

WYROK
z dnia 24 luty 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lutego 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 01.02.2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Cultware Sp. z o.o., MONGUZ Informatiotechnologii Kft, ul. Gen. Jarosława Dąbrowskiego 17a, 93-177 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez **Muzeum Sztuki w Łodzi, ul. Więckowskiego 36, 90-734 Łódź.**

przy udziale wykonawcy **MobileMS Sp. z o.o., ul. Chochola 23, 91-230 Łódź** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500,00 (siedem tysięcy pięćset) złotych uiszczonych tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2019 r. poz.2020 że zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

UZASADNIENIE

Muzeum Sztuki w Łodzi, 90-734 Łódź ul. Więckowskiego 36, dalej zwane „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego prowadzonego przez Muzeum Sztuki w Łodzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2019, poz. 1843 ze zm.), na „Cyfrowe udostępnianie zasobów Muzeum Sztuki w Łodzi” znak AG.271.6.2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 13 listopada 2020 r. (nr ogłoszenia: 609954-N-2020).

Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta złożona przez Mobile MS sp. z o.o. w Łodzi. Druga ze złożonych ofert, tj. oferta złożona przez Konsorcjum Cultware spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (lider) ul. Gen. Jarosława Dąbrowskiego 17a, 93-177 Łódź oraz Monguz Informatiotechnologii Kft. (partner) Szeged, Jobb fasor 6-10, 6726 Węgry została przez zamawiającego odrzucona, gdyż zamawiający uznał, iż jest niezgodna z wymaganiami SIWZ. Wykonawca ten nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego w tym zakresie i od czynności odrzucenia jego oferty wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu:

1. odrzucenie oferty Konsorcjum Cultware spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (lider) oraz Monguz Informatiotechnologii Kft. (partner)(dalej „odwołujący”) pomimo tego, że treść oferty Konsorcjum odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia czym zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej jako: Pzp (2004)
2. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy MobileMS sp. z o.o. pomimo tego, że najkorzystniejszą ofertą niepodlegającą odrzuceniu jest oferta Cultware spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (lider) oraz Monguz Informatiotechnologii Kft. (partner) czym Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp (2004).

Biorąc pod uwagę powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty MobileMS sp. z o.o.;
 - 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Cultware spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (lider) oraz Monguz Informatiotechnologii Kft. (partner);
 - 3) ponowienia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Konsorcjum Cultware spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (lider) oraz Monguz Informatiotechnologii Kft. (partner)
2. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu poniesionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,

Uzasadniając podniesione zarzuty na wstępie podał, że zamawiający odrzucił ofertę Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp uznając, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), gdyż „Wykonawca zaoferował jedną sztukę serwera”.

Stwierdził, że stanowisko zamawiającego jest niezgodne z treścią oferty i złożonymi przez odwołującego wyjaśnieniami, gdyż zaoferował zamawiającemu jeden główny serwer fizyczny, kilka serwerów wirtualnych i 3 serwery NAS. Taka treść oferty odpowiada treści SIWZ.

Odwołujące konsorcjum zostało wezwane do złożenia wyjaśnień w toku postępowania zarówno odnośnie treści złożonej oferty (wątpliwości zamawiającego dotyczyły m.in. serwerów) jak i zaoferowanej ceny. Podał, że na pytanie zamawiającego: „Czy w tabeli formularza ofertowego (Załącznik 1 do SIWZ) w pozycji „serwer” wskazana tam cena dotyczy całego zestawu serwerów, czy tylko jednego serwera z zestawu?” W odpowiedzi odwołujący podał, że „W pozycji „serwer” w tabeli formularza ofertowego (Załącznik 1 do SIWZ) Wykonawcy mieli na myśli zestaw serwerowy min. 2 zapewniający ciągłość pracy systemu, serwery fizyczne oraz wirtualne) ”. Jednakże zamawiający analizując złożone wyjaśnienia stwierdził, że wykonawca zaoferował *jedną sztukę serwera, a nie jak wymagał zamawiający - zestaw serwerowy, który zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia miał zawierać min. 2 sztuki serwerów, zapewniające ciągłość pracy systemu, serwery fizyczne oraz wirtualne*. Z takim stanowiskiem zamawiającego odwołujący się nie zgodził. Odpowiadając na wezwanie zamawiającego podał, że wykonawca w swoich wyjaśnieniach poinformował zamawiającego, że w skład zestawu wchodzi połączone ze sobą serwery: serwer fizyczny, serwery wirtualne (łącznie więcej niż dwa serwery) i trzy dyski/serwery fizyczne NAS, które są skonfigurowane i zbudowane w sposób hybrydowy. Oznacza to, że dyski NAS nie tylko zapewniają przestrzeń dyskową dla wszystkich zapisywanych danych, ale są same w sobie serwerami fizycznymi z funkcją NAS do przechowywania repozytorium danych oraz kopii zapasowych. To wynika ze specyfikacji technicznej serwera fizycznego NAS. Według informacji ze strony producenta serwer fizyczny NAS ma wbudowaną 16 Gb RAM (Crucial DRAM 16Gb DDR4 2666MT/s (PC4-21300)) i wielorzędowy procesor (Xeon E-2124 4C/4T), który nie był wymagany od zamawiającego. Dodatkowo serwer fizyczny z funkcją NAS, ma także element Supermicro AC)C-S3108L-H8iR-16DD, który pozwala na używanie serwera fizycznego z funkcją NAS a także funkcją serwera do uruchomienia aplikacji w razie awarii serwera głównego. Nadto podkreślił, że jego zdaniem w żadnym miejscu SIWZ, w tym OPZ, zamawiający nie wymagał, by wykonawca zaoferował co najmniej 2 serwery fizyczne.

Odnośnie serwerów to zamawiający tak naprawdę wskazał w SIWZ tylko jeden wymóg: chciał aby system działał bez przerwy. Świadczą o tym literalne zapisy SIWZ, ale też to, że zamawiający nie doprecyzował jakiego oczekuje serwera. Decyzję w tym zakresie pozostawił wykonawcy. Nie wskazał ile sztuk serwerów fizycznych i wirtualnych wymaga dla osiągnięcia wymaganej ciągłości pracy. Kilukrotnie natomiast wskazał w SIWZ, że oczekuje ciągłości pracy systemu. Na marginesie wskazał, że zamawiający precyzyjnie opisał dyski, a serwera nie. Zamawiający oczekiwał ciągłości pracy systemu, a to jak to osiągnąć pozostawił doświadczeniu Wykonawcy.

Odwołujący wyjaśnił zamawiającemu, iż w przypadku awarii na serwerze fizycznym przewiduje uruchomienie serwera fizycznego NAS. Takie rozwiązanie jest zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, gdyż, po pierwsze, zamawiający sam w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia używa sformułowania „serwer NAS” przyznając, że dysk NAS może pełnić funkcję serwera. Po drugie, z zapisów SIWZ nie wynika, by zamawiający zamówił dwa serwery fizyczne niebędące serwerami NAS;

Po trzecie, zapis OPZ stanowiący: „Serwer - zestaw serwerowy zapewniający redundancję i nadmiarowość działania tak by w przypadku awarii np. serwera fizycznego usługi na nim świadczone zostały przełączone/restartowane na innym serwerze ” nie stanowi o tym, że ten „inny serwer” musi być wskazany/wyceniony w ofercie w pozycji „serwer”. Z tego zapisu wynika tylko i wyłącznie, że zamawiający wymaga redundancji i nadmiarowości działania systemu, a zatem, że w razie awarii serwera fizycznego (liczba pojedyncza) usługi na nim (serwery wirtualne) będą restartowane/przełączone na innym serwerze, na przykład na serwerze NAS.

Po czwarte, zapisy SIWZ nie ograniczają możliwości wykorzystania serwerów NAS. W wyjaśnieniach odwołujący wskazał, że opis przedmiotu zamówienia nie zabrania konfiguracji dysków sieciowych NAS, aby pełniły również funkcje fizycznych serwerów w razie awarii.

Zauważył, że w uzasadnieniu odrzucenia zamawiający wskazał, że „zaoferowana ilość dysków twardej w liczbie 24 sztuk wynika z opisu przedmiotu zamówienia: „Macierze dyskowe - dysk i sieciowe NAS - Co najmniej 3 Dyski sieciowe wyposażone w minimum 8 dysków twardej każdy o parametrach: Każdy dysk minimum 10TB, SATA 6Gb/s, 256MB cache, 7200 obr./min., MTBF 1 min godzin, (miejsce na repozytorium danych oraz kopie zapasowe systemu)” wykonawca nie przewidział przestrzeni dyskowej w dyskach NAS, która umożliwiałaby działanie serwera NAS jako hybrydy pozywającej na uruchamianie jakichkolwiek usług systemu, ponieważ przestrzeń dyskowa minimalna, której wymaga Zamawiający przewiduje miejsce tylko i wyłącznie na „repozytorium danych oraz kopie zapasowe systemu — przestrzeń ta jest przewidziana do pełnego zagospodarowania przez Zamawiającego. Jeśli Zamawiający wypełni dyski maksymalnie danymi brak będzie miejsca na uruchomienie usług związanych z redundancją w razie awarii głównego serwera aplikacyjnego ”.

Dalej zamawiający wskazał, że: „kopia zapasowa systemu” nie jest tożsama z funkcjonalnością klastra wysokiej dostępności i w przewidzianej przez Zamawiającego przestrzeni dyskowej nie ma miejsca na takie rozwiązanie.

Podkreślił, że przeniesienie danych przechowywanych na głównym serwerze na serwery NAS może powodować problemy tylko w tym skrajnym przypadku, kiedy całe obciążenie trzech fizycznych serwerów NAS przekracza 99,2%, co nie jest normalnym stanem pracy. Jeśli taki „przypadek skrajny” występuje, to te dyski twarde umieszczone w serwerze głównym, można przenieść do dwóch wolnych miejsc, które są na każdym serwerze fizycznym NAS (a w ofercie są trzy serwery fizyczne NAS, czyli łącznie sześć wolnych przestrzeni dyskowych). Odwołujący przewidział nie tylko 8 miejsc na dyski na serwerach NAS, jak jest w SIWZ, ale w zaoferowanej konfiguracji te serwery NAS mają po 2 dodatkowe miejsca na przypadki, o których Zamawiający wspominał. W sumie 3 fizyczne serwery NAS mają nie 24 miejsca na dyski (jak w SIWZ) ale 30 miejsc na dyski.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania i na wstępie wskazał, że w treści OPZ pkt 10,1 postawił wymaganie, aby:

„Wykonawca w swojej ofercie musi uwzględnić infrastrukturę informatyczną taką jak;

- a. Serwer (zestaw serwerowy min. 2 zapewniający ciągłość pracy systemu, serwery fizyczne oraz wirtualne].
- b. Macierze dyskowe - Dyski Sieciowe (NAS)

Natomiast w treści postanowienia pkt 10.3.a - „Serwer - zestaw serwerowy zapewniający redundancję i nadmiarowość działania tak by w przypadku awarii np. serwera fizycznego usługi na nim świadczone zostały przełączone/restartowane na innym serwerze.”

Nawiązując do powyższego zamawiający stwierdził, że niewątpliwym jest, iż jednoznacznie zdefiniował, iż musi być więcej niż jeden serwer fizyczny o czym świadczy liczba mnoga w ppkt 10.1a, a także wymaganie „redundancji i nadmiarowości działania, tak by w przypadku awarii np. serwera fizycznego usługi na nim świadczone zostały przełączone/restartowane na inny serwer. Z realizacją takiego wymagania mamy do czynienia tylko i wyłącznie w takim przypadku, gdy System będzie uchroniony na co najmniej dwóch serwerach fizycznych. Podkreślił, że zamawiający nie musiał i nawet nie powinien definiować, że muszą to być dokładnie dwa serwery fizyczne. Projektując całe rozwiązanie istotne jest aby były to co najmniej 2 serwery, lecz może być ich więcej. o ile Wykonawca uznałby to za niezbędne. Tym samym, ograniczając rozwiązanie wyłącznie do dwóch serwerów do obsługi aplikacji, zamawiający mógłby ograniczyć w sposób nieuzasadniony konkurencyjność ofert. W tym kontekście argumentacja odwołującego, że zaoferował 3 serwery NAS jako element redundancji dla serwera na którym będzie uruchomione, oprogramowanie stanowi wyłącznie próbę wprowadzenia w błąd, gdyż:

1. Wymaganie redundancji i nadmiarowości serwerów dotyczy bezpośrednio serwerów, na których zostanie zainstalowana i uruchomiona alokacja/aplikacje i niezbędne oprogramowanie narzędziowe niezbędna do funkcjonowania Systemu.
2. Wykonawca zaoferował tylko jeden serwer fizyczny, na którym zostanie zainstalowane i uruchomione oprogramowanie, z którego będą korzystać bezpośrednio użytkownicy. Użycie określenia „Serwer” dla Dysków Sieciowych NAS, w kontekście redundancji i nadmiarowości fizycznego serwera dla oprogramowania aplikacyjnego jest nieuzasadnione i jedynie ma na celu wprowadzenia w błąd w celu „ukrycia” braku zgodności oferty Wykonawcy z SIWZ i uzyskanie zamówienia.
3. Biorąc pod uwagę fakt, że *nie jest możliwe automatyczne* przełączenie aplikacji na „Serwer NAS”, Jak określił to odwołujący, oznacza to w konsekwencji, że nie jest możliwe dochowanie wymagań opisanych w pkt 10.4 OPZ, w zakresie wydajności. Dlatego też, w przypadku awarii jedyne serwer fizyczny, na którym zostanie uruchomione całe oprogramowanie, nie będzie możliwe dotrzymanie wymagania określonego w pkt 10.4.d.

Dalej zamawiający wskazał, że: „kopia zapasowa systemu” nie jest tożsama z funkcjonalnością klastra wysokiej dostępności i w przewidziane przez zamawiającego przestrzeni dyskowej nie ma miejsca na takie rozwiązanie. Musi istnieć fizyczna przestrzeń dyskowa, na której zostanie uruchomione stosowne oprogramowanie realizujące wymagane procesy w tym zakresie, a zamawiający jasno w opisie przedmiotu zamówienia zawarł zapis: „ *Dostarczona infrastruktura informatyczna musi być wykonana w architekturze wysokiej dostępności, tj. elementy kluczowe do ich funkcjonowania muszą mieć redundancję zarówno w warstwie fizycznej jak i wirtualnej.* ” W ofertach załączonych do wyjaśnień Wykonawca nie przewidział dodatkowej przestrzeni dyskowej na taki cel, jaki został opisany w złożonych wyjaśnieniach.

Nadto podkreślił, że skoro odwołujący uważa, że te dwa dyski można przenieść w razie awarii głównego serwera fizycznie to jest to automatycznie zaprzeczenie temu, że sprzęt został skonfigurowany w architekturze wysokiej dostępności i zapewniona jest ciągłość działania, ponieważ w razie awarii głównego serwera usługi nie zostaną automatycznie przeniesione na inną maszynę i serwer) fizyczną, a dopiero po przeinstalowaniu dysków twardych z uszkodzonego serwera (co nie jest możliwe w przypadku gdy serwer główny/aplikacyjny wraz z tymi dwoma dyskami zostanie uszkodzony wraz z jego dyskami twardymi).

Tym samym niezasadne jest stanowisko odwołującego, że: *„Wykonawcy nie jest nawet potrzebny dodatkowy dysk NAS. ponieważ ten dodatkowy dysk jest umieszczony na głównym serwerze [dwa dyski D3-SU51D]. Te dwa dyski, o których wspomniano powyżej, w razie awarii serwera głównego, można przenieść fizycznie na serwery NAS”*

Przystępujący do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego wykonawca MobileMS Sp. z o.o., ul. Chochola 23, 91-230 Łódź poparł stanowisko zaprezentowane przez zamawiającego i nadto w złożonym piśmie procesowym podniósł, że rozwiązanie opisane przez odwołującego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny oraz w odwołaniu nie spełnia wymagań SIWZ. Odwołujący twierdzi, że w celu spełnienia powyższego warunku, tj. zaoferowania:

- a) Serwer (zestaw serwerowy min. 2 zapewniający ciągłość pracy systemu, serwery fizyczne oraz wirtualne
- b) Macierze dyskowe- Dyski Sieciowe (NAS) wykonawca wykona instalację i konfigurację dostarczonego oprogramowania na dostarczonej Infrastrukturze sprzętowej. Minimalna ilość sprzętu niezbędnego do realizacji projektu:
 - a) Serwer - zestaw serwerowy zapewniający redundantność i nadmiarowość działania tak by w przypadku awarii np. serwera fizycznego usługi' na nim świadczone zostały przełączone/restartowanie na innym serwerze.
 - b) Macierze dyskowe - dyski sieciowe KRS - co najmniej 3 Dyski sieciowe wyposażone w minimum 8 dysków twardych”.

W takim wypadku wykonawca który zaoferowałby w punkcie „zestaw komputerowy sam komputer, nie mógłby się tłumaczyć, że w celu złożenia zestawu „zabierze” jeden monitor z zaoferowanych 4 sztuk - wtedy nie spełni SIWZ w tym drugim punkcie, ponieważ w drugim punkcie zostanie wyłącznie 3 sztuki. Analogicznie jest w przedmiotowej sprawie.

Podkreślił, że załącznik nr 1 do OPZ stanowi jasno, że system ma działać na infrastrukturze serwerowo- macierzowej. Wymaganie dot. zestawu serwerów i macierzy jest niezależne. System musi funkcjonować na infrastrukturze serwerowo-macierzowej dostarczonej przez wykonawcę, która musi zapewnić wymagania jakościowe w pkt. 10.3.d OPZ. System będzie się składał z Ewidencji Zbiorów Muzealnych, zbudowanej z modułów opisanych w dalszej części tego Załącznika do OPZ. Ta ewidencja będzie stanowiła podstawę działania całego Systemu. System będzie także zawierał komponent - Repozytorium Zdigitalizowanych Dzieł. W tym module będą przechowywane wszystkie kopie cyfrowe poszczególnych obiektów sztuki. Zgromadzone w Repozytorium dane (pliki graficzne, obrazy 2D, obrazy 3D, filmy, pliki dźwiękowe itp.) będą za pomocą API dostępne w Ewidencji Zbiorów Muzealnych oraz w Portalu Internetowym, oraz udostępniane w API publicznym. z tego zapisu jasno

wynika że klient potrzebuje zarówno serwery na aplikację Ewidencji Zbiorów Muzealnych, jak i dodatkowe macierze na repozytorium zdigitalizowanych dzieł. Jest to bardzo klarowne postanowienie. Podkreślił, że odwołujący jako profesjonalista powinien czytać SIWZ kompleksowo - ze szczególnym uwzględnieniem jakie wymagania wynikają z Załącznika nr 7 do SIWZ. Nie można czytać wymagań wybiórczo, gdyż tam gdzie się pojawia skrót serwer (1 szt.) należy to wymaganie czytać łącznie jako zestaw serwerów spełniający określone wymagania. Nadto wa podstawowe wymagania wobec klastra serwerów były takie, że ma on być:

- redundantny - serwer redundantny to serwer zapasowy (nadmiarowy), który uruchamia się i przejmuje działanie urządzenia uszkodzonego,
- zapewniający ciągłość działania - jeżeli serwer się wyłączy, drugi serwer automatycznie w cyklu ciągłym przejmie jego pracę, a w szczególności nie następuje przerwa w pracy całego Systemu związana z takim przełączeniem.

W tej sytuacji Wykonawca w swojej ofercie musi uwzględnić infrastrukturę informatyczną taką jak:

a) Serwer (zestaw serwerowy min. 2 zapewniający ciągłość pracy systemu, serwery fizyczne oraz wirtualne).

b) Macierze dyskowe - Dyski Sieciowe (NAS)

3) Minimalna ilość sprzętu niezbędnego do realizacji projektu:

a) Serwer - zestaw serwerowy zapewniający redundantność i nadmiarowość działania tak by w przypadku awarii np. serwera fizycznego usługi na nim świadczone zostały przełączone/restartowane na innym serwerze.

b) Macierze dyskowe - dyski sieciowe NAS - co najmniej 3 Dyski sieciowe

Nadto zaoferowane rozwiązanie powinno umożliwiać łatwą i szybką rozbudowę infrastruktury o nowe usługi bez spadku wydajności i dostępności pozostałych wybranych usług.

Oprogramowanie do wirtualizacji powinno zapewnić możliwość wykonywania kopii migawkowych instancji systemów operacyjnych na potrzeby tworzenia kopii zapasowych bez przerywania ich pracy.

Oprogramowanie do wirtualizacji powinno zapewnić możliwość klonowania systemów operacyjnych wraz z ich pełną konfiguracją i danymi. Rozwiązanie powinno mieć możliwość przenoszenia maszyn wirtualnych w czasie ich pracy pomiędzy serwerami fizycznymi oraz pomiędzy wolumenami ewentualnych macierzy.

Odwołujący w dodatkowym piśmie procesowym złożonym przed rozprawą podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko i dodał, że niezasadnym jest wywodzenie podstaw do stwierdzenia niezgodności oferty z SIWZ w oparciu o złożone zamawiającemu wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Celem złożenia wyjaśnień Konsorcjum, które posłużyły zamawiającemu do odrzucenia oferty odwołującego było wyjaśnienie ceny. Zadaniem odwołującego było udowodnienie, że kalkulacja ceny jest realistyczna. Zadanie to odwołujący wykonał dostarczając wszystkie kalkulacje i dowody na ich poparcie. Złożył trzy oferty od różnych dystrybutorów wykazując, że w różnych konfiguracjach jest w stanie zrealizować zamówienie za zaoferowaną cenę. Nigdzie w wyjaśnieniu ceny wykonawca nie wspomniał, że konfiguracja infrastruktury nie może się zmienić zgodnie z uszczegółowionym żądaniem zamawiającego w momencie rozpoczęcia realizacji projektu. Dodatkowo skalkulowano

koszty inne w kwocie 8 721 zł, które mogą być związane wszelkimi ryzykami i elementami infrastruktury informatycznej. Wyjaśnienia ceny nie mogły same w sobie posłużyć zamawiającemu do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na cel tych wyjaśnień. W razie wątpliwości wykonawca winien zostać wezwany do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Oferta złożona przez wykonawcę była ofertą cenową. Zamawiający nie wymagał wskazania w SIWZ konkretnych oferowanych urządzeń, ich nazw, producentów, parametrów, a nawet ilości. Natomiast w wyjaśnieniach ceny odwołujący wskazał co i jak skalkulował, a nie co konkretnie oferuje. To wynika z celu składania wyjaśnień ceny. Gdyby po złożeniu wyjaśnień dotyczących ceny odwołujący został na podstawie ich treści wezwany do złożenia wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp miałby szansę oświadczyć, że w cenie zaoferowanej znajdują się de facto trzy warianty rozwiązań (zgodnie z różnymi ofertami na serwery załączonymi do wyjaśnień ceny Odwołującego). Podniósł, że zarzuty zamawiającego to spekulacje nie poparte dowodami. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego zarzucając jej niezgodność z SIWZ, a nie wykazując jej niezgodność SIWZ. Nadto w kontrze do odwołania (wskazującego w ślad za wyjaśnieniami ceny, że oferta uwzględnia łącznie 4 serwery fizyczne a wymagane funkcje zostaną zachowane) rozszerza podstawy faktyczne odrzucenia powołując się na przykład na brak automatycznego przełącznika.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone i załączone dowody ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie jest niezasadne i dlatego podlega oddaleniu

Na wstępie zaznaczenia wymaga, iż w związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), stosownie do art. 92 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 ze zm.), który stanowi, że do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.

Jednocześnie przepisy ustawy z Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r. (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami, dalej jako „nPzp”) znajdują zastosowanie do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie. Zgodnie bowiem z art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych, do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89 wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 roku stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.

Następnie ustalono, że nie została wypełniona w całości żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 528 ust. 1 ustawy nPzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Na wstępie wskazać należy, że osią sporu w przedmiotowej sprawie jest kwestia, czy odwołujący zaoferował wszystkie elementy systemu dla utworzenia zaewidencjonowania i udostępniania widzom zasobów Muzeum Sztuki w Łodzi. Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego się konsorcjum, gdyż w ich ofercie brak było jednego serwera fizycznego, a także w ostateczności brak zapasowej pamięci na dyskach, które mogłyby przejąć działania systemu nap w przypadku awarii serwera. Izba stanowisko zamawiającego w zakresie potrzeby zaoferowania drugiego serwera fizycznego uznaje za zasadne i przyjmuje je jako własne.

Wskazać należy, że zamawiający w załączniku 7 do SIWZ w pkt 10- wymagania dotyczące infrastruktury sprzętowej w pkt 1 a i b postawił wymagania:

- 1) *Wykonawca w swojej ofercie musi uwzględnić infrastrukturę informatyczną taką jak:*
 - a) *Serwer [zestaw serwerowy min, 2 zapewniający ciągłość pracy systemu, serwery fizyczne oraz wirtualne),*
 - b) *Macierze dyskowe - Dyski Sieciowe (NAS)*
 - P) *Wykonawca wykona instalację i konfigurację dostarczonego Oprogramowania na dostarczonej Infrastrukturze Sprzętowej,*
- 3) *Minimalna ilość sprzętu niezbędnego do realizacji projektu:*
 - a) *Serwer - zestaw serwerowy zapewniający redundantność i nadmiarowość działania tak by w przypadku awarii np. serwera fizycznego usługi na nim świadczone zostały przełączone/restartowane na innym serwerze,*
 - b) *Macierze dyskowe - dyski sieciowe NAS - co najmniej 3 Dyski sieciowe wyposażoną w minimum 8 dysków twardych każdy o określonych parametrach.*

Poddając analizie treść powyższych wymagań zamawiającego w świetle treści oferty odwołującego można w sposób jednoznaczny stwierdzić, że w zakresie wymagania z pkt 1 a i b zamawiający oczekiwał zaoferowania zestawu serwerów fizycznych oraz wirtualnych min. 2 zapewniającego ciągłość pracy systemu oraz macierzy dyskowej. Natomiast odwołujący co jest niesporne, zaoferował jeden serwer fizyczny główny i 3 serwery oznaczone NAS, które według odwołującego *de facto* mogą stanowić 2 serwer fizyczny. Tym samym odwołujący zaoferował jeden serwer fizyczny oraz trzy dyski sieciowe z których każdy był wyposażony po 8 dysków twardych. Odwołujący podał także, że obudowy macierzy dyskowych posiadały nie tylko miejsce na wymagane 24 dyski twarde, ale na 30 dysków. Tym samym w awaryjnej sytuacji możliwe byłoby doinstalowanie nawet dodatkowo 6 dysków twardych. Izba analizując powyższe uznała, że odwołujący oferując jeden serwer fizyczny nie spełnił wymagania zamawiającego z pkt 10.1.a SIWZ, gdzie wymagany był zestaw serwerów min 2, a zaoferowany został jeden. Ten brak odwołujący próbował wypełnić trzema macierzami dyskowymi, które jednak były również dodatkowo wymagane.

Powyższe rozwiązanie zdaniem Izby nie tylko nie spełnia wymagań co do ilości niezbędnego sprzętu, ale także nie zapewnia wymagania z pkt 10.3.a, gdzie zamawiający postawił wymóg, iż minimalna ilość sprzętu winna zapewniać zestaw serwerowy (min dwa serwery) zapewniający

redundantność i nadmiarowość działania tak, by w przypadku awarii np. serwera fizycznego usługi na nim świadczone zostały przełączone/restartowane na innym serwerze. Zamawiający stwierdził, iż redundantność serwerów będzie miała miejsce wtedy, kiedy obydwa będą działać równocześnie (lub jeden z nich będzie przygotowany do działania) tak, iż np. w przypadku awarii jednego z nich drugi serwer niemalże w sposób niezauważalny przejmie funkcję serwera, który uległ awarii. Powyższe stanowisko zamawiającego Izba akceptuje i przyjmuje za własne. Natomiast odwołujący w tym zakresie podał, że w przypadku wystąpienia sytuacji awaryjnych w tym w razie awarii serwera głównego można dyski przenieść fizycznie na serwery NAS. Nadto podał, że jeżeli wystąpiłby skrajny przypadek obciążenia dysków, to dyski twarde umieszczone w serwerze głównym można do dwóch wolnych miejsc, które są na serwerach NAS na które odwołujący przewidział 8 dodatkowych miejsc. Takie stanowisko odwołującego zdaniem Izby nie spełnia wymagania zamawiającego, że musi istnieć fizyczna przestrzeń dyskowa, na której zostanie uruchomione stosowne oprogramowanie realizujące wymagane procesy w tym zakresie, a zamawiający jasno w opisie przedmiotu zamówienia zawarł zapis: „ Dostarczona infrastruktura informatyczna musi być wykonana w architekturze wysokiej dostępności”.

Zauważyć należy także, że odwołujący próbując ratować ofertę w złożonym piśmie procesowym wskazywał, że zaoferowany przez niego system spełni wymagania zamawiającego. Powyższą argumentację Izba uznała za nieprzydatną do rozstrzygnięcia sprawy, gdyż z treści SIWZ w sposób jednoznaczny wynikało (pkt 10.1.a), że pod wskazaniem „serwer”, zamawiający oczekiwał zaoferowania zestawu serwerów – a tym samym conajmniej dwa, a odwołujący zaoferował jeden. Oprócz zaoferowania jednego serwera fizycznego odwołujący nie zaoferował większej ilości dysków mogących poszerzyć zakres pamięci wynikały, że straty związanej z zaoferowaniem tylko jednego serwera fizycznego. Nadto takie rozwiązanie nie spełnia wymagania redundantności rozwiązania, gdyż serwer redundantny to serwer zapasowy (nadmiarowy), który uruchamia się i przejmuje działanie urządzenia uszkodzonego.

Izba uznała, że podstawowe znaczenie do oceny spełniania wymagań z SIWZ ma treść właśnie SIWZ. Wskazać należy, że w przypadku dokumentacji przetargowych pierwszeństwo ma zawsze wykładnia językowa. Jest to konieczne z uwagi na formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz potrzebę zagwarantowania równego traktowania wykonawców. Co za tym idzie istotna jest przede wszystkim treść SIWZ. Wyprowadzanie dalej idących wniosków na podstawie dość uproszczonego rozumowania, iż "to co nie jest zabronione, jest dozwolone" (jak czyni to strona), jest nieuprawnione (por. wyrok WSA w Lublinie III SA/Lu 15/16 z dnia 2016-05-18. Podobnie w tej samej kwestii wypowiedział się SO w Warszawie w wyroku z dnia 03 czerwca 2013 roku sygn. akt V Ca 533/13 gdzie stwierdził, że niezasadnym jest przywoływanie dla rozstrzygnięcia sprawy kwestii nie ujętych w postanowieniach SIWZ. Zawsze decydujące znaczenie ma analiza sformułowań zawartych w SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia Izba orzekła jak w sentencji, obciążając w kosztami w całości stronę przegrywającą postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437)

Przewodniczący