

WYROK
z dnia 2 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Barbara Bettman
Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ACTION S.A, Zamienie, ul. Dawidowska 10, 05-500 Piaseczno** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Akademię Górniczo-Hutniczą AGH, Akademickie Centrum Komputerowe Cyfronet AGH, ul. Nawojki 11, 30-950 Kraków** protestu z dnia 23 listopada 2009 r.,

przy udziale wykonawcy **ComArch S.A, al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża ACTION S.A, Zamienie, ul. Dawidowska 10, 05-500 Piaseczno i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ACTION S.A, Zamienie, ul. Dawidowska 10, 05-500 Piaseczno,**

-
- 2) dokonać zwrotu kwoty **12 778 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ACTION S.A, Zamienie, ul. Dawidowska 10, 05-500 Piaseczno.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Akademia Górniczo Hutnicza – Akademickie Centrum Komputerowe CYFRONET AGH - z siedzibą w Krakowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa klastra obliczeniowego dla potrzeb projektu PL-Grid.

16 listopada 2009 r. pismem z 13 listopada 2009 r. zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej – www.cyfronet.krakow.pl - modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej: siwz.

Wobec dokonanej modyfikacji odwołanie poprzedzone protestem wniósł ACTION S.A. z siedzibą w Piasecznie.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 - 3, art. 30 ust. 1 - 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej: „ustawą” oraz innych przepisów wymienionych w treści uzasadnienia protestu, przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z dokonaniem opisu przedmiotu zamówienia. Zdaniem odwołującego się nastąpiło wskazanie pochodzenia przedmiotu zamówienia, nadto przedmiot zamówienia określony został za pomocą nieobiektywnych parametrów, a nie za pomocą cech technicznych i jakościowych z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie. Zarzucił, że zmodyfikowane postanowienia siwz uniemożliwiają mu złożenie oferty w postępowaniu i ubieganie się o udzielenie zamówienia na równi z innymi wykonawcami. Odwołujący się

podniósł, że gdyby zamawiający zmodyfikował opis przedmiotu zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1188/09, KIO/UZP 1198/09, KIO/UZP 1199/09, zwanego dalej: „wyrokiem Izby”, mógłby złożyć konkurencyjną ofertę. Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji treści siwz - zmiany opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazany w treści protestu, odwołania oraz

2

zgodnie z przywołanym wyrokiem Izby oraz przedłużenia terminu składania ofert i czynności poinformowania o tym wykonawców, którym przekazano siwz, o nie mniej niż 22 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Alternatywnie wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia niniejszego postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy.

W uzasadnieniu odwołujący się wskazał, że zamawiający nie wykonał wyroku Izby z 7 października 2009r., bowiem wprowadził do treści siwz nowe wymagania, które zawężają możliwości zaoferowania sprzętu tylko do rozwiązań posiadanych przez producenta Hewlett-Packard, zwanego dalej: HP:

1. Upakowanie w dwóch szafach rack.

Odwołujący się podniósł, że zamawiający zamiast specyfikować liczbę węzłów obliczeniowych posłużył się wskaźnikiem teoretycznej mocy obliczeniowej, co powoduje, w połączeniu z wymaganiem TDP z punktu 1.3 oraz wymaganiem na pamięć DDR3, że jedynymi procesorami spełniającymi wymogi są procesory Intel L5520 oraz L5530. Z użyciem takich procesorów przy wymaganej mocy obliczeniowej klastr musi mieć odpowiednio 256 węzłów lub 240 węzłów, a jedynie firmy HP oferuje rozwiązania mieszczące taką ilość węzłów w dwóch szafach 42U.

Zarzucił, że zamawiający pozostawił wymaganie dwóch szaf 42U, jednocześnie nie dopuszczając użycia wydajniejszych procesorów, co skutkowałoby zmniejszeniem liczby wymaganych węzłów. Odwołujący się ocenił, że wymóg utrzymania niskiego poboru mocy procesora nie przystaje do idei klastra obliczeniowego, który powinien zapewniać maksymalną moc obliczeniową, a zamawiający w ten sposób sztucznie stara się utrzymać stałą liczbę węzłów obliczeniowych do zmieszczenia w dwóch szafach teleinformatycznych. Odwołujący się wniósł o opisanie przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający zastosowanie różnych konfiguracji sprzętu.

2. Specyfikacja węzłów dyskowych.

Odwołujący się podniósł, że zamawiający w przypadku węzłów dyskowych typu blade z pkt. 5.1 stosuje określenie mocy obliczeniowej na poziomie 1.5TFlops - nieistotnego parametru wydajności dla węzłów dyskowych. Wniósł o uzupełnienie treści siwz o istotne parametry wydajnościowe węzłów dyskowych.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest 23 listopada 2009 r. (pismem z tej samej daty), odwołanie 14 grudnia 2009 r. (pismo z tej samej daty) za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego. Zamawiający otrzymał kopię odwołania 14 grudnia 2009 r. z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* Pzp.

3

Zamawiający pismem z 7 grudnia 2009 r. oddalił protest i tego dnia poinformował odwołującego się o rozstrzygnięciu. Zamawiający w uzasadnieniu podniósł, że odwołujący się nie wskazał, w jaki sposób byłby w stanie zapewnić zaspokojenie obiektywnej potrzeby zamawiającego – dostarczenia klastra o wymaganej mocy do pomieszczenia serwerowni, w której możliwe jest usytuowanie maksimum dwóch szafek typu Rack 19", co jest równoznaczne z dążeniem do sprzedaży oferowanego urządzenia bez uwzględnienia uwarunkowań zamawiającego. Ocenił, że odniósł się do wszystkich nakazów wynikających z wyroku Izby, zaś ograniczenie mocy wydzielanej przez zestaw procesorów w pojedynczym węźle obliczeniowym wynika z możliwości systemu klimatyzacji precyzyjnej posiadanej przez zamawiającego. Zamawiający wskazał, że mimo pozostawienia rygorystycznego kryterium gęstości upakowania sprzętu dokonał zmiany wymaganej konfiguracji sprzętu, co zapewniło

możliwość zaoferowania opisanego klastra obliczeniowego przez co najmniej dwóch producentów infrastruktury informatycznej. Wywiódł również, że zamienił ogólne wymagania uzyskania łącznej teoretycznej mocy obliczeniowej na poziomie minimum 1,5TFlops, natomiast zgodnie z wyrokiem Izby wymagania szczegółowe opisał w pkt 5. siwz, co zapewnia dowolność w doborze elementów wchodzących w skład części dyskowej klastra i pozwala na identyfikację przedmiotu zamówienia przez podmioty profesjonalne.

Powyższe stanowisko zostało ponowione w odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z 7 stycznia 2009r.

ComArch S.A. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się, uczestnicząc wcześniej w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Wniósł o uwzględnienie odwołania. Wskazując na swój interes prawny w uzyskaniu zamówienia wywiódł, że naruszenia podniesione w odwołaniu uniemożliwiają mu ubieganie się o udzielenie zamówienia i pozbawiają go możliwości jego uzyskania.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, pod numerem 2009/S 129-188189 9 lipca 2009 r.

Wyrokiem z 7 października 2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołania Netline Group Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu, ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie oraz ACTION S.A. z siedzibą w Warszawie i nakazała zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści siwz, w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Izba uznała za potwierdzony zarzut, że przez określenie ilości węzłów – co najmniej 256 serwer w 2 szafach typu Rack 19" 42U –

4

zamawiający ograniczył możliwość do zaoferowanie wyłącznie produktów pochodzących od jednego producenta t.j. HP. Izba wskazała jednocześnie, że zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia przedstawił gotowe rozwiązania techniczne oparte o rozwiązania HP, nie podając parametrów tak istotnych jak szybkość obliczeniowa całego układu. Uwzględniając odwołanie Izba nakazała opisanie przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający stosowanie różnych konfiguracji sprzętu stosowanych nie tylko przez HP, dostosowanych do potrzeb projektu PL-Grid oraz ograniczeń lokalowych serwerowni. W dokonanej 13 listopada 2009 r. modyfikacji siwz zamawiający ustalił, że łączna moc obliczeniowa dostarczanego klastra nie może być mniejsza niż 20 Tflops, przy czym część obliczeniowa powinna się charakteryzować mocą obliczeniową minimum 18,5 Tflops, zaś część dyskowa mocą obliczeniową minimum 1,5 Tflops. Zamawiający, w Opisie wymagań, dokonał zmiany w pkt. 1.1 (węzeł obliczeniowy typu blade), pozostawiając jednocześnie bez zmian brzmienie pkt 1.2 – 1.6, nadając mu brzmienie: co najmniej tyle, by łączna teoretyczna moc obliczeniowa wszystkich węzłów obliczeniowych typu blade, wyliczona z zależności (1) wynosiła, minimum 18,5 Tflops. Wszystkie zaoferowane węzły obliczeniowe powinny zostać w szczegółowo opisanych w pkt 4 szafach rack.

Zamawiający zmienił brzmienie pkt 5.1. (węzeł dyskowy typu blade) wskazując, że ich liczba powinna wynosić, co najmniej tyle, by łączna teoretyczna moc obliczeniowa wszystkich węzłów dyskowych typu blade, wyliczona z zależności (1) wynosiła, minimum 18,5 Tflops. Wszystkie zaoferowane węzły dyskowych powinny zostać w szczegółowo opisanej w pkt 10 szafie rack. Uwarunkowania lokalowe zamawiającego oraz fakt posiadania przez niego określonego typu klimatyzacji SA niesporne.

Zamawiający złożył na rozprawie oświadczenie firmy HP oraz Intel, z których wynika, że są one odpowiednio producentami i współproducentami klastra opisanego w siwz.

Przystępujący złożył natomiast jednobrzmiące oświadczenia firm IBM, Fujitsu Technologies Solutions Sp. z o.o., NTT System S.A. oraz ACTION S.A., że wymaganą moc obliczeniową posiada wyłącznie rozwiązanie oferowane przez HP przy założeniu, że zamontowania 256 węzłów obliczeniowych typu blade.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i należy je oddalić.

1. Upakowanie w dwóch szafach rack.

Zmieniając pkt 1.1 siwz zamawiający dokonał prawidłowej recepcji wyroku Izby, która wskazała, że nieuzasadnione jest przyjęcie, że jedynie powoływanie liczba 256 węzłów daje zamawiającemu możliwość osiągnięcia zakładanej mocy obliczeniowej projektu, oraz uznała za zasadne wskazanie w siwz wymaganych parametrów. Zamawiający dokonał zmiany siwz

5

przez zamieszczenie w siwz funkcjonalnego opisu wymaganego rozwiązania, stosownie do art. 30 ust. 6 ustawy, w szczególności przez powołanie uznanego za najistotniejszy dla zamawiającego parametru - wskaźnika teoretycznej mocy obliczeniowej oraz mocy obliczeniowej części dyskowej i obliczeniowej.

Z samego sformułowania zarzutu dotyczącego upakowania w szafach rack wynika, że oferowany klaster musi mieć odpowiednio 256 węzłów lub 240 węzłów, uznać zatem należy, że zamawiający wykonując wyrok Izby rozszerzył możliwość konfiguracji oferowanego sprzętu. W takiej sytuacji przedmiotem sporu jest jedynie ustalenie, czy dokonana modyfikacja powoduje możliwość złożenia oferty wyłącznie przez HP.

Wywód odwołującego się, iż opis przedmiotu zamówienia wskazuje na jednego tylko wykonawcę, nie znalazł oparcia w postępowaniu dowodowym. Nawet przy pominięciu oświadczenia dotyczącego firmy Intel, wskazać należy, że:

po pierwsze: nie zostało zaprzeczone przez odwołującego się i przystępującego oświadczenie zamawiającego, zgodnie z którym klaster odpowiadający opisanym wymaganiom został zaoferowany wspólnie przez Intel i Eurotech w Petersburgu. Mając na względzie, że odwołujący się oraz przystępujący, tak na rozprawie, jak w postępowaniu odwoławczym poprzedzającym wydanie wyroku Izby, nie wskazali firmy Eurotech, jako producenta dla którego spełnienie warunków opisanych w siwz jest niemożliwe, Izba uznała, że wskazani wykonawcy mogą wspólnie spełnić wymagania zamawiającego. Izba oceniła, że przyznanie to (brak zaprzeczenia oświadczenia zamawiającego) nie budzi wątpliwości, co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy (art. 188 ust. 5 ustawy).

po drugie: oświadczenia producentów złożone przez przystępującego nie dotyczą wszystkich wiodących producentów serwerów dostępnych na rynku, w tym m. in. wymienionych w powoływanym wyroku Izby Dell, Bull, Sun i Cisco. Oświadczenia nie odnoszą się nadto w pełni do treści zarzutu, w którym prócz wskazania 256 węzłów odwołujący się wskazał również liczbę 240 węzłów,

Zgodnie z art. 188 ust. 1 ustawy oraz art. 6 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy na odwołującym się ciąży obowiązek udowodnienia faktów, z których wywodzi skutki prawne.

Nie zostało udowodnione, że zamawiający specyfikując swe wymagania dopuścił się dyskryminacji pośredniej przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący HP jako jedyne go producenta mogącego spełnić wymagania zamawiającego.

Odwołujący się zaniechał jakiegokolwiek aktywności w postępowaniu dowodowym, a oświadczenia złożone przez przystępującego nie są adekwatne do całości zarzutu. Nie można uznać na ich podstawie trafności zarzucanych zamawiającemu naruszeń.

Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami prawa, ma prawo sprecyzować i opisać przedmiot zamówienia o określonych minimalnych standardach jakościowych i technicznych.

6

To, że nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania opisane w siwz i mogą go zaoferować, nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji. W ocenie Izby zamawiający należycie uzasadnił swoje potrzeby leżące u podstaw postawionych wymagań. Szczególna rola zamawiającego w projekcie PL - Grid, wynikające z niego wymaganie 8 – letniego okresu sprawności zamawianego sprzętu, rozwój technologii, a w ślad za tym postęp w dziedzinie najszybszych komputerów, daje zamawiającemu prawo wymagania od wykonawców dostarczenia produktu o pożądanych przez niego parametrach w najbardziej nowoczesnej technologii. W tej mierze zamawiający kieruje się potrzebą realizowanej inwestycji, celowością i ekonomią wydatkowania środków publicznych i wykorzystywaniem w przyszłości zamawianego klastra. Określenie przedmiotu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi zawsze decyzję

zamawiającego. Prawem zamawiającego i zarazem jego obowiązkiem jest ocena własnych potrzeb i dokonanie zamówienia zgodnie z tymi potrzebami.

Izba ocenia, że opis przedmiotu zamówienia dokonany w ramach zmiany siwz nastąpił stosownie do uzasadnionych obiektywnych potrzeb zamawiającego. W okolicznościach sporu nie budzi wątpliwości Izby, że obowiązkiem zamawiającego i obiektywną jego potrzebą jest uzyskanie klastra w pełni użytecznego przez zakładany okres 8 – letni oraz mogącego funkcjonować w warunkach lokalowych zamawiającego, przy wykorzystaniu istniejącej infrastruktury (klimatyzacji). Zważywszy powyższe, należało uznać, iż mimo, że analizowane łącznie pkt 1.1., 1.3 i 1.4 ograniczają krąg potencjalnych wykonawców zamówienia do dostawców urządzenia, które spełni wymagania zamawiającego, to nie stanowi to działania wbrew zasadzie uczciwej konkurencji. Ograniczona liczba wykonawców mogących uczestniczyć w postępowaniu, z uwagi na określony przedmiot zamówienia, nie jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji (vide: wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27.07.2007 r., sygn. Akt UZP/ZO/0-879/07., orzeczenia Izby m. in. wyrok z 17 stycznia 2008 r., sygn. akt. KIO/UZP 80/07 oraz z 9 października 2008 r. sygn. akt. KIO/UZP 1024/08). Zamawiający nie jest zobowiązany do dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, by otworzyć się na wszystkie rozwiązania dostępne na rynku, ani też by umożliwić udział w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym w danej branży (w okolicznościach sporu najszybszych komputerów), co mogłoby nastąpić przez uwzględnienie żądania odwołującego się dopuszczenia zaoferowania pamięci DDR - 2, podczas gdy, opisana pamięć DDR - 3 posiada lepsze oczekiwane przez zamawiającego parametry.

Reasumując stwierdzić należy, że zamawiający dokonał zmiany siwz w sposób wynikający z wyroku Izby, w sposób uzasadniony obiektywnymi potrzebami, a odwołujący się nie udowodnił, że nie jest w stanie przygotować i złożyć oferty spełniającej postawione w opisie przedmiotu zamówienia wymagania.

7

Wyniki postępowania dowodowego nie pozwalają na przyjęcie, że postanowienia siwz formułują opis przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretnie oznaczonego producenta - HP.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy nie potwierdził się.

2. Specyfikacja węzłów dyskowych.

Jak Izba wskazała wyżej, zamawiający zmieniając treść siwz dokonał funkcjonalnego opisu przedmiotu zamówienia. W takim przypadku, stosownie do art. 30 ust. 6 ustawy, zamawiający może odstąpić od opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z zasadami wynikającymi z art. 30 ust. 1 – 3, w tym za pomocą cech technicznych i jakościowych z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie. Odwołujący się do omawianego zarzutu nie odniósł się w czasie rozprawy. Nie wykazał w szczególności, dlaczego, jego zdaniem, powołany parametr zawarty w pkt. 5.1 - określenie mocy obliczeniowej na poziomie 1.5TFlops – miałby być nieistotny i nieobiektywny, ani też nie wywiódł, jakie parametry miałyby mieć charakter istotny. Nie zostało wskazane, w jaki sposób opis przedmiotu zamówienia dokonany w pkt 5.1. stanowić miałby utrudnienie dla odwołującego się w przygotowaniu i złożeniu oferty.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy nie znalazł potwierdzenia.

Mając powyższe na uwadze Izba na podstawie art. 191 ust. 1 zd. 1 ustawy oddaliła odwołanie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy. Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika zamawiającego o przyznanie kosztów zastępstwa w postępowaniu przed Izbą, gdyż § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.) uzależnia możliwość zaliczenia do kosztów postępowania wynagrodzenia pełnomocnika od złożenia rachunku, co nie nastąpiło.

8

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....