

WYROK
z dnia 9 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2016 r. przez wykonawcę **WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **NIVER Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Łodzi**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach tytułem wpisu od odwołania.**

KIO 1370/16 1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

KIO 1370/16 2

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usługi wsparcia w utrzymaniu pracy operacyjnej klastra obliczeniowego EUROS, przeznaczonego dla obliczeń numerycznego modelu prognozy pogody ALADIN” (AZ/9/PN/U/NO/um/16) przez Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie (dalej „zamawiający”) wykonawca WASKO z siedzibą w Gliwicach (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) [dalej ustawa Pzp”]:

1. art. 7 ust. 1 w zw. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Niver Sp. z o.o. Sp. k z siedzibą w Łodzi (dalej „Niver”), pomimo faktu, że oświadczył, że wykona przedmiot zamówienia samodzielnie bez udziału podwykonawców, co w przypadku tego wykonawcy jest niemożliwe z uwagi na fakt, iż nie posiada on stosownych autoryzacji,
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Niver, pomimo że nie obejmuje całego zakresu przedmiotu zamówienia wymienionego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”),
3. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 3, poprzez zaniechanie udostępnienia odwołującemu wyjaśnień wykonawcy Niver składanych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 28.06.2016 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę, pomimo faktu, że nie stanowią one tajemnicy

przedsiębiorstwa,

4. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Niver, pomimo faktu, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
5. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Niver, pomimo że powinna zostać odrzucona,
6. z ostrożności art. 26 ust. 3, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Niver do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia z pozycji nr 2 wykazu usług (wykaz usług – strona 9 oferty, referencja – strona 15 oferty Niver).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Niver,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. odrzucenia oferty wykonawcy Niver,
4. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego,

KIO 1370/16 3

5. z ostrożności o nakazanie wezwania wykonawcy Niver dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia z pozycji nr 2 wykazu usług.

W odniesieniu do zarzutu 1 i 2 odwołujący wskazał, że zamawiający we wzorze umowy stanowiącym integralną część dokumentacji postępowania oraz w opisie przedmiotu zamówienia zawarł wymagania dotyczące warunków realizacji przedmiotu zamówienia, tj. zgodnie ze wzorem umowy § 1. Przedmiot Umowy:

„(...)

5. Wykonawca zobowiązuje się do zrealizowania przedmiotu Umowy z należytą starannością, z uwzględnieniem zawodowego charakteru swojej działalności, w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami, zasadami wiedzy technicznej oraz postanowieniami Umowy.
6. Wykonawca oświadcza, że posiada odpowiednie kwalifikacje do świadczenia usług serwisowych będących przedmiotem Umowy.
7. Wykonawca oświadcza, że posiada autoryzację producentów Sprzętu lub do prac autoryzowanych przedstawicieli producentów

Sprzętu wykonywania

serwisowych oraz konserwacyjnych i naprawczych.

(...)”

oraz zgodnie z SIWZ (fragment ze str. 2):

„Przedmiot zamówienia obejmuje:

(...2) świadczenie usługi wsparcia serwisowego, zwanego dalej „Wsparciem”, Sprzętu i upgrade oprogramowania będącego własnością Zamawiającego (dalej „Oprogramowanie”), w tym: a) serwis i naprawy awaryjne Sprzętu wymienionego w dokumentacji powykonawczej, w szczególności:

- i. Obudowa kasetowa dla serwerów obliczeniowych (chassis HPC) - 6 szt.
- ii. Serwer obliczeniowy (N1-N97) - 96 szt.
- iii. Obudowa kasetowa dla serwerów zarządzających (chassis MGMT) -1 szt.
- iv. Węzły zarządzające i LUSTRE - MASTER1, MASTER2, OSS1, OSS2, MDS1, MDS2
- v. Przełącznik InfiniBand zewnętrzny (IB SWJ z okablowaniem
- vi. Macierz dyskowa Hitachi Unified Storage System HUS 110. ”

Odwołujący podkreślił, że przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie prac wstępnych – pkt 3.1 OPZ oraz usługę wsparcia – pkt 3.2 OPZ – świadczenie usługi wsparcia serwisowego, a prace obejmować mają całość klastra obliczeniowego zbudowanego z infrastruktury 2 producentów:

Elementy produkcji HPE (dawniej HP):

1. Obudowa kasetowa dla serwerów obliczeniowych (chassis HPC) - 6 szt.
2. Serwer obliczeniowy (N1-N97) - 96 szt.

KIO 1370/16 4

3. Obudowa kasetowa dla serwerów zarządzających (chassis MGMT) - 1 szt.
4. Węzły zarządzające i LUSTRE - MASTER1, MASTER2, OSS1, OSS2, MDS1, MDS2
5. Przełącznik InfiniBand zewnętrzny (IB SW) z okablowaniem
6. Przełączniki InfiniBand oraz FC firmy HPE (dawniej HP),
Elementy produkcji HDS (Hitachi Data Systems):
Macierz dyskowa Hitachi Unified Storage System HUS 110.

Odwolujący wskazał, że wykonawca Niver w swojej ofercie nie wskazał żadnych podwykonawców dedykowanych do realizacji części zamówienia, co – zgodnie z pkt 2.9 SIWZ – oznacza to, że całość przedmiotu zamówienia będzie realizował samodzielnie.

Odwolujący podniósł, że bez udziału podwykonawców wykonawca Niver nie jest w stanie wykonać przedmiotowego zamówienia. Stwierdził, że na dzień złożenia oferty wykonawca Niver nie posiadał autoryzacji firmy HDS, jak również nie posiadał (i dalej nie posiada) niezbędnych kompetencji do wykonywania przedmiotu zamówienia związanego z serwisem macierzy dyskowej Hitachi Unified Storage System HUS 110 firmy HDS.

Wedle odwołującego uzyskanie odpowiedniej autoryzacji jest długotrwałe – wymaga nawiązania współpracy handlowej z firmą HDS oraz przeszkolenia i certyfikowania inżynierów w zakresie wspieranych grup produktowych w autoryzowanych przez HDS ośrodkach szkoleniowych.

Oświadczył, że informację, że wykonawca Niver nie posiadał i nie posiada stosownych uprawnień (autoryzacji firmy HDS) uzyskał bezpośrednio od firmy HDS będącej producentem macierzy.

Podsumował, że z uwagi na to, że wykonawca Niver nie posiada autoryzacji, ani nie wskazał podwykonawstwa w zakresie prac wymagających autoryzacji wykonawca ten nie jest w stanie wykonać prac wstępnych jak również utrzymaniowych, gdyż takie prace może wykonać jedynie autoryzowany partner firmy HDS.

Odwolujący dodatkowo podał, że zamawiający w OPZ (strona nr 23 SIWZ) umieścił wymaganie:

„Aktualizacje, nowe wersje oraz poprawki oprogramowania nie mogą naruszać praw własności intelektualnej producentów, w tym praw autorskich i praw pokrewnych ani żadnych innych praw osób trzecich oraz nie mogą naruszać zasad określonych w licencjach wydanych przez producentów na ich instalację i użytkowanie, zaś Wykonawca musi posiadać prawo do ich instalacji na urządzeniach wchodzących w skład klastra Euros. ”

Podniósł, że jeżeli wykonawca Niver będzie podejmował samodzielną próbę aktualizacji oprogramowania wbudowanego zainstalowanego na macierzy HDS i próbę udostępniania nowych wersji tego oprogramowania, to takie działania stanowiąc będą

KIO 1370/16 5

naruszenie praw własności intelektualnej firmy HDS, w tym praw autorskich określonych w licencjach wydanych przez HDS na ich instalację i użytkowanie.

Stwierdził, że zgodnie z zaleceniami firmy HDS, aktualizacje oprogramowania wbudowanego należy wykonywać minimum 2 razy do roku.

Podsumował, że powyższe oznacza, że:

1. treść oferty wykonawcy Niver jest niezgodna z treścią SIWZ – zamawiający wymagał realizowania usług przez podmiot posiadający stosowne autoryzacje, a wykonawca Niver takich autoryzacji nie posiada i nie wskazał również podwykonawstwa w tym zakresie,
2. gdyby wykonawca Niver zajął stanowisko, że nie zamierza w ramach realizacji przedmiotu zamówienia wykonywać prac, które wymagają autoryzacji producenta HDS stwierdzić należy, że oferta powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na fakt, że wykonawca ten nie objął ofertą pełnego zakresu wymaganego przez zamawiającego.

Odwolujący uzupełnił, iż to, że zamawiający zrezygnował z wymogu, aby to wykonawca posiadał autoryzację obydwu producentów sprzętu (HPE i HDS) nie oznacza, że zrezygnował z wymogu, aby usługi świadczone były przez podmiot posiadający stosowne kompetencje. Dodał, że wykonawca Niver pomimo, iż sam nie posiada autoryzacji producenta HDS mógł w tym zakresie skorzystać z usług podwykonawcy, który taką

autoryzację posiada, jednak brak informacji o podwykonawcach, przy braku posiadania autoryzacji HDS przez wykonawcę Niver oznacza złożenie oferty niezgodnej z treścią SIWZ, a wykonawca Niver nie jest w stanie samodzielnie wykonać przedmiotowego zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu 3 odwołujący podał, że zwrócił się do zamawiającego 15.07.2016 r. z wnioskiem o udostępnienie pism kierowanych do wykonawców z wezwaniami zamawiającego oraz wyjaśnieniami udzielanymi przez wykonawców, które miały miejsce po otwarciu ofert, w wyniku czego 18.07.2016 r. otrzymał od zamawiającego skan wezwania skierowanego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do wykonawcy Niver w sprawie rażąco niskiej ceny, nie została mu jednak udostępniona odpowiedź na to wezwanie udzielona przez wykonawcę Niver.

Oświadczył, że został poinformowany, że wykonawca Niver zastrzegł odpowiedź na wezwanie jako stanowiącą tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa danej informacji / dokumentu jest możliwe jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia, łącznego spełnienia przez tą informację / dokument przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. informacja / dokument może zostać zastrzeżony jeżeli:

KIO 1370/16 6

1. ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
2. nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Zdaniem odwołującego w stosunku do zastrzeżonych przez Niver dokumentów w/w przesłanki nie zostały spełnione.

Odwołujący, powołując się na brak dostępu do wyjaśnień wniósł o weryfikację, czy zastrzeżone informacje spełniają legalną definicję tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wskazał, że to na podmiocie zastrzegającym ciąży obowiązek wykazania, że zastrzegane informacje / dokumenty spełniają przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca Niver nie przedstawił żadnego merytorycznego uzasadnienia dla słuszności zastrzeżenia tych wyjaśnień jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, dodając, że takie uzasadnienie nie zostało mu udostępnione.

Podsumował, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie kwestionowanym przez odwołującego powinno zostać uznane za nieskuteczne z uwagi na brak wykazania spełnienia przez zastrzeżone informacje wszystkich przesłanek określonych w art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W odniesieniu do zarzutu 4 odwołujący podał, że:

- w postępowaniu złożono 3 oferty,
- kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 1 906 500,00 zł brutto,
- ceny brutto zaoferowane przez wykonawców za realizację zamówienia to: 1 306 260,00 zł, 1 088 225,28 zł, 1 672 185,00 zł.

Podał także, że w skład oferty, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, wchodzi następujące składniki:

1. Dostawa przełącznika FC do obudowy blade firmy HPE.
2. Serwis sprzętu firmy HPE.
3. Serwis macierzy firmy HDS.
4. Usługi serwisu klastra obliczeniowego oraz coroczne szkolenia.

Odwołujący oświadczył, że wykonał instalację przedmiotowego klastra obliczeniowego oraz prowadził serwis gwarancyjny przez ostatnie 3 lata, a nadto stwierdził, że posiada duże doświadczenie w dziedzinie instalacji, uruchamiania oraz serwisu klastrów obliczeniowych (największa instalacja klastra obliczeniowego uruchomiona przez

KIO 1370/16 7

odwołującego zbudowana jest z ponad 700 węzłów obliczeniowych i zalicza się do grona najbardziej wydajnych tego typu instalacji w Polsce).

Podał, że zamawiający posiada klastę obliczeniową składającą się z 96 węzłów obliczeniowych.

Powołując się na swoje dotychczasowe doświadczenie stwierdził, że kwota przedstawiona przez wykonawcę Niver za realizację zamówienia jest nierealna – odwołujący oszacował koszty serwisu klastra obliczeniowego, bazując na ofertach serwisu producentów sprzętu HPE i HDS, historii serwisu przedmiotowego klastra obliczeniowego oraz na posiadanym doświadczeniu.

W odniesieniu do kosztów dostawy przełącznika FC do obudowy blade firmy HPE odwołujący podał, że przełącznik FC służy do połączenia klastra obliczeniowego z macierzą dyskową przechowującą dane obliczeniowe klastra. Stwierdził, że w chwili obecnej zamawiający posiada zainstalowany jeden przełącznik FC i zakup drugiego przełącznika jest uzasadniony, gdyż dobrą praktyką stosowaną w systemach informatycznych jest zasada duplikowania elementów sprzętowych celem uniknięcia poważnej awarii (w przypadku uszkodzenia jednego z elementów drugi przejmuje jego funkcje); wyjaśnił, że przedmiotowy przełącznik posiada pełną nazwę „AJ821B HP B-series 8/24c BladeSystem SAN Switch”, a jego cena na rynku polskim to minimum 34 000,00 zł netto (<http://www.thomas-it.pl/produkt/40834/hp-storage-blade-system-seria-b-hp-b-series-824c-bladesystem-san-switch.html?gclid=COXh067Jhs4CFYLFcgodRlgOMw>) (załączył wydruk).

Uzupełnił, że wskazana cena nie zawiera niezbędnych modułów gbic służących do podłączenia przełącznika do macierzy oraz konfiguracji przełącznika, co oznacza, że realna cena uruchomienia przełącznika będzie wyższa.

W odniesieniu do kosztów serwisu sprzętu firmy HPE odwołujący podał, że serwery tej firmy wchodzące w skład klastra służą przeprowadzaniu obliczeń numerycznych dla modelu pogodowego eksploatowanego przez zamawiającego i są najważniejszą częścią klastra obliczeniowego. Stwierdził, że serwisowanie serwerów tego typu wymaga podpisania z firmą Hewlett Packard Enterprise Polska sp. z o.o. („HPE”) tak zwanego kontraktu serwisowego, który umożliwia dostęp do części zamiennych oraz oprogramowania wbudowanego, tzw. firmware; zdaniem odwołującego brak kontraktu serwisowego oznacza w praktyce brak możliwości serwisowania serwerów HPE wchodzących w skład klastra obliczeniowego. Oświadczył, że zgodnie z informacjami przez niego uzyskanymi HPE zastosowała równe warunki finansowe w odniesieniu do wszystkich partnerów, którzy zwrócili się do niej o wycenę w związku z prowadzonym przez zamawiającego postępowaniem, toteż bazując na ofercie otrzymanej HPE odwołujący określił koszty wykupienia kontraktu serwisowego na 855 900,00 zł netto za okres 4 lat.

KIO 1370/16 8

W odniesieniu do kosztów serwisu macierzy dyskowej firmy HDS odwołujący podał, że macierz firmy HDS wchodzi w skład klastra obliczeniowego i służy przechowywaniu danych wejściowych dla modelu pogodowego eksploatowanego przez zamawiającego oraz przechowuje wyniki obliczeń. Wskazał, odwołując się do wielu lat współpracy handlowej i serwisowej firmy HDS, że w przypadku odwołującego serwis macierzy HDS wymaga wykupienia u producenta, firmy HDS, prawa do dostępu do części zamiennych i odwołujący jako partner serwisowy sam wykonuje naprawy sprzętu HDS, natomiast oferta firmy HDS, obejmująca jedynie dostęp do części zamiennych, opiewa na kwotę 44 572,00 zł netto za okres 4 lat. Uzupełnił, że w przypadku braku autoryzacji serwisowej HDS cena wsparcia serwisowego dodatkowo powinna obejmować koszt usługi wymiany części przez firmę posiadającą taką autoryzację.

W odniesieniu do kosztów usługi serwisu klastra obliczeniowego oraz corocznego szkolenia odwołujący podał, że zamawiający wymaga przeprowadzenia prac inicjujących, polegających na audycie klastra i przeprowadzeniu niezbędnych aktualizacji oraz rekonfiguracji. W opinii odwołującego należy wykonać minimum następujące prace:

Czynność Ilość osób Ilość RBG/osoba

Zapoznanie się z projektem i dokumentacją 1 2

Audyt 2 8
Przegląd zainstalowanego klastra 1 16
Dokumentacja z wnioskami z przeglądu 1 16
Konservacja wraz z usunięciem kurzu 2 8
Instalacja dodatkowego serwera master 1 4
Integracja dodatkowego serwera master z istniejącym klastrem 1 4
Aktualizacja oprogramowania wbudowanego (m.in. TORQUE) 1 16
Aktualizacja systemów i aplikacji 1 32
Instalacja i konfiguracja systemu monitoringu (nagios) 1 16
Aktualizacja dokumentacji technicznej 1 16
Przygotowanie do szkoleń (plan szkoleń i dokumentacja szkoleniowa) 2 16
Przeprowadzenie szkoleń 2 16
Kierowanie Projektem 1 16

Podsumował, że:

- ilość roboczogodzin prac inicjujących to 234 RBH i jest to czas, który nie obejmuje dojazdów do siedziby zamawiającego,
- koszt prowadzenia serwisu, szacowany na podstawie statystyk z raportów

KIO 1370/16 9

pracowników odwołującego, serwisującego przedmiotowy klastre, wynosi 150 RBH rocznie.

Wskazał, że wszyscy wykonawcy zaproponowali przeprowadzenie corocznych warsztatów dotyczących eksploatacji klastra obliczeniowego w ilości 126 RBH.

Stwierdził, że sumaryczna ilość RBH niezbędna do wykonania zadań określonych przez zamawiającego w OPZ wynosi 1338 RBH.

Wskazał, że szacując koszt wykonania usługi serwisu klastra obliczeniowego oraz corocznych szkoleń założył, że średnie wynagrodzenie wykwalifikowanego pracownika branży IT to 5500 zł brutto (<http://www.cm.pl/news/wydarzenia/badania-rynku/2016/02/raport-kto-naj-lepiej-zarabia-w-branzy-it>), jednak kwota ta jest w opinii odwołującego zaniżona, gdyż serwis klastra obliczeniowego prowadzony jest przez wysoko specjalizowaną kadrę, a rynek specjalistów IT zajmujących się klastrami obliczeniowymi jest ograniczony, w związku z czym wynagrodzenia kształtują się na poziomie zdecydowanie przewyższającym średnią w całej branży IT.

Podał, że koszty pracodawcy wypłacającego pensję w wysokości 5500 zł brutto to około 6650 zł brutto, jednak zakładając, że średnio w miesiącu pracownik pracuje 160 godzin i odliczając należny urlop 17 godzin miesięcznie otrzymuje się realnie przepracowane 143 godziny, co oznacza że koszt roboczogodziny wynosi około 45 zł; dokonując obliczeń otrzymuje się koszt usługi serwisu klastra obliczeniowego oraz corocznych szkoleń na poziomie 60 210 zł netto.

Podsumowując, odwołujący stwierdził, że wszystkie koszty, które należy ponieść realizując wymagania zamawiającego zawarte w SIWZ to 994 682,00 zł netto, 1 223 458,86 zł brutto.

Wskazał, że kwota ta przewyższa o 135 233,58 zł brutto cenę oferty Niver w sytuacji, gdy wyliczenia nie obejmują kosztów ogólnozakładowych i innych narzutów, jakie ponosi dany wykonawca, ani zysku wykonawcy.

Zakończył, że biorąc pod uwagę powyższe założenia cena oferty wykonawcy Niver jest ceną rażąco niską, czyli nie pozwala na prawidłowe wykonanie zamówienia.

Dodatkowo wskazał, że zgodnie z brzmieniem przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, a zatem to wykonawca do którego zostało skierowane wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp musi sprostac obowiązkowi wykazania, że cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską, w szczególności, że jest realna i pozwala na rentowną realizację zamówienia, zgodnie

KIO 1370/16 10

z wymaganiami SIWZ. Wskazał także, że wyjaśnienia i dowody składane w odpowiedzi na wezwanie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp muszą być szczegółowe, wyczerpujące i przekonujące.

Odwołujący, podkreślając, że nie ma dostępu do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Niver stanął na stanowisku, że złożone zostały wyjaśnienia ogólnikowe, nie wykazujące należyte, że zaoferowana cena nie stanowi ceny rażąco niskiej. Zarzucił również, że zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Niver.

Wniósł o zweryfikowanie, czy wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Niver są wystarczające dla przyjęcia, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę nie jest ceną rażąco niską, podkreślając że dla wyjaśnienia elementów ceny mających wpływ na jej wysokość istotne są konkretne okoliczności i wykazanie ich faktycznego wpływu na cenę oferty – wykonawca składając wyjaśnienia nie może poprzestać na ogólnych sformułowaniach, z których nie wynika realnie, w jaki sposób dane okoliczności wpłynęły na możliwości obniżenia ceny. Dodał, że w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie chodzi o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, ale o złożenie takich wyjaśnień, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwalają na stwierdzenie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zwrócił uwagę na przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (dowody potwierdzające składane wyjaśnienia) – wyjaśnienia powinny być nie tylko rzetelne i konkretne, ale również poparte stosownymi dowodami.

W odniesieniu do zarzutu 5 odwołujący stwierdził, że w świetle podnoszonych w odwołaniu zarzutów oferta wykonawcy Niver powinna zostać odrzucona, w związku z czym zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z 91 ust. 1 ustawy Pzp jest zasadny, ponieważ w postępowaniu nie została wybrana oferta najkorzystniejsza w świetle kryteriów określonych w SIWZ; ofertą nie podlegającą odrzuceniu i przedstawiającą najkorzystniejszy bilans kryteriów przyjętych do oceny ofert jest oferta odwołującego i to oferta odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu 6 odwołujący podniósł, że zamawiający niesłusznie uznał, że wykonawca Niver wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i zaniechał wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie wiedzy i doświadczenia na wymaganym poziomie.

Podał, że zamawiający w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wymagał:

„b) posiadania wiedzy i doświadczenia,

Wykonawcy powinni wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem

KIO 1370/16 11

terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali lub nadal wykonują, trwającą co najmniej 12 miesięcy, usługę wsparcia dla klastra obliczeniowego, składającego się co najmniej z 50 węzłów obliczeniowych oraz przynajmniej dwóch węzłów zarządzających i środowiska wirtualnego,,.

Zdaniem odwołującego istotą postawionego warunku było, aby świadczona w przeszłości usługa / usługi dotyczyły klastra obliczeniowego.

Odwołujący podał, że klastr to grupa wzajemnie połączonych całych komputerów dająca iluzję jednego komputera. W skład klastra wchodzić całe komputery – każdy komputer może działać oddzielnie.

Podał także, że klastry pozwalają na osiągnięcie cech trudnych lub bardzo kosztownych do osiągnięcia na pojedynczym komputerze. Są to:

1. Duża wydajność – można budować klastry składające się z nawet kilkuset komputerów. Wydajność klastra przewyższa wydajność pojedynczego komputera.
2. Skalowalność – klastry buduje się tak, aby bez modyfikacji oprogramowania można było dodawać kolejne komputery. Osiąga się płynne dostosowanie wydajności do potrzeb.
3. Wysoka dostępność – awaria jednego węzła nie unieruchamia całego systemu.

4. Korzystny stosunek ceny do wydajności.

W dalszej kolejności stwierdził, że w informatyce rozróżnia się podstawowe typy klastrów:

Klastry obliczeniowe HPC (ang. *High Performance Computing*) – służą do masowego przetwarzania jednego rodzaju danych, często naukowych. Wymagają bibliotek przetwarzania równoległego (PVM, MPI). Istotną rolę odgrywa aplikacja, która do równoległości musi być dostosowana.

Klastry wysokiej dostępności HA (ang. *high availability*) – pewne usługi (np. bankowe) wymagają, aby były świadczone nieprzerwanie. Klaster HA umożliwia eliminację pojedynczego punktu awarii SPOF (ang. *Single Point of Failure*).

Klastry równoważenia obciążenia fang. *Load Balancing Clusters*) – ich celem jest maksymalne wykorzystanie sprzętu.

Klastry serwerowe (ang. *Server Clusters*) – dostarczają wyspecjalizowanych usług sieciowych np. serwer WWW lub serwer bazy danych.

Stwierdził nadto, że klaster składa się z następujących elementów:

Węzeł obliczeniowy – Komputer będący elementem składowym klastra pełniący funkcje obliczeniowe.

Węzeł zarządzający – Komputer pełniący funkcję zarządzania, czasem wyposażony

KIO 1370/16 12

w monitor, klawiaturę.

Węzeł obsługujący system plików (jeden lub więcej). Węzeł zawiera pamięci masowe wykorzystywane przez inne węzły.

Sieć – zapewnia przesyłanie komunikatów. Stosowane są sieci typowe jak Fast Ethernet, Gigabit Ethernet lub sieci specjalne jak Myrinet, Infiniband. Często stosowane są dwie sieci: przesyłania komunikatów (Infiniband) i zarządzająca (Gigabit Ethernet).

Wskazał, że podobnie jak w komputerze stacjonarnym lub laptopie, klaster obliczeniowy nie będzie działał bez oprogramowania. Oceniał, że bez znajomości technologii wykorzystywanych w klastrach obliczeniowych rzetelny serwis klastra obliczeniowego jest niemożliwy.

W ocenie odwołującego głównymi elementami systemu wyróżniającymi klastry obliczeniowe są:

- system składowania danych np. Lustre;
- menadżer kolejkowania np. TORQUE,

zaś system składowania danych np. Lustre to klastrowy system plików, oparty na sieciach skupiających do kilkudziesięciu tysięcy węzłów, udostępniających petabajty danych z prędkością rzędu 100 GB/s. Lustre jest systemem plikowym, w którym przechowywane dane traktowane są jak obiekty. Obiektami systemu plików są pliki i katalogi. Właściwości, czyli metadane tych obiektów (rozmiar, czas utworzenia, wskaźniki dowiązań symbolicznych czy flagi rezerwowe), przechowywane są na serwerach metadanych (MDS). Metadane przechowywane są oddzielnie w stosunku do rzeczywistej zawartości obiektów.

Podał także, że serwery MDS odnotowują fakt tworzenia plików, zmiany ich właściwości i są odpowiedzialne za obsługę obszaru nazw czyli za odnajdywanie rzeczywistego położenia poszukiwanych danych; ścieżka wyszukiwania pliku: po znalezieniu i otwarciu odpowiednich kluczy MDS, wymianą danych zajmują się Object Storage Targets (OST - adresaci przechowywania obiektów); ścieżka tworzenia i zapisywania pliku: serwer MDS śledzi wymianę danych za pomocą rejestru. Tworzenie i zapisywanie pliku wymaga utworzenia węzła na serwerze MDS, który następnie skontaktuje się z OST w celu przydzielenia miejsca na dysku. W celu zwiększenia wydajności alokację można rozproszyć na kilka OST.

Na powyższej podstawie stwierdził, że w systemie plików Lustre można wyróżnić trzy podstawowe elementy:

- Serwer metadanych MDS (metadata server), przechowywanie i zarządzanie i-węzłami.
- Magazyn obiektów OST (Object Storage Target), przechowywanie obiektów.
- Klient systemu plików (Client File System CFS), odczyt i modyfikacje metadanych

oraz odczyt i zapis danych z obiektu.

KIO 1370/16 13

Stwierdził, że:

- menadżer kolejkowania (np. TORQUE) jest aplikacją komputerową służącą do kontroli wykonywania programów komputerowych działających bez bezpośredniego nadzoru użytkownika,
- zwyczajowo taki tryb pracy nazywany jest trybem wsadowym lub przetwarzaniem wsadowym,
- zadaniem menadżera kolejkowania jest zarządzanie uruchamianiem zadań na poszczególnych węzłach obliczeniowych,
- zadania kontrolowane przez menadżera kolejkowania zorganizowane są w tak zwane kolejki,
- użytkownik klastra obliczeniowego nie posiada informacji na temat dostępności poszczególnych węzłów, a jedynie kieruje swoje zadanie do odpowiedniej kolejki i to menadżer kolejkowania decyduje, w którym momencie ma wystarczającą ilość zasobów aby zadanie mogło być wykonane,
- zastosowanie menadżera kolejkowania umożliwia lepsze wykorzystanie dostępnej mocy obliczeniowej, gdyż użytkownicy nie muszą się ze sobą komunikować w celu podziału dostępnych zasobów między sobą,
- menadżer kolejkowania przydziela dostępne zasoby użytkownikowi, który ich potrzebuje,
- stosowanie kolejek umożliwia priorytetyzowanie zadań poszczególnych użytkowników.

Podał literaturę na której się oparł, podając powyższe, tj.

<http://jedrzej.ulasiewicz.staff.iiar.pwr.wroc.pl/Komputery-i-Syst-ownolegle/wyklad/Klastry6.pdf>

<https://en.wikipedia.org/wiki/Supercomputer>

<http://maciejroszkowski.pl/wirtualizacja-klasy-komputerowe/>

<http://www.megatel.com.pl/powerblog/pl/tag/klaster-obliczeniowy/>

<http://insidehpc.com/hpc-basic-training/what-is-hpc/>

https://en.wikipedia.org/wiki/Comparison_of_cluster_software

[https://pl.wikipedia.org/wiki/Lustre_\(system_plik%C3%B3w\)](https://pl.wikipedia.org/wiki/Lustre_(system_plik%C3%B3w))

https://en.wikipedia.org/wiki/Job_scheduler.

Odwołujący wskazał, że zamawiający posiada i eksploatuje klaster obliczeniowy w rozumieniu powyższej definicji i wymaga doświadczenia w serwisie takiego typu klastra – posiada typowy klaster obliczeniowy składający się z węzłów obliczeniowych, węzłów zarządzających z zainstalowanym menadżerem kolejkowania TORQUE, węzłów obsługujących system plików Lustre oraz sieci przesyłania komunikatów (Infiniband) i zarządzającej (Gigabit Ethernet); klaster używany jest do obliczeń numerycznego modelu

KIO 1370/16 14

prognozy pogody ALADIN. Podkreślił, że zamawiający określił, że wymaga doświadczenia w serwisie takiego typu klastra, tj. klastra obliczeniowego.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Niver złożył z ofertą wykaz usług składający się z dwóch pozycji:

	Ilość węzłów Zleceniodawca	Ilość węzłów zarządzających	Termin realizacji
	obliczeniowych klastra i środowiska zamówienia wirtualnego		

4 Centrum Przetwarzania Danych 64 29.01.2013 r. - 28.01.2016 r.
w architekturze Ministerstwa Finansów z Warszawy opartych o architekturę
Vmware Hewlett-Packard

8 QUMAK SA z Warszawy 72 18.06.2016 r. - 18.05.2016 r.

W odniesieniu do pozycji nr 1 wykazu odwołujący stwierdził, że zamówienie zrealizowane dla Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów, zgodnie z informacjami uzyskanymi przez odwołującego w drodze dostępu do informacji publicznej, nie było usługą wsparcia dla klastra obliczeniowego, wobec czego zamówienie to nie może być traktowane jako spełniające wymagania zamawiającego.

Podał, że zgodnie z udostępnioną mu umową nr PN/20/12/YBC zawartą 29.01.2013 r.: „§ 1 Przedmiot umowy 1. Przedmiotem umowy jest świadczenie usług serwisu technicznego pogwarancyjnego przez okres 36 miesięcy od daty zawarcia Umowy dla sprzętu wymienionego w ust. 2, użytkowanego w Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów w Warszawie ul. Świętokrzyska 12 oraz w Radomiu przy ul. Samorządowej 1”.

Podał nadto, że w umowie wymienione zostały poszczególne urządzenia, które objęte były usługą serwisową. Jako dowód odwołujący załączył wyciąg z umowy nr PN/20/12/VBC - dwie pierwsze strony, które zawierają postanowienia określające przedmiot umowy.

Na podstawie ww. umowy odwołujący stwierdził, że wykonawca Niver wykonał usługi w zakresie serwisu sprzętu serwerowego i oprogramowania systemowego producentów sprzętu, a nie usługę wsparcia świadczoną dla klastra obliczeniowego – przedmiot umowy nie obejmował oprogramowanie decydującego o tym, czy dany zestaw serwerów, jest czy nie jest klastrem obliczeniowym.

Stwierdził również, że zrealizowane przez wykonawcę Niver na rzecz Qumak S.A.

KIO 1370/16 15

zamówienie jest zamówieniem zakończonym – z wykazu usług wynika, że jego realizacja została zakończona 18.06.2016 r.

Podniósł, że jako dokument potwierdzający należyte wykonanie tego zamówienia, wykonawca Niver złożył na stronie 15 swojej oferty referencję, która nie zawiera daty wystawienia, ale z jej treści wynika, że pochodzi z okresu, kiedy zamówienie było jeszcze w trakcie realizacji – z referencji wynika, że Niver „wykonuje” przedmiot umowy i że „całość przedmiotu Umowy ma zostać wykonana w terminie do 18.06.2016 r.”

Uznał, że treść tego dokumentu jednoznacznie wskazuje, że został on wystawiony w trakcie trwania realizacji zamówienia, co oznacza, że taka referencja nie stanowi potwierdzenia, że zamówienie zostało zrealizowane należycie w całości – z takiej referencji wynika jedynie, że do dnia jej wystawienia (nie wiadomo jednak jaki to dzień) realizacja umowy przebiegała należycie.

Odwołujący podniósł, że przy zamówieniach zakończonych nie jest dopuszczalne posługiwanie się referencjami wystawionymi w czasie trwania zamówienia – takie referencje mogą potwierdzać wykonanie jakiegoś elementu zamówienia, czy prawidłowego realizowania do określonego momentu, nie stanowią jednak potwierdzenia należytego wykonania całości zamówienia, w związku z czym zamawiający nie mógł uznać, że wykonawca Niver należycie wykazał prawidłową realizację zamówienia z pkt 2 wykazu usług.

Dodatkowo wskazał, że dokument referencji potwierdza, że 18.06.2015 r. została zawarta umowa na świadczenie usług serwisowych w zakresie sprzętu serwerowego oraz konfiguracji systemu operacyjnego, brak zaś informacji na temat oprogramowania do zarządzania klastrem obliczeniowym (system składowania danych, menadżer kolejkowania).

Odwołujący wskazał, że wykonawca Niver w swoim wykazie usług podał, że świadczył serwis dla klastra obliczeniowego zbudowanego z 72 węzłów obliczeniowych opartych o architekturę serwerów firmy Hewlett-Packard (HP) na rzecz firmy Qumak, jednak zgodnie z wiedzą odwołującego w ostatnim czasie firma Qumak nie realizowała żadnego projektu w zakresie dostawy klastra obliczeniowego opartego o architekturę Hewlett-Packard, jak również innych usług, w tym serwisowych, korzystając z podwykonawstwa firmy Niver, w związku z czym są podstawy by sądzić, że podobnie jak pierwsza pozycja wykazu usług, tak samo druga dotyczy tylko usług w zakresie sprzętu serwerowego, a nie klastra obliczeniowego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 4 sierpnia 2016 r., złożonych na rozprawie: pisma odwołującego do HDS Polska z dnia 22 lipca 2016 r. oraz odpowiedzi na nie z dnia 1 sierpnia 2016 r., pisma HPE do odwołującego z dnia

KIO 1370/16 16

19 lipca 2016 r., umowy Nr PN/20/12/VBC z dnia 29 stycznia 2013 r. zawartej pomiędzy SP-Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów a Niver N. Sp. j. z Łodzi, wniosku o udostępnienie informacji publicznej do Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów z dnia 21 lipca 2016 r. i odpowiedzi z dnia 2 sierpnia 2016 r., Notatki dotyczącej szacowania wartości zamówienia z dnia 9 maja 2016 r., złożonej przez zamawiającego, Referencji Qumak S.A. z Warszawy z dnia 19 czerwca 2016 r. złożonej przez przystępującego, a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Niver pomimo faktu, że oświadczył, że wykona przedmiot zamówienia samodzielnie bez udziału podwykonawców, co w przypadku tego wykonawcy jest niemożliwe z uwagi na fakt, iż nie posiada on stosownych autoryzacji, czym zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 w zw. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W Formularzu ofertowym w pkt. 3 wykonawca Niver oświadczył: „Usługi objęte zamówieniem zamierzamy wykonać sami”.

Jak wskazał zamawiający w pkt. 2.2. SIWZ przedmiot umowy został przez niego szczegółowo opisany w stanowiących integralną część SIWZ załącznikach: Załączniku nr 1 – Opis Przedmiotu Zamówienia) oraz w Załączniku nr 7 – wzór umowy.

Zgodnie z pkt. 3 Załącznika nr 1 do SIWZ na przedmiot zamówienia składają się:

- 3.1. Prace wstępne (opisane pod lit. a-g w tym: przegląd pracującego u zamawiającego klastra, po którym wykonawca ma przedstawić raport, przegląd i konserwacja sprzętu, aktualizacja dokumentacji technicznej, przeprowadzenie warsztatów w siedzibie zamawiającego dla trzech osób, instalacja i konfiguracja posiadanego przez zamawiającego serwera Master, rekonfiguracja serwerów zarządzających klastra, dostarczenie i konfiguracja przełącznika FC i niezbędnych modułów gbic).
- 3.2. Usługi wsparcia klastra obliczeniowego Euros (opisane pod lit. a-g, w tym: diagnozowanie awarii klastra i oprogramowania systemowego, wymiana uszkodzonych podzespołów, konfiguracja sprzętu i oprogramowania, zmiany w konfiguracji serwerów zarządzających, węzłów obliczeniowych i innych elementów klastra, prowadzenie i aktualizacja dokumentacji usług serwisowych, wsparcie telefoniczne dla prac związanych z administracją systemem, przegląd i konserwacja sprzętu i oprogramowania klastra na trzy miesiące przed zakończeniem każdego roku trwania umowy, dodatkowe warsztaty w każdym

KIO 1370/16 17

roku trwania umowy w siedzibie zamawiającego dla grupy nie przekraczającej 6 osób w wymiarze minimum 21 godzin).

Zgodnie z § 1 ust. 6 i 7 wzoru umowy:

- „6. Wykonawca oświadcza, że posiada odpowiednie kwalifikacje do świadczenia usług serwisowych będących przedmiotem Umowy.”
- „7. Wykonawca oświadcza, że posiada autoryzację producentów Sprzętu lub autoryzowanych przedstawicieli producentów Sprzętu do wykonywania prac serwisowych oraz konserwacyjnych i naprawczych”.

Zgodnie z pkt. 2.1. ppkt 2 SIWZ:

„Przedmiot zamówienia obejmuje (...):

2) świadczenie usługi wsparcia serwisowego (...), w tym: a) serwis i naprawy awaryjne Sprzętu wymienionego w dokumentacji powykonawczej, w szczególności:

- i. Obudowa kasetowa dla serwerów obliczeniowych (chassis HPC) – 6 szt.
- ii. Serwer obliczeniowy (NI-N97) – 96 szt.
- iii. Obudowa kasetowa dla serwerów zarządzających (chassis MGMT) – 1 szt.
- iv. Węzły zarządzające i LUSTRE - MASTER1, MASTER2, OSS1, OSS2, MDS1, MDS2
- v. Przełącznik InfiniBand zewnętrzny (IB SW) z okablowaniem
- vi. Macierz dyskowa Hitachi Unified Storage System HUS 110 ”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Bezsporne było to, że wykonawca Niver samodzielnie zamierza zrealizować przedmiot zamówienia oraz, że przedmiot zamówienia dotyczy klastra obliczeniowego zbudowanego z infrastruktury 2 producentów: HPE (Hewlett Packard Enterprise) oraz HDS (Hitachi Data Systems).

Żądanie zamawiającego, zawarte w § 1 ust. 7 wzoru umowy, tj. posiadania autoryzacji producentów sprzętu lub autoryzowanych przedstawicieli producentów sprzętu do wykonywania prac serwisowych oraz konserwacyjnych i naprawczych, dotyczyło zatem autoryzacji sprzętu HPE oraz HDS.

Co jednak istotne, zamawiający oczekiwał jedynie od wykonawcy wybranego, aby – zawierając umowę – oświadczył, iż posiada autoryzacje producentów HPE oraz HDS lub autoryzowanych przedstawicieli tych producentów do wykonywania prac serwisowych oraz konserwacyjnych i naprawczych, ponieważ oświadczenie takie „składać ma się” dopiero na treść umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Zamawiający nie oczekiwał, aby oświadczenie o posiadaniu autoryzacji zostało złożone wraz z ofertą.

Odwolujący oparł natomiast zarzut na twierdzeniu, że to na dzień składania ofert wykonawca musi posiadać stosowne autoryzacje („Odwolujący wskazuje, że na dzień

KIO 1370/16 18

złożenia oferty Wykonawca Niver nie posiadał autoryzacji firmy HDS, jak również nie posiadał (i dalej nie posiada) niezbędnych kompetencji do wykonywania przedmiotu zamówienia związanego z serwisem macierzy dyskowej Hitachi Unified Storage System HUS 110 firmy HDS” (str. 4 odwołania, akapit trzeci), a „Z uwagi na to, że Wykonawca NIVER nie posiada autoryzacji, ani nie wskazał podwykonawstwa w zakresie prac wymagających autoryzacji (...) Wykonawca NIVER nie jest w stanie wykonać prac wstępnych jak również utrzymaniowych, gdyż takie prace może wykonać jedynie autoryzowany partner firmy HDS” (str. 4 odwołania, ostatnie zdanie, str. 5 odwołania, pierwsze zdanie).

Twierdzenie odwołującego nie znajduje oparcia w postanowieniach SIWZ.

Odwolujący nie wskazał postanowienia SIWZ, które nałożyło na wykonawców obowiązek złożenia oświadczenia o posiadaniu autoryzacji wraz z ofertą.

W stanowiącym integralną część SIWZ wzorze umowy zamawiający przewidział jedynie, iż oświadczenie o posiadaniu stosownych autoryzacji wykonawca będzie składał dopiero, podpisując umowę.

Odwolujący twierdził także, że „Uzyskanie odpowiedniej autoryzacji jest długotrwałe – wymaga nawiązania współpracy handlowej z firmą HDS oraz przeszkolenia i certyfikowania inżynierów w zakresie wspieranych grup produktowych w autoryzowanych przez HDS ośrodkach szkoleniowych. Informację, że Wykonawca Niver nie posiadał i nie posiada stosownych uprawnień (autoryzacji firmy HDS) Odwołujący uzyskał bezpośrednio od firmy HDS będącej producentem macierzy” (str. 4 odwołania, akapit trzeci).

Na rozprawie odwołujący złożył pismo z dnia 22 lipca 2016 r., jakie skierował do HDS Polska Sp. z o.o. (do: J.R. Regional Channel Manager CEE) oraz odpowiedź na nie (pismo z dnia 1 sierpnia 2016 r. od: J.R. Regional Channel Manager for Central Eastern Europe).

W ww. piśmie z dnia 1 sierpnia 2016 r. udzielono odpowiedzi, iż:

- „Na dzień 1 sierpnia 2016 firma Niver nie wystąpiła z żadnym wnioskiem do firmy HDS o uzyskanie autoryzacji handlowej oraz serwisowej”,
- Uzyskanie przez firmę Niver autoryzacji serwisowej w ciągu 2 miesięcy jest niemożliwe ze względu na a) konieczność posiadania przez taką firmę odpowiedniej

historii handlowej oraz b) konieczność uzyskania certyfikatów serwisowych umożliwiających serwis macierzy HDS HUS 110, poprzedzonych szkoleniami dla firm serwisowych. Szkolenia serwisowe są już niedostępne dla nowych firm starających się o status partnera serwisowego (ASP)”.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że złożone przez odwołującego ww. pisma nie pozwalają uznać, że wykonawca Niver nie będzie w stanie, podpisując ofertę,

KIO 1370/16 19

złożyć (zgodnego z prawdą) oświadczenia, że posiada stosowne autoryzacje, ponieważ odwołujący nie wykazał, że wykonawca Niver może jedynie od HDS Polska Sp. z o.o. uzyskać autoryzację (nie może uzyskać autoryzacji od innych przedstawicieli producenta), a nadto nie wykazał, że wykonawca Niver nie może uzyskać oczekiwanej autoryzacji od – co dopuścił zamawiający w § 1 ust. 7 wzoru umowy – „autoryzowanych przedstawicieli producentów Sprzętu”, pozostawiając swoje twierdzenia w tym zakresie prezentowane na rozprawie głośłownymi.

W ramach uzasadnienia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Niver z uwagi na fakt, że wykonawca ten nie posiada stosownych autoryzacji odwołujący podniósł, że *„Jeżeli Wykonawca Niver będzie podejmował samodzielną próbę aktualizacji oprogramowania wbudowanego zainstalowanego na macierzy HDS i próbę udostępniania nowych wersji tego oprogramowania, to takie działania stanowią będą naruszenie praw własności intelektualnej firmy HDS, w tym praw autorskich określonych w licencjach wydanych przez HDS na ich instalację i użytkowanie”.*

W złożonej przez odwołującego na rozprawie odpowiedzi z dnia 1 sierpnia 2016 r. (na zapytanie odwołującego z dnia 22 lipca 2016 r., jakie skierował do HDS Polska Sp. z o.o.) podano, że do „wykonania samodzielnej aktualizacji oprogramowania wbudowanego w macierzy dyskowej HUS 110 w czasie trwania serwisu” (...) „wymagane jest posiadanie aktywnego kontraktu serwisowego HDS, który zapewni dostęp do aktualnej wersji oprogramowania”, a także, że „Na dzień 1 sierpnia 2016 Macierz nie posiada aktualnego i aktywnego kontraktu serwisowego wykupionego u producenta macierzy”.

Dostrzeżenia dodatkowo wymaga, że pytanie odwołującego w piśmie z dnia 22 lipca 2016 r. o treści „Czy próba samodzielnej instalacji przez podmiot nie posiadający autoryzacji HDS nowych wersji oprogramowania bez wykupienia kontraktu serwisowego narusza prawa własności intelektualnej producenta macierzy HDS?” pozostawiono bez odpowiedzi.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że złożone przez odwołującego ww. pisma nie pozwalają uznać, że wykonawca Niver nie będzie w stanie samodzielnie aktualizować oprogramowania bez naruszenia praw własności intelektualnej producentów, ponieważ, przyjmując nawet, że aktualizacja oprogramowania wymaga „posiadania aktywnego kontraktu serwisowego HDS, który zapewni również dostęp do aktualnej wersji oprogramowania”, odwołujący nie wykazał, że wykupienie kontraktu serwisowego po 1 sierpnia 2016 r. (a przed podpisaniem umowy) nie jest możliwe.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

KIO 1370/16 20

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Niver, pomimo że nie obejmuje całego zakresu przedmiotu zamówienia wymienionego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, czym zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołujący wskazał, że „gdyby Wykonawca NIVER zajął stanowisko, że nie zamierza w ramach realizacji przedmiotu zamówienia wykonać prac, które wymagają autoryzacji producenta HDS stwierdzić należy, że oferta powinna podlegać odrzuceniu

z uwagi na fakt, że Wykonawca ten nie objął ofertą pełnego zakresu wymaganego przez Zamawiającego” (str. 5 odwołania, trzeci akapit).

Odwolujący nie wykazał, aby w złożonej ofercie (abstrahując od adekwatności sformułowania o „zajęciu stanowiska”) „Wykonawca NIVER zajął stanowisko, że nie zamierza w ramach realizacji przedmiotu zamówienia wykonać prac, które wymagają autoryzacji producenta HDS”, wobec czego skład orzekający Izby uznał, że zarzut, iż wykonawca Niver nie objął całego zakresu przedmiotu zamówienia wymienionego w SIWZ nie potwierdził się.

Zarzut zaniechania udostępnienia odwołującemu wyjaśnień wykonawcy Niver dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę, pomimo faktu, że nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa, czym zamawiający naruszył art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 28 czerwca 2016 r. zamawiający wezwał wykonawcę Niver, z powołaniem się na przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień.

Wykonawca Niver złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 4 lipca 2016 r. (a dodatkowo sprostowanie do wyjaśnień pismem z tego samego dnia), zastrzegając informacje podane w wyjaśnieniach jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Uzasadnienie zastrzeżenia zawarł w części III ww. pisma (akapit drugi – 17 wierszy).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp „Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca (...) zastrzegł, że nie mogą być udostępnione oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Poza sporem była dopuszczalność zastrzeżenia informacji udzielonych przez

KIO 1370/16 21

wykonawcę w ramach wyjaśnień składanych po terminie składania ofert na wezwanie zamawiającego skierowane na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Skuteczność zastrzeżenia zachowania informacji w poufności wymaga, co wynika wprost z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, wykazania przez wykonawcę, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Tajemnicą przedsiębiorstwa są „nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności” (art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Powyższa definicja przesądza o tym, że aby dane informacje uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa niezbędne jest w szczególności podjęcie przez przedsiębiorcę działań w celu zachowania ich w poufności.

Uwzględniając wynikający z przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp obowiązek wykazania przez wykonawcę zastrzegającego informacje w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że stanowią one tajemnicą przedsiębiorstwa oraz uwzględniając definicję tajemnicy przedsiębiorstwa uznać należy, że wykonawca Niver był zobowiązany wykazać zamawiającemu, że podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności.

Tymczasem wykonawca Niver poprzestał na oświadczeniu, że podjął w stosunku do zastrzeganych informacji niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności, nawet ich nie wskazując.

Wobec powyższego można co najwyżej przyjąć, że wykonawca Niver jest przekonany, że podjęte przez niego działania były niezbędne (zakładając, że rzeczywiście zostały podjęte), co jednak nie jest wystarczające dla odstąpienia przez zamawiającego od respektowania zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ zamawiający nie miał żadnych podstaw do uznania, że wykonawca Niver podjął niezbędne działania w celu zachowania zastrzeganych informacji w poufności.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut zaniechania

udostępniania odwołującemu informacji zawartych w wyjaśnieniach składanych przez wykonawcę Niver potwierdził się.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Niver, pomimo faktu, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, czym zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

KIO 1370/16 22

Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na 1 550 000 zł netto (pkt 2 *Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego*), co daje (stawka podatku VAT 23%) 1 906 500 zł brutto.

Jak oświadczył zamawiający w toku rozprawy wartość zamówienia (brutto) została przez niego zweryfikowana przed terminem składania ofert do poziomu 1,6 mln zł („Notatka dotycząca Szacowania Wartości Zamówienia” z dnia 9 maja 2016 r. złożona przez zamawiającego na rozprawie – „można przyjąć, że oferty będą tańsze o 212 052 zł brutto”).

Zweryfikowana wartości brutto wynosiła zatem 1 694 448 zł (1 906 500 zł minus 212 052 zł). Cena ofertowa wykonawcy Niver w wysokości 1 088 225,28 zł stanowi 64 % tej ubruttowanej, zweryfikowanej wartości szacunkowej zamówienia.

Pismem z dnia 28 czerwca 2016 r. zamawiający, powołując się na przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Niver do złożenia wyjaśnień: „czy istnieją, a jeżeli tak to jakie, indywidualne obiektywne czynniki, mające wpływ na zwiększenie potencjału oszczędnościowego Państwa firmy i związaną z tym kalkulacją cenową przedłożonej oferty dla jej części wycenionej w Tabeli 2 (Serwis i naprawy awaryjne sprzętu) oraz Tabeli 4 (przeprowadzenie warsztatów). Fakt występowania powyższych okoliczności proszę potwierdzić odpowiednimi dokumentami. Ponadto zwracam się o dokonanie szczegółowej kalkulacji cenowej (rozwinętej), dotyczącej elementów oferty w części Tabela 2 (Serwis i naprawy awaryjne sprzętu) i Tabela 4 (Przeprowadzenie warsztatów), mających wpływ na wysokość ceny, ze szczególnym uwzględnieniem następujących pozycji kosztorysowych: Tabela 2: (...) Tabela 4: (...)”.

Uzasadniając powód wezwania zamawiający podał: „Zamawiający ocenił, że cena Państwa oferty znacząco odbiega od szacunkowej wartości zamówienia określonej zgodnie z przepisem art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, oraz od cen pozostałych ofert, złożonych w przedmiotowym postępowaniu”.

Wykonawca Niver złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 4 lipca 2016 r. oraz sprostowanie do tych wyjaśnień pismem z tego samego dnia. Część tych wyjaśnień stanowiły informacje (cytaty) zaczerpnięte z powszechnie dostępnych źródeł (publikacji).

Przedstawił kalkulacje cenowe uwzględniające wszystkie wskazane przez zamawiającego pozycje kosztorysowe tak w odniesieniu to Tabeli 2, jak i Tabeli 4 oraz podał pozycje dodatkowe, w tym zysk (str. 1-3).

W odniesieniu do Tabeli 2 przedstawił w szczególności przyjęte przez siebie założenia, w tym szacowaną liczbę roboczogodzin, szacowaną liczbę incydentów oraz podał uwzględniony w kalkulacji koszt roboczogodziny.

Wskazał także okoliczności mające wpływ na kalkulację ceny.

Wykonawca Niver zaprezentował także informacje i ich źródła, które uzasadniały

KIO 1370/16 23

przyjęte koszty roboczogodzin (str. 3-4).

Wykonawca Niver zastrzegł, że wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Formularz ofertowy wykonawcy Niver był jawny. Zamawiający udostępnił także odwołującemu treść wezwania skierowanego do wykonawcy Niver w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, tj. pismo z dnia 28 czerwca 2016 r. (odwołujący potwierdził ten fakt w odwołaniu: „W dniu 18.07.2016r. otrzymał od Zamawiającego skan wezwania skierowanego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do Wykonawcy NIVER w sprawie rażąco niskiej ceny” (str. 4 odwołania zdanie ostatnie, str. 5 odwołania zdanie pierwsze).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że zamawiający zażądał od wykonawcy Niver wyjaśnień w odniesieniu do dwóch z czterech Tabel Formularza oferty, w których ujęto składowe całkowitej ceny ofertowej, tj. Tabeli 2 i 4. Wątpliwości zamawiającego nie dotyczyły zatem ceny dostawy przełącznika FC i niezbędnych modułów gbic oraz konfiguracji (Tabela 1), a nadto ceny za wykonanie prac wstępnych (Tabela 3).

W toku postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego wykonawca Niver nie zajmował stanowiska co do elementów składowych ceny wskazanych w Tabeli 1 i 3.

Uwagi powyższe skład orzekający Izby poczynił z tego względu, iż ocena, czy cena ofertowa danego wykonawcy jest rażąco niska rażąco dotyczy całkowitej zaoferowanej przez wykonawcę ceny.

Jak wynika z odwołania odwołujący oszacował minimalne koszty realizacji usługi, bazując na ofertach serwisu producentów sprzętu HPE i HDS, historii serwisu przedmiotowego klastra obliczeniowego oraz na posiadanym doświadczeniu.

Odwołujący podał, że cena przełącznika, którego dostawy wymaga zamawiający wynosi minimum 34 000 zł i winna dodatkowo zostać powiększona o cenę niezbędnych modułów gbic oraz konfiguracji przełącznika, nie wskazując o jaką wielkość cena 34 000 zł netto winna zostać zwiększona (str. 7 odwołania ostatnie zdanie, str. 8 pierwsze zdanie).

Zauważyć należy, że wykonawca Niver zaoferował cenę netto przewyższającą o 12 000 zł wskazaną przez odwołującego cenę 34 000 zł.

Odwołujący twierdził, że w ramach kosztów serwisu sprzętu HPE koniecznym było podpisanie z firmą Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. tzw. kontraktu serwisowego, którego koszty wykupienia wynoszą 855 900 zł netto za okres 4 lat (str. 8 odwołania drugi akapit).

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że konieczność uwzględnienia kosztów

KIO 1370/16 24

wykupienia tzw. kontraktu serwisowego (abstrahując od tego, czy winna to być wskazana wartość) jako niezbędnego do realizacji przedmiotu zamówienia nie została przez odwołującego udowodniona.

Odwołujący złożył pismo Hewlett Packard Enterprise z dnia 19 lipca 2016 r. stanowiące (jak wynika z treści samego pisma) odpowiedź na zapytanie odwołującego odnoszące się do informacji handlowej z dnia 20 czerwca 2016 r. otrzymanej przez odwołującego (Informację handlową także odwołujący złożył, nie składając jednak samego zapytania, na które odpowiedź została udzielona pismem z dnia 19 lipca 2016 r.).

Twierdzenia odwołującego złożone pismo nie potwierdza. Mowa w nim bowiem jedynie o tym, iż stanowi ono odpowiedź na zapytanie odwołującego dotyczące otrzymanej wcześniej informacji handlowej, przypomina się w nim, że informacja ta nie obejmuje całości przedmiotu zamówienia oraz podkreśla, że *„warunki określone w przekazanej (...) informacji handlowej mają zastosowanie wyłącznie w przypadku zamówienia w całości świadczeń wskazanych w tejże informacji handlowej na warunkach standardowych stosowanych przez HPE”*.

Żadna z tych kwestii nie referuje do kontraktu serwisowego niezbędnego do realizacji przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do kosztów serwisu macierzy dyskowej HDS odwołujący podał, że *„Oferta firmy HDS, obejmująca jedynie dostęp do części zamiennych, opiewa na kwotę 44 572 zł netto za okres 4 lat”* (str. 8 odwołania trzeci akapit) oraz stwierdził, że *„W przypadku braku autoryzacji serwisowej HDS cena wsparcia serwisowego dodatkowo powinna obejmować koszt usługi wymiany części przez firmę posiadającą taką autoryzację”* (str. 8 odwołania trzeci akapit).

Skład orzekający Izby wskazuje, że fakt, iż odwołujący otrzymał (jak należy domniemać) od firmy HDS ofertę opiewającą na wskazaną kwotę nie oznacza jeszcze, że także wykonawca Niver musiał uwzględnić w swojej wycenie taką co najmniej kwotę, ponieważ nie jest wiadomym, czego dokładnie (jakie części) dotyczyła ta kwota.

Odwołujący założył także, że *„Sumaryczna ilość RBH niezbędna do wykonania zadań*

określonych przez Zamawiającego w OPZ wynosi 1338 RBH" oraz, że „koszt roboczogodziny wynosi około 45 zł”, w konsekwencji czego wskazał, kwotę 60 210 zł netto.

Podnieść jednak należy, że zamawiający nie podał w SIWZ choćby minimalnej ilości roboczogodzin niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia. Oszacowanie ilości pozostawiono zatem samym wykonawcom (ryzyko wykonawcy), wobec czego przyjęcie wskazanej przez odwołującego, jako minimalnej, ilości roboczogodzin dla wyceny oferty wykonawcy Niver nie jest uzasadnione.

Sumując podane koszty (34 000 zł + 855 900 zł + 44 572 zł + 60 210 zł netto)

KIO 1370/16 25

odwołujący wskazał, że „należy ponieść realizując wymagania Zamawiającego zawarte w SIWZ” koszty w wysokości 994 682 zł netto, 1 223 458,86 zł brutto, a kwota ta przewyższa o 133 233,58 zł cenę brutto oferty Niver (str. 9 odwołania ostatni akapit).

Biorąc pod uwagę powyższe, przyjęcie kwoty 1 223 458,86 zł brutto jako minimalnej kwoty realizacji przedmiotu zamówienia nie jest uzasadnione z tego choćby względu, że nie wykazano, że do realizacji przedmiotu zamówienia konieczne jest wykupienia tzw. kontraktu serwisowego, a nadto z tego względu, iż nie można przyjąć, że minimalna ilość roboczogodzin wskazana przez odwołującego rzeczywiście taką jest.

Oceniając złożone przez wykonawcę Niver, zastrzeżone w piśmie z dnia 4 lipca 2016 r. wyjaśnienia, skład orzekający Izby uznał, że wyjaśnienia te – w świetle wyartykułowanych przez zamawiającego żądań w piśmie z dnia 28 czerwca 2016 r. są wystarczająco szczegółowe, kompletne, spójne i uzasadnione adekwatnymi informacjami, uzasadniającymi przyjęty poziom wyceny roboczogodziny, przez co uzasadniają elementy składowe ceny (dwie tabele budzące wątpliwości) zaoferowanej przez tego wykonawcę.

Wystarczająco szczegółowe i kompletne, ponieważ wykonawca Niver przedstawił kalkulacje cenowe uwzględniające wszystkie wskazane przez zamawiającego pozycje kosztorysowe tak w odniesieniu to Tabeli 2, jak i Tabeli 4 oraz podał pozycje dodatkowe, w tym zysk, które składały się na wskazane w Tabeli 2 i 4 wartości, a także – zgodnie z oczekiwaniem zamawiającego – wskazał „indywidualne, obiektywne czynniki, mające wpływ na zwiększenie potencjału oszczędnościowego” (str. 3 tiret 2).

Biorąc także pod uwagę okoliczność, że wątpliwości zamawiającego dotyczyły elementów składowych ceny, w których znaczenie podstawowe mają koszty roboczogodziny specjalistów branży IT za adekwatne i uzasadniające przyjęte koszty należało uznać zaprezentowane powszechnie dostępne informacje.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby ocenił, że poprzez złożone wyjaśnienia wykonawca Niver wykazał, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, wobec czego uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzut zaniechania wezwania wykonawcy Niver do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia z pozycji nr 2 wykazu usług, czym zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz, że zamawiający niesłusznie uznał, że wykonawca Niver wykazał prawidłowo spełnienie warunków udziału w postępowaniu i zaniechał wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie wiedzy i doświadczenia na wymaganym poziomie nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

KIO 1370/16 26

Zamawiający w pkt. 5 SIWZ – „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu oceny spełniania tych warunków, Poleganie na potencjale innych podmiotów” wskazał, że „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: 5.1.1 spełniają określone wart. 22 ust. 1 pkt 1-4 Pzp warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienie dotyczące: (...) b) posiadania wiedzy i doświadczenia, Wykonawcy powinni wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali lub nadal wykonują, trwającą co najmniej 12 miesięcy, usługę wsparcia dla klastra obliczeniowego, składającego się co najmniej z 50

węzłów obliczeniowych oraz przynajmniej dwóch węzłów zarządzających i środowiska wirtualnego”.

W celu potwierdzenia spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy zostali zobowiązani do złożenia wykazu zrealizowanych zamówień wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 8 do SIWZ (pkt 6.1.2. SIWZ).

Wykonawca Niver złożył wykaz (str. 9 oferty), sporządzony zgodnie z opracowanym przez zamawiającego wzorem, wskazując dwie pozycje:

- w pozycji pierwszej usługę zrealizowaną dla Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów – ilość węzłów obliczeniowych klastra: 64, ilość węzłów zarządzających i środowiska wirtualnego: 4,
- w pozycji drugiej usługę zrealizowaną dla Qumak S.A. z Warszawy – ilość węzłów obliczeniowych klastra: 72, ilość węzłów zarządzających i środowiska wirtualnego: 8. W odniesieniu do pozycji 2 złożył (str. 15 oferty) referencję, która nie została opatrzona datą.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwolujący postawił zarzut zaniechania wezwania wykonawcy Niver do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia z pozycji nr 2 wykazu (zarzut 6 na str. 2 odwołania) oraz żądał nakazania zamawiającemu wezwania wykonawcy Niver do złożenia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia z pozycji 2 wykazu, jednocześnie w uzasadnieniu odwołania zarzucając, że zamawiający niesłusznie uznał, że wykonawca Niver wykazał prawidłowo spełnienie warunków udziału w postępowaniu i zaniechał wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie wiedzy i doświadczenia na wymaganym poziomie (str. 11 odwołania zdanie pierwsze), podnosząc, że zamówienie z pozycji 1 wykazu „nie było usługą wsparcia dla klastra obliczeniowego” (str. 14 odwołania akapit bezpośrednio pod tabelą).

Odwolujący zakwestionował, że usługa z pozycji 1 wykazu była usługą wsparcia dla klastra obliczeniowego w rozumieniu zaprezentowanej przez siebie „definicji” (sposób rozumienia „klastra obliczeniowego” odwołujący zawarł na str. 11-13 odwołania), twierdząc,

KIO 1370/16 27

że zamawiający „posiada typowy klastr obliczeniowy” oraz twierdząc, że „Zamawiający jasno określił, że wymaga doświadczenia w serwisie takiego typu klastra, tj. klastra obliczeniowego” (str. 14 odwołania drugi akapit).

O ile należy zgodzić się z odwołującym co do tego, że zamawiający żądał wykazania się doświadczeniem w zakresie usługi wsparcia dla klastra obliczeniowego (wynika to wprost z brzmienia pkt. 5.1.1. lit. b) SIWZ), to nie sposób zgodzić się z tym, że wszystkie opisane przez odwołującego cechy i elementy klastra (zaprezentowany przez odwołującego sposób rozumienia klastra obliczeniowego) winny stanowić wzorzec dla porównania cech i elementów klastrów, których dotyczyły usługi wskazywane w wykazie przez wykonawcę Niver, ponieważ takiego sposobu rozumienia klastra obliczeniowego zamawiający nie zastrzegł w postanowieniach SIWZ, a nadto odwołujący nie wykazał twierdzenia z rozprawy, że prezentowany przez niego sposób rozumienia klastra obliczeniowego odpowiada powszechnemu rozumieniu w branży IT.

Istotne dla zamawiającego, przy ocenie niezbędnego doświadczenia, co wskazał wprost w pkt. 5.1.1. lit. b) SIWZ były: węzły obliczeniowe klastra (minimum 50) oraz węzły zarządzające i środowiska wirtualnego (minimum 2). Węzły takie w przewyższającej minimalną ilość wykonawca Niver wykazał. Ilości tych odwołujący nie kwestionował.

Skład orzekający Izby uznał, że złożone przez odwołującego pismo Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów z dnia 2 sierpnia 2016 r. nie pozwala na przyjęcie, że w ramach umowy z tym podmiotem wykonawca Niver (Niver N. Sp. j.) nie świadczył usług wsparcia klastra obliczeniowego, ponieważ nie jest pewnym, jak w istocie odbiorca usługi rozumienie pojęcia „klastr obliczeniowy”.

Materiał „Elementy składowe klastrów obliczeniowych zajmujących pięć pierwszych pozycji na liście TOP500, stanowiącej ranking pięciuset najszybszych komputerów” złożony przez odwołującego „na potwierdzenie, iż definicja klastra obliczeniowego zaprezentowana w odwołaniu odnosi się do elementów przyjmowanych jako składających się na definicję

klastra obliczeniowego” (str. 8 „Protokołu posiedzenia i rozprawy”) skład orzekający Izby uznał jako stanowisko odwołującego.

Skład orzekający Izby uznał, że „Ogólne warunki świadczenia usług HDS” złożone przez odwołującego są bezprzedmiotowe, ponieważ zamawiający nie twierdził, że serwis może być świadczony przez podmiot, który nie posiada autoryzacji. Zamawiający w § 1 ust. 7 wzoru umowy wskazał, że oczekuje oświadczenia co do posiadania autoryzacji.

Skład orzekający Izby nie podzielił także zapatrywania odwołującego, iż „postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu należy odczytywać przez pryzmat opisu przedmiotu zamówienia” (str. 8 *Protokołu posiedzenia i rozprawy*), stając na stanowisku, że opisany przez zamawiającego sposób spełniania warunków udziału

KIO 1370/16 28

nie może być doprecyzowywany na etapie badania i oceny ofert, poprzez sięganie do opisu przedmiotu zamówienia, a to z uwagi na obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dotkliwe konsekwencje (eliminacja z udziału w postępowaniu) w przypadku, gdy wykonawca nie wykaże posiadania wymaganego doświadczenia.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że wykonawca Niver wykazał, że posiada niezbędne doświadczenie, tj. wykazał wykonanie jednej usługi wsparcia dla klastra obliczeniowego o opisanych w wymogu elementach (ilości węzłów) – pozycja 1 wykazu, wobec czego wzywanie do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi z pozycji 2 wykazu jest zbędne.

Zarzut dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Niver pomimo, że powinna zostać odrzucona, czym zamawiający naruszył art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

W konsekwencji uznania, że oferta wykonawcy Niver nie podlega, z przyczyn wskazanych przez odwołującego, odrzuceniu, skład orzekający Izby uznał, że zarzut wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej nie potwierdził się.

Pomimo potwierdzenia się zarzutu zaniechania udostępnienia odwołującemu wyjaśnień wykonawcy Niver dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość, czym zamawiający naruszył art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp (w konsekwencji nie nakazując udostępnienia tych wyjaśnień) skład orzekający Izby nie uwzględnił odwołania, uznając że naruszenia te nie miały i nie mogą mieć istotnego wpływu na wynik postępowania.

Pomimo, iż zamawiający nie udostępnił odwołującemu ww. wyjaśnień odwołujący sformułował zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Niver z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej oraz zaprezentował w tym zakresie szczegółową argumentację i złożył dowody na poparcie postawionego zarzutu. Zarzut ten skład orzekający rozpoznał, uznając jednak, że się nie potwierdził.

KIO 1370/16 29

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1) lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

KIO 1370/16 30