

WYROK

z dnia 30 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 19 i 25 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2021 r. przez wykonawcę Atman Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu

prowadzonym przez Ośrodek Przetwarzania Informacji - Państwowy Instytut Badawczy

w Warszawie

przy udziale wykonawcy INFOMEX sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu, zgłaszającego

przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawcę Atman Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Atman Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.2. zasądza od odwołującego wykonawcy Atman sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Ośrodek Przetwarzania Informacji - Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą zwrot kosztów postępowania odwoławczego.

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

Sygn. akt: KIO 3248/21

Uzasadnienie

Ośrodek Przetwarzania Informacji - Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. poz. 2021, poz. 1129), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług obliczeniowych opartych na wysokowydajnych serwerach wraz z usługą zapewniającą ciągłość pracy infrastruktury sprzętowo-systemowej oraz opieki technicznej i serwisowej”, numer referencyjny: usługa obliczeniowa-80-2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 6 kwietnia 2021 r. pod numerem 2021/S 066-171631

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 2 listopada 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Atman Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 226 ust.1 pkt 7), art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Infomex sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu [dalej Infomex] jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu Zamówienia i zaniechanie odrzucenia oferty Infomex jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. poprzez uznanie, że złożone przez tego wykonawcę dnia 28 czerwca 2021 r. wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny i kosztu wraz z dowodami uzasadniają zaoferowaną przez wykonawcę Infomex w ofercie cenę i koszt [Zarzut #1]

2) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Infomex jako niezgodnej z warunkami Zamówienia (SWZ), w zakresie braku spełnienia przez wykonawcę Infomex wymagania wskazanego:

1. w pkt 3.5. lit a. i lit. b Załącznik nr 1 do SWZ, tj. braku zaoferowania rozwiązania opartego na macierzy dyskowej z dyskami w technologii SSD o sumarycznej pojemności min. netto 80TB w RAID 6 z interfejsem Infiniband w zakresie opisanym w uzasadnieniu odwołania,

2. pkt 15 Załącznik nr 1 do SWZ „Czasy reakcji: Wykonawca zapewni wsparcie techniczne w dni robocze w godzinach 8:00-16:00, z uwzględnieniem następujących czasów reakcji na zgłoszenie: a) 4 godziny diagnostyka problemu, 48 godzin wymiana lub naprawa wadliwego sprzętu w przypadku otrzymania zgłoszenia w godzinach pracy (dni robocze, od godz. 8:00 do godz. 16:00); b) 4 godziny diagnostyka problemu, 48 godzin wymiana lub naprawa wadliwego

sprzętu licząc od godziny 8:00 w najbliższym dniu roboczym w przypadku otrzymania zgłoszenia poza godzinami pracy” w związku z brakiem zaoferowania wsparcia producenta na odpowiednim poziomie zgodnym z SWZ,

3. pkt 17.1.3 lit a Załącznik nr 1 do SWZ „Ze względu na wrażliwość danych wymagane jest: a) w przypadku awarii dysków w serwerach lub macierzach, przesłanie wymienionych dysków do Zamawiającego” w związku z brakiem zaoferowania wsparcia producenta na odpowiednim poziomie zgodnym z SWZ,

ewentualnie w przypadku braku uwzględnienia przez Izbę zarzutów skutkujących odrzuceniem oferty Infomex lub wykluczeniem tego wykonawcy z Postępowania naruszenie art. 223 ust. 1 ustawę Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Infomex do wyjaśnienia treści oferty w związku ze złożeniem wyjaśnień dot. ceny oferty, z których wynika, że w cenie oferty zostało skalkulowane rozwiązanie serwerowe producenta HPE, a nie macierz dyskowa producenta Infomex oraz nie zostało skalkulowane wsparcie producenta w zakresie zgodnym z SWZ [Zarzut #2]

3) art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy

Infomex z Postępowania w związku z przedstawieniem w treści oferty informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, co do zaoferowanego rozwiązania, tj. macierzy dyskowej producenta Infomex, podczas gdy z wyjaśnień ceny oferty

złożonych przez Infomex wynika, że w rzeczywistości zostało zaferowane rozwiązanie serwerowe producenta HPE, co miało istotny wpływ na decyzję Zamawiającego dotyczącą oceny zgodności treści oferty z treści SWZ, a tym samym na wybór oferty wykonawcy Infomex jako najkorzystniejszej. [Zarzut#3]

4) art. 16 pkt 1) i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp i art.

226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Infomex, pomimo wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy Infomex jako najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy Pzp [Zarzut #4]

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Infomex jako najkorzystniejszej,
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy Infomex na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art.

224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu Zamówienia i złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp jako niezgodnej z warunkami Zamówienia, wykluczenia tego wykonawcy z Postępowania w związku z przedstawieniem w treści oferty informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego,

ewentualnie w przypadku braku uwzględnienia przez Izbę zarzutów skutkujących odrzuceniem oferty Infomex lub wykluczeniem tego wykonawcy z Postępowania wezwania wykonawcy Infomex do wyjaśnienia treści oferty, a następnie odrzucenia oferty wykonawcy Infomex na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu Zamówienia i złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp jako niezgodnej z warunkami Zamówienia,

- 4) wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu,

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedłożony na rozprawie.

Uzasadnienie odwołania

Zarzut #1 - Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Infomex - rażąco niska cena oferty/czyn nieuczciwej konkurencji

Odwołujący podał, że Zamawiający na skutek uwzględnienia odwołania Odwołującego w sprawie KIO 2427/21 w dniu 15 października 2021 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej (z dnia 3 sierpnia 2021 r.). Wyjaśnienia ceny oferty Infomex wraz z załącznikami zostały udostępnione w dniu 18 października 2021 r. Odwołującemu. Zamawiający dnia 21 października 2021 r. przekazał informację o ponownym wyborze oferty Infomex jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu ofert wykonawców Galaxy, Enigma, BIT, Sysclay i Polcom.

Dalej Odwołujący podał, iż w odwołaniu z dnia 13 sierpnia 2021 r. wskazywał, że Zamawiający na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 6.270.000,00 zł brutto. Natomiast cena oferty wykonawcy Infomex wskazana w informacji z otwarcia ofert jest aż o ponad 60 % niższa od wartości zamówienia wskazanej przez Zamawiającego, tj. wynosi 2.447.208,00 zł brutto. W związku z powyższym, w przypadku oferty wykonawcy Infomex Zamawiający miał obowiązek wezwać tego wykonawcę na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty i jej części składowych, w tym do złożenia dowodów na potwierdzenie okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach, wskazując dodatkowo w jakim zakresie cena oferty wykonawcy Infomex

budzi uzasadnione wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający dnia 18 czerwca 2021 r. na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp wezwał wykonawcę Infomex do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, w tym wyjaśnienia czy uwzględnia ona wszystkie wymagania wskazane w SWZ, warunkach umowy i opisie przedmiotu zamówienia oraz czy obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu umowy. Wskazał również w jakim zakresie wyjaśnienia mają zostać udzielone oraz wezwał do złożenia dowodów na potwierdzenie okoliczności wskazanych w tych wyjaśnieniach. Wykonawca Infomex złożył wyjaśnienia wraz z dowodami dnia 28 czerwca 2021 r. zastrzegając je jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia te zostały jednak odtajnione na skutek uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania Odwołującego w sprawie sygn. KIO 2427/21 i udostępnione Odwołującemu dnia 18 października 2021 r.

Odwołujący stwierdził, że dopiero po udostępnieniu pełnej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz załącznikami ma możliwość weryfikacji poprawności działania Zamawiającego, postawienia zarzutów i przedstawienia konkretnej argumentacji w zakresie obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy Infomex przez Zamawiającego jako zawierającej rażąco niską cenę i złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Ponadto Odwołujący stwierdził, że po zapoznaniu się z częścią zastrzeżonych (niejawnych) wcześniej informacji (w tym kwot, kalkulacji ceny oferty) zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy Infomex z dnia 28 czerwca 2021 r. potwierdziło się jego twierdzenie sformułowane w odwołaniu z dnia 13 sierpnia 2021 r., że wyjaśnienia i złożone dowody nie były wystarczające do uznania przez Zamawiającego, że zaoferowana przez wykonawcę Infomex cena nie jest rażąco niska, a wykonawca ten jest w stanie za tę cenę w sposób należyty zrealizować przedmiot zamówienia. Nadto, Odwołujący ocenił, że przekazana pełna treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty potwierdza, że wykonawca Infomex w sposób nieprawidłowy dokonał kalkulacji ceny oferty, co skutkuje, tym że zaoferowana przez tego wykonawcę cena oferty jest rażąco niska.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w pkt b) wezwania do wyjaśnień z dnia 18 czerwca

2021 r., wprost wymagał przedstawienia „szczegółowej kalkulacji w rozbiciu na jej wszystkie składniki, w tym zysk, przedstawiającej sposób obliczenia zaoferowanej ceny”. W ocenie Odwołującego wykonawca Infomex nie zastosował się jednak do tej części wezwania. Złożone wyjaśnienia pomimo swej zawartości (tabele, złożone dowody) charakteryzuje duży poziom ogólności. Wyjaśnienia wskazują lakonicznie, ogólnikowo czynniki będące podstawą wyliczenia ceny oferty oraz nie zawierają szczegółowej kalkulacji ceny oferty z przedstawieniem podziału na jej wszystkie poszczególne elementy (wszystkich składników) i wyjaśnieniem cen jednostkowych w zakresie tych elementów składowych (poszczególnych składników). Wykonawca Infomex przyjął i przedstawił jedynie własny bardzo ogólny podział kosztów (dowód nr 2 - kalkulacja cenowa, tabela nr 1), który nie stanowi podstawy do uznania, że w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie składniki ceny oferty. Ponadto Odwołujący stwierdził, że, wykonawca Infomex nie przedstawia w tabeli nr 1 zgodnie z żądaniem sformułowanym w wezwaniu przez Zamawiającego „rozbicia na wszystkie składniki ceny ofertowej” i nie przedstawia szczegółowo przyjętych cen jednostkowych. W ocenie Odwołującego, dokonanie podziału ceny oferty na części i wpisanie kwot w tabelę w żaden sposób nie stanowi przedstawienia i uzasadnienia kalkulacji ceny oferty, a jest jedynie czynnością techniczną (formalną). Odwołujący wskazał, że wykonawca Infomex przede wszystkim nie wyjaśnił, nie wykazał w jaki sposób dokonał kalkulacji ceny oferty oraz nie przedstawił dowodów w zakresie kluczowych elementów ceny oferty, w szczególności kosztów backupu, kosztów zasilania/zużycia energii elektrycznej, kosztów zakupu dodatkowych dysków, kosztów supportu producenta, kosztów nieprzewidzianych.

Odnosząc się szczegółowo do poszczególnych kosztów Odwołujący wskazał:

Wykonawca Infomex w zakresie kosztu backupu (pozycja nr 6) zupełnie nie wyjaśnił i nie wskazał, z czego wynika kwota jednostkowa 3.600 zł (miesięcznie), w jaki konkretnie sposób został skalkulowany koszt backupu, tj. jakie wartości wykonawca Infomex przyjął w tym zakresie przy wyliczeniu podanej w tabeli kwoty. W treści wyjaśnień wykonawca Infomex wskazał jedynie bardzo ogólnie, że korzysta z „autorskiego rozwiązania wykorzystującego mechanizmy kompresji i deduplikacji zgodnie z wymaganą polityką (harmonogramem) z zachowaniem wymagań Zamawiającego wskazanych w SWZ i Załączniku nr 1 do SWZ, w tym szczególności wymagań określonych w pkt 3.6 Załącznika nr 1 do SWZ. Zastosowanie autorskiego rozwiązania backupu danych pozwala Wykonawcy na znaczne zmniejszenie tych kosztów w stosunku do standardowych komercyjnych rozwiązań stosowanych na rynku w tym zakresie”. Odwołujący stwierdził, że taki sposób wyjaśnienia kosztu backupu w żaden sposób nie wyjaśnia kalkulacji ceny oferty w tym zakresie, nie wyjaśnia konkretnego wpływu czynnika autorskiego rozwiązania na obniżenie kosztów wykonawcy Infomex, tj. z jakim poziomem obniżenia kosztów w stosunku do standardowych komercyjnych rozwiązań mamy do czynienia w przypadku rozwiązania stosowanego przez wykonawcę Infomex, jak kształtują się standardowe komercyjne rozwiązania. Takie uzasadnienie kwoty kosztów

backupu może posłużyć jako argumentacja w zakresie jakiegokolwiek kwoty (zarówno kwoty na poziomie 2.000 zł jak i kwoty 15.000 zł), bowiem nie zawiera żadnej kalkulacji i wyliczeń w tym zakresie. Wykonawca Infomex nie przekazuje także żadnych informacji o stosowanym rozwiązaniu, w tym wykorzystywanym sprzęcie i oprogramowaniu, co uniemożliwia nawet uprawdopodobnienie, że koszt został skalkulowany prawidłowo.

Dalej Odwołujący podał, że Infomex w zakresie kosztów zasilania (pozycja nr 5) wskazał cenę jednostkową 0.63 zł netto miesięcznie w ilości 14880 za cały okres realizacji przedmiotu zamówienia, przyjmując zapotrzebowanie na poziomie średniego zużycia 20 kWh. W ocenie Odwołującego taka kalkulacja kosztu zasilania jest nieprawidłowa. Wykonawca Infomex wskazał, że kalkulacja wynika z aktualnej taryfy energii i opłat dystrybucyjnych wynikających z umów zawartych przez tego wykonawcę przy aktualnym poziomie odbieranego wolumenu. Podana w tabeli stawka nie uwzględnia zatem planowanych znacznych podwyżek prądu (koszty nieprzewidziane także nie uwzględniają kosztów podwyżek prądu w tym zakresie). Wykonawca Infomex wskazał także bardzo ogólnie, że „Data Center Infomex zostało zaprojektowane zgodnie z polityką Green IT czyli jest oparte o nowatorskie rozwiązania z zakresu IT i ciepłownictwa (klimatyzacji), poprawiające wydajność energetyczną całego systemu”. Podobnie jak w przypadku „autorskiego rozwiązania backupu” wykonawca Infomex nie wyjaśnił jak stosowana polityka Green IT ma wpływ na ceny energii i jej zużycie, z jakim poziomem obniżenia cen mamy do czynienia w przypadku stosowania takich rozwiązań w stosunku do standardowo stosowanych.

Nadto, Odwołujący zauważył, że wykonawca Infomex w żaden sposób nie wyjaśnił wyliczenia parametru PUE (1,5) (tj. parametr efektywności zużycia energii elektrycznej) i nie wykazał, że tak wskazany parametr PUE (1,5) został wyliczony w sposób prawidłowy. Odwołujący ocenił, że przedstawienie prawidłowości takiego wyliczenia jest bardzo proste i powinno znaleźć się wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, składanie samych oświadczeń w tym zakresie nie jest wystarczające dla wykazania kalkulacji ceny oferty. Wykonawca Infomex dysponuje małym obiektem łatwo zatem udowodnić rzeczywiste średnioroczne PUE (wpływ pory roku i temperatury zewnętrznej także ma znaczenie), jako zmierzona roczna suma poboru energii przez sprzęt IT/ilość energii dostarczonej przez dostawcę. Standardowo dla obiektów o podobnej skali PUE parametr PUE wynosi 1,8.

Dalej Odwołujący podał, że wykonawca Infomex wskazał w tabeli nr 2 Kalkulacja cenowa - Infrastruktura Lp. 11 „Przyjęta kwota na zakup dodatkowych dysków do serwerów” - kwota netto 64 000,00 zł kwota netto kosztu przyjętego do kalkulacji cenowej: 32 000,00 zł. Wykonawca Infomex w tym zakresie nie złożył jednak żadnych wyjaśnień, nie przedstawił w jaki sposób dokonał wyliczeń i na jakiej podstawie „przyjął” właśnie taką kwotę, a co więcej nie przedstawił żadnej faktury lub oferty w tym zakresie dotyczącej zakupu dodatkowych dysków do serwerów. Jest to zatem jedynie oświadczenie wykonawcy Infomex, a nie wyjaśnienie i złożenie dowodów w zakresie kalkulacji ceny oferty i jej poszczególnych cen jednostkowych. Taki sposób wyjaśnienia kosztu zakupu dodatkowych dysków do serwerów w żaden sposób nie wyjaśnia kalkulacji ceny oferty w tym zakresie. Lakoniczne uzasadnienie wskazanej kwoty zakupu dodatkowych serwerów może posłużyć jako argumentacja w zakresie jakiegokolwiek wysokości kosztów, bowiem nie zawiera żadnej kalkulacji i wyliczeń w tym zakresie. Za kalkulację ceny oferty nie sposób uznać zwykłego podziału ceny na części. Kalkulacja powinna stanowić wyjaśnienie z czego wynikają poszczególne kwoty (ceny jednostkowe) i z jakiego powodu zostały one skalkulowane na takim a nie innym poziomie, w tym potwierdzona złożeniem dowodów na poparcie konkretnej argumentacji.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z wymaganiami zapewnienia pojemności dysków 480Gb netto wykonawca Infomex musiał dokupić dodatkowe dyski do serwerów, aby posiadane serwery były zgodnie z ofertą złożoną w Postępowaniu. Zgodnie z tabelą nr 2 Kalkulacja cenowa - Infrastruktura wykonawca Infomex skalkulował cenę w tym zakresie na poziomie 64 000 zł (kwota przyjęta do kalkulacji cenowej 32.000 zł), przy czym w żaden sposób nie wskazał jaka liczba dysków została skalkulowana i jest niezbędnych do zakupu, nie wskazał na jakiej podstawie dokonał takiego wyliczenia np. ceny jednostkowej dysku, a zatem Zamawiający nie miał możliwości oceny czy podana przez wykonawcę Infomex kwota została skalkulowana w sposób prawidłowy i uwzględnia wszystkie elementy niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że dokonał analizy cen rynkowych w zakresie cen dysków spełniających wymagania SWZ i przesłał zapytania o cenę do parterów biznesowych. Po uwzględnieniu bardzo dużych upustów u dystrybutora ze względu na długotrwałą współpracę i dużą liczbę składanych zamówień ceny kształtują się następująco: Intel SSD D3-S4510 Series 480GB, 2.5" SATA 6Gb/s, TLC, 7mm - SSDSC2KB480G801 - \$249, MZ7LH480HAHQ-00005 (Samsung pm883) - \$125, MTFDDAK480TDS-1AW1ZABYY (micron 5300 pro) - \$139.

Odwołujący może domniemywać, że wykonawca Infomex miał obowiązek zakupić i

uwzględnić minimum 164 dyski SSD o pojemności 480GB każdy. Takiej informacji nie ma natomiast w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Uwzględniając zatem konieczność zakupu minimum 164 dysków SSD i wybierając najtańsze rozwiązanie otrzymujemy kwotę 164 sztuk x125 \$ x3,98zł według średniego kursu dolara= minimum 81.590 zł, co oznacza, że kwota przewidziana przez wykonawcę Infomex na zakup dodatkowych dysków do serwerów w wysokości 64.000 zł netto jest znacznie zaniżona. Odwołujący ocenił, że wykonawca Infomex nie jest w stanie dokonać zakupu 164 dodatkowych dysków SSD za kwotę 64.000 zł. W tym przypadku nie można także mówić o dyskach używanych, bowiem wykonawca Infomex wyraźnie wskazał, że jest to kwota „na zakup dysków”, a dodatkowo wykonawca Infomex wskazywał w wyjaśnieniach dot. ceny oferty późniejsze wykorzystanie dysków, co w przypadku dysków używanych, z racji bardzo ograniczonej żywotności tych podzespołów nie jest możliwe.

Nadto, Odwołujący stwierdził, że ze względu na zapewnienie integralności rozwiązania wykonawca Infomex powinien dodatkowo zakupić dyski HPE (których cena rynkowa będzie jeszcze wyższa niż wyżej przedstawione) do serwerów objętych wsparciem serwisowym producenta. Aby utrzymać wsparcie producenta oraz uwzględnić zakupione dyski w ramach istniejącego wsparcia serwisowego, dyski muszą zostać zakupione u producenta HPE. W przeciwnym razie przy powstaniu uszkodzenia jakichkolwiek elementów serwera (co zdiagnozuje serwis HPE i stwierdzi uszkodzenie wynikające z montażu dysków innego producenta) nie uwzględni naprawy gwarancyjnej. W takim wypadku wykonawca Infomex będzie musiał ponieść dodatkowe koszty naprawy sprzętu, a jednocześnie naraża Zamawiającego na utratę danych poprzez zastosowanie dysków, których firmware może nie być zgodny z firmware'em kontrolera RAID produkcji HPE (co dodatkowo podnosi ryzyko

finansowe realizacji przedmiotu zamówienia przez wykonawcę Infomex z tytułu zapłaty kar umownych).

Odwołujący podał, że model dysków twardej został wskazany wprost w ofercie wykonawcy Infomex (w formularzu ofertowym: m.in. Fujitsu Technology Solutions 480GB SATA 6G RI SSD (PN: S26361-F5700-E480), HPE 480GB SATA 6G RI SFF SC SSD (PN: 875509-B21); HPE 480GB SATA 6G RI SFF SC SSD (PN: P06194-B21); HPE 480GB SATA 6G RI SFF SC SSD (PN: 868818-B21)), w związku z tym jeżeli wykonawca wskazuje pewną kwotę do kalkulacji ceny oferty (64.000 zł) to powinien wykazać w jaki sposób skalkulował cenę w pozycji „Przyjęta kwota na zakup dodatkowych dysków do serwerów”, tj. wyspecyfikować liczbę i konkretne dyski jakie ujął w tej pozycji, jaki jest koszt dysków i udowodnić sposób wyliczeń, np. przedstawić dowód zakupu. Z treści wyjaśnień nie wynika natomiast jakie konkretne dyski zostały skalkulowane w pozycji „Przyjęta kwota na zakup dodatkowych dysków do serwerów”. Wykonawca Infomex w żaden sposób nie wyjaśnia i nie wykazuje, na jakiej podstawie „przyjął” taką właśnie kwotę i jakie elementy (dyski) zostały w niej ujęte.

Dalej Odwołujący podał, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca Infomex w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wskazał, że wykupił wsparcie techniczne producenta na poziomie HPE Foundation Care NBD SVC (H7J32Ax), gdzie „x” w numerze produktu określa długość trwania wsparcia w latach. Odwołujący ocenił, że za błędną należy uznać także kalkulację ceny oferty, która opiera się na założeniu, że wykupiony support producenta zabezpiecza ewentualne koszty wynikające z awarii poszczególnych podzespołów i jest zgodny z wymaganiami treści SWZ. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w Postępowaniu (pkt 17.1.3 lit a Załącznik nr 1 do SWZ) w przypadku, gdy dysk zostanie uszkodzony nie może zostać oddany do serwisu ze względu na wrażliwość i bezpieczeństwo danych. Z dokumentów przedstawionych przez wykonawcę Infomex, wynika, że zapewniony na potrzeby realizacji zamówienia support nie uwzględnia takiej sytuacji (uszkodzony dysk powinien być zwrócony HPE). Odwołujący wskazał, że zgodnie z procedurą producenta HPE, jeśli serwis producenta zdiagnozuje awarię nośnika np. dysku twardego, dysku SSD,

po wymianie takiego dysku serwis HPE zabierze uszkodzony dysk, a tym samym

uniemożliwia to wykonawcy Infomex spełnienie wymagania przekazania uszkodzonego dysku do Zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że wykonawca Infomex musi zatem wykupić wsparcie techniczne zawierające dodatkową usługę „Defective media retention” (str.

6 dokumentu HPE Foundation Care Service.pdf) jest to uzupełnienie i informacja dla zespołu serwisowego producenta HPE, że w procedurze wykonania naprawy jest obowiązek pozostawienia uszkodzonego dysku po naprawie u właściciela sprzętu (Zamawiającego), co wyklucza niebezpieczeństwo utraty kontroli nad danymi Zamawiającego. W związku z tym wykonawca Infomex powinien w cenie oferty skalkulować wykupienie wsparcia „HPE Foundation Care NBD wDMR SVC (H7J33Ax)” czyli z uwzględnieniem „Defective media retention” (str. 12 HPE Foundation Care Service). Oznacza to, że cena oferty została skalkulowana w sposób nieprawidłowy bowiem nie przewiduje wykupienia wsparcia producenta w powyższym zakresie, a cena wsparcia serwisowego z uwzględnieniem

„Defective media retention” jest znacznie wyższa niż zaferowanego przez wykonawcę Infomex (wsparcia HPE Foundation Care NBD SVC (H7J32Ax)). Odwołujący podał, że Infomex nie wskazał także w wyjaśnieniach, że przewidział w tym zakresie dodatkowe koszty związane z pozostawieniem dysków u Zamawiającego lub koszty zapłaty kar umownych, za nienależyte wykonanie zamówienia w tym zakresie. Odwołujący wskazał, że tego typu koszty nie powinny być klasyfikowane i kalkulowane jako koszty nieprzewidziane, w związku z tym, że wymagania Zamawiającego co do zakresu wsparcia serwisowego zostały określone jednoznacznie w treści SWZ. Stanowią zatem koszty pewne, konieczne i bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu zamówienia, a zatem koszty, które każdy wykonawca jest zobowiązany uwzględnić w kalkulacji ceny oferty. Co więcej, Zamawiający w pkt 15 Załącznika Nr 1 Do SWZ Opis Przedmiotu Zamówienia określił czasy reakcji.

Odwołujący podał, że Zamawiający w SWZ wskazał, że w dni robocze w godz. 8-16 po zdiagnozowaniu awarii/problemu w ciągu maksymalnie 4 godzin, ma nastąpić wymiana lub naprawa wadliwego sprzętu w ciągu 48 godzin. Infomex natomiast wykupił u producenta wsparcie techniczne na poziomie 3 lata „Foundation Care NBD” co oznacza, że serwis producenta oferuje zgłoszenia 9x5 w dni robocze, Biorąc zatem pod uwagę, że czas reakcji serwisu producenta to: „Następny Dzień Roboczy” bez żadnego gwarantowanego czasu naprawy, poddaje to w wątpliwość możliwość utrzymania takiego poziomu SLA w oparciu o wykupione wsparcie producenta HPE. W przypadkach, gdy awaria nastąpi w piątek na koniec dnia roboczego, zgłoszenie zostanie obsłużone dopiero w poniedziałek przez kwalifikatora serwisu producenta, który dopiero wtedy ustali przypuszczalny powód awarii. Wykonawca Infomex powinien zatem uwzględnić w cenie Foundation Care 24x7. Tak jak w przypadku uwzględnienia „Defective media retention”, koszt wsparcia w wersji 24x7 jest znacznie wyższy. Wykonawca Infomex dokonał zatem nieprawidłowej kalkulacji ceny oferty nie uwzględniając wsparcia na poziomie wymaganym przez Zamawiającego.

Odwołujący stwierdził, że z wyjaśnień ceny oferty Infomex wynika także (załącznik Umowa leasingu), że wykonawca Infomex nie wliczył prawidłowo w cenę oferty kosztów leasingu, a jedynie ograniczył się do kosztu za okres realizacji przedmiotu zamówienia (obowiązująca umowa z Zamawiającym). W związku z tym koszt zakupu z faktur VAT wykonawca Infomex także powinien rozbijać proporcjonalnie i przyjmować koszt 40%.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca Infomex bardzo ogólnie wskazał, że urządzenia (sprzęt) przy pomocy którego będzie realizował przedmiot zamówienia wykorzysta po zakończeniu umowy z Zamawiającym. Nieuzasadnione jest jednak założenie, że urządzenia te będzie mógł wykorzystać do realizacji kolejnej umowy (nawet z podmiotem prywatnym) od razu, z zachowaniem pełnej ciągłości ich wykorzystania i zwrotu kosztów, tj. zaraz po zakończeniu umowy z Zamawiającym. Wykonawca Infomex potwierdza, że na potrzeby kalkulacji ceny przyjmuje tylko częściowy koszt sprzętu, zakładając, że okres eksploatacji sprzętu jest dłuższy niż czas realizacji przedmiotu zamówienia w ramach niniejszego Postępowania.

Odwołujący ocenił, że takie założenie jest nieuzasadnione i niemożliwe do zrealizowania w praktyce. Ciężko bowiem nawet wyobrazić sobie i z góry założyć natychmiastowe wykorzystanie wszystkich urządzeń w ramach kolejnej umowy, które nie posiadają standardowej konfiguracji, ale są skonfigurowane pod konkretne zamówienie (treść SWZ). Sprzęt został bowiem w całości zakupiony (przeznaczony i skonfigurowany) przez Infomex na potrzeby realizacji konkretnego zamówienia dla Zamawiającego, zgodnie z jego potrzebami, przy uwzględnieniu specyficznych wymagań Zamawiającego i wykorzystaniu rzadko stosowanej technologii Infiniband. Infomex nie może zakładać, że sprzęt zostanie w całości oraz bez jakiegokolwiek przestoju wykorzystany po zakończeniu współpracy z Zamawiającym, w szczególności ze względu na ilość sprzętu (skala zamówienia, które musiałby pozyskać Infomex na rynku), jego specyficzną konfigurację i przeznaczenie. Jest to niemożliwe do przewidzenia, zaplanowania bez dużego ryzyka finansowego po stronie Wykonawcy. Wykonawca Infomex, zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami przyjmuje czas eksploatacji sprzętu na cele komercyjne wynoszący 60 miesięcy, w związku z tym przyjmuje

dla konkretnego kontraktu proporcjonalny koszt. Co oczywiste, dla dotychczasowych

kontraktów, przyjmował zapewne te same założenia. W związku z powyższym, kalkulując ofertę Infomex powinien założyć na potrzeby przedmiotowego kontraktu koszt wynoszący 40% całkowitego kosztu pozyskania sprzętu (24 miesiące/60 miesięcy eksploatacji). Odwołujący stwierdził, że biorąc pod uwagę, tak niską cenę oferty Infomex w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia, w takiej sytuacji w pełni uzasadnionym było szczegółowe wyjaśnienie także cen jednostkowych przez Zamawiającego, a nie tylko w zakresie kalkulacji ceny za cały przedmiot zamówienia. Na tę okoliczność przywołał wyrok Izby z dnia 24 września 2014 r., sygn. KIO 1844/14, wyrok z dnia 24 sierpnia 2012 r., sygn. KIO 1734/12 i wyrok z dnia 7 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2473/17.

Odwołujący wskazał, że cena oferty za realizację konkretnego zamówienia ma uwzględniać

wszelkie koszty związane z jego realizacją oraz zakładany zysk lub marżę i jak potwierdza wskazane powyżej orzecznictwo KIO nie może być finansowana z innych źródeł niż uwzględnione w wynagrodzeniu wypłacanym wykonawcy, co wynika także wprost z §14 ust. 4 wzoru umowy (Załącznik nr 8 do SWZ). Fakt, że wykonawca osiągnął przychód z innych projektów nie oznacza, że nadmiarowymi kwotami z innych zamówień może rekompensować sobie koszty realizacji tego Zamówienia. Tego rodzaju koncepcja stoi wprost w sprzeczności z przepisami ustawy PZP i oznaczałoby, że wykonawcy, którzy realizują inne zamówienia z wysokim zyskiem, mogą jednocześnie realizować inne zamówienia „po kosztach”, bowiem w całościowym rozrachunku i tak wykonawca osiągnie zysk łącznie z realizacją kilku zamówień w danym roku obrotowym. Takie wyjaśnienia wykonawcy Infomex, Odwołujący uznał za potwierdzające, że cena lub koszty oferty została błędnie skalkulowane w zakresie niniejszego Zamówienia, a tym samym cena jest rażąco niska, bowiem koszt realizacji zamówienia jest pokrywany z przychodów z innych projektów.

Nadto, Odwołujący wskazał, że zamawiający w treści wezwania wymagał przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny oferty, z której wynika zysk wykonawcy Infomex z realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca Infomex w treści tabeli nr 1 (dowód nr 2) wskazał co prawda, kwotę zysku netto za okres 24 miesiące, jednak w kolejnym wersie tabeli w sposób zupełnie nieuzasadniony uzupełnił kwotę zakładanego „czystego” zysku o kwotę niewykorzystanego zabezpieczenia dla dodatkowych nieprzewidzianych kosztów. Infomex przedstawił zysk jaki osiągnie, ale przy założeniu, że żadne dodatkowe nieprzewidziane koszty nie zostaną przez niego poniesione w trakcie realizacji zamówienia. Dalej Odwołujący wskazał, że taki sposób przedstawiania zysku jest nieuprawniony, bowiem należy wyraźnie odróżnić zysk/marżę za realizację zamówienia od kosztów jego realizacji i w żaden sposób kwoty te nie powinny być sumowane jako potencjalny, zakładany zysk na etapie wyjaśnienia kalkulacji ceny oferty.

Dodatkowo, Odwołujący wskazał, że wykonawca Infomex w wyjaśnieniach w żaden sposób nie przedstawił konkretnych kosztów jakie uwzględnił w pozycji nr 11 „zabezpieczenia dla dodatkowych nieprzewidzianych kosztów”, a jedynie bardzo lakonicznie wskazał, że wysokość tych kosztów „wynika z polityki Wykonawcy realizacji kontraktów długoterminowych”. W zakresie tego typu kosztów zgodnie z wezwaniem Zamawiającego wykonawca Infomex także był zobowiązany przedstawić szczegółowo rodzaje kosztów nieprzewidzianych jakie uwzględnił w tej pozycji oraz sposób ich kalkulacji (wyliczenie kosztów w tym zakresie), a tym samym wykonawca Infomex nie zastosował się do treści wezwania. Zamawiający nie był zatem uprawniony do stwierdzenia na podstawie takich wyjaśnień (bez żadnych wątpliwości), że wykonawca Infomex jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia w sposób należyty, a dodatkowo osiągnąć zysk na wskazanym w tabeli odpowiednim poziomie, skoro wysokość zysku wykonawcy Infomex wprost uzależnia od braku poniesienia kosztów nieprzewidzianych w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, co jest niemożliwe przy realizacji zamówień tego typu. Odwołujący stwierdził, że koszty nieprzewidziane wykonawcy Infomex skalkulował na zaniżonym poziomie, tj. w wysokości zaledwie 48.000 zł na cały okres realizacji przedmiotu zamówienia (2 lata), a tym samym osiągnięcie jakiegokolwiek zysku lub zysku na wskazanym w wyjaśnieniach poziomie budzi uzasadnione wątpliwości. Odwołujący podkreślił, że wykonawca Infomex wskazał zatem jedynie bliżej nieokreśloną kwotę i nazwał tę kwotę kosztami nieprzewidzianymi, które w żaden sposób nie zostały określone, wyjaśnione, tj. jakie konkretnie koszty składają się na kwotę 48.000 zł wskazaną w tabeli i w jaki sposób zostały wyliczone (skalkulowane) w zakresie tego konkretnego Postępowania. Odwołujący stwierdził, że z jego wiedzy i doświadczenia wynika, że w zakresie kosztów nieprzewidzianych (dodatkowych) wykonawcy powinni przede wszystkim uwzględnić:

- a) koszty zapłaty kar umownych określone w §19 wzoru umowy z uwzględnieniem dodatkowo §14 ust. 7 wzoru umowy uprawniającego do obniżenia wykonawcy obniżenia wysokości wynagrodzenia (wykupiony support nie gwarantuje zachowania ciągłości świadczenia usługi i dotrzymania SLA),
- b) koszty związane z większą awaryjnością używanego, wiekowego sprzętu,
- c) koszty przewidywanych podwyżek energii elektrycznej,
- d) zwiększone koszty obsługi serwisowej z uwagi niemożliwość objęcia supportem producenta całości trwania kontraktu,
- e) koszty wzrostu płac w sektorze ICT.

Odwołujący wskazał zatem, że tzw. koszty nieprzewidziane w wysokości zaledwie 48.000,00 zł na cały okres realizacji zamówienia zostały skalkulowane na zbyt niskim poziomie niegwarantującym wykonawcy Infomex osiągnięcia wskazywanego zysku/marży z realizacji zamówienia lub wręcz niepozwalającym na osiągnięcie zysku.

Odwołujący stwierdził, że nie ulega wątpliwości, że to na wykonawcy Infomex spoczywał ciężar udowodnienia, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Mając jednak powyższe na uwadze, w ocenie Odwołującego wykonawca Infomex nie sprostował ciężarowi dowodu, tj. nie udowodnił, że oferowana przez niego cena wykonania przedmiotu zamówienia nie jest rażąco niska i jest on w stanie należycie zrealizować przedmiot zamówienia za tę cenę jednocześnie osiągając zysk. Tym samym oferta wykonawcy Infomex powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

Nadto, odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia Infomex wskazują na to, że oferta Infomex

została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący przytoczył wyciąg z wyroku Izby z dnia 28 czerwca 2017 r., sygn. akt: KIO 1123/17. Niewątpliwie, zaniżanie kosztów wykonania zamówienia na potrzeby uzyskania niższej ceny całkowitej brutto i wyższej punktacji w kryterium cena prowadzi do naruszenia interesów Odwołującego składającego ofertę na warunkach rynkowych i adekwatnych do charakteru przedmiotu zamówienia. Odwołujący stwierdził również, że nie ulega również wątpliwości, iż takie działanie Infomex narusza dobre obyczaje kupieckie [przytoczył wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2016 r. o sygn. akt KIO 1449/16, KIO 1501/16).

Odwołujący stwierdził, że cena oferty Infomex w ocenie Odwołującego jest nierealna, odbiega od rzeczywistej wartości realizacji zamówienia i wskazuje na fakt wykonania zamówienia poniżej jego kosztów, nieprawidłowej kalkulacji ceny oferty lub niedopuszczalnego na gruncie przepisów Pzp zaniżania lub przerzucania kosztów realizacji zamówienia w zakresie poszczególnych jego etapów lub elementów. W opinii Odwołującego powyższe potwierdzało, że wykonawca Infomex nie jest w stanie zaoferować tak niskiej ceny za realizację całego Zamówienia, a złożenie oferty nastąpiło z celowo zaniżoną ceną, co tym samym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji naruszający dobre obyczaje kupieckie.

Zarzut#2 - odrzucenie oferty wykonawcy Infomex - niezgodność z treścią SWZ

Odwołujący podał, że zamawiający w pkt 3.5. Załącznika nr 1 do SWZ Opis Przedmiotu Zamówienia wymagał zaoferowania macierzy dyskowej „z dyskami w technologii SSD o pojemności min. netto 80TB w RAID 6 z interfejsem Infiniband”. Zamawiający precyzował, że

„1) przestrzeń dyskowa powinna być fizycznie dedykowana dla Zamawiającego, pojęcie współdzielenia dotyczy serwerów”. Zamawiający wskazał zatem na wymagania dotyczące przestrzeni dyskowej współdzielonej pomiędzy serwery obliczeniowe precyzując, że przestrzeń dyskowa ma być dostępna w postaci urządzenia macierzy dyskowej. Wymagania te zostały potwierdzone przez Zamawiającego w odpowiedziach na pytania wykonawców (dokumencie DZP.250.80.2021.1.D5) z dnia 16 kwietnia 2021r., gdzie Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 17, precyzuje iż wyklucza zastosowanie pod przestrzeń dyskową rozwiązania opartego o urządzenia serwerowe (serwery) i wymaga rozwiązania opartego o rozwiązania macierzowe (macierz dyskową).

Dalej Odwołujący podał, że w treści oferty wykonawca Infomex -Załącznik nr 3 do SWZ „

Specyfikacja techniczna oferowanej infrastruktury sprzętowo-systemowej” w Lp. III.a i III.b wskazał, że przestrzeń dyskowa będzie dostarczana na urządzeniach „Macierz Dyskowa: producent Infomex” dostarczająca przestrzeń dyskową 40TB z zastosowaniem dysków producenta HPE w przypadku macierzy Lp. III.a 84 szt. dysków HPE 1.92TB SATA 6G Read

Intensive SFF SC SSD PN: 875513-B21 oraz w przypadku macierzy z Lp. III.b 44 szt. dysków HPE 3.84TB SAS 12G RI SFF SC SSD PN:P06588-B21. Tym samym wykonawca Infomex oświadczył w treści złożonej oferty, że oferuje rozwiązanie składające się z macierzy dyskowej producenta Infomex oraz dysków producenta HPE (HPE 3.84TB SAS 12G RI SFF

SC SSD (PN:P06588-B21),HPE 1.92TB SATA 6G Read Intensive SFF SC SSD (PN: 875513-B21).

Odwołujący wskazał, że do wyjaśnień wykonawca Infomex załączył dokument „Umowa Leasingu nr 5212256838POL02” oraz Fakturę VAT NR: K1846973, na których widnieje zestawienie konfiguracji produktu HPE Apollo 4200 Gen9 PN: 808028-B21, gdzie zostały zastosowane wyżej wskazane dyski HPE. Z dokumentów tych wynika zatem, że wskazana w ofercie przez wykonawcę Infomex „macierz dyskowa: producent Infomex”, nie jest w rzeczywistości macierzą dyskową, a serwerem (zgodnie z określeniem producenta HPE), a co więcej, jej producentem nie jest Infomex, a producent HPE.

Dodatkowo, Odwołujący wskazał, że nawet w przypadku, gdyby wykonawca Infomex stwierdził że przedmiotowe serwery można nazwać macierzą to rozwiązanie nadal nie spełnia wymagania Zamawiającego z pkt 3.5. lit. b Załącznika nr 1 do SWZ „Dopuszczalne

jest także dostarczenie fizycznie do 3 macierzy, które sumarycznie gwarantują min. netto 80 TB przestrzeni”. Na podstawie analizy dokumentacji załączonej do wyjaśnień ceny oferty Odwołujący przypuszcza, że wykonawca Infomex zaoferował rozwiązanie, w którym połączone ze sobą dwa serwery nazwał macierzą. Dwie pary serwerów dają łącznie 4 serwery, co oznacza, że rozwiązanie jest niezgodne z wymaganiem pkt 3.5 lit. b Załącznika nr 1 do SWZ, bowiem nawet jeżeli serwer nazwiemy macierzą to liczba macierzy, tj. 4 macierze nie jest zgodna z powyższym ograniczeniem Zamawiającego (dopuszczalne maksymalnie 3 macierze). W ocenie Odwołującego takie wyjaśnienie treści oferty jest jednak całkowicie nieuprawnione i stanowi jedynie przypuszczenie Odwołującego, bowiem zaoferowanie takiego rozwiązania w ocenie Odwołującego stanowiłoby obejście wymagania pkt 3.5. Załącznika nr 1 do SWZ, tj. zaoferowanie w rzeczywistości rozwiązania serwerowego, a nie macierzy dyskowej.

Odwołujący stwierdził, że z dokumentów załączonych do wyjaśnień ceny oferty (Faktura VAT nr K1846973, Umowa leasingu nr 5212256838POL02 str. 3/4) jednoznacznie wynika, że sprzęt został skompletowany przez producenta HPE. Wykluczone jest zatem nawet wskazywanie, że wykonawca Infomex nazwał się producentem (w treści oferty) bowiem złożył komponenty wyprodukowane przez producenta HPE w całość. Odwołujący także wskazuje, że oznaczenie CTOSvr oznacza „Config to Order”, czyli złożony w fabryce na konkretne zamówienie, a „OD1” w pozycjach tabeli oznacza, że sprzęt został w całości złożony w fabryce, czyli nie przez wykonawcę Infomex. Nie sposób zatem uznać, że Infomex jest producentem zaoferowanego rozwiązania (wskazanej w treści oferty macierzy dyskowej).

Odwołujący podał, że produkt HPE Apollo 4200 Gen9 jest rozwiązaniem zaklasyfikowanym przez producenta HPE jako Storage Server (produkt serwerowy, serwer) i należy do linii produktów „HPE ProLiant Servers”. Nie jest to natomiast macierz dyskowa należąca do linii produktów „HPE Storage Products”. W dokumentacji serwera HPE Apollo 4200 Gen9 Server wskazano, że jest to rozwiązanie bazujące na płycie głównej HPE ProLiant XL420 Gen9 Server. Także dyski zaoferowane przez wykonawcę Infomex HPE 1.92TB SATA 6G Read Intensive SFF SC SSD PN: 875513-B21 oraz dysków HPE 3.84TB SAS 12G RI SFF SC SSD PN:P06588-B21 są dyskami producenta HPE oraz będą stosowane w sprzęcie serwerowym, a nie w macierzach dyskowych jak wymagał Zamawiający. Tym bardziej nie będą to dyski zastosowane w konfiguracji macierzy dyskowej producenta Infomex.

W związku z powyższym, Odwołujący wywodził, że z wyjaśnień dot. ceny oferty wynika, że zastosowane przez wykonawcę Infomex rozwiązanie „przestrzeni dyskowej” jest zbudowane na rozwiązaniu serwerowym składającym się z serwerów (HPE Apollo 4200 Gen9 Server), a nie na macierzy dyskowej producenta Infomex jak wskazał wykonawca Infomex w treści oferty. Tym samym zaoferowane rozwiązanie nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych pkt 3.5 Załącznika nr 1 do SWZ Opis Przedmiotu Zamówienia i potwierdzonych w odpowiedzi na pytanie 17 (dokument DZP.250.80.2021.1.D5) z dnia 16 kwietnia 2021 r., gdzie Zamawiający potwierdził, że nie należy utożsamiać serwera z macierzą dyskową. Nadto, Odwołujący wskazał, że wykonawca Infomex w treści wyjaśnień dot. ceny oferty dokonał w rzeczywistości zmiany treści oferty wskazując, że skalkulował w cenie oferty serwer producenta HPE - HPE Apollo 4200 Gen9 Server, a nie macierz dyskową producenta Infomex, co jest niedopuszczalne na gruncie prawa zamówień publicznych i jednocześnie oznacza, że oferta jest niezgodna SWZ i dokonał nieprawidłowej kalkulacji ceny oferty, w której nie uwzględnił macierzy dyskowej producenta Infomex, co powoduje nie tylko niezgodność oferty z SWZ, ale także potwierdza zaoferowanie ceny rażąco niskiej, bowiem cena nie uwzględnia zaoferowanej macierzy dyskowej producenta Infomex, a zupełnie inne rozwiązanie serwerowe producenta HPE. Wykonawca Infomex nie wykazał zatem prawidłowości kalkulacji ceny oferty, a Zamawiający na podstawie złożonych wyjaśnień nie miał podstaw do uznania, że zaoferowana cena oferty nie jest rażąco niska.

Dalej Odwołujący wskazał, że zgodnie z wymaganiem pkt 3.5. Załącznika nr 1 do SWZ Zamawiający wymaga dostarczenia „macierzy dyskowej z dyskami w technologii SSD o pojemności min. netto 80TB w RAID 6 z interfejsem Infiniband”. Zamawiający wymaga zatem, aby dostarczona macierz dyskowa udostępniała przestrzeń dyskową w RAID 6, czyli wymaga dostarczenia macierzy dyskowej, która zapewnia zabezpieczenie danych znajdujących się na dyskach wchodzących w skład udostępnianej przestrzeni dyskowej, na poziomie odporności na awarie dwóch spośród wszystkich używanych dysków. W systemach macierzy dyskowych takie zabezpieczenie danych odbywa się poprzez kontroler dyskowy, który dysponuje możliwościami tworzenia odpowiednich poziomów RAID.

Odwołujący stwierdził, że z treści wyjaśnień dot. ceny oferty i załączników do tych wyjaśnień wynika, że zaoferowane przez wykonawcę Infomex rozwiązanie „HPE Apollo 4200 Gen9

Server” wyposażone jest jedynie w konkretny kontroler RAID, zintegrowany z płytą główną „HPE Dynamic Smart Array B140i Controller” oraz kartę rozszerzeń „HP H240 Smart HBA: 726907-B21”. Żadne z tych urządzeń nie jest wyposażone w funkcjonalność zabezpieczenia danych na poziomie RAID6. Zgodnie z oficjalną specyfikacją producenta HPE Dynamic Smart Array B140i Controller umożliwia konfigurację w RAID 0,1,5, a HPE H240 Smart Host Bus Adapter umożliwia konfigurację w RAID 0,1,5,10, co oznacza, że rozwiązanie zaoferowane przez producenta Infomex nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie RAID 6, ponieważ wykazany sprzęt nie pozwala na taką konfigurację.

Dalej Odwołujący stwierdził, że ofertę wykonawcy Infomex należy także uznać za niezgodną z treścią SWZ w zakresie zaoferowanego przez wykonawcę Infomex wsparcia technicznego

(serwisowego):

1) pkt 15 Załącznika nr 1 do SWZ „Czasy reakcji: Wykonawca zapewni wsparcie techniczne w dni robocze w godzinach 8:00-16:00, z uwzględnieniem następujących czasów reakcji na zgłoszenie: a) 4 godziny diagnostyka problemu, 48 godzin wymiana lub naprawa wadliwego sprzętu w przypadku otrzymania zgłoszenia w godzinach pracy (dni robocze, od godz. 8:00 do godz. 16:00); b) 4 godziny diagnostyka problemu, 48 godzin wymiana lub naprawa wadliwego sprzętu licząc od godziny 8:00 w najbliższym dniu roboczym w przypadku otrzymania zgłoszenia poza godzinami pracy”

2) pkt 17.1.3 lit a Załącznik nr 1 do SWZ „Ze względu na wrażliwość danych wymagane jest:

a) w przypadku awarii dysków w serwerach lub macierzach, przesłanie wymienionych dysków do Zamawiającego”.

Odwołujący przywołał argumentację podnoszoną w ramach uzasadnienia do zarzutu złożenia oferty z rażąco niską ceną, z wyjaśnień rażąco niskiej ceny wynika, że wykonawca Infomex zaoferował wsparcie techniczne producenta na poziomie HPE Foundation Care NBD SVC (H7J32Ax) gdzie „x” w numerze produktu określa długość trwania wsparcia w latach. Aktualnie w zakresie zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SWZ pozostaje zatem uzasadnienie Odwołującego, że ten poziom wsparcia oznacza brak możliwości spełnienia wymagania określonego w pkt 15 i 17.1.3. Załącznika nr 1 do SWZ. Aby spełnić powyższe wymagania wykonawca Infomex powinien wykupić wsparcie „HPE Foundation Care NBD wDMR SVC (H7J33Ax) z uwzględnieniem Foundation Care 24x7.

Zarzut #3 - Wprowadzenie w błąd Zamawiającego

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wskazał także, że Zamawiający powinien dokonać wykluczenia wykonawcy Infomex z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp. Wykonawca Infomex wskazał wprost w treści oferty, że oferuje macierz dyskową producenta Infomex, a następnie w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wskazał, że w rzeczywistości oferuje (skalkulował) rozwiązanie serwerowe producenta HPE, które jest niezgodne z treścią wymagań określonych w SWZ. Odwołujący stwierdził, że tym samym wykonawca Infomex wprowadził Zamawiającego w błąd co do oferowanego rozwiązania oraz jego zgodności z wymaganiami określonymi w SWZ. Takie działanie wykonawcy Infomex niewątpliwie miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, w tym wynik Postępowania, tj. wybór oferty wykonawcy Infomex jako najkorzystniejszej, która została wybrana niezgodnie z przepisami ustawy PZP.

Zarzut #4 - naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

W konsekwencji naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp Zamawiający naruszył także zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w Postępowaniu. Błędna ocena oferty wykonawcy Infomex, która powinna podlegać odrzuceniu spowodowała, że Odwołujący, który złożył ofertę spełniającą wszystkie wymagania Zamawiającego i jest zdolny do należytego wykonania Zamówienia utracił możliwość jego uzyskania. Odwołujący przywołał i częściowo zacytował następujące orzeczenia: wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2021 r., sygn. KIO 3470/20, wyroku z dnia 9 listopada 2020 r. sygn. KIO 2598/20, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z

dnia 24 lutego 2021 r., sygn. KIO 230/21. Odwołujący podkreślił, że w niniejszym Postępowaniu wymagania dotyczące funkcjonalności i sposobu realizacji przedmiotu Zamówienia zostały wprost wyartykułowane przez Zamawiającego w treści SWZ, wyjaśnieniach SWZ, w związku z tym brak spełnienia wymagań wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu powinien skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy Infomex.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) oraz jej wyjaśnienia, informację z otwarcia ofert, ofertę Infomex sp. z o.o., wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień co do ceny skierowane do

Infomex sp. z o.o. w dn. 18 czerwca 2021 r., oświadczenia i dokumenty złożone przez Infomex sp. z o.o. w odpowiedzi na ww. wezwanie, korespondencję związaną z odtajnieniem zastrzeżonej części wyjaśnień, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, pisma procesowe stron i uczestnika postępowania wraz załącznikami, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania, w tym w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Infomex sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu (dalej Przystępujący lub Infomex). Wniósł o odrzucenie odwołania i ewentualnie o oddalenie całego odwołania. W trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Izba ustaliła, że:

Zamawiający prowadzi postępowanie pn. „Świadczenie usług obliczeniowych opartych na wysokowydajnych serwerach wraz z usługą zapewniającą ciągłość pracy infrastruktury sprzętowo-systemowej oraz opieki technicznej i serwisowej”, numer referencyjny: usługa obliczeniowa-80-2021.

Zgodnie z pkt. 4.1 SWZ Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług obliczeniowych opartych na wysokowydajnych serwerach wraz z usługą zapewniającą ciągłość pracy infrastruktury sprzętowo- systemowej oraz świadczenia opieki technicznej i serwisowej. Punkt 4.2 SWZ stanowi, iż szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określony został w załączniku nr 1 do SWZ.

Załącznik nr 1 do SWZ pod nazwą opis przedmiotu zamówienia pkt 3.5. stanowi opis wymaganej macierzy dyskowej: Macierz dyskowa z dyskami w technologii SSD o pojemności min netto 80 TB w RAID 6 z interfejsem Infiniband.

a) Przestrzeń dyskowa powinna być fizycznie dedykowana dla zamawiającego, pojęcie współdzielenia dotyczy serwerów - one powinny współdzielić przestrzeń dyskową między sobą.

b) dopuszczalne jest także dostarczenie fizycznie do 3 macierzy, które sumarycznie gwarantują min. netto 80 TB przestrzeni.

Załącznik ten zawiera również opis usług opieki technicznej i serwisowej uruchomionego z środowiska oraz wymagane czasy reakcji.

W punkcie 8 SWZ pn. dokumenty i oświadczenia wymagane w postępowaniu, zamawiający wskazał już wraz z ofertą należy złożyć między innymi specyfikację oferowanej infrastruktury sprzętowo- systemowej to jest załącznik nr 3 do SWZ.

Odnosnie wyjaśnienia treści SWZ w zakresie macierzy Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie nr 17.

Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 5 097 279,15 zł.

Wykonawca Infomex sp. z o.o. złożył ofertę w postępowaniu na świadczenie usług obliczeniowych opartych na wysokowydajnych serwerach wraz z usługą zapewniającą ciągłość pracy infrastruktury sprzętowo-systemowej oraz opieki technicznej i serwisowej (znak sprawy: usługa obliczeniowa-80-2021), określając jej cenę za miesiąc świadczenia usługi na kwotę 82 900 zł netto oraz 101 967 zł brutto, a za 24 miesiące świadczenia usługi cenę 1 989 600 zł netto oraz 2 447 208 zł brutto. Wykonawca zaoferował „następującą infrastrukturę sprzętową (zgodnie z załącznikiem „specyfikacja techniczna oferowanej infrastruktury sprzętowo-systemowej”):

S serwery i macierz wyprodukowane w 2018 r. i wcześniej, data produkcji serwerów:

08.01.2018 r., data produkcji macierzy: 16.01.2018 r.” A wypełniając załącznik nr 3 do SWZ wykonawca, określił oferowaną infrastrukturę. W zakresie Macierzy danych wykonawca ten wskazał jako producenta oferowanych macierzy Infomex, model macierzy SDS FlashStorage, określając model dysków twardych (oznaczenie producenta), liczbę dysków twardych oraz pojemność każdego z dysków twardych a także sposób podłączenia macierzy do serwerów - typ i przepustowość.

Zamawiający w dniu 18 czerwca 2021 r. zwrócił się do wykonawcy Infomex sp. z o.o. o wyjaśnienie zaoferowanej ceny. Wezwanie otrzymało następujące brzmienie: „działając w imieniu Zamawiającego na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.), dalej ustawa Pzp, informuję, że zaoferowana przez Państwa cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ. Zaoferowana cena jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10.

W związku z powyższym proszę o udzielenie wyjaśnień, czy Państwa oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w tym w warunkach umowy oraz opisie przedmiotu zamówienia a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu.

Powyższe wyjaśnienia powinny być przedłożone w sposób wyczerpujący w celu kompleksowej oceny przez Zamawiającego złożonej przez Wykonawcę oferty. Wykonawca w celu udokumentowania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska może wykazać się obiektywnymi czynnikami ujętymi w art. 224 ust. 3 PZP i złożyć Zamawiającemu:

a) szczegółowe wyjaśnienia wskazujące na okoliczności i czynniki, które mają wpływ na zaoferowaną cenę wykonania zamówienia,

b) szczegółową kalkulację ceny oferty w rozbiciu na jej wszystkie składniki, w tym zysk, przedstawiającej sposób obliczenia zaoferowanej ceny, w szczególności w zakresie:

- oszczędności metody wykonania zamówienia,

- wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Wykonawcy,

- zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 z późn. zm.),

- zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej,

- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
- rabatów, upustów, preferencyjnych warunków u podwykonawców,
- czy Wykonawca uwzględnił wymagania określone w pkt 3.6. opisu przedmiotu zamówienia dotyczące backupu danych?
- W jaki sposób Wykonawca zapewni tryb pracy serwera w układzie wysokiej dostępności?
- Czy usługa obejmuje opiekę techniczną i serwisową uruchomionego środowiska, zgodnie z wymaganiami pkt 14 i 15 opisu przedmiotu zamówienia? Przy udziale ilu osób i w jakim trybie pracy Wykonawca będzie realizował usługę opieki technicznej i serwisowej?
- Czy Wykonawca uwzględnił wszystkie wymagania dotyczące bezpieczeństwa informatycznego, w tym dotyczące ochrony fizycznej i kontroli dostępu miejsca przechowywania danych?
- W jaki sposób Wykonawca będzie realizował monitoring infrastruktury?

c) dowodów potwierdzających Państwa wyjaśnienia.

Informuję, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy PZP obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy.

Jednocześnie informuję, że niezłożenie wyjaśnień w ww. terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Przedłożone wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty.

Wyjaśnienia należy złożyć w postaci elektronicznej za pośrednictwem Platformy Zakupowej w zakładce „Pytania/Informacje”, w terminie do 24 czerwca 2021 r.”

Infomex sp. z o.o. zwrócił się o przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień, na co Zamawiający wyraził zgodę określając nowy termin na 28 czerwca 2021 r.

W dniu 28 czerwca 2021 r. wykonawca Infomex sp. z o.o. złożył wyjaśnienia wraz z dowodami, częściowo obejmując je tajemnicą przedsiębiorstwa i zawierając w ww. piśmie

następujące stwierdzenie „W pierwszej kolejności Na podstawie przepisu art. 18 ust. 3 z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej pzp) zastrzegamy niniejsze wyjaśnienia, w następującym zakresie:

- Dowód nr 2 - Kalkulacja cenowa
- Dowód nr 3 - Umowy o pracę poddana anonimizacji
- Dowód nr 5 - Podstawy dysponowania sprzętem
- Dowód nr 6 - Koszty energii elektrycznej
- Dowód nr 7 - Koszty łącz
- Dowód nr 8 - Koszty adresacji IP

oraz niniejsze wyjaśnienia od strony 4 akapit „W nawiązaniu do pkt. a pisma Zamawiającego (...) do strony 9, akapit „Jak widać z przedstawionej powyżej argumentacji (...)” jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwanej dalej: Ustawą), w związku z czym nie mogą one być udostępniane podmiotom trzecim.”

W dniu 15 lipca 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Infomex sp. z o.o. o częściowym odtajnieniu złożonych wyjaśnień, wskazując „Po analizie przedłożonych wyjaśnień oraz zasadności ich zastrzeżenia Zamawiający odtajnia treści, które zostały sformułowane w sposób nie odnoszący się bezpośrednio do tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy, tj.:

- złożone wyjaśnienia, strony od 1 do 9, w taki sposób, że zaciemnione zostaną wyłącznie zapisy, z których wynika tajemnica przedsiębiorstwa Wykonawcy;

- dowód nr 2, w taki sposób, że zaciemnione zostaną wyłącznie zapisy, z których wynika tajemnica przedsiębiorstwa Wykonawcy.

Zamawiający uznaje za skutecznie zastrzeżone informacje zaciemnione na stronach od 1 do 9 wyjaśnień, ponieważ mają one charakter techniczny i wartość gospodarczą dla Wykonawcy, odnoszą się do wypracowanych przez Wykonawcę rozwiązań, których ujawnienie mogłoby narazić Wykonawcę na szkodę lub zakłócić jego pozycję na rynku. Dowody nr 3, 5, 6, 7 i 8, stanowiące załączniki do wyjaśnień, bez wątpienia posiadają wymierną wartość gospodarczą i organizacyjną dla Wykonawcy, zatem Zamawiający uznaje je za zasadnie zastrzeżone.

Wobec powyższego Zamawiający przesyła w załączeniu odtajnioną część wyjaśnień i informuje, że odtajnione wyjaśnienia będą udostępnione pozostałym Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, w przypadku złożenia przez nich wniosku o wgląd do wyjaśnień, zgodnie z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp, tj. po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej albo unieważnieniu postępowania.”

Wobec powyższego zasadnicza opisowa część uzasadnienia zastrzeżenia została odtajniona, czemu wykonawca Infomex sp. z o.o. się nie sprzeciwił.

W dniu 3 sierpnia 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Infomex sp. z o.o.

W dniu 13 sierpnia 2021 r. Odwołujący złożył do Prezesa KIO odwołanie (zarejestrowane pod sygn. akt KIO 2427/21) w którym zarzucał zamawiającemu m.in. naruszenie „art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 226 ust.1 pkt 7), art. 224 ust. 6 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Infomex jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu Zamówienia oraz poprzez brak uznania, że złożone przez tego wykonawcę dnia 28 czerwca 2021 r. wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny i kosztu wraz z dowodami nie uzasadniają podanej przez wykonawcę Infomex w ofercie ceny lub kosztu, a także wskazują na to, że oferta Infomex została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz (...) art. 18 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 74 ust. 1-2 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2020 r. poz. 1913 ze zm.) poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia jawnych dokumentów Postępowania, tj. wyjaśnień wraz z dowodami złożonych przez wykonawcę Infomex dnia 28 czerwca 2021 r., o których przekazanie wnioskował Odwołujący dnia 3 sierpnia 2021 r., pomimo, że stanowią one dokumenty i informacje jawne, które nie zostały skutecznie zastrzeżone przez wykonawcę Infomex jako tajemnica przedsiębiorstwa, w zakresie określonym w uzasadnieniu odwołania [Zarzut #5]”. W wyniku tego postępowania odwoławczego w wyroku z dn. 5 października 2021 r. Izba nakazała m.in. odtajnić w całości wyjaśnienia wykonawcy Infomex sp. z o.o. z dn. 28 czerwca 2021 r. oraz umorzyła postępowanie odnośnie zarzutu dot. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 226 ust.1 pkt 7), art. 224 ust. 6 ustawy Pzp ze względu na jego wycofanie przez odwołującego.

W dniu 18 października 2021 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu całość wyjaśnień wykonawcy Infomex sp. z o.o. z dn. 28 czerwca 2021 r.

Zamawiający w dniu 22 października 2021 r. ponownie dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Infomex sp. z o.o.

Przywołane w odwołaniu podstawy prawne stanowią:

- art. 16 pkt 1 ustawy Pzp - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- art. 17 ust. 2 ustawy Pzp - Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.
- art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp - Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
- art. 223 ust. 1 ustawy Pzp - W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

- art. 224 ust. 6 ustawy Pzp - Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.
- art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp, w związku z tym Izba oddaliła wniosek Przystępującego popierany przez Zamawiającego. Izba uznała, iż zarzuty Odwołującego opierają się również na tej treści wyjaśnień ceny oferty Infomex sp. z o.o., która nie była mu znana na poprzednim etapie postępowania przed odtajnieniem przez Zamawiającego pełnej treści tych wyjaśnień, a więc Odwołujący nie mógł formułować zarzutów w tym zakresie. Stanowisko przeciwne prowadziłoby do pozbawienia Odwołującego możliwości korzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej. Niemniej jednak Izba częściowo pominęła argumentację Odwołującego w obszarze zarzutu związanego z zaniechaniem odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 i art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Izba wzięła pod uwagę fakt, iż Odwołujący tak jak wskazano powyżej nie mógł formułować zarzutów i argumentacji związanych z konkretnymi kwotami wyliczonymi przez Przystępującego w przedstawionej kalkulacji czy też z dowodami załączonymi na potwierdzenie rzetelności ceny, gdyż te elementy wyjaśnień w związku z objęciem ich tajemnicą przedsiębiorstwa nie zostały mu ujawnione. Jednakże dostrzeżenia wymagało, iż Odwołujący już na etapie poprzedniego wyboru oferty najkorzystniejszej dysponował znaczącą częścią wyjaśnień ceny udzielonych przez Infomex sp. z o.o. i terminem właściwym do formułowania zarzutów wobec znanej mu treści ww. wyjaśnień był termin na wniesienie odwołania wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej przez Zamawiającego w dniu 3 sierpnia 2021 r. Dostrzeżenia również wymagało, iż jak wynika z akt postępowania, Odwołujący skorzystał z przysługującego mu uprawnienia i wniósł w dniu 13 sierpnia 2021 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarejestrowane pod sygn. KIO 2427/21. Odwołujący w złożonym odwołaniu sformułował m.in. zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7), art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Infomex jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu Zamówienia oraz poprzez brak uznania, że złożone przez tego wykonawcę dnia 28 czerwca 2021 r. wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny i kosztu wraz z dowodami nie uzasadniają podanej przez wykonawcę Infomex w ofercie ceny lub kosztu, a także wskazują na to, że oferta Infomex została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przedstawiając w tym zakresie następującą argumentację:

„Wykonawca Infomex złożył wyjaśnienia wraz z dowodami dnia 28 czerwca 2021 r. zastrzegając je jako tajemnica przedsiębiorstwa. Część wyjaśnień i złożonych dowodów została jednak odtajniona przez Zamawiającego i udostępniona Odwołującemu dnia 4 sierpnia 2021 r.

Niestety, Odwołujący nie ma możliwości zapoznania się z częścią informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy Infomex z dnia 28 czerwca 2021 r., i szczegółowego, konkretnego odniesienia się do zastrzeżonych części, jednakże z pozostałej części wyjaśnień w zakresie udostępnionym Odwołującemu wynika, że wyjaśnienia i złożone dowody nie były wystarczające do uznania przez Zamawiającego, że zaoferowana przez wykonawcę Infomex cena nie jest rażąco niska, a wykonawca ten jest w stanie za tę cenę w sposób należyty zrealizować przedmiot zamówienia.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający w pkt b) wezwania do wyjaśnień z dnia 18 czerwca 2021 r., wprost wymagał przedstawienia „szczegółowej kalkulacji w rozbiciu na jej wszystkie składniki, w tym zysk, przedstawiającej sposób obliczenia zaoferowanej ceny”.

Wykonawca Infomex nie zastosował się jednak do tej części wezwania. Złożone wyjaśnienia pomimo swej zawartości (tabele, złożone dowody) charakteryzuje duży poziom ogólności. Wyjaśnienia wskazują lakonicznie, ogólnikowo czynniki będące podstawą wyliczenia ceny oferty oraz nie zawierają szczegółowej kalkulacji ceny oferty z przedstawieniem podziału na jej wszystkie poszczególne elementy (wszystkich składników) i wyjaśnieniem cen

jednostkowych w zakresie tych elementów składowych (poszczególnych składników). Wykonawca Infomex przyjął i przedstawił własny bardzo ogólny podział kosztów (dowód nr 2 - kalkulacja cenowa, tabela nr 1), który nie stanowi podstawy do uznania, że w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie składniki ceny oferty. Wykonawca Infomex nie przedstawia w tabeli nr 1 zgodnie z żądaniem sformułowanym w wezwaniu przez Zamawiającego „rozbicia na wszystkie składniki ceny ofertowej” i nie przedstawia szczegółowo przyjętych cen jednostkowych.

Jak wskazywał już Odwołujący w piśmie skierowanym do Zamawiającego dotyczącym m.in. obowiązku wezwania wykonawcy Infomex i szczegółowego wyjaśnienia cen jednostkowych istotnej części przedmiotu zamówienia, w ocenie Wykonawcy w szczególności Zamawiający powinien był ustalić czy cena istotnej części składowej tj. ceny jednostkowej za procesory Intel® Xeon® Gold 6136, 12 rdzeni, 3.00 GHz, Cache 24.75 MB (Serwer obliczeniowy typ I) dla 20 sztuk serwerów Fujitsu Technology Solutions oraz dla 40 sztuk serwerów HPE (łącznie 60 sztuk serwerów) nie jest rażąco niska. Wskazane procesory pochodzą z wysokiej, drogiej linii Gold, a w połączeniu z oczekiwaną przez Zamawiającego konfiguracją, dają bardzo wysoką cenę jednostkową za cały serwer. Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje, że cena oferty w tym zakresie nie została wyjaśniona, a dodatkowo nie zostały złożone żadne dowody wskazujące jaką cenę jednostkową za procesor skalkulował w cenie serwera wykonawca Infomex i jakie czynniki obiektywne miały wpływ na to, że cena ta jest aż tak niska.

Z wiedzy i doświadczenia Wykonawcy wynika, że wykonawca Infomex nie jest w stanie zaoferować tak niskiej ceny za realizację całego Zamówienia oferując jednocześnie drogie procesory nowej generacji. Dodatkowo wykonawca Infomex nie wyjaśnił w jaki sposób został skalkulowany koszt amortyzacji, eksploatacji (zużycia) serwerów, a tym samym procesorów, tj. w jaki sposób została skalkulowana cena procesora, jakie okoliczności i czynniki miały wpływ na tak niską cenę tego elementu dostarczanego rozwiązania.

Cena oferty Infomex w ocenie Wykonawcy jest nierealna, odbiega od rzeczywistej wartości realizacji zamówienia i wskazuje na fakt wykonania zamówienia poniżej jego kosztów, nieprawidłowej kalkulacji ceny oferty lub niedopuszczalnego na gruncie przepisów PZP zaniżania lub przerzucania kosztów realizacji zamówienia w zakresie poszczególnych jego etapów lub elementów.

Biorąc pod uwagę, tak niską cenę oferty Infomex w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia, w takiej sytuacji w pełni uzasadnionym było szczegółowe wyjaśnienie tej ceny jednostkowej przez Zamawiającego, a nie tylko w zakresie kalkulacji ceny za cały serwer lub cały przedmiot zamówienia. Niezbędne było przedstawienie przez wykonawcę Infomex sposobu kalkulacji ceny oferty w zakresie cen jednostkowych, w tym w szczególności wyjaśnienia jej istotnej części składowej jaką jest cena jednostkowa za serwery oraz za procesory Intel® Xeon® Gold 6136, 12 rdzeni, 3.00 GHz, Cache 24.75 MB, czego wykonawca ten nie zrobił składając wyjaśnienia z dnia 28 czerwca 2021 r. (.).

Wyjaśnienia złożone przez Infomex wskazują także na liczne nieprawidłowości, nieścisłości, które powinny wzbudzić poważne wątpliwości Zamawiającego co do prawidłowości przedstawionego wyliczenia (kalkulacji) ceny oferty przez wykonawcę Infomex.

Wykonawca Infomex wskazał, że jednym z czynników pozwalających mu za tak niską cenę zrealizować przedmiot zamówienia jest „przychód uzyskany tytułem wyżej wspomnianych projektów”, czyli przychód z wcześniej zrealizowanych zamówień (nie dochód). Należy jednak wyraźnie podkreślić, że niedopuszczalnym na gruncie przepisów prawa zamówień publicznych jest wykazywanie, że koszty realizacji konkretnego zamówienia będą pokrywane z zysków, przychodów pochodzących z innych źródeł lub zamówień. Ten sposób wyliczenia ceny oferty jest zatem nieprawidłowy i oznacza sporządzenie kalkulacji ceny oferty na podstawie błędnych założeń. (.) Ponadto, Odwołujący zwraca uwagę, że jako podwykonawca usługi uprzednio świadczonej dla Zamawiającego Infomex dostarczał łącznie jedynie 22 serwery, zaś obecny przedmiot zamówienia obejmuje 80 serwerów. Trudno zatem mówić o jakichś znaczących kosztach, których nie musi ponieść wykonawca Infomex realizując niniejsze Zamówienie.

Cena oferty za realizację konkretnego zamówienia ma uwzględniać wszelkie koszty związane z jego realizacją oraz zakładany zysk lub marżę i jak potwierdza wskazane powyżej orzecznictwo KIO nie może być finansowana z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne. Wszystkie koszty realizacji zamówienia mają zatem zostać uwzględnione w wynagrodzeniu wypłacanym wykonawcy, co wynika także wprost z §14 ust. 4 wzoru umowy (Załącznik nr 8 do SWZ). Fakt, że wykonawca osiągnął przychód z innych projektów nie oznacza, że nadmiarowymi kwotami z innych zamówień może rekompensować sobie koszty realizacji tego Zamówienia. Tego rodzaju koncepcja stoi wprost w sprzeczności z przepisami ustawy PZP i oznaczałaby, że wykonawcy, którzy realizują inne zamówienia z wysokim

zyskiem, mogą jednocześnie realizować inne zamówienia „po kosztach”, bowiem w całościowym rozrachunku i tak wykonawca osiągnie zysk łącznie z realizacją kilku zamówień w danym roku obrotowym. Takie wyjaśnienia wykonawcy Infomex należy zatem uznać za potwierdzające, że cena lub koszty oferty została błędnie skalkulowane w zakresie niniejszego Zamówienia, a tym samym cena jest rażąco niska, bowiem koszt realizacji zamówienia jest pokrywany z przychodów z innych projektów

Wykonawca Infomex wyjaśnił, że pozycja nr 1 kalkulacji cenowej dotyczy czasochłonności w zakresie uruchomienia i konfiguracji, a pozycja nr 2 Kalkulacji cenowej dotyczy czasochłonności miesięcznej usług administracji, wsparcia i monitoringu, usługi opieki technicznej i serwisowej. Wyliczenia czasochłonności łącznie dla pozycji nr 2 oraz pozycji nr 1 Kalkulacji cenowej zostały sporządzone na podstawie kosztów pracy, tj. przeciętnego wynagrodzenia tylko dwóch rodzajów pracowników mających realizować przedmiot zamówienia - administrator IT i inżynier systemowy. Wątpliwości budzi zatem prawidłowość kalkulacji ceny co do czasochłonności (kosztów pracy) w zakresie całego przedmiotu zamówienia, skoro wykonawca Infomex na str. 2 pkt 2 wyjaśnień wskazuje, że będzie posiadał specjalnie utworzone zespoły do świadczenia wyłącznie usług opieki technicznej i serwisowej, ale nie wskazał czy, ilu i w jakim zakresie konkretny rodzaj pracowników zostanie skierowany do realizacji czynności w ramach poszczególnych pozycji z podziałem na pozycję 1 i pozycję 2 kalkulacji ceny ofertowej, i czy będą to wyłącznie pracownicy na stanowiskach administrator IT i inżynier systemowy, także w zakresie świadczenia wskazanych w pozycji 1 usług administracji.

Dodatkowo należy wskazać, że Zamawiający wymagał, aby wszystkie osoby wykonujące czynności związane ze świadczeniem opieki technicznej i serwisowej uruchomionego środowiska, były zatrudnione na podstawie umowy o pracę.

W ocenie Odwołującego za błędną należy uznać także kalkulację ceny oferty, która opiera się na założeniu, że czynnikiem obniżenia ceny za realizację zamówienia w związku z faktem, że wykonawca Infomex zamierza wykorzystany do realizacji niniejszego Zamówienia wykorzystać po zakończeniu umowy z Zamawiającym do realizacji na rzecz innych podmiotów przez okres co najmniej kolejnych 2 lata. Należy bowiem zauważyć, że wykonawca Infomex zaoferował w niniejszym Postępowaniu wykorzystanie sprzętu wyprodukowanego na początku 2018 r., czyli sprzętu już ponad 3-letniego. Po zakończeniu realizacji umowy z Zamawiającym sprzęt będzie miał zatem już ponad 5 lat. Wykonawca Infomex, który w wyjaśnieniach wielokrotnie podkreśla, że jest profesjonalistą, ma wiedzę i długoletnie doświadczenie w wykonywaniu usług objętych niniejszym Zamówieniem powinien zatem doskonale zdawać sobie sprawę z tego, że możliwość wykorzystania starszego sprzętu, tj. około 5 letniego w przyszłości przez kolejne co najmniej 2 lata jest praktycznie niemożliwe lub przynajmniej bardzo mało prawdopodobne, aby uznać to za czynnik mający wpływ na kalkulację ceny oferty w tym Zamówieniu. Przy tak szybkim rozwoju technologicznym oraz poziomie wymagań stawianych wykonawcom przy realizacji podobny usług tj. zachowaniu odpowiedniego poziomu SLA, braku awaryjności, jakości dostarczanego rozwiązania nie jest możliwe oferowanie realizacji usług na rynku przy zastosowaniu sprzętu, który będzie sprzętem 5-7 letnim. W szczególności dotyczy to wymagań stawianych przez zamawiających publicznych, którzy wprost wymagają, że sprzęt nie może być starszy niż 2 lata lub maksymalnie 4 lata jak ma to miejsce także w niniejszym Postępowaniu.

Nadto, Zamawiający w treści wezwania wymagał przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny oferty, z której wynika zysk wykonawcy Infomex z realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca Infomex w treści tabeli nr 1 (dowód nr 2) wskazał co prawda, kwotę zysku netto za okres 24 miesiące, jednak w kolejnym wersie tabeli w sposób zupełnie nieuzasadniony uzupełnił kwotę zakładanego „czystego” zysku o kwotę niewykorzystanego zabezpieczenia dla dodatkowych nieprzewidzianych kosztów. Odwołujący nie mając możliwości zapoznania się z kwotami wskazanymi w tabeli przypuszcza, że „czysty” zysk netto za okres 24 miesiące był na tyle niski, że aby uwiarygodnić prawidłowość kalkulacji i brak realizacji zamówienia na poziomie kosztów lub poniżej kosztów wykonawca Infomex przedstawił zysk jaki osiągnie, ale przy założeniu, że żadne dodatkowe nieprzewidziane koszty nie zostaną przez niego poniesione w trakcie realizacji zamówienia. W pierwszej kolejności należy wskazać, że taki sposób przedstawiania zysku jest nieuprawniony, bowiem należy wyraźnie odróżnić zysk/marżę za realizację zamówienia od kosztów jego realizacji i w żaden sposób kwoty te nie powinny być sumowane jako potencjalny, zakładany zysk na etapie wyjaśniania kalkulacji ceny oferty.

Dodatkowo wykonawca Infomex w wyjaśnieniach w żaden sposób nie przedstawił rodzaju konkretnych kosztów jakie uwzględnił w pozycji nr 11 „zabezpieczenia dla dodatkowych nieprzewidzianych kosztów”, a jedynie bardzo lakonicznie zaznaczył, że wysokość tych kosztów „wynika z polityki Wykonawcy realizacji kontraktów długoterminowych”. W zakresie tego typu kosztów zgodnie z wezwaniem Zamawiającego wykonawca Infomex także był zobowiązany przedstawić szczegółowo rodzaje kosztów nieprzewidzianych jakie uwzględnił

w tej pozycji oraz

sposób ich kalkulacji. Zamawiający nie był zatem w stanie bez żadnych wątpliwości uznać na podstawie takich wyjaśnień, że wykonawca Infomex jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia w sposób należyty a dodatkowo osiągnąć zysk na odpowiednim poziomie, skoro wysokość zysku wykonawca Infomex wprost uzależnia od nieponiesienia żadnych kosztów nieprzewidzianych w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, co jest niemożliwe przy realizacji zamówień tego typu. Osiągnięcie jakiegokolwiek zysku budzi uzasadnione wątpliwości.

Z wiedzy i doświadczenia Odwołującego wynika, że w zakresie kosztów nieprzewidzianych (dodatkowych) wykonawcy powinni przede wszystkim uwzględnić:

- a) koszty zapłaty kar umownych określone w §19 wzoru umowy z uwzględnieniem dodatkowo §14 ust. 7 wzoru umowy uprawniającego do obniżenia wykonawcy obniżenia wysokości wynagrodzenia,
- b) koszty związane z większą awaryjnością używanego, wiekowego sprzętu
- c) koszty przewidywanych podwyżek energii elektrycznej
- d) zwiększone koszty obsługi serwisowej z uwagi niemożliwość objęcia supportem producenta całości trwania kontraktu,
- e) koszty wzrostu płac w sektorze ICT.

Odwołujący wskazuje zatem, że tzw. koszty nieprzewidziane zostały skalkulowane na zbyt niskim poziomie niegwarantującym wykonawcy Infomex osiągnięcia wskazywanego zysku/marży z realizacji zamówienia lub wręcz niepozwalającym na osiągnięcie jakiegokolwiek zysku.

Nie ulega wątpliwości, że to na wykonawcy Infomex spoczywał ciężar udowodnienia, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Mając jednak powyższe na uwadze, w ocenie Odwołującego wykonawca Infomex nie sprostął ciężarowi dowodu, tj. nie udowodnił, że oferowana przez niego cena wykonania przedmiotu zamówienia nie jest rażąco niska i jest on w stanie należycie zrealizować przedmiot zamówienia za tę cenę jednocześnie osiągając zysk. Tym samym oferta wykonawcy Infomex powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 PZP.

Nadto, wyjaśnienia Infomex wskazują na to, że oferta Infomex została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. (.)

Niewątpliwie, zaniżanie kosztów wykonania zamówienia na potrzeby uzyskania niższej ceny całkowitej brutto i wyższej punktacji w kryterium cena prowadzi do naruszenia interesów ATM składającego ofertę na warunkach rynkowych i adekwatnych do charakteru przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo należy wskazać, że wykonawca Infomex dla wykonywania usługi przyjął dużo więcej powierzchni dyskowej niż wymagają tego założenia projektu wynikające z SWZ. Powyższe może sugerować, że niezgodnie z wymogiem z pkt. 3.5 OPZ lit. a) w treści Przestrzeń dyskowa powinna być fizycznie dedykowana dla Zamawiającego, pojęcie współdzielenia dotyczy serwerów - one powinny współdzielić przestrzeń dyskową między sobą przestrzeń dyskowa dla macierzy w ofercie Infomex jest współdzielona pomiędzy różne projekty.

Nie ulega również wątpliwości, iż takie działanie Infomex narusza dobre obyczaje kupieckie. (.)..

Odwołujący, podczas posiedzenia z udziałem stron w sprawie o sygn. akt KIO 2427/21 złożył oświadczenie o wycofaniu wyżej przytoczonego zarzutu. W związku z tym postępowanie odwoławcze w tym zakresie podlegało umorzeniu.

W ocenie Izby, Odwołujący reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika, powinien mieć świadomość konsekwencji swojego działania i podejmowanych decyzji. Izba stoi na stanowisku, iż odtajnienie pozostałej, tak naprawdę niewielkiej, części wyjaśnień ceny złożonych przez Infomex nie daje podstaw do uznania, iż termin na ich kwestionowanie w całości biegnie od początku. Przywrócenie terminu na kwestionowanie treści wyjaśnień wobec której Odwołujący mógł formułować zarzuty na wcześniejszym etapie postępowania stoi w sprzeczności z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej. Wskazać należy, że również sam Odwołujący w treści odwołania w niniejszej sprawie powołuje się na twierdzenia zawarte w odwołaniu z 13 sierpnia 2021 r. stwierdzając ich zasadność. Dlatego też Izba

rozstrzygając niniejsze odwołanie pominęła, jako spóźnioną, argumentację Odwołującego, w oparciu o którą w sprawie KIO 2427/21, postawił tożsamy zarzut w szczególności w zakresie braków w ujęciu różnego rodzaju kosztów w wyjaśnieniach, ogólności wyjaśnień i ich lakoniczności co mogło stanowić samodzielny zarzut. Rozważeniu lzby podlegał zarzut zaniechania odrzucenia oferty Infomex w zakresie argumentacji nakierowanej na przedstawioną kalkulację ceny odnośnie kosztów przewidzianych w poszczególnych pozycjach oraz przedstawionych dowodów.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

W ramach uwag ogólnych należy wskazać, że ocena wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę musi odbywać się, w kontekście wezwania zamawiającego - jego szczegółowości oraz wyrażonych w nim skonkretyzowanych wątpliwości. Jeżeli Zamawiający wskaże w wezwaniu do wyjaśnień elementy ceny oferty, które jego zdaniem wymagają takich wyjaśnień to wykonawca zobowiązany jest udzielić wyjaśnień co najmniej w zakresie określonym przez Zamawiającego. Jednocześnie należy mieć na względzie, że cena w niniejszym postępowaniu była ceną ryczałtową, a Zamawiający nie wymagał podania przez wykonawców kosztów elementów składających się na tę cenę. Zamawiający wymagał jedynie przedstawienia ceny w rozbiciu miesięcznym oraz w ujęciu sumarycznym za 24 miesiące świadczenia usługi. Wobec takiego ustalenia prezentacji ceny oferty, nie znajduje uzasadnienia argumentacja Odwołującego w zakresie konieczności badania cen jednostkowych, które w niniejszym postępowaniu nie występowały. Ponadto Izba stwierdziła, iż faktycznie Zamawiający żądał przedstawienia przez Infomex szczegółowych wyjaśnień wskazujących na okoliczności i czynniki, które mają wpływ na zaoferowaną cenę wykonania zamówienia oraz szczegółowej kalkulacji ceny oferty w rozbiciu na jej wszystkie składniki, w tym zysk, przedstawiającej sposób obliczenia zaoferowanej ceny, określając pewne elementy jakie wykonawca winien wyjaśnić. Infomex przedstawił wyjaśnienia, odnosząc się do skonkretyzowanych wątpliwości Zamawiającego oraz przedstawiając kalkulację kosztów. W ocenie lzby, wobec ceny ryczałtowej i treści wezwania, wykonawca Infomex był uprawniony do ustalenia poziomu szczegółowości udzielanych wyjaśnień i wskazania w kalkulacji, elementów które on uznał za istotne i mające wpływ na cenę, w świetle opisu przedmiotu zamówienia. Nadmienić należy, iż Infomex wyjaśnił również elementy oferty o które Zamawiający pytał w skonkretyzowany sposób, w pozostałym zakresie sporządzając kalkulację w oparciu o kryterium istotności ustalone samodzielnie i własną metodologię. Brak było wzorca w oparciu o który Przystępujący zobowiązany był przedstawić kalkulację ceny. Wykonawca składając wyjaśnienia ceny zobowiązany jest wykazać jej realność poprzez przedstawienie wyjaśnień popartych dowodami.

Izba zważyła również, iż ciężar dowodu w przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny jest ukształtowany odwrotnie do reguły, zgodnie z którą ciężar dowodu spoczywa na stronie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne (art.ust. 1 ustawy Pzp), w niniejszym przypadku Przystępującego. Jednocześnie modyfikacja reguły ciężaru dowodu nie oznacza, że wykonawca zarzucający Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty z rażąco niską ceną nie jest obowiązany dowodzić faktów, które pozwalają stawiać tezę o rażąco niskiej cenie. Odwrócony ciężar dowodu nie zwalnia strony odwołującej z obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni ona podstawą swoich zarzutów wykazania podstaw faktycznych zarzutu, oraz przedstawienia kontrdowodów wobec tych, które przedłożyli przeciwnicy. W tym zakresie Odwołujący nie sprostął ciężarowi na nim spoczywającemu. Znamienne jest, że Odwołujący, który zarzuca Przystępującemu przedstawienie niepełnych wyjaśnień, nieudowodnienie twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach sam ogranicza się do stwierdzeń, w żaden sposób ich nie uprawdopodobniając. Taka sytuacja ma miejsce np. odnośnie zarzutu dot. kosztów backupu, które Odwołujący kwestionuje, jednakże nie przedstawia żadnej argumentacji co do właściwego poziomu kosztu. W konsekwencji zarzut w tym aspekcie podlegał oddaleniu.

W ocenie lzby wiarygodna jest argumentacja Przystępującego i Zamawiającego w zakresie realności ceny zaoferowanej przez Przystępującego. Należy zauważyć, iż Przystępujący m.in. jako jedyny z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia złożył ofertę z zamiarem wykorzystania do realizacji zamówienia sprzętu używanego, nie nowego jak pozostali wykonawcy. Niewątpliwie już sam ten fakt wpływał na poziom ceny zaoferowanej przez Przystępującego. Powyższe przyznał również Odwołujący, w odwołaniu dot. ustalenia przez Zamawiającego wartości poszczególnych kryteriów oceny ofert, wskazując, że dopuszczenie do zaoferowania w postępowaniu sprzętu używanego może przełożyć się na ceny ofert i uniemożliwić konkurowanie pomiędzy wykonawcami, a spadek wartości sprzętu używanego wobec nowego wynosi ponad 50% wartości.

Dalej Izba zważyła, iż przedstawiane przez Odwołującego dowody nie potwierdzały zaniżenia ceny przez Przystępującego. W ocenie Izby, Odwołujący nie podważył skutecznie założeń Przystępującego co do cen energii i poziomu jej zużycia, kosztów backupu, kosztów zakupu dysków, czy też kosztów nieprzewidzianych. Założenie Odwołującego przyjęte co do sposobu zaoferowania wsparcia producenta oraz jego wartości wobec odmiennych założeń Przystępującego również nie mogły wpływać na uwzględnienie zarzutu. Odwołujący w zakresie kosztów zasilania podnosił, iż dokonana przez Przystępującego kalkulacja zasilania jest nieprawidłowa, gdyż nie uwzględnia planowanych znacznych podwyżek cen prądu oraz brak jest rezerwy na wzrost tych kosztów. Na dowód czego przedstawił wydruk ze strony internetowej dot. przewidywanego poziomu wzrostu cen energii elektrycznej dla gospodarstw domowych. Dowód ten uznać należy za nieprzydatny, gdyż Przystępujący stwierdził, iż jako przedsiębiorca kształtuje ceny nabywanej energii w drodze negocjacji z dostawcą, tak więc prognozy dla gospodarstw domowych nie przystają do jego sytuacji. Jednocześnie nawet sam Odwołujący nie wskazywał jaki poziom wzrostu cen energii Przystępujący winien był przyjąć oraz kiedy on nastąpi, opierając swe stanowisko na pewnego rodzaju spekulacjach. Trudno tak postawiony zarzut uznać za uzasadniony. Na chwilę obecną brak jest, oprócz ogólnego przeświadczenia o wzroście cen energii elektrycznej, jakichkolwiek przesłanek czy też do ustalenia, czy i o ile cena Przystępującego winna być wyższa. Dlatego też, Izba uznała, za racjonalne w tym zakresie stanowisko Przystępującego, iż nie jest możliwe odrzucenie oferty i kwestionowanie przyjętych w niej kosztów z uwagi na jedynie potencjalny i przyszły wzrost cen. Wobec niemożności jednoznacznego ustalenia poziomu wzrostu cen energii elektrycznej, uzasadnionym jest objęcie tych ewentualnych kosztów rezerwą na dodatkowe i nieprzewidziane koszty. Dowód złożony przez Przystępującego tj. wydruk pt. „premier o wzroście energii (...)” Izba uznała za nieprzydatny dla rozstrzygnięcia sprawy.

Odwołujący kwestionował również, wskazany przez Przystępującego parametr PUE (tj. parametr efektywności zużycia energii elektrycznej) na poziomie 1,5. W tym zakresie oprócz poddania w wątpliwość Odwołujący nie wykazał żadnej aktywności dowodowej która uzasadniałaby zawarte w odwołaniu twierdzenia. W związku z tym, za niewiarygodną należy uznać przedstawioną przez Odwołującego kalkulację z uwzględnieniem PUE na poziomie 1,8, którego uzasadnienie dla przyjęcia akurat tego poziomu parametru nota bene zostało przedstawione w sposób szczątkowy. Przystępujący przedstawił również wyczenie współczynnika PUE, które Izba potraktowała jako potwierdzenie deklarowanego w wyjaśnieniach poziomu.

Co do kosztów zakupu dodatkowych dysków, przyjęte przez Przystępującego założenia uznać należy za uzasadnione. Przystępujący ujął w cenie oferty koszty zakupu dodatkowych dysków „refurbished” tj. refabrykowanych, jak twierdził w toku postępowania odwoławczego na podstawie analizy rynku (na dowód realności poziomu kosztów przedłożył ofertę z dn. 27.5.2021 r. firmy Format sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, którą Izba potraktowała jako uzasadnienie dla deklarowanego w wyjaśnieniach poziomu kosztów). Natomiast przedstawione przez Odwołującego dowody (oferty i kalkulacja) dotyczą cen dysków aktualnie oferowanych i nabywanych, na pierwszym etapie postępowania odwoławczego przedstawiane dowody dotyczyły dysków nowych i takie założenie przyjął Odwołujący formułując odwołanie cyt. „W tym przypadku nie można mówić o dyskach używanych, bowiem wykonawca Infomex wyraźnie wskazał, że jest to kwota „na zakup dysków” (.), które wobec stanowiska Przystępującego, iż nie zamierza nabywać dysków nowych są nieprzydatne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. W toku postępowania odwoławczego stanowisko i argumentacja Odwołującego uległa zmianie i objęła również dyski refabrykowane, co prowadzi do wniosku, iż nastąpiła niedozwolona zmiana podstaw faktycznych zarzutu i jego rozszerzenie. Na dowód poziomu cen dysków refabrykowanych Odwołujący przedstawił wydruki ze stron internetowych oraz korespondencję z firmą Comtegra S.A. datowaną na listopad 2021 r., a więc nieprzystającą do realiów w których Odwołujący składał i wyceniał ofertę. Ponadto oferty przedstawiane przez Odwołującego należy uznać za oferty przygotowane dla Odwołującego, które nie mogą podważyć twierdzeń Przystępującego wyrażonych w oparciu o oferty przygotowane dla Przystępującego gdyż mają taką samą wartość dowodową. Zauważyć należy za Przystępującym, że Odwołujący przedstawiał kilka kalkulacji kosztów tego elementu oferty, każdorazowo różniących się od siebie co nie przydaje im wiarygodności. Ponadto dyski, jak wskazywał Zamawiający, są produktami o niskiej awaryjności, co potwierdza dowód złożony przez Przystępującego w postaci zestawienia napraw.

Również zarzut w zakresie usługi opieki technicznej i serwisowej uruchomionego środowiska Izba uznała, za niepotwierdzony. Przystępujący zaoferował świadczenie tej usługi w sposób odpowiadający wymaganiom zamawiającego, a odbiegający od założeń Odwołującego leżących u podstaw odwołania. Usługa ta jest oferowana zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Jak wskazywał Zamawiający nie wymagał w SWZ określonego poziomu supportu producenta lecz zapewnienia sprecyzowanych funkcjonalności. Odwołujący argumentował, iż Przystępujący nie ujął w wycenie supportu producenta na odpowiednim poziomie, w sytuacji gdy Przystępujący przyjął, iż jako

certyfikowany partner Fujitsu oraz HPE (potwierdzone przedłożonymi dowodami) posiada kompetencje pozwalające mu na samodzielne projektowanie, wdrażanie oraz serwisowanie rozwiązań funkcjonujących w ramach jego Data Center. Tym samym, może realizować większość zadań siłami własnymi, komplementarnie korzystając z usług świadczonych przez producentów komponentów udostępnionej infrastruktury, zapewniając Zamawiającemu wymagany czas reakcji. Zatem, usługa ta jako realizowana przez Przystępującego w sposób odmienny od założonego w odwołaniu i stanowiącego podstawę zarzutu. Ponadto, Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie wykazał swego twierdzenia, że dla realizacji wymagania Zamawiającego ww. wskazanym obszarze konieczne jest posiadanie wsparcia producenta na poziomie wyższym niż założony przez Przystępującego.

Nie można zgodzić się również z twierdzeniem Odwołującego, iż Przystępujący nieprawidłowo wliczył w cenę koszty leasingu czy też przyjął założenie dalszego wykorzystania sprzętu do realizacji innych umów. Twierdzenia te nie potwierdziły się. W zakresie prawidłowości przyjęcia kosztów leasingu Izba podzieliła stanowisko Przystępującego i Zamawiającego. Ponadto Odwołujący wskazywał, także że ciężko sobie wyobrazić, iż Przystępujący będzie w stanie natychmiastowo realizować kolejne zamówienie w oparciu o sprzęt wykorzystywany do realizacji niniejszego zamówienia. Jak wskazano, taka sytuacja miała miejsce w tym postępowaniu, gdyż umowa z Zamawiającym powinna ulec zakończeniu kilka miesięcy wcześniej, lecz ze względu na przedłużające się postępowanie wykonawca w dalszym ciągu realizował zamówienie, uzyskując z tego tytułu przychody. Okoliczność ta wpłynęła również na koszty leasingu, co wyjaśnił Przystępujący. Sytuacja na rynku jest dynamiczna, więc trudno zgodzić się z arbitralnymi stwierdzeniami Odwołującego.

Odwołujący nie wykazał w oparciu o jakie przesłanki uznał, iż Przystępujący zamierza finansować realizację zamówienia w oparciu o przychody z innych projektów oraz iż niemożliwa jest eksploatacja sprzętu w okresie dłuższym niż 60 miesięcy. Oczywiście, korzystanie ze sprzętu nowego umożliwiałoby wykorzystanie najnowszych technologii, lecz nie zawsze takie rozwiązanie jest uzasadnione ekonomicznie i nie decyduje o możliwości wykorzystania sprawnego sprzętu używanego.

O tym jakie elementy powinien wykonawca ująć w rezerwie na koszty nieprzewidziane oraz o poziomie tych kosztów, decydował wykonawca samodzielnie na podstawie własnej oceny ryzyk i doświadczenia. Jak wskazywał Przystępujący i Zamawiający oferowany do realizacji zamówienia sprzęt jest mało awaryjny (okoliczność potwierdzona zestawieniem własnym Przystępującego dot. wszystkich napraw), a przejęty model serwisu powoduje, iż wykonawca mógł ograniczyć prognozowane koszty kar umownych z tytułu nienależytego wykonania zamówienia (zgodnie z oświadczeniem w trakcie realizacji aktualnej umowy z Zamawiającym nie naliczono kar umownych). Po raz kolejny Izba wskazuje, że Odwołujący budował zarzut w oparciu o własną wiedzę i doświadczenie, odmawiając tych możliwości jednocześnie Przystępującemu. W ocenie Izby, wykonawca po to w ofercie przewidział rezerwę na nieprzewidziane koszty aby móc odpowiednio reagować w przypadku ich wystąpienia. Izba uznała, iż wykonawca może przyjąć do określenia tych kosztów pewne założenia, jednakże nie determinują one wykorzystania środków z tej rezerwy w przypadku wystąpienia innych okoliczności kosztotwórczych nieprzewidzianych na etapie wyceny oferty.

Odwołujący nie wykazał, iż Przystępujący zaoferował cenę nierealną i nie osiągnie zysku z realizacji zamówienia.

Wobec powyższego, Izba stwierdziła, że nie potwierdził się zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, nie potwierdził się. Odnośnie złożenia oferty Przystępującego w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji brak w odwołaniu pogłębionej argumentacji, dlatego też wobec nieuwzględnienia zarzutów z obszaru rażąco niskiej ceny brak było podstaw do stwierdzenia wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji.

W oparciu o analizę odwołania nie sposób oprzeć się wrażeniu, że nie tyle przedłożone przez Przystępującego wyjaśnienia oraz dowody są niewystarczające dla uznania, że cena jest realna, o ile nie przystają do założeń i oczekiwań Odwołującego. Dostrzeżenia również wymaga, że jak wskazał Zamawiający, istnieje szereg czynników różnicujących okoliczności budowania oferty przez każdego z wykonawców i wpływających na założenia jakie wykonawcy przyjmują do wyceny zamówienia. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że różne podmioty, o różnej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, odmiennej siatce dostawców i innej specyfice pracy oraz doświadczeniu, uzyskują różne ceny ofertowe od potencjalnych dostawców w zakresie oferowanego towaru/usług i w inny sposób wyceniają oferowane usługi.

Izba stwierdziła, że twierdzenia Odwołującego o niezgodności treści oferty Infomex z

warunkami zamówienia okazały się bezzasadne. O ile Izba nie wyklucza iż, taki zarzut może zostać podniesiony w związku z zapoznaniem się z wyjaśnieniami ceny, które dotyczą sfery treści oferty, to w niniejszej sprawie Odwołujący nie wykazał iż rozwiązanie zaoferowane przez Przystępującego nie jest zgodne z warunkami zamówienia. Izba przychyliła się do argumentacji Przystępującego i Zamawiającego mając jednocześnie na względzie, że wszelkie wątpliwości na tym etapie postępowania należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy. Odwołujący dostrzegł niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia w trzech obszarach. Pierwszy z nich to brak zaoferowania rozwiązania opartego na macierzy dyskowej z dyskami w technologii SSD o sumarycznej pojemności min. netto 80TB w RAID 6 z interfejsem Infiniband. Odwołujący wywołał z treści załączników do wyjaśnień ceny złożonych przez Przystępującego, iż wskazana w ofercie macierz dyskowa producenta Infomex, nie jest w istocie macierzą dyskową, a serwerem oraz że jej producentem nie jest Przystępujący a HPE. Ponadto oferowane rozwiązanie w tej konfiguracji nie jest zgodne z pkt 3.5 lit. b Załącznika nr 1 do SWZ tj. 4 serwery uznać należy za 4 macierze co jest niezgodne z ograniczeniem do 3 macierzy. Izba zważyła, że Zamawiający nie zdefiniował w SWZ, ani w jej wyjaśnieniach pojęcia „macierzy dyskowej”. Ponadto, jak wskazał Zamawiający, nie żądał specjalizowanej fizycznej macierzy. Przystępujący oferuje dwie macierze po 40 TB pojemności netto, co jest zgodne z wymogiem dostarczenia maksymalnie 3 macierzy, które sumarycznie gwarantują min. netto 80TB przestrzeni. Przystępujący wskazał, że przygotował odpowiednio skonfigurowaną macierz z wykorzystaniem komponentów takich jak HPE Apollo 4200 Gen9 PN: 808028-B21, dedykowanych kart Infiniband oraz odpowiednio wybranego oprogramowania. Ponadto Przystępujący stwierdził, że oferowane rozwiązanie nie ma nic wspólnego z przedstawioną przez Odwołującego konfiguracją niezależnych serwerów, które udostępniają sumarycznie przestrzeń. W przedłożonym przez Przystępującego dokumencie pn. „VIRTUAL DATA CENTER - pierwsza instalacja flexible cloud w Polsce” opracowanego wspólnie z HPE zawarto stwierdzenia „VDC działa w oparciu o software defined storage (SDS), które pozwoliło na wykorzystania serwerów HPE Apollo do stworzenia niezwykle wydajnej macierzy.”, co oznacza iż serwery HPE Apollo mogą być komponentami użytymi do stworzenia macierzy dyskowej. Odwołujący nie podważył tej okoliczności. Dalej zauważyć należy, iż Zamawiający przywołał stanowiska potwierdzające, że rozwiązanie oparte na modelu SDS nazywane jest macierzą, a rozwiązanie „macierzy dyskowej” zaproponowanej przez Przystępującego składa się ze sprzętu, oprogramowania i konfiguracji. Dalej, Izba uznała za wiarygodne potwierdzenie przedstawiciela producenta z dn. 23 listopada 2021 r., iż serwery HPE Apollo 4200 posiadane przez Przystępującego służą m.in. do budowy macierzy dyskowych, w tym macierzy dyskowych typu Software-Defined Storage (macierz definiowana programowo). Ponadto podmiot ten potwierdził, iż serwery te mogą zostać wykorzystane do budowy macierzy dyskowych przy dochowaniu wszystkich wymagań określonych przez Zamawiającego w dokumentacji niniejszego postępowania. Wobec tych stanowisk, Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał niezgodności treści oferty Przystępującego z warunkami zamówienia. Ponadto w ocenie Izby, za producenta określonego produktu należy uznać podmiot wytwarzający produkt w skonkretyzowanej postaci, w tym kontekście Przystępujący może zostać uznany za producenta oferowanej macierzy.

Drugi kwestionowany obszar to udostępniania przez macierz dyskową przestrzeni dyskowej w RAID 6. Odwołujący wskazał, że takie zabezpieczenie danych odbywa się poprzez kontroler dyskowy, który dysponuje możliwościami tworzenia odpowiednich poziomów RAID. Jednocześnie Odwołujący stwierdził, że oferowane przez Przystępującego rozwiązanie HPE Apollo 4200 Gen9Server wyposażone jest jedynie w konkretny kontroler RAID, zintegrowany z płytą główną HPE Dynamic Smart Array C140i Controller oraz kartę rozszerzeń HP H240 Smart HBA: 726907-B21. Żadne z tych urządzeń nie jest wyposażone w funkcjonalność zabezpieczenia danych na poziomie RAID. Odwołujący przedstawił jako dowody specyfikacje techniczne płyty głównej oraz karty rozszerzeń. Twierdzenie Odwołującego nie potwierdziło się. Przystępujący wskazał, że komponenty zastosowane do budowy macierzy

mają konkretne numery seryjne. Po wpisaniu takiego numeru produktu na stronie HPE można uzyskać potwierdzenie, iż komponent HPE Apollo 4200 Gen9 o numerze seryjnym PN:808028-B21 ma wbudowany kontroler P840ar, który posiada funkcjonalność zabezpieczenia danych na poziomie RAID6, a tym samym umożliwia zabezpieczenie danych na poziomie RAID6. Powyższe potwierdzono korespondencją z HPE. Rozwiązanie zastosowane przez Przystępującego uznał za odpowiadające treści warunków zamówienia również Zamawiający.

W trzecim aspekcie dot. opieki technicznej i serwisowej, Izba uznaje za adekwatne stanowisko wyrażone powyżej odnośnie tego elementu oferty. Nie potwierdziły się tezy Odwołującego o niezgodności zaoferowanego przez Przystępującego rozwiązania z treścią warunków zamówienia.

Ponadto, przy wyrokowaniu pominięto zgłoszone przez Odwołującego dowody: z wydruków ze stron internetowych UOKiK i artykułu „Milion za zmwę przetargową” oraz z wydruku dot. jak wyjaśnić Odwołujący poziomu cen oprogramowania niezbędnego do

realizacji zamówienia, jako bezprzedmiotowych dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Przystępujący, stwierdził, że korzysta z oprogramowania open source, a nie ze wskazanego przez Odwołującego i nie generuje ono dodatkowych kosztów. Ponadto kwestia oprogramowania nie stanowiła podstawy faktycznej zarzutu zakreślonego odwołaniem, tak więc należy uznać tę argumentację na nieuprawnione rozszerzenie zarzutu.

Wobec poczynionych powyżej ustaleń brak było podstaw do nakazania Zamawiającemu wezwania Przystępującego do wyjaśnienia treści oferty.

Zarzut 3 dotyczący naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Infomex z Postępowania w związku z przedstawieniem w treści oferty informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, co do zaoferowanego rozwiązania, tj. macierzy dyskowej producenta Infomex, podczas gdy z wyjaśnień ceny oferty złożonych przez Infomex wynika, że w rzeczywistości zostało zaoferowane rozwiązanie serwerowe producenta HPE, co miało istotny wpływ na decyzję Zamawiającego dotyczącą oceny zgodności treści oferty z treści SWZ, a tym samym na wybór oferty wykonawcy Infomex jako najkorzystniejszej, oraz zarzut 4 dotyczący naruszenia art. 16 pkt 1) i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Infomex, pomimo wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy Infomex jako najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, jako zarzuty wynikowe, wobec nie potwierdzenia się zarzutów podstawowych również podlegały oddaleniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 oraz pkt 2 lit. b 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: