści SWZ, Rozdział III pkt 1 ppkt 5, zamieścił następujące postanowienie dotyczące przedmiotu zamówienia: „Płyta główna dedykowana do pracy w serwerach, wyprodukowana przez producenta serwera z możliwością zainstalowania do dwóch procesorów wykonujących 64-bitowe instrukcje AMD64 lub EM64T” W ocenie Wykonawcy powyższe postanowienie narusza przepis art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, jak i narusza przepis art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości (art. 16 pkt 2-3 ustawy Pzp). Wykonawca wskazuje, że powyższe wymaganie SWZ ma charakter wyraźnie dyskryminujący, bowiem skutecznie eliminuje możliwość zaoferowania Zamawiającemu sprzętu tych producentów, którzy kupują płyty główne u innych producentów, mimo że są to płyty wysokiej jakości i spełniają wszystkie pozostałe wymagania SWZ. Wykonawca wskazuje i podkreśla, że na rynku są producenci znakomitej jakości serwerów, spełniających wszystkie pozostałe wymagania SWZ, którzy korzystają z płyt głównych zakupionych u innych producentów, specjalizujących się właśnie w wytwarzaniu płyt głównych. Taka praktyka nie różni się niczym od praktyki polegającej na wykorzystywaniu procesorów innych producentów, specjalizujących się w wytwarzaniu procesorów, a Zamawiający w przypadku procesorów nie wymaga, aby były one zaprojektowane przez producenta serwera i oznaczone jego znakiem firmowym. Natomiast poprzez wskazane powyżej wymaganie SWZ, mające w istocie charakter marginalny w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający wykluczył możliwość zaoferowania mu serwerów zbudowanych z wykorzystaniem płyt głównych pochodzących od innych producentów, mimo że serwery te spełniają z nadstatkiem wszystkie pozostałe wymagania SWZ. Wykonawca wskazuje i podkreśla, że wymagania analogiczne do wymagań SWZ wskazanych powyżej były już przedmiotem oceny zarówno Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jak i Krajowej Izby Odwoławczej i ocena ta w każdym przypadku była negatywna. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, już na gruncie poprzednio obowiązującego Prawa zamówień publicznych, wypowiedział się w powyższej kwestii w Rekomendacjach Prezesa UZP dotyczących udzielania zamówień publicznych na dostawę zestawów komputerowych (wersja z 10 stycznia 2012 r.). Na str. 13 ww. Rekomendacji, w Tabeli 3. Zapisy niedopuszczalne w opisie przedmiotu zamówienia na dostawę zestawów komputerowych, jako przykład zapisu niedopuszczalnego wskazano: „Wymaganie, aby wszystkie lub część komponentów zestawu (np. płyta główna, monitor, klawiatura, mysz, urządzenia peryferyjne) pochodziły od tego samego producenta i były sygnowane logiem producenta komputera.” Z kolei na str. 20 ww. Rekomendacji odnośnie płyty głównej wskazano, że: „Wymagania dotyczące płyty głównej powinny się koncentrować na udostępnianej przez płytę funkcjonalności, np. na zintegrowanych z nią podzespołach (np. zintegrowana karta dźwiękowa, sieciowa), obsługiwanych przez płytę standardach (np. USB, Firewire) i dostępności złączy (liczba złączy USB 2.0/3.0, liczba złączy kart rozszerzeń, liczba wolnych slotów pamięci).” Także nowe „Rekomendacje Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące udzielania zamówień publicznych na dostawę zestawów komputerowych” (marzec 2021), zaakceptowane przez Komitet Rady Ministrów do spraw Cyfryzacji, przy braku uwag ze strony Centralnego Biura Antykorupcyjnego, jako niedopuszczalne w opisie przedmiotu zamówienia na dostawę urządzeń komputerowych traktują wymaganie, wszystkie lub część komponentów urządzenia (np. płyta

główna, monitor, klawiatura, mysz, urządzenia peryferyjne) pochodziły od tego samego producenta i były sygnowane logiem producenta komputera” (strona 15, Tabela 4). Z kolei KIO na temat wymagania, aby płyta główna była wyprodukowana i zaprojektowana przez producenta serwera, już dawno wypowiedziała się, np. - w wyroku z dnia 3 listopada 2010 r., sygn. akt: KIO 2274/10, KIO 2285/10, wskazując, że: „W kwestii pochodzenia płyty głównej od tego samego producenta serwera lub komputera, czy też kwestii montażu i demontażu bez narzędziowego, w ocenie Izby, Zamawiający nie wykazał racjonalności takich postanowień SWZ. W tym ostatnim zakresie w szczególności wobec wymogu autoryzacji producenta w zakresie serwisu. W rezultacie Izba nakazuje ich wykreślenie.” Analogiczne, negatywne stanowisko Izba wyraziła w uchwale z dnia 27 września 2012 r., KIO/KD 80/12. W rozpatrywanej wówczas sprawie Prezes UZP w wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej stwierdził, że: „co najmniej kilka zapisów (w treści opisu przedmiotu zamówienia – przyp. Wykonawcy) prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji, tj. uniemożliwia złożenie ważnej, niepodlegającej odrzuceniu oferty przez podmioty zdolne do realizacji przedmiotu świadczenia. Przede wszystkim za niedopuszczalny należy uznać wymóg, aby różne elementy zestawu komputerowego (w przedmiotowym postępowaniu taki wymóg określono wobec obudowy, klawiatury, myszy komputerowej i płyty głównej) pochodziły od tego samego producenta i były sygnowane logiem tego producenta. Powyższy zapis oznacza, że Zamawiający zażądał, aby dostarczany komputer był produktem tzw. markowym (i istotne elementy takiego komputera miały pochodzić od jednego producenta), co jednoznacznie wyeliminowało z postępowania mniejszych wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotu świadczenia, ale składających (integrujących) komputery z elementów różnych producentów. W konsekwencji zamawiający nie tylko uniemożliwił złożenie oferty przez mniejsze podmioty składające komputery samodzielnie, ale także uniemożliwił zastosowanie w komputerze niektórych elementów (w szczególności dotyczy to płyt głównych) światowych producentów o wysokiej jakości, którzy jednakże nie oferują gotowych zestawów komputerowych składających się z różnych elementów opatrzonym własnym logo.” Podkreślić trzeba, że rozpatrując zastrzeżenia Zamawiającego do treści Informacji o wyniku kontroli Izba przyznała rację Prezesowi UZP i stwierdziła, iż Zamawiający, udzielając zamówienia publicznego, naruszył obowiązujące wówczas przepisy art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższa linia jest kontynuowana także na gruncie obowiązującej ustawy Pzp. Tytułem przykładu, Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 30 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1724/21, uwzględniła odwołanie wykonawcy w taki sposób, że nakazała zamawiającemu usunięcie „wymagania, aby wszystkie komponenty oprogramowania musiały pochodzić od jednego producenta i musiały posiadać wspólne wsparcie realizowane przez jednego producenta”. Mając powyższe na uwadze Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację wskazanego powyżej wymagania SWZ poprzez usunięcie zapisu: „wyprodukowana przez producenta serwera”. W nawiązaniu do powyższego Wykonawca 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. Zamawiający ma prawo wymagać pewnych standardów technicznych i jakościowych, o ile nie są wymogami zbędnymi i wygórowanymi. Wykonawca przypomina także, że „zgodnie z art. 99 ust. 4 p.z.p. zakazana jest już sama możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji, a nie tylko jej rzeczywiste utrudnienie” (wyrok z dnia 11 lipca 2023 r., KIO 1797/23). Także, jak wskazano w wyroku z dnia 24 lipca 2023 r., KIO 1959/23, „Chociaż postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności, to w przypadku gdy odwołanie dotyczy sposobu opisanego w SWZ przedmiotu zamówienia - to na zamawiającym jako gospodarzu postępowania spoczywa ciężar udowodnienia, że nie naruszył on przepisów art. 29 p.z.p. z 2004 r. Tak więc to strona zamawiająca powinna przedstawić dowody wskazujące na to, iż w świetle przeprowadzonych przez zamawiającego analiz i badań tylko tak opisany przedmiot zamówienia jest w stanie spełnić jego oczekiwania.” Ustawodawca stanął jednoznacznie na stanowisku, iż 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 regułę. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bowiem na mniejszą liczbę złożonych w postępowaniu ofert oraz może powodować oferowanie przez wykonawców produktów nieporównywalnych. Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z najistotniejszych czynności zamawiającego, poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która determinuje cały jego przebieg i wywiera wpływ na jego wynik. Dlatego też zamawiający winien dokonać tej czynności z poszanowaniem wyrażonej w art. 16 p.z.p. zasady, nakładającej obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (tak w wyroku dnia 20 marca 2023 r., KIO 551/23).

Zamawiający nie może określać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Oznacza to konieczność eliminacji z tego opisu wszelkich sformułowań, które bezpośrednio lub pośrednio mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę czy produkt, bądź też, które eliminowałyby konkretnych wykonawców czy produkty, uniemożliwiając lub utrudniając im złożenie oferty, czyli powodując sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych (wyrok z dnia 13 stycznia 2023 r., KIO 3489/22).

Wyjaśnienie: Zamawiający przypomina, że Rekomendacje Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z marca 2021 roku oraz wcześniejsze dotycząca udzielania zamówień publicznych na dostawę „zestawów komputerowych” (patrz punkt 2.1. Definicje urządzeń komputerowych), co oznacza, że nie dotyczą wysoko specjalizowanych urządzeń jakimi są serwery i rekomendacje te nie mają zastosowania w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający realizując postępowanie „Systemu Archiwizacji Danych wraz z instalacją, konfiguracją i szkoleniem w ilości 1 komplet” do projektu grantowego „Cyberbezpieczny Samorząd” wyjaśnia, że ten system ma znaczenie krytyczne dla Zamawiającego i dlatego też wymagane jest dostarczanie całości Systemu Archiwizacji Danych o 100% stabilności działania i tym samym całość systemu jak i jego poszczególne komponenty muszą być zaprojektowane i tak dobrane, aby ich współdziałanie były nie tylko nie zakłócone, ale dawało również pewność bezpiecznej stabilnej pracy. Zamawiający opiera kluczową część bezpieczeństwa informacji o Systemu Archiwizacji Danych i tym samym nie rezygnuje z zapisu dotyczącego wymogu dla płyty głównej opisanego w SWZ, Rozdział III pkt 1 ppkt 5. Zamawiający wyjaśnia, że sama płyta główna serwera nie stanowi o stabilności działania tego serwera. To wszystkie komponenty wchodzące w skład specjalizowanego urządzenia jakim serwer zapewniają mu wymagane parametry działania, a w przypadku rozwiązań o znaczeniu krytycznym, Zamawiający nie może sobie pozwolić na dostarczenie Systemu Archiwizacji Danych poniżej oczekiwań.

(podpis Przewodniczącego Komisji Przetargowej)