

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **INTARIS Sp. z o.o. ul. Księcia Ziemowita 53, 03-885 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **387 zł 00 gr** (słownie: trzysta osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez **INTARIS Sp. z o.o. ul. Księcia Ziemowita 53, 03-885 Warszawa** na rzecz **Instytutu Chemii Bioorganicznej PAN Poznańskiego Centrum Superkomputerowo – Sieciowego ul. Noskowskiego 10, 61-704 Poznań** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **INTARIS Sp. z o.o. ul. Księcia Ziemowita 53, 03-885 Warszawa.**

U z a s a d n i e

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *roczną, sukcesywną sprzedaż wraz z dostarczeniem do siedziby zamawiającego, montażem oraz konfiguracją elementów infrastruktury przetwarzania danych wraz z oprogramowaniem a także szkoleniem obsługi* na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 25 lipca 2009 r. w Dz. Urz. UE pod numerem 2009/S 141-206136. Tego samego dnia na stronie internetowej Zamawiającego została zamieszczona specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Wartość zamówienia przekracza tzw. progi unijne.

7 sierpnia 2009 r. Odwołujący wniósł protest, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 – 3, art. 30 ust. 1 – 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z dokonaniem opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, tj. w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nie za pomocą zrozumiałych określeń, nie uwzględniając wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak również z tego względu, że przedmiot zamówienia określony został za pomocą nieobiektywnych parametrów, a nie za pomocą cech technicznych i jakościowych z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie,

2) art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z przyjęciem kryterium oceny ofert, które jest nieobiektywne i preferuje jeden konkretny produkt jednego konkretnego producenta, a nie faktycznie najlepsze rozwiązanie,

3) art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 5 i art. 353¹ kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez określenie postanowień wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób, który sprzeciwia się zasadom współzycia społecznego, a w szczególności przerzuca ryzyko związane z należyтым wykonaniem zamówienia na wykonawcę,

4) innych przepisów wymienionych w treści uzasadnienia protestu.

Tym samym Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący nie jest w stanie złożyć konkurencyjnej oferty, wnosi więc o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) dokonania modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób opisany w proteście i odwołaniu,

2) dokonania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w sposób opisany w proteście i odwołaniu,

3) dokonania czynności przedłużenia terminu składania ofert i czynności poinformowania o tym wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, przy czym termin składania ofert nie może być krótszy niż 22 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich

lub alternatywnie o uwzględnienie protestu i unieważnienie postępowania na mocy art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych i wszczęcie nowego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

1. Odnośnie zarzutu 1. – w wielu przypadkach opis przedmiotu zamówienia jest niejasny, nieprecyzyjny i budzi wątpliwości:

A. W części 4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Specyfikacja techniczna przedmiotu zamówienia” – „Elementy klastra obliczeniowego”: „klastr zostanie zainstalowany w serwerowni Zamawiającego wyposażonej w klimatyzację precyzyjną. Do obowiązku Wykonawcy należy sprawdzenie możliwości zainstalowania tam klastra i uwzględnienie wszelkich kosztów związanych z wykonaniem takiej instalacji. Zamawiający dopuszcza zaawansowane technologie chłodzenia polegające na dodatkowym chłodzeniu w obrębie szafy, pod warunkiem wykonania pełnej instalacji i integracji z obecną infrastrukturą przez Dostawcę. W takim wypadku koszt wykonania oraz wszystkich elementów niezbędnych do wykonania instalacji musi zostać wliczony w koszt dostarczenia systemu.” oraz specyfikacja szafy teleinformatycznej z pkt. 8.1.

Zamawiający stosuje nieprecyzyjne zapisy dotyczące posiadanej przez siebie klimatyzacji oraz obowiązków wykonawcy w zakresie instalacji klastra, co powoduje dowolność interpretacji i jest niebezpieczne zarówno dla Zamawiającego, jak i wykonawcy, bowiem Zamawiający może otrzymać rozwiązanie niskiej jakości, nie współpracujące z obecnie posiadaną infrastrukturą chłodzącą, natomiast wykonawca może być zmuszony do poniesienia dodatkowych nieprzewidzianych kosztów w związku z koniecznością wykonania „pełnej instalacji” systemu klimatyzacyjnego. Odwołujący nie jest w stanie oszacować ewentualnych kosztów, a w związku z tym przygotować oferty konkurencyjnej cenowo.

Ponadto z wyliczeń Odwołującego wynika, że przy 320 węzłach zainstalowanych równomiernie w 4 szafach, moc samych procesorów w węzłach jednej szafy wyniesie ok. 13 kW, co nie pozwala na tego typu instalację w tradycyjnej szafie, a taką szafę specyfikuje Zamawiający w pkt. 8.1. Moce tego rzędu wielkości możliwe są do wychłodzenia jedynie poprzez użycie szaf teleinformatycznych ze zintegrowanymi systemami chłodzącymi, które posiadają większe wymiary niż wyspecyfikowanie przez Zamawiającego. W związku z tym tego typu specyfikacja jest niemożliwa do realizacji przy użyciu rozwiązań dostępnych na rynku. Zamawiający powinien dostarczyć infrastrukturę chłodzącą i wyspecyfikować jej możliwości. Ponadto Zamawiający w § 5 ust. 4 projektu umowy ustalił, iż to on sam „zapewnia warunki pracy systemu zgodne z wymaganiami producenta”. W związku z tym zapewnienie właściwej klimatyzacji i chłodzenia całego systemu leży po stronie Zamawiającego, a nie po stronie wykonawcy.

W związku z tym Zamawiający powinien usunąć obecne zapisy zastępując je specyfikacją posiadanego systemu klimatyzacji wraz z podaniem możliwości chłodzenia szaf z zamawianym klastrem obliczeniowym oraz precyzyjnie określić zakres prac związanych z rozbudową lub budową nowej infrastruktury klimatyzacyjnej, w tym podać maksymalne obciążenie mocy na pojedynczą szafę teleinformatyczną, jaka jest w stanie zostać odprowadzona przez infrastrukturę chłodzącą Zamawiającego.

Ponadto Zamawiający powinien usunąć z pkt. 8.1. wymagania co do wymiarów zewnętrznych szafy teleinformatycznej.

B. W części 4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Specyfikacja techniczna przedmiotu zamówienia”, pkt. 1.1.E „Możliwość instalacji co najmniej 14 węzłów obliczeniowych w pojedynczej skrzynce blade’owej” oraz pkt. 2.1. „Przełączniki IB 24-port 20 szt” Zamawiający podał liczbę przełączników InfiniBand – 20 szt jednocześnie zaznaczając, że zamawia klastery, w którym wszystkie węzły są podłączone siecią InfiniBand, a także wskazał, że przełączniki te będą służyły do połączenia węzłów w ramach jednej skrzynki blade’owej. Jednak podana liczba przełączników nie odzwierciedla sposobu podłączenia przełączników do węzłów obliczeniowych oraz samych przełączników pomiędzy sobą. Ponadto

Zamawiający otrzyma 23 obudowy blade oraz 20 przełączników InfiniBand, co spowoduje, że 3 obudowy blade pozostaną niepodłączone do sieci InfiniBand i narazi Zamawiającego na dodatkowe nieprzewidywalne koszty związane z zakupem brakujących przełączników w osobnej procedurze. Zamawiający ma możliwość nierównego traktowania wykonawców wymagając budowania dodatkowej infrastruktury InfiniBand łączącej skrzynki blade'owe lub nie, według swojego uznania.

Zamawiający powinien zatem zmienić wymaganie z 20 szt przełączników na „ilość wymaganą do podłączenia wszystkich węzłów obliczeniowych” oraz wskazać preferowany sposób ich podłączenia, a także precyzyjnie określić sposób połączenia przełączników InfiniBand pomiędzy skrzynkami blade'owymi.

C. W części 4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Specyfikacja techniczna przedmiotu zamówienia”, punkty 2.1. – 2.7. „Określenie liczby kabli InfiniBand” Zamawiający nie precyzuje sposobu podłączenia węzłów w klastrze jednocześnie podając, że w klastrze wszystkie węzły są podłączone siecią InfiniBand. Sumaryczna liczba 64 kabli nie daje wykonawcy wiedzy o sposobie podłączenia serwerów. Wykonawca musi zapewnić takie podłączenie, co naraża go na potencjalne dodatkowe koszty, których nie może przewidzieć. Ponadto Zamawiający podaje konkretne długości kabli, które mogą nie odpowiadać każdemu rozwiązaniu spełniającemu wymogi specyfikacji, w związku z czym Zamawiający może otrzymać rozwiązanie niesfunkcjonalne.

Zamawiający powinien wymagania te zastąpić specyfikacją podłączenia serwerów do sieci InfiniBand jednocześnie żądając podłączenia wszystkich serwerów obliczeniowych.

D. W części 4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Specyfikacja techniczna przedmiotu zamówienia”, pkt. 8.1. „Szafy teleinformatyczne” Zamawiający nie precyzuje sposobu montażu serwerów obliczeniowych w szafach jednocześnie wskazując, że obowiązkiem wykonawcy jest modernizacja lub instalacja systemu klimatyzacji dla zainstalowanego sprzętu. Wykonawca nie może dostarczyć odpowiedniego systemu klimatyzacji nie znając ułożenia serwerów obliczeniowych w szafach

teleinformatycznych, a co za tym idzie, rozłożenia ciepła, które musi odprowadzić system klimatyzacji. Ponadto Zamawiający nie wskazuje celu dostarczenia szaf ani w jakich szafach i w jaki sposób powinny zostać zainstalowane dostarczone serwery obliczeniowe i usługowe.

Dodatkowo Zamawiający specyfikuje ilość dostarczanych szaf na 4, a jeśli przyjąć, że tylko węzły obliczeniowe zostaną zainstalowane w tych szafach w minimalnej ilości (64 na szafę), to do instalacji wszystkich węzłów wymagane jest 5 szaf, więc nie będzie możliwe zainstalowanie wszystkich węzłów obliczeniowych oraz węzłów usługowych.

Zamawiający powinien zatem uzupełnić specyfikację istotnych warunków zamówienia o sposób instalacji węzłów w szafach teleinformatycznych, wskazać precyzyjnie miejsce instalacji wszystkich węzłów, zastąpić ilość specyfikowanych szaf teleinformatycznych sformułowaniem „niezbędna do zainstalowania dostarczonego sprzętu” oraz podać maksymalne obciążenie mocy na pojedynczą szafę teleinformatyczną, jaka jest w stanie zostać odprowadzona przez posiadaną przez Zamawiającego infrastrukturę, aby wykonawcy mieli możliwość oszacowania niezbędnej ilości szaf teleinformatycznych.

E. W załączniku nr 4 do umowy – „Warunki gwarancji”, pkt 11. Zamawiający nie precyzuje, co oznacza sformułowanie „komponenty” – czy dotyczy ono komponentów sprzętowych, czy programowych, a oba mogą powodować niestabilność całego systemu. Wykonawca nie może brać odpowiedzialności za dowolne komponenty sprzętowe i programowe instalowane w klastrze. Aby zapewnić stabilność całości rozwiązania, powinien mieć możliwość wcześniejszego przetestowania elementów sprzętowych i programowych instalowanych w klastrze oraz przygotowania stosownych poprawek i zaleceń co do ich instalacji.

Zatem Zamawiający powinien wyjaśnić słowo „komponenty” jako „elementy sprzętowe lub programowe trwale zainstalowane w klastrze. Oraz dodać „Zamawiający udostępni przed instalacją oprogramowanie przeznaczone do instalacji do testów Wykonawcy. Zamawiający udostępni przed instalacją specyfikację komponentów sprzętowych przeznaczonych do instalacji”.

F. Załącznik nr 4 do umowy, „Warunki gwarancji”, szczególnie pkt 7 – także opisując swoje wymagania odnośnie gwarancji Zamawiający winien przestrzegać wskazanych powyżej przepisów ustawy. Z doświadczenia wykonawcy wynika, że, aby zminimalizować czas usuwania usterek, niezbędny jest zdalny dostęp diagnostyczny do klastra w przypadku awarii. W ten sposób wykonawca jest w stanie zapewnić szybszą diagnozę problemów, a przez to zminimalizować czas usuwania awarii. W pkt. 7. „Warunków gwarancji” Zamawiający przewidział usuwanie awarii w siedzibie Zamawiającego, co jest słuszne w przypadku awarii sprzętowych, natomiast w pozostałych przypadkach najkrótszy czas usunięcia awarii zostanie zapewniony w przypadku umożliwienia diagnostyki i naprawy awarii poprzez zdalny dostęp do systemu. Odwołujący domaga się zatem, aby Zamawiający dodał punkt w brzmieniu: „Wykonawca może dokonać zdalnej diagnostyki systemu oraz zdalnie usunąć awarie programowe. Zamawiający podczas występowania awarii niezwłocznie udostępni na prośbę Wykonawcy infrastrukturę zdalnego dostępu oraz zapewni dostęp do wszystkich elementów klastra w celu wykonania naprawy lub diagnostyki”.

2. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. i art. 91 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – Zamawiający jest obowiązany przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Dotyczy to także czynności formułowania i określenia kryteriów oceny ofert. Z treści art. 91 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych płynie natomiast nakaz posługiwania się, oprócz ceny, takimi kryteriami oceny ofert, które obiektywnie pozwolą wyłonić faktycznie najkorzystniejszą ofertę. Zamawiający, oprócz ceny, określił drugie kryterium oceny ofert, tj. „upakowanie w szafie rack”, o wadze 20%. Zamawiający, punktując dodatkowo rozwiązanie według tego kryterium preferuje rozwiązania oparte na serwerach blade produkowanych przez firmę Hewlett Packard model HP BL2x220c nowej generacji, które jako jedyne rozwiązanie na rynku posiadają najwyższe upakowanie w szafie teleinformatycznej.

Użycie tego kryterium nie jest zasadne, gdyż z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że Zamawiający chce otrzymać rozwiązanie,

które zmieści się w 4 szafach teleinformatycznych, co spowoduje, iż wykonawcy nie dostarczą serwerów obliczeniowych o maksymalnym upakowaniu w szafie z uwagi na brak możliwości odprowadzenia ciepła z szafy skonfigurowanej w ten sposób. Różnica w punktacji pomiędzy produktem Hewlett Packard, a rozwiązaniem opartym na produktach innych firm jest na tyle duża, że zapis ten w oczywisty sposób preferuje jednego producenta i ogranicza uczciwą konkurencję. Zamawiający będzie przyznawał maksymalną punktację jedynie za deklarację teoretycznej możliwości upakowania w jednej szafie 128 węzłów obliczeniowych. Z praktycznego punktu widzenia jest oczywiste, że w systemach klastrowych bardzo rzadko dochodzi do pełnego zapelnienia szaf 42U węzłami obliczeniowymi, ponieważ wytwarzana moc i ciepło wymagają skomplikowanych oraz drogich w eksploatacji systemów chłodzenia, niezbędnych do zapewnienia prawidłowej pracy całego systemu. Aby ww. kryterium oceny ofert było obiektywne i sensowne, powinno uwzględniać również cenę infrastruktury technicznej oraz systemów chłodzenia, jakie powinny być zastosowane dla maksymalnego upakowania szafy Rack. Ww. kryterium w obecnej postaci nic nie daje Zamawiającemu, ponieważ nie określa minimalnych warunków, jakie muszą być spełnione, aby można było obsadzić w pełni szafę 42U węzłami obliczeniowymi. Dlatego Zamawiający powinien usunąć to kryterium i zastosować jedynie 100% kryterium ceny.

3. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 5 i art. 353¹ kodeksu cywilnego – zgodnie z art. 353¹ kc strony mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości, naturze stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Wyrażona w ww. artykule zasada swobody umów doznaje zatem ograniczenia ze względu na obowiązujące zasady współżycia społecznego. Ma to zastosowanie także do umów w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający sformułował niektóre postanowienia wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób, który sprzeciwia się zasadom współżycia społecznego, a w szczególności przerzuca ryzyko związane z należyтым wykonaniem zamówienia na wykonawcę.

A. § 5 wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego – Zamawiający, przewidując przeprowadzenie testów jakościowych i funkcjonalnych, nie precyzuje dokładnie procedury testowej, co wprowadza dowolność interpretacji, a wykonane testy obciążeniowe mogą nie odzwierciedlać rzeczywistych obciążeń, pod jakimi pracują klastry obliczeniowe posiadane przez Zamawiającego. Zamawiający powinien uzupełnić regulację dotyczącą testów o specyfikację testów obciążeniowych składających się na uruchamianie oprogramowania, które planuje uruchamiać produkcyjnie na klastrze lub które jest uruchamiane na innych klastrach posiadanych przez Zamawiającego. Oprogramowanie to powinno zostać także udostępnione wykonawcom na etapie składania oferty, aby możliwa była ocena konsumpcji energetycznej dostarczanego sprzętu.

B. § 7 ust. 1. lit. c) wzoru umowy – wykonawca może być obciążony karami umownymi „za zwłokę w usunięciu wad i nieprawidłowości w funkcjonowaniu zgłoszonych przez Zamawiającego w okresie gwarancji – w wysokości 2.000,00 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki”. Zamawiający może zatem naliczyć kary umowne za zwłokę w usuwaniu dowolnych wad i nieprawidłowości. W wielu produktach programowych i sprzętowych pojawiają się wady, które mają charakter uciążliwych, lecz nie krytycznych, tj. nie powodują braku możliwości korzystania z rozwiązania. Tego typu wady, jako niekrytyczne, są usuwane przez producentów sprzętu i oprogramowania, jednak nie jest to działanie niezwłoczne. Wykonawca nie może brać na siebie odpowiedzialności za niezwłoczne usuwanie tego typu wad. Zamawiający powinien wziąć pod uwagę tego typu wady jako szczególny przypadek i odstąpić od naliczania kar umownych w przypadku zwłoki w ich usunięciu. Odwołujący domaga się dodania do § 7 ust. 1 lit. c) postanowienia: „Zamawiający odstąpi od naliczenia kar umownych w przypadku wystąpienia nieprawidłowości nie dającej się usunąć bez wsparcia producenta sprzętu lub oprogramowania, a której wystąpienie nie powoduje braku możliwości korzystania z systemu”.

W ocenie Odwołującego jedyną czynnością Zamawiającego, która może przywrócić działanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, jest uwzględnienie niniejszego protestu

poprzez modyfikację i uzupełnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub unieważnienie postępowania na mocy art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych i wszczęcie nowego postępowania. Uzyskanie przedmiotowego zamówienia zgodnie z przepisami ustawy jest niemożliwe, bowiem postępowanie to w obecnym kształcie obarczone jest wadą prawną uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający oddalił protest 17 sierpnia 2009 r. wskazując, iż przedmiotem zamówienia jest roczna, sukcesywna dostawa elementów klastra obliczeniowego. Zamawiający, jako jednostka posiadająca wieloletnie doświadczenie w budowie systemów obliczeniowych, kompletuje klaster zgodnie z aktualnym zapotrzebowaniem i dostępnym budżetem, dysponując elementami dostępnymi w wybranej ofercie oraz dodatkowymi elementami będącymi w jego posiadaniu, zaś obowiązkiem wykonawcy jest dostarczenie elementów zachowując terminy i parametry określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamierzeniem Zamawiającego było określenie minimalnej listy parametrów technicznych, które spełniać musi przedmiot zamówienia, a lista ta określona została precyzyjnie. Możliwe było również uzyskanie wyjaśnień i wizja lokalna serwerowni.

Ad. 1.A. – Zamawiający posiada zapas mocy chłodniczej w obecnie zainstalowanym systemie klimatyzacji precyzyjnej z przeznaczeniem na schłodzenie wszystkich elementów klastra obliczeniowego opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednocześnie, w trosce o oszczędność miejsca w serwerowni, punktuje rozwiązania oferujące maksymalne upakowanie węzłów obliczeniowych w szafach. Istnieją rozwiązania klastrowe, które przy maksymalnym upakowaniu węzłów w szafie nie są w stanie pracować poprawnie w systemie klimatyzacji precyzyjnej ze względu na ryzyko przegrzania. Zamawiający dopuszcza tego typu rozwiązania, pod warunkiem dostarczenia w komplecie przez wykonawcę niezależnego systemu chłodzenia (w obrębie szafy), tj. wykonania pełnej instalacji systemu, łącznie z jednostkami zewnętrznymi

i wewnętrznymi, połączeniami pomiędzy nimi oraz zasilaniem. Na prośbę wykonawcy może udostępnić plany budynku serwerowni.

„System” w § 5 pkt 4 projektu umowy oznacza w pełni funkcjonalny klaster, który zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia może składać się również z dedykowanego rozwiązania chłodzącego, przy czym, co jest wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonanie pełnej instalacji tego systemu leży po stronie wykonawcy. Tak więc, zgodnie z § 5 pkt 4, dla takiego systemu, wyposażonego w dodatkowe, niezależne rozwiązanie chłodzące, Zamawiający zapewnia warunki pracy systemu zgodne z wymaganiami producenta. Jeżeli chodzi o wymiary szaf teleinformatycznych powiększonych o dodatkowe elementy chłodnicze – Zamawiający nie zalicza dodatkowych wymiarów elementów chłodniczych do podanych wymiarów szaf.

Ad. 1.B. i C. - podana specyfikacja w zakresie przełączników InfiniBand jest jednoznacznie określona ich liczbą i jest to wymóg minimalny. Zamawiający nie wskazuje, że wszystkie węzły muszą być połączone siecią InfiniBand. Część aplikacji używanych przez Zamawiającego nie wymaga szybkiego połączenia pomiędzy węzłami, w związku z tym wystarczająca jest sieć Ethernet. Takie podejście Zamawiającego ma też uzasadnienie w budżecie zamówienia, który może nie być wystarczający na połączenie wszystkich węzłów kosztowną siecią InfiniBand. Skrzynki blade'owe posiadające przełączniki InfiniBand będą połączone pomiędzy sobą za pomocą kabli wyspecyfikowanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w strukturę uzależnioną od aktualnych potrzeb Zamawiającego i dopasowaną do fizycznych możliwości połączenia przełączników (m.in. odległości pomiędzy nimi).

Ad. 1.D. – jednym z kryteriów poprawności złożonej oferty jest dostarczenie czterech szaf teleinformatycznych, co precyzyjnie określa przedmiot zamówienia. Zamawiający nie wymaga, by dostarczone elementy mieściły się w 4 szafach, których dostarczenie jest wymagane. Ponadto istnieje na rynku kilka rozwiązań różnych producentów o stopniu upakowania umożliwiającym instalację wszystkich węzłów obliczeniowych objętych zamówieniem w czterech szafach.

Ad. 1.E. – Zamawiający nie specyfikuje, czy chodzi mu o komponenty sprzętowe czy programowe, ponieważ zapisy dotyczą obu typów komponentów. Zamawiający nie przewiduje możliwości udostępniania oprogramowania wykonawcy na testy, m.in. z uwagi na warunki umów licencyjnych. W zakresie komponentów sprzętowych Zamawiający wykonuje instalacje wyłącznie w uzgodnieniu z wykonawcą .

Ad. 1.F. – ze względu na politykę bezpieczeństwa Zamawiający nie przewiduje możliwości zdalnego dostępu diagnostycznego do klastra, także dotychczasowe, wieloletnie doświadczenie Zamawiającego z serwisami wielu różnych producentów nie wskazuje na taką konieczność. Niemniej Zamawiający jest w stanie udostępnić zdalnie na żądanie serwisu m.in. logi systemowe i wyniki wykonania poleceń diagnostycznych.

Ad 2 – Podstawą określenia kryterium była troska o oszczędność miejsca w serwerowni. Nieprawdziwe jest stwierdzenie, że rzadko dochodzi do pełnego zapełnienia szaf 42U węzłami obliczeniowym, gdyż wszystkie posiadane przez Zamawiającego klastry obliczeniowe są zbudowane na zasadzie maksymalnego możliwego obsadzenia szaf przez węzły obliczeniowe, łącznie z wymienioną szafą firmy HP. Dokonywana inwestycja w klaster obliczeniowy wiąże się z koniecznością wieloletniego planowania wykorzystania miejsca w serwerowni, która nie posiada możliwości rozbudowy. Dlatego wybór rozwiązania o największym stopniu upakowania w szafie w tym roku będzie wpływał na możliwości rozbudowy instalacji obliczeniowych w kolejnych latach. Tym samym jest to element krytyczny dla Zamawiającego i w pełni uzasadniona jest preferencja rozwiązania o większym upakowaniu.

Ad. 3.A. – testy obciążeniowe będą prowadzone za pomocą oprogramowania standardowo wykorzystywanego w codziennej pracy przez użytkowników systemów obliczeniowych Zamawiającego, tj. Gaussian 03. Zamawiający podczas testów nie przekroczy obciążeń możliwych do uzyskania z poziomu aplikacji użytkownika.

Ad 3. B – Zamawiający nie znajduje podstaw do zmiany postanowienia, które jest oczywiste i dotyczy odpowiedzialności wykonawcy jedynie za własne zawinione działanie bądź zaniechanie w realizacji gwarancji. W przypadkach niezależnych od Wykonawcy, w których wady i nieprawidłowości

w funkcjonowaniu systemu będą wynikać z braku dostępnych rozwiązań oferowanych przez producentów sprzętu i oprogramowania, kary te nie będą naliczane. Choć brak takiego zapisu *expressis verbis* w postanowieniach wzoru umowy, zapis § 9 o zastosowaniu przepisów kodeksu cywilnego w sprawach nieuregulowanych postanowieniami umowy odnosi się również do stosowania kar umownych.

Od tego rozstrzygnięcia 25 sierpnia 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał i powtórzył zarzuty i argumentację zawartą w proteście.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz oświadczeń Stron złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców (zarzut 1.A. – 1.F. protestu) Izba uznała za przekonujące wyjaśnienia Zamawiającego dotyczące powodów wprowadzenia do specyfikacji istotnych warunków zamówienia kwestionowanych postanowień, jak też ich treści.

Zamawiający, jak wynika z jego wyjaśnień, a co kilkakrotnie zostało zaznaczone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (np. pkt 3 i 4 części opisowej, pkt 5, 6 formularza oferty, § 2 projektu umowy) zamawia sukcesywne, roczne dostawy elementów infrastruktury przetwarzania danych i oprogramowania służące mu do rozbudowy posiadanej już infrastruktury informatycznej, zgodnie z poszczególnymi, konkretnymi zamówieniami, które będą przez niego składane w ramach realizacji umowy, przy czym nie musi zakupić wszystkich wskazanych w niniejszym przetargu elementów. Niniejsze zamówienie obejmuje więc poszczególne, wyspecyfikowane przez Zamawiającego urządzenia i oprogramowanie, a postanowienia dotyczące instalacji i konfiguracji towarzyszącej dostawie

nie zmienia faktu, iż przede wszystkim jest to dostawa „do magazynu” Zamawiającego. Zatem dla prawidłowej realizacji tego zamówienia nie ma znaczenia, iż, zgodnie z obliczeniami Odwołującego, zamawiane ilości poszczególnego sprzętu nie pasują do siebie. Zamawiający podał konkretne ilości urządzeń (m.in. przełączników InfiniBand, obudów blade, kabli, szaf), zatem Odwołujący posiada dokładne dane w tym zakresie, potrzebne mu do sporządzenia prawidłowej oferty.

W odniesieniu zaś do zarzutu dotyczącego braku dokładnych informacji dotyczących posiadanej klimatyzacji Izba, oprócz uznania wyjaśnień Zamawiającego, stwierdziła, iż w obliczu dokładnych wyjaśnień w tym zakresie udzielonych w rozstrzygnięciu protestów oraz w odpowiedziach na pytania wykonawców z 26 sierpnia 2009 r., biorąc pod uwagę art. 190 ust. 2 oraz art. 191 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stan rzeczy ustalony w toku postępowania oraz wpływ ewentualnego uwzględnienia odwołania w tym zakresie na wynik postępowania, bezprzedmiotowe jest rozstrzygnięcie sporu w tym zakresie, gdyż żądania Odwołującego de facto zostały już przez Zamawiającego spełnione. Zatem Izba musiałaby nakazać wykonanie czynności już uprzednio dokonanej (ponownego udzielenia tych samych wyjaśnień), a więc orzeczenie takie nie miałyby wpływu na toczące się postępowanie.

W odniesieniu do żądania wyjaśnienia pojęcia „komponenty” Izba stwierdziła, iż Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu wyjaśnił, co rozumie pod tym pojęciem, czego Odwołujący nie wziął pod uwagę (nie ustosunkował się) powtarzając zarzut w odwołaniu, a oświadczenie to jest podstawą do kalkulacji ceny oferty oraz interpretacji postanowień umowy w trakcie jej realizacji.

Natomiast specyfikację komponentów sprzętowych przeznaczonych do instalacji wykonawca dostanie otrzymując zamówienie na konkretną dostawę.

W odniesieniu do żądania udostępnienia przez Zamawiającego posiadanego oprogramowania do przeprowadzania testów oferowanego sprzętu, poza uznaniem wyjaśnień Zamawiającego, iż nie pozwalają na to warunki licencji oraz wymogu przystosowania sprzętu do różnych, zmieniających się

oprogramowań, zauważa, iż stawianie takiego wymogu wobec klienta nie jest przyjęte w praktyce.

Co zaś do wniosku Odwołującego dotyczącego zapewnienia zdalnego dostępu diagnostycznego do klastra, zgoda na taką opcję zależy wyłącznie od uznania Zamawiającego i nadużyciem ze strony wykonawcy jest w ogóle stawianie takiej propozycji w formie żądania. Poza tym wymóg usuwania awarii bezpośrednio w siedzibie Zamawiającego należy potraktować jako życzenie klienta, czy też, w nomenklaturze zamówień publicznych, część przedmiotu zamówienia, którą wykonawca musi wykonać, a za co oczywiście może naliczyć sobie w cenie oferty stosowne wynagrodzenie.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego ustalenia kryterium oceny ofert dotyczącego oszczędności miejsca w pomieszczeniu serwerowni 20% Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie udowodnił słuszności swojego zarzutu. Prawem Zamawiającego jest ustalenie takich kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej, które, jego zdaniem, w najlepszy sposób pozwala wybrać urządzenie najlepiej odpowiadające jego wymaganiom. Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego, iż jego największą bolączką jest brak miejsca w serwerowni, a tym samym priorytetem – zakup sprzętu pozwalającego na jak największą tego miejsca oszczędność. Powiązanie tego założenia z ustalonym kryterium jest wiadome, zatem Izba nie miała podstaw, by uznać, iż kryterium to nie realizuje celów założonych przez Zamawiającego. Oczywiście jest także, że najwięcej punktów w tym kryterium powinno dostać rozwiązanie, które zakłada największe upakowanie, niezależnie od tego, kto jest jego producentem. Należy również zwrócić uwagę, iż nie ma przeszkód, by premiować niestandardowe rozwiązania, a błędne jest często głoszone przekonanie, iż uczciwa konkurencja polega na „równaniu w dół”, a nie właśnie byciu najlepszym.

Odwołujący nie przedstawił też żadnych dowodów ani argumentów, poza samym stwierdzeniem w proteście i odwołaniu, na to, że „wykonawcy nie dostarczą serwerów obliczeniowych w maksymalnym upakowaniu” ani, że jest to tylko deklaracja teoretyczna, która nie znajdzie potwierdzenia w praktyce. Z kolei Zamawiający podważył kluczowe argumenty

Odwołującego, iż cały zamawiany asortyment ma zostać zmieszczony w czterech szafach (zamawia on bowiem akurat cztery szafy jako część owego asortymentu), iż nie skorzysta on z maksymalnego upakowania szaf (taki jest bowiem zamiar Zamawiającego) oraz, iż będzie on musiał ponieść dodatkowe koszty infrastruktury technicznej i chłodzenia (tego bowiem dotyczy kwestionowany w pierwszym zarzucie wymóg zapewnienia przez wykonawcę dodatkowego chłodzenia szaf).

Izba nie stwierdziła również naruszenia zasad współzycia społecznego lub równego traktowania stron poprzez zastosowane sformułowanie postanowień umowy.

W zakresie opisanego procedury testowej Izba stwierdziła, iż Zamawiający w § 4 i 5 projektu umowy zawarł opis procedury odbioru przedmiotu zamówienia, w którym odniósł się również do testów (zwłaszcza § 4 ust. 7, 8, 10 i § 5). Podał on m.in. iż badanie ma odnosić się do tego, czy „dostarczone elementy i oprogramowanie są zgodne z postanowieniami SIWZ oraz ofertą Wykonawcy, zostały zainstalowane i skonfigurowane oraz prawidłowo funkcjonują” oraz czy nie wystąpi „jakakolwiek nieprawidłowość w funkcjonowaniu, np. samoczynny restart lub wyłączenie któregokolwiek z dostarczonych elementów.” W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający określił maksymalną wielkość obciążenia (odnosząc się do wskazanej przez producenta). Zdaniem Izby jest to dość szczegółowy opis procedury, biorąc zwłaszcza pod uwagę fakt, iż Zamawiający mógł poprzestać na stwierdzeniu, iż sprawdzi funkcjonowanie dostarczonych elementów albo nawet je pominąć – gdyż jasne i powszechnie praktykowane w powszechnym obrocie jest, iż kupujący sprawdza działanie zakupionego towaru. Poza tym, nawet jeśli zdaniem Odwołującego zawarty opis jest zbyt ogólny, trudno z tego faktu wywodzić naruszenie art. 5 lub art. 353¹ kc, gdyż prowadziłyby to do wniosku, iż zasady współzycia społecznego, równość stron i swobody umów narusza umowa, która nie reguluje szczegółowo najdrobniejszej kwestii i to przy założeniu przyjętym w kodeksie cywilnym, iż do zawarcia prawidłowej umowy wystarczy określenie samych essentialia negotii.

Natomiast co do propozycji przekazania oprogramowania, Izba podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone powyżej.

W odniesieniu zaś do odmowy zawarcia w umowie rozróżnienia na wady uciążliwe i krytyczne Izba przyjęła wyjaśnienia Zamawiającego, iż przeczyłoby to celowi, dla którego ustanowił ten rodzaj kar umownych, poza tym potencjalnie powodowałoby to nadmierne komplikacje przy realizacji umowy – próbie egzekwowania szybkiego usuwania wad i naliczania kary umownej. Przyznaje także rację Zamawiającemu, iż nie ma potrzeby zawierania w umowie postanowień, które wynikają bezpośrednio z kodeksu cywilnego.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła wniosek Zamawiającego o obciążenie Odwołującego kosztami dojazdu pełnomocników na rozprawę w wysokości wynikającej z przedstawionych rachunków (biletów PKP), zgodnie z dyspozycją § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....