sygn. akt: **KIO 1805/23**

WYROK

z dnia 11 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Emil Kuriata

Członkowie: Rafał Malinowski

Jolanta Markowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lipca 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2023 r. przez wykonawcę **IT Solution Factor sp. z o.o., ul. Popularna 4/6; 02-473 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centrum Informatyki Resortu Finansów, ul. Samorządowa 1; 26-601 Radom,**

przy udziale wykonawcy **WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6; 44-100 Gliwice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie**.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **IT Solution Factor sp. z o.o., ul. Popularna 4/6; 02-473 Warszawai** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **IT Solution Factor sp. z o.o., ul. Popularna 4/6; 02-473 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie**.**

Przewodniczący:……

Członkowie: ……

…….

sygn. akt: **KIO 1805/23**

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Informatyki Resortu Finansów z siedzibą w Radomiu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Dostawa serwerów stelażowych wraz z wdrożeniem w miejscu wskazanym przez zamawiającego”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w D.U.U.E. z dnia 3 maja 2023 r., pod nr 2023/S 086-265727.

Dnia 16 czerwca 2023 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 26 czerwca 2023 roku, wykonawca IT Solution Factor sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1.[Zarzut 1] naruszenie pkt 17.3 SWZ w związku art. 134 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 pkt 4) ustawy w związku z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy i w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2) pkt a) i b) ustawy, ponieważ: Zamawiający określił w SWZ swoje wymogi w stosunku do wadium, a wykonawca wniósł wadium w sposób nieprawidłowy i sprzeczny z postanowieniami pkt 17.3 SWZ, ponieważ wbrew postanowieniom SWZ gwarancja wystawiona przez Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. – dalej „Generali”:

- nie ma takiej samej płynności jak wadium wniesione w pieniądzu,
- dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego przez wykonawcę w formie gwarancji jest utrudnione w ramach gwarancji Generali w stosunku do wadium w pieniądzu,
- termin obowiązywania gwarancji Generali nie umożliwia skutecznego zaspokojenia zamawiającego

chociaż zamawiający postawił takie wymogi w SWZ i w przypadku, gdyby roszczenie zamawiającego o zatrzymanie wadium powstało wskutek zachowań lub zaniechań wykonawcy w ostatnim dniu obowiązywania gwarancji (jednocześnie będącym ostatnim dniem związania ofertą), to zamawiający nie będzie mógł uzyskać zaspokojenia z gwarancji (wadium) i gwarant będzie mógł odmówić wypłaty świadczenia w przypadku żądań złożonych po upływie okresu obowiązywania gwarancji. Tym samym, gwarancja Generali jest niezgodna z swz, ponieważ ani nie zapewnia możliwości składania roszczeń do Generali po upływie terminu obowiązywania gwarancji, ani jej termin (Gwarancji) nie jest dłuższy niż termin

obowiązywania oferty. Tym samym Zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę i odrzucić jego ofertę.

2.[Zarzut 2] naruszenie pkt 15.17 pkt 1) i 2) SWZ, pkt OPZ wskazanych niżej, w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy przez zaniechanie uznania, że oferta wykonawcy

w ramach zamówienia podstawowego i prawa opcji w zakresie:

serwer stelażowy x86-64 (C.PSR.R.X.86.2)_BKP wraz z Oprogramowaniem

i Wdrożeniem, to jest oferowany przez wykonawcę: Lenovo ThinkSystem SR665 V3:

jest niezgodny z warunkami zamówienia - postanowieniami OPZ (tom III) pkt II Wymagania funkcjonalne dotyczące Sprzętu:

pkt 1.2 Dla serwerów stelażowych x86-64 (C.PSR.R.X.86.2)_BKP oraz serwerów stelażowych x8664 (C.PSR.R.X.86.2)_BKP - zamówienie podstawowe i prawo opcji,

a które to wymogi są określone w pkt 5.9 i tabeli: wymagania dotyczących pełnego wyposażenia serwera, pełnych możliwości operacyjnych serwera, konieczności pracy

z maksymalną wydajnością podczas pracy ciągłej i pełnym obciążeniu, pamięci ram, jednakowych kości

ponieważ serwery zaoferowane przez wykonawcę nie spełniają wymogów dotyczących charakterystyki, atrybutów, wymogów serwera dotyczących: możliwości pracy

z maksymalną wydajnością przy pełnym obciążeniu podczas pracy ciągłej, zachowania pełnych możliwości operacyjnych, pełnego wyposażenia serwera, a także wymogów co do pamięci (RAM _SIZE), wymogów zbalansowanej konfiguracji:

ponieważ:

- zamiast zaoferowania serwera w konfiguracji pamięci dającej 384 GB pamięci ram na serwer z technologią Intel (procesory AMD - na 2 procesory w serwerze), która dawałaby wymaganą maksymalną wydajność, zdolność operacyjną (100%)

i spełniałaby wymóg co do pełnego wyposażenia,

- wykonawca zaoferował nieoptymalną, poniżej wymogów OPZ konfigurację

i wyposażenie, to jest jedynie 256 Gb pamięci ram dla 2 procesorów AMD na serwerze (czyli zaoferował mniej niż 100% wydajności, zdolności operacyjnej na serwer - 2 procesory AMD), zaoferował mniej niż pełne wyposażenie,

3.[Zarzut 3]: naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 126 ust. 1 ustawy

w związku z art. 16 pkt 1), 2), 3) ustawy:

- przez wybór oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej, wezwanie wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych,

- chociaż wykonawca podlegał wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu,

- zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej choć podlegała ona wyborowi, jako zgodna z warunkami zamówienia i zamawiający powinien wezwać odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, wybrać ofertę odwołującego i zawrzeć z odwołującym umowę,

- przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, nieprzejrzysty, oraz nieproporcjonalny.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1.uwzględnienie odwołania,

2.unieważnienie czynności z 16.06.2023 r. i z 06.06.2023 r. wskazanych powyżej,

3.wykluczenie wykonawcy i odrzucenie jego oferty,

4.ponowną ocenę ofert, już bez oceny oferty wykonawcy,

5.zakazanie wezwania odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych,

6.wybór oferty odwołującego,

7.obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Ponadto odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z:

1.dokumentacji postępowania – na fakt ich treści i czynności i zaniechań –

w dokumentacji postępowania.

2.dowodów wymienionych w odwołaniu.

Odwołujący wskazał, że naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, swz, uniemożliwia odwołującemu uzyskanie zamówienia i zawarcie umowy z zamawiającym

w związku z tym postępowaniem, przez co poniesie szkodę, w tym szkodę majątkową polegającą na stracie oraz utraconej korzyści w postaci nie uzyskania pieniędzy w wyniku realizacji zamówienia. Gdyby zamawiający wykluczył wykonawcę, to zamawiający zawarłby

z odwołującym umowę.

Odwołujący wskazał, co następuje.

[zarzut 1] wadium (gwarancja): brak zapewnienia płynności, zawiera przeszkody
w dochodzeniu roszczeń, termin obowiązywania dokumentu nie zapewnia skutecznego zaspokojenia zamawiającego.

Zdaniem odwołującego, wadium wniesione przez wykonawcę w formie gwarancji, wystawione przez Generali, jest niezgodne z wymogami zamawiającego określonymi w swz (dowód: gwarancja wystawiona przez Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S.A., wniesiona przez wykonawcę – w aktach postępowania).

Zamawiający w swz określił wymogi co do wadium, które wiążą wykonawców. Wynika to
z faktu, że art. 134 ust. 1 zdanie 1 ustawy określa jedynie minimalną treść SWZ (patrz: ust. 1: „*1. SWZ zawiera co najmniej (…)*", a więc zamawiający może dodawać więcej wymogów niż określone w art. 134 ustawy i ma do tego podstawę prawną w ustawie. Zgodnie z art. 134 ust. 2 pkt 4) ustawy zamawiający określa swoje wymogi odnośnie wadium właśnie w SWZ („*SWZ zawiera również: 4) wymagania dotyczące wadium, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek wniesienia wadium*". Z tego postanowienia wynika, że zamawiający może określić swoje swoiste wymogi dla wadium, jak np. dotyczące wyboru prawa, terminu składania roszczeń, płynności, itd. Tym samym, to czy gwarancja spełnia wymogi – jest oceniane z punktu wymogów – przede wszystkim – postanowień swz. Gwarancja, która miała zabezpieczać ofertę wykonawcy (wystawiona przez Generali) nie spełnia wymogów SWZ dotyczących posiadania:

•takiej samej płynności jak wadium wnoszone w pieniądzu,

•braku utrudnienia dochodzenia roszczeń,

•termin obowiązywania dokumentu nie zapewnia skutecznego zaspokojenia zamawiającego.

Gwarancja ubezpieczeniowa Generali nie spełnia powyższych wymogów, tym samym jest gorsza, z perspektywy praw zamawiającego niż wadium w pieniądzu, z uwagi na postanowienie gwarancji Generali:

•§ 3 ust. 1 gwarancji: „*Gwarancja jest ważna w okresie od dnia 22.05.2023 r. do dnia 19.08.2023 r. (…)*",

•§ 4 ust. 1 gwarancji „*Gwarant zapłaci każdą kwotę do wysokości Sumy gwarancyjnej na pierwsze żądanie zapłaty, przedłożone przez Beneficjenta w okresie ważności Gwarancji, określonym w § 3, w terminie 14 dni od dnia złożenia tego żądania lub w terminie określonym w SWZ i wskazanym w żądaniu zapłaty, jeżeli taki termin został określony w SWZ*".

Z tego powodu oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona, ponieważ w przypadku zaistnienia przesłanki zatrzymania wadium w ostatnim dniu terminu ważności gwarancji (np. odmowa podpisania umowy w terminie wyznaczonym w ostatnim dniu związania ofertą, będącego jednocześnie ostatnim dniem obowiązywania gwarancji), nie gwarantuje ona
(ta gwarancja) zamawiającemu możliwości skutecznego zatrzymania wadium, a gwarantuje jedno: zamawiający nie uzyska pieniędzy z wadium od gwaranta.

Z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy pzp wynika, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy – ta sytuacja ma miejsce w tym przetargu. Punktem wyjścia do oceny gwarancji wadialnej wniesionej przez wykonawcę jest:

•treść wymagań przygotowanych przez zamawiającego w stosunku do gwarancji w swz

•przepisy ustawy oraz pomocniczo

•orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów, które dokonują wykładni przepisów prawa w rozpatrywanych sprawach.

Zamawiający w swz określił w pkt 17 wymogi, jakie miała spełniać treść gwarancji wnoszonej jako wadium. Uwagę należy zwrócić przede wszystkim na postanowienia o treści:

1) Dotyczące czasu zabezpieczenia oferty dokumentem gwarancji 17.3. *„(…) Wadium wniesione w takiej formie, musi obejmować cały okres związania ofertą*",

Termin związania ofert w przetargu to okres: 23.05.2022-19.08.2023

Cytuję ten wymóg po to, żeby:

A)wskazać, że postanowienie o czasie obowiązywania gwarancji – to nie jest to jedyny wymóg SWZ dotyczący treści jakie miała spełniać gwarancja, a tylko jeden z spośród wielu wymogów

B)określenie terminu okresu gwarancji równego z okresem związania ofertą jeszcze nie oznacza, że gwarancja jest zgodna z wymogami SWZ, ponieważ są jeszcze inne wymogi SWZ, które ma spełniać gwarancja, a których nie spełnia gwarancja Generali

2) Dotyczące realizacji praw zamawiającego z dokumentu gwarancji – a określonych
w SWZ na podstawie art. 134 ust. 1 zdanie 1 i 2 pkt 4) ustawy, a nie wynikających z ustawy prawo zamówień publicznych, które są dużo ciekawsze i istotne dla sprawy i z nich wynika konieczność odrzucenia oferty, to jest:

•Dotyczące takiej samej płynności: 17.3 *„(…) Wadium wniesione w formie gwarancji (bankowej czy ubezpieczeniowej) musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione*
w pieniądzu",

•Dotyczące braku utrudnienia dochodzenia roszczeń: 17.3 *„(…) dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego*

w tej formie nie może być utrudnione”,

•Dotyczące terminu obowiązywania dokumentu, który ma umożliwiać skuteczne zaspokojenie zamawiającego: „*Dlatego w treści gwarancji powinna znaleźć się klauzula stanowiąca, iż wszystkie spory odnośnie gwarancji będą rozstrzygane zgodnie z prawem polskim i poddane jurysdykcji sądów polskich, chyba, że wynika to z przepisów prawa oraz termin obowiązywania dokumentu musi umożliwiać skuteczne zaspokojenie Zamawiającego*”.

Odwołujący zwrócił uwagę, że czym innym jest „*termin obowiązywania dokumentu, który ma zabezpieczać skuteczne zaspokojenie Zamawiającego*”, który odnosi się do dokumentu,
a więc wszystkich praw z dokumentu, od „*terminu obowiązywania gwarancji*”, który odnosi się wyłącznie do okresu gwarancji.

3) Powyższe wymogi co do gwarancji mają znaczenie prawne i wprowadziły takie przesłanki prawne, które nie występują w ustawie prawo zamówień publicznych („ustawa”), ale są wiążące prawnie, ponieważ występują w SWZ i dotyczą:

A)takiej samej płynności jak wadium wnoszone w pieniądzu,

B)dochodzenie roszczenia nie może być utrudnione,

C)termin obowiązywania dokumentu ma zapewniać skuteczne zaspokojenie zamawiającego,

(dowód: dokument SWZ – w aktach postępowania)

Perspektywą porównawczą do oceny skuteczności gwarancji Generali (ustanowioną przez wymogi SWZ) dla oceny wyżej wymienionych przesłanek jest wadium w pieniądzu. Gdy zamawiający ma wadium w pieniądzu, to z powodu braku odpowiednich postanowień SWZ na temat zwrotu wadium, zastosowanie ma art.98 ust. 2 ustawy („*Zamawiający, niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku zwraca wadium wykonawcy (…)”*). To znaczy, że zamawiający niezwłocznie, nie później niż do 7 dni zwraca wadium
w pieniądzu, tym samym dysponuje pieniędzmi niejako w kieszeni i wciąż może je zatrzymać również po upływie terminu związania ofertą. W sytuacji, gdy zajdzie przesłanka do zatrzymania wadium z upływem ostatniego dnia, na przykład, zamawiający wyznaczy termin podpisania umowy na ostatni dzień związania ofertą, a wykonawca nie podpisze umowy
z zamawiającym w wyznaczonym terminie, który by przypadał ostatniego dnia obowiązywania gwarancji (i związania ofertą), to w dniu następnym po tym dniu (lub w którymkolwiek
z następnych dni, co najmniej do dnia), zamawiający wciąż dysponuje wadium na swoim rachunku bankowym, w pieniądzu, tak samo jak posiadałby pieniądze zgodnie z prawem
w swojej kieszeni, i może je zatrzymać i nie musi zwracać wadium. Patrząc na wadium
w pieniądzu na rachunku bankowym zamawiającego – to wyłącznie taka gwarancja (ubezpieczeniowa lub bankowa) byłaby zgodna z SWZ (patrząc na wymogi co do płynności, braku utrudnienia, odpowiedniego obowiązywania dokumentu), która dawałaby zamawiającemu prawo do zatrzymania wadium właśnie po upływie okresu związania ofertą, na przykład, w związku z niepodpisaniem umowy ostatniego dnia obowiązywania gwarancji.

Taką zgodność gwarancji w SWZ można zrealizować na dwa różne sposoby, a żadnego
z nich nie zapewnia gwarancja Generali:

A)można określić w treści gwarancji, że zamawiający może składać żądania zapłaty do gwaranta już po upływie okresu obowiązywania gwarancji, o ile dotyczą one zdarzeń określonych w treści gwarancji, np. przez określony czas po upływie gwarancji. Tak zrobił to, na przykład, inny wykonawca w przetargu: Comtegra S.A. w gwarancji Interrisk, w której jest napisane, że żądanie powinno być doręczone: „*do InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group najpóźniej w terminie 3 dni po okresie ważności gwarancji w formie pisemnej pod rygorem nieważności*" (dowód: gwarancja wniesiona przez wykonawcę w przetargu: Comtegra S.A. wystawiona przez Vienna InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group – w aktach postępowania), lub

B)można określić w treści gwarancji, że gwarancja obejmuje okres dłuższy niż okres związania ofertą, tak żeby umożliwić zamawiającemu składanie żądań do gwaranta również po minimalnym (określonym w SWZ) okresie związania ofertą. Tak zrobił odwołujący (postanowienie: *„(…) gwarancja ważna jest w okresie od dnia 22.05.2023 r. do dnia 24.08.2023 r. (…)*” i tak zrobił gwarant wykonawcy (Wasko) w poprzednim (nieaktualnym) przetargu.

W sytuacjach określonych w pkt A-B powyżej, jeżeli wykonawca nie podpisałby umowy
z zamawiającym w ostatnim dniu związania ofertą, to zamawiający mógłby złożyć żądanie do gwaranta w dniu następnym i zażądać skutecznie wypłaty gwarancji. Wniosek jest taki,
że gwarancja Generali (wniesiona przez wykonawcę) jest niezgodna z SWZ ponieważ: nie spełnia wymogu takiej samej płynności jak wadium wnoszone w pieniądzu, dochodzenie roszczenia z gwarancji jest utrudnione, termin obowiązywania dokumentu gwarancji nie zapewnia skutecznego zaspokojenia zamawiającego.

W przypadku wpłaty wadium w pieniądzu (przelewem), zamawiający ma pieniądze na rachunku bankowym, tak samo jakby miał je we własnej kieszeni – co najważniejsze, także po upływie związania ofertą, co najmniej przez 7 dni. To powoduje, że jeżeli ostatniego dnia obowiązywania oferty (i gwarancji Generali) zaszłyby okoliczności skutkujące

potrzebą zatrzymania wadium, to zamawiający może zatrzymać takie wadium - przypadku gwarancji w pieniądzu lub w przypadku gwarancji wniesionej przez odwołującego lub Comtegra S.A. (inny wykonawca w przetargu), a nie może zatrzymać wadium wniesionego przez wykonawcę. Gwarancja Generali wymaga przestrzegania przez zamawiającego określonego terminu – zbyt krótkiego niż zamawiający określił w SWZ tam, gdzie pisał o płynności, dochodzeniu roszczeń, terminie obowiązywania dokumentu - na złożenie żądania („*przedłożone przez Beneficjenta w okresie ważności Gwarancji, określonym w § 3*"). To postanowienie powoduje, że ostatni dzień obowiązywania gwarancji jest faktycznie niezabezpieczony należycie, ponieważ żeby skorzystać z gwarancji, zamawiający ma obowiązek złożyć żądanie również ostatniego dnia obowiązywania gwarancji. Gwarancja Generali jest ważna od 22.05.2023 do 19.08.2023 i nie ma ani jednego dnia zapasu ani nie ma postanowienia, że żądanie wypłaty przez zamawiającego do Gwaranta może zostać złożone również po zakończeniu obowiązywania gwarancji – co dowodzi jej niezgodności z SWZ.

Odwołujący wskazał, że zapadło wiele wyroków i powstało wiele opinii na temat treści gwarancji i problemu ostatniego dnia obowiązywania gwarancji. Wyroki, opinie potwierdzające stanowisko odwołującego: KIO 2486/20 z 3 listopada 2020 r., Sąd Okręgowy V Ga 328/20
z 5 lutego 2021 r., KIO 1292/22 z 2 czerwca 2022 r., KIO 952/20 z 9 lipca 2020 r., KIO 802/17 z 16 maja 2017 r., KIO 785/22 z 8 kwietnia 2022 r., Sąd Okręgowy II Ca 1448/15 z 12 maja 2016 r.

Wyroki, opinie potwierdzające, które może podnieść wykonawca lub zamawiający w celu obrony ich stanowiska: Opinia Prezesa Zamówień Publicznych wyrażona pod adresem, wyroki Sądów Okręgowych z 22 kwietnia 2022 r. (sygn. akt: XXIII Zs 13/22) oraz z 1 sierpnia 2022 r. (sygn. akt: XXIII Zs 81/22, XXIII Zs 84/22), wyroki KIO 3362/21, KIO 3482/2 KIO 3617/21, KIO 3628/21, KIO 3748/21, KIO 3758/21, KIO 892/22.

Wszystkie wyroki i opinie są łatwo dostępne, chciałem tylko stwierdzić, że nie zgadzam
z tą linią orzeczeń, głównie z powodów:

1)treść swz ma znaczenie prawne (z uwagi na art. 134 ust. 1 zdanie 1 i ust. 2 pkt 4) ustawy w związku z pkt 17 swz),

2)widać, że zamawiający w przetargu objętym odwołaniem – powielił linię tych orzeczeń sądowych, ponieważ powołał się np. na płynność, itd.,

3)zgodzenie się z treścią ww. orzeczeń (na które mogą powołać się zamawiający
i przystępujący) dowodziłoby nierównego traktowania, braku praktyczności, niezabezpieczania interesów zamawiających w dostatecznym stopniu, ignorowania treści SWZ,

4)wadium dające możliwość zamawiającemu składania żądań po upływie związania ofertą, tak samo jak wadium w pieniądzu jest po prostu lepsze i zamawiający, który przyjmuje wadium w pieniądzu lub gwarancję z postanowieniami zgodnymi z pkt 17 swz ma więcej praw i czasu (czyli tyle ile trzeba wg pkt 17 swz), czego nie spełnia gwarancja Generali,

5)każda treść SWZ jest inna i jeżeli zamawiający określił warunki postępowania, swoje wymogi w stosunku do treści wadium w formie gwarancji, to one wiążą, jeżeli nie są zaskarżone przed składaniem ofert i nie można podnosić ich nieważności lub dokonywać tak agresywnej wykładni, która faktycznie odbiera tym postanowieniom jakąkolwiek moc prawną,

6)argumentacja i wykładnia dotyczą dokładnie treści SWZ w tym postępowaniu, z tego powodu, między innymi, odwołujący wskazał, że nie zgadza się z opinią Prezesa UZP, czy innych sądów – ponieważ nie badały one dokładnie tej treści SWZ, która jest w tym postępowaniu, a zamawiający w przetargu objętym odwołaniem – powielił linię tych orzeczeń sądowych, ponieważ powołał się np. na płynność, itd.,

7)odwołujący nie zgadza się z czasami podnoszoną opinią, że w stosunku do treści gwarancji obowiązują wyłącznie postanowienia ustawy (nazywane bezwzględnie obowiązującymi, *ius cogens*), ponieważ ignorują one istnienie art. 134 ust. 1 zdanie 1 i ust. 2 pkt 4) ustawy, który ustanawia prawo zamawiającego do określania wymogów w treści gwarancji i zamawiający ma prawo doprecyzować swoje wymogi w SWZ, nawet jeżeli one oznaczają, że gwarancja musi być dłuższa niż związanie ofertą lub, że trzeba zawrzeć

w gwarancji postanowienie, że zamawiający musi mieć możliwość składania żądań po terminie związania ofertą. Wynika to z faktu, że art. 134 ustawy określa jedynie minimalną treść SWZ (patrz: ust. 1: „*1. SWZ zawiera co najmniej (…)*", a więc zamawiający może dodawać więcej wymogów niż określone w art. 134 i zgodnie z art. 134 ust. 2 pkt 4) zamawiający określa swoje wymogi odnośnie wadium właśnie w SWZ („*SWZ zawiera również: 4) wymagania dotyczące wadium, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek wniesienia wadium*").

[zarzut 2] niezgodność z OPZ: zaoferowanie 256 Gb ram (mniej niż 100% wydajności, wyposażenia możliwości operacyjnych), brak zaoferowania wymaganej dla tego typu serwera 384 Gb ram (100% wydajności, możliwości operacyjnych, wyposażenia).

OPZ wymagał zaoferowania takiego serwera, który zapewni między innymi: „*możliwość pracy z maksymalną wydajnością przy pełnym obciążeniu (…), przy zachowaniu pełnych możliwości operacyjnych*", pełnego wyposażenia.

Inaczej mówiąc, OPZ wymagał zaoferowania maksymalnej, możliwej dla serwera konfiguracji – która dawałaby 100% wydajności, czyli w przypadku odwołującego obsadzenia wszystkich pamięci – oznacza to konieczność zaoferowania 384 GB ram. Wymogi minimalne (np. 256 GB ram) oznaczają jedynie tyle, że jeżeli konfiguracja oferenta miałaby mniej ram niż minimalna – podlegałaby odrzuceniu. Natomiast wymogi OPZ – określają, że jeżeli serwer i wyposażenie umożliwiają pracę z np. 384 GB ram (100% wydajności), to również oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, jeżeli oferuje jedynie 256 GB ram (maksymalnie, zależnie od konfiguracji – jedynie 68% wydajności), ponieważ serwer (wyposażenie), nie jest maksymalnie obsadzony, nie daje maksymalnych możliwości operacyjnych, itd. Zamawiający żądał maksymalnej obiektywnej
(w stosunku do serwera, wyposażenia) konfiguracji, wydajności, a nie subiektywnej
(w stosunku do minimalnych wymogów opz) konfiguracji, wydajności. Odwołujący zastosował się do wymogów swz i zaoferował 384 Gb ram (100% możliwej wydajności), w przeciwieństwie do wykonawcy, który oferuje przy tych samych wymogach jedynie 256 Gb ram (w zależności od konfiguracji – zdaniem odwołującego do 68% wydajności). Takie rozumienie OPZ potwierdzają wymogi zamawiającego odnośnie serwerów:

•Wymóg dotyczący wszystkich serwerów: pkt 5.9: „*Serwery muszą zapewniać możliwość pracy z maksymalną wydajnością przy pełnym obciążeniu podczas pracy ciągłej, przy zachowaniu ich pełnych możliwości operacyjnych*".

•Tabela – wymóg co do serwera, umieszczony przy zapisie dotyczącym zasilacza

Element/cecha/ Komponent	Charakterystyka	Atrybuty
Zasilacz	(…) w pełni wyposażonego serwera, przy zachowaniu jego pełnych możliwości operacyjnych umożliwiających pracę z maksymalną wydajnością podczas pracy ciągłej.	

W pełni wyposażony serwer oznacza, że pamięć na procesorze również miała być w pełni wyposażona.

Tabela – wymóg co do pamięci ram i konfiguracji: istotne jest, że wymogi dotyczą zbalansowania, ale należy je czytać łącznie z innymi wymogami OPZ, które dotyczą maksymalnego obsadzenia, konfiguracji, wydajności, itd., a także, że użyte kości pamięci muszą być jednakowe

Element/cecha/komponent	Charakterystyka	Atrybuty
Pamięć operacyjna	Minimum określone atrybut przez „MINIMUM_RAM_SIZE" z ochroną pamięci ECC. Pamięci w oferowanej konfiguracji muszą pracować z szybkością transmisji danych nie niższą niż określona przez atrybut „MINIMUM_FREQ_RATE". Pamięci mają być w konfiguracji zbalansowanej (ang. balanced memory configuration). Użyte kości pamięci muszą być jednakowe (model, rozmiar, typ).	MINIMUM_RAM _SIZE - 256 [GB] (…)

OPZ wymaga od oferowanych serwerów, wyposażenia: żeby pamięć była dostarczona
w konfiguracji zbalansowanej, nie mniejszej niż 256 GB ram, złożonej z jednakowych kości, oraz jednocześnie wyposażenie serwera, możliwości operacyjne serwera muszą być pełne, wydajność serwera musi być pełna (100%) – co oznacza, że jeżeli konfiguracja serwera umożliwia więcej niż 256 Gb ram (co stanowi zdaniem odwołującego do około 68% wydajności) – to należy zaoferować więcej niż 256 Gb Ram, ponieważ praca serwera, pamięci na poziomie mniejszym niż maksymalny (tu 384 Gb ram, 100% wydajności) jest niepełnym działaniem

Zamawiający nie określił w OPZ wymaganej liczby kości pamięci ani pojemność pojedynczej kości pamięci. Oznacza to, że wykonawca miał w tym zakresie dowolność i musiał tak dobrać liczbę i pojemności kości, aby spełnić wszystkie wymagania rozsiane po różnych miejscach SWZ. Spełnienie jedynie części wymagań ujętych w tabeli nie gwarantuje, że serwer spełni wszystkie wymagania swz, zwłaszcza wymogi maksymalnej konfiguracji z punku 5.9.

W ofercie wykonawcy – odnośnie dwóch typów serwerów BKP - zostały zaproponowane serwery firmy Lenovo ThinkSystem SR665 V3 (dowód: oferta wykonawcy – w aktach postępowania).

Wykonawca zaoferował konfigurację serwerów BKP z liczbą Ram 256 Gb ram, czyli poniżej maksymalnej ilości możliwej dla serwera i przy braku pełnego wyposażenia serwera. Takie same parametry są oferowane w prawie opcji (dowód: Specyfikacja techniczna Sprzętu - tabela 3, z opisem konfiguracji serwera (C.PSR.R.X.86.2)_BKP – w aktach postępowania).

Z tego dokumentu wynika, że w konfiguracji zaproponowanych serwerów:

1)zostały zastosowane dwa procesory AMD EPYC 9224 (procesor AMD EPYC 9224 posiada 24 rdzenie (core), co wskazujemy dalej), a wykonawca wskazał parametr CORES_SERVER – 48, co potwierdza, że zaoferował 2 procesory) w sumie dające 48 rdzeni procesora na serwer,

2)zostało skonfigurowane 256 GB pamięci operacyjnej RAM.

Specyfikacja oferowanego procesora AMD EPYC 9224 ze strony producenta AMD określa, że procesor AMD EPYC 9224 jest procesorem EPYC posiada 24 rdzenie oraz jest procesorem serii 9004 (która jest procesorem 4 generacji) (dowód: dokument z adresu https://www.amd.com/en/product/12631).

AMD EPYC™ 9224 jest procesorem 4 generacji (seria 9004). Odwołujący podaje ten dowód, ponieważ gdzie powołuje się na dokumentację dotyczącego procesora 4 generacji (seria 9004), ma ona zastosowanie właśnie do AMD EPYC™ 9224 – to jest do oferty wykonawcy. Informacje o procesorach AMD 4 generacji (seria 9004) stanowią – poniżej tłumaczenie istotnego fragmentu:

"*Procesory Serwerowe AMD EPYC™ (…) Zobacz jak procesory 4. generacji AMD EPYC™ (…) Specyfikacje Model „AMD EPYC™ 9224*" (dowód: dokument z https://www.amd.com/en/
processors/epyc-9004-series).

W zaoferowanej konfiguracji wykonawcy, dla serwerów TYP 2 - (C.PSR.R.X.86.2)_BKP, producent Lenovo, to jest producent oferowanego serwera Lenovo ThinkSystem SR665 V3, opisuje jak należy skonfigurować serwer z oferowanymi przez wykonawcę procesorami (Seria 9004 - 4 generacji) aby pamięć była zbalansowana tak jak tego wymagał zamawiający, czyli inaczej niż zaoferował wykonawca (dowód: dokument z adresu https://lenovopress.lenovo.com/lp1702.pdf).

W miejscu dotyczącym zbalansowania (które jest tym samym co „zrównoważenie"): „Balanced Memory Configurations" producent określa, że można obsadzić aż 12 kanałów pamięci o takiej samej konfiguracji. Wniosek jest taki, że dopiero obsadzenie wszystkich 12 kanałów pamięci będzie tożsame z maksymalną możliwą wydajnością, konfiguracją, itd.:

„*Zrównoważone konfiguracje pamięci:*

Zrównoważone konfiguracje pamięci umożliwiają optymalne przeplatanie pamięci, co maksymalizuje wydajność przepustowości pamięci. Podstawowe wytyczne dotyczące zrównoważonego podsystemu pamięci są następujące:

1.Liczba obsadzonych kanałów pamięci na gniazdo (ang. DIMM per Channel) powinna wynosi 1, 2, 4, 6, 8, 10 lub 12.

2.Wszystkie obsadzone kanały pamięci powinny mieć taką samą konfigurację pamięci. Ponieważ tylko 1 DPC jest obsługiwany na serwerach Lenovo z obsługą procesorów AMD EPYC 4-tej generacji, oznacza to, że wszystkie wypełnione kanały pamięci powinny mieć identyczne moduły DIMM.

3.Wszystkie gniazda procesorów na tym samym serwerze fizycznym powinny mieć taką samą (ilość, pojemność i typ) konfigurację modułów DIMM.

4.Wszystkie domeny/węzły NUMA (ang. Numa per socket - NPS) w tym samym gnieździe procesora muszą mieć identyczną konfigurację pamięci. Ma to zastosowanie, gdy procesor jest ustawiony na NPS2 lub NPS4".

Dodatkowo w/w dokument na stronach od 5 do 10 opisuje wpływ obsadzenia modułów pamięci oraz ich ilości na całkowitą wydajność serwerów. Na ostatniej stronie możemy znaleźć przedstawione w postaci tabelarycznej podsumowanie wydajności systemu przy dopuszczalnych ilościach kości DIMM obsadzonych w serwerze. Z tabeli wynika, że dopiero obsadzenie wszystkich 12 kanałów pamięci będzie tożsame z maksymalną możliwą wydajnością (100%), konfiguracją, ponieważ tam, gdzie występuje „0" w tabeli - to występuje nieobsadzenie, czyli mniejsza niż maksymalna możliwa konfiguracja (a miało wg SWZ być „pełne wyposażenie"), przez co wydajność, zdolność operacyjna, wyposażenie jest mniejsze niż 100%.

Podsumowując, wyłącznie konfiguracja serwera z obsadzonymi wszystkimi dwunastoma modułami pamięci (na pojedynczy procesor) umożliwia uzyskanie pełnej wydajności pamięci („100%"), ponieważ wszystkie inne sposoby konfiguracji pamięci zapewniają mniejszą niż 100% wydajność (dowód: dokument z adresu https://lenovopress.lenovo.com/lp1702.pdf).

Każdy procesor AMD EPYC 4 generacji (w tym AMD EPYC™ 9224) obsługuje do 12 modułów pamięci (kontrolerów) co wynika z dokumentu producenta Lenovo. Zatem zaoferowane przez wykonawcę serwery mogłyby mieć obsadzone 12 kontrolerów pamięci,
a nie mają, więc nie są maksymalnie wydajne. Dodatkowo, potwierdzenie tego faktu znajdziemy w dokumentacji oferowanego przez wykonawcę serwera:

1) serwer może być wyposażony w 2 procesory AMD 4 generacji,

2) maksymalnie w 24 kości pamięci

(dowód: dokument z https://lenovopress.lenovo.com/ds0148.pdf).

Dodatkowo producent Lenovo na stronie https://lenovopress.lenovo.com/lp1608-thinksystem-sr665v3-server w rozdziale „*Memory options" (opcje pamięci) stwierdza: "For best performance, consider the following: Ensure the memory installed is at least the same speed as the memory bus of the selected processor. Populate all 12 memory channels with identical DIMMs (same Lenovo part number)*"

Tłumaczenie:

„*Aby uzyskać najlepszą wydajność, należy wziąć pod uwagę następujące kwestie: Upewnić się, że zainstalowana pamięć ma co najmniej taką samą prędkość jak magistrala pamięci wybranego procesora. Wypełnij wszystkie 12 kanałów pamięci identycznymi modułami DIMM (ten sam numer części Lenovo)*".

Z tego dowodu wynika, że w celu osiągnięcia maksymalnej wydajności należy obsadzić wszystkie 12 kanałów na

każdy procesor, czyli 24 kanały, dla serwera 2-procesorowego,
a konfiguracja zaoferowana przez wykonawcę nie spełnia tego wymogu (dokument
z https://lenovopress.lenovo.com/lp1608-thinksystem-sr665-v3-server).

Kolejnym dowodem na konieczność obsadzenia wszystkich modułów pamięci serwera
w celu osiągnięcia maksymalnej wydajności jest sam test SPECint RATE, na który powołuje się wykonawca w swojej ofercie. Test znajduje się na stronie: https://www.spec.org/
cpu2017/results/res2023q1/cpu2017-2023013033897.html

Test wskazuje, że do osiągnięcia wyniku, na który powołuje się wykonawca w swojej ofercie konieczne jest obsadzenie wszystkich 24 (2x 12) slotów pamięci, co wynika z fragmentu:

Dla oferowanego procesora tester (producent Lenovo) umieścił informacje o konfiguracji pamięci, co dowodzi, że konfiguracja pamięci (rubryka: „memory" – „pamięć") ma wpływ na wydajność serwera i serwer (testowany) miał wyższą konfigurację niż serwer oferowany przez wykonawcę w przetargu.

Tłumaczenie istotnego fragmentu: *„Pamięć: 768 GB (24 x 32 GB 2Rx8 PC5-4800B-R")* (dowód: https://www.spec.org/cpu2017/results/res2023q1/cpu2017-20230130-33897.html).

Dodatkowo organizacja przeprowadzająca testy, opisując reguły przeprowadzania tych testów, jasno stwierdza, że pamięć ma wpływ na wynik wydajności serwera i należy konfigurację pamięci każdorazowo podać przeprowadzając test. Reguły przeprowadzania testu znajdujemy na stronie w punkcie 4.4.2 Hardware Configuration (konfiguracja sprzętu) podpunkt J: w dokumencie: https://www.spec.org/cpu2017/Docs/runrules.html

„Memory: (…)

Tłumaczenie:

Pamięć: Rozmiar w MB/GB. Istotne dla wydajności informacje dotyczące konfiguracji pamięci muszą zostać uwzględnione w polu lub w sekcji uwag. Jeśli istnieje jeden i tylko jeden sposób na skonfigurowanie pamięci o podanym rozmiarze, nie trzeba ujawniać żadnych dodatkowych szczegółów. Jeśli jednak nabywca systemu ma możliwość dokonania wyboru, strona z wynikami musi dokumentować wybory dokonane przez testera. Na przykład, tester może być zmuszony do udokumentowania liczby nośników pamięci, rozmiaru modułów DIMM, banków, przeplotu, czasu dostępu, a nawet rozmieszczenia modułów: które gniazda były używane, które pozostały puste, które gniazda miały większe moduły DIMM. Wyjątek: jeśli tester ma dowody na to, że wybór konfiguracji pamięci nie wpływa na wydajność, SPEC nie wymaga ujawnienia wyboru dokonanego przez testera. Na przykład, jeśli wiadomo, że system 1 GB działa identycznie, niezależnie od tego, czy jest skonfigurowany z 8 x 128 MB DIMM, czy 4 x 256 MB DIMM, SPEC nie wymaga ujawnienia, który wybór został dokonany" (dowód: https://www.spec.org/cpu2017/Docs/runrules.html).

Wykonawca w ofercie zaoferował 256GB pamięci operacyjnej. Taką ilość pamięci można osiągnąć przez różne kombinacje modułów pamięci o różnej wielkości 16, 32, 64 ,128 oraz 256GB. Dla 256 GB ram istnieją możliwe konfiguracje:

- 16 kości pamięci po 16GB - razem 256GB, lub
- 8 kości pamięci po 32GB- razem 256GB, lub
- 4 kości pamięci po 64GB - razem 256GB, lub
- 2 kości pamięci po 128GB- razem 256GB

Wszystkie możliwe konfiguracje, biorą pod uwagę wymóg zamawiającego: *„użyte kości pamięci muszą być jednakowe (model, rozmiar, typ)"* – stąd nie ma możliwości innej konfiguracji. Jednak z każdej konfiguracji wynika, że konfiguracja jest mniejsza niż możliwa (256 Gb ram jest mniejsze niż 384 Gb ram). W zależności od opcji, oferowane przez wykonawcę konfiguracje – maksymalnie zdaniem odwołującego osiągają 68% wydajności dla pamięci, czyli mniej niż 100%, a wynika z niej wniosek, że sposoby obsadzenia, które wybrał wykonawca, dają maksymalnie 68%, mniej niż 100% wydajności, zdolności operacyjnych, wyposażenia.

Żadna z powyższych konfiguracji nie wykorzystuje wszystkich 24 slotów (12 slotów na procesor) czyli serwer nie zachowuje pełnych możliwości operacyjnych (procesor posiada kanały, które nie będą wykorzystywane) i w rezultacie nigdy nie będzie pracował
z maksymalną dostępną wydajnością wymaganą w OPZ. Wynika to z faktu, że zaoferowane 256GB pamięci nie jest podzielne (nie daje liczby całkowitej tzn. pojemności kości pamięci) przez 24 (ilość wszystkich slotów), ponieważ po podzieleniu 256/24 mielibyśmy wartość 10,(6)GB, a kości o takiej pojemności nie istnieją, a poza tym, byłyby niezgodne z wymogiem OPZ zacytowanym w odwołaniu: *„Użyte kości pamięci muszą być jednakowe (model, rozmiar, typ)*". Ten dowód (dzielenie 256 Gb / 24) potwierdza, że wykonawca nie zaoferował serwerów obsadzonych w pełni kośćmi RAM = 24 szt., to znaczy w maksymalnej konfiguracji,
z maksymalną możliwą wydajnością, itd. Wykonawca zaoferował konfigurację serwera minimalną, najtańszą, tak żeby spełnić niektóre wymogi OPZ, ale nie spełniającą wszystkich wymogów OPZ, ponieważ zamawiający żądał maksymalnej wydajności, konfiguracji. Przez to, w przypadku serwerów oferowanych przez wykonawcę - część kanałów pamięci jest

nieobsadzona, przez co procesor nie będzie mógł skorzystać ze wszystkich ścieżek komunikacji co jest równoznaczne z niewykorzystaniem możliwości operacyjnych serwera. Efektem tego jest brak możliwość pracy serwera z maksymalną wydajnością, chociaż wymagał tego OPZ. Inaczej niż wykonawca - odwołujący zaoferował serwery o maksymalnej wydajności i zaoferował obsadzenie wszystkich 24 gniazd pamięci kośćmi po 16GB każda, dlatego zaoferował 384GB pamięci na serwer, aby spełniać wszystkie wymagania zamawiającego. Taką też pojemność (384GB) powinno zaoferować WASKO i wpisać w tabeli funkcjonalnej sprzętu w parametrze MINIMUM_RAM _SIZE.

Powyższe dowody w postaci dokumentacji producenta serwerów Lenovo, producenta procesorów AMD, ośrodka wykonującego testy SPECint RATE potwierdzają, że wykonawca ofertując serwery nie obsadzone w pełni kośćmi RAM (z pustymi kanałami) nie spełniło wymagań OPZ co do wydajności, obciążenia, itd. (dowód: oferta wykonawcy z załącznikami – w aktach postępowania).

[zarzut 3] pozostałe naruszenia

Zamawiający naruszył przepisy równego traktowania, zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności, przejrzystości, ponieważ nie przestrzega postanowień własnego SWZ
i przepisów ustawy w stosunku do wykonawcy.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, co następuje.

Zarzut nr 1. Odwołujący, wywodząc zarzut nr 1, kwestionuje prawidłowość oceny oferty przystępującego w zakresie wniesionego wadium (w formie gwarancji ubezpieczeniowej) twierdząc, że jest ono niezgodne z wymaganiami zamawiającego, a jako źródło tej nieprawidłowości wskazując fakt, że okres obowiązywania gwarancji wadialnej pokrywa się
z okresem terminu związania ofertą. Wspomnianą nieprawidłowość dokumentu wadialnego argumentowaną tożsamym terminem ważności gwarancji i terminu związania ofertą, odwołujący wywodzi z następującego fragmentu postanowienia SWZ o treści: „*Wadium wniesione w formie gwarancji (bankowej czy ubezpieczeniowej) musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu – dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie może być utrudnione. Dlatego w treści gwarancji powinna znaleźć się klauzula stanowiąca, iż wszystkie spory odnośnie gwarancji będą rozstrzygane zgodnie*
z prawem polskim i poddane jurysdykcji sądów polskich, chyba, że wynika to z przepisów prawa oraz termin obowiązywania dokumentu musi umożliwiać skuteczne zaspokojenie Zamawiającego".

Odwołujący, wobec tego twierdzi, że wyrażona w treści gwarancji konieczność zgłoszenia wezwania do zapłaty w okresie ważności gwarancji w połączeniu ze zrównaniem terminu ważności gwarancji i terminu związania ofertą powodują, iż gwarancja nie ma takiej samej płynności jak wniesiona w pieniądzu, a dochodzenie roszczeń z niej jest utrudnione, gdyż termin obowiązywania dokumentu nie umożliwia skutecznego zaspokojenia zamawiającego.

Analizując jednak treść gwarancji złożonej przez przystępującego należy uznać, że nie zawiera ona postanowień powodujących jej niezgodność z SWZ, a fakt zrównania terminu jej ważności i terminu związania ofertą nie powoduje, że termin obowiązywania uniemożliwia skuteczne zaspokojenie zamawiającego, w takim samym stopniu jak wadium wniesione
w pieniądzu. Treść gwarancji wadialnej złożonej przez przystępującego jest więc prawidłowa, zabezpiecza interes gospodarza postępowania i jest zgodna z wymaganiami wyrażonymi
w SWZ, a także przepisami ustawy Pzp. Treść SWZ jednoznacznie i wprost przewidywała możliwość wniesienia gwarancji wadialnej o terminie ważności pokrywającym się z terminem związania ofertą. Jak bowiem stanowi rozdz. 17.3 zd. 2 IDW: „*Wadium wniesione w takiej formie* (gwarancji – przyp. Zam.)*, musi obejmować cały okres związania ofertą*". Gwarancją wadialną spełniającą to wymaganie będzie więc gwarancja, której termin ważności co najmniej pokrywał się będzie terminem związania ofertą. Jednocześnie SWZ nie wymagała, aby okres ważności gwarancji był dłuższy niż termin związania ofertą. Ponadto, jak wynika z treści wspomnianej gwarancji, dla skierowania wezwania do zapłaty koniecznym jest:

1)sporządzenie wezwania wraz z oświadczeniem o ziszczeniu się którejś
z przewidzianych w ustawie Pzp przesłanek zatrzymania wadium - § 4 ust. 4 gwarancji;

2)podpisanie go przez osoby uprawnione do składania oświadczeń w imieniu Beneficjenta (§ 4 ust. 2 gwarancji); 3) sporządzone:

a)w formie pisemnej i doręczone pod adres siedziby Gwaranta;

b)w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób,

o których mowa w ust. 2 i przesłane na adres: s..

W świetle powyższego, zdaniem zamawiającego, przedmiotowa gwarancja opiewa
w zasadzie na najmniej skomplikowany sposób zgłaszania roszczeń, nie wprowadzający żadnych utrudnień czy formalności, w szczególności – obserwowanych w praktyce – konieczności poświadczenia tożsamości przez bank

prowadzący rachunek beneficjenta, nadanie komunikatu systemem SWIFT lub podobnych. Dla skutecznego zgłoszenia roszczenia wystarczy przesłanie mailowo stosownego, podpisanego elektronicznie oświadczenia, co może być zrealizowane w bardzo krótkim czasie, bez żadnych nadzwyczajnych trudów organizacyjnych, nawet ostatniego dnia obowiązywania ważności gwarancji. Przeszkodą dla skutecznego dochodzenia roszczeń z tytułu przedmiotowej gwarancji nie byłaby też okoliczność wystąpienia przesłanek zatrzymania wadium ostatniego dnia terminu związania ofertą. Jeśli chodzi o ziszczenie się tych przesłanek, zamawiający po pierwsze może bowiem podjąć takie działania, dzięki którym, przesłanki te nie ziszczą się dopiero z upływem ostatniego dnia wspomnianego terminu, ale wcześniej (chociażby nawet tego dnia). Przykładem takich działań może być więc wyznaczenie terminu złożenia dokumentów, o których mowa w ar 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp czy terminu zawarcia umowy do konkretnej godziny ostatniego dnia, w którym upływa termin związania ofertą, co jest zresztą powszechną praktyką. Co jednak najistotniejsze, nawet jeśli zamawiający nie podjąłby wspomnianych w zdaniu poprzednim działań, a określona przesłanka zatrzymania wadium miałaby ziścić się wraz upływem ostatniego dnia związania ofertą i ważności gwarancji, nic nie stoi na przeszkodzie, aby zamawiający mógł zgłosić (wysłać) żądanie do gwaranta ostatniego dnia terminu ważności gwarancji. Jeśli bowiem upływ wspomnianego dnia potwierdziłby ziszczenie się przesłanki zatrzymania wadium, zgłoszenie będzie skutecznym. Jeśli natomiast po przesłaniu takiego żądania wykonawca dokonałby czynności zabezpieczonej wadialnie, zamawiający mógłby wycofać żądanie (np. zwolnić gwaranta z długu) lub też sam gwarant
w toku czynności weryfikujących wezwanie, sam stwierdziłby brak ziszczenia się przesłanek zatrzymania wadium i odmówił wypłaty środków.

Niezależnie od powyższego, należy też wskazać, że przepis art. 97 ust. 5 ustawy Pzp nie pozwala na wymaganie od wykonawców utrzymywania wadium (a tym samym i terminów zgłaszania roszczeń wadialnych) przez okres dłuższy niż do upływu terminu związania ofertą, a co za tym idzie, wyciągania wobec wykonawców negatywnych konsekwencji w faktu,
że wnoszone przez nich gwarancje wadialne mają termin ważności lub termin zgłaszania roszczeń dłuższy niż termin związania ofertą. Tym samym, wymaganie zamawiającego wyrażone w SWZ nie może być interpretowane – jak czyni to odwołujący – *contra legem*,
a nawet gdyby takie wymaganie zastrzeżone było wprost w SWZ, byłoby po prostu nieważnym. Stanowisko takie należy oprzeć na ugruntowanym już orzecznictwie Sądu Zamówień Publicznych i Krajowej Izby Odwoławczej, w szczególności wyrokach Sądu Okręgowego
w Warszawie z dnia 1 sierpnia 2022 r. (sygn. akt XXIII Zs 81/22, XXIII Zs 84/22) oraz z dnia 22 kwietnia 2022 r. (sygn. akt XXIII Zs 13/22), Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2021 r. KIO 3482/21 i przyjętej w praktyce opinii Prezesa UZP pt. Gwarancja wadialna w kontekście terminu związania ofertą i żądania zapłaty w terminie jej obowiązywania. Wyrażane tam stanowiska przytacza zresztą sam odwołujący, jednak przeciwko ich trafności nie może przemawiać fakt, że odwołujący się z nimi nie zgadza z uwagi na powoływane kwestie praktyczne, które (jakkolwiek faktycznie niestanowiące żadnej przeszkody) nie mogłyby być stawiane w pierwszeństwie przed bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa.

Zarzut nr 2. Zamawiający wskazał, iż odwołujący buduje tezy zwarte w zarzucie nr 2 odwołania na podstawie wyjętych z kontekstu zdań, lekceważąc zupełnie, że poszczególne wymagania zamawiającego dotyczą wielokrotnie elementu serwera, a nie serwera jako całości i należy je rozpatrywać wyłącznie w odniesieniu do tego elementu, do którego wymaganie zostało przypisane w OPZ. Tak zestawione i zmodyfikowane często przez odwołującego, wymagania zamawiającego zawarte w odwołaniu mają na celu stworzenie wrażenia spójności zarzutów i pewnego ciągu logicznego, co w żadnym stopniu nie odpowiada rzeczywistości,
a przede wszystkim nie znajduje oparcia w dokumentacji postępowania. Zamawiający wykaże poniżej, że taki zabieg jest jedynie próbą podważenia oferty przystępującego, poprzez zestawienie parametrów wymaganych dla poszczególnych elementów, nie zaś weryfikacją nieprawidłowości oferty przystępującego w świetle wymagań SWZ.

Przechodząc do omówienia drugiego z zarzutów odwołania, zamawiający wskazał na konieczność przytoczenia jego treść, wyrażonej na str. 2 odwołania, zgodnie z którym, oferta przystępującego jest niezgodna z wymaganiami OPZ bowiem (cyt.): „*serwery zaoferowane przez wykonawcę nie spełniają wymogów dotyczących charakterystyki, atrybutów, wymogów serwera dotyczących: możliwości pracy z maksymalną wydajnością przy pełnym obciążeniu podczas pracy ciągłej, zachowania pełnych możliwości operacyjnych, pełnego wyposażenia serwera, a także wymogów co do pamięci (RAM _SIZE), wymogów zbalansowanej konfiguracji: ponieważ:*

•zamiast zaoferowania serwera w konfiguracji pamięci dającej 384 GB pamięci ram na serwer z technologią Intel (procesory AMD - na 2 procesory w serwerze), która dawałaby wymaganą maksymalną wydajność, zdolność operacyjną (100%) i spełniałaby wymóg co do pełnego wyposażenia,

•wykonawca zaoferował nieoptymalną, poniżej wymogów OPZ konfigurację

i wyposażenie, to jest jedynie 256 Gb pamięci ram dla 2 procesorów AMD na serwerze (czyli zaoferował mniej niż

100% wydajności, zdolności operacyjnej na serwer - 2 procesory AMD), zaoferował mniej niż pełne wyposażenie".

Przede wszystkim, treść OPZ nie stawiała wymagań zaoferowania serwera:

1)w konfiguracji z maksymalną pamięcią operacyjną RAM (jeśli „konfiguracja serwera umożliwia więcej niż 256 Gb ram"),

2)z pełnym wyposażeniem,

3)o maksymalnej (najlepszej) wydajności i obsadzeniu wszystkich modułów DIMM (kanałów pamięci)

- a tym samym, ww. wymagań (których notabene w całości tak cytowane nie spełnia również oferta odwołującego, bowiem odwołujący nie zaoferował pełnego możliwego wyposażenia) nie można stawiać jako wzorca kontroli zgodności zaoferowanego rozwiązania z OPZ.

Jednocześnie, wbrew twierdzeniom odwołania, oferta przystępującego spełnia wymagania:

1)co do minimalnej pamięci (RAM _SIZE),

2)zbalansowanej konfiguracji,

3)jednakowych kości pamięci, zawartych w wierszu 3 Pamięć operacyjna tabeli z pkt 1.2 roz. II OPZ (nie kwestionowane w odwołaniu) oraz

4)zapewnienia możliwości pracy z maksymalną wydajnością przy pełnym obciążeniu podczas pracy ciągłej, przy zachowaniu pełnych możliwości operacyjnych w ramach oferowanej konfiguracji zawartego w pkt 5.9 roz. II OPZ

- a więc faktycznie określonych w OPZ wymagań.

Wyjaśniając powyższe należy bowiem wskazać, że zgodnie z OPZ, dla serwerów stelażowych x86-64 (C.PSR.R.X.86.2)_BKP oraz serwerów stelażowych x86-64 (C.PSR.R.X.86.2)_BKP - zamówienie podstawowe i praw opcji (pkt 1.2. OPZ) ustanowiono opisane niżej wymagania, które należy przede wszystkim odczytywać w zakresie danego elementu serwera do jakiego zostały w OPZ przypisane.

[pamięć operacyjna]

Zamawiający uregulował (strona nr 3 OPZ):

Pamięć operacyjna	Minimum określone przez atrybut „MINIMUM_RAM_SIZE" z ochroną pamięci ECC. Pamięci w oferowanej konfiguracji muszą pracować z szybkością transmisji danych nie niższą niż określona przez atrybut „MINIMUM_FREQ_RATE". Pamięci mają być w konfiguracji zbalansowanej (ang. balanced memory configuration). Użyte kości pamięci muszą być jednakowe (model, rozmiar, typ).	MINIMUM_RAM _SIZE - 256 [GB] MINIMUM_FREQ_RATE - 4800 [MT/s]

Z powyższego wynika więc, że zamawiający wymagał zaoferowania serwera posiadającego minimum 256GB pamięci RAM. Spełnienie powyższego wymagania potwierdził przystępujący w złożonym wraz z ofertą Formularzu 2.2 – Specyfikacja techniczna sprzętu,
w którym, w pozycji „Pamięć operacyjna" wpisał RAM _SIZE – 256 GB.

Zamawiający wskazuje, że wykonawcy mogli zaoferować serwery o wyższej pamięci operacyjnej niż 256 GB, jednak wymogiem minimalnym zamawiającego był wymóg 256 GB. Nie jest więc zgodne z prawdą twierdzenie odwołującego, że zaoferowanie przez odwołującego serwera z pamięcią niższą niż 384 GB było niezgodne z OPZ, co literalnie wynika z powyżej zacytowanej treści OPZ. Sam odwołujący, na stronie 20 odwołania (pkt 44), przytaczając tabelę nr 2 z dokumentacji technicznej zaoferowanego serwera potwierdza,
że przystępujący zaoferował serwer z jednakowymi kośćmi pamięci i przy zbalansowanej konfiguracji. Wszystkie więc ww. parametry zostały przez ofertę przystępującego spełnione.

Jak już wcześniej wspomniano, jednym z wymagań, które ustanowił w wierszu 3 Pamięć operacyjna tabeli z pkt 1.2 roz. II OPZ zamawiający, dotyczącym serwera było wyposażenie go w pamięć operacyjną min. 256 GB. W żadnym dokumencie składającym się na SWZ nie postanowiono wymagania obowiązku zaoferowania pełnej pamięci operacyjnej, na które powołuje się odwołujący.

W zakresie wymagań stawianych w stosunku do pamięci operacyjnej, zamawiający wymagał także „konfiguracji zbalansowanej" pamięci oraz aby użyte kości pamięci były jednakowe (model, rozmiar, typ). Tych parametrów w żaden sposób nie można utożsamiać
z wymaganiem zaoferowania w pełni wyposażonego serwera z maksymalną pamięcią operacyjną dostępną dla danego serwera. Odwołujący nie kwestionuje spełnienia tych wymagań w brzmieniu określonym w OPZ przez ofertę przystępującego.

Co więcej, zamawiający zwraca uwagę, iż gdyby intencją zamawiającego było faktycznie ustanowienie wymagania zaoferowania w pełni wyposażonego serwera, nie stawiałby minimalnego wymagania jeśli chodzi o pamięć operacyjną, które jest niższe niż maksymalne, możliwe do osiągnięcia przez tej klasy serwery i wówczas sformułował by wymaganie w OPZ dotyczące pamięci operacyjnej o przykładowym brzmieniu: Wszystkie kanały kontrolerów pamięci dla wszystkich

zainstalowanych procesorów mają być zapełnione 1 lub 2 DPC (ang. DIMM-Per-Channel). Takiego wymagania/sformułowania nie ustanowiono. Dodatkowo, warto podkreślić, że zaprezentowane przez odwołującego rozumienie przedmiotowego wymagania czyni nielogicznym stawianie wymogu co do wielkości minimalnej pamięci operacyjnej (MINIMUM_RAM _SIZE - 256 [GB]). Zaznaczenia wymaga także okoliczność, że gdyby przyjąć nieuprawnion i zmodyfikowaną przez odwołującego treść OPZ, to serwer zaoferowany przez odwołującego nie spełniałby wymagania w pełni wyposażonego serwera
z maksymalną pamięcią operacyjną dostępną dla danego serwera. Wówczas należałoby przyjąć, że jeżeli konfiguracja serwera umożliwia więcej niż 256 GB RAM – to należy zaoferować więcej niż 256 GB RAM. Odwołujący zaoferowa serwer producenta HPE HPE ProLiant DL385 Gen11 z procesorem AMD EPYC 9224 o pamięci operacyjnej 384 GE Natomiast zgodnie z informacją na stronie internetowej producenta tego serwera https://www.servercomputeworks.com/datasheets/Gen11servers/HPE%20ProLiant%20DL385%20Gen11-Datasheet.pdf maksymalne obsadzona pamięć operacyjna dla tego typu serwera wynosi 6144 GB (dowód nr 1 - str. 4). Dodatkowo taki stan rzeczy potwierdza także wynik testu SPEC, na który w swojej ofercie powołuje się odwołujący, który został przeprowadzony na serwerze z pamięcią operacyjną wynoszącą 1536 GB (dowód nr 4 http://spec.org/ cpu2017/results/res2023q1/cpu2017-20230116-33455.html).

Zachowując konsekwencję twierdzeń odwołującego koniecznym byłoby przyznanie,
że oferowane w postępowaniu serwery musiałyby być w pełni wyposażone tj. m.in. w pełni obsadzone wszystkie gniazda rozszerzeń (wtedy oferta odwołującego opiewać musiałaby na 8 gniazd rozszerzeń, w sytuacji, gdy odwołujący zaoferował 5 gniazd (dowód nr 1 https://www.servercomputeworks.com/datasheets/Gen11servers/HPE%20ProLiant%20DL385%20Gen11-Datasheet.pdf – str. 4) lub czy wyposażenie w dyski twarde (wtedy oferta odwołującego opiewać musiałaby na 24+2 dyski twarde w sytuacji, gdy odwołujący zaoferował 8 dysków (dowód nr 2 https://www.hpe.com/psnow/doc/a50004300enw.pdf?jumpid=in_pdp-psnow-qs – str. 1-2).

Powyższe jest to wyłącznie wycinek informacji technicznych, które wprost wskazują na brak konsekwencji odwołującego w formułowanych tezach oderwanych od faktycznej treści OPZ. Stanowi ono oczywiście nadinterpretację postanowień OPZ i zostało użyte wyłącznie w celu zobrazowania jak bardzo chybione są argumenty odwołującego.

Reasumując, zamawiający w sposób jednoznaczny postawił precyzyjne wymaganie dotyczące wielkości pamięci operacyjnej. Żadne inne postanowienie SWZ nie modyfikowało minimalnej wielkości pamięci RAM wynoszącej 256 GB.

[zasilacz]

Zamawiający uregulował (str. 4 OPZ):

Zasilacz	Minimum dwa zasilacze wyposażone w złącza C13 hot- plug, zapewniające redundancję zasilania na poziomie N+N. **Połowa spośród zainstalowanych zasilaczy musi zapewniać możliwość zasilenia w pełni wyposażonego serwera,** przy zachowaniu jego pełnych możliwości operacyjnych umożliwiających pracę z maksymalną wydajnością podczas pracy ciągłej

Z przytoczonego wymagania, odwołujący wywodzi, że zgodnie z OPZ, wykonawcy zaoferować mieli serwery z maksymalnym wyposażeniem jakie dla tego typu serwera przewidział jego producent. Takiego wymagania zamawiający jednak nie ustanowił. To postanowienie odnieść należy wyłącznie do elementu jakim jest zasilacz serwera i traktuje tylko o tym, że połowa spośród zasilaczy serwera ma zapewnić możliwość zasilania w pełni wyposażonego serwera, a nie o tym, że wykonawcy zaoferować mieli w pełni wyposażony serwer. Inaczej mówiąc, postanowienie to dotyczy tylko i wyłącznie możliwości technicznych elementu serwera jakim jest zasilacz, a nie serwera jako całości. Ma ono na celu zamówienia zasilacza, który w przypadku przyszłej, ewentualnej rozbudowy serwera przez zamawiającego będzie wydolny na tyle, aby połowa dostarczonych zasilaczy (np. przy awarii pozostałych) zapewniała prawidłowe działanie rozbudowanego serwera.

Reasumując, celem powyższego wymagania dotyczącego zasilaczy jest przygotowanie się przez zamawiającego na sytuację, jaka może mieć miejsce w przyszłości, w której dodatkowo „doposaży" serwery, mimo, że obecnie takiego, pełnego wyposażenia nie wymaga. Skoro więc ww. wymaganie dotyczy tylko przygotowania zasilaczy do zasilania w pełni wyposażonego serwera, nie sposób wyprowadzać z niego obowiązku zaoferowania przez wykonawców serwera wyposażonego w pełni w zakresie innych parametrów sprecyzowanych w OPZ. Jednoznacznie podkreślić przy tym należy, że ww. postanowienie OPZ w żaden sposób nie odnosi się do wymogu dotyczącego pamięci operacyjnej serwera ani też innych niż zasilacz elementów.

Podsumowując, odwołujący nieprawidłowo z wymagania dotyczącego zasilaczy, wyprowadza wniosek zgodnie z którym, zaoferowane serwery powinny być w pełni wyposażone. W konsekwencji nieuprawnione jest stawianie w tym zakresie przystępującemu zarzutu niespełnienia wymagań OPZ.

[możliwość pracy z maksymalną wydajnością i obsadzenie modułów DIMM (kanałów pamięci]. Zamawiający uregulował (w pkt 5.9, str. 7 OPZ): „*5.9. Serwery muszą zapewniać możliwość pracy z maksymalną wydajnością przy*

pełnym obciążeniu podczas pracy ciągłej, przy zachowaniu ich pełnych możliwości operacyjnych".

Rzekome wymaganie co do konieczności zaoferowania w pełni wyposażonego serwera z maksymalną pamięcią operacyjną dostępną dla danego serwera odwołujący wywodzi też z przytoczonego wyżej postanowienia OPZ. Jak jednak literalnie wyrażono w tym wymaganiu OPZ, nie referuje ono do konieczności pełnego wyposażenia serwera ani osiągnięcia 100% wydajności („najlepszej wydajności"). Zamawiający chce bowiem zgodnie z tym postanowieniem, aby zaoferowany przez wykonawców serwer zapewniał swoją maksymalną wydajność podczas pracy ciągłej, a więc aby w zaoferowanej konfiguracji (w przypadku oferty przystępującego - 256 GB pamięci RAM), przy zachowaniu pełnych możliwości operacyjnych, zapewniał możliwość pracy z maksymalną wydajnością przy pełnym obciążeniu podczas pracy ciągłej. Innymi słowy, praca z maksymalną wydajnością przy pełnym obciążeniu w przypadku oferowanego serwera oznacza, że serwer będzie pracował z maksymalną wydajnością przez cały czas, wykorzystując wszystkie dostępne zasoby (elementy składowe serwera), takie jak np. procesor i pamięć RAM, karty LAN, karty FC, dyski twarde w zaoferowanej przez danego wykonawcę konfiguracji. Ma to zapobiec tak zwanemu efektowi throttlingu, czyli efektowi przegrzewania/przeciążenia się co skutkuje spowolnieniem pracy serwera. Konsekwencją więc wymagania określonego w pkt 5.9 OPZ była konieczność zapewnienia, aby serwer w zależności od tego na jaką wydajność pozwalała jego konfiguracja zgodna z OPZ, pracował w sposób ciągły z tą właśnie, maksymalną dla swojej konfiguracji wydajnością. Wskazuje na to użycie w pkt 5.9 OPZ określenia „ich" – a więc zaoferowanych serwerów.

Posługując się przykładem, którym operuje odwołujący w treści odwołania (strona nr 17 pkt 37 oraz strona 20, pkt 44) referując do zawartej tam tabeli, jeśli oferta danego wykonawcy opiewałaby na serwer o pamięci 256 GB RAM, składającej się z dwóch modułów po 128 GB RAM w sposób zbalansowany, to jego wydajność (jeśli chodzi o parametr przepustowości pamięci RAM – oznaczony jako „wydajność względna" – o czym niżej) wynosić będzie 9% i będzie, w tym parametrze, wydajność maksymalna tego serwera w tej konfiguracji. Spełnieniem wymagania pkt 5.9. OPZ w tym przypadku będzie sytuacja, w której tak skonfigurowany serwer, dla którego ten parametr wynosi 9% (jako maksymalny) utrzymywany będzie przez cały czas w ramach pracy ciągłej, dając w ten sposób pełne możliwości operacyjne jakie może zapewnić (nie będzie spadał poniżej 9%). Dodać przy tym należy, że zamawiający, przy zastrzeżeniu spełnienia innych wymagań z OPZ, nie miałby podstaw do uznania za niespełniającą oczekiwań zamawiającego ofertę wykonawcy, która wskazywałaby na serwer z wydajnością względną na poziomie 9%. Zamawiający zwraca uwagę, iż zwykłym przeinaczeniem jest próba przekonania Izby, że przez spełnienie wymagania z pkt 5.9. OPZ należy rozumieć tylko sytuację, w której konfiguracja serwera da 100% wynik w parametrze „względna wydajność" prezentowanym w tabeli na stronach nr 17 pkt 37 oraz nr 20, pkt 44 odwołania. Takie wymaganie nie zostało wyrażone w żadnym miejscu SWZ.

Pkt 5.9 OPZ nie wymaga zaoferowania serwera o maksymalnej wydajności jaką potencjalnie może on osiągnąć (100% możliwej wydajności, „najlepsza wydajność"), co już uprzednio wykazał zamawiający, zamawiający wymagał zapewnienia, że serwer jaki dostarczy wykonawca będzie mógł pracować (w przyszłości) z maksymalną wydajnością na jaką pozwala konfiguracja, w której – zgodnie z OPZ – został zaoferowany.

Wymagania o treści „zapewniać możliwość pracy z maksymalną wydajnością" (określonego w pkt 5.9 OPZ) nie można więc równać z koniecznością osiągnięcia maksymalnej możliwej wydajności przez serwer („najlepszej wydajności"), jak błędnie twierdzi odwołujący.

O wspomnianym przeinaczeniu świadczy fakt, że parametr „względna wydajność" uwidoczniony w tabeli na stronach nr 17 pkt 37 oraz nr 20, pkt 44 odwołania to w rzeczywistości jeden z parametrów serwera oznaczający przepustowość pamięci RAM. Zgodnie z tłumaczeniem ze strony producenta, na której zamieszczona jest ta tabela (https://lenovopress.lenovo.com/lp1702.pdf, strona nr 9): W poniższej tabeli przedstawiono podsumowanie względnych przepustowości pamięci dla wszystkich obsługiwanych pamięci w konfiguracjach jakie były oceniane. W rzeczywistości więc parametr, do którego odwołuje się odwołujący, i który – według jego twierdzeń – ma wynosić 100%, aby oferta była zgodna z SWZ, nie jest żadnym wyznacznikiem „maksymalnej wydajności", a jednym z wielu parametrów, jakie w zależności od zgodnej z OPZ konfiguracji, osiągać mogą oferowane przez wykonawców serwery. Przytoczona przez odwołującego na stronie 18 odwołania instrukcja zawarta na tej samej stronie Lenovo (https://lenovopress.lenovo.com/lp1702.pdf) wyjaśnia w jaki sposób osiągnąć „najlepszą wydajność" w ramach parametru przepustowości pamięci RAM (wynik 100%), jednak wymagania OPZ nie określały, aby serwer zaoferowany przez wykonawców, taką właśnie „najlepszą wydajność" powinien prezentować. Osiągniecie „możliwości pracy z maksymalną wydajnością" nie wymaga osiągnięcia „najlepszej wydajności", bowiem maksymalna wydajność na jaką pozwala dana, zgodna z OPZ konfiguracja – może być różna dla różnych serwerów i nie musi równać najlepszej możliwej do osiągnięcia (np. wskutek – niewymaganej przecież przez

zamawiającego – maksymalnej konfiguracji).

Wspomniany producent – na co powołuje się odwołujący - wskazuje, że aby osiągnąć „najlepszą wydajność" konieczne jest obsadzenie wszystkich modułów DIMM (kanałów pamięci), a jak wspomniano wyżej, zamawiający takiego wymagania w OPZ nie stawiał. Co też istotne, we wspomnianym dokumencie producent potwierdza, że do osiągnięcia zbalansowanej konfiguracji (a więc do spełnienia wymagania wynikającego z OPZ, które spełnia serwer przystępującego) nie jest konieczne obsadzenie wszystkich modułów DIMM (kanałów pamięci), a również, alternatywnie (przy konfiguracji NPS1) 1,2,4,6,8,10 i 12 modułów. Nie jest prawdą, aby wymaganiem zamawiającego było zaoferowanie serwera, który posiada w pełni obsadzone moduły DIMM (zgodnie z twierdzeniem odwołującego, przystępujący powinien obsadzić wszystkie 12 modułów DIMM swojego serwera). Takiego wymagania brak w OPZ w tym postępowaniu. Należy zwrócić uwagę, że wymaganiem tego parametru zamawiający posługuje się świadomie i w sytuacji, gdy ma zapotrzebowanie na serwery z tego rodzaju wyposażeniem, w pozycji „Pamięć Operacyjna" ustanawia takie wymaganie, czego przykładem może być poprzednie postępowanie zamawiającego na dostawę serwerów stelażowych wraz z wdrożeniem nr PN/21/22/HCKY, gdzie w OPZ wprost postawiono względem pamięci operacyjnej wymaganie: Wszystkie kanały kontrolerów pamięci dla wszystkich zainstalowanych procesorów mają być zapełnione 1 lub 2 DPC (ang. DIMM-Per-Channel) – (dowód nr 3 TOM III SWZ Opis przedmiotu zamówienia str. 5).

Dowodem na to, że wymaganie pkt 5.9 OPZ opiewało na zaoferowanie serwera pozwalającego osiągnąć maksymalną możliwą wydajność nie jest bynajmniej, jak twierdzi odwołujący, wymaganie wykonania testu SPECint na potrzeby złożenia oferty. Po pierwsze bowiem, celem tego testu jest zbadanie parametrów wyłącznie procesora, a nie wszystkich parametrów serwera, w szczególności parametrów osiąganych głównie dzięki pamięci operacyjnej. Świadczy o tym poniższe wymaganie:

Procesor	Minimalna częstotliwość bazowa rdzeni procesora/ów zamontowanych w serwerze określona przez parametr „MIN_BASE_CLOCK", minimalna sumaryczna ilość rdzeni procesora/ów zamontowanych w serwerze określona przez parametr „MIN_CORES_SERVER" Procesor/y osiągające w testach „SPECint_rate2017 Baseline" wynik nie gorszy niż określony przez atrybut „WYNIK_SPECINT_RATE_BASELINE"	„MIN_BASE_CLOCK" – 2,50 [GHz] „MIN_CORES_SERVER" - 48 WYNIK_SPECINT_RATE_BASELINE 330 [pkt]

Z powyższym koreluje też postanowienie OPZ o treści: *„2.3. Wymaga się, aby oferowana konfiguracja była zgodna co do modelu serwera, modelu procesora, jego częstotliwości z konfiguracją serwera, dla której przeprowadzono test „SPECint_rate2017 Baseline" potwierdzony przez organizację SPEC (www.spec.org), na dzień podpisania umowy*".

Zamawiający nie wymagał więc, aby testowana konfiguracja była zgodna co do ilości pamięci RAM oferowanego serwera więc fakt, że przystępujący przedstawił wynik testu SPEC przeprowadzony przy innym wyposażeniu w pamięć RAM niż zaoferowane, nie świadczy o żadnej nieprawidłowości czy zafałszowaniu wyników testu. Test nie badał bowiem wydajności osiąganej dzięki pamięci RAM, a jedynie – jak wspomniano – procesor. Na marginesie, należy zresztą wskazać, że podobnie uczynił sam odwołujący, który w swojej ofercie powołał się na test SPEC serwera wyposażonego w 1536 GB RAM – (dowód nr 4 - http://spec.org/cpu2017/results/res2023q1/cpu2017-20230116-33455.htm,przy zaoferowaniu 384 GB RAM).

Zamawiający wskazał, że test SPEC w ramach tego postępowania nie miał badać czy wydajność procesora jest maksymalna („najlepszej wydajności"), a wydajność minimalną, jaką w OPZ zamawiający określił na 330 pkt (WYNIK_SPECINT_RATE_BASELINE). Referowanie przez odwołującego do wyników testów SPEC tym bardziej w nie może potwierdzać zasadności zarzutów orbitujących wokół twierdzeń, że serwer zaoferowany przez przystępującego nie jest najlepszej wydajności (100% wydajności), abstrahując nawet od tego, że tego rodzaju wymagania nie zawarto w OPZ. Odwołujący po raz kolejny wymóg dotyczący jednego z elementów serwera (w tym przypadku procesora) odnosi do innego postanowienia OPZ (pkt 5.9 roz. II), które w żaden sposób nie referuje do tego wymagania.

Podsumowując powyższe, odwołujący nie wykazał, aby serwer zaoferowany przez przystępującego nie spełniał wszystkich – rzeczywiście wyrażonych i należycie rozumianych – wymagań OPZ. W szczególności, za skuteczny nie może być uznany zarzut zgodnie z którym, przystępujący nie zaoferował serwera w maksymalnej konfiguracji i z maksymalną wydajnością, czy takiego który posiada obsadzone wszystkie moduły DIMM (kanały pamięci), bowiem takich wymagań, zamawiający w ogóle nie postawił w dokumentach zamówienia. Powtórzyć w tym miejscu należy, że odwołujący świadomie zestawia wymagania dotyczące poszczególnych elementów serwera (pamięć operacyjna, procesor, zasilacz) z innymi postanowienia OPZ (pkt 5.9 roz. II OPZ) i na tej podstawie tworzy nieistniejące w OPZ wymagania. Pozorna spójność argumentacji

odwołującego nie wytrzymuje też konfrontacji
z faktem, że gdyby zamawiający faktycznie wymagał spełnienia takich kryteriów, także i jego oferta (jak i każdego innego wykonawcy) podlegałaby odrzuceniu.

Reasumując, jeśli chodzi o wymagania konfiguracyjne, jakich wymagał zamawiający
w OPZ, to:

1)wykonawcy mieli zaoferować serwer z pamięcią operacyjną min. 256 GB;

2)w ramach konfiguracji zbalansowanej;

3)przy użyciu jednakowych kości pamięci.

Natomiast zamawiający nie wymagał, aby konfiguracja serwera zapewniała obsadzenia wszystkich modułów DIMM (kanały pamięci).

Pismo procesowe w sprawie złożył również przystępujący wykonawca WASKO, wnosząc
o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone
w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Izba w całości podziela argumentację prezentowana przez zamawiającego oraz przystępującego WASKO.

Zarzut nr 1 dotyczący naruszenia pkt 17.3 SWZ w związku z art. 134 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 pkt 4) ustawy w związku z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy i w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2) pkt a) i b) ustawy, ponieważ zamawiający określił w SWZ swoje wymogi w stosunku do wadium, a wykonawca wniósł wadium w sposób nieprawidłowy i sprzeczny z postanowieniami pkt 17.3 SWZ, ponieważ wbrew postanowieniom SWZ gwarancja wystawiona przez Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. – dalej „Generali":

•nie ma takiej samej płynności jak wadium wniesione w pieniądzu,

•dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego przez wykonawcę w formie gwarancji jest utrudnione w ramach gwarancji Generali w stosunku do wadium w pieniądzu,

•termin obowiązywania gwarancji Generali nie umożliwia skutecznego zaspokojenia zamawiającego
chociaż zamawiający postawił takie wymogi w SWZ, i w przypadku, gdyby roszczenie zamawiającego o zatrzymanie wadium powstało wskutek zachowań lub zaniechań wykonawcy w ostatnim dniu obowiązywania gwarancji (jednocześnie będącym ostatnim dniem związania ofertą), to zamawiający nie będzie mógł uzyskać zaspokojenia z gwarancji (wadium) i gwarant będzie mógł odmówić wypłaty świadczenia w przypadku żądań złożonych po upływie okresu obowiązywania gwarancji. Tym samym, gwarancja Generali jest niezgodna z swz, ponieważ ani nie zapewnia możliwości składania roszczeń do Generali po upływie terminu obowiązywania gwarancji, ani jej termin (Gwarancji) nie jest dłuższy niż termin obowiązywania oferty. Tym samym zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę i odrzucić jego ofertę.

Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż co do zasady, która wprost wynika
z obowiązujących przepisów ustawy Pzp, gwarancja wadialna musi pokrywać swoim okresem zabezpieczenia cały termin związania ofertą. Przepis art. 97 ust. 5 ustawy Pzp, stanowi bowiem, iż wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2. Wskazany przepis nie ogranicza jednak prawa wykonawcy do samodzielnego wydłużenia okresu, w którym gwarancja wadialna przekracza termin związania ofertą. Jednakże wskazać należy, iż jest to uprawnienie wykonawcy, a nie obowiązek. Tym samym nie sposób stawiać zarzutów względem wykonawcy, którego zabezpieczenie oferty, złożone w formie gwarancji wadialnej zakreślone zostało do terminu jej związania. Podkreślenia wymaga, iż wyżej wskazane uprawnienie wykonawcy (do samodzielnego wydłużenia ważności gwarancji wadialnej) nie może zostać nakazane przez zamawiającego treścią SWZ, o czym wielokrotnie wypowiadała się Krajowa Izba Odwoławcza, Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych oraz Prezes UZP w swojej opinii.

Jak słusznie wskazał Prezes UZP w swojej opinii *„Z uwagi na sankcyjny charakter przesłanki z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, nie jest możliwe rozszerzające jej interpretowanie, czy też stosowanie omawianego przepisu w sytuacjach innych niż konkretnie wyrażone w ustawie Pzp. W świetle przepisów art. 97 ust. 5 w zw. z art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, uzasadnione jest przyjęcie, że gwarancja wadialna przewidująca obowiązek zgłoszenia przez zamawiającego żądania zapłaty wyłącznie w terminie ważności wadium równemu terminowi związania ofertą jest prawidłowa, a co za tym idzie, oferta wykonawcy, który wniósł wadium w taki sposób nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp*".

Pogląd analogiczny do prezentowanego w ww. opinii wyrażony został w wyroku z dnia 22 kwietnia 2022 r. (sygn. akt: XXIII Zs 13/22) oraz w wyroku z dnia 1 sierpnia 2022 r. (sygn. akt: XXIII Zs 81/22, XXIII Z 84/22). W wyroku z dnia 22 kwietnia 2022 r. (sygn. akt: XXIII Zs 13/22) Sąd uznał, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości ustanawiania dodatkowego terminu na zgłoszenie przez zamawiającego roszczeń gwarantowi po upływie terminu związania ofertą

Krajowa Izba Odwoławcza, odnosząc się do kwestionowanego przez odwołującego elementu gwarancji wadialnej, którego treść, wg. odwołującego niezgodna jest z SWZ (pkt. 17.3), z uwagi na brak równowagi płynności wadium w kontekście wadium wniesionego w pieniądzu, w sytuacji, gdy gwarancja wadialna nie obejmuje okresu – po terminie związania ofertą, wskazuje, co następuje.

Zamawiający w pkt 17.3 SWZ wskazał, iż *„Wadium wniesione w formie gwarancji (bankowej czy ubezpieczeniowej) musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu – dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie może być utrudnione. Dlatego w treści gwarancji powinna znaleźć się klauzula stanowiąca, iż wszystkie spory odnośnie gwarancji będą rozstrzygane zgodnie z prawem polskim i poddane jurysdykcji sądów polskich, chyba, że wynika to z przepisów prawa oraz termin obowiązywania dokumentu musi umożliwiać skuteczne zaspokojenie Zamawiającego*".

Analizując treść złożonej przez przystępującego gwarancji wadialnej należy uznać, że nie zawiera ona postanowień powodujących jej niezgodność z SWZ, a okoliczność zrównania terminu jej ważności i terminu związania ofertą nie powoduje, że uniemożliwia skuteczne zaspokojenie zamawiającego, w takim samym stopniu jak wadium wniesione w pieniądzu.

Zgodnie z pkt 17.3 zd. 2 SWZ *„Wadium wniesione w takiej formie, musi obejmować cały okres związania ofertą*". Gwarancją wadialną spełniającą to wymaganie będzie więc gwarancja, której termin ważności co najmniej pokrywał się będzie terminem związania ofertą. Jednocześnie SWZ nie wymagała, aby okres ważności gwarancji był dłuższy niż termin związania ofertą.

Niezasadne jest również twierdzenie odwołującego, iż dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego przez przystępującego w takiej formie jest utrudnione, gdyż po pierwsze zamawiający jasno wskazał, iż *„(…) w treści gwarancji powinna znaleźć się klauzula stanowiąca, iż wszystkie spory odnośnie gwarancji będą rozstrzygane zgodnie z prawem polskim i poddane jurysdykcji sądów polskich, chyba, że wynika to z przepisów prawa (…)*". Po drugie, w treści gwarancji wprost wskazano, iż *„(…) dla skierowania wezwania do zapłaty koniecznym jest (…) podpisanie go przez osoby uprawnione do składania oświadczeń w imieniu Beneficjenta (§ 4 ust. 2 gwarancji); sporządzone (…) w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób, o których mowa w ust. 2 i przesłane na adres: s.*".

Powyższe oznacza, że nawet w ostatnim dniu terminu związania ofertą, jeżeli ziszczą się przesłanki do zatrzymania wadium, zamawiający będzie miał możliwość i sposobność wystąpić do gwaranta z takim oświadczeniem. W ocenie Izby, gwarancja wadialna złożona przez przystępującego w kontekście treści SWZ oraz ustawy Pzp zachowuje taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu.

Zarzut nr 2 – dotyczący naruszenia pkt 15.17 pkt 1) i 2) SWZ, pkt OPZ wskazanych niżej, w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy przez zaniechanie uznania, że oferta wykonawcy w ramach zamówienia podstawowego i prawa opcji w zakresie: serwer stelażowy x86-64 (C.PSR.R.X.86.2)_BKP wraz z Oprogramowaniem i Wdrożeniem, to jest oferowany przez wykonawcę: Lenovo ThinkSystem SR665 V3: jest niezgodny z warunkami zamówienia - postanowieniami OPZ (tom III) pkt II Wymagania funkcjonalne dotyczące Sprzętu: pkt 1.2 Dla serwerów stelażowych x86-64 (C.PSR.R.X.86.2)_BKP oraz serwerów stelażowych x8664 (C.PSR.R.X.86.2)_BKP zamówienie podstawowe i prawo opcji, a które to wymogi są określone w pkt 5.9 i tabeli: wymagania dotyczących pełnego wyposażenia serwera, pełnych możliwości operacyjnych serwera, konieczności pracy z maksymalną wydajnością podczas pracy ciągłej i pełnym obciążeniu, pamięci ram, jednakowych kości ponieważ serwery zaoferowane przez wykonawcę nie spełniają wymogów dotyczących charakterystyki, atrybutów, wymogów serwera dotyczących: możliwości pracy z maksymalną wydajnością przy pełnym obciążeniu podczas pracy ciągłej, zachowania

pełnych możliwości operacyjnych, pełnego wyposażenia serwera, a także wymogów co do pamięci (RAM _SIZE), wymogów zbalansowanej konfiguracji: ponieważ:

•zamiast zaoferowania serwera w konfiguracji pamięci dającej 384 GB pamięci ram na serwer z technologią Intel (procesory AMD - na 2 procesory w serwerze), która dawałaby wymaganą maksymalną wydajność, zdolność operacyjną (100%) i spełniałaby wymóg co do pełnego wyposażenia,

•wykonawca zaoferował nieoptymalną, poniżej wymogów OPZ konfigurację

i wyposażenie, to jest jedynie 256 Gb pamięci ram dla 2 procesorów AMD na serwerze (czyli zaoferował mniej niż 100% wydajności, zdolności operacyjnej na serwer - 2 procesory AMD), zaoferował mniej niż pełne wyposażenie.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż zarzuty odwołującego nie odnoszą się do faktycznego brzmienia wymagań, jakie w zakresie parametrów technicznych postawił zamawiający w SWZ (OPZ). Podnieść bowiem należy, iż zamawiający w treści dokumentacji postępowania określił szereg minimalnych wymagań i parametrów technicznych zamawianego sprzętu, których spełnienie będzie dla zamawiającego wystarczające.

Okolicznością istotną w sprawie i rozstrzygającą jest fakt, iż opisane przez zamawiającego parametry techniczne kupowanego sprzętu zostały podane na minimalnym, wymaganym poziomie, których spełnienie odpowiadać ma oczekiwaniom zamawiającego. Odwołujący zaś, swoją argumentacją próbuje przekonać, iż opis dokonany przez zamawiającego wymuszał na wykonawcach zaoferowanie sprzętu w oparciu o maksymalne parametry jaki dany sprzęt może osiągnąć (powołując w tym zakresie stosowne dowody). Jednakże odwołujący całkowicie pomija okoliczność, iż oferowany przez przystępującego sprzęt w ustalonej przez siebie (przystępującego) konfiguracji osiąga maksymalną wydajność pracy, która wymagana była przez zamawiającego. Fakt, iż wydajność takiego sprzętu może być wyższa jest niesporna. Jednakże przedmiotem zamówienia nie był taki sprzęt. Zamawiający opisując wymagane przez siebie parametry przewidział bowiem możliwość rozbudowania kupowanych przez siebie urządzeń, ale dopiero na późniejszym etapie – przyszłym i niepewnym. Tym samym przedmiotem oferty było przedstawienie zamawiającemu takiej konfiguracji sprzętu, która osiąga maksymalne wydajności pracy przy pełnym obciążeniu. Oznacza to,
że przedmiotem oceny jest sprzęt (urządzenia) zaoferowany w tym konkretnie postępowaniu, a nie sprzęt maksymalnie wyposażony w określonej dopuszczalnej przez producenta konfiguracji. Tym samym budowanie argumentacji odwołania o maksymalne parametry sprzętu jakie może on osiągnąć w oparciu o dane producenta z pominięciem faktycznej treści oferty i jej przedmiotu, stanowi podstawę do uznania zarzutów za niezasadne.

Zarzut nr 3 – jako wynikowy, w sytuacji oddalenia przez Izbę zarzutów nr 1 i 2, Izba uznała za niezasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:……

Członkowie: ……

…….