

Sygn. akt: KIO 2357/23

WYROK
z dnia 28 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 07 sierpnia 2023 r. przez Odwołującego **Integrated Solutions sp. z o.o. (ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Ministerstwo Finansów, Biuro Administracyjne (ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa)**

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów opisanych w odwołaniu pod numerem: 1a, 1b, 1d, 1f, 1g, 1h, 1i,
2. oddala odwołanie w zakresie zarzutu opisanego w odwołaniu pod numerem 1c, dotyczącego terminu przeniesienia subskrypcji,
3. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu opisanego w odwołaniu pod numerem 1e), dotyczącego określenia przez Zamawiającego jednej ceny dla różnych rodzajów usług Azure i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmian postanowień SWZ (odnoszących się do sposobu obliczania ceny i formularza ofertowego) poprzez podział ceny w sposób, który będzie uwzględniał różnorodność poziomów opustów dla różnych rodzajów usług Azure,
4. kosztami postępowania obciąża:

- Odwołującego **Integrated Solutions sp. z o.o. (ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa)** w wysokości 1/2,
- Zamawiającego **Ministerstwo Finansów, Biuro Administracyjne (ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa)** w wysokości 1/2,

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:

- kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Integrated Solutions sp. z o.o. (ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od Zamawiającego **Ministerstwo Finansów, Biuro Administracyjne (ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa)** na rzecz Odwołującego **Integrated Solutions sp. z o.o. (ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa)** kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem kosztów postępowania odwoławczego w postaci 1/2 wysokości wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2357/23

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest doładowanie platformy usług hostowanych Microsoft Azure wraz ze świadczeniem usług wsparcia Wykonawcy oraz wsparcia inżynierskiego Producenta.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 142-452404.

Odwołujący Integrated Solutions sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z uwagi na:

- a) Brak określenia sposobu administrowania usługami Azure udostępnionego dla wykonawcy, od którego zależy możliwość zastosowania dodatkowych rabatów oraz możliwość należytego świadczenia przedmiotu umowy, co uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie ceny oferty i należytą realizację umowy;
- b) Brak zastrzeżenia, że usługi Azure mogą być uruchomione na nowej subskrypcji, gdyż przeniesienie subskrypcji w ramach usług Azure może trwać nawet kilka miesięcy, co uniemożliwia zrealizowanie zamówienia w przewidzianych przez Zamawiającego terminach i preferuje aktualnego dostawcę usług Azure;
- c) Brak określenia terminu na przeniesienie Azure Plan do nowego Wykonawcy - dostawcy Azure za pośrednictwem support Microsoft, wobec faktu, że operacja taka może zająć do kilku miesięcy, co oznacza, że sporządzenie oferty dla Zamawiającego, jeśli będzie oczekiwał przeniesienia subskrypcji może okazać się niemożliwe w określonym przez Zamawiającego czasie, co uniemożliwia sporządzenie i złożenie oferty
- d) Brak zastrzeżenia, że Zamawiający przyzna wykonawcy uprawnienia do monitoringu usług Azure, co uniemożliwia sporządzenie oferty, z uwagi na to, że wykonawca nie wie czy, czy uzyska uprawnienia do monitoringu niezbędne dla realizacji usług wsparcia technicznego oraz monitoringu w zakresie wymaganym przez Zamawiającego i opisanym w OPZ w pkt 4 i 6, co uniemożliwia sporządzenie i złożenie oferty;
- e) Brak rozdzielenia ceny usług Microsoft Azure od usług Azure RI oraz usług Azure zakupionych na Marketplace, a także Spot Instances, z uwagi na to, że są możliwe do uzyskania u producenta Microsoft różne rodzaje upustów na te usługi, ujęcie ich w jednej cenie uniemożliwia prawidłową kalkulację ceny oferty (Roz. 17.1, 17.2 i 18.4.1 SWZ);
- f) Brak zastrzeżenia, że za zabezpieczenie środowiska jest w pełni odpowiedzialny Zamawiający, co sprawia, że w przypadku ataku i wygenerowania dodatkowych kosztów Zamawiający będzie obciążał kosztami wykonawcę, czego wykonawca nie jest w stanie oszacować i co uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie ceny oferty;
- g) Niejednoznaczne opisanie zakresu wsparcia technicznego wykonawcy, co uniemożliwia wykonawcy określenie jakie świadczenia będzie musiał zrealizować, a w konsekwencji nie pozwala sporządzić w sposób należyty oferty, w szczególności skalkulować jej cenę (Pkt 4.3 OPZ) i może uniemożliwić prawidłową realizację umowy i wywiązania się z spełnienia wymagań OPZ;
- h) Brak określenia z jakiego regionu ma być świadczona usługa Azure dla Zamawiającego, z uwagi na to, że różne są koszty jej zakupu w zależności od regiony z którego są uruchamiane i wobec braku zastrzeżenia regionu świadczenia usług z jednej strony wykonawca nie wie, w jaki sposób skalkulować cenę swojej oferty, a z drugiej prowadzi to do nieporównywalności ze sobą ofert,

i) Brak zastrzeżenia, że Zamawiający zobowiązuje się do nie przekraczania zużycia Azure ponad wynikającą z zamówień zamówioną i odebraną przez Zamawiającego wartość środków Azure, a w przypadku przekroczenia zużycia Azure do pokrycia nadmiarowych kosztów poniesionych przez Wykonawcę wg wystawianych przez Wykonawcę faktur rozliczeniowych, co powoduje ryzyko, które Wykonawca nie jest w stanie oszacować i co uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie ceny oferty; - co w opinii Odwołującego stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany dokumentów zamówienia w sposób wskazany w odwołaniu.

Zarzut 1 c) Zbyt krótki termin przeniesienia subskrypcji

Zgodnie z pkt 2.2 OPZ „Termin realizacji poszczególnych Zleceń będzie zgodny z ofertą Wykonawcy - z zastrzeżeniem, że nie może być dłuższy niż 5 Dni roboczych, liczonych od dnia następnego po dniu, w którym Zlecenie zostało przesłane przez Zamawiającego”.

Odwołujący wskazał, że już w przypadku pierwszego zlecenia, jeśli Zamawiający posiada już swoją subskrypcję Azure w CSP i chciałby ją wykorzystać w umowie będącej przedmiotem postępowania, to istnieje możliwość przeniesienia Azure Plan za pośrednictwem supportu Microsoftu. Wymaga to wypełnienia formularza po stronie Microsoft, natomiast Microsoft nie gwarantuje czasu w jakim to zrealizuje. Przeniesienie może zająć kilka dni albo kilka miesięcy - zależy to od wyłącznie od Microsoft, a z doświadczeń Odwołującego i współpracujących dystrybutorów wynika, że zdarzają się przypadki gdy trwa to nawet 4 miesiące. W przypadku, gdyby taka sytuacja wystąpiła podczas świadczenia nowej umowy dla Zamawiającego, nowy Wykonawca nie miałby do momentu zakończenia procesu przeniesienia Azure Plan, wglądu w usługę Azure dla Zamawiającego, co uniemożliwiłoby prawidłowe jej świadczenie wg wymagań OPZ, administrację, monitoring i rozliczanie.

Zarzut 1 e) Jedna cena dla różnych rodzajów usług Azure

Zgodnie z Roz. 17.1 SWZ „Zamawiający cenę oferty ustala na podstawie zadeklarowanego przez Wykonawcę Opustu”, przy czym wyjaśnienie pojęcia opustu zostało określone w Roz. 18.4.1 SWZ, co wynika z Roz. 17.2 SWZ

Zgodnie z Roz. 18.4.1 SWZ - „Opust wyrażony w %, stanowiący różnicę pomiędzy kwotą doładowania konta Microsoft zleconą przez Zamawiającego, a praktycznie poniesionymi przez Zamawiającego kosztami doładowania.”

W opinii Odwołującego, taki sposób podania opustu nie uwzględnia, że istnieją różne rodzaje usług Azure, dla których producent Microsoft przewidział różne poziomy rabatowania. Konieczność podania jednej ceny za wszystkie rodzaje usług Azure bez znajomości wykorzystania poszczególnych rodzajów usług Azure przez Zamawiającego uniemożliwia prawidłową kalkulację ceny oferty. Wynika to stąd, że dla poszczególnych rodzajów usług Azure ich producent przewiduje różne rabaty, a w konsekwencji nie jest możliwe zaoferowanie jednego takiego samego dla wszystkich rodzajów usług. Dla jednych grup produktowych Microsoft nie oferuje wobec Wykonawców żadnego upustu, a dla innych Microsoft oferuje kilkunastoprocentowy poziom upustów. Rozdzielenie na kategorie produktowe formularza ofertowego pozwoli w opinii Odwołującego na precyzyjne zaoferowania upustów i uzyskanie przez Zamawiającego niższych cen ofertowych.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Oświadczył, że uwzględni zarzuty opisane w odwołaniu pod numerem: 1 a), 1d), 1f), 1g), 1i).

Odwołujący w trakcie posiedzenia z udziałem stron oświadczył, że cofa zarzuty opisane w odwołaniu pod numerem 1b), 1h).

Wobec powyższego wymienione zarzuty nie zostały skierowane do rozpoznania na rozprawie, a postępowanie odwoławcze w zakresie tych zarzutów zostało umorzone, o czym mowa w pkt 1 sentencji wyroku.

W treści odpowiedzi na odwołanie, w odniesieniu do zarzutów nieuwzględnionych, Zamawiający wskazał co następuje:

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu opisanego w odwołaniu pod numerem 1c) oraz podtrzymał w tym zakresie treść SWZ. Wyjaśnił, że zamiarem Zamawiającego jest doładowywanie i utrzymywanie istniejących subskrypcji. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący błędnie rozumie termin realizacji Zleceń. Zlecenie polega wyłącznie na doładowaniu istniejących środowisk, a nie na każdorazowym przenoszeniu subskrypcji. Zamawiający zwrócił uwagę na odpowiedź udzieloną przez niego do zarzutu opisanego pod numerem 1 b), gdzie Zamawiający wskazał, że zgodnie z posiadanymi informacjami uzyskanymi od Microsoft Polska sp. z o.o., zmiana Operatora CSP oraz przeniesienie rozliczeń na nowego Wykonawcę trwa około jednego tygodnia.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu opisanego w odwołaniu pod numerem 1e) oraz podtrzymał w tym zakresie treść SWZ. Zamawiający wyjaśnił, że z posiadanej przez Zamawiającego wiedzy wynika, że Microsoft nie udziela żadnych opustów na usługi Azure Marketplace oraz Spot Instances.

Wskazał także, że zgodnie z najlepszą wiedzą Zamawiającego usługa Azure Reservation Instances polega na rezerwowaniu danej subskrypcji na określony czas. W związku z rezerwacją subskrypcji Microsoft udziela automatycznie z góry określonego opustu poprzez obniżenie stawki za dany zasób znajdujący się w subskrypcji. Wskazane w Microsoft Azure Reservation Instances opusty są dostępne do wyliczenia poprzez dedykowane przez Microsoft internetowe kalkulatory. W związku z powyższym Zamawiający nie dostrzegł potrzeby aby Wykonawca oferował oddzielny opust w formularzu ofertowym.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Zarzut opisany w odwołaniu pod numerem 1c) dotyczący zbyt krótkiego terminu przeniesienia subskrypcji podlegał oddaleniu.

Odwołujący w trakcie rozprawy z udziałem stron złożył korespondencję e-mailową od firmy TDSynnex (dostawy usługi Azure, dystrybutor firmy Microsoft) jako dowód na okoliczność, że procedura przenoszenia subskrypcji trwa znacznie dłużej niż jeden tydzień.

W treści wskazanego dokumentu znalazło się stwierdzenie: „Zdarzają się przypadki gdy taki proces przepisania rozliczenia na bieżącego Wykonawcę trwa od 3 do 5 dni roboczych. Jednak zdarza się wyjątek, że taki wniosek procesujemy już kolejny miesiąc bez sukcesu.”

Skoro zatem już w pierwszym zdaniu stwierdzono, że zdarzają się przypadki, że proces przepisania na nowego wykonawcę trwa od 3 do 5 dni, to oznacza, że przewidziany przez Zamawiającego termin 5 dni roboczych pozostaje terminem wystarczającym na przeniesienie usługi. W kolejnym zdaniu znalazła się informacja o sytuacji wyjątkowej, a więc jedynie wyjątkiem jest sytuacja, gdy wniosek jest procedowany ponad 1 miesiąc. Skoro zatem jest to sytuacja wyjątkowa, to nie można uznać, że normą jest, iż przeniesienie usługi trwa miesiąc lub więcej. Wręcz przeciwnie, z powyższego dowodu wynika, że Zamawiający prawidłowo oszacował, że czas na przeniesienie usługi może wynosić 5 dni roboczych i jest to czas wystarczający.

Odwołujący nie wykazał, aby czynność przepisania usługi na kolejnego wykonawcę oraz wypełnienia formularza była czynnością wysoce skomplikowaną. Należy również zakładać, że podmiot wyspecjalizowany będzie w stanie

zrealizować tę usługę od ręki. Świadczy o tym również powyżej zacytowana korespondencja. Skoro bowiem zdarzają się przypadki, że proces przeniesienia trwa 3-5 dni, to wskazuje to na okoliczność, że nie może być miejsca na zbyt skomplikowaną procedurę.

Odwołujący złożył również w trakcie rozprawy z udziałem stron jako dowód dokument w postaci wydruku ze strony firmy Microsoft. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że procedura przeniesienia nie trwa kilka dni, ale kilka miesięcy. Jednakże poza złożeniem takiego dowodu Odwołujący nie wykazał, aby wynikało z niego, że jego twierdzenia są prawidłowe. Nie wykazał, aby w dowodzie tym znalazły się jakiegokolwiek terminy dla usługi, zwłaszcza takie, które wskazywałyby na konieczność uznania za prawidłowy termin 3 miesięcy (jak oczekiwał tego Odwołujący). Odwołujący nie wskazał również żadnej części dokumentu, która miałaby uzasadniać, że proces przeniesienia usługi na kolejnego wykonawcę jest szczególnie utrudniony. W świetle powyższego należało stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał, aby jego zarzut był uzasadniony.

Zamawiający nie naruszył zatem art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z tym artykułem, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Odwolujący nie wykazał, aby jego zarzut, jak również żądanie zawarte w treści odwołania, były zasadne. Tymczasem jego obowiązkiem było uzasadnienie w tym zakresie.

Złożone przez Odwołującego dowody nie uzasadniają żądania. Jak słusznie zauważył Zamawiający, jeżeli wykonawca oczekuje wprowadzenia zmian w SWZ, to powinien wykazać ich zasadność i prawidłowość.

Tymczasem zarówno dowód w postaci korespondencji e-mailowej, jak również dowód w postaci opisu przenoszenia subskrypcji lub rezerwacji do innego klienta, nie przedstawiają żadnego terminu przeciętnego, wynikającego z doświadczenia dystrybutora.

Zamawiający natomiast wykazał swoje potrzeby, uzasadniające wprowadzone w SWZ terminy. Nie ulega wątpliwości, że system jest istotny i niezbędna jest ciągłość utrzymania systemu, bez występowania przerw. Zamawiający oświadczył w trakcie rozprawy z udziałem stron, że termin trzech miesięcy jest terminem dla niego nieakceptowalnym. Zamawiający miał zatem prawo określić wymagania jak w zakwestionowanym postanowieniu SWZ.

Słusznie również zauważył Zamawiający, że przytoczone przez Odwołującego postanowienie dotyczy zleceń, nie zaś samego przeniesienia całej usługi. Czynność przeniesienia usługi na innego wykonawcę stanowi czynność jednorazową, wykonywaną na początku świadczenia usługi, w przeciwieństwie do zleceń. Niezależnie od powyższego, nawet uznając za zasadne twierdzenie Odwołującego, że punkt ten będzie miał zastosowanie do samego przeniesienia usługi na kolejnego wykonawcę, zarzut Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut opisany w odwołaniu pod numerem 1e) dotyczący jednej ceny dla różnych rodzajów usług Azure zasługiwał na uwzględnienie.

Należy zauważyć, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie już w pierwszym zdaniu potwierdził argumentację Odwołującego wyrażoną w treści odwołania. Zamawiający przyznał, że dla usługi Azure Market Place oraz Spot Instances upust wynosi zero. Nie przeczył również, że pozostałe usługi mogą podlegać rabatowi.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący w trakcie rozprawy z udziałem stron złożył dowód w postaci informacji pn.: „Jak są obliczane i wypłacane środki uzyskane przez partnera.” Na stronie pierwszej znalazło się wyjaśnienie, co oznacza skrót PEC – jest to marża wykonawcy. Na stronie drugiej i trzeciej wskazane zostały te usługi, dla których PEC nie ma zastosowania, co potwierdza okoliczność, że upust dla tych wskazanych usług wynosi zero. Zamawiający nie odniósł się do złożonego dowodu. Powyższe oznacza więc, że nie jest sporny pomiędzy stronami fakt, że usługi Azure podlegają różnym rabatowi, w tym na określoną część usług firma Microsoft nie udziela żadnego rabatu.

Zamawiający nie odniósł się do argumentacji Odwołującego. Nie przedstawił żadnego uzasadnienia dla braku zastosowania rozdzielenia ceny z uwzględnieniem rabatów, jakie oferuje firma Microsoft i które w ogóle nie są sporne pomiędzy stronami.

Powyższe w ocenie Izby stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie ulega wątpliwości, że oferowany upust stanowi składnik ceny, a zatem regulacja Zamawiającego ma wpływ na sposób sporządzania oferty przez wykonawców.

Jak słusznie zauważył Odwołujący, w sytuacji, gdy Zamawiający nie przewidział w formularzu możliwości rozbicia wartości upustu (dla części usług zero procent), to w tej sytuacji jedyną możliwością upustu wyniesie 0%. Ponadto Wykonawca, który złoży ofertę na wyższy upust, złoży ofertę z rażąco niską ceną, bowiem będzie zmuszony odjąć cenę wskazanego upustu od ceny katalogowej. Może zatem wystąpić sytuacja, że wykonawcy będą błędnie szacowali wartość usług.

W trakcie rozprawy z udziałem stron Zamawiający wskazał, że dokonał badania rynku i ustalił, że w wielu postępowaniach nie jest uwzględniany podział w zakresie upustu na obsługę Azure i Azure RI. Zamawiający nie przedstawił jednak żadnego dowodu na tę okoliczność, a zatem nie wykazał zasadności swoich twierdzeń. Zamawiający powoływał się także na postępowanie przetargowe prowadzone przez Centrum Informatyki Resortu Finansów. Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego, w postępowaniu tym nie dokonano rozdzielenia w zakresie upustu, a oferty złożyło czterech wykonawców. Również w tym zakresie Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów. Ponadto nie jest wiadomo, w jaki sposób zostaną ocenione oferty (pod względem przesłanek wykluczenia wykonawców, odrzucenia ofert, jak również wysokości zaferowanych cen). Niezależnie od powyższego, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy pozostają inne postępowania przetargowe prowadzone przez innych zamawiających.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 lit. a) oraz § 7 ust. 2 pkt 1), § 7 ust. 4 pkt 2), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania w wysokości 15 000 złotych.

Zamawiającego oraz Odwołującego obciążono kosztami postępowania odwoławczego w wysokości po 1/2, gdyż (poza zarzutami, które podlegały umorzeniu) jeden z zarzutów podniesionych w odwołaniu podlegał uwzględnieniu oraz jeden z zarzutów podlegał oddaleniu.

W konsekwencji, od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zasądzono kwotę 7500 zł 00 gr, która stanowi 1/2 wysokości wpisu od odwołania.

Pełnomocnik Odwołującego oraz pełnomocnik Zamawiającego złożyli wnioski o zasądzenie kosztów związanych z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Z uwagi na okoliczność, że każda ze stron postępowania została obciążona kosztami postępowania w równej wysokości (1/2), zniesiono wzajemnie pomiędzy Odwołującym i Zamawiającym koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocników,

mając jednocześnie na uwadze ograniczenie wysokości kosztów do kwoty 3600 złotych, wynikające z § 5 ust. 2 pkt b) Rozporządzenia.
Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....