

WYROK
z dnia 23 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 22 czerwca 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 9 czerwca 2023 r. przez wykonawcę **INTEGRATED SOLUTIONS Sp. z o.o., ul. Karolkowa 30, 01- 207 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03 - 734 Warszawa**

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutów oznaczonych w *petitum* odwołania jako:

- 1) 1.4, 3.2, wobec ich uwzględnienia przez Zamawiającego
- 2) 1.3, 1.6, 1.7, 2.2, jako zbędne
- 3) 1.1, 1.2, 1.5, 3.1, wobec ich wycofania przez Odwołującego

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego **INTEGRATED SOLUTIONS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 1662/23

UZASADNIENIE:

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego pn: „Modernizacja technologiczna macierzy dyskowych”, nr sprawy: PZ.293.808.2023, Nr postępowania: 6060/ILG 8/06138/01795/23/P.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 maja 2023 r. pod numerem: 2023/S 102-322069.

W postępowaniu tym wykonawca INTEGRATED SOLUTIONS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) 9 czerwca 2023 wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec postanowień treści specyfikacji warunków zamówienia w zakresie:

I. Wymagań z Załącznika nr 1 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia [dalej „OPZ”]:

Załącznik nr 1 do SWZ – OPZ – w zakresie jakim Zamawiający stawia następujące wymagania:

- pkt 2.6. OPZ [Zarzut#1.1]: „Dostarczone systemy dyskowe muszą być kompatybilne wykorzystywanym przez Zamawiającego systemem wirtualizacji VMware ESX 7.0 U3 i nowszym. Fakt ten musi być potwierdzany zarówno przez producenta oferowanego sprzętu jak i producenta eksploatowanego przez Zamawiającego rozwiązania wirtualizacyjnego - VMware ESXi: 2.6.1. dla oprogramowania VMware Zamawiający wymaga wydruku VMware Compatibility Guide dla Storage/SAN ze strony producenta: <https://www.vmware.com/resources/compatibility/search.php> przy zastosowaniu obydwu poniższych filtrów dla „Product Release Version: ESXi 7.0 U3”;
- SAN/Storage o Protocols: SCSI, o Transport Type: FC, o Features Category: VAAI-Block.
- SAN/Storage o Protocols: NVMe, o Transport Type: FC. 2.6.2. dla oferowanego systemu dyskowego, Zamawiający wymaga przedstawienia oświadczenia producenta lub wydruku z oficjalnej strony producenta, zawierającej macierz kompatybilności oferowanego systemu dyskowego z platformą wirtualizacyjną VMware ESXi 7.0 U3.”
- pkt 2.16 OPZ [Zarzut#1.2]: „Minimalna wymagana pojemność „surowa” (ang. raw) oferowanego systemu dyskowego to 1500TB (1364TiB). Zamawiający przez pojemność „surową” rozumie przestrzeń dyskową bez narzutu RAID, bez uwzględniania wykorzystania mechanizmów redukcji ilości danych (np. deduplikacja, kompresja, redukcja zer), będącą sumą fizycznej pojemności dysków”.
- pkt 2.18 i 2.21 OPZ [Zarzut#1.3]: „Zamawiający wymaga realizacji konfiguracji z wykorzystaniem dysków NVMe o

pojemności minimum 30TB oraz nie większych niż 40TB” oraz „Zamawiający wymaga możliwości rozbudowy systemu dyskowego do minimum 96 dysków (łącznie z dyskami nadmiarowymi spare) o pojemności minimum 30TB każdy, z zachowaniem wymogu 2.17 (połączenia NVMe over PCIe) oraz bez konieczności wymiany i/lub rozbudowy kontrolerów dyskowych (w tym zwiększenia ilości kontrolerów)”.

- pkt 2.51.16 OPZ [Zarzut#1.4]: „Obsługa realizacji na żądanie pełnej fizycznej kopii danych (clone) w ramach macierzy za pomocą wewnętrznych, natywnych mechanizmów kontrolerów systemu dyskowego. Wykonana kopia danych musi mieć możliwość zabezpieczenia innym poziomem RAID niż dane źródłowe. Musi być możliwość wykonania kopii w innej grupie dyskowej niż dane źródłowe”.

- pkt 4.6.2 OPZ [Zarzut#1.5]: „Gwarantowany czas naprawy jest liczony od momentu zgłoszenia problemu technicznego do serwisu i nie może przekraczać 24 godzin”.

- pkt 4.9 OPZ [Zarzut#1.6]: „Zamawiający wymaga w ramach prac wdrożeniowych i uruchomieniowych, w okresie od daty podpisania Protokołu Technicznego bez zastrzeżeń do minimum 31 stycznia 202411, co najmniej 48 godzin (6 dni roboczych, sumarycznie) konsultacji technicznych inżyniera posiadającego wiedzę ekspercką z zakresu wirtualizacji VMware (minimum na poziomie VMware Designer Expert)”.

- pkt 5.1 OPZ [Zarzut#1.7]: „Zamawiający wymaga dostarczenia voucherów szkoleniowych z minimum 12 miesięcznym okresem realizacji na przeprowadzenie, certyfikowanego przez producenta systemu dyskowego, szkolenia administracyjnego (szkolenie podstawowe i zaawansowane) z zakresu konfiguracji, eksploatacji, diagnostyki i optymalizacji dostarczonego sprzętu”.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 ust. 1, ust. 2 i ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1) i pkt 3) PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, nieuwzględniający okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i realizację zamówienia, nieproporcjonalny oraz w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, poprzez sformułowanie ww. szczegółowych wymagań i parametrów technicznych dotyczących pojedynczego systemu dyskowego, narzucając nieproporcjonalne i bezzasadne wymogi techniczne dla przedmiotu zamówienia.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) dokonania modyfikacji treści Załącznika nr 1 do SWZ – OPZ poprzez:

- usunięcie pkt 2.6 OPZ,

- zastąpienie dotychczasowej treści pkt 2.16 OPZ w następujący sposób: „Minimalna efektywna pojemność oferowanego systemu dyskowego to 1500TB (1364TiB)”,

- usunięcie pkt 2.18 i 2.21 OPZ,

- usunięcie pkt 2.51.16 OPZ.

- zastąpienie dotychczasowej treści pkt 4.6.2 OPZ w następujący sposób: „Gwarantowany czas reakcji jest liczony od momentu zgłoszenia problemu technicznego do serwisu i nie może przekraczać 24 godzin”,

- zastąpienie dotychczasowej treści pkt 4.9 OPZ w następujący sposób: „Zamawiający wymaga w ramach prac wdrożeniowych i uruchomieniowych, w okresie od daty podpisania Protokołu Technicznego bez zastrzeżeń do minimum 31 stycznia 202411, co najmniej 48 godzin (6 dni roboczych, sumarycznie) konsultacji technicznych inżyniera posiadającego wiedzę ekspercką z zakresu wirtualizacji VMware (minimum na poziomie VMware Designer Advanced)”.

- modyfikację pkt 5.1 OPZ i dopuszczenie szkoleń z zakresu proponowanej technologii macierzowej z zakresu implementacji oraz administrowania na poziomie ogólnym w ilości wymaganej przez Zamawiającego.

II. Warunek udziału w postępowaniu [Zarzut#2]

1) pkt III.1.3) lit. a Ogłoszenia oraz Rozdział X pkt 2 ppkt 4 lit. a SWZ [Zarzut#2.1] w zakresie w jakim Zamawiający postawił warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy, aby wykonawca wykazał, że „w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizowali/realizują należycie, co najmniej 3 (trzy) umowy/zamówienia odpowiadające swoim zakresem przedmiotowi zamówienia, polegające na dostarczeniu systemu dyskowego na kwotę, nie mniejszą niż 15 000 000,00 PLN netto (słownie: piętnaście milionów złotych 00/100) łącznie, przy czym przynajmniej jedna umowa/zamówienie zrealizowane na dostawę systemu dyskowego z Technologią NVMe na kwotę nie mniejszą niż 4 000 000,00 PLN netto (słownie: cztery miliony złotych 00/100)”.

2) pkt III.1.3) lit b pkt iii Ogłoszenia oraz Rozdział X pkt 2 ppkt 4 lit b pkt iii SWZ [Zarzut#2.2] w zakresie w jakim Zamawiający postawił warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy, aby wykonawca wykazał, że dysponuje osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu Zamówienia, i będą spełniać następujący wymóg: „jeden inżynier wsparcia posiadający wiedzę z zakresu wirtualizacji VMware (minimum na poziomie VMware Designer Expert)”.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia poprzez bezzasadne i nadmiarowe wymaganie doświadczenia w zrealizowaniu/realizacji należycie, co najmniej 3 (trzy) umów/zamówień odpowiadających swoim zakresem

przedmiotowi zamówienia, polegających na dostarczeniu systemu dyskowego na kwotę, nie mniejszą niż 15 000 000,00 PLN netto łącznie, przy czym przynajmniej jedna umowa/zamówienie zrealizowane na dostawę systemu dyskowego z Technologią NVMe na kwotę nie mniejszą niż 4 000 000,00 PLN netto (słownie: cztery miliony złotych 00/100), a co za tym idzie:

- w sposób ogólny, niejednoznaczny i niewyczerpujący poprzez użycie sformułowania „odpowiadające swoim zakresem przedmiotowi zamówienia”,
- w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia poprzez wymaganie posiadania doświadczenia w zakresie dostaw systemów dyskowych o wartości nie mniejszej niż 15 000 000,00 PLN netto łącznie, podczas gdy istotna dla oceny zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy jest ocena faktycznego i merytorycznego zakresu zrealizowanych dostaw, a wartość danego zamówienia nie ma istotnego znaczenia;
- w nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia poprzez wymaganie posiadania doświadczenia w zakresie dostaw systemów dyskowych, w którym co najmniej jedna umowa/zamówienie zrealizowana była na dostawę systemu dyskowego z Technologią NVMe na kwotę nie mniejszą niż 4 000 000,00 PLN netto, podczas gdy obecne technologie dyskowe procentowo w niewielkim stopniu opierają się o technologie NVMe, a doświadczenie w dostawie systemu dyskowego opartego o rozpowszechnioną technologię All-Flash wskazywać może na ten sam poziom doświadczenia Wykonawcy w zakresie dostaw i wdrażania systemów dyskowych, oraz poprzez wymaganie wykazania dysponowaniem w ramach osób uczestniczących w wykonaniu Zamówienia jednego inżyniera wsparcia posiadającego wiedzę z zakresu wirtualizacji VMware minimum na poziomie VMware Designer Expert, podczas gdy wymaganie tak wysokiej certyfikacji dla osoby biorącej udział we wdrożeniu systemu dyskowego jest nieadekwatne i niewspółmierne do zadań w projekcie, gdyż zadania związane z systemem dyskowym zaprojektowanym w świetle wymagań SWZ i OPZ będą możliwe do zrealizowania przez inżyniera posiadającego wiedzę na poziomie minimum VMware Designer Advanced,
 - co w konsekwencji powoduje istotne ograniczenie kręgu podmiotów mogących złożyć ofertę w Postępowaniu, konkurencyjności i naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, poprzez uniemożliwienie dostępu do udziału w Postępowaniu i uzyskania zamówienia wykonawcom, którzy posiadają doświadczenie proporcjonalne i tożsame do przedmiotu zamówienia, jednakże zdobyte przy realizacji umów o niższej wartości oraz nie posiadają w ramach personelu inżyniera wsparcia poziomie VMware Designer Expert.

Odwołujący wniosł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) modyfikację warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt. III.1.3) lit. a Ogłoszenia oraz Rozdziału X pkt 2 ppkt 4 lit. a SWZ i nadanie mu następującego brzmienia: „w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizowali/realizują należycie, co najmniej 3 (trzy) umowy/zamówienia polegające na dostawie systemu dyskowego na kwotę, nie mniejszą niż 13 000 000,00 PLN netto (słownie: trzynaście milionów złotych [00/100]) łącznie, przy czym przynajmniej jedna umowa/zamówienie zrealizowane na dostawę systemu dyskowego z Technologią NVMe lub All-Flash na kwotę nie mniejszą niż 4 000 000,00 PLN netto (słownie: cztery miliony złotych 00/100)”.
- 2) modyfikację warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt III.1.3) lit b pkt iii Ogłoszenia oraz Rozdział X pkt 2 ppkt 4 lit b pkt iii SWZ i nadanie mu następującego brzmienia „jeden inżynier wsparcia posiadający wiedzę z zakresu wirtualizacji VMware (minimum na poziomie VMware Designer Advanced)”.

III. Wzór Umowy [Zarzut#3]

- 1) Załącznik nr 2 do SWZ – Wzór Umowy w sprawie zamówienia publicznego wraz z załącznikami [dalej „Wzór Umowy”]:
 - c) § 6 ust. 1 Wzoru Umowy [Zarzut#3.1] – w zakresie w jakim „Wynagrodzenie płatne będzie w dwóch transzach w kwotach: - po zakończeniu Etapu 2 (60%) (...) - po zakończeniu Etapu 3 (40%)”,
 - d) § 8 ust. 1 Wzoru Umowy [Zarzut#3.2] – zgodnie z którym „W odniesieniu do wymienionego lub naprawionego przedmiotu dostawy, termin gwarancji biegnie na nowo od chwili dokonania skutecznej naprawy lub zakończenia wymiany”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 z późn. zm.) (dalej „KC”) w zw. z art. 8 ust. 1 zw. z art. 16 pkt 3 PZP poprzez ukształtowanie postanowień umowy w sposób naruszający zasadę swobody kontraktowania wyrażoną w art. 353¹ KC oraz zasadę proporcjonalności poprzez ukształtowanie stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego naturę, równowagę stron oraz prowadzący do nadużycia praw podmiotowych Zamawiającego (jako podmiotu przygotowującego wzór umowy), poprzez:
 - a. podział wynagrodzenia płatnego w transzach w wysokości 60% po zakończeniu Etapu 2 (oraz 40% po zakończeniu Etapu 3), podczas gdy największy koszt związany z realizacją Zamówienia ponoszony jest przez wykonawcę na etapie dostawy macierzy dyskowych, tj. do czasu zakończenia Etapu 2 oraz w sytuacji, w której Zamawiający zgodnie z § 10 ust. 1 Umowy wymaga zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 5% maksymalnej kwoty wynagrodzenia

brutto,

b. wymaganie w odniesieniu do wymienionego lub naprawionego przedmiotu dostawy, aby termin gwarancji biegł na nowo od chwili dokonania skutecznej naprawy lub zakończenia wymiany, podczas gdy wiodący producenci urządzeń nie oferują gwarancji spełniających przedstawione warunki, a tym samym wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia nie będą w stanie zapewnić gwarancji w obecnie wymaganym zakresie.

2)art. 99 ust. 1 PZP poprzez brak podziału wynagrodzenia wypłacanego wykonawcy proporcjonalnie do wartości zrealizowanych świadczeń oraz wymaganie aby dla wymienionego lub naprawionego przedmiotu dostawy, termin gwarancji biegł na nowo od chwili dokonania skutecznej naprawy lub zakończenia wymiany, co skutkuje brakiem możliwości rzetelnej oceny ryzyk związanych z realizacją Zamówienia i rzetelnej kalkulacji ceny oferty, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 PZP nakazującego Zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1)modyfikację § 6 ust. 1 Wzoru Umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „Wynagrodzenie płatne będzie w dwóch transzach w kwotach: - po zakończeniu Etapu 2 (70% (...)) - po zakończeniu Etapu 3 (30%)”,

2)modyfikację § 8 ust. 11 Wzoru Umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „W odniesieniu do wymienionego lub naprawionego przedmiotu dostawy, termin gwarancji ulega przedłużeniu o czas liczony od zgłoszenia awarii do chwili dokonania skutecznej naprawy lub zakończenia wymiany”.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał m.in.:

[Zarzut#1 – parametry techniczne systemu dyskowego] [Zarzut#1.1 – pkt 2.6 OPZ] Zamawiający w punkcie 2.6 OPZ określa jakimi protokołami i w ramach jakiej funkcjonalności przewiduje komunikowanie się ze swoimi serwerami. W przypadku protokołu SCSI, wskazuje medium (protokół FC) oraz metodykę dostępową (VAAI). W przypadku drugiego wymagania (NVMe) Zamawiający wskazuje medium (protokół FC), nie wskazuje zaś metodyki dostępowej (VAAI), ponieważ takowa jest nieobsługiwana przez wymagany protokół NVMeoFC, co w ocenie Odwołującego świadczyć może o świadomym stawianiu wymagania posiadającego wiele ograniczeń. Wymaganie z punktu 2.15 OPZ wskazuje konieczność wspierania metody dostępowej (VAAI), ale wykorzystując protokół FC, a nie NVMeoFC, ponieważ takiego nie wspiera funkcjonalnie, a który został postawiony jako wymaganie w ramach punktu 2.6 OPZ.

W punkcie 2.9 OPZ Zamawiający oczekuje natomiast, aby nowo oferowane rozwiązanie było kompatybilne z posiadanym przez niego rozwiązaniem, macierzą HPE 3PAR, która nota bene, nie wspiera wymaganego obecnie protokołu NVMeoFC (wymaganie z pkt 2.6 OPZ), a z praktycznego punktu widzenia byłoby wysoce nieoptymalne posiadanie po stronie serwera osobnej konfiguracji dla starszej macierzy (inny typ komunikacji) i innej konfiguracji dla nowszej macierzy (inny typ komunikacji). Tego typu konfiguracja wpłynie negatywnie na wydajność pracy serwera produkcyjnego.

Zamawiający w OPZ kładzie duży nacisk na funkcjonalność replikacji pomiędzy macierzami (ośrodkami) z uwagi na względy bezpieczeństwa. Bazując na dobrych praktykach w pełni zasadne jest tego typu podejście, przy czym w takim wypadku wykluczana jest konieczność wymagania obsługi protokołu NVMeoFC – ponieważ jest on niewspierany w procesie replikacji (niezależnie od producenta rozwiązania). W punktach 2.49.1 oraz 2.49.8 OPZ Zamawiający określa wymogi istotne z punktu widzenia funkcjonalności, które także nie będą wykorzystywały protokołu NVMeoFC. Jedyna wzmianka o planie na praktyczne wykorzystanie protokołu NVMeoFC jest w punkcie 2.51.3 OPZ w kontekście komunikacji z serwerami. Jest to natomiast w ocenie Odwołującego wysoce nieoptymalne wymaganie z praktycznego punktu widzenia. W świetle obowiązującego pkt 2.6 OPZ „Dostarczone systemy dyskowe muszą być kompatybilne wykorzystywanym przez Zamawiającego systemem wirtualizacji VMware ESX 7.0 U3 i nowszym. Fakt ten musi być potwierdzany zarówno przez producenta oferowanego sprzętu jak i producenta eksploatowanego przez Zamawiającego rozwiązania wirtualizacyjnego - VMware ESXi”. Pozostawienie skarżonego wymogu OPZ w praktyce może oznaczać, że złożenie oferty przez danego wykonawcę uzależnione będzie od „przychylności” producenta (VMware), który nie udzielając wymaganego przez Zamawiającego potwierdzenia może wpływać na konkurencyjność postępowania i faktyczną liczbę ofert w Postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący stoi na stanowisku, że wymaganie z punktu 2.6 OPZ dotyczące protokołu NVMeoFC nie tylko nie znajduje merytorycznego uzasadnienia, ale dodatkowo znacząco zawęży konkurencyjność postępowania.

[Zarzut#1.2 – pkt 2.16 OPZ] Wymaganie dotyczące oczekiwanej przestrzeni dyskowej w postaci określenia przestrzeni surowej jest – w świetle odwoływania się przez Zamawiającego do technicznych dobrych praktyk rynkowych – wymogiem nieznajdującym odzwierciedlenia w praktykach producentów rozwiązań dyskowych. Przestrzeń surowa to nie jest przestrzeń, która zostanie zaprezentowana z urządzenia w środowisko – taką funkcję pełni przestrzeń użytkowa. Biorąc pod uwagę, że każdy producent w sposób bardzo indywidualny i dla siebie optymalny realizuje mechanizmy alokacji przestrzeni na dyskach oraz stosuje różne rodzaje zabezpieczeń na dyskach, oczywistym jest, że w rezultacie każdy producent uzyska zupełnie inny wynik w postaci przestrzeni użytkowej – co może dla Zamawiającego stanowić tak korzyścią jak i stratą. Dla zobrazowania potencjalnych różnic na bazie postawionego wymagania można wskazać, że na

rozwiązaniu producenta „A” Zamawiający może otrzymać 1600 GB, zaś na rozwiązaniu producenta „B” 1200 GB. Ostatecznie więc różnica może być bardzo istotna i tym samym, Zamawiający – pozostawiając wymóg z pkt 2.16 w niezmienionej formie – sam naraża się na potencjalne ryzyko związane z brakiem wymaganej przestrzeni produkcyjnej. W tym kontekście kolejną istotną kwestią są mechanizmy optymalizacji przestrzeni dyskowej, czyli deduplikacja i kompresja. Owe mechanizmy posiada każdy czołowy producent rozwiązań, co też jest wymagane w ramach proponowanego rozwiązania. Zwrócić należy jednak uwagę, że każdy producent realizuje te mechanizmy na swój sposób, mniej lub bardziej efektywnie. Tym samym odwołując się do tak często wskazywanych przez Zamawiającego w OPZ dobrych praktyk rynkowych, za w pełni zasadne należy uznać, aby w pkt 2.16 OPZ wskazać pojemność efektywną – pojemność, która finalnie będzie widoczna w środowisku produkcyjnym (uwzględniająca narzut systemowy oraz mechanizmy optymalizacji przestrzeni).

[Zarzut#1.3 – pkt 2.18 i 2.21 OPZ] Wymagania postawione w przez Zamawiającego w pkt 2.18 oraz 2.21 OPZ łączą się z wyżej opisanym wymaganiem dotyczącym surowej przestrzeni dyskowej (pkt 2.16 OPZ) i dookreślają na jakich dyskach wykonawca ma zbudować swoje rozwiązanie i w jaki sposób ma je rozbudowywać. W ocenie Odwołującego, wymogi te nie uwzględniają funkcjonalnych aspektów oferowanego rozwiązania mających wpływ na sporządzenie oferty i realizację zamówienia, są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiają uczciwą konkurencję i naruszają zasadę równego traktowania wykonawców. Intencją Zamawiającego winno bowiem być określenie uzasadnionej potrzeby zakupowej w formie rezultatu jaki chciałby osiągnąć w ramach oczekiwanego rozwiązania, określając parametry środowiskowe oraz wydajnościowe – nie zaś narzucając konkretną metodę spełnienia tych potrzeb. Parametry techniczne takie jak rozmiar i ilość dysków, może znacząco różnić się pomiędzy producentami – są to unikalne cechy wpływające na optymalne budowanie rozwiązań informatycznych i nie powinny być narzucane przez Zamawiającego – stanowi to bowiem naruszenie fundamentalnej zasady prawa zamówień publicznych tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

[Zarzut#1.4 – pkt 2.51.16 OPZ] W wielu punktach OPZ Zamawiający podkreśla, że oferowane rozwiązanie musi być zgodne z architekturą dysków „NVMe” (tj. dysków SSD z interface'em obsługi protokołu NVMe). Zgodnie natomiast z pkt 2.51.16 OPZ Zamawiający oczekuje, aby rozwiązanie potrafiło zabezpieczać dane innym poziomem RAID niż dane źródłowe oraz aby istniała możliwość wykonania kopii w innej grupie dyskowej niż dane źródłowe. Mając na względzie natomiast doświadczenia i posiadane dobre praktyki implementacyjne, wskazać stanowczo należy, że opisana funkcjonalność jest technologiczną „przestarzała” i nie ma zastosowania w przypadku rozwiązań opartych o dyski „NVMe”. Tego typu funkcjonalności (przyp. pkt 2.51.16 OPZ) były wykorzystywane w rozwiązaniach wyposażonych w dyski talerzowe i miały zastosowanie w sytuacjach, gdy wolumeny danych musiały konkurować o dostęp do talerza dyskowego (procesu zapisu). Opisany mechanizm był wówczas rozwiązaniem na wskazaną w ww. przykładzie okoliczność.

[Zarzut#1.5 – pkt 4.6.2 OPZ] Wymóg z pkt 4.6.2 OPZ jest nadmiarowy i w każdym wypadku nie jest możliwy do spełnienia przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Należy bowiem zaznaczyć, że serwis producenta oferowanego rozwiązania poprzez krytyczność zdarzenia realizuje naprawy w najkrótszym czasie, który przeważnie zajmuje mniej niż 24 godziny – jednak nie jest on z góry gwarantowany. Tym samym nie jest możliwe w każdym wypadku zapewnienie przez wykonawcę bezwzględnego czasu naprawy nieprzekraczającego 24 godzin.

[Zarzut#1.6 – pkt 4.9 OPZ] oraz [Zarzut#2.2 – personel wykonawcy] W dalszej kolejności Odwołujący odniesie się łącznie do zarzutów stawianych wymogom z pkt 4.9 OPZ oraz warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt III.1.3) lit b pkt iii Ogłoszenia oraz Rozdział X pkt 2 ppkt 4 lit b pkt iii SWZ (...) W kontekście powyższych wymogów SWZ i OPZ zaznaczyć należy, że wymaganie tak wysokiej certyfikacji dla osoby biorącej udział we wdrożeniu systemu dyskowego jest nieproporcjonalne, nieadekwatne i niewspółmierne do przedmiotu zamówienia i faktycznych zadań w projekcie. Osoby legitymujące się certyfikatem wymaganym obecnie przez Zamawiającego (VMware Designer Expert) posiadają wiedzę i konieczne doświadczenie do projektowania i wdrażania zaawansowanych platform usługowych klasy chmury publicznej oraz systemów klasy disaster avoidance. Tymczasem zadania związane z systemem dyskowym zaprojektowanym według wymagań SWZ i OPZ będą możliwe do zrealizowania przez inżyniera posiadającego wiedzę na poziomie minimum VMware Designer Advanced. Nie bez znaczenia pozostaje również, iż w Polsce są tylko 4 osoby posiadające certyfikat VMware Designer Expert – co w znaczący sposób ogranicza konkurencyjność i krąg podmiotów mogących złożyć ofertę w Postępowaniu.

[Zarzut#1.7 – pkt 5.1 OPZ] W ocenie Odwołującego wymóg z pkt 5.1 OPZ jest nadmiarowy i nieproporcjonalny do przedmiotu Zamówienia, dla którego za w pełni wystarczające uznać należy szkolenie ogólne.

[Zarzut#2 – warunki udziału w postępowaniu] [Zarzut#2.1 – zdolność techniczna lub zawodowa] W kontekście stawianego zarzutu należy w pierwszej kolejności zaznaczyć, że w zakresie jakim Zamawiający wskazuje na projekty referencyjne „odpowiadające swoim zakresem przedmiotowi zamówienia” warunek jest sformułowany w sposób ogólny, niejednoznaczny i niewyczerpujący. Brak jest możliwości, aby jednoznacznie i literalnie rozstrzygnąć, czy intencją Zamawiającego były projekty dostaw dwóch macierzy dyskowych o łącznej wartości 15 000 000,00 PLN netto łącznie (jak ma to miejsce w wypadku niniejszego Zamówienia), czy też Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli macierzy było więcej (lub mniej), a wartość umowy osiągnęła wymagany próg. Nadto, podobne zakresowo zamówienia różnić się mogą

od przedmiotu Postępowania świadczeniami dodatkowymi i pozbawione mogą być usług wsparcia czy szkoleń – jak ma to miejsce w wypadku przedmiotu Zamówienia. Pozostawienie warunku udziału w proponowanym obecnie brzmieniu, z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością może prowadzić do sporów interpretacyjnych na etapie oceny ofert – w konsekwencji wpłynąć na konkurencyjność postępowania i możliwe ograniczenie kręgu podmiotów spełniających ww. warunek udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego skarżony warunek udziału w postępowaniu jest również nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia w zakresie jakim Zamawiający wymaga posiadania doświadczenia w zakresie dostaw systemów dyskowych o wartości nie mniejszej niż 15 000 000,00 PLN netto łącznie. Dla oceny zdolności technicznej lub zawodowej danego wykonawcy najistotniejsza jest bowiem ocena faktycznego i merytorycznego zakresu zrealizowanych przez niego dostaw, a wartość zamówienia ma w tym wypadku znaczenie marginalne. W tym kontekście należy również podkreślić, iż zamówienia na dostawy systemów dyskowych o łącznej wartości 15 000 000,00 PLN netto są niezwykle rzadko spotykane na rynku. Odwołującemu znany jest wyłącznie jeden potencjalny podmiot, który posiada doświadczenie w realizacji trzech zamówień o skali wymaganej warunkiem udziału. Uprawnionym jest więc stwierdzenie, że pozostawienie treści warunku udziału w niezmienionej formie, skutkować może istotnym ograniczeniem liczby ofert w Postępowaniu – a w skrajnym przypadku ich brakiem. W tym kontekście, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia jest również wymaganie posiadania doświadczenia w zakresie dostaw systemów dyskowych, w którym co najmniej jedna umowa/zamówienie zrealizowana była na dostawę systemu dyskowego z Technologią NVMe na kwotę nie mniejszą niż 4 000 000,00 PLN netto. Należy bowiem podkreślić, że obecnie technologia systemów dyskowych procentowo opiera się w niewielkim jeszcze stopniu o technologię NVMe. Dostarczenie systemu dyskowego opartego o rozpowszechnioną technologię All-Flash wskazuje na ten sam poziom doświadczenia Wykonawcy w zakresie dostaw i wdrażania systemów dyskowych.

Warunki udziału w postępowaniu, jak wynika wprost z przepisów ustawy PZP powinny określać minimalny poziom zdolności wykonawcy, jakiego oczekuje dany zamawiający. W niniejszym Postępowaniu w żaden sposób nie można uznać, że wykonawcy, którzy zrealizowali tożsame przedmiotowo zamówienia, ale o niższej wartości nie posiadają odpowiedniej zdolności do realizacji przedmiotowego Zamówienia i nie dają rękojmi jego należytego wykonania zamówienia. Powyższą argumentację Odwołującego potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, m.in.: wyrok z dnia 16 czerwca 2021 r. sygn. KIO 1163/21, z dnia 26 maja 2021 r. sygn. KIO 1322/21, z dnia 4 marca 2021 sygn. KIO 356/21.

Podsumowując, w ocenie Odwołującego modyfikacja treści warunku udziału zgodnie z propozycją Odwołującego wskazaną z żądaniu zarzutu nie spowoduje dopuszczenia do udziału wykonawców niedających rękojmi należytego wykonania Zamówienia, a wręcz przeciwnie – zagwarantuje zachowanie konkurencyjności Postępowania, z korzyścią dla Zamawiającego, który otrzyma więcej ofert od wykonawców o proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia poziomie doświadczenia.

[Zarzut#3 – Wzór Umowy] [Zarzut#3.1 – § 6 ust. 1 Wzoru Umowy] W ocenie Odwołującego sformułowany model wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy narusza zasadę swobody kontraktowania wyrażoną w art. 353¹ KC oraz narusza równowagę stron oraz prowadzi do nadużycia praw podmiotowych Zamawiającego.

[Zarzut#3.2 – § 8 ust. 1 Wzoru Umowy] W kontekście stawianego zarzutu należy stanowczo zaznaczyć, że wiodący producenci urządzeń na rynku nie oferują gwarancji spełniających warunki z § 8 ust. 1 Wzoru Umowy. Oznacza to, że wykonawca realizujący umowę nie będzie w stanie zapewnić świadczeń gwarancyjnych w zakresie jakim oczekuje tego Zamawiający.

Zgodnie z nadal aktualnym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej „Naruszenie normy wynikającej z art. 29 ust. 2 p.z.p. (obecnie art. 99 ust. 4) może mieć charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt). Dodatkowo, działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również zbyt rygorystyczne określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione, a jednocześnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Ponadto należy wskazać, że naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byłiby w stanie wykonać dane zamówienie. Oznacza to, że w przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 p.z.p. wystarczające jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia” Odwołujący podkreśla, że w przypadku zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 99 ust. 1 i ust. 4 PZP oraz art. 16 pkt 1) i 3) PZP od wykonawcy składającego odwołanie wymagane jest jedynie uprawdopodobnienie sporządzenie treści SWZ niezgodnie z zasadami określonymi w tych przepisach, a nie udowodnienie. Ciężar dowodu w zakresie sporządzenia treści SWZ w sposób jednoznaczny, zrozumiały oraz braku sporządzenia dokumentacji w sposób, który prowadziłby do ograniczenia konkurencji w Postępowaniu spoczywa na Zamawiającym, tj. że wskazane przez Odwołującego postanowienia dokumentacji Postępowania nie naruszają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Potwierdzeniem w tym zakresie nadal pozostaje aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wydane na gruncie

analogicznych przepisów poprzednio obowiązującej ustawy PZP): wyrok z 20 sierpnia 2018 r. sygn. KIO 1518/18, wyrok z dnia 2 grudnia 2010 r. sygn. KIO 2528/10.

W złożonej pismem z 21 czerwca 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający uwzględnił odwołanie w części co do zarzutu oznaczonego jako 1.4, 3.2. Nadto wniósł o umorzenie postępowania w zakresie zarzutu oznaczonego jako 1.3, 1.6, 1.7, 2.2 z uwagi na jego zbędność bowiem Zamawiający dokonał modyfikacji wskazanych w odwołaniu postanowień.

Na posiedzeniu z udziałem Stron, Odwołujący wycofał zarzuty oznaczone jako 1.1, 1.2, 1.5, 3.1.

W uzasadnieniu co do zarzutu oznaczonego jako 2.1 Zamawiający wskazał:

Zamawiający podkreślił, że skala zamówienia ma znaczenie i powinna być uwzględniana w wymogach zdolności technicznej lub zawodowej. Skala zamówienia ma swoje odzwierciedlenie w wartości inwestycji. Wskazana przez Zamawiającego w SWZ wartość łączna zamówienia objęta ww. warunkiem udziału jest adekwatna do szacowanej wartości przedmiotowego postępowania przetargowego (zamówienia będącego przedmiotem postępowania przetargowego). Określona łączna kwota wykonanych przez wykonawców zamówień, objęta warunkiem, dotyczy okresu trzyletniej działalności na rynku oraz dotyczy sumy co najmniej trzech umów/zamówień.

Zamawiający planuje zakup systemu dyskowego opartego o technologię NVMe. Zamawiający wymaga zatem doświadczenia w zakresie realizacji umów wykorzystującą tą technologię w dostarczonym systemie dyskowym. Wskazana przez Zamawiającego kwota jest proporcjonalna do połowy wartości pojedynczego systemu dyskowego będącego przedmiotem postępowania przetargowego (połowa wartości pojedynczego systemu dyskowego zaokrąglona do pełnych milionów). Wskazana kwota stanowi 26,27% szacowanej wartości zamówienia.

Technologia NVMe jest obecna na rynku od 2013 roku, i dynamicznie się rozwija a jej udział w rynku w 2023 roku szacuje się na 67,32 mld USD, nie jest to wartość niszowa. Powyższe potwierdza wiele publikacji m.in. „Non-Volatile Memory Express (NVMe) Global Market Report 2023” (<https://www.reportlinker.com/>, tłumaczenie maszynowe poniżej):

„Streszczenie (...) Globalny rynek ekspresowej pamięci nieulotnej (NVMe) wzrósł z 49,96 mld USD w 2022 r. do 67,32 mld USD w 2023 r. przy złożonej rocznej stopie wzrostu (CAGR) na poziomie 34,7%. (...) Oczekuje się, że rynek ekspresowej pamięci nieulotnej (NVMe) wzrośnie do 205,76 mld USD w 2027 r. przy CAGR na poziomie 32,2%. (...)”

Zamawiający w pkt III.1.3) lit. a Ogłoszenia oraz Rozdziału X pkt 2 pkt 4 lit. a SWZ wziął pod uwagę ogólne doświadczenie Oferentów w dostawach rozwiązań dyskowych, gdzie Zamawiający nie wskazuje wymogu dostawy rozwiązania dyskowego w technologii NVMe, jak również Zamawiający uwzględnił trendy rozwojowe technologii NVMe na rynku IT wymagając wykazania jedynie jednej dostawy w przeciągu 3 lat, opartej o dyski NVMe na wartości na poziomie 26,27% szacowanej wartości zamówienia. Zamawiający wymaga zatem wykazania dostaw (w tym dopuszcza doświadczenie dotyczące dostaw starszych technologicznie) na poziomie wartości przedmiotu zamówienia, w tym wykazania minimum jednej dostawy tożsamej technologicznie z przedmiotem zamówienia o wartości 26,27% wartości zamówienia.

Na marginesie wskazać należy, że za nieadekwatny dla okoliczności przedmiotowej sprawy uznać należy wyroki Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach o sygn. akt: KIO 1163/21, o sygn. akt: KIO 1322/21, o sygn. akt: KIO 356/21. Przedmiotem powyższych spraw były odpowiednio usługi ochrony, usługi naprawy pojazdów szynowych oraz usługi wsparcia technicznego i serwisu sprzętu, a zatem zamówienia innego rodzaju i o innym przedmiocie niż objęte aktualnym Postępowaniem co już wskazuje na zasadność pominięcia powyższych wyroku przy rozstrzygnięciu przedmiotowej sprawy. Ponadto, w okolicznościach spraw do których odnosiły się ww. wyroki KIO doszło do sytuacji w której warunki udziału zostały ustalone w sposób przekraczający rzeczywisty zakres przedmiotu zamówienia, co natomiast nie ma miejsca w przedmiotowym Postępowaniu, jak zostało to już wykazane w uprzednich akapitach.

Jak wynika z treści wyroku KIO z dnia 16 lutego 2018 r. (sygn. akt: KIO 155/18): „Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jasny, zrozumiały i kompletny, zachowując zasady uczciwej konkurencji, ale poszanowanie tych zasad nie oznacza jednak, że Zamawiający ma nabyć w ramach postępowania o udzielenie zamówienia przedmiot niskiej jakości, niezaspokajający jego potrzeb, Zamawiający ma prawo wymagać nie tylko odpowiedniej jakości, ale również ma prawo tak określić przedmiot zamówienia, aby odpowiadał jego skonkretyzowanym potrzebom, uzasadnionym zobiektywizowanymi czynnikami. W konsekwencji opis przedmiotu zamówienia powinien być skorelowany z rzeczywistymi, faktycznymi potrzebami Zamawiającego”.

Zgodnie z treścią art. 112 ust. 1 Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Z jednej strony Zamawiający dba o to aby ustanowione w postępowaniach warunki udziału nie zawężyły w sposób nieuzasadniony kręgu podmiotów mogących złożyć ofertę. Z drugiej strony istotnym celem prowadzonego Postępowania jest przede wszystkim wybór wykonawcy dającego rękojmię prawidłowej realizacji przedmiotowego Zamówienia. Zatem do naruszenia przepisu art. 112 ust. 1 Pzp dojdzie również w przypadku, gdy warunki udziału zostaną określone w sposób zbyt ogólny, dopuszczający udział w Postępowaniu wykonawców którzy nie będą w stanie zapewnić realizacji przedmiotowego zamówienia. Ponadto z powyższego przepisu wynika, że Zamawiający w ramach SWZ ma obowiązek wprowadzenia takich regulacji, które umożliwią prawidłową ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania Zamówienia.

Jak wynika z licznego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonego m.in. z zachowujących aktualność wyroków z dnia 3 grudnia 2018 r., KIO 2381/18: „Norma ujęta w przepisie art. 22 ust. 1a p.z.p. <aktualnie art. 112 ust. 1 Pzp> ma

charakter funkcjonalny, tj. ustawodawca reguły dla ustalania warunków udziału w postępowaniu określił w sposób referujący do celu, jaki mają one spełniać - tak aby ich określenie gwarantowało wybór wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia." oraz z dnia 19 września 2017 r., KIO 1847/17: „Zgodnie z art. 22 ust. 1a p.z.p. warunki udziału w postępowaniu powinny być określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Z wymaganej proporcjonalności wyprowadzić można wniosek o funkcjonalnej zbieżności przedmiotu zamówienia z warunkiem udziału w postępowaniu.”

Wobec powyższego Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania we wskazanym zakresie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia sektorowego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

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 niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba ustaliła, że:

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego pn: „Modernizacja technologiczna macierzy dyskowych”, nr sprawy: PZ.293.808.2023, Nr postępowania: 6060/ILG 8/06138/01795/23/P. Opisany w treści odwołania oraz w odpowiedzi na odwołanie stan faktyczny sprawy odpowiada rzeczywistości, wobec czego za zbędne należy uznać jego powtarzanie.

Izba oceniła, że materiał dowodowy jest wiarygodny i wszechstronny oraz umożliwia wydanie rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Zarzut nr 1.4 oraz nr 3.2

Wobec uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów podniesionych w odwołaniu i braku skutecznego zgłoszenia przystąpień po stronie Zamawiającego, postępowanie odwoławcze we wskazanym zakresie należało umorzyć na podstawie art. 522 ust. 4 Pzp. Przepis ten stanowi w zdaniu pierwszym, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. Zgodnie z art. 522 ust. 4 in fine Pzp, w takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 4 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zarzut nr 1.3, 1.6, 1.7, 2.2

Wobec oświadczeń Stron o dokonaniu przez Zamawiającego modyfikacji postanowień objętych wskazanymi wyżej zarzutami, postępowanie należało umorzyć na podstawie art. 568 pkt 2) ustawy Pzp. Z uwagi na modyfikację zaskarżonych postanowień dalsze postępowanie w tym zakresie stało się zbędne.

Zarzut nr 1.1, 1.2, 1.5, 3.1

Wobec oświadczenia Odwołującego o wycofania ww. zarzutów, postępowanie odwoławcze we wskazanym zakresie należało umorzyć.

Zarzut 2.1

Izba rozpoznała merytorycznie złożone odwołanie w zakresie zarzutu 2.1 i uznała, że nie zasługuje ono na uwzględnienie. Zamawiający określając sporny warunek udziału w postępowaniu nie naruszył przepisów ustawy Pzp.

Na wstępie Izba stwierdziła, że odwołanie w ww. zakresie odnosiło się do treści sformułowanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, przez nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia (wygórowane) określenie wartości dostaw oraz dostawę systemu dyskowego z technologią NVMe.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Warunek udziału w postępowaniu nie może być nadmierny, jak również nie może w nieuzasadniony sposób eliminować z udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych do jego wykonania.

Pojęcie proporcjonalności oznacza, że określony przez zamawiającego warunek powinien być uzasadniony m.in. wartością szacunkową zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności zamówienia. Celem określenia

warunków udziału jest wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania umowy oraz nieograniczanie dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia.

Izba uznała, że warunek został opisany przez Zamawiającego na poziomie proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia, jednocześnie w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i realizacji tego zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Co za tym idzie, nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Izba podziela argumentację Zamawiającego, że skoro przedmiotem zamówienia jest zakup systemu dyskowego opartego o technologię NVMe to zasadnym jest oczekiwać od wykonawców aby zrealizowali oni chociaż jedną umowę na tego typu dostawę. Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie jest to dostawa polegająca jedynie na zapakowaniu systemu dyskowego i dostarczenie Zamawiającemu. Istotną kwestią przy tego typu dostawach jest konfiguracja/wdrożenie systemu. Bezsporne było między Stronami, że system dyskowy oparty o technologię NVMe różni się od systemu opartego o technologię All-Flash.

Odwołujący sam przyznał, że „obecnie technologia systemów dyskowych procentowo opiera się w niewielkim jeszcze stopniu o technologię NVMe”. Skoro zatem nie jest to technologia powszechna to tym bardziej uzasadniony jest wymóg aby wykonawca zrealizował chociaż jedną dostawę wykorzystującą tę technologię w dostarczonym systemie dyskowym.

Odnosząc się do łącznej wartości umów, tj. do kwoty 15 000 000 PLN, argumentacja Odwołującego w zasadzie sprowadzała się do tego, że dysponuje on doświadczeniem w realizacji umów polegających na dostawie systemu dyskowego na kwotę 13 000 000 PLN. Z warunku udziału wynika, że Zamawiający oczekuje doświadczenia w realizacji umów polegających na dostawie systemu dyskowego (w oparciu o dowolną technologię) na łączną kwotę 11 000 000 PLN. Takie doświadczenie Odwołujący niewątpliwie posiada.

Sam fakt nieposiadania przez Odwołującego doświadczenia w dostawie systemu dyskowego opartego o technologię NVMe nie oznacza jeszcze, że warunek udziału jest nieproporcjonalny. Opis warunków udziału w postępowaniu służy zbadaniu, który wykonawca zapewni należyte wykonanie zamówienia, a nie temu, żeby warunki były dostosowywane do potencjału, w tym doświadczenia, konkretnego wykonawcy. Obowiązek zapewnienia w postępowaniu uczciwej konkurencji nie polega bowiem na tym, aby umożliwić spełnienie warunków udziału w postępowaniu każdemu wykonawcy na rynku.

Izba uznała, że Odwołujący nie podołał wykazaniu, że postawione przez Zamawiającego wymagania są oderwane od zasadniczego celu prowadzenia postępowania i w konsekwencji realizacji zamówienia, stanowiącego jego przedmiot, jak również że są one nieodpowiednie do osiągnięcia zakładanych celów lub pozostają z nimi w wyraźnej dysproporcji.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 zdanie pierwsze w zw. z § 5 pkt 1) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: