Sygn. akt KIO 1978/19

WYROK

z dnia 18 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 października 2019 r. przez wykonawcę

T-Mobile Polska Spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Centrum Informatyczne Edukacji z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców:

A. EXATEL Spółki akcyjnej z siedzibą w Warszawie,

B. Netia Spółki akcyjnej z siedzibą w Warszawie

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Centrum Informatycznemu Edukacji dokonanie zmiany odpowiednio specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu poprzez:

1.1. określenie maksymalnego czasu rozpoczęcia świadczenia usług na 12 tygodni od daty podpisania umowy,

1.2. określenie minimalnego gwarantowanego przez Zamawiającego miesięcznego wynagrodzenia za udostępnione zasoby,

1.3. określenie, o jakie urządzenia (typ, ilość) lub rozwiązania (typ, ilość) system może być rozbudowany i w jakim okresie,

1.4. zmianę postanowienia dotyczącego kryterium oceny ofert polegającego na ocenie kwalifikacji zespołu na podstawie pisemnych testów kompetencji

pisanych przez poszczególne osoby przez jego usunięcie lub taką modyfikację, która będzie powodowała adekwatność sposobu oceny oraz samej dokonanej oceny wiedzy i doświadczenia personelu wykonawcy przeznaczonego do realizacji zamówienia do realnych warunków jego prawidłowej realizacji wraz z opisaniem sposobu przeprowadzenia tego testu, a także usunięcie postanowienia, zgodnie z którym nieuzyskanie określonej liczby punktów w kryterium spowoduje odrzucenie oferty,

1.5. zmianę istotnych postanowień umowy w zakresie postanowień dotyczących

możliwości zmiany personelu w sposób skorelowany z postanowieniem, o którym mowa w punkcie 1.4.,

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

3. kosztami postępowania obciąża Centrum Informatyczne Edukacji i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez T-Mobile Polska Spółkę akcyjną tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Centrum Informatycznego Edukacji na rzecz T-Mobile Spółki akcyjnej kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) 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: .....

Sygn. akt: KIO 1978/19

Zamawiający - Centrum Informatyczne Edukacji prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie „usługi zapewnienia prywatnej chmury na potrzeby hostingu serwisów internetowych wraz z usługami konfiguracyjnymi i administracyjnymi” na

podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 24 września 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 184-448237. Wartość zamówienia przekracza kwoty, o których mowa w art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - T-Mobile Polska S.A. wniósł odwołanie wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i kryterium oceny ofert w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób utrudniający uczciwą konkurencję w zakresie, w jakim Zamawiający określił sztywny i nierealny do dotrzymania termin odnoszący się do rozpoczęcia świadczenia usługi, a ponadto stojący w sprzeczności z punktowanym w ramach kryterium oceny ofert terminem migracji danych, który to termin również jest terminem nierealnym do spełnienia przez wykonawców innych niż aktualnie świadczący usługi,

2. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz z zw. z art. 487 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i dokonanie jej wyceny, a także powodujący nieadekwatność świadczeń stron umowy,

w szczególności w zakresie:

a. braku określenia minimalnego poziomu wykorzystania zasobów,

b. braku wyczerpującego określenia, o jakie urządzenia oraz rozwiązania system może być rozbudowany i w jakim okresie,

c. braku sprecyzowania dokładnej ilości i wielkości interfejsów FC i Ethernet,

d. niejednoznacznego określenia wymagań dotyczących dostępu do Internetu dla środowisk,

3. art. 9 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ustanowienie w kryterium oceny ofert pod nazwą: „Kwalifikacje proponowanego zespołu" sposobu oceny ofert w tym kryterium na podstawie testu kompetencji pisanego przez poszczególnych członków zespołu wykonawcy po otwarciu ofert, a także wskazanie, iż nieuzyskanie przez każdą z osób minimalnego poziomu punktów będzie skutkowało odrzuceniem oferty, a w konsekwencji również uzależnienie możliwości zmiany personelu, w trakcie realizacji umowy, od pozytywnego wyniku testu i obciążenie wykonawcy karami umownymi za przypadki niezaliczenia testu przez osoby proponowane na zamianę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:

1. w zakresie zarzutów dotyczących terminu rozpoczęcia realizacji usługi:

a. zastąpienie sztywnej daty rozpoczęcia świadczenia usługi datą liczoną w tygodniach od podpisania umowy,

b. określenie minimalnego czasu rozpoczęcia świadczenia usługi, punktowanego w ramach kryterium oceny ofert, na 6 tygodni od podpisania umowy,

c. określenie maksymalnego czasu rozpoczęcia świadczenia usług jako 12 tygodni od daty podpisania umowy,

2. w zakresie pozostałych zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia:

a. określenie minimalnego poziomu wykorzystania zasobów, ewentualnie dodanie w formularzu cenowym pozycji zawierającej wynagrodzenie za przygotowanie i utrzymywanie w gotowości do użycia dedykowanej dla Zamawiającego infrastruktury lub pozycji zawierającej minimalne gwarantowane przez Zamawiającego miesięczne wynagrodzenie za udostępnione zasoby,

b. wyczerpujące określenie, o jakie urządzenia (typ, ilość) oraz rozwiązania (typ, ilość) system może być rozbudowany i w jakim okresie,

c. sprecyzowanie nie tylko sumarycznej przepływności, ale również dokładnej ilości i wielkości interfejsów FC i Ethernet,

d. usunięcie wymagania: „Łącze symetryczne do każdej wirtualnej maszyny

o przepustowości - min. 10 Gbit/s", ewentualnie nadanie mu brzmienia: „Łącze symetryczne do każdej wirtualnej maszyny o przepustowości - min. 10 Gbit/s przy czym sumaryczne minimalne pasmo dla wszystkich maszyn wirtualnych działających na jednym fizycznym serwerze powinno być nie mniejsze niż 25Gbit/s, a sumaryczne minimalne pasmo dostępu do Internetu dla całej infrastruktury nie mniejsze niż 10Gbit/s".

3. W zakresie zarzutów dotyczących kryterium oceny ofert „Kwalifikacje proponowanego zespołu"

a. wykreślenie kryterium oceny ofert polegającego na ocenie kwalifikacji zespołu na podstawie pisemnych testów kompetencji pisanych przez poszczególne osoby,

b. wykreślenie z IPU (istotnych postanowień umowy) postanowień dotyczących możliwości zmiany personelu po zaliczeniu testu i wykreślenie kar umownych za każdy przypadek

niezaliczenia testu przez poszczególne osoby, ewentualnie

c. wykreślenie postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którym nieuzyskanie określonej liczby punktów w tym kryterium spowoduje odrzucenie oferty.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Prawo

zamówień publicznych przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Termin rozpoczęcia

świadczenia usług jest jednym z elementów opisu przedmiotu zamówienia, dlatego

Zamawiający musi ten termin ustalić z uwzględnieniem wskazanych w art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wymagań i okoliczności mających wpływ na treść oferty wykonawcy i jego późniejsze zobowiązania wynikające z zawartej umowy.

Zgodnie z rozdziałem VII specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca jest zobowiązany zrealizować umowę o zamówienie publiczne przez okres 36 miesięcy od 1 grudnia 2019 r. lub do wyczerpania środków przeznaczonych na realizację zamówienia. Określenie przez Zamawiającego sztywnego terminu odnoszącego się do realizacji przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie konkretnej daty kalendarzowej stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca nie ma wiedzy, kiedy zakończy się postępowanie i kiedy zostanie podpisana umowa. Dodatkowo, biorąc pod uwagę, że termin składania ofert przypada na 29 października 2019 r. termin rozpoczęcia świadczenia usługi określony sztywną datą jako 1 grudnia 2019 r. jest terminem nierealnym. Po złożeniu ofert Zamawiający musi bowiem przestrzegać sztywnych terminów wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych, a dotyczących składania dokumentów, ewentualnych uzupełnień czy wyjaśnień oraz środków ochrony prawnej.

Takie działanie Zamawiającego jest niedopuszczalne, gdyż uniemożliwia wykonawcy należyte

przygotowanie się do świadczenia usług i naraża go na obowiązek zapłaty kar umownych. Określając termin rozpoczęcia świadczenia usług należy mieć na względzie czas niezbędny, jakiego potrzebuje wykonawca na przygotowanie do świadczenia usługi (stworzenie możliwości technicznych realizacji zamówienia), w tym czas potrzebny na zestawienie łączy DWDM z szyfrowaniem. Urządzenia DWDM z szyfrowaniem nie są urządzeniami standardowo stosowanymi przez operatorów, a czas ich dostawy wynosi około 3 miesięcy. Sztywne określenie daty rozpoczęcia realizacji zamówienia w nieuzasadniony sposób preferuje tego spośród dostawców usług, który już świadczy usługi dla Zamawiającego, gdyż nie potrzebuje

on dodatkowego czasu na przygotowanie do uruchomienia usługi.

Poza tym jednym z kryteriów oceny ofert jest „Czas migracji obecnego środowiska do nowej

infrastruktury". Kryterium to stoi w sprzeczności ze wskazaną sztywną datą rozpoczęcia świadczenia usługi. Zamawiający punktuje bowiem w tym kryterium czas migracji liczony w dniach od dnia podpisania umowy. Przy czym Zamawiający punktuje czas krótszy niż 12 dni

roboczych od dnia podpisania umowy, a więc czas niemożliwy do osiągnięcia przez żadnego z wykonawców, oprócz aktualnie świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego. Natomiast nie wiadomo, jaki jest maksymalny czas dopuszczony przez Zamawiającego na przeprowadzenie migracji. Z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika jednoznacznie, czy jest to termin 15-dniowy, za który Zamawiający nie będzie przyznawał punktów. Niezależnie od powyższego, termin 15-dniowy jest również terminem nierealnym.

W konsekwencji, porównując powyższe postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie wiadomo, kiedy faktycznie ma nastąpić rozpoczęcie świadczenia usługi, czy w 1 grudnia 2019 r., czy w ciągu czasu zadeklarowanego przez wykonawców w ofertach. Wykonawca świadczący aktualnie usługi dla Zamawiającego jest preferowany podwójnie. Po pierwsze, poprzez ustanowione przez Zamawiającego kryterium oceny ofert „Czas migracji obecnego środowiska do nowej infrastruktury". Po drugie, poprzez brak konieczności ponoszenia nakładów w porównaniu z innymi wykonawcami, co automatycznie skutkuje możliwością zaoferowania niższej ceny.

Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia, a także ustanawiając kryteria oceny ofert powinien uwzględnić istniejące realia rynkowe oraz potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu tak, aby nie doprowadzić do sytuacji, w której dochodzi do zawężenia kręgu wykonawców poprzez nieuzasadnione w obiektywny sposób

postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie można dopuścić do sytuacji, w której to opis przedmiotu zamówienia, a nie zaoferowane w postępowaniu ceny zdecydują, komu Zamawiający udzieli zamówienia, co czyni z opisu przedmiotu zamówienia

quasi-warunek udziału w postępowaniu, a moment wszczęcia postępowania decyduje o kręgu wykonawców mogących złożyć ofertę. Cel, który zamierza osiągnąć Zamawiający

przeprowadzając przedmiotowe postępowanie, tj. uzyskanie dostępu do prywatnej chmury na potrzeby hostingu serwisów internetowych, nie uzasadnia takiego ograniczenia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:

a. zastąpienie sztywnej daty rozpoczęcia świadczenia usługi datą liczoną w tygodniach od podpisania umowy,

b. określenie minimalnego czasu na rozpoczęcie świadczenia usługi, punktowanego w ramach kryterium oceny ofert, na 6 tygodni od podpisania umowy,

c. określenie maksymalnego czasu rozpoczęcia świadczenia usług jako 12 tygodni od daty podpisania umowy.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia - załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pkt 1 oraz pkt 3e) i) Zamawiający wymaga świadczenia usług hostingowych wraz z dedykowanym sprzętem bezpieczeństwa w oparciu o chmurę prywatną. Serwery tworzące chmurę obliczeniową nie mogą być współdzielone przez innych klientów wykonawcy. Następnie w punkcie 17. i 18. opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający określił, iż opłaty związane ze świadczeniem usługi będą obliczane i naliczane na podstawie rzeczywistego wykorzystania zasobów dostępnych dla Zamawiającego z dokładnością do jednej godziny wykorzystania zasobów. Zamawiający zastrzegł, że nie wszystkie zdeklarowane zasoby będą wykorzystane od początku umowy, w szczególności żadne zasoby mogą nie być wykorzystywane. W przypadku braku wykorzystania zasobów usługodawca nie obciąży Zamawiającego jakąkolwiek opłatą. Analogiczne postanowienia znajdują się w istotnych postanowieniach umowy § 2 ust. 3 i 5: „3. Zaplata za wykonanie usług będzie dokonywana w miesięcznych częściach na podstawie szczegółowego zestawienia zasobów faktycznie wykorzystanych przez Zamawiającego (wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy).”; „5. Strony zgodnie oświadczają, że ilości zasobów podane w Załączniku nr 1 do Umowy są ilościami maksymalnymi, które Zamawiający może wykorzystać w trakcie trwania Umowy, z tym zastrzeżeniem, że Zamawiający nie będzie miał obowiązku wykorzystania maksymalnej ilości zasobów. Ilości miesięczne podano szacunkowo, a zatem w danym miesiącu Zamawiający może wykorzystać mniej lub więcej zasobów niż ilość wskazana w Załączniku nr 1 do Umowy. W przypadku niewykorzystania maksymalnej wartości zasobów przez Zamawiającego w trakcie realizacji Umowy Wykonawca zrzeka się roszczeń odszkodowawczych z tytułu utraconych korzyści.”

Oznacza to, że Zamawiający wymaga od wykonawcy poniesienia dużych inwestycji wyłącznie na potrzeby Zamawiającego, jednocześnie nie deklarując, jakie minimalne zasoby będzie wykorzystywał, a tym samym, jaki poziom przychodu i zwrotu kosztów zapewni wykonawcy. Przy tak skonstruowanym opisie przedmiotu zamówienia i postanowieniach umowy, wykonawca nie jest w stanie ocenić opłacalności inwestycji, a tym samym złożyć oferty. Może się bowiem okazać, iż Zamawiający w ogóle nie zapłaci wykonawcy za udostępnione zasoby albo wynagrodzenie to będzie znacznie poniżej zakładanych oczekiwań, co uczyni realizację zamówienia nieopłacalną w kontekście poczynionych nakładów. W konsekwencji takie ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia narusza art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego, powoduje bowiem nieadekwatność świadczeń stron umowy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez określenie minimalnego poziomu wykorzystania zasobów, ewentualnie poprzez dodanie w formularzu cenowym pozycji zawierającej wynagrodzenie za przygotowanie i utrzymywanie w gotowości do użycia dedykowanej dla Zamawiającego infrastruktury lub pozycji zawierającej minimalne gwarantowane przez Zamawiającego miesięczne wynagrodzenie za udostępnione zasoby.

Zgodnie z punktem 16. opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający określił, iż w celu realizacji przedmiotu umowy wykonawca musi umożliwić dostęp do zasobów w czasie:
a) nowe VM, zwiększenie vCPU, vRAM - natychmiast, b) inne urządzenia oraz rozwiązania (np. FirewalTe, Load-Balancery) - 24 godziny.

Powyższe nieprecyzyjne wymaganie dotyczące możliwości dodawania nowych zasobów w bardzo krótkim czasie, nawet przekraczających zasoby początkowe zdefiniowane przez Zamawiającego oznacza, że wykonawca nie jest w stanie ocenić, jakie zasoby powinien przygotować w celu spełnienia wymagań Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wyczerpujące określenie, o jakie urządzenia (typ, ilość) oraz rozwiązania (typ, ilość) system może być rozbudowany i w jakim okresie.

Zgodnie z punktem 3a) opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający postawił następujące wymagania: Połączenie redundantne technologii minimum 80 Gbit/s Ethernet (dla transmisji danych, pasmo sumaryczne wszystkich łączy) pomiędzy oboma CPD z opóźnieniem nie większym niż 1 ms. Ruch musi być szyfrowany za pomocą algorytmu GCM-AES-XPN-128 lub lepszego. Połączenie redundantne technologii minimum 64 Gbit/s FC (dla transmisji FC, pasmo sumaryczne wszystkich łączy) pomiędzy oboma CPD z opóźnieniem nie większym niż 1 ms. Ruch musi być szyfrowany za pomocą algorytmu AES-GCM-128 lub lepszego.

Ww. wymagania dla połączeń między CPD i CP są nieprecyzyjne. Zamawiający podał jedynie sumaryczną przepływność dla każdej technologii (Ethernet i FC), ale nie podał, jakie i ile konkretnie łączy należy zestawić. Np. dla 64 Gbit/s w technologii FC można zrealizować w postaci 4 łączy 16 Gbit/s jak również 8 łączy 8 Gbit/s. Biorąc pod uwagę konieczność szyfrowania takich połączeń i to, że nie wszyscy producenci sprzętu transmisyjnego DWDM mają opracowaną technologię szyfrowania dla łączy FC 16 Gbit/s, jak również to, że cena kart FC 16 Gbit/s różni się od ceny kart 8 Gbit/s - wykonawca nie jest w stanie przygotować właściwego projektu i jednoznacznie wyliczyć kosztów rozwiązania, a tym samym oszacować wartości oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez sprecyzowanie nie tylko sumarycznej przepływności, ale również dokładnej ilości i wielkości interfejsów FC i Ethernet.

W zakresie wymagań dotyczących dostępu do Internetu dla środowisk (pkt 3d opisu przedmiotu zamówienia) Zamawiający podał: „Zamawiający wymaga dostępności pasma IP na poziomie do 10 Gbit/s w CPD jaki i DRC", jednocześnie w innym miejscu (pkt 15f opisu przedmiotu zamówienia) określił: „Łącze symetryczne do każdej wirtualnej maszyny o przepustowości - min. 10 Gbit/s. Ilości maszyn wirtualnych - nie mniej niż 512".

Nie ma możliwości zapewnienia dla każdej z 512 maszyn wirtualnych przepływności minimum 10 Gbit/s, ponieważ wymagałoby to zapewnienia łącza do Internetu o przepływności sumarycznej 512x10 Gbit/s. Ponadto takie wymaganie jest sprzeczne z innym wymaganiem Zamawiającego: każdy serwer fizyczny musi być wyposażony w minimum 54 rdzeni procesorów.

CPU (ilość rdzeni fizycznych do dyspozycji bez HT) - nie mniej niż 1000 sztuk, ilości maszyn

wirtualnych - nie mniej niż 512. Wyliczenie 1000-54 wskazuje, że wykonawca powinien zapewnić około 18-20 serwerów fizycznych, a ponieważ na każdym serwerze fizycznym średnio będzie pracowało około 25 maszyn wirtualnych (512-20=25,6) - oznacza to, że taki serwer fizyczny powinien posiadać możliwość transmisji 25x10 Gbit/s, czyli 250 Gbit/s. Tymczasem wg wymagań Zamawiającego każdy z serwerów musi posiadać redundantne połączenia minimum 2x25 Gbit/s Ethernet, czyli sumarycznie 50 Gbit/s dla każdego serwera. Ponadto charakterystyczną cechą wirtualizacji jest płynne przypisywanie i przesuwanie wirtualnych maszyn między serwerami fizycznymi, co oznacza, że błędem jest zakładanie średniego rozkładu wirtualnych maszyn na serwery fizyczne - w praktyce na jednym serwerze fizycznym może działać kilka wirtualnych maszyn, a na innym więcej niż sto.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez usuniecie wymagania: „Łącze symetryczne do każdej wirtualnej maszyny o przepustowości - min. 10 Gbit/s", ewentualnie nadanie mu brzmienia: „Łącze symetryczne do każdej wirtualnej maszyny o przepustowości - min. 10 Gbit/s. przy czym sumaryczne minimalne pasmo dla wszystkich maszyn wirtualnych działających na jednym fizycznym serwerze powinno być nie mniejsze niż 25 Gbit/s, a sumaryczne minimalne pasmo dostępu do Internetu dla całej infrastruktury nie mniejsze niż 10 Gbit/s".

Jednym z kryteriów oceny oferty jest kryterium określone jako „Kwalifikacje proponowanego zespołu", z wagą 30% (30 pkt). Zgodnie z rozdziałem XX pkt 1.2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający określił, że wartość punktów w kryterium jest wyliczana według wzoru: wynik testów kwalifikacji badanej oferty - najwyższy wynik testów kwalifikacji x 30 punktów. W celu oceny kwalifikacji specjalistów zostanie wykonany sprawdzian praktyczny („Test"), który polegać będzie na przeprowadzeniu jeszcze w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (następnego dnia roboczego po dniu otwarcia ofert - Zamawiający w dniu otwarcia ofert poinformuje drogą mailową o dokładnym miejscu i godzinie pisemnego sprawdzianu wiedzy proponowanych kandydatów). Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż oferta, która otrzyma mniej niż 60 pkt za pozytywne zaliczenie Testu, zostanie

odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych - treść oferty nie spełnia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Szczegółowe zasady organizacji Testu zostały określone w załączniku nr 12. Pisemny sprawdzian wiedzy ma objąć

proponowanych przez wykonawcę co najmniej 4 kandydatów (po jednym specjaliście z każdej ze specjalizacji), o których mowa w rozdziale IX „Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia Wykonawcy

z postępowania" - ust. 1 pkt 1 lit. b. Zasady oceny testów i przyznawania punktów zostały określone następująco: „Test kompetencyjny z wiedzy dla kandydatów wymienionych powyżej, odbędzie się wg poniższych zasad: Za spełniającą kryteria uznana zostanie oferta, która spełnia łącznie następujące warunki: a) Test zostanie zaliczony przez każdego z kandydatów (zgodnie z powyższą listą) na poziomie minimum 75% pozytywnych odpowiedzi. Za pozytywną odpowiedź uznaje się, gdy w danym pytaniu kandydat zaznaczy wszystkie prawidłowe odpowiedzi. W przypadku, gdy kandydat nie uzyska minimum 75% punktów oferta zostanie odrzucona. b) Oferta, która nie uzyska przynajmniej 60 pkt za pozytywne zaliczenie testu zostanie odrzucona. c) Za zaliczenie testu dla pojedynczego kandydata na poziomie 75%-84% Wykonawca uzyskuje 15 pkt za każdego kandydata. d) Za zaliczenie testu dla pojedynczego kandydata na poziomie 85%-94% Wykonawca uzyskuje 17 pkt za każdego kandydata. e) Za zaliczenie testu dla pojedynczego kandydata na poziomie powyżej 95% Wykonawca uzyskuje 20 pkt za każdego kandydata. f) Kandydat w trakcie testu nie może posiadać przy sobie nic poza dokumentem tożsamości oraz długopisem. g) Test będzie trwał maksymalnie 120 minut. Najkorzystniejsza oferta w odniesieniu do kryterium kwalifikacje specjalistów może uzyskać maksymalnie 30 pkt. "

W Rozdziale IX „Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia Wykonawcy z postępowania" - ust. 1 pkt 1 lit. b., odnośnie zespołu specjalistów, którym dysponuje wykonawca, Zamawiający postawił następujące warunki udziału w postępowaniu: „b) dysponuje lub będzie dysponował zespołem technicznym do realizacji wymaganych usług konfiguracyjnych i administracyjnych dla urządzeń wykorzystywanych do świadczenia usługi, w skład którego wejdą: - Certyfikowany Administrator rozwiązania Load-Balancer - 2 osoby, - Certyfikowany Administrator rozwiązań sieciowych na poziomie Professional (np. CCNP) - 2 osoby, - Certyfikowany Administrator rozwiązań NGN-FW - 2 osoby, - Certyfikowany Administrator rozwiązań sieci SAN - 1 osoba".

Tak skonstruowane kryterium stanowi naruszenie szeregu przepisów ustawy Prawo zamówień

publicznych, w szczególności wyrażonej w art. 9 zasady pisemności postępowania, art. 87 ust. 1 stanowiącego o niezmienności treści oferty, a także art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym kryteria oceny ofert muszą być określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tymczasem wykonawcy składając ofertę nie mają żadnej wiedzy, co będzie weryfikował test kompetencji poszczególnych członków zespołu wykonawcy. Tym samym nie można uznać, iż kryterium to zostało określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający wymaga, aby każdy z członek zespołu wykonawcy był Certyfikowanym Administratorem poszczególnych rozwiązań. Skoro członkowie zespołu mają posiadać odpowiedni certyfikat, to nieuzasadnione jest dokonywanie przez Zamawiającego dodatkowej weryfikacji ich umiejętności po otwarciu ofert.

Dodatkowo, kryterium to jest niemierzalne, a wyniki testów będą nieporównywalne z uwagi na to, że administratorzy rozwiązań są certyfikowani przez konkretnych producentów w zakresie oferowanych przez nich rozwiązań. Nie ma możliwości stworzenia testu kompetencji, który będzie jednocześnie i w sposób obiektywny weryfikował wiedzę w zakresie rozwiązań oferowanych przez różnych producentów. Zamawiający nie ma też narzędzi do zweryfikowania wiedzy administratorów, ponieważ nie dysponuje Autoryzowanym Centrum Egzaminacyjnym wszystkich technologii i producentów, nie posiada dostępu do testów przygotowywanych przez producentów i przez nich autoryzowanych.

Dodatkowo, postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawierające informację, iż uzyskanie poniżej 60 punktów spowoduje odrzucenie oferty, stanowi wprost naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający odrzuca bowiem ofertę, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Testy weryfikujące wiedzę proponowanych członków zespołu wykonawcy nie stanowią i nie mogą stanowić treści oferty, zatem nawet ich negatywny wynik nie może skutkować odrzuceniem oferty.

W konsekwencji żądania wykreślenia ww. kryterium oceny ofert, Odwołujący wniósł również o wykreślenie korespondujących z nim postanowień IPU.

Zgodnie z § 1 ust. 3 IPU Zamawiający dopuszcza wymianę osób wymienionych w wykazie, pod warunkiem, że osoby zaproponowane przez wykonawcę będą legitymowały się wymaganymi certyfikatami oraz pozytywnie zaliczą test kwalifikacji, na zasadach opisanych w załączniku nr 12 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednak w przypadku, gdy osoba zaproponowana na zamianę nie zaliczy pozytywnie Testu kwalifikacji, wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej w wysokości 1000 zł za każdy przypadek.

Po pierwsze, sama konieczność zaliczania testu przez każdą z „zamienianych" osób jest nieadekwatna do postawionego kryterium oceny ofert. W ramach kryterium oceniane będą bowiem tylko 4 z 7 osób wymaganych przez Zamawiającego. Poza tym wprowadzenie kary umownej dla wykonawcy za każdy przypadek niezaliczenia testu przez daną osobę stanowi rażące naruszenie równowagi stron umowy. To Zamawiający jest bowiem autorem testów i zawsze może skonstruować test, którego nikt nie będzie w stanie zdać.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez: 1) wykreślenie kryterium oceny ofert polegającego na ocenie kwalifikacji zespołu na podstawie pisemnych testów kompetencji pisanych przez poszczególne osoby, 2) wykreślenie z IPU postanowień dotyczących możliwości zmiany personelu po zaliczeniu testu i wykreślenie kar umownych za każdy przypadek niezaliczenia testu przez poszczególne osoby, ewentualnie wykreślenie postanowienia, zgodnie z którym nieuzyskanie określonej liczby punktów w tym kryterium spowoduje odrzucenie oferty.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający częściowo uwzględnił odwołanie, w pozostałej części wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego, wskazując jednocześnie, że w wyniku złożonego odwołania dokonał modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale VII „Termin wykonania zamówienia", który otrzymał brzmienie: „Przedmiot zamówienia będzie realizowany od dnia podpisania umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego do upływu 36 miesięcy od dnia zakończenia migracji obecnego środowiska Zamawiającego do środowiska oferowanego przez Wykonawcę lub do wyczerpania maksymalnego wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy w związku z realizacją niniejszej umowy.", oraz załączniku nr 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia - IPU § 1 ust. 4 „Przedmiot umowy i terminy wykonania", który otrzymał brzmienie: „Umowa zostaje zawarta na okres 36 miesięcy od dnia zakończenia migracji obecnego środowiska Zamawiającego do środowiska oferowanego przez Wykonawcę lub do wyczerpania maksymalnego wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy w związku z realizacją niniejszej umowy."

Zdaniem Zamawiającego modyfikacja ta czyni zadość żądaniu Odwołującego zastąpienia sztywnej daty świadczenia usługi. Natomiast żądanie Odwołującego zmierzające do określenia minimalnego i maksymalnego czasu na rozpoczęcie świadczenia usługi (6-12 tygodni) jest całkowicie bezzasadne.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przewidział, że migracja obecnego środowiska Zamawiającego do nowej infrastruktury nastąpi maksymalnie w terminie do 15 dni roboczych od dnia podpisania umowy w sprawie udzielenia zamówienia

publicznego.

Wg wiedzy i obliczeń Zamawiającego możliwe i realne jest dokonanie migracji środowiska Zamawiającego w terminie do 7 dni roboczych od dnia podpisania umowy. Zamawiający w piśmie z 15 października 2019 r. dotyczącym odpowiedzi na pytania i modyfikacji treści specyfikacji dodał załącznik nr 16 - zalecenia dotyczące migracji, w którym opisał w dwóch wariantach sposób, w jaki wykonawca może dokonać migracji. Według obliczeń Zamawiającego czas migracji będzie uzależniony od rodzaju wyboru wirtualizatora. Zgodnie z obliczeniami Zamawiającego (wykonywanymi na środowisku testowym) w przypadku wyboru wirtualizatora VMware czas migracji będzie wynosił do 7 dni roboczych, a w przypadku wyboru innego wirtualiztora maksymalny czas migracji będzie wynosił do 15 dni roboczych. Są też na rynku podmioty, które taką infrastrukturą nie dysponują, co w konsekwencji powoduje, że chcąc zrealizować przedmiotowe zamówienie będą potrzebować dużo więcej czasu na zbudowanie infrastruktury niezbędnej do realizacji przedmiotu zamówienia.

Z treści odwołania wynika, iż Odwołujący nie posiada infrastruktury przygotowanej do świadczenia usług stanowiących przedmiot zamówienia i całą niezbędną infrastrukturę zamierza zakupić po ewentualnym podpisaniu umowy. Dowodem na to jest m.in. fakt, że pomimo braku wymagania zestawienia łączy DWDM, Odwołujący wskazuje, że okres oczekiwania na ww. urządzenia wynosi 3 miesiące i jest to fakt, którym uzasadnia konieczność wydłużenia terminu rozpoczęcia świadczenia usługi. Celowo jednak nie rozważa zastosowania

innych rozwiązań powszechnie dostępnych i stosowanych, posiadających funkcjonalność szyfrowania na poziomie wymaganym przez Zamawiającego.

Jednocześnie Odwołujący stara się wytworzyć wrażenie, że przyjęty termin realizacji zadania do 7 dni roboczych preferuje podmiot obecnie realizujący usługi na rzecz Zamawiającego i że następuje zawężenie kręgu podmiotów mogących potencjalnie świadczyć takie usługi. Jest to jednak tezą nieprawdziwą, Zamawiający bowiem kieruje zamówienie do podmiotów, które mają odpowiedni potencjał techniczny, aby świadczyć usługi prywatnej chmury. Nie oznacza to jednak, że Zamawiający narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem kierując się własnymi potrzebami oraz możliwościami rynku, nie musi kształtować tak postanowień specyfikacji, aby wszystkie podmioty z danej branży były zdolne do realizacji przedmiotowego zamówienia. Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców. Sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez Odwołującego, nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum. Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami prawa, ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia o określonych minimalnych standardach jakościowych i technicznych. Okoliczność, że nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania Zamawiającego i mogą go zaoferować oraz że wymagania techniczne są trudne do spełnienia przez niektórych wykonawców, nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Z uwagi na powyższe zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zmierzający do określenia minimalnego i maksymalnego czasu na rozpoczęcie świadczenia usługi jako odpowiednio 6-12 tygodni jest całkowicie bezzasadny.

Zamawiający, w wyniku złożonego odwołania, dokonał modyfikacji specyfikacji istotnych

warunków zamówienia poprzez dodanie w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 8 do specyfikacji, kolumny nr 8 „Minimalny miesięczny poziom wykorzystania zasobów przez Zamawiającego", a także zmodyfikowanie treści opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymaganym treścią odwołania w tym: 1) pkt 15 otrzymał brzmienie: „W celu realizacji

przedmiotu Umowy Wykonawca musi umożliwić dostęp do zasobów nie mniejszych/gorszych niż: a) CPU (ilość rdzeni fizycznych do dyspozycji bez HT) - nie mniej niż 1000 sztuk. b) vRAM - 3TB. c) Przestrzeń dyskowa SAS/SSD - 160 TB. d) Przestrzeń dyskowa All-Flash/SSD - 40TB. e) Przestrzeń na backup - 400 TB. f) Łącze symetryczne pomiędzy wirtualną maszyną a vSwitchem o przepustowości - min. 10 Gbit/s. g) Ilości maszyn wirtualnych - nie mniej niż 512"; 2) pkt 16 otrzymał brzmienie: „W celu realizacji przedmiotu Umowy Wykonawca musi umożliwić dostęp do zasobów w czasie: a) Nowe VM, zwiększenie vCPU, vRAM, Przestrzeń (GB) - normalny SAS, Przestrzeń (GB) - szybki - tylko SSD, dodatkowe adresy IP, Konsultacje/Konfiguracje - podstawowe prace, Konsultacje/Konfiguracje - zaawansowane prace (poziom Expert) - natychmiast. b) Inne urządzenia oraz rozwiązania (np. System PAM (1 VM/1 1P, System AAA, System ochrony przeciwko złośliwemu oprogramowaniu i wirusom, System ochrony baz danych (DAM), Kolokacja ryczałt - 20 U (każde CPD), - 72 godziny. c) Łącza do Zamawiającego 2x10G+2xFC (z CPD), Łącza do Zamawiającego 2x10G+2xFC (z DRC) - 3 miesiące od zamówienia usługi. Okres ten może się wydłużyć w związku z czynnikami zewnętrznymi, zdarzeniami niezależnymi od Wykonawcy, które uniemożliwiają należyte wykonanie usługi."

Dodatkowo, Zamawiający wymaga jedynie sumarycznej przepustowości połączeń, a to od wykonawcy zależy dobór ilości i wielkości interfejsów FC i Ethernet. Dzięki temu Zamawiający nie ogranicza konkurencji, ponieważ nie naraża wykonawców na dodatkowe inwestycje w celu dostosowywania ilości i wielkości interfejsów FC.

Zamawiający w punkcie 3. lit. e) ppkt v opisu przedmiotu zamówienia określił, jakie minimalne połączenie musi posiadać każdy z serwerów, tj. 2x25 Gbit/s Ethernet. Ponadto w punkcie 15 lit. f) Zamawiający określił minimalne połączenie dla każdej maszyny wirtualnej.

Powszechnie obowiązującym standardem jest tworzenie maszyn wirtualnych z kartą sieciową

o przepustowości min. 10 Gbit/s, nie oznacza to, iż wszystkie maszyny jednocześnie będą korzystać z takiej przepustowości. Odwołujący przyjął błędne założenie do przeprowadzenia

wyliczeń (dotyczących zapewnienia łącza do Internetu, a także możliwości transmisji serwera fizycznego) użytych w odwołaniu. W związku z powyższym argumentacja Odwołującego w

zakresie żądań dotyczących sprecyzowania dokładnej ilości
i wielkości interfejsów FC i Ethernet oraz niejednoznacznego określenia wymagań
dotyczących dostępu do Internetu dla środowisk jest chybiona.

Zamawiający, przy doborze kryteriów oceny ofert, powinien w taki sposób kształtować kryteria oceny ofert, aby ich zastosowanie umożliwiło mu wybór doświadczonego, rzetelnego wykonawcy, który daje gwarancję należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie wszystkie kryteria służące do wyboru oferty najkorzystniejszej muszą mieć charakter czysto ekonomiczny, m.in. wyrok z 17 września 2002 r., C-513/99. Zamawiający, dbając o własne potrzeby powinien kierować się działaniami, które pozwolą mu uzyskać usługę świadczoną na jak najwyższym poziomie, zwłaszcza, że ze względu na krytyczność systemów, które planuje uruchomić na zaoferowanej chmurze (m. in.: system do obsługi egzaminów zewnętrznych - egzamin ósmoklasisty, egzamin maturalny; system na podstawie którego ustalane są kwoty części oświatowej subwencji ogólnej dla Jednostek Samorządu Terytorialnego). W związku z powyższym w zakresie kryterium „Kwalifikacji proponowanego zespołu" przewidział ocenę kwalifikacji i umiejętności 4 osób (stan po modyfikacji z 15 października 2019 r.) wchodzących w skład wskazanego przez wykonawcę zespołu technicznego, który będzie realizował w toku świadczenia usługi stanowiącej przedmiot zamówienia wymagane usługi konfiguracyjne i administracyjne dla zaoferowanych przez wykonawcę urządzeń, poprzez przeprowadzenie i ocenę testu praktycznego pisemnego z następujących specjalizacji:

- rozwiązania Load-Balancer, - rozwiązania sieciowe na poziomie Professional (np. CCNP),

- rozwiązania NGN-FW, - rozwiązania sieci SAN.

Ww. osoby (imiona i nazwiska) wykonawca wskazuje w JEDZ, który jest składany wraz z ofertą. Ww. rozwiązania określają również wiedzę i umiejętności, które będą weryfikowane w trakcie testu. Opisując zasady przeprowadzenia ww. testu (wg treści załącznika nr 12 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia; również rozdział XX ust. 1 pkt 2) Zamawiający zastrzegł, że w przypadku, gdy ocena uzyskana przez wykonawcę w ramach testu będzie mniejsza niż 60 pkt, oferta takiego wykonawcy zostanie uznana za niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wprowadzenie ww. kryterium było podyktowane faktem, że Zamawiający ustalił warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia dla ww. osób na poziomie minimalnym (posiadanie certyfikatu z danego rozwiązania), co nie dawało gwarancji, że usługi świadczone przez osoby wskazane przez wykonawców dadzą gwarancję świadczenia usług na oczekiwanym przez Zamawiającego poziomie. Zamawiający więc zdecydował się na ocenę jakości świadczonych usług przez ww.

osoby.

Podyktowane to było eliminacją następujących ryzyk: 1) brak wiedzy lub brak umiejętności członków zespołu - osoby mogły uzyskać ww. certyfikat nawet kilkanaście lat temu i nie mieć od pewnego momentu styczności z pracą administratora w danym rozwiązaniu. Istnieje więc realne ryzyko, że zaangażowane osoby będą świadczyć usługi niskiej jakości lub w ogóle nie będą nadawać się na członka zespołu z powodu braku niezbędnej wiedzy do realizacji przedmiotu zamówienia; 2) niskiej jakości wiedzy koniecznej do uzyskania danego certyfikatu - certyfikaty mają charakter certyfikatów prywatnych, więc standard ich uzyskania jest różny, tj. nie każde wystawienie certyfikatu da Zamawiającemu gwarancję, że usługi będą świadczone na oczekiwanym, bezpiecznym poziomie. Ww. okoliczności uzasadniają, zdaniem Zamawiającego, potrzebę wprowadzenia kryterium „Kwalifikacji proponowanego zespołu".

W wyroku TSUE z 4 grudnia 2003 r. C-448-01 wskazano, że instytucja zamawiająca dysponuje nie tylko swobodą określania kryteriów oceny ofert, lecz również swobodą określania ich znaczenia, pod warunkiem, że wagi przypisane poszczególnym kryteriom służą wyborowi oferty najkorzystniejszej w świetle przyjętych kryteriów.

Zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych kryteriami oceny ofert są m.in. inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

Zgodnie zaś z § 13 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności próbek, opisów, fotografii, planów, projektów, rysunków, modeli, wzorów, programów komputerowych oraz innych podobnych materiałów, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego.

Ww. przepisy prawa dopuszczają możliwości badania w kryterium oceny ofert jakości usług oferowanych przez wykonawcę. Tym samym Zamawiający jest uprawniony do badania umiejętności osób wskazanych przez wykonawców, gdyż to ich umiejętności, kreatywność, wykorzystanie posiadanej wiedzy kształtują jakość usług oferowanych przez wykonawcę. Wykonawca jest zobowiązany złożyć JEDZ przy zachowaniu zasady pisemności, o której mowa w art. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dodatkowo sprawdzenie wiedzy osób wskazanych w JEDZ nie daje możliwości zmiany osób wskazanych po upływie terminu składania ofert (dane osób są znane). Rozszerzenie więc liczby osób w przypadku niespełnienia warunku udziału w postępowaniu będzie możliwe wyłącznie w zakresie dotyczącym warunku wiedzy i doświadczenia i nie będzie miało wpływu na kryterium jakościowe. Nowa osoba nie będzie poddana testowi, gdyż test odbywa się dzień po upływie terminu składania ofert, zatem przed ewentualnymi uzupełnieniami dokumentów dokonanymi w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca powinien w treści JEDZ uwzględnić taką liczbę osób o określonych kompetencjach, która zagwarantuje mu zarówno spełnienie warunku udziału w postępowaniu, jak i osiągnięcie w teście minimalnego poziomu punktów niezbędnych do utrzymania się wykonawcy w postępowaniu.

Jakość i sposób realizacji zaoferowanej przez wykonawcę usługi nie ulega zmianie po upływie terminu składania ofert, zaś oświadczenie dotyczące skorzystania z wiedzy enumeratywnie wskazanych osób w JEDZ zostanie bez wątpienia złożone przez wykonawcę z zachowaniem ww. zasady pisemności. Zarzut więc naruszenia art. 9 i 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest całkowicie bezzasadny,

Wykonawca oferuje realizację przedmiotu zamówienia poprzez zespół o określonym składzie osobowym, określonych kwalifikacjach i umiejętnościach. Osoby te bowiem dysponują określoną wiedzą i umiejętnościami, które będą wykorzystywane w trakcie świadczenia usług na rzecz Zamawiającego. Zamawiający bada więc w ramach testu jakość usług zaoferowaną przez wykonawcę, konieczne jest więc wykluczenie z realizacji usługi osób, które nie dają gwarancji należytego wykonania usługi. Stąd Zamawiający wprowadził wymóg uzyskania co najmniej 60 punktów dla uznania, że jakość świadczonych usług jest na akceptowalnym poziomie.

W przypadku zaś nieuzyskania ww. liczby punktów oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, treść oferty jest bowiem niezgodna z treścią specyfikacji, poziom jakości usług świadczonych przez wskazany przez wykonawcę zespół nie spełnia bowiem minimalnych wymagań jakościowych wskazanych w specyfikacji. Zarzut więc naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest całkowicie bezzasadny.

Jednocześnie zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest również bezzasadny, gdyż zarzuty te dotyczą działań Zamawiającego dokonanych po upływie terminu składania ofert. Z uwagi na fakt, że odwołanie dotyczy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzut dotyczący naruszenia ww. przepisów jest przedwczesny.

Jednocześnie oczywiste jest, że Zamawiający nie wskazuje w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowych pytań, jakie będą uwzględnione w treści testu, gdyż bezcelowe stałoby się wówczas przeprowadzenie testu. Jednocześnie Zamawiający, odpowiadając na pytania Odwołującego 15 października 2019 r. wyjaśnił, że będzie oceniał poziom wiedzy i jakość świadczonych usług przez specjalistów z ww. dziedzin poprzez weryfikację ich wiedzy w zakresie niezbędnym do obsługi urządzeń wymaganych przez Zamawiającego treścią opisu przedmiotu zamówienia. Zadania testowe nie będą odnosiły się

do konkretnych komend/zarządzania, które są oferowane przez poszczególnych producentów

oferujących własne rozwiązania na rynku, tj. takich, które charakteryzują unikatowe rozwiązania, co zagwarantuje możliwość uczciwej konkurencji przez wszystkich uczestników

przystępujących do testu. Zakres zagadnień poruszanych w treści testu został podzielony na

4 grupy:

1) rozwiązania (problemy) dot. Load-Balancera, przykładowe pytanie: Usługa uruchomiona na Load-Balancerach ma włączoną funkcję DSR, klienci nie mogą się połączyć z serwisem.

Serwery mają wyjście na świat co zostało zweryfikowane poleceniem wget. Podaj potencjalne przyczyny problemów ? (zaznacz wszystkie prawidłowe odpowiedzi)

a) Źle ustawiona brama domyślna, b) Brak konfiguracji NAT na serwerach, c) Brak skonfigurowanego DNS na serwerach, d) Brak skonfigurowanego NAT na Load-Balancerach,

2) rozwiązania (problemy) dotyczące sieci na poziomie Professional; przykładowe pytanie:

Które z komunikatów protokołu BGP są prawidłowe (zaznacz wszystkie prawidłowe odpowiedzi) a) FAILOVER, b) OPEN SENT, c) NOTIFICATION, d) UPDATE, e) HEARTBEAT, f) UPDATED,

3) rozwiązania (problemy) dotyczące NGN-FW; przykładowe pytanie:

Czy mechanizm NAT może działać w oparciu o transparentny firewall (działający w warstwie L2 ISO/OSI)? a) Nie, b) Tak,

4) rozwiązania (problemy) dotyczące sieci SAN; przykładowe pytanie:

Które ze zdań są prawdziwe dla protokołów portów Fibre Channel (zaznacz wszystkie prawidłowe odpowiedzi)

a) Porty „E" mogą działać na długości większe niż 10 KM bez dodatkowych buforów, b) Porty „E" nie mogą działać na długości większe niż 10 KM bez dodatkowych buforów, c) Porty „EX" to specjalne porty dla routingu FCIP, d) Porty „A" to zwykłe porty po stronie kart HBA. Jednocześnie wydanie przez Zamawiającemu uczestnikom takiego samego testu w ramach i przyjęcie tożsamej metodologii oceny zapewni porównywalność i transparentność dokonanej oceny testów. Testowanie zespołów i osób w zakresie jakości świadczonych usług jest powszechnie przyjętą praktyką na rynku, co potwierdza orzecznictwo, np. w wyroku KIO 1630/14.

Zamawiający, ze względu na krytyczność systemów, które planuje uruchomić na zaoferowanej

chmurze (m. in.: system do obsługi egzaminów zewnętrznych - egzamin ósmoklasisty,

egzamin maturalny; system na podstawie którego ustalane są kwoty części oświatowej subwencji ogólnej dla Jednostek Samorządu Terytorialnego) chce maksymalnie zweryfikować

wiedzę i kompetencje zespołu oddelegowanego do świadczenia przedmiotowej usługi.

Test będzie przygotowany przez firmę specjalizującą się w przygotowywaniu tego typu sprawdzianów kompetencji. Zamawiający wielokrotnie korzystał z kryterium oceny ofert polegającej na sprawdzeniu kwalifikacji proponowanego przez wykonawcę zespołu i według doświadczenia Zamawiającego jest to najlepszy możliwy sposób na weryfikację wiedzy proponowanych specjalistów. Celem ustanowienia przedmiotowego kryterium jest premiowanie wykonawców, którzy dysponują wykwalifikowanym oraz posiadającym specjalistyczną wiedzę zespołem.

Test ma na celu zweryfikowanie wiedzy dotyczącej poszczególnych zagadnień w oderwaniu od konkretnych oferowanych przez poszczególnych producentów rozwiązań. Zamawiający nie ma na celu wydania autoryzowanych certyfikatów dla poszczególnych specjalistów. Wyniki testów będą porównywalne, ponieważ testy dla każdej grupy specjalistów będą takie same. Zamawiający podtrzymuje więc zapis dotyczący odrzucenia oferty w przypadku, gdy członkowie zespołu uzyskają poniżej 60 punktów. Test kompetencji będzie stanowił weryfikację wiedzy osób wskazanych przed upływem terminu składania ofert, tj. stanowić będzie „próbkę" jakości świadczonych usług i w takim zakresie będzie stanowić część treści oferty wykonawcy.

Test kompetencji będzie stanowił „próbkę", dlatego ocenie nie podlega cały oddelegowany zespół, a jedynie jego część. W ramach kryterium oceniane będą po jednej osobie z danej specjalizacji, co nie jest zabronione przez żaden obowiązujący przepis prawa.

Zamawiający nie zgodził się z wykreśleniem kary umownej w przypadku niezdania egzaminu przez osobę, którą wykonawca będzie chciał zamienić. Argument wykonawcy dotyczący tego, iż Zamawiający będzie przygotowywał test, którego nikt nie będzie w stanie zdać, jest nieprawdziwy, ponieważ Zamawiający nie przygotowuje sam testów, lecz zleca ich przygotowanie specjalistycznej firmie zewnętrznej. W interesie Zamawiającego jest realizacja usługi przez kompetentne osoby, a nie naliczanie kar umownych. Dodatkowo brak sankcji za niezdanie testu prowadziłoby do patologii, w której wykonawca nie ponosiłby ryzyka skierowania na test osób niekompetentnych, zaś po stronie Zamawiającego istniałaby konieczność ponoszenia nieograniczonych kosztów testowania takich osób.

III Stanowisko przystępujących

Przystąpienie po stronie Odwołującego zgłosili wykonawcy Exatel S.A. i Netia S.A., popierając stanowisko Odwołującego.

Przystępujący Exatel S.A. uzupełniająco stwierdził, że w specyfikacji istotnych warunków

zamówienia zostały zawarte wymagania dotyczące dostarczenia określonego sprzętu, który trzeba zamówić. Poza tym Zamawiający nie uwzględnił w określonym przez siebie terminie, że należy dokonać zestawienia łączy między data center a siedzibą Zamawiającego, przy czym wykonawca ma dostarczyć dwa ośrodki data center, spośród których Zamawiający wybierze sobie jeden (odpowiedź na pytanie nr 1 z 15 października 2019 r.). Są to łącza o wysokiej przepustowości, zatem ich zestawienie może zająć do 1,5 miesiąca. Popiera więc żądanie określenia terminu do 12 tygodni.

Zauważył też, że jako jeden ze sposobów migracji danych Zamawiający wskazał łącza, zatem trzeba je mieć od razu, żeby zmieścić się w terminie Zamawiającego. Orzecznictwo KIO wskazuje, że tak krótki termin uniemożliwia konkurencję, a wykonawca powinien mieć racjonalny czas na wykonanie tych czynności. Dodatkowo, w załączniku nr 16 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pkt 8 a-f mowa jest tylko o kopiowaniu danych, natomiast Zamawiający co prawda wskazał na dodatkowe czynności, ale nie na ich rodzaj, a więc i czasochłonność. Natomiast w punkcie 20. opisu przedmiotu zamówienia mowa jest o dokonaniu weryfikacji poprawności migracji usług. Są to dwa różne zakresy migracji i o ile Zamawiający obliczył okres 7-15 dni na migrację danych, czyli ile te dane się kopiują, nie jest to termin na migrację całej usługi.

Zdaniem Przystępującego dostarczenie, zestawienie i skonfigurowanie wymaganych przez Zamawiającego urządzeń i łączy jest fizycznie niemożliwe w terminie 7 dni roboczych. Terminu takiego dochować może wyłącznie wykonawca już posiadający taką infrastrukturę i łącza, w tym łącza między kolokacjami i łącza do siedziby Zamawiającego.

Zgodnie ze zaktualizowanym opisem przedmiotu zamówienia wymagane jest połączenie dwóch kolokacji przy pomocy redundantnej technologii (punkt 3 lit. a opis przedmiotu zamówienia). Ponadto konieczne jest zestawienie połączenia do siedziby Zamawiającego zgodnie z punktem 3. lit. c opisu przedmiotu zamówienia. W dodatku w przekazanych odpowiedziach Zamawiający wskazał, że łącze ma być zestawione z data center wskazanym przez Zamawiającego. Uruchomienie usługi oznacza zatem konieczność zestawienia kilku łączy. Na zestawienie i uruchomienie łączy wykonawca ma w najkrótszym wariancie 7 dni roboczych. Realny czas, jaki wykonawcy winni mieć zagwarantowany na uruchomienie usługi, to minimum 6 tygodni.

To Zamawiający decyduje o terminie wszczęcia postępowania, a wykonawcy, którzy nie świadczą aktualnie usługi, nie mogą ponosić konsekwencji zbyt późnego wszczęcia

postępowania. Termin rozpoczęcia świadczenia usługi musi być możliwy i realny dla wszystkich wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu, a nie tylko aktualnego operatora. Ustalenie terminu zbyt krótkiego i nierealnego w sposób nieuprawniony dyskryminuje innych wykonawców, uniemożliwiając im udział z uwagi na okoliczności leżące całkowicie po stronie Zamawiającego. Tak określony termin wykonania przedmiotu zamówienia narusza zatem art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych skutkując nieuzasadnionym zawężeniem kręgu wykonawców, którzy mogą złożyć ofertę. Budowa łączy wiąże się ze znacznymi utrudnieniami i realizacja w terminie wskazanym przez Zamawiającego jest niemożliwa. Wynika to z uwarunkowań prawnych w zakresie budowy oraz z czasu niezbędnego na pozyskiwanie wymaganych zgód administracyjnych budowlanych. Z praktyki wynika, że realny termin na wybudowanie łączy i uruchomienie usług wymaganych przez Zamawiającego wynosi 45 dni od daty podpisania umowy. Specyfika świadczeń telekomunikacyjnych wymaga zapewnienia przedsiębiorcom należytego okresu na pozyskanie istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej lub też na wybudowanie własnej infrastruktury. Zgodnie z wyrokiem KIO/UZP 1246/10 „termin rozpoczęcia usług powinien być tak określony, aby dawał możliwość wywiązania się ze zobowiązania zarówno podmiotom, które dotychczas świadczyły tego rodzaju usługi telekomunikacyjne na rzecz zamawiającego i posiadają pełną infrastrukturę sieciową, jak

i tym wykonawcom, którzy w celu realizacji umowy muszą zawrzeć umowy dzierżawy łączy z ich właścicielami bądź chcieliby zainstalować własną infrastrukturę".

Bez względu na to, czy wykonawcy zdecydują się na wybudowanie własnej infrastruktury, czy też skorzystają z ofert dzierżawy infrastruktury od innego operatora, w każdym z tych przypadków konieczne jest zapewnienie wykonawcy wystarczającego czasu na przygotowanie do świadczenia usług i wykonanie wszystkich związanych z tym czynności faktycznych i prawnych. Czynności konieczne da wybudowania infrastruktury, w szczególności w technologii kablowej zajmują odpowiedni czas, którego skrócenie nie jest możliwe nawet przy odpowiednim zaangażowaniu i potencjale wykonawców. Wykonawca nie ma wpływu na terminy wynikające z przepisów prawa administracyjnego, które przewidują co do zasady 30-dniowy termin zobowiązujący do oczekiwania na odpowiedź, z możliwością jego wydłużenia. Nie jest możliwe podejmowanie przez wykonawcę jakichkolwiek inwestycji przed zawarciem umowy. Zatem wyłącznie stosowne wydłużenie terminu na przygotowanie usługi umożliwi zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

W przeciwnym wypadku krótki maksymalny termin na rozpoczęcie świadczenia usługi staje się kryterium ograniczającym i eliminującym konkurencję w tym postępowaniu.

Podobne argumenty odnoszą się również do dostarczenia sprzętu wymaganego przez Zamawiającego. Zamawiający skupił się na samym terminie fizycznego migrowania danych, pomijając konieczność zakupu, dostarczenia, zestawienia i skonfigurowania odpowiedniej infrastruktury. Zakup sprzętu wymaganego przez Zamawiającego u dystrybutora, jego dostarczenie i uruchomienia wymaga minimum 3 tygodni czasu. Także i w tym aspekcie preferowany jest zatem wykonawca dysponujący stosowną infrastrukturą.
W postępowaniach na dostawy sprzętu preferowany w specyfikacji istotnych warunków

zamówienia termin dostawy to 2 miesiące, jego skrócenie do 30 dni budzi zazwyczaj obawy u wykonawców. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu termin ograniczono do 7 dni roboczych od podpisania umowy, przy czym jest to termin nie tylko na samą dostawę, ale

również i konfigurację sprzętu.

Dedykowany dla Zamawiającego sprzęt to nie tylko serwery i macierze, ale wiele urządzeń opisanych na kilkudziesięciu stronach. Poza tym nie jest tak, że serwer na wymianę, o którym wspomina Zamawiający, weźmie się „skądś", gdyż sprzęt dedykowany nie bierze się „znikąd". Poza tym sprzęt dedykowany to spersonalizowany sprzęt do obsługi konkretnej jednostki i w taki sposób określenie rozumieją wszyscy wykonawcy, natomiast to, o czym mówi Zamawiający, nie jest sprzętem dedykowanym.

Z punktu 5. opisu przedmiotu zamówienia wynika, że wykonawca będzie administrował wszystkimi usługami. Zamawiający podkreśla również, jak ważna jest usługa, a jednocześnie daje wykonawcy tylko 7 dni na przygotowanie się - w tym czasie wykonawca musi wykonać nie tylko migrację, ale też zapoznać się z dokumentacją techniczną (już niezależnie od skompletowania sprzętu). Zamawiający dodatkowo wymaga usuwania awarii (trouble shooting), czyli już po okresie migracji wykonawca musi rozwiązywać wszystkie problemy. Termin trzymiesięczny odnosi się tylko do łączy do siedziby Zamawiającego, natomiast łącza między data center mają być gotowe w terminie 7-15 dni.

Zamawiający zarzucił wykonawcom, że termin 12 tygodni nie został wskazany na żadnej

konkretnej podstawie, jednak wykonawcy nie mogą podać konkretnego terminu, skoro Zamawiający nie udostępnił danych, co dokładnie ma być wykonane. Poza tym termin ten bazuje na doświadczeniu wykonawców uzyskanym w podobnych projektach, nie wziął się więc znikąd.

Poparł zarzut dotyczący braku określenia minimalnego poziomu wykorzystania zasobów - specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest niejasno sformułowana, nie ma w niej nawet mechanizmu liczenia opłaty za godziny. Przystępujący nie wie więc, jak wycenić ofertę, żeby

osiągnąć próg opłacalności.

Nie zgodził się z Zamawiającym, że w załączniku nr 8 wskazano sposób obliczenia

wynagrodzenia, który jest jasny we wszystkich elementach, np. w jaki sposób będzie obliczana

cena za pozycję 9., kiedy wykonawca ma podać wynagrodzenie za miesiąc, a rozliczenie ma być godzinowe (pkt 17. opisu przedmiotu zamówienia). Poza tym, jeśli usługa ma być rozliczna godzinowo, to powinien być wskazany mechanizm obliczania stawki godzinowej. Zauważa też, że nawet jeśli Zamawiający nie korzysta w danym momencie z danych zgromadzonych w chmurze, to wykonawca i tak musi je przechowywać 24 godziny na dobę, poza tym wyłączanie sprzętu grozi utratą danych.

Przystępujący poparł również pozostałe dwa zarzuty. Co do testu stwierdził, iż zależy mu na transparentności, aby każdy z wykonawców miał dostęp do klucza odpowiedzi i testów oraz ich ocen, także innych uczestników.

Przystępujący Netia S.A. poparł stanowisko Odwołującego i przystępującego Exatel S.A.

Co do terminów realizacji stwierdził, iż Zamawiający kieruje swoje zamówienie do podmiotów mających odpowiedni potencjał do wykonania usługi, a każda z odwołujących się firm taki potencjał posiada i na co dzień świadczy tego typu usługi. Nie oznacza to, że już na etapie składania ofert muszą one ponieść wydatki na zakup infrastruktury technicznej. Przygotowanie środowiska to czas i pieniądze, nie da się tego zrobić w ciągu 7 dni i to stwierdzają firmy eksperckie. Termin 7 i 15 dni nie ogranicza konkurencji, a wyklucza wykonawców z możliwości złożenia oferty. Termin 6-12 tygodni oparty jest o wiedzę ekspercką i co do tego terminu

wykonawcy się zgadzają, pomimo że ze sobą konkurują. To kosztowny sprzęt i wykonawca w jego zakup musi zainwestować setki tysięcy złotych. Duże firmy mają też swoje procedury zakupowe, więc samo zamówienie tego sprzętu trwa.

Niezrozumiałe jest to, że Zamawiający, wymagając wykazania się wiedzą specjalistów posiadających certyfikaty, dla których uzyskania musieli zdać testy pisemne i praktyczne, później ogólnymi testami chce podważać zasadność tych certyfikatów. Uważa też, że wydawanie pieniędzy przez Zamawiającego na te testy jest nieuzasadnione.

III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami. Został on prawidłowo opisany w punktach poprzedzających, nie będzie więc powtarzany.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz dokumentów złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie w znacznym zakresie zasługuje na uwzględnienie.

W związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego części odwołania Odwołujący cofnął zarzuty wskazane w punkcie 2. lit. c i d odwołania, tj. braku sprecyzowania dokładnej ilości i wielkości interfejsów FC i Ethernet oraz niejednoznacznego określenia wymagań dotyczących dostępu do Internetu dla środowisk.

W związku z powyższym Izba nie rozpatrywała ww. zarzutów odwołania.

Co do pozostałych zarzutów Izba stwierdziła, co następuje.

W zakresie zarzutów dotyczących terminu rozpoczęcia realizacji usługi Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i kryterium oceny ofert w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób utrudniający uczciwą konkurencję w zakresie, w jakim Zamawiający określił sztywny i nierealny do dotrzymania termin odnoszący się do rozpoczęcia świadczenia usługi, a ponadto stojący w sprzeczności z punktowanym w ramach kryterium oceny ofert terminem migracji danych, który to termin również jest terminem nierealnym do spełnienia przez wykonawców innych niż aktualnie świadczący usługi.

Wskazane przez Odwołującego przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1), a przedmiotu tego nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2). Przepis art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest de facto powtórzeniem jednej z zasad opisanych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który to przepis wymaga, by zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Z kolei z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o: a) zastąpienie sztywnej daty rozpoczęcia świadczenia usługi datą liczoną w tygodniach od podpisania umowy, b) określenie minimalnego czasu rozpoczęcia świadczenia usługi, punktowanego w ramach kryterium oceny ofert, na 6 tygodni od podpisania umowy, c) określenie maksymalnego czasu rozpoczęcia świadczenia usług jako

12 tygodni od daty podpisania umowy.

Izba uznała zarzuty i żądania Odwołującego w tym zakresie za uzasadnione w znacznej

części.

Ze względu na fakt, że Zamawiający, w ramach modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 15 października 2019 r. zmienił jej treść w zakresie objętym zarzutem, usuwając wskazaną wcześniej datę 1 grudnia 2019 r., żądanie zastąpienia sztywnej daty rozpoczęcia świadczenia usługi datą liczoną od podpisania umowy stało się nieaktualne.

Izba uznała za uzasadnione stanowisko Odwołującego i Przystępujących w zakresie zbyt krótkiego czasu (7/15 dni od zawarcia umowy), jaki Zamawiający wyznaczył wykonawcom na rozpoczęcie świadczenia usługi.

Należy przyznać rację wykonawcom, że to Zamawiający ustala, kiedy rozpocznie

postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zatem czas pozostały do zakończenia poprzednio zawartej umowy nie jest wystarczającym argumentem, by pozbawić wykonawców stosownego czasu na przygotowanie się do realizacji usługi (czy też w zasadzie przeprowadzenia wstępnej fazy jej realizacji, jak przygotowanie sprzętu, zestawienie łączy, migracja danych itd.) albo wręcz pozbawić możliwości wzięcia udziału w przetargu ze względu na niemożność zrealizowania w wyznaczonym terminie ww. wstępnej fazy realizacji usługi. Nie zmienia tego fakt, że ów krótki czas pozostały do zakończenia obowiązującej obecnie umowy był dla Zamawiającego pewnym zaskoczeniem (wartość umowy została wyczerpana znacznie wcześniej niż Zamawiający zakładał).

Izba uznała więc za uzasadnione żądanie wyznaczenia terminu 12-tygodniowego od dnia zawarcia umowy jako maksymalnego terminu rozpoczęcia świadczenia usług.

Niemniej jednak uznała, że żądanie określenia minimalnego czasu rozpoczęcia świadczenia

usługi, punktowanego w ramach kryterium oceny ofert, na 6 tygodni od podpisania umowy, jest nadmierne. Oczywiste jest, że Odwołujący - jak i każdy z wykonawców - chce poprawić swoją potencjalną punktację w ramach kryteriów oceny ofert w stosunku do innych

wykonawców. Jednak celem ustanawiania kryteriów oceny ofert jest wybór oferty najkorzystniejszej. Nie można zaprzeczyć, że skrócenie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi przez nowo wybranego wykonawcę - w realnych granicach i bez naruszenia obowiązku

należytej staranności w wykonaniu - jest dla Zamawiającego korzystne. Skoro zaś jest korzystne, są podstawy, aby takie działanie wykonawcy nagrodzić dodatkowymi punktami. Nie

ma też powodu, by ograniczyć możliwość skrócenia okresu przygotowawczego poniżej

sześciu tygodni, jeśli któryś z wykonawców ma taki potencjał.

Co zaś do kwestii, że wykonawca obecnie świadczący usługę jest w lepszej sytuacji niż pozostali wykonawcy - z jednej strony oczywiście jest to prawda, gdyż taka jest reguła, czy to przy różnego typu usługach, dostawach, czy robotach budowlanych, że ten podmiot, który

dane zamówienie wykonuje na bieżąco lub wykonywał w przeszłości, ma lepsze rozeznanie w sytuacji (często nawet lepsze niż sam zamawiający), istniejące już struktury, ustalony sposób organizacji wykonania. Jest to naturalne i nie do uniknięcia, natomiast nie uniemożliwia innym wykonawcom konkurowania z nim.

Dodatkowo w niniejszej sprawie Odwołujący i Przystępujący wskazywali, że największą przeszkodą w szybkim rozpoczęciu realizacji zamówienia - w ciągu kilku/kilkunastu dni, jest konieczność zakupienia sprzętu zgodnego z wymaganiami Zamawiającego, który jest zbyt kosztowny, by go zamawiać bez pewności uzyskania kontraktu. Jednocześnie Zamawiający stwierdził, że w stosunku do sprzętu wskazanego w niniejszym postępowaniu ma inne wymagania, niż do obecnie stosowanego. Można z tego wnioskować, że obecny wykonawca z dużą dozą prawdopodobieństwa stanie przed tym samym problemem, co jego konkurenci, tj. czy podejmować ryzyko wcześniejszego zakupienia sprzętu potrzebnego do realizacji usługi.

Dlatego w tym zakresie Izba uznała żądanie za nieuzasadnione i zarzut częściowo oddaliła. Zakresem odwołania nie został objęty sposób dokonywania punktacji w ramach kryterium przy wydłużonym czasie rozpoczęcia świadczenia usługi, zatem Izba nie odnosiła się do tej kwestii.

W zakresie zarzutów dotyczących braku określenia minimalnego poziomu wykorzystania zasobów, wynagrodzenia za przygotowanie i utrzymywanie w gotowości do użycia dedykowanej dla Zamawiającego infrastruktury lub miesięcznego wynagrodzenia za udostępnione zasoby oraz braku wyczerpującego określenia, o jakie urządzenia (typ, ilość) oraz rozwiązania (typ, ilość) system może być rozbudowany i w jakim okresie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz z zw. z art. 487 § 1 Kodeksu cywilnego (z uzasadnienia wynika, iż chodzi tu o art. 487 § 2) poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i dokonanie jej wyceny, a także powodujący nieadekwatność świadczeń stron umowy. Treść art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych została zacytowana powyżej, natomiast art. 487 § 1 Kodeksu cywilnego brzmi: „Wykonanie i skutki niewykonania zobowiązań z umów wzajemnych podlegają przepisom działów poprzedzających niniejszego tytułu, o ile przepisy działu niniejszego nie stanowią inaczej", zaś art. 487 § 2: „Umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej".

Odwołujący wniósł o: a) określenie minimalnego poziomu wykorzystania zasobów, ewentualnie dodanie w formularzu cenowym pozycji zawierającej wynagrodzenie za przygotowanie i utrzymywanie w gotowości do użycia dedykowanej dla Zamawiającego infrastruktury lub pozycji zawierającej minimalne gwarantowane przez Zamawiającego miesięczne wynagrodzenie za udostępnione zasoby oraz b) wyczerpujące określenie, o jakie urządzenia (typ, ilość) oraz rozwiązania (typ, ilość) system może być rozbudowany i w jakim okresie.

Izba uznała zarzuty i żądania Odwołującego w tym zakresie za uzasadnione. Ze względu na fakt, że Zamawiający, w ramach modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 15 października 2019 r. zmienił jej treść w zakresie objętym zarzutem, określając minimalny poziom wykorzystania zasobów, a Odwołujący w odwołaniu nie określił żądanego poziomu, Izba nie odnosiła się do tego żądania. W przypadku, gdy Odwołujący wskazany 15 października poziom wykorzystania zasobów uznaje za zbyt niski, może zakwestionować nowe postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba mogła jednak odnieść się do żądania określenia wynagrodzenia za przygotowanie i utrzymywanie w gotowości do użycia dedykowanej dla Zamawiającego infrastruktury lub minimalnego gwarantowanego przez Zamawiającego miesięcznego wynagrodzenia za udostępnione zasoby. Żądanie to Izba uważa za de facto jedno żądanie i dotyczące tej samej kwestii, jedynie językowo wyrażone na dwa sposoby.

Izba żądanie to uznaje za uzasadnione.

Jak podkreślali Odwołujący i Przystępujący, zamawiana usługa ma być świadczona w oparciu o chmurę prywatną, czyli przeznaczoną tylko dla Zamawiającego, a tworzące ją serwery i macierze (oraz inny sprzęt) nie mogą być współdzielone z innymi klientami,

a dodatkowo Zamawiający ma specyficzne wymagania dotyczące parametrów - jest to kilkadziesiąt urządzeń, co do których określono indywidualne wymagania, zatem sprzęt ten trzeba zakupić specjalnie na użytek Zamawiającego.

Izba podziela stanowisko Odwołującego i Przystępujących prezentowane podczas rozprawy, że Zamawiający zamawia pewną specyficzną usługę, wymagając do jej realizacji zaangażowania zarówno kosztownego sprzętu, jak i grupy specjalistów. Izba podziela również opinię wykonawców, że - wbrew twierdzeniu Zamawiającego - nie da się tej usługi świadczyć jednocześnie jako chmury o charakterze prywatnym i publicznym, tj. równocześnie zapewniającej Zamawiającemu wyłączność korzystania ze sprzętu i możliwości chmury oraz jej natychmiastową dostępność na każde żądanie, w tym miejsca do przechowywania danych oraz jej współdzielenie z innymi podmiotami w sposób, który Zamawiający wskazał podczas rozprawy. Dodatkowo realizowanej o wyspecyfikowany przez Zamawiającego, dedykowany dla jego potrzeb sprzęt i infrastrukturę - należy w tym miejscu przyznać rację Przystępującemu: nie jest to sprzęt, który wykonawcy tak po prostu „mają" lub mogą dowolnie udostępniać innym podmiotom, gdy Zamawiający nie będzie z niego korzystał. Poza tym nawet w takim wypadku, wykonawca każdorazowo musiałby angażować co najmniej potencjał ludzki i sprzętowy, by dane zarówno Zamawiającego, jak i owych innych podmiotów dodawać, usuwać lub migrować z jednego sprzętu na inny (co należy opłacić).

Zamawiający musi więc podjąć decyzję, jaką w rzeczywistości usługę chce zamówić - zapewnienia chmury prywatnej, opartej o zakupiony na jego żądanie sprzęt, spełniającej jego indywidualne wymagania i dostępnej na każde jego żądanie, czy też współdzielonej z innymi podmiotami. Zamawiający może więc zmienić opis przedmiotu zamówienia i warunki umowy dostosowując je do charakteru chmury publicznej lub zmieniając wymogi co do ciągłego

dostępu do usługi.

Jeśli jednak Zamawiający zdecydował się - jak wynika z nazwy nadanej postępowaniu i opisu przedmiotu zamówienia - na chmurę prywatną z dostępem do jej zasobów na każde żądanie, musi zdecydować się również na konsekwencje takiej usługi. Oczywiste jest, ze Zamawiający pragnie ponosić jak najmniejsze koszty usługi i nie płacić za gotowość sprzętu i personelu do wykonywania usługi. Wykonawcy jednak wykonują swoją działalność w celach

zarobkowych, a planowana umowa ma charakter umowy wzajemnej. Jak wynika

z przywołanego art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego cechą umowy wzajemnej jest to, że obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej. Zamawiający, w zamian za otrzymaną usługę jest zobowiązany do zapłaty i zapłata ta powinna być ekwiwalentna. Wykonawcy, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego muszą zapewnić sprzęt, infrastrukturę oraz personel do wykonania zamówienia, a żeby wykonywać je prawidłowo, muszą też utrzymywać gotowość do jej świadczenia. W związku z tym ponoszą koszty, które muszą im się zwrócić w ramach wynagrodzenia otrzymywanego z umowy i które muszą wycenić w ofercie - zatem muszą mieć w tym celu odpowiednie dane.

Podobnie, jeśli chodzi o określenie, o jakie urządzenia (typ, ilość) oraz rozwiązania (typ, ilość) system może być rozbudowany i w jakim okresie. Również ten wymóg związany jest potencjalnie z poniesieniem przez wykonawcę znacznych kosztów i powinien być możliwy do skalkulowania już na etapie oferty. Jeśli Zamawiający nie jest w stanie obecnie wskazać takich danych, dysponuje innymi narzędziami, jak np. określenie w umowie zasad ustalania dodatkowego wynagrodzenia, prawo opcji, zamówienia uzupełniające itd.

Zakresem odwołania nie został objęty sposób dokonywania powyższych wskazań, zatem Izba nie odnosiła się do tej kwestii, pozostawiając Zamawiającemu swobodę w tym zakresie. Przy tym określenie ww. wynagrodzenia nie musi polegać na wskazaniu konkretnej kwoty lub wartości procentowej - można je określić przez wskazanie podstaw do jego ustalenia (por. art. 536 § 1 Kodeksu cywilnego). Nie musi być też dokonane przez Zamawiającego, lecz może być przez wykonawcę w ofercie lub częściowo przez każdy z tych podmiotów (ale uwaga: w takim przypadku należy też dostosować kryterium ceny, aby otrzymać oferty porównywalne). Izba podkreśla jednocześnie, że świadczenia stron umowy powinny być ekwiwalentne, zaś specyfikacja istotnych warunków zamówienia sformułowana w taki sposób, by zapewnić możliwość złożenia ofert porównywalnych między sobą.

W zakresie zarzutów dotyczących testu kompetencji w ramach kryterium oceny ofert „Kwalifikacje proponowanego zespołu” oraz wymiany członków zespołu w trakcie realizacji umowy: Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 9 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez

ustanowienie w ww. kryterium oceny ofert sposobu oceny ofert na podstawie testu kompetencji pisanego przez poszczególnych członków zespołu wykonawcy po otwarciu ofert, a także wskazanie, iż nieuzyskanie przez każdą z osób minimalnego poziomu punktów będzie skutkowało odrzuceniem oferty, a w konsekwencji również uzależnienie możliwości zmiany personelu, w trakcie realizacji umowy, od pozytywnego wyniku testu i obciążenie wykonawcy karami umownymi za przypadki niezaliczenia testu przez osoby proponowane na zamianę oraz wniósł o:

a. wykreślenie kryterium oceny ofert polegającego na ocenie kwalifikacji zespołu na podstawie pisemnych testów kompetencji pisanych przez poszczególne osoby,

b. wykreślenie z IPU postanowień dotyczących możliwości zmiany personelu po zaliczeniu testu i wykreślenie kar umownych za każdy przypadek niezaliczenia testu przez poszczególne

osoby, ewentualnie

c. wykreślenie postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którym nieuzyskanie określonej liczby punktów w tym kryterium spowoduje odrzucenie oferty.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej (art. 9 ust. 1

ustawy Prawo zamówień publicznych).

Art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 art. 87, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniemart. 87 ust. 2 pkt 3, z którego wynika, iż zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Z kolei art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na wstępie należy zauważyć, że przedmiotem zarzutu - jak też jego uwzględnienia przez Izbę - nie jest sam fakt, że Zamawiający zamierza przeprowadzić sprawdzian kompetencji osób proponowanych do pełnienia określonych funkcji podczas realizacji umowy - możliwość przeprowadzenia takich sprawdzianów została już potwierdzona w orzecznictwie. Natomiast istotne jest, w jaki sposób Zamawiający zamierza taki sprawdzian przeprowadzić. Nie jest bowiem tak, jak twierdzi Zamawiający, że sama możliwość ustanowienia danego rodzaju kryterium automatycznie powoduje, że kryterium to w danym przypadku zostało sformułowane w sposób prawidłowy. Instytucja ustanawiania kryteriów oceny ofert została przewidziana w celu dokonania wyboru oferty, która będzie najkorzystniejsza. Zatem kryteria powinny zostać ustalone w taki sposób, by prowadzić do wyboru oferty, która w danych warunkach rzeczywiście będzie najkorzystniejsza. Dla osiągnięcia tego celu Zamawiający musi przewidzieć adekwatne narzędzia. A także - zgodnie z wymogami formalnymi prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia - musi je odpowiednio opisać. Po pierwsze tak, aby wykonawcy jeszcze przed złożeniem ofert byli w stanie zapoznać się z oczekiwaniami Zamawiającego w tym zakresie (np. po to, by odpowiednio dobrać i wskazać personel - łącznie z tym, że mogą to być osoby niekoniecznie potrafiące rozwiązywać problemy w praktyce, lecz biegłe w zdawaniu testów). Po drugie, by jasny był sposób jego przeprowadzenia i oceny oraz możliwa weryfikacja przez wykonawców dokonanych ocen. Po trzecie zaś, by sam sprawdzian wiedzy i doświadczenia personelu rzeczywiście był powiązany z realnymi warunkami prawidłowej realizacji zamówienia.

Jak wskazał sam Zamawiający - nie posiada on urządzeń i warunków, by przeprowadzić sprawdzian praktyczny, więc sprawdzenie musi być na poziomie ogólności, ponieważ różni wykonawcy mogą zaoferować różny sprzęt i sprawdzane osoby mogą posiadać wiedzę w zakresie tego oferowanego sprzętu. Pozostaje jednak pytanie, co w takim razie realnie może sprawdzić proponowany przez Zamawiającego test.

W ocenie Izby dla prawidłowej realizacji przedmiotowego zamówienia wymagana jest nie tyle posiadana wiedza teoretyczna, co umiejętność nie tylko identyfikowania, lecz przede wszystkim rozwiązywania problemów przez zespół specjalistów. Natomiast - jak, zdaniem Izby, wynika z samej przewidzianej formy sprawdzianu (test wyboru) oraz przykładowych pytań testowych podanych w odpowiedzi na odwołanie - zaproponowany sposób oceny kwalifikacji osób nie prowadzi do mierzalnej i adekwatnej oceny rzeczywistych umiejętności proponowanych osób i oceny jakości ich przyszłych działań. W ocenie Izby umiejętności, którymi muszą wykazać się osoby w trakcie realizacji umowy, są głównie praktyczne, natomiast test (jak wynika z przykładowych pytań) jedynie teoretyczny.

W ocenie Izby, jeśli Zamawiający - jak sam wskazał - nie ma rzeczywistej możliwości sprawdzenia kompetencji proponowanych osób, to kryterium to w ogóle staje się bezprzedmiotowe.

Nie jest też adekwatną „próbką" jakości przyszłej usługi - z tego też powodu nie może również stanowić podstawy do odrzucenia oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Należy tu bowiem przyznać rację Odwołującemu, że próbka to coś, co można porównać z wymaganiami i co jest powtarzalne (tzn. można porównać próbkę z przedmiotem lub świadczeniem otrzymanym), natomiast jeśli test jest na poziomie ogólnym, to nie sprawdza wiedzy eksperckiej i praktycznej ani nie odpowiada praktyce działania administratora. Zatem rzeczywiście, w tym wypadku trudno uznać planowany test za treść oferty, czy też wskazywać na niezgodność owej „próbki" ze specyfikacją istotnych warunków

zamówienia, ponieważ nie wiadomo, w jaki sposób ją z wymaganiami jakościowymi co do usługi zawartymi w specyfikacji porównać.

W związku z tym, że, jak wskazano powyżej, samo kryterium oceny ofert w postaci oceny kwalifikacji zespołu proponowanego do realizacji zamówienia, jak też przeprowadzenie sprawdzianu jego wiedzy na etapie badania ofert, nie jest niedozwolone, Izba nie nakazała wykreślenia przedmiotowego kryterium. Uznała jednak, że kryterium to musi być prawidłowo sformułowane. Izba zwraca tu uwagę, że wskazywane jako przykłady „sprawdziany" prowadzone przez innych zamawiających, a zaakceptowane przez Izbę, co do zasady polegały na rozwiązaniu konkretnego problemu i temu służyło np. sporządzenie opinii prawnej lub technicznej na dany temat - przy tym na tym miała polegać przyszła praca sprawdzanych osób, np. doradców.

Podobnie, jeśli chodzi o osoby, na które wykonawca chciałby w trakcie realizacji umowy wymienić zaakceptowany personel. Osoby te powinny mieć kwalifikacje co najmniej równe osobom, które zastępują. Jednak kwalifikacje te powinny być sprawdzone w sposób adekwatny do zadań, które mają wykonywać.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że Zamawiający powinien dokonać zmiany postanowienia dotyczącego kryterium oceny ofert polegającego na ocenie kwalifikacji zespołu na podstawie pisemnych testów kompetencji pisanych przez poszczególne osoby przez jego usunięcie lub taką modyfikację, która będzie powodowała adekwatność sposobu oceny oraz samej dokonanej oceny wiedzy i doświadczenia personelu wykonawcy przeznaczonego do realizacji zamówienia do realnych warunków jego prawidłowej realizacji wraz z opisaniem sposobu przeprowadzenia tego testu, a także usunięcie postanowienia, zgodnie z którym nieuzyskanie określonej liczby punktów w kryterium spowoduje odrzucenie oferty, a w konsekwencji - także zmiany istotnych postanowień umowy w zakresie postanowień dotyczących możliwości zmiany personelu w sposób skorelowany z ww. postanowieniem.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając wpis w wysokości 15.000 złotych oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600 złotych.

Przewodniczący: .....