

WYROK

Warszawa, dnia 18 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Bienias**

Protokolant: **Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2023 r. przez wykonawcę **Advatech sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie**,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy **WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Advatech sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** i

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Advatech sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**, tytułem wpisu od odwołania.

2.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 3921/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Zakup Macierzy dyskowych na platformę MF z możliwością rozbudowy do systemów otwartych, o numerze referencyjnym 993200.271.45.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UEw dniu 20 października 2023 r. pod numerem 2023/S 203-639413.

W dniu 27 grudnia 2023 r. wykonawca Advatech sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wniósł odwołanie wobec treści załącznika nr 11 do SWZ – Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej jako: „OPZ”), tj.: rozdziału 2, pkt 6 OPZ w zakresie, w jakim Zamawiający zmodyfikował w dniu 15 grudnia 2023 roku treść przedmiotowego postanowienia, co doprowadziło do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencyjności w Postępowaniu i dopuszczenia możliwości złożenia oferty w oparciu o oświadczenie producenta, którego treść ma potwierdzać wykonanie świadczenia niemożliwego w postaci zagwarantowania przez producenta o 100% dostępności danych przez cały okres eksploatacji Macierzy.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: art. 99 ust. 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP, a także art. 3531 k.c., art. 387 §1 k.c. w zw. art. 8 PZP poprzez wprowadzenie do rozdziału 2, pkt 6 OPZ postanowienia o następującej treści: Obsługa dysków logicznych RAID z dystrybucją parzystości w konfiguracji RAID6. Wymagane jest zastosowanie konfiguracji RAID6, w której liczba dysków parzystości stanowi: a) co najmniej 20% dysków w grupie RAID (np. 6D + 2P, 8D + 2P, 10D + 2P); albo b) nie mniej niż 10% i jednocześnie nie więcej niż 20% dysków w grupie RAID (np. 12D + 2P, 14D + 2P), z zastrzeżeniem obowiązku przedłożenia Zamawiającemu pisemnej gwarancji producenta o 100% dostępności danych przez cały okres eksploatacji Macierzy, na zasadach określonych w Projektowanych postanowieniach umowy (Załącznik nr 2 do SWZ)”, co prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także naruszenia zasady proporcjonalności oraz przepisów kodeksu cywilnego, gdyż dopuszcza możliwość złożenia oferty w oparciu o oświadczenie producenta, którego treść ma potwierdzać wykonanie świadczenia niemożliwego w postaci zagwarantowania przez producenta o 100% dostępności danych przez cały okres eksploatacji Macierzy.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

1) modyfikacji postanowienia określonego w rozdziale 6, pkt 2 OPZ poprzez usunięcie lit. b, co prowadzi będzie do następującego brzmienia niniejszego postanowienia: Obsługa dysków logicznych RAID z dystrybucją parzystości w

konfiguracji RAID6. Wymagane jest zastosowanie konfiguracji RAID6, w której liczba dysków parzystości stanowią co najmniej 20% dysków w grupie RAID (np. 6D + 2P, 8D + 2P, 10D + 2P). ~~albo b) nie mniej niż 10% i jednocześnie nie więcej niż 20% dysków w grupie RAID (np. 12D + 2P, 14D + 2P), z zastrzeżeniem obowiązku przedłożenia Zamawiającemu pisemnej gwarancji producenta o 100% dostępności danych przez cały okres eksploatacji Macierzy, na zasadach określonych w Projektowanych postanowieniach umowy (Załącznik nr 2 do SWZ);~~
alternatywnie:

2) modyfikacji postanowienia określonego w rozdziale 6, pkt 2 OPZ poprzez dopuszczenie wyłącznie rozwiązań RAID 6D+2P, które są dostępne w ofercie wszystkich wiodących producentów macierzy dla platformy Mainframe (HPE, Hitachi, DellEMC, IBM), co prowadzić będzie do następującego brzmienia niniejszego postanowienia: Obsługa dysków logicznych RAID z dystrybucją parzystości w konfiguracji RAID6. Wymagane jest zastosowanie konfiguracji RAID6, w której liczba dysków parzystości stanowi: a) co najmniej 20% dysków w grupie RAID (np. 6D + 2P, 8D + 2P, 10D + 2P); ~~albo b) nie mniej niż 10% i jednocześnie nie więcej niż 20% dysków w grupie RAID (np. 12D + 2P, 14D + 2P), z zastrzeżeniem obowiązku przedłożenia Zamawiającemu pisemnej gwarancji producenta o 100% dostępności danych przez cały okres eksploatacji Macierzy, na zasadach określonych w Projektowanych postanowieniach umowy (Załącznik nr 2 do SWZ);~~

Odwołujący wskazał, że:

1. Odwołaniem z dnia 4 grudnia 2023 roku wykonawca CSPM sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żytnia 13/161, 01-014 Warszawa (dalej jako: „CSPM”) zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 99 ust. 1, 2 i 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP poprzez dokonanie w dniu 22 listopada 2023 roku modyfikacji w treści OPZ, polegającej na dodaniu w rozdziale 2, pkt 6 OPZ dodatkowego wymagania o brzmieniu: Wymagane jest zastosowanie konfiguracji RAID6, w której liczba dysków parzystości stanowi co najmniej 20% dysków w grupie RAID, co w ocenie odwołującego stanowiło ograniczenie konkurencji oraz było nieproporcjonalne do wartości przedmiotu Zamówienia i jego celu.

Dowód: Odwołanie CSPM – Załącznik Nr 1 do Odwołania

2. W skrócie, Odwołanie CSPM stanowiło swoistą skargę na Zamawiającego, że promuje on rozwiązania vendora IBM, kosztem rozwiązań innych vendorów, jak HPE, czy Hitach Vantara. CSPM nie przedstawiło przy tym żadnego dowodu na poparcie swoich tez stawianych w złożonym do Izby odwołaniu, które w ocenie Odwołującego były nieprawdziwe, co zamierzał dowieść Advatech w postępowaniu odwoławczym.

3. Wykonawca CSPM cofnął w dniu 15 grudnia 2023 r. swoje odwołanie Dowód: Oświadczenie o cofnięciu Odwołania CSPM – Załącznik Nr 2 do Odwołania, a następnie w tym samym dniu Zamawiający w odpowiedzi na Odwołanie CSPM uwzględnił w całości zarzuty przedmiotowego odwołania. Zamawiający nie usunął jednak w całości spornego postanowienia, ale co ciekawe dokonał sporej modyfikacji spornego postanowienia w sposób w który pozornie zwiększa konkurencyjność Postępowania: „Było: Obsługa dysków logicznych RAID z dystrybucją parzystości w minimalnej konfiguracji RAID6. Wymagane jest zastosowanie konfiguracji RAID6, w której liczba dysków parzystości stanowi co najmniej 20% dysków w grupie RAID, Jest: Obsługa dysków logicznych RAID z dystrybucją parzystości w konfiguracji RAID6. Wymagane jest zastosowanie konfiguracji RAID6, w której liczba dysków parzystości stanowi: a) co najmniej 20% dysków w grupie RAID (np. 6D + 2P, 8D + 2P, 10D + 2P); albo b) nie mniej niż 10% i jednocześnie nie więcej niż 20% dysków w grupie RAID (np. 12D + 2P, 14D + 2P), z zastrzeżeniem obowiązku przedłożenia Zamawiającemu pisemnej gwarancji producenta o 100% dostępności danych przez cały okres eksploatacji Macierzy, na zasadach określonych w Projektowanych postanowieniach umowy (Załącznik nr 2 do SWZ)”.

4. Zamawiający w uwzględnieniu odwołania CSPM, a ściślej w dokonanej modyfikacji OPZ poszedł o krok dalej niż jak się wydaje oczekiwał Odwołujący CSPM, wprowadzając nową treść w lit. b) rozdziału 2, pkt 6 OPZ, co spowodowało sytuację, w której dopuszczone są rozwiązania o wiele tańsze od pierwotnie wymaganych, bardziej zawodne, zaś Zamawiający żąda pozornej gwarancji producenta o 100% dostępności danych przez cały okres eksploatacji Macierzy.

Dowód: Odpowiedź Zamawiającego na Odwołanie – Załącznik Nr 3 do Odwołania

5. Co ciekawe, Odpowiedź Zamawiającego na Odwołanie w swej treści obala tezy z Odwołania CSPM, wskazując konkretne przykłady macierzy, które spełniały wymagania z nieaktualnej już treści z OPZ, jednakże Zamawiający wskazał w swojej odpowiedzi że, Odwołujący w treści odwołania (str. 7) wskazał, iż „producenci stosujący grupy RAID6 14D + 2P udzielają pisemnej gwarancji 100% dostępności danych”. Zamawiający zweryfikował tą informację i ustalił, iż istnieje kilku producentów Macierzy, którzy są w stanie taką gwarancję udzielić. Przykładem jest tutaj chociażby firma HPE, co potwierdzają informacje na stronie internetowej firmy HPE pod linkiem: na stronie internetowej firmy HPE pod linkiem: https://www.hpe.com/psnow/doc/a00018673enw?jumpid=in_lit-psnow-red.

Wobec tego, w kontekście możliwości uzyskania wspomnianej gwarancji producenta, Zamawiający postanowił przychylić się do treści żądania Odwołującego w zakresie dopuszczenia możliwości zaoferowania Macierzy skonfigurowanej w RAID 6 (14D+2P), z zastrzeżeniem przedłożenia pisemnej gwarancji producenta o 100% dostępności danych przez cały okres eksploatacji Macierzy.

6. Dalej. Zamawiający Wyjaśnieniach (5) do SWZ opublikowanych na swojej stronie 27.12.2023 r., w odpowiedzi na pytanie Nr 1 wskazuje, że na oficjalnych stronach internetowych producentów Macierzy, np. Hewlett Packard Enterprise (HPE) i Hitachi, zamieszczone są informacje dotyczące gwarancji 100% dostępności danych. Wobec powyższego stwierdzić należy, iż istnieją producenci, którzy są w stanie udzielić gwarancji 100% dostępności danych. Ponadto, wskazać należy, iż na pozyskanie ww. gwarancji wskazywali również Wykonawcy – vide pytanie nr 3 przytoczone w piśmie Zamawiającego nr 993200.271.IN-1240.2023, a także odwołanie zamieszczone na stronie internetowej prowadzonego postępowania w dniu 5.12.2023 r. Wymóg pozyskania ww. gwarancji nie odnosi się do każdej możliwej do zaoferowania konfiguracji dysków w RAID6, lecz jedynie do tych konfiguracji wskazanych w lit. b pkt 6 Rozdział 2 OPZ.

7. Po pierwsze zarówno Odpowiedź Zamawiającego na Odwołanie CSMP, jak i wskazane wyjaśnienia do treści SWZ niejako pokazują, że Zamawiający oparł obecnie obowiązujący kształt OPZ o rozwiązania dwóch vendorów – HPE i Hitachi Ventara, których rozwiązania dodatkowo premiuje w kryteriach oceny ofert - w przeciwieństwie do rozwiązania IBM, po drugie pokazuje to, że Zamawiający albo źle odczytuje informacje ze stron dwóch producentów albo sztucznie przyjmuje, że zasady logicznego rozumowania, doświadczenia życiowego, prawa fizyki można wyłączyć oświadczeniem vendora, które będzie potwierdzało nieprawdziwe założenie gwarancji 100% dostępności danych.

8. Wydaje się, że Zamawiający przyjmując argumentację Odwołującego CSMP, całkowicie pominął oczywiste znaczenie oraz wpływ długości grup RAID na bezpieczeństwo dostępu do danych oraz odporność macierzy dyskowej na awarię większej ilości dysków (bez utraty danych).

9. Zamawiający zgodził się na zaakceptowanie długich grup RAID, pod warunkiem dostarczenia oświadczenia potwierdzającego 100% niezawodności oferowanego rozwiązania, które to oświadczenie dot. świadczenia, które nie jest możliwe do spełnienia (nie ma urządzeń niezawodnych w 100%) i nie niesie za sobą jakichkolwiek konsekwencji dla Oferenta, a w związku z tym - jest bezwartościowe.

10. Zamawiający w toku postępowania, sesji pytań/odpowiedzi oraz reakcji na Odwołanie CSMP, skupił się wyłącznie na kwestiach dostępu do danych ograniczając się do samych urządzeń. Zamawiający całkowicie pominął i nie bierze pod uwagę wpływu czynników zewnętrznych na bezpieczeństwo dostępu do danych (jednoczesna awaria wielu dysków nie musi wynikać z problemów konstrukcyjnych, może wynikać również z czynników zewnętrznych takich jak np. wyładowanie elektryczne, czynnik ludzki), a w tych sytuacjach zwiększanie długości grup RAID potęguje ryzyko utraty dostępu do danych, lub ryzyko całkowitej ich utraty. Co również bardzo ważne, gro kosztów oferty stanowią dyski macierzy. Dopuszczenie możliwości złożenia oferty w oparciu o mniej bezpieczne rozwiązania posiadające długie grupy RAID, powoduje, że zostaną złożone oferty w oparciu o znacznie mniejszą ilość dysków, co może przełożyć się na różnicę w cenie ofert nawet o około 20%, kosztem bezpieczeństwa danych. Odwołujący wskazuje, że IBM jest producentem serwerów z którymi będą współpracować oferowane w Postępowaniu macierze. Według najlepszych praktyk IBM nie jest zalecanym stosowanie rozwiązań macierzowych z serwerami IBM o tak długich grupach RAID dopuszczonych w lit. b pkt 6 Rozdział 2 OPZ, co Zamawiający również winien wziąć pod uwagę, jeżeli jak wynika z Odpowiedzi na pytanie Nr 1 Wyjaśnień (5) do SWZ przede wszystkim zależy mu na bezpieczeństwie przechowywanych danych.

11. Niewątpliwie, wszyscy producenci macierzy podłączanej do systemu Mainframe tacy jak EMC/Dell, Hitachi, HPE lub IBM spełniają wymaganie dostarczenia RAID6 w konfiguracji 6D+2P. Ustalenie progu ilościowego „co najmniej 20% dysków” chroni Zamawiającego przed zakupem urządzeń o wcześniej nieokreślonym poziomie bezpieczeństwa. Zamawiający zresztą we wspomnianych wyjaśnieniach z dnia 27 grudnia 2023 r. podkreślał, jak ważne jest dla niego bezpieczeństwo przechowywanych danych wrażliwych.

na Macierze zakupione w ramach niniejszego postępowania mają zostać przeniesione dane wrażliwe, a więc dane istotne dla funkcjonowania Zamawiającego i wykonywania przez niego zadań statutowych. Mając to na uwadze, celem zminimalizowania ryzyka utraty tych danych, których to utrata jest niemożliwa do wycenienia, a zarazem skutkująca bardzo poważnymi problemami w wykonywaniu zadań statutowych, Zamawiający wprowadził wymagania, o których mowa w pkt 6 Rozdział 2 OPZ i które dla Zamawiającego są optymalne z punktu widzenia zapewnienia bezpieczeństwa danych. Wprowadzenie postanowienia w lit. b pkt 6 Rozdział 2 OPZ nie tylko nie zwiększy bezpieczeństwa, ale dopuści zaoferowanie rozwiązań tańszych i mniej bezpiecznych, podczas gdy wspomnieni przez Zamawiającego vendorzy HPE i Hitach Ventara, a także Dell EMC i IBM posiadają rozwiązania, które spełniają wymaganie dostarczenia RAID6 w konfiguracji 6D+2P, co gwarantuje Zamawiającemu wymagany poziom bezpieczeństwa w zakresie dostępu do danych.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 stycznia 2024 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że:

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 99 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 nr 1605) – dalej „PZP” w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP, a także art. 3531 k.c., art. 387 §1 k.c. w zw. art. 8 PZP, poprzez wprowadzenie do rozdziału 2, pkt 6 Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ) postanowienia o następującej treści:

„Obsługa dysków logicznych RAID z dystrybucją parzystości w konfiguracji RAID6. Wymagane jest zastosowanie konfiguracji RAID6, w której liczba dysków parzystości stanowi:

a) co najmniej 20% dysków w grupie RAID (np. 6D + 2P, 8D + 2P, 10D + 2P); albo

b) nie mniej niż 10% i jednocześnie nie więcej niż 20% dysków w grupie RAID (np. 12D + 2P, 14D + 2P), z zastrzeżeniem obowiązku przedłożenia Zamawiającemu pisemnej gwarancji producenta o 100% dostępności danych przez cały okres eksploatacji Macierzy, na zasadach określonych w Projektowanych postanowieniach umowy (Załącznik nr 2 do SWZ).”

Zdaniem Odwołującego nadanie takiego brzmienia pkt 6 w rozdziale 2 OPZ prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, a także naruszenia zasady proporcjonalności oraz przepisów kodeksu cywilnego, gdyż dopuszcza możliwość złożenia oferty w oparciu o oświadczenie producenta, którego treść ma potwierdzać wykonanie świadczenia niemożliwego w postaci zagwarantowania przez producenta 100% dostępności danych przez cały okres eksploatacji Macierzy.

W oparciu o opisane wyżej zarzuty, Odwołujący zażądał:

1) modyfikacji postanowienia określonego w rozdziale 6, pkt 2 OPZ poprzez usunięcie lit. b, co prowadzić będzie do następującego brzmienia niniejszego postanowienia:

„Obsługa dysków logicznych RAID z dystrybucją parzystości w konfiguracji RAID6. Wymagane jest zastosowanie konfiguracji RAID6, w której liczba dysków parzystości stanowi:

co najmniej 20% dysków w grupie RAID (np. 6D + 2P, 8D + 2P, 10D + 2P).”

alternatywnie:

2) modyfikacji postanowienia określonego w rozdziale 6, pkt 2 OPZ poprzez dopuszczenie wyłącznie rozwiązań RAID 6D+2P, które są dostępne w ofercie wszystkich wiodących producentów macierzy dla platformy Mainframe (HPE, Hitachi, DellEMC, IBM), co prowadzić będzie do następującego brzmienia niniejszego postanowienia:

„Obsługa dysków logicznych RAID z dystrybucją parzystości w konfiguracji RAID6. Wymagane jest zastosowanie konfiguracji RAID6, w której liczba dysków parzystości stanowi:

co najmniej 20% dysków w grupie RAID 6D + 2P.”

Zdaniem Zamawiającego zarzuty sformułowane w odwołaniu pozbawione są należytych podstaw, wobec czego odwołanie powinno zostać w całości oddalone.

Zamawiający na wstępie podkreśla, że zmodyfikowane zapisy OPZ, choć Odwołujący twierdzi inaczej, poszerzają konkurencję i jednocześnie nie dochodzi do rezygnacji z pożądanej jakości oraz poziomu bezpieczeństwa, co było intencją Zamawiającego.

Odwołujący w pierwszej kolejności zarzucił naruszenie art. 99 ust. 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP. Przepis art. 99 ust. 4 PZP stanowi:

„Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.”

Z kolei art. 16 PZP przewiduje, że „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) [...]

3) proporcjonalny.”

Skutek w postaci naruszenia przywołanych powyżej przepisów mógłby zostać osiągnięty, w związku z nadaniem przez Zamawiającego określonego brzmienia postanowieniom OPZ, tylko w przypadku, gdyby prowadziło to do wyeliminowania z postępowania części rozwiązań możliwych do zaoferowania i funkcjonujących na rynku, albo do nieuzasadnionego uprzywilejowania niektórych Wykonawców.

Analiza zakwestionowanego w odwołaniu postanowienia opisu przedmiotu zamówienia prowadzi do wniosku, że taki stan rzeczy nie zachodzi w niniejszej sprawie. W dniu 15.12.2023 r. Zamawiający dokonał modyfikacji pkt 6 Rozdziału 2 Załącznika nr 11 do SWZ – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ), zgodnie z poniższym:

Było:

„Obsługa dysków logicznych RAID z dystrybucją parzystości w minimalnej konfiguracji RAID6.

Wymagane jest zastosowanie konfiguracji RAID6, w której liczba dysków parzystości stanowi co najmniej 20% dysków w grupie RAID.”

Jest:

„Obsługa dysków logicznych RAID z dystrybucją parzystości w konfiguracji RAID6.

Wymagane jest zastosowanie konfiguracji RAID6, w której liczba dysków parzystości stanowi:

a) co najmniej 20% dysków w grupie RAID (np. 6D + 2P, 8D + 2P, 10D + 2P);

albo

b) nie mniej niż 10% i jednocześnie nie więcej niż 20% dysków w grupie RAID (np. 12D + 2P, 14D + 2P), z zastrzeżeniem obowiązku przedłożenia Zamawiającemu pisemnej gwarancji producenta o 100% dostępności danych przez cały okres eksploatacji Macierzy, na zasadach określonych w Projektowanych postanowieniach umowy (Załącznik nr 2 do SWZ).”

Dowód: modyfikacje nr 1-5 w piśmie nr 993200.271.IN-1240.2023 z dnia 15.12.2023 r. - w dokumentacji postępowania.

Powyższe oznacza, że obok przewidywanych dotychczas urządzeń spełniających wymaganie konfiguracji RAID6, w której liczba dysków parzystości stanowi co najmniej 20% dysków w grupie RAID, dopuszczono również możliwość zaoferowania urządzeń z zastosowaniem konfiguracji RAID6, w której liczba dysków parzystości stanowi nie mniej niż 10 % i jednocześnie nie więcej niż 20% dysków w grupie RAID, z jednoczesnym przedstawieniem pisemnej gwarancji producenta o 100% dostępności danych przez cały okres eksploatacji Macierzy.

Na skutek kwestionowanej przez Odwołującego modyfikacji pkt 6 rozdziału 2 OPZ katalog Macierzy możliwych do zaoferowania nie został więc ograniczony, jak to Odwołujący przedstawia w treści odwołania. Jest wręcz przeciwnie, ponieważ w wyniku wspomnianej modyfikacji Zamawiający dopuścił również możliwość zaoferowania Macierzy w konfiguracji, opisanej w lit. b pkt 6 Rozdziału 2 OPZ.

W tym miejscu należy podkreślić, że wymóg przedstawienia gwarancji producenta nie dotyczy Macierzy z konfiguracją RAID6, w której liczba dysków parzystości stanowi co najmniej 20% dysków w grupie RAID – tak jest teraz, tj. zgodnie z obecnymi postanowieniami pkt 6, lit. a Rozdział 2 OPZ i tak również było wg stanu przed dokonaniem kwestionowanej modyfikacji postanowień OPZ. Oznacza to, że modyfikacja OPZ z 15.12.2023 r. nie zmienia sytuacji tych potencjalnych Wykonawców, którzy zaoferują urządzenia w konfiguracji RAID6, w której liczba dysków parzystości stanowi co najmniej 20% dysków w grupie RAID.

Zamawiający podnosi, że nie jest trafna także argumentacja Odwołującego, przedstawiona w odwołaniu w intencji uzasadnienia zarzutu naruszenia art. 3531 k.c., art. 387 §1 k.c. w zw. art. 8 PZP. Zdaniem Odwołującego aktualne postanowienia pkt 6 Rozdziału 2 OPZ miałyby skutkować *de facto* wprowadzeniem wymogu wykonania świadczenia, które jest niemożliwe do spełnienia, w postaci przedłożenia pisemnej gwarancji producenta o 100% dostępności danych (o czym mowa w pkt 9 odwołania) w przypadku zaoferowania m.in. Macierzy w konfiguracji dysków RAID 6 14D + 2P, ponieważ zdaniem Odwołującego takowa gwarancja musiałaby objąć również awarie powstałe wskutek czynników zewnętrznych, takich jak wyładowanie atmosferyczne, czynnik ludzki – vide pkt 10 odwołania.

W tym miejscu należy zauważyć, że przewidzianym w SWZ świadczeniem Wykonawcy **jest** bynajmniej zapewnienie 100 procentowej bezawaryjności urządzeń, ani zapewnienie 100 % dostępności danych. Świadczeniem Wykonawcy **jest** natomiast przedstawienie pisemnej gwarancji producenta o 100% dostępności danych przez cały okres eksploatacji Macierzy, co jest wykonalne i praktykowane przez producentów Macierzy, zwłaszcza Macierzy opartych na dyskach NVMe PCI, które charakteryzują się zwiększoną niezawodnością i odpornością na awarię. Gwarancja taka zabezpiecza słuszny interes Zamawiającego, polegający na zapewnieniu maksymalnej ochrony przetwarzanych danych, na co najmniej dwa sposoby:

- w przypadku obniżonego poziomu dostępności danych umożliwia wystąpienie z roszczeniami w stosunku do producenta w zakresie gwarancji,
- zapewnia dostawę urządzeń uznawanych przez samego producenta za odznaczające się wysoką jakością i stabilne w stopniu wystarczającym dla udzielenia przedmiotowej gwarancji.

Nie ulega wątpliwości, że grupy RAID 6 zwiększają niezawodność (odporność na awarię) i zmniejszają prawdopodobieństwo wystąpienia niedostępności danych. Ceną za zwiększenie poziomu bezpieczeństwa jest konieczność zapewnienia większej liczby dysków fizycznych w całej Macierzy dyskowej. Każda grupa RAID 6, bez względu na to, z ilu dysków się składa, zabezpiecza przed awarią maksymalnie dwóch dysków fizycznych w jednej grupie RAID, w jednym czasie. Z drugiej strony im więcej dysków w danej grupie RAID, tym jest mniejszy poziom zabezpieczenia przed utratą dostępności danych. Z kolei im mniejsza grupa RAID 6 (np. 6D + 2P), tym więcej fizycznych dysków należy dostarczyć wraz z macierzą.

Zostało to potwierdzone przez jednego z Wykonawców, który zadał Pytanie nr 4 – patrz Modyfikacja nr 2 w piśmie Zamawiającego nr 993200.271.IN-1130.2023, opublikowanym na stronie internetowej prowadzonego postępowania w dniu 22.11.2023 r.

Powyższe zostało potwierdzone również przez Wykonawcę, który zadał Pytanie nr 3 - patrz Modyfikacja nr 4 w piśmie Zamawiającego nr 993200.271.IN-1240.2023 opublikowanym na stronie internetowej prowadzonego postępowania w dniu 15.12.2023 r. W pytaniu tym Wykonawca podkreślił, że w przypadku większej liczby dysków w danej grupie RAID, zwiększa się ryzyko utraty dostępności danych. Ryzyko to można znacznie zmniejszyć stosując dyski NVMe PCI, które charakteryzują się zwiększoną niezawodnością i odpornością na awarię (parametr MTBF - Mean Time Between Failures/uśredniony czas pomiędzy awariami). W tym przypadku, jak potwierdził pytający, wielu wiodących producentów gwarantuje, że przy zastosowaniu grup RAID z większą liczbą dysków NVMe PCI, dostępność danych wynosi 100%.

Odwołujący, w punkcie 10 uzasadnienia Odwołania wskazuje, że „[...]Zamawiający całkowicie pominął i nie bierze pod uwagę wpływu **czynników zewnętrznych** na bezpieczeństwo dostępu do danych (jednoczesna awaria wielu dysków nie musi wynikać z problemów konstrukcyjnych, może wynikać również z czynników zewnętrznych takich jak np. wyładowanie elektryczne, czynnik ludzki), a w tych sytuacjach zwiększanie długości grup RAID potęguje ryzyko utraty dostępu do danych, lub ryzyko całkowitej ich utraty.”

Zamawiający zdaje sobie sprawę, że czynniki zewnętrzne mają znaczący wpływ na poziom bezpieczeństwa dostępu do danych. Jednak oczywistym jest, że Zamawiający nie może wymagać od Wykonawcy i od producenta, że urządzenie będzie odporne na wszystkie czynniki zewnętrzne, które **są niezależne od Wykonawcy lub od producenta**. Zamawiający, wymagając gwarancji 100% dostępności danych, przenosi na producenta odpowiedzialność za zapewnienie najlepszej jakości wszystkich komponentów urządzeń, za zapewnienie konstrukcji i architektury Macierzy z uwzględnieniem redundancji kluczowych komponentów oraz za zapewnienie najwyższego poziomu świadczenia usług gwarancyjnych i opieki serwisowej przez cały okres obowiązywania umowy. Innymi słowy, urządzenia muszą zapewniać bardzo wysoką dostępność i niezawodność oraz gwarantować dostępność danych, również w wyniku wad Macierzy lub jej komponentów. Jednak taka niezawodność będzie zagwarantowana tylko przy zastosowaniu urządzeń wysokiej jakości (np. poprzez zastosowanie dysków NVMe PCI charakteryzujących się wyższym parametrem MTBF) oraz przy dobrze prowadzonej polityce serwisowej nakierowanej na działania proaktywne (np. poprzez rekomendację instalacji poprawek w oprogramowaniu wbudowanym firmware).

Odwołujący, w punkcie 9 uzasadnienia Odwołania wskazuje, że „Zamawiający zgodził się na zaakceptowanie długich grup RAID, pod warunkiem dostarczenia oświadczenia potwierdzającego 100% niezawodności oferowanego rozwiązania, które to oświadczenie dot. świadczenia, które nie jest możliwe do spełnienia (nie ma urządzeń niezawodnych w 100%) i **nie niesie za sobą jakichkolwiek konsekwencji dla Oferenta**, a w związku z tym - jest bezwartościowe.”

Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że wymaganie gwarancji 100% dostępności „nie niesie za sobą jakichkolwiek konsekwencji dla Oferenta”. Zamawiający w ślad za pismem nr 993200.271.IN-1240.2023, opublikowanym na stronie internetowej prowadzonego postępowania w dniu 15.12.2023 r., dokonał modyfikacji w treści Projektowanych Postanowień Umowy (PPU). W wyniku tych modyfikacji do PPU wprowadzono karę umowną za niedostarczenie przez Wykonawcę pisemnej gwarancji producenta o 100% dostępności danych

przez cały okres eksploatacji Macierzy. Ponadto Zamawiający wprowadził możliwość odstąpienia od umowy, w przypadku gdy Wykonawca nie dostarczył tej pisemnej gwarancji po 9 dniach roboczych od zawarcia umowy.

Należy również zwrócić uwagę, że wystąpienie niedostępności danych (poniżej 100% dostępności danych) wygeneruje zwiększone prawdopodobieństwo wystąpienia incydentu, za zwłokę w usunięciu którego Wykonawca będzie opłacał kary umowne przewidziane w § 6 ust. 4 PPU. Z tej przyczyny, w razie ustanowienia odrębnej kary umownej za wystąpienie niedostępności (poniżej 100% dostępności danych), Zamawiający byłby zobowiązany do podwójnego naliczenia kary za to samo zdarzenie tj. także za niedotrzymanie Gwarantowanego Czasu Naprawy – czego nie można byłoby uznać za dopuszczalne.

Z kolei w pkt 7 uzasadnienia odwołania Odwołujący wskazał (cyt):

„Po pierwsze zarówno Odpowiedź Zamawiającego na Odwołanie CSPM, jak i wskazane wyjaśnienia do treści SWZ niejako pokazują, że Zamawiający oparł obecnie obowiązujący kształt OPZ o rozwiązania dwóch vendorów – HPE i Hitachi Ventara, których rozwiązania dodatkowo premiuje w kryteriach oceny ofert - w przeciwieństwie do rozwiązania IBM, (...)”.

Ponieważ Odwołujący nie wskazał w treści odwołania, na czym konkretnie miałyby polegać wspomniane premiowanie, w ramach kryteriów oceny ofert, rozwiązań stosowanych przez ww. vendorów, w związku z tym Zamawiający nie jest w stanie szczegółowo odnieść się do tego zarzutu. Trzeba też zauważyć, że na postanowienia SWZ ustalające kryteria oceny ofert w ustawowym terminie nie zostało skutecznie wniesione odwołanie przez żadnego Wykonawcę.

W tym miejscu Zamawiający zwraca uwagę, iż na wcześniejszym etapie postępowania mierzył się już z podobnymi wątpliwościami zgłaszanymi przez Wykonawców, przy czym dotyczyły one rzekomego preferowania w ramach kryteriów oceny ofert rozwiązań stosowanych przez IBM. Do tych zarzutów Zamawiający odniósł się w odpowiedzi na pytanie nr 1, zawartej w przywołanym wielokrotnie w niniejszej odpowiedzi piśmie nr 993200.271.IN-1240.2023, opublikowanym na stronie internetowej prowadzonego postępowania w dniu 15.12.2023 r.

Przywołane powyżej stanowisko Zamawiającego zachowuje swoją aktualność. Zgodnie z wiedzą Zamawiającego istnieją Macierze różnych producentów, które spełniają wszystkie wymagania obligatoryjne wskazane w OPZ. Nie jest prawdą, że ofertę mogą złożyć tylko Wykonawcy oferujący Macierze jednego producenta. To, czy dana Macierz będzie wyposażona w dodatkowe funkcjonalności podlegające punktacji w ramach ustalonego w SWZ pozacenowego kryterium oceny ofert, nie jest elementem uniemożliwiającym złożenie oferty.

Zamawiający opisał kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, a ich zakres związany jest z przedmiotem zamówienia i spełnia obiektywne i uzasadnione potrzeby Zamawiającego. Wobec tego ustalone przez Zamawiającego

kryterium pozacenowe ma na celu premiowanie sprzętu posiadającego funkcjonalności, które czynią zadość wspomnianym, uzasadnionym potrzebom Zamawiającego, a nie preferowanie sprzętu produkowanego przez konkretnego producenta.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UEw dniu 20 października 2023 r. pod numerem 2023/S 203-639413.

W dniu 27 grudnia 2023 r. wykonawca Advatech sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wniósł odwołanie wobec treści załącznika nr 11 do SWZ – Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej jako: „OPZ”), tj.: rozdziału 2, pkt 6 OPZ w zakresie, w jakim Zamawiający zmodyfikował w dniu 15 grudnia 2023 roku treść przedmiotowego postanowienia, co doprowadziło do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencyjności w Postępowaniu i dopuszczenia możliwości złożenia oferty w oparciu o oświadczenie producenta, którego treść ma potwierdzać wykonanie świadczenia niemożliwego w postaci zagwarantowania przez producenta o 100% dostępności danych przez cały okres eksploatacji Macierzy.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: art. 99 ust. 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP, a także art. 3531 k.c., art. 387 §1 k.c. w zw. art. 8 PZP poprzez wprowadzenie do rozdziału 2, pkt 6 OPZ postanowienia o następującej treści: Obsługa dysków logicznych RAID z dystrybucją parzystości w konfiguracji RAID6. Wymagane jest zastosowanie konfiguracji RAID6, w której liczba dysków parzystości stanowi: a) co najmniej 20% dysków w grupie RAID (np. 6D + 2P, 8D + 2P, 10D + 2P); albo b) nie mniej niż 10% i jednocześnie nie więcej niż 20% dysków w grupie RAID (np. 12D + 2P, 14D + 2P), z zastrzeżeniem obowiązku przedłożenia Zamawiającemu pisemnej gwarancji producenta o 100% dostępności danych przez cały okres eksploatacji Macierzy, na zasadach określonych w Projektowanych postanowieniach umowy (Załącznik nr 2 do SWZ)”, co prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także naruszenia zasady proporcjonalności oraz przepisów kodeksu cywilnego, gdyż dopuszcza możliwość złożenia oferty w oparciu o oświadczenie producenta, którego treść ma potwierdzać wykonanie świadczenia niemożliwego w postaci zagwarantowania przez producenta o 100% dostępności danych przez cały okres eksploatacji Macierzy.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Advatech sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 stycznia 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca - WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 stycznia 2024 r. (pismo z dnia 12 stycznia 2024 r.) wniósł o oddalenie odwołania.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy PZP, Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Zgodnie z art. 353¹ KC, Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Zgodnie z art. 387 § 1 KC, Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 3) proporcjonalny.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub

może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy określony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba w pierwszej kolejności odniesie się do zakwestionowanego przez Przystępującego interesu we wniesieniu odwołania przez Odwołującego. Izba zważy, że interes jest szeroko rozumiany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Tym samym stwierdzenie Odwołującego, iż w wyniku modyfikacji przez Zamawiającego postanowień rozdziału 6 pkt 2 OPZ z dnia 15 grudnia 2023 r. doprowadzi do zaoferowania Zamawiającemu rozwiązań droższych, dopuszczających znacznie mniejszy poziom bezpieczeństwa niż obecnie jest to wymagane przez Zamawiającego, co zdaniem Odwołującego spowoduje nieuzasadnione ograniczenie wykonawców w przedmiotowym postępowaniu i brak możliwości złożenia konkurencyjnej oferty, co skutkuje potencjalnie poniesieniem szkody przez Odwołującego, jest w ocenie Izby wykazaniem, że Odwołujący posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

W dalszej kolejności Izba zważy, że Zamawiający wprowadził modyfikację postanowień w rozdziale 2 pkt 6 Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ) stanowiący załącznik nr 11 do SWZ z dnia 15 grudnia 2023 r. o następującej treści: *„Obsługa dysków logicznych RAID z dystrybucją parzystości w konfiguracji RAID6. Wymagane jest zastosowanie konfiguracji RAID6, w której liczba dysków parzystości stanowi:*

a) co najmniej 20% dysków w grupie RAID (np. 6D + 2P, 8D + 2P, 10D + 2P); albo

b) nie mniej niż 10% i jednocześnie nie więcej niż 20% dysków w grupie RAID (np. 12D + 2P, 14D + 2P), z zastrzeżeniem obowiązku przedłożenia Zamawiającemu pisemnej gwarancji producenta o 100% dostępności danych przez cały okres eksploatacji Macierzy, na zasadach określonych w Projektowanych postanowieniach umowy (Załącznik nr 2 do SWZ),” przy czym co istotne wcześniejszy wymóg Zamawiającego brzmiał (tj. przed modyfikacją): „Obsługa dysków logicznych RAID z dystrybucją parzystości w minimalnej konfiguracji RAID6. Wymagane jest zastosowanie konfiguracji RAID6, w której liczba dysków parzystości stanowi co najmniej 20% dysków w grupie RAID”

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy PZP, Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Biorąc pod uwagę postanowienia zawarte w powyższej normie prawnej, jak również postanowienia opisane w OPZ, zdaniem Izby, Zamawiający obok przewidywanych dotychczas urządzeń spełniających wymaganie konfiguracji RAID6, w której liczba dysków parzystości stanowi co najmniej 20% dysków w grupie RAID, dopuścił również możliwość zaoferowania urządzeń z zastosowaniem konfiguracji RAID6, w której liczba dysków parzystości stanowi nie mniej niż 10 % i jednocześnie nie więcej niż 20% dysków w grupie RAID, z jednoczesnym przedstawieniem pisemnej gwarancji producenta o 100% dostępności danych przez cały okres eksploatacji Macierzy, co skutkuje tym, iż zmiana wprowadzona przez Zamawiającego nie zmniejszyła katalogu Macierzy możliwych do zaoferowania w przedmiotowym postępowaniu, jak twierdzi Odwołujący, ze względu na dopuszczenie możliwości zaoferowania Macierzy w konfiguracji opisanej w lit. b pkt 6 Rozdziału 2 OPZ, a tym samym w ocenie Izby nie może być mowy o opisie przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego w sposób, który utrudniałby uczciwą konkurencję.

Izba zważy, że Odwołujący podnosi, iż w wyniku zaakceptowania przez Zamawiającego długich grup RAID skutkujące *facto* wprowadzeniem wymogu wykonania świadczenia, które jest niemożliwe do spełnienia, w postaci przedłożenia pisemnej gwarancji producenta o 100% dostępności danych m.in. w przypadku zaoferowania Macierzy w konfiguracji dysków RAID 6 14D + 2P. Zdaniem Odwołującego gwarancja ta musiałaby objąć również awarie powstałe wskutek czynników zewnętrznych, takich jak wyładowanie atmosferyczne, czynnik ludzki.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż wbrew podniesionym argumentom w odwołaniu przez Odwołującego, Zamawiający wziął pod uwagę prawdopodobieństwo awarii spowodowanej czynnikiem zewnętrznym poprzez dodanie następujących wymagań co do rozwiązania: replikacja synchroniczna danych produkcyjnych na macierz bliźniaczą przy jednoczesnym zastosowaniu oprogramowania GDPS, zastosowanie określonej liczby dysków typu Hot Spare (zapasowych), zastosowanie oprogramowania Flashcopy w celu zapewnienia kopii zapasowych w przypadku awarii spowodowanej czynnikami zewnętrznymi, na co zwrócił uwagę Przystępujący w piśmie procesowym, a co nie było kwestionowane przez Odwołującego.

Izba zważy, że wymóg opisany przez Zamawiającego w postaci konieczności przedłożenia pisemnej gwarancji

producenta o 100% dostępności danych przez cały okres eksploatacji Macierzy opisanego w lit. b pkt 6 Rozdziału 2 OPZ, jest w ocenie Izby możliwy do spełnienia przez niektórych producentów Macierzy, co jednoznacznie potwierdzają dowody wniesione przez Zamawiającego na posiedzeniu, z których wynika w przypadku producenta Hewlett Packard Enterprise „100% dostępności danych. Program gwarancji 100% dostępności danych HPE XP8”, czy też w przypadku Hitachi Vantara „100% Dostępność danych. Gwarancja od ponad 20 lat”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba nie zgadza się z Odwołującym, który stwierdził na rozprawie, że jest to tylko „slogan reklamowy”. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż to na wykonawcy będzie spoczywał obowiązek przedłożenia pisemnej gwarancji producenta o 100% dostępności danych w momencie podpisywania umowy i w ocenie Izby nie zmienia powyższego powoływane zdanie przez Odwołującego w dowodzie przez niego przedłożonym na posiedzeniu w postaci: „Hewlett Packard Enterprise zastrzega sobie prawo do modyfikowania, anulowania lub aktualizacji w inny sposób Gwarancja 100% dostępności w dowolnym momencie, według własnego uznania”.

Nadto Izba zważa, że taka gwarancja producenta dodatkowo zabezpiecza interes Zamawiającego, ponieważ, jak słusznie podnosił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie: „przenosi na producenta odpowiedzialność za zapewnienie najlepszej jakości wszystkich komponentów urządzeń, za zapewnienie konstrukcji i architektury Macierzy z uwzględnieniem redundancji kluczowych komponentów oraz za zapewnienie najwyższego poziomu świadczenia usług gwarancyjnych i opieki serwisowej przez cały okres obowiązywania umowy”.

Warto w tym miejscu zauważyć, iż w wyniku modyfikacji postanowień w rozdziale 2 pkt 6 OPZ, Zamawiający dokonał również modyfikacji treści Projektowanych Postanowień Umowy (PPU), stanowiący załącznik nr 2 do SWZ. W wyniku tych modyfikacji do PPU wprowadzono karę umowną za niedostarczenie przez Wykonawcę pisemnej gwarancji producenta o 100% dostępności danych przez cały okres eksploatacji Macierzy, co wynika z wyjaśnień (4) i modyfikacji

(4) treści SWZ: „W treści Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane Postanowienia Umowy (PPU) dodaje się w §6 ust. 1¹ a także przypis nr 2 na końcu zdania dodanego ustępu, o brzmieniu:

1¹. W przypadku przekroczenia terminu, o którym mowa w § 3 ust. 2¹, Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 2 000,00 PLN (słownie złotych: dwa tysiące i 00/100), za każdy rozpoczęty dzień zwłoki.²

*2 § 6 ust. 11 zostanie wprowadzony do Umowy tylko w przypadku, gdy Wykonawca w kolumnie „specyfikacja” w pozycji 12 Załącznika nr 1A do SWZ - Specyfikacja techniczna oferowanych Macierzy Dyskowych (Załącznik nr 1A do SWZ, zadeklaruje **nie mniej niż 10% i jednocześnie nie więcej niż 20% dysków**”.*

Niezależnie od powyższego Zamawiający wprowadził także możliwość odstąpienia od umowy, w przypadku gdy Wykonawca nie dostarczył tej pisemnej gwarancji po 5 dniach roboczych od zawarcia umowy, co wynika z wyjaśnień (4) i modyfikacji (4) treści SWZ: „W treści Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane Postanowienia Umowy (PPU) dodaje się w § 6 ust. 13¹, a także przypis nr 3 na końcu zdania dodanego ustępu, o brzmieniu:

13¹. Zamawiający może odstąpić od Umowy, w terminie określonym w ust. 13 zdanie drugie, w przypadku gdy zwłoka Wykonawcy w realizacji obowiązku o którym mowa w §3 ust. 2¹ przekroczy 5 dni roboczych.³

*3 § 6 ust. 13¹ zostanie wprowadzony do Umowy tylko w przypadku, gdy Wykonawca w kolumnie „specyfikacja” w pozycji 12 Załącznika nr 1A do SWZ - Specyfikacja techniczna oferowanych Macierzy Dyskowych (Załącznik nr 1A do SWZ, zadeklaruje **nie mniej niż 10% i jednocześnie nie więcej niż 20% dysków**”.*

W związku z powyższym, nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że wymaganie gwarancji 100% dostępności „nie niesie za sobą jakichkolwiek konsekwencji dla Oferenta”.

Izba zważa, że Przystępującym, że na odporność macierzy dyskowej na awarie i potencjalną utraty danych ma wpływ zastosowana technologia dyskowa, ilość dysków parzystości w grupie RAID, jak również zabezpieczenie danych synchroniczną kopią lustrzaną na bliźniaczej macierzy dyskowej.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wskazał, iż grupy RAID muszą posiadać 2 dyski parzystości, a to oznacza, że pojedyncza grupa RAID będzie odporna na awarię dwóch dysków w pojedynczej grupie, przy czym Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż to rodzaj zaproponowanych dysków ma znaczenie dla bezpieczeństwa danych.

Izba zważa, że z dowodu wniesionego przez Odwołującego wynika, iż średni czas pomiędzy awariami (parametr MTBF) zarówno w przypadku dysku SSD, jak również dysku NVMe jest taki sam, jednakże istotne jest również to, gdzie sam Odwołujący przyznał na rozprawie, iż dyski NVMe mają większą wydajność, a co za tym idzie, ma to istotny wpływ na szybkość usunięcia awarii, na co zwrócił uwagę Zamawiający na rozprawie. Tym samym, Izba zgadza się z argumentacją Przystępującego, który stwierdził w piśmie procesowym, iż „czas odbudowy pojedynczego dysku typu NVMe jest zdecydowanie krótszy niż innych dysków dostępnych na rynku”.

W związku z powyższym, Izba doszła do przekonania, że brak jest uzasadnienia zastosowania w przedmiotowym postępowaniu tylko jak najkrótszych grup RAID w konfiguracji macierzy dyskowej, tj. RAID 6 w konfiguracji 6D+2P, zwłaszcza, że Zamawiający obecnie również stosuje

grupy RAID 6 w dłuższych konfiguracjach, na co wskazywał na rozprawie. Takie działanie Zamawiającego Izba uznała jako uzasadnione potrzeby Zamawiającego.

Izba odnieść się jeszcze do jednego stwierdzenia Odwołującego, który postawił tezę, iż: „*Zamawiający oparł obecnie obowiązujący kształt OPZ o rozwiązania dwóch vendorów – HPE i Hitachi Vantara, których rozwiązania dodatkowo premiuje w kryteriach oceny ofert - w przeciwieństwie do rozwiązania IBM, (...)*”. Izba chciałaby podkreślić, iż Odwołujący nie wskazał w treści odwołania, na czym konkretnie miałyby polegać premiowanie w ramach kryteriów oceny ofert rozwiązań HPE, czy Hitachi Vantara. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż, jeżeli Odwołujący miał jakiegokolwiek zastrzeżenia co do kształtu kryteriów oceny ofert, to powinien był złożyć odwołanie w ustawowym terminie, tj. w terminie 10 dni od opublikowania SWZ, a czego Odwołujący nie uczynił.

Konkludując, Izba stoi na stanowisku, iż nie można czynić zarzutu Zamawiającemu z tego powodu, że dopuścił w wyniku modyfikacji więcej rozwiązań niż dopuszczał pierwotnie, tj. dopuścił m.in. zaoferowanie grup RAID 6 14D + 2P. Tym samym Izba zgadza się z argumentacją Zamawiającego, iż: „To, czy dana Macierz będzie wyposażona w dodatkowe funkcjonalności podlegające punktacji w ramach ustalonego w SWZ pozacenowego kryterium oceny ofert, nie jest elementem uniemożliwiającym złożenie oferty”, a to oznacza, że ofertę w przedmiotowym postępowaniu mogą złożyć nie tylko Wykonawcy oferujący Macierze jednego producenta.

Tym samym, w ocenie Izby, zarzuty Odwołującego są niezasadne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: