

Sygn. akt: KIO 1960/17

WYROK
z dnia 6 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2017 r. przez **Wykonawcę – E. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w W. przy (...) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Narodowy Fundusz Zdrowia** w W., (...)

przy udziale

Wykonawcy **A. P. Spółka Akcyjna** z siedzibą w R. przy (...) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

Wykonawcy **C. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w W. przy (...) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2 Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę E. Sp. z o.o. z siedzibą w W. i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę E. Sp. z o.o. z siedzibą w W. tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Wykonawcy E. Sp. z o.o. z siedzibą w W. na rzecz Zamawiającego – Narodowego Funduszu Zdrowia w W. kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącej koszty strony poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

3 Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego kryterium III dostawy referencyjnego rozwiązania IBM, opisanego w pkt 1.1. odwołania z

powodu uwzględnienia w tym zakresie odwołania przez Zamawiającego i braku sprzeciwu wobec uwzględnienia w części zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – NFZ w Warszawie na *zakup serwera IBM Power S824 bądź równoważnego wraz z usługą serwisu gwarancyjnego oraz serwis SWMA dla serwera (...)*” (nr ref.: BAG.261.1.29.2016), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 czerwca 2017 r. nr 2017/S 123-250669, wobec modyfikacji treści siwz nakazanej wyrokiem KIO z dnia 31.07.2017 r. sygn. akt KIO 1432/17, Wykonawca E. Sp. z o.o. z/s w Warszawie wniósł w dniu 18 września 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1960/17).

Zamawiający dokonał modyfikacji siwz w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w dniu 06.09.2017 r., kiedy opublikował zmienioną treść na własnej stronie internetowej.

Odwołujący zakwestionował te zapisy, które prowadziły do:

1. ustanowienia jako kryterium III dostawy referencyjnego rozwiązania IBM, które pozwala na uzyskanie 25 punktów (rozdział XVI.3 siwz);
2. ustanowienia obowiązku, by dostarczony serwer równoważny zapewniał pracę systemu klastrowego replikacji logicznej w trybie umożliwiającym replikację transakcji bazodanowych w czasie rzeczywistym do i z posiadanego już przez Zamawiającego serwera „IBM System i” w wersji (...) oraz replikacji posiadanego przez Zamawiającego oprogramowania do replikacji logicznej (...) (załącznik nr 1a do siwz pkt IV oraz specyfikacja pod tabelą nr 1);
3. ustanowienia dla dostarczanego rozwiązania równoważnego dodatkowego wymagania, zgodnie z którym przypadku dostarczenia systemu równoważnego Wykonawca wraz z Zamawiającym dokona instalacji, uruchomienia i sprawdzenia poprawności replikacji posiadanego oprogramowania do replikacji logicznej (...), przy czym czynności związane z instalacją, uruchomieniem i sprawdzeniem poprawności replikacji zajmą Zamawiającemu nie więcej niż 3 roboczodni (roboczodzień – 8:00 – 16:00), a replikacja ma zostać zestawiona do posiadanego przez Zamawiającego serwera (...) (załącznik nr 1a do siwz pkt IV oraz specyfikacja pod tabelą nr 1);
4. ustanowienia obowiązku wyposażenia dostarczanego serwera równoważnego w system operacyjny posiadający zintegrowaną bazę danych (z licencją na nieograniczoną liczbę użytkowników) (załącznik nr 1a do siwz – specyfikacja pod tabelą nr 1), podczas gdy jest to rozwiązanie, które posiadają wyłącznie serwery IBM POWER z systemem operacyjnym i5/OS co stanowi działanie oczywiście sprzeczne z treścią wyroku KIO o sygn. akt KIO 1432/17;

5. nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia w szczególności wobec braku sporządzenia szczegółowej specyfikacji dla systemu operacyjnego oraz bazy danych, dostarczanych jako rozwiązanie równoważne.

Zaskarżonym postanowieniom Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp i art. 29 ust. 1, 2 i 3 Pzp poprzez:

- nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, co powoduje brak zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, a tym samym uniemożliwiający dokonanie wyceny oferty,
- pozorny opis rozwiązań równoważnych, które w swej istocie zostały sformułowane w taki sposób, że nie istnieje na rynku równe rozwiązanie równoważne do rozwiązania referencyjnego wskazanego w siwz,
- statuowanie dla wykonawcy oferującego rozwiązanie równoważne dodatkowych obowiązków, które nie obciążają wykonawcy oferującego rozwiązanie referencyjne, co powoduje brak zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści siwz i ogłoszenia poprzez:

- a) usunięcie kryterium III, które punktuje wykonawców za dostawę referencyjnego rozwiązania IBM (rozdział XVI.3 siwz);
- b) usunięcie obowiązku, by dostarczony serwer równoważny zapewniał pracę systemu klastrowego replikacji logicznej w trybie umożliwiającym replikację transakcji bazodanowych w czasie rzeczywistym do i z posiadanego już przez Zamawiającego serwera „IBM System i” w wersji (...) oraz replikacji posiadanego przez Zamawiającego oprogramowania do replikacji logicznej (...) (załącznik nr 1a do siwz pkt IV oraz specyfikacja pod tabelą nr 1);
- c) Modyfikację obowiązku wyposażenia dostarczanego serwera równoważnego w system operacyjny posiadający zintegrowaną bazę danych (z licencją na nieograniczoną liczbę użytkowników) poprzez usunięcie wymogu, by baza danych była zintegrowaną częścią systemu operacyjnego i umożliwienie dostarczenia bazy danych niezależnej od systemu operacyjnego;
- d) Sporządzenie szczegółowej specyfikacji dla systemu operacyjnego oraz bazy danych, dostarczanych jako rozwiązanie równoważne.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący nawiązał do wcześniejszego postępowania odwoławczego, dotyczącego zapisów siwz oraz rozstrzygnięcia Izby zapadłego w tej sprawie w wyroku z dnia 31.07.2017 r., sygn. akt KIO 1432/17, którym nakazano Zamawiającemu usunięcie wymogu, aby dostarczane rozwiązanie posiadało system operacyjny zapewniający zgodność binarną z systemem operacyjnym IBM i V7R2 oraz zintegrowaną bazę danych w pełni kompatybilną z IBM DB2. Wykonując wyrok Izby, które Zamawiający nie zaskarżył doszło do zmiany zapisów siwz, które nadal o ocenie Odwołującego naruszają przepisy Ustawy.

Odnosząc się do kryterium dostawy referencyjnego rozwiązania IBM, mającego wagę 25%, Zamawiający preferując to rozwiązanie, wyklucza realne szanse na uzyskanie zamówienia wykonawców oferujących rozwiązanie równoważne. Ceny tych rozwiązań są bowiem porównywalne i w praktyce niemożliwe jest złożenie oferty konkurencyjnej, gdyż cena musiałaby być niższa o co najmniej 37% od ceny za rozwiązanie referencyjne. Kryterium to wskazuje na pozorny charakter równoważności rozwiązań możliwych do zaoferowania, a działania Zamawiającego mają na celu doprowadzenie do tego, aby dostarczony był serwer referencyjny IBM POWER.

W zakresie replikacji logicznej Zamawiający wprowadził nierówne zasady traktowania wykonawców, gdyż na wykonawcę dostarczającego rozwiązanie równoważne nałożony został obowiązek wykonania wraz z Zamawiającym instalacji, uruchomienia i sprawdzenia poprawności replikacji posiadanego oprogramowania, podczas gdy przy dostarczeniu rozwiązania referencyjnego, czynności te wykonać ma sam Zamawiający. Ponadto, wprowadzony wymóg replikacji logicznej, zastąpił wcześniejszy zapis o konieczności zapewnienia zgodności binarnej systemu operacyjnego z systemem operacyjnym IBM i V7R2, który to zapis Izba nakazała usunąć. Replikacja logiczna pozwala tworzyć identyczne kopie obiektów w systemach produkcyjnych i zapasowych oraz utrzymywać je w identycznym stanie. Aby to było możliwe, musi zostać zapewniona zgodność systemów na poziomie binarnym. Replikacja nie jest możliwa jeżeli na jednym serwerze działa inny system operacyjny, niż na serwerze, do którego dane mają być replikowane. Wprowadzenie tego wymagania Odwołujący ocenił jako działanie wbrew wyrokowi KIO.

Zamawiający ustanowił także obowiązek wyposażenia dostarczanego serwera równoważnego w system operacyjny posiadający zintegrowaną bazę danych (z licencją na nieograniczoną liczbę użytkowników). Powyższe stanowi wyraz ignorowania orzeczenia Izby, w którym nakazano usunięcie wymogu, aby dostarczane rozwiązanie równoważne posiadało zintegrowaną bazę danych w pełni kompatybilną z IBM DB2. Zintegrowanie bazy danych z systemem operacyjnym nie jest rozwiązaniem standardowym. Przeciwnie są to produkty sprzedawane rozdzielnie, czym innym jest bowiem system operacyjny, a czym innym baza

danych. Jedynym producentem dostarczającym bazy danych zintegrowane z systemem operacyjnym jest IBM, który w instrukcji użytkownika dla systemu IBM i5 określa to rozwiązanie mianem unikatowego. Powyższe zaprzecza konkurencyjności postępowania.

Ponadto, Odwołujący wskazał na brak określenia wymagań dla równoważnego systemu operacyjnego, ani bazy danych. Zamawiający opisał wymogi dla oprogramowania (...) oraz dla serwera, a jedyne wymagania jakie stawia wobec systemu operacyjnego jest takie, aby został wyposażony w zintegrowaną bazę danych, a także zapewniał pracę systemu klastrowego replikacji logicznej. Z kolei w odniesieniu do bazy danych Zamawiający w żaden sposób nie scharakteryzował wymagań dla dostarczanego rozwiązania. Powyższe wskazywać ma, że Zamawiający nie dopuszcza dostarczenia innego systemu niż i5 (tj., systemu IBM) oraz innej bazy danych niż baza z tym systemem zintegrowana, tj. DB2.

Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Zamawiającego Wykonawcy: A. P. S.A oraz C. P. Sp. z o.o.

Zamawiający na posiedzeniu Izby w dniu 03.10.2017 r., przed otwarciem rozprawy, złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzut dotyczący kryterium oceny ofert, a w pozostałym zakresie wnosił o oddalenie odwołania. Odwołujący nie wycofał zarzutów, których Zamawiający nie uwzględnił i podtrzymał w tym zakresie odwołanie. Obecny na posiedzeniu Izby Wykonawca przystępujący po stronie Zamawiającego – C. P. Sp. z o.o. nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia w części zarzutów przez Zamawiającego. Na posiedzeniu Izby nie stawił się Przystępujący po stronie Zamawiającego Wykonawca A. P. S.A., prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia, a tym samym sam pozbawił się możliwości zgłoszenia ustnie do protokołu posiedzenia sprzeciwu wobec uwzględnienia w części zarzutów podniesionych w odwołaniu. Zgodnie z § 13 ust. 2a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, nie jest konieczne na posiedzeniu z udziałem stron wyznaczenie terminu 3 dni na złożenie oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu. Na podstawie art. 186 ust. 4a Ustawy Izba rozpoznała odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z

dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności/zaniechań Zamawiającego. Odwołujący, jako Wykonawca zainteresowany złożeniem oferty i uzyskaniem zamówienia, w momencie wnoszenia odwołania, miał interes w zakwestionowaniu działań Zamawiającego związanych z prawidłowym opisem wymagań, jakie spełniać ma oferowane rozwiązanie. Ponieważ odwołaniem objęto czynność opis przedmiotu zamówienia, a także jedno z kryteriów oceny ofert, decydujące o zakresie składanej oferty oraz warunkach jej oceny, niewątpliwie naruszenia Zamawiającego w tym obszarze, mogą godzić w interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Jako Wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia, Odwołujący posiadał w momencie wnoszenia odwołania interes w zakwestionowaniu działań Zamawiającego, które mogły utrudniać złożenie konkurencyjnej oferty w warunkach dostępnych dla tego Wykonawcy. W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym protokołu postępowania, treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie i złożonych dowodów, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Przedmiot zamówienia stanowi dostawa serwera IBM Power S824 bądź równoważnego wraz z serwisem gwarancyjnym oraz serwis SWMA dla serwera (...). Zamawiający w pkt III.11 siwz wskazał, że *Jeżeli w dokumentach przetargowych zamieszczone zostały rozwiązania opatrzone nazwami własnymi lub nazwami producenta należy to rozumieć w ten sposób, że towarzyszy im określenie „lub równoważne”. Przez pojęcie „lub równoważne” Zamawiający rozumie oferowanie materiałów gwarantujących realizację zadania w zgodzie z wymaganiami Zamawiającego oraz zapewniających uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w wyżej wymienionych dokumentach. Zastosowanie rozwiązań równoważnych nie może prowadzić do pogorszenia właściwości przedmiotu zamówienia w stosunku do przewidzianych w pierwotnej dokumentacji, ani do zmiany ceny, ani do naruszenia przepisów prawa. Zapisy dotyczące równoważności zostały opisane w OPZ.* Załącznik nr 1A do siwz stanowi szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (OPZ), w którym zamieszczona została ogólna i szczegółowa specyfikacja sprzętowa serwera wraz z oprogramowaniem IBM, na którym mają być posadowione podsystemy CWU (Centralny Wykaz Ubezpieczonych) oraz KLP (Koszty Leczenia Pacjenta) zaprojektowane i wykonane

na infrastrukturze informatycznej IBM, tj. serwerach IBM Power System i, systemie operacyjnym IBM i5/Os oraz zintegrowanej bazie danych DB2 for i. Zamawiający opisał rozwiązanie referencyjne poprzez wskazanie na konkretny produkt, jakim jest serwer firmy IBM Power S824 i wymagane parametry minimalne (tabela nr 1), jednocześnie dopuszczając zaferowanie rozwiązań równoważnych. Jako serwer równoważny do zdefiniowanego Zamawiający rozumiał inny, spełniający kryteria minimalne w zakresie między innymi wyposażenia w system operacyjny posiadający zintegrowaną bazę danych (z licencją na nieograniczoną liczbę użytkowników) oraz zapewniający pracę systemu klastrowego replikacji logicznej w trybie umożliwiającym replikację transakcji bazodanowych w czasie rzeczywistym do i z posiadanego już przez Zamawiającego serwera „IBM System i” w wersji (...). Zamawiający wskazał na posiadany system replikacji logicznej (...) i dopuścił zastosowanie równoważnego systemu replikacji zapewniającego opisany szczegółowo poziom replikacji. Zamawiający określił obowiązki wykonawcy dostarczającego rozwiązanie równoważne w zakresie transferu wiedzy w zakresie utrzymania i rozwoju rozwiązania dla pracowników Zamawiającego, tj. przekazanie pełnej dokumentacji, udostępnienie help-desku, szkolenia dla 6 osób (administratorów), zapewnienie wsparcia w administracji infrastruktury i oprogramowania. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia zdecydował się na wskazanie znaku towarowego produktu, który spełniałby jego uzasadnione potrzeby, jednocześnie dopuszczając rozwiązania równoważne.

Stanowiące przedmiot niniejszego odwołania postanowienia siwz są kwestionowane zarówno na tej podstawie, iż opis dla rozwiązań równoważnych nie jest precyzyjny (brak opisu szczegółowych wymagań dla bazy danych oraz systemu operacyjnego), jak i utrudnia konkurencję w postępowaniu (przez pozorne dopuszczenie rozwiązań równoważnych), a także stwarza nierówne warunki dla wykonawców oferujących rozwiązanie równoważne (nałożenie dodatkowych obowiązków w zakresie instalacji, uruchomienia i sprawdzenia poprawności replikacji logicznej).

Zamawiający dokonał modyfikacji postanowień siwz na skutek orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1432/17, w którym nakazano usunięcie z opisu przedmiotu zamówienia wymogu, zgodnie z którym dostarczane rozwiązanie równoważne musi posiadać system operacyjny zapewniający zgodność binarną z systemem operacyjnym IBM i V7R2, oraz posiadać zintegrowaną bazę danych w pełni kompatybilną z IBM DB2 oraz nakazano wskazanie wydajności, jaką musi spełniać serwer równoważny w jednostkach innych niż CPW, w szczególności poprzez odwołanie się do ogólnobranżowych standardów, np. standardów spec.org. W uzasadnieniu tej części rozstrzygnięcia przywołane zostało między innymi niekwestionowane twierdzenie Odwołującego, że *każdy z producentów serwerów stosuje własne systemy operacyjne, które nie są zgodne binarnie z*

systemami operacyjnymi konkurentów. Nie jest to praktykowane, bo zgodność binarna systemów operacyjnych producentów różnych serwerów nie jest konieczna do poprawnej współpracy serwerów różnych producentów.

Obecne odwołanie w części nawiązuje do wyroku Izby, gdyż Odwołujący kwestionuje prawidłowość jego wykonania w zakresie usunięcia zapisów dotyczących zgodności binarnej systemu operacyjnego dostarczanego rozwiązania równoważnego z systemem operacyjnym IBM i V7R2 oraz wymagania zintegrowanej bazy danych w pełni kompatybilnej z IBM DB2. Zamawiający wprowadził bowiem nowy wymóg dla rozwiązań równoważnych – zapewnienia pracy systemu klastrowego replikacji logicznej w trybie umożliwiającym replikację transakcji bazodanowych w czasie rzeczywistym do i z posiadanego już przez Zamawiającego serwera „IBM System i” (...) oraz replikacji posiadanego przez Zamawiającego oprogramowania do replikacji logicznej (...) (załącznik nr 1a do siwz, pkt IV oraz specyfikacja pod tabelą nr 1). Ponadto, Zamawiający ustanowił obowiązek wyposażenia dostarczonego serwera równoważnego w system operacyjny posiadający zintegrowaną bazę danych (z licencją na nieograniczoną liczbę użytkowników) – załącznik nr 1a do siwz, specyfikacja pod tabelą 1.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Odwołanie podlega oddaleniu w zakresie wszystkich rozpoznanych zarzutów.

Zarzuty nr 2 i 3 (1.2 i 1.3 odwołania) dotyczą wspólnego wymagania wobec rozwiązań równoważnych, tj. zapewnienia replikacji logicznej w czasie rzeczywistym transakcji bazodanowych oraz replikacji posiadanego przez Zamawiającego oprogramowania do replikacji logicznej (...). Odwołujący kwestionuje wprowadzenie tego wymogu dla rozwiązania równoważnego do rozwiązań IBM, na jakich pracują systemy CUW i KLP, na tej podstawie, że czyni iluzorycznym dopuszczenie równoważności w postępowaniu, gdyż dla wykonania replikacji logicznej konieczne będzie zaoferowanie systemu operacyjnego zgodnego z systemem operacyjnym IBM i V7R2. Wskazywać na to ma opis narzędzia wykorzystywanego obecnie do replikacji logicznej (...). Na potwierdzenie tezy o konieczności zachowania zgodności binarnej przedłożył dowody w postaci danych o produkcie (...) obsługującym replikację w czasie rzeczywistym oraz wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, na okoliczność ustalenia, czy *wynikający z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymóg, aby dostarczany serwer równoważny zapewniał pracę systemu klastrowego replikacji logicznej w trybie umożliwiającym replikację transakcji bazodanowych w czasie rzeczywistym do i z posiadanego już przez Zamawiającego serwera „IBM System i” w wersji (...) oraz replikacji posiadanego przez Zamawiającego oprogramowania do replikacji logicznej (...): - wymaga zgodności binarnej systemu operacyjnego serwera dostarczanego z systemem operacyjnym serwera posiadanego już*

przez zamawiającego; - wymaga zaoferowania produktu z systemem operacyjnym tożsamym do posiadanego przez zamawiającego systemu operacyjnego i5/OS.

Izba nie zdecydowała się na powołanie dowodu z opinii biegłego, gdyż Zamawiający na rozprawie przyznał, że tak postawione pytania, w których wskazuje się na produkty dedykowane do pracy na platformie IBM, tj. (...), prowadziłyby do udzielenia odpowiedzi pozytywnej, które to stanowisko wskazywało na brak sporu w tej kwestii. Jednocześnie wyjaśnił, iż odpowiedź ta nie odnosiłaby się do rozwiązania opartego na innej platformie sprzętowo-programowej niż IBM (rozwiązania równoważnego).

Zasadniczo strony w sposób odmienny oceniały zasadność wymagań dotyczących rozwiązań równoważnych, które mają zapewnić prawidłową pracę systemu klastrowego replikacji logicznej. Zamawiający podkreślał znaczenie, jakie ma funkcjonalność replikacji logicznej w czasie rzeczywistym dla bezpieczeństwa danych, zapisywanych w środowisku produkcyjnym na wypadek awarii, w celu odtworzenia stanu tuż przed awarią (około 150 000 zapisów dziennie dokonywanych jest w środowisku produkcyjnym, ich strata byłaby wydarzeniem krytycznym). Odwołujący natomiast przenosił ciężar zarzutu na ocenę wpływu tego wymagania na możliwość zaoferowania rozwiązania równoważnego.

Odnosząc się zatem do tak zakreślonego przedmiotu rozstrzygnięcia Izba w pierwszej kolejności odniosła się do kwestii faktycznej wynikającej z sytuacji istniejącej u Zamawiającego, tj. infrastruktury IT, której elementem ma być dostarczony serwer pracujący w trybie klastrowym. Od początku okoliczności te były niezmiennie i nie budzi wątpliwości, podobnie jak sposób opis przedmiotu zamówienia, dla którego Zamawiający posłużył się znakami towarowymi identyfikującymi urządzenia IBM (serwer IBM System i wraz z systemem operacyjnym i5/OS w wersji V7R1) wraz z opisem wymagań dla rozwiązań równoważnych. Taki sposób opisu nie był kwestionowany jako uzasadniony brakiem możliwości opisu wskazania dostatecznie dokładnego opisu rozwiązania spełniającego wszystkie funkcjonalności systemu w jakim dostarczany serwer ma pracować. Co istotne, Zamawiający używając tego sposobu opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z art. 29 ust. 3 Ustawy wskazywał na możliwość zaoferowania rozwiązania równoważnego. Rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie wymagało zatem ustalenie, czy wymaganie związane z replikacją logiczną wyłącza możliwość zaoferowania rozwiązania równoważnego, a jeżeli tak, to jaki ma to wpływ na ustalenie, że Zamawiający dopuścił się naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przez naruszenie dyspozycji przepisu art. 29 ust. 2 Ustawy.

Odnosząc się zatem do wymaganej replikacji logicznej, funkcjonalność ta znajduje obiektywne uzasadnienie w potrzebach Zamawiającego, nie tylko z uwagi na konieczność zabezpieczenia prawidłowej pracy systemów CUW i KLP (uniknięcia ryzyka utraty danych na

wypadek awarii/przestoju pracy systemu produkcyjnego, w którym dokonuje się zapisu zdarzeń o pacjentach), ale także z uwagi na pracę dostarczanego serwera w systemie klastrowym. Co ważne replikacja logiczna jest konieczna do zapewnienia prawidłowego działania systemów zarówno przy zaoferowaniu serwera IBM Power System i wraz z systemem operacyjnym IBM i5/Os, jak i serwera i systemu operacyjnego innego producenta. Odwołujący żadnego z tych aspektów nie omawiał, a zatem Izba uznała, jako niesporną potrzebę zapewnienia replikacji logicznej w czasie rzeczywistym transakcji bazodanowych, co wymaga uwzględnienia istniejącej struktury IT pracującego systemu klastrowego, do którego ma być „wpięty” serwer objęty niniejszym zamówieniem. Powyższe nie stanowiło przedmiotu zarzutu, gdyż Odwołujący nie kwestionował znaczenia funkcjonalności, wyznaczając zakres zarzutu twierdzeniem o braku możliwości zaoferowania rozwiązania równoważnego zapewniającego dokonanie replikacji logicznej z i do serwera IBM Power System oraz serwera innego producenta. Odnosząc się zatem do narzędzia do replikacji, jakie obecnie jest wykorzystywane w systemie Zamawiającego, tj. (...), dedykowanego dla platformy sprzętowej i programowej IBM, z przedłożonych na rozprawie materiałów wynika, iż rozwiązanie (...) służy do wymiany danych pomiędzy różnymi platformami. W prosty sposób pozwala udostępnić dane dowolnej aplikacji w całej organizacji, czy przedsiębiorstwie i to w czasie rzeczywistym. Zapewnia wysoką jakość danych bez ich utraty. Używa tego samego zstandaryzowanego interfejsu do definiowania ekstrakcji i replikacji danych we wszystkich typach baz danych (...) (...)współpracuje z większością baz danych (RDBMS) na rynku, w tym z (...) zainstalowanych na różnych platformach (...) (...) zapewnia centralny, znormalizowany, łatwy do zarządzania przez funkcję „kliknij i zrób”, sposób wymiany danych między różnymi bazami danych i aplikacjami, bez zmian w oprogramowaniu i w projektach integracyjnych. Do strategii współdzielenia baz danych (...) w pełni wykorzystuje elastyczność otwartych standardów technologicznych (materiał producenta – V. S., przedłożony jako dowód przez Zamawiającego). Również dane przedstawione przez Odwołującego, które dotyczą wersji (...) dedykowanej dla IBM (...), wskazują, na szerokie możliwości replikacji między typami pamięci masowej i wersjami systemów operacyjnych, co wskazuje, iż nie jest potrzebna zgodność binarna systemów operacyjnych. Potwierdza to również oświadczenie C. E. P. Sp. z o.o. Oddział w Polsce (...) z dnia 28.09.2017 r. złożone jako dowód przez Zamawiającego.

Powyższe okoliczności prowadzą zatem do wniosku, iż wymóg replikacji logicznej, znajdujący uzasadnienie w potrzebie zapewnienia prawidłowej pracy systemu klastrowego, nie miał na celu ograniczenia konkurencji, a jedynie zapewnienie aby rozwiązanie równoważne umożliwiało dokonywanie w czasie rzeczywistym zapisu ze środowiska produkcyjnego, tj. urządzenia, na którym zainstalowano bazę danych, CWU i KLP na drugie

urządzenie, na którym zapisuje się kopię. W siwz Zamawiający nie wymagał zapewnienia zgodności obu środowisk, a przedłożony w sprawie materiał dotyczący produktu (...), wskazuje na możliwość jego pracy na różnych platformach, a także wymianę danych pomiędzy różnymi bazami danych i aplikacjami z uwagi na wykorzystywane otwarte standardy technologiczne. Jeżeli nawet przyjąć, że rozwiązanie równoważne będzie trudniejsze do wykonania, lub dla większości dostawców niemożliwe do przeprowadzenia z uwagi na konieczność replikacji logicznej między różnymi środowiskami, nie oznacza to, iż zasadnym byłaby rezygnacja z wymagania bezwzględnie potrzebnego Zamawiającemu, stanowiącego mechanizm powszechnie wykorzystywany do tworzenia kopii w czasie rzeczywistym. Zamawiający nie musi mieć pełnej wiedzy na temat rozwiązań, jakie są dostępne na rynku, stąd zgodnym z Ustawą było opisanie funkcjonalności, jakiej oczekuje dla prawidłowej pracy środowiska IT jakie posiada i wskazanie na możliwość zaoferowania różnych rozwiązań (jeżeli takie istnieją). Równie istotnym, a nie poruszonym przez Odwołującego, było ustalenie, czy dostęp do rozwiązania IBM jest ograniczony dla potencjalnego grona wykonawców. Nie można bowiem wykluczyć istnienia warunków konkurencyjnych w postępowaniu, nawet jeżeli przedmiotem dostawy byłoby to samo rozwiązanie, powszechnie dostępne i dostarczane przez różne podmioty z branży IT, które w przeważającej części nie są producentami. Również Odwołujący obecnie świadczy na rzecz Zamawiającego usługę utrzymania tego właśnie środowiska IT, stąd nie można wykluczyć, iż może złożyć ofertę w postępowaniu. Zamawiający nie mógł zrezygnować z tego wymagania, do czego Odwołujący w ogóle się nie odnosił. Jego wypowiedź dotycząca strony ekonomicznej zmiany środowiska IT, wskazywała pośrednio na świadomość związania istniejącym stanem faktycznym, wynikającym z pracującego systemu klastrowego oraz skali kosztów, znacznie przekraczających koszty tego zamówienia (ok. 100 mln zł. przy zamówieniu na kwotę ok. 6 mln złotych). Uwzględniając powyższe, Izba oddaliła odwołanie, jako bezzasadne. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób zgodny z art. 29 ust. 1, 2 i 3 Ustawy (pkt. 1.2 i 1.3 odwołania).

Odnosząc się dalej do opisu przedmiotu zamówienia mającego prowadzić do nierównego traktowania wykonawców oferujących rozwiązanie równoważne, Izba oddalając w tym zakresie odwołanie uznała, iż odmienne określenie obowiązków w przypadku oferowania innego rozwiązania niż IBM, znajdują obiektywne uzasadnienie. Skoro po stronie wykonawcy ma być zapewnienie prawidłowego działania replikacji oprogramowania, to Zamawiający może wymagać, aby czynności instalacji, uruchomienia i sprawdzenia poprawności replikacji posiadanego oprogramowania do replikacji logicznej (...) dokonał wykonawca. Skoro Zamawiający posiada rozwiązanie IBM, wykorzystując tę platformę, nie musiał wprowadzać analogicznego obowiązku, dla tych wykonawców którzy zaoferują rozwiązanie referencyjne,

czyli oparte na platformie IBM, co do której sam ma dostateczną wiedzę i kompetencje umożliwiające samodzielne uruchomienie replikacji. W świetle powyższego zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 Ustawy również nie zasługiwał na uwzględnienie (pkt 1.3 odwołania).

Odnosząc się natomiast do zarzutów związanych z opisem dotyczącym bazy danych, w tym żądania dostarczenia serwera posiadającego zintegrowaną z systemem operacyjnym bazę danych, Izba uwzględniła dowody złożone w sprawie, w tym oświadczenie O. o produkcji (...) z dnia 2.10.2017 r. złożone na rozprawie przez Zamawiającego. Ponownie, Odwołujący kwestionował ten wymóg, niezależnie od jego potrzeby i walorów, jakie może mieć dla Zamawiającego wywodząc jego negatywny skutek dla konkurencji w postępowaniu wyłącznie z twierdzenia, że rozwiązanie takie może oferować wyłącznie producent IBM. Zaprzeczeniem tej tezy jest złożone na rozprawie oświadczenie O. – producenta platformy (...) z zainstalowanym fabrycznie systemem operacyjnym (...) oraz zintegrowaną bazą danych O. Dane, na jaki powoływał się Odwołujący o unikatowym rozwiązaniu identyfikującym produkty IBM, miały natomiast walor historyczny i z uwagi na okres czasu, którego dotyczyły, nie mogły przesądzać o stanie faktycznym obecnie występującym na rynku produktów IT. Ponadto, Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do korzyści, jakie dla Zamawiającego niesie rozwiązanie zintegrowanej bazy danych (wyższa wydajność takich rozwiązań i mniejsza awaryjność), co Izba uznała za przyznanie istnienia obiektywnego uzasadnienia dla wymagania takiego rozwiązania. Odnosząc się na zakończenie do wyroku Izby i wykonania nakazu usunięcia wymogu dostarczenia rozwiązania posiadającego zintegrowaną bazę danych w pełni kompatybilną z IBM DB2, Izba wyrokiem uwzględniając zarzut opisany w pkt 1.1.3 odwołania odniosła się wyłącznie do warunku zgodności binarnej systemów operacyjnych i na tej podstawie nakazała usunięcie całego kwestionowanego zapisu, zgodnie z żądaniem Odwołującego (3.1.3 odwołania z 10.07.2017 r.). Stanowisko Izby nie odnosiło się natomiast, do istoty rozwiązania opartego na zintegrowanej bazie danych, a tym samym Zamawiający dokonując modyfikacji siwz nie musiał rezygnować z opisu tego warunku technicznego, wpływającego na pracę systemu, czego wcześniej, jak i obecnie Odwołujący nie kwestionował.

Ostatnim z zarzutów jest brak opisanie wymogów dla systemu operacyjnego oraz baz danych, co czynić ma opis przedmiotu zamówienia niejednoznacznym i naruszać dyspozycję przepisu art. 29 ust. 1 Ustawy.

Oddalając odwołanie również w zakresie tego zarzutu Izba miała na uwadze przyjęty od początku sposób opisu przedmiotu zamówienia, który identyfikował rozwiązania referencyjne, pozwalające określić ich parametry techniczne. Dla oceny równoważności Zamawiający posłużył się wskazaniem na „zintegrowaną” bazę danych, a zatem w innym

obszarze nie zamierzał szczegółowo opisywać parametrów bazy danych, na potrzeby uznania jej za równoważną. Ponadto, Odwołujący poza wskazaniem na brak konkretnych parametrów technicznych bazy danych, nie odniósł się do wskazania wynikającego z rozwiązania referencyjnego, tj. bazy IBM DB2. Również w odwołaniu nie formułował konkretnych żądań, co do zakresu informacji, jakie Zamawiający powinien był określić w siwz. Samo nakazanie dookreślenia przedmioty zamówienia w tych warunkach nie mogłoby prowadzić do ustalenia kierunku zmian, jakie powinien wprowadzić Zamawiający, co mogłoby otwierać drogę do kolejnych odwołań i prowadzić do zwłoki w udzieleniu zamówienia.

Mając na uwadze wskazane powyżej motywy Izba oddaliła odwołanie w zakresie wszystkich podtrzymanych zarzutów.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: