Sygn. akt: KIO 2814/21

WYROK

z dnia 13 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2021 r. przez wykonawcę VESCOM Sp. z o.o. Sp. k., ul. Cebertowicza 52, 91-164 Łódź,

w postępowaniu prowadzonym przez Politechnikę Wrocławską w Wrocławiu przy udziale wykonawcy Bcoders S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę VESCOM Sp. z o.o. Sp. k., ul. Cebertowicza 52, 91-164 Łódź i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

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

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 2814/21

Uzasadnienie

Zamawiający: Politechnika Wrocławska we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: Zakup serwera plików wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Znak sprawy: SZP/242-155/2021. Ogłoszenie o opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE nr 2021/S 177-460638 z dnia 13.09.2021r. SWZ zamieszczono na stronie internetowej w dniu 13.09.2021 r.

Odwołujący : Vescom spółka z o. o. sp.k. z siedzibą w Łodzi wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

1) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający i uniemożliwiający uczciwą konkurencję poprzez sformułowanie nieuzasadnionych wymagań eliminujących wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia z udziału w postępowaniu;

2) ustalenie naruszających ustawę postanowień projektu umowy;

3) ustalenie ceny jako jedynego kryterium oceny ofert;

4) nadanie postępowaniu nieprawidłowej nazwy skutkiem czego może być nieprawidłowa kwalifikacja odnośnie zastosowania preferencyjnej stawki podatku VAT.

Odwołujący stawia Zamawiającemu zarzuty naruszenia:

1) art. 99 ust. 4 ustawy pzp przez opisanie zamówienia w sposób naruszający i uniemożliwiający uczciwą konkurencję tj. sformułowanie nieuzasadnionych wymagań, które wskazane zostały w uzasadnieniu odwołania, eliminujących wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia z udziału w postępowaniu;

2) art. 433 ustawy pzp przez brak określenia, czy zamawiający będzie stosował ograniczenia zakresu zamówienia, a także ewentualny brak określenia poziomu tego ograniczenia;

3) art. 246 ust. 1 ustawy pzp przez ustalenie ceny jako jedynego kryterium oceny ofert;

4) art. 99 ust. 3 ustawy pzp w zw. z art. 43 ust. 9 w zw. z art. 83 ust. 1 pkt 26a, ust. 13 i 15 Ustawy o podatku od towarów i usług poprzez nadanie zamówieniu takiej nazwy, która potencjalnie może wywołać błąd co do obowiązującej stawki podatku VAT.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmian dokumentów zamówienia, w tym w szczególności ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji warunków zamówienia, stosownie do propozycji zawartych w treści uzasadnienia.

Wskazał, iż opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 3 do swz, zamawiający zawarł wymagania, naruszające wskazany przepis.

Podtrzymując zarzuty odwołania, które nie zostały uwzględnione przez zamawiającego, wskazał, że zamawiający określił wymaganie, które stanowią ograniczenie uniemożliwiające odwołującemu złożenie oferty na bazie rozwiązań oferowanych przez innych producentów macierzy.

W części „Serwer plików — 2 szt.” w pozycji 10 zamawiający określił wymagania dla obsługiwanych typów zabezpieczenia RAID. Wymóg o treści: „Dodatkowo wymagana konfiguracja RAID, która pozwoli tolerować jednoczesną awarię 3 dysków bez utraty danych” jest odzwierciedleniem funkcjonalności macierzy dyskowej Huwaei OceanStore Dorado, która jako jedyna spełnia wyżej postawione wymaganie wraz z pozostałymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Dodatkowo Zamawiający wymaga funkcjonalności RAID 6, która obecnie jest uznawana za najbezpieczniejszą metodę zabezpieczenia danych na macierzach dyskowych. Sytuacja, w której równoczesnej awarii ulegną 2 dyski jest niezwykle mało prawdopodobna, a prawdopodobieństwo równoczesnej awarii 3 dysków jest tan bliskie zeru, że w zasadzie pomijalne. Używanie technologii RAID-TP w odczuwalny sposób zmniejsza użyteczną przestrzeń dyskową (zachowanie dodatkowych kopii parzystości). Dodatkowo szereg technologii, w tym monitorowanie stanu dysków z poziomu oprogramowania macierzy, gwarantuje dodatkowe zabezpieczenia w zakresie równoczesnej awarii dysków.

Przedmiotowe ograniczenie uniemożliwia odwołującemu złożenie oferty na bazie rozwiązań oferowanych przez innych producentów macierzy. Odwołujący wnosi zatem o nakazanie zamawiającemu zmiany wymagania na następujące: „Dodatkowo wymagana konfiguracja RAID, która pozwoli tolerować jednoczesną awarię 2 dysków bez utraty danych”.

Odnośnie naruszenia art. 99 ust. 3 ustawy pzp w zw. z art. 43 ust. 9 w zw. z art. 83 ust. 1 pkt 26a, ust. 13 i 15 Ustawy o podatku od towarów i usług odwołujący wskazał, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia posłużył się nazwą „Zakup serwera plików” wprost nawiązującą do użytego przez zamawiającego kodu CPV: 48823000-3 służącego do oznaczenia przedmiotu zamówienia w postaci serwera. Jednakże w opisie przedmiotu zamówienia posługuje się terminem macierz dyskowa, a także opis ten jednoznacznie wskazuje na to, iż przedmiotem zamówienia nie jest serwer, lecz macierz. Kwestia ta ma zasadnicze, podatkowe znaczenie dla wykonawców, którzy wezmą udział w postępowaniu. Macierze dyskowe posiadają swój własny kod CPV tj. 30233000- I (Urządzenia do

przechowywania i odczytu danych). Następnie zaznaczyć należy, iż zgodnie z art. 83 ust. 13 Ustawy o podatku od towarów i usług, preferencyjną stawką podatku mogą być opodatkowane wyłącznie towary wskazane w załączniku nr 8 do ustaw. Załącznik ten na poz. I jako zakwalifikowane do potencjalnego zastosowania stawki „0%" kwalifikuje "łącznie: jednostki centralne komputerów, serwery, monitory, zestawy komputerów stacjonarnych",. a zatem nie "mienia urządzeń do przechowywania i odczytu danych jakimi są macierze dyskowe. Odwołujący zwraca uwagę na postanowienia rozdziału XI SWZ, w którym w ust. 10 zamawiający informuje, że wystąpi do Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego z pismem o zastosowanie preferencyjnej stawki podatku VAT 0%" Wystąpienie takie oparte będzie na informacji, iż przedmiotem zamówienia są serwery plików, a nie macierze, a w konsekwencji Ministerstwo może wyrazić zgodę na zastosowanie stawki preferencyjnej. W takim jednak przypadku wykonawcy narażeni będą na negatywne skutki ewentualnej kontroli podatkowej w zakresie podatku VAT albowiem ewidentnie zastosowanie stawki preferencyjnej w odniesieniu do przedmiotu zamówienia nie znajduje ustawowego uzasadnienia. Odwołujący podnosi, iż stosownie do § 5 ust. 4 i 5 projektu umowy, w przypadku, gdy zamawiający uzyska zgodę na zastosowanie stawki preferencyjnej, wyłoniony wykonawca zostanie zobligowany do zastosowania stawki „0%" która nie będzie prawidłowa.

Odwołujący wnosi o nakazanie zmiany nazwy zamówienia na „Zakup macierzy dyskowych" w dokumentach zamówienia, w tym w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ; zmiany kodu CPV na 30233000-1 (Urządzenia do przechowywania i odczytu danych) w dokumentach zamówienia, w tym w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ; wykreślenia ust. 10 w rozdziale XI SWZ; wykreślenia ust. 4 i 5 w 5 projektu umowy. Odwołujący podnosi dodatkowo, iż w dniu 17.08.2021 upłynął termin składania ofert w postępowaniu na dostawę serwera plików dla Politechniki Wrocławskiej (nr postępowania SZP/242-119/2021). W postępowaniu wpłynęła jedna oferta firmy Suntar Sp. z o.o. na kwotę 1 403 430,00 zł brutto. Zamawiający przeznaczył na realizacje kwotę 1 150 000,00 zł. Z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający zamierza skorzystać z 0% stawki VAT. Tym samym wartość oferty Suntar z zastosowaniem 0% stawki VAT wynosić będzie 1 141 000 zł. Powyższe wskazuje, że zapisy SWZ (tożsame w ogromnej większości z zapisami OPZ przedmiotowego postępowania) doprowadziły do ograniczenia konkurencji czego dowodem jest złożona jedna oferta, której wartość jest niższa zaledwie o 9000,00 zł od kwoty przeznaczonej. Powyższe najdobitniej pokazuje jakie mogą być skutki ograniczania konkurencji w postępowaniach publicznych prowadzonych w oparciu o ustawę Prawo zamówień publicznych.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie KIO 2814/21 dokonał Bcoders S.A. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający w złożonym piśmie uwzględnił w części zarzuty odwołania Vescom sp. z o.o. sp.k. deklarując zmianę postanowień swz w zakresie CPU „Wydajność", wymaganej przestrzeni dyskowej oraz w zakresie Interfejsów.

Natomiast nie uwzględnił odwołania w zakresie Obsługiwane typy zabezpieczenia RAID. Taka funkcjonalność w jego ocenie wynika z bezpieczeństwa przetwarzanych i przechowywanych danych w Politechnice Wrocławskiej.

Zamawiający nie uwzględnił także żądania w zakresie zmiany nazwy postępowania i zastosowanego kodu CPV. W niniejszym przetargu zamawia serwer plików, dla którego integralną infrastrukturą jest macierz. Bez macierzy serwer plików nie będzie miał możliwości udostępniania plików.

Ponadto nie uwzględnił odwołania w zakresie wykreślenia z SWZ oraz wzoru umowy możliwości wystąpienia do Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego, na etapie realizacji zamówienia, o zastosowanie preferencyjnej stawki podatku VAT. Zamawiający nie przesądza na etapie składania ofert o zastosowaniu stawki podatku VAT o wartości 0%. Wykonawcy składając oferty w postępowaniu zobowiązani są do wyliczenia ceny z 23 % podatkiem VAT. Zastosowanie preferencyjnej stawi podatku rozstrzygnięte zostanie dopiero na etapie realizacji zamówienia po uzyskaniu decyzji w tej sprawie.

Dostarczony serwer może pełnić swoje funkcje (udostępnianie plików) tylko z wykorzystaniem macierzy z dyskami. Taka interpretacja znajduje odzwierciedlenie w interpretacji Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 10 czerwca 2015 r. (sygn. akt IPPP2/4512-171/15-4/AO)

stawki-podatku-od-184822600 ?unitId—

Jasno zostaje wskazane, iż serwer wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą dającą sumarycznie żądaną funkcjonalność może być objęty 0% VAT.

W toku rozprawy strony i uczestnik postępowania odwoławczego złożyli oświadczenia:

Odwołujący podtrzymał zarzuty odwołania, które nie zostały uwzględnione. Wskazał na główne firmy na rynku macierzy, w tym udział producenta Dell. Składa dokumenty ze wskazaniem innych postępowań, gdzie zamawiający wymagają znaczącego poziomu zabezpieczeń, jednakże odmiennie niż zamawiający obecny. Zauważa przy tym, wskazując na złożone dokumenty, że Centrum Informatyki Resortu Finansów w wyniku zapytań wykonawców uznało za właściwy poziom zabezpieczeń taki jak sugeruje się w odwołaniu. Rozwiązania żądane przez zamawiającego uznaje za unikatowe i zbędne. Wskazuje na złożone opracowanie z Internetu opisujące optymalne poziomy ryzyka w macierzach dyskowych i prawdopodobieństwo uszkodzenia jednoczesnego trzech dysków, które jest tak znikome, że w istocie pomijalne. Zauważa nadto, że nawet w wyniku awarii trzech dysków zamawiający nie traci danych wobec ich bieżącego replikowania.

Wskazuje, że w ocenie sposobu opodatkowania przedmiotu zamówienia znaczenie istotne ma rzeczywisty przedmiot i jego konsekwentnie używana nazwa w tym postępowaniu.

Przystępujący poparł stanowisko odwołującego, w tym co do udziału firm w rynku produktów. Złożył wykres prezentujący udział firm w przedmiotowym rynku, także dwie specyfikacje NBP z określonymi, uzasadnionymi poziomami bezpieczeństwa na wypadek awarii dysków w zakresie analogicznym do pożądanego przez uczestników. Stwierdził, że obecny OPZ prowadzi do zamiaru uzyskania konkretnego rozwiązania firmy Huawei. Na powyższe wskazał także poprzednie postępowanie zamawiającego z lipca 2021 r. (otwarcie ofert 17 sierpnia). W tym świetle wynik obecnego postępowania ocenia jako przewidywalny. Wskazał na fragment specyfikacji z zaznaczeniem wymogu replikacji danych, co oznacza zwiększony zakres zabezpieczenia przy dwóch serwerach plików w odróżnieniu od wspomnianego poprzedniego postępowania, gdzie dokonywano zakupu jednego serwera. Złożył oświadczenie firmy Dell z 8 października o uzasadnionym poziomie bezpieczeństwa danych. Wskazał w szczególności na tiret 2 i 4, gdzie mowa jest o jednoczesnej awarii oraz replikacji jako elementu bezpieczeństwa.

Odwołujący złożył pismo procesowe i wniósł o przeprowadzenie dowodów na wskazane okoliczności.

A. Pozycja rynkowa marki Dell - dowód z zrzutu ekranu ze strony: , z którego wynika, iż rynek macierzy dyskowych typu all-flash zdominowany jest przez pięciu największych producentów tj. Dell Inc., Hewlett Packard, NetApp, IBM i Western Digital. Jednocześnie z zestawienia i źródła wynika, że sam Dell ze swoimi rozwiązaniami reprezentuje ok 34% rynkowego udziału.

Odwołujący chciałby zaoferować Zamawiającemu w przedmiotowym postępowaniu macierze produkcji Dell, jednakże z uwagi na pozostający wymóg dotyczący konfiguracji RAID pozwalającej tolerować jednoczesną awarię trzech dysków złożenie takiej oferty nie jest możliwe.

B. Rozwiązania wymagane przez innych zamawiających. W podobnych postępowaniach, które dotyczyły tożsamych przedmiotów zamówienia zamawiający wybierali bez wątpienia rozwiązania bezpieczne, nie naruszając przy tym reguł zachowania uczciwej konkurencji i dopuszczając do udziału w postępowaniu wszystkich wykonawców, którzy zdolni byli do wykonania zamówienia. Na potwierdzenie tej okoliczności Odwołujący składa wyciągi z dokumentów zamówienia, obowiązujących w innych postępowaniach:

- postępowanie w Centrum Informatyki Resortu Finansów „Zakup macierzy All Flash wraz z dwoma przełącznikami sieci SAN Fibre Channel i niezbędnymi licencjami, wdrożeniem, przeszkoleniem personelu Zamawiającego oraz udzieleniem gwarancji producenta na okres minimum 59 miesięcy”.

- postępowanie w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych „Dostawa i wdrożenie macierzy dyskowych dla platformy Mainframe oraz świadczenie usług serwisu przez maks. 72 miesiące”
postępowanie NASK Państwowy Instytut Badawczy pn. „Rozbudowa środowisk teleinformatycznych Zamawiającego o nowe serwery i macierze (3 części)".

C. Pozostali producenci na rynku macierzy

Analiza rozwiązań znaczących producentów na rynku macierzy prowadzi do wniosku, że nie oferują oni na chwile obecną poziomu zabezpieczenia wymaganego przez Zamawiającego.

Na potwierdzenie tej okoliczności Odwołujący wnosi o przeprowadzenie dowodu z specyfikacji technicznych dla urządzeń: 9200 produkcji IBM; Alletra 6000 produkcji Hewlett Packard;

Virtual Storage Platform E Series produkcji Hitachi; Virtual Storage Platform F Series produkcji Hitachi; Virtual Storage Platform G Series produkcji Hitachi; Virtual Storage Platform 5000 Series produkcji Hitachi; EF600 produkcji NetApp.

Powyższe specyfikacje wskazują na to, ich główni producenci rozwiązań macierzowych oferują różnego rodzaju poziomy zabezpieczeń RAID, ale najczęściej występującymi są: RAID 1, 5 i 6. Odstępstwo od tej zasady wykazuje system Alletra produkcji Hewlett Packard, który co prawda oferuje poziom zabezpieczenia wymagany przez Zamawiającego (triple + parity), jednakie nie spełnia wymagania w zakresie możliwości konfiguracji RAID 6, a zatem również nie może zostać zaoferowany w przedmiotowym postepowaniu.

D. Prawdopodobieństwo wystąpienia zagrożenia awarii 3 dysków

Odwołujący składa opracowanie dr K.K. z Instytutu Transportu i Handlu Morskiego na wydziale ekonomicznym Uniwersytetu Gdańskiego pt. „Optymalny ekonomicznie poziom ryzyka w macierzach dyskowych RAID". Niezalenie od tego, że zawiera on przydatne informacje w zakresie poziom6w bezpieczeństwa poszczególnych konfiguracji RAID, w tabeli 2 na str. 832 przedstawione zostały dane dotyczące prawdopodobieństwa awarii w poszczególnych poziomach RAID. W odniesieniu do poziomu wymaganego przez Zamawiającego tj. RAID 6 prawdopodobieństwo awarii macierzy, czyli wystąpienia jednoczesnego uszkodzenia trzech dysków wynosi 0,001332% (sic!). Należy podkreślić, iż przy poziomie RAID 6 macierz jest odporna na jednoczesne uszkodzenie 2 dysków.

E. Poziom bezpieczeństwa w rozwiązaniach RAID 6.

Odwołujący podnosi, iż każdy z producentów ma swoje własne rozwiązania, które zapewniają bezpieczeństwo danych składanych w macierzy. W żywotnym interesie dostawców takich rozwiązań leży taka konfiguracja systemu, aby dane były bezpieczne i w jak najmniejszym stopniu narażone były na utratę. Brak dbałości o stosowny poziom zabezpieczeń bez wątpienia przełożyłby się na utratę zaufania po stronie potencjalnych nabywców i tym samym na porażkę rynkową. Można powiedzieć, że producenci są w równym stopniu, jeśli nie w większym, zainteresowani ochroną danych swoich klientów, jak oni sami.

Z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że niezależnie od zabezpieczenia danych na poziomie pojedynczej macierzy Zamawiający ma zamiar korzystać z funkcjonalności replikacji pomiędzy dwiema zamawianymi sztukami macierzy. Zatem nawet w przypadku gdyby doszło do tego wielce nieprawdopodobnego zdarzenia, jakim jest awaria równoczesna trzech dysków, Zamawiający mógłby nadal w sposób niezakłócony prowadzić operacje na danych zreplikowanych na drugiej macierzy na czas naprawy macierzy podstawowej.

Mając na uwadze przedstawione dowody stwierdzić należy, iż już samo zabezpieczenie RAID poziomu 6 daje Zamawiający niezwykle wysoki poziom bezpieczeństwa. Aby doszło bowiem do awarii macierzy uszkodzeniu musiałaby ulec większa liczba dysków niż 2 i to w czasie krótszym niż 280 min. albowiem taki jest najdłuższy czas (jeśli chodzi o macierze Dell), w którym dane na uszkodzonym dysku są odbudowywane z zasobów lokalnych hot-spare. Załączono dokumenty.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie podtrzymanych zarzutów. Podtrzymał stanowisko przedstawione w złożonym piśmie. Zauważył, że w złożonym zestawieniu firm nie wykazano największego producenta macierzy - EMC. Zauważył, że Politechnika w odróżnieniu od takich podmiotów jak NBP dysponuje kilkoma serwerowniami, użytkuje urządzenia najnowszych technologii i oczekuje rozwiązań, które można nazwać przyszłościowymi. Zauważył, że Huawei to nie jest jedyny producent rozwiązań spełanijących kwestionowane wymogi. Stwierdził, że poziom bezpieczeństwa wymagany jest także ze względu na wykonywanie szeregu prac objętych klauzulą ściśle tajne. Ocenia, że ryzyko awarii, w tym trzech dysków jednocześnie, w rzeczywistości może wystąpić i w tym celu zamierza temu zapobiec. Jako placówka naukowa ma podwyższone potrzeby w stosunku do podmiotów biznesowych. Wskazał, że przedmiotem wykonywanych prac są różne testy, w tym np. dotyczące awaryjności urządzeń. Szerokie spektrum urządzeń jest niezbędne także w zakresie edukacji i przygotowania studentów do działalności profesjonalnej w branży. Stwierdził, że w ostatnich dniach podmiot WASKO składał zapytania dotyczące postępowania, przy czym nie kwestionował wymogu, który jest przedmiotem sporu. Podtrzymał stanowisko z pisma dotyczące stawki podatku, która określił jako podstawową, wskazując na ewentualne późniejsze zdarzenia po terminie składania ofert.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający nie przedstawił dowodów na poparcie stanowiska. Sugerowane w odwołaniu rozwiązanie jest powszechnie stosowane przez poważnych użytkowników, natomiast rozwiązanie z OPZ narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Przystępujący stwierdził, że firma EMC obecnie nie istnieje, jest częścią firmy Dell (od 2015 r.). Wskazał, że inni użytkownicy wskazani w toku postępowania to znaczące podmioty, które jak np. NBP dysponują kilkunastoma serwerowniami, NASK jako instytut badawczy dysponuje najwyższymi technologiami. Wskazał na brak dowodów na zachowanie konkurencyjności w dokonanym opisie. Przypomniał ostatnie zdanie oświadczenia Dell, iż jedynym produktem po modyfikacji nadal jest macierz Huawei.

Zamawiający wskazał, że oczekiwania nie są spełniane tylko przez produkt jaki wskazują odwołujący i przystępujący. Jako przykład podaje rozwiązanie firmy NetApp o nazwie AFF800. Podkreślił swoje szczególne wymogi jako jednostki naukowo-badawczej.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i przystępującego, biorąc pod uwagę treść dokumentacji postępowania prowadzonego przez zamawiającego oraz uwzględniając stanowiska uczestników przedstawione do protokołu oraz na piśmie wraz z przedstawionymi dokumentami zaliczonymi w poczet dowodów, ustaliła i zważyła, co następuje.

Jako sporne w sprawie pozostały kwestie wymogu zamawiającego w zakresie typu zabezpieczenia RAID oraz sposobu kalkulacji ceny z uwzględnieniem stawki podatku od towarów i usług będącej następstwem określenia przedmiotu zamówienia i nazwy przedmiotu zamówienia.

Izba uzna uznaje za udowodnioną okoliczność, że na rynku macierzy wiodące są firmy oferujące w ramach systemów zabezpieczeń funkcjonalności zapewniające bezpieczeństwo na wysokim poziomie, bez potrzeby sprostania wymogom zamawiającego, które są w stosunku do rynku zamawiających zarówno publicznych, jak i biznesowych, nadmierne. Istotnie, rozwiązania żądane przez zamawiającego w świetle przedstawionych przykładów, są unikatowe. Także rynek producentów i dostawców wskazuje, że uwzględnienie oczekiwań zamawiającego w znacznym zakresie utrudnić może wykonawcom realny dostęp do przedmiotowego zamówienia. Izba uznała za potwierdzone, że na opisanym rynku występują dwa produkty odpowiadające parametrom opisu przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji co najmniej, bez wskazania liczby potencjalnych dostawców - wykonawców, realne jest uzyskanie przez zamawiającego ofert konkurencyjnych, jakkolwiek przy znacząco zmniejszonym obszarze rynku. W tym miejscu należy przypomnieć, ze opis przedmiotu zamówienia, z zastrzeżeniem zasad zamówień publicznych, sporządza zamawiający, kierując się swoimi uzasadnionymi potrzebami. Potrzeby zamawiającego z natury rzeczy nie muszą się pokrywać z możliwościami zainteresowanych wykonawców funkcjonujących na rynku produktów odpowiadających przedmiotowi zamówienia.

W sprawie rozpatrywanej istotnie zamawiający określił poziom zabezpieczeń wyjątkowy i rzadko stosowany w branży. Jak wynika z wiarygodnego oświadczenia zamawiającego, zakres jego potrzeb jest znacząco szeroki i polega zarówno na obsłudze szeregu podmiotów różnego rodzaju jak i mieć należy na uwadze, że przedmiotem jego statutowej działalności jest prowadzenie działalności edukacyjnej oraz naukowej wymagających użytkowania rozwiązań w wielu aspektach niekiedy nieprzewidywalnych, mając na uwadze przyszły rozwój technologii. W konsekwencji szerokiego spectrum działań, za dopuszczalne powinno być formułowane szczególne oczekiwanie dla przedmiotu zamówienia, w tym jego parametrów.

W zakresie żądania zmiany nazwy postępowania i zastosowanego kodu CPV skład orzekający podziela stanowisko zamawiającego, że zamawia on serwer plików, dla którego integralną infrastrukturą jest macierz. Zamawiający nie przesądził na etapie składania ofert o zastosowaniu stawki podatku VAT o wartości 0%. Wykonawcy składając oferty w postępowaniu zobowiązani są do wyliczenia ceny z 23 % podatkiem VAT. Zastosowanie preferencyjnej stawki podatku może zostać rozstrzygnięte na etapie realizacji zamówienia.

Natomiast na etapie przygotowania i składania ofert jednolita stawka przy kalkulacji ceny zapewni równość wykonawców i zapobiegnie ewentualnym incydentom w postaci błędu w obliczeniu ceny.

Z powyższego wynika, że Izba uznała obydwa wskazane zarzuty za niezasadne, a tym samym nie stwierdzono naruszenia przez zamawiające przepisów ustawy przedstawionych

w odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r, poz. 1129 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: .....