

**Sygn. akt: KIO 3286/22**

**Wyrok  
z dnia 27 grudnia 2022 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Poprawa**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2022 roku przez wykonawcę Format Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie ul. Czereśniowa 130 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe w Poznaniu ul. Z. Noskowskiego 12/14, przy udziale:

- A) wykonawcy Atos Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie ul. Królewska 16 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt: KIO 3286/22 po stronie odwołującego,
- B) wykonawcy S&T Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie ul. Postępu 21D, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt: KIO 3286/22 po stronie odwołującego

**orzeka:**

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów naruszenia art. 7 pkt 32 w związku z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez objęcie przedmiotem zamówienia obowiązku nabycia usług HPC oraz chmurowych przez wykonawcę od Zamawiającego, naruszenie art. 433 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez przewidzenie w §7 ust. 10 wzoru umowy kary umownej z tytułu nienabycia usług HPC oraz chmurowych przez wykonawcę od Zamawiającego oraz naruszenie art. 9 w związku z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, że przeciwdziała ono ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji pomiędzy wykonawcami na etapie postępowania,

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Format Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie ul. Czereśniowa 130 i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
  - 3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zmawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1710 z późn. 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**

Zamawiający – Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe w Poznaniu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „Sukcesywna dostawa do ośrodków komputerów dużej mocy systemu obliczeniowego i danych wraz z instalacją i integracją” zwane dalej postępowaniem. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia równej lub przekraczającej progi unijne o których stanowi art. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 29 listopada 2022 r. pod numerem 2022/S 230-663384.

W dniu 9 grudnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Format Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej Odwołującym, wobec opisanego przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji, wyznaczenia warunków udziału w Postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz nieumożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do jego należytego wykonania, a także wymagania przedmiotowych środków dowodowych nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i niezwiązanych z nim.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 pkt 32) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp w zw. z art. 99 ust. 4 Pzp poprzez objęcie przedmiotem zamówienia w Postępowaniu także obowiązku nabycia usług HPC oraz chmurowych przez wykonawcę od Zamawiającego, podczas gdy w ramach zamówienia publicznego to Zamawiający (podmiot publiczny) winien nabywać usługi od wykonawcy (podmiotu prywatnego), a nie odwrotnie, a ponadto wymaganie, aby wykonawca nabył określone usługi od Zamawiającego narusza zasadę równego traktowania i zasadę uczciwej konkurencji, bowiem wykonawcy niepotrzebujący usług oferowanych przez Zamawiającego (w tym również Odwołujący) zostają niejako zmuszeni przez Zamawiającego do ich nabycia, żeby zrealizować zamówienie, dla którego właściwie prowadzone jest Postępowanie (zaprojektowanie i dostawa klastra na rzecz Zamawiającego),

- 2) art. 433 pkt 2) Pzp poprzez przewidzenie w § 7 ust. 10 wzoru umowy kary umownej z tytułu nienabycia usług HPC oraz chmurowych przez wykonawcę od Zamawiającego, podczas gdy nabycie tych usług nie ma związku z prawidłowym wykonaniem zamówienia, a zatem kara umowna dotyczy zachowania wykonawcy niezwiązanego bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem,
- 3) art. 9 ust. ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.Dz. U. z 2021 r. poz. 275) („ustawa okik”) w związku z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy okik poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w Postępowaniu w taki sposób, że przeciwdziała ono ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji pomiędzy wykonawcami na etapie Postępowania,
- 4) art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp poprzez określenie warunków udziału w Postępowaniu w sposób nieprecyzyjny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz nieumożliwiający oceny zdolności wykonawcy do jego należytego wykonania, a także z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji poprzez wymaganie dysponowania przez wykonawców personelem posiadającym certyfikat CISA (Certified Information Systems Auditor), podczas gdy certyfikat CISA poświadcza umiejętności w zakresie audytowania już wdrożonych projektów IT, a nie we wdrażaniu (kierowaniu, koordynowaniu) projektami IT, a zatem nie jest on powiązany z usługami mającymi być zrealizowanymi w ramach zamówienia, dla którego prowadzone jest Postępowanie,
- 5) art. 106 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp poprzez wymaganie przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i niezwiązanych z przedmiotem zamówienia w postaci systemu testowego o wielkości odpowiadającej wielkości co najmniej 5% systemu oferowanego przez wykonawcę, podczas gdy nie istnieje żadna uzasadniona potrzeba Zamawiającego, aby wykonawcy mieli dostarczyć system testowy aż o takiej wielkości, a w szczególności nie jest to niezbędne do weryfikacji czy oferowany w Postępowaniu system spełnia określone w SWZ wymagania, a dodatkowo nie zapewnia to porównywalności ofert składanych w Postępowaniu.

Mając na względzie powyższe, Odwołujący wniosk o:

- 1) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,

- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w SIWZ w następujący sposób:
  - a. w odniesieniu do zarzutów z punktu 1), 2) oraz 3) – poprzez wykreślenie z SWZ oraz projektu umowy postanowień dotyczących obowiązku nabycia przez wykonawcę od Zamawiającego usług HPC / chmurowych, tj. w szczególności wykreślenie pkt. 3.16 SWZ oraz §7 wzoru umowy,
  - b. w odniesieniu do zarzutu z punktu 4) – poprzez wykreślenie z pkt. 5.2 ppkt. 4) lit. c) tiret drugi SWZ fragmentu: poparte certyfikatem CISA (Certified Information Systems Auditor),
  - c. w odniesieniu do zarzutu z punktu 5) – poprzez nadanie pkt. 8.2. lit. g) SWZ oraz pkt. 6.9.2 Szczegółowych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia następującego brzmienia:

*Zamawiający zastrzega sobie prawo do weryfikacji wyników testów wydajnościowych opisanych w pkt. 6.9.4. Szczegółowych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia oraz dodatkowych parametrów wskazanych w opisie technicznym oferowanego przedmiotu zamówienia. Weryfikacja nastąpi poprzez udostępnienie zamawiającemu przez wykonawcę w sposób zdalny systemu spełniającego następujące wymagania:*

    - *system musi być zbudowany z komponentów takich jak system oferowany w ramach zadania nr 1,*
    - *wielkość systemu testowego musi odpowiadać wielkości systemu opisanego w pkt. 6.9.4.1 Szczegółowych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia oraz w pkt. 6.9.4.2 Szczegółowych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia.*
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Przedmiotem zamówienia objętym Postępowaniem jest sukcesywna dostawa do ośrodków komputerów dużej mocy systemu obliczeniowego i danych wraz z instalacją i integracją. Zwycięski wykonawca będzie miał za zadanie m.in. zaprojektować i dostarczyć na rzecz Zamawiającego system obliczeniowy i danych w formie klastra HPC (High Performance Computing) / CLOUD (usługi chmurowe), tak aby po jego dostawie

Zamawiający mógł wykorzystywać na własne potrzeby moc obliczeniową z powstałego klastra. Jednocześnie jednak, zgodnie z pkt. 3.16 SWZ, wykonawca po zrealizowaniu przedmiotu zamówienia zobowiązany jest do nabycia usług HPC oraz chmurowych od Zamawiającego. Szczegółowe postanowienia w tym zakresie zostały zamieszczone w § 7 wzoru umowy, zgodnie z którym zwycięski wykonawca będzie zobowiązany do nabycia usług od Zamawiającego o wartości co najmniej 20 000 000 złotych netto (§ 7 ust. 4 wzoru umowy). W przypadku, w którym wykonawca nie wywiąże się z tego zobowiązania, wówczas będzie zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości równej różnicy pomiędzy wartością netto usług, do których nabycia się zobowiązał, a wartością netto usług faktycznie nabytych (§ 7 ust. 10 wzoru umowy). Innymi słowy, Zamawiający w istocie bezwzględnie wymaga, aby wykonawca, który chce zaprojektować i dostarczyć na rzecz Zamawiającego klastery, następnie nabył od Zamawiającego usługi świadczone przy pomocy tego klastra (!).

Taka sytuacja jest sprzeczna z samą koncepcją zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 7 pkt 32) Prawa zamówień publicznych, poprzez zamówienie należy rozumieć „umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług”. Zamawiający objął Postępowaniem natomiast sytuację odwrotną – wprawdzie mamy do czynienia z umową odpłatną, ale to wykonawca (podmiot prywatny) ma nabywać usługi od zamawiającego (podmiotu publicznego). Ponadto, takie ukształtowanie przedmiotu zamówienia powoduje, że Zamawiający, wbrew obowiązkowi z art. 16 pkt 1) Pzp (a także art. 99 ust. 4 Pzp), przeprowadza Postępowanie w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Na uprzywilejowanej pozycji są bowiem wykonawcy, którzy w istocie potrzebują usług HPC oraz chmurowych i teoretycznie mogą je nabyć

od Zamawiającego. Z kolei wykonawcy tacy jak np. Odwołujący, zostają zmuszeni do wydania co najmniej 20 000 000 złotych netto na usługi, których nie potrzebują, jedynie w celu otrzymania zamówienia, z którym te usługi nie są powiązane. Co ciekawe, nawet sam Zamawiający wydaje się zdawać sobie sprawę, że nie może obejmować zamówieniem nabycia usług HPC oraz chmurowych przez wykonawcę. W szczególności, taka informacja nie została w ogóle przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu. Brak również informacji o niej w pkt 3.1 SWZ, w którym Zamawiający opisał przedmiot zamówienia. Konieczność nabycia usług HPC oraz chmurowych przez wykonawcę została wprowadzona w pkt. 3.16 SWZ (w którym sam Zamawiający wskazuje, że nabycie usług ma nastąpić „po zrealizowaniu przedmiotu zamówienia”) oraz w rozdziale 2 wzoru umowy (zatytułowanym „dodatkowe

zobowiązania Wykonawcy”). Innymi słowy, Zamawiający z jednej strony nie traktuje nabycia usług HPC oraz chmurowych przez wykonawcę jako objętych zamówieniem, a z drugiej zmusza wykonawców do ich nabycia w celu realizacji właściwego zamówienia publicznego (dostawy klastra). Innymi słowy, aby ubiegać się o zamówienie publiczne wykonawca musi zobowiązać się do nabywania w przyszłości usług od Zamawiającego, przy czym nabycie takich usług w żaden sposób nie jest obiektywnie powiązane ani wymagane dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Wreszcie, takie ukształtowanie SWZ oraz projektu umowy jest niezgodne z przepisami prawa konkurencji. Należy zauważyć, że Zamawiający przy określaniu przedmiotu zamówienia ma prawny obowiązek powstrzymywania się od działań, które ograniczają konkurencję na rynku właściwym lub są w inny sposób szkodliwe dla konkurencji. W tym zakresie wskazuje się, że wymóg jakim jest spełnienia „dodatkowych zobowiązań Wykonawcy” po zrealizowaniu przedmiotu zamówienia może stanowić praktykę ograniczającą konkurencję poprzez w szczególności przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na etapie Postępowania. Należy wskazać, że rynek właściwy ze względu na przedmiot przetargu jest rynkiem szczególnym pod względem panujących na nim reguł konkurencji. Walka konkurencyjna pomiędzy przedsiębiorcami przystępującymi do przetargu nie ma bowiem miejsca na danym rynku (competition on the market), lecz odbywa się na etapie przetargu (Postępowania) (competition for the market).<sup>3</sup> W kontekście powyższego, obowiązkiem Zamawiającego jest przygotowanie i przeprowadzenie Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W sytuacji, gdy zapisy SWZ znacząco ograniczają możliwość przystąpienia do przetargu tj. dostęp do rynku wybranym podmiotom, należy dokonać oceny zasadności tych zapisów na gruncie ustawy okik. Zapis ten znacząco ogranicza możliwość wzięcia udziału w Postępowaniu podmiotom, które nie korzystają z usług HPC lub usług chmurowych w ramach prowadzonej przez siebie działalności. Innymi słowy, zawarcie powyższego zapisu w SWZ oraz projekcie umowy może wiązać się z ograniczeniem dostępu do rynku dla przedsiębiorców, którzy nie będą mogli wziąć udziału w Postępowaniu ze względu na brak doświadczenia czy środków do wykonania rzeczonych obowiązków jak również z obawy przed karami umownymi przewidzianymi w przypadku niewywiązania się z tego obowiązku. W kontekście powyższego, zastrzeżenia prawne budzi rzeczony zapis dotyczący dodatkowych obowiązków wykonawcy. W praktyce, rzeczony zapis może prowadzić do całkowitego wykluczenia (a przynajmniej znaczącego ograniczenia) konkurencji ze strony części wykonawców. Wobec powyższego, działanie

Zamawiającego może stanowić praktykę ograniczającą konkurencję w myśl art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy okik.

Co więcej, należy podkreślić, że zapis dotyczący wykonania obowiązku nabycia usług HPC nie jest związany przedmiotowo ani rodzajowo z przedmiotem zamówienia. Niniejszy obowiązek nie pozostaje w dającym się racjonalnie (gospodarczo) uzasadnić związku z przedmiotem umowy głównej tj. przedmiotem zamówienia. W konsekwencji, Zamawiający w ramach zawartej umowy zmusza wykonawcę do spełnienia dodatkowego świadczenia, podczas gdy to dodatkowe świadczenie nie pozostaje w żadnym związku z głównym przedmiotem umowy. Z powyższych względów, Odwołujący wnosi o wykreślenie z SWZ oraz projektu umowy postanowień dotyczących obowiązku nabycia przez wykonawcę od Zamawiającego usług HPC / chmurowych, tj. w szczególności wykreślenie pkt. 3.16 SWZ oraz §7 wzoru umowy.

## **ZARZUT DOTYCZĄCY WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU W ZAKRESIE POSIADANIA CERTYFIKATU CISA**

Zgodnie z pkt. 5.2 ppkt. 4) lit. c) tiret drugi SWZ obowiązującej w Postępowaniu Zamawiający wymaga posiadania przez personel wykonawcy *„co najmniej 5-letniego doświadczenia w kierowaniu (koordynacji) projektami IT, popartego certyfikatem CISA (Certified Information Systems Auditor) w tym kierowaniu (koordynacją) co najmniej jednym projektem obejmującym projektowanie, instalację oraz konfigurację infrastruktury przetwarzania HPC lub* *chmurowej o wartości co najmniej 20 mln zł brutto dostarczonej do co najmniej 2 lokalizacji centrów danych”*.

W pełni rozumiejąc wymagania postawione przez Zamawiającego w zakresie doświadczenia personelu wykonawcy, Odwołujący jednocześnie kwestionuje wymóg posiadania certyfikatu CISA (Certified Information Systems Auditor). W kontekście powyższego należy zaznaczyć, że **certyfikat CISA to certyfikat umożliwiający jego posiadaczowi posługiwanie się tytułem Certyfikowanego Audytora Systemów Informatycznych**. Już tylko z tego powodu wymóg jego posiadania, a zwłaszcza jego umieszczenie w tym miejscu SWZ, musi budzić zdziwienie. Certyfikat CISA nie służy bowiem „poparciu” doświadczenia w kierowaniu (koordynacji) projektami IT – dotyczy on zupełnie innego obszaru sektora IT. Powyższe skutkuje tym, że przedmiotowy warunek udziału w Postępowaniu jest nieprecyzyjny. Nie jest jasne czy Zamawiający miał na myśli, że wymóg posiadania 5-letniego doświadczenia „popartego certyfikatem CISA” oznacza, że personel winien posiadać certyfikat CISA przez cały 5-letni okres zdobywania doświadczenia czy też są to warunki rozłączne (personel ma



posiadać co najmniej 5-letnie doświadczenie i, niezależnie od tego, legitymować się aktualnym certyfikatem CISA). Niezależnie od wykładni przedmiotowego postanowienia SWZ, posiadanie certyfikatu CISA nie poświadcza zdolności w zakresie kierowania (koordynacji) projektami IT, lecz wyłącznie w zakresie ich późniejszego audytowania. Powyższe wynika bezpośrednio już z samej nazwy certyfikatu, odnoszącej się do audytu projektów IT, a także chociażby ze strony Ministerstwa Finansów, na której wskazano, że zasadniczo osoby posiadające certyfikat CISA winny pracować jako specjaliści w dziedzinie audytu systemów informatycznych, kontroli i bezpieczeństwa. Tymczasem, zamówienie objęte Postępowaniem polega przecież na wdrożeniu projektu IT, a nie na audytowaniu projektu już wdrożonego. Podobnie przedmiotowy warunek udziału w Postępowaniu dotyczy doświadczenia w kierowaniu (koordynacji) projektami IT – a posiadanie certyfikatu CISA pozostaje w tym zakresie irrelewantne.

Jednocześnie, powyższe powoduje, że Odwołujący, dysponujący personelem posiadającym stosowne doświadczenie i w pełni zdolnym do realizacji zamówienia, dla którego prowadzone jest Postępowanie, nie może skorzystać z tego personelu z uwagi na postawione przez Zamawiającego wymaganie niezwiązane z przedmiotem zamówienia (wymóg posiadania certyfikatu CISA). Wymóg posiadania certyfikatu CISA pozostaje zatem niezgodny z art. 112 ust. 1 Pzp, tj. nie jest on proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz nie umożliwia oceny zdolności wykonawcy do jego należytego wykonania, a także narusza zasady uczciwej konkurencji w Postępowaniu. W odniesieniu do powyższego warto wskazać,

że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że określenie „proporcjonalny” oznacza tyle co „zachowujący właściwą proporcję”. Miarą owej właściwej proporcji jest zachowanie niezbędnej równowagi między interesem polegającym na uzyskaniu rękopisami należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, którzy nie mogą być z góry eliminowani przez wprowadzanie nadmiernych wymagań podmiotowych. Innymi słowy - warunek proporcjonalny to warunek, który nie jest nadmierny, czego stwierdzenie wymaga przeprowadzenia tzw. testu proporcjonalności, polegającego na wykazaniu, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. KIO/KU 27/18 z 28 czerwca 2018 roku). Ponadto, w ocenie Izby, przy ocenie proporcjonalności istotne znaczenie mają okoliczności obiektywne, a nie postrzeganie przedmiotu zamówienia przez pryzmat interesu zamawiającego w szybkim i „dającym lepsze gwarancje” przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ramach dokonywania oceny czynności

zamawiającego pod kątem zachowania zasady proporcjonalności należy zatem brać pod uwagę takie okoliczności jak przydatność (warunek przydatności) i niezbędność (warunek niezbędności) zastosowanych ograniczeń - do osiągnięcia celów postawionych przez zamawiającego. Ewentualne ograniczenia konkurencyjności postępowania muszą być zastosowane jedynie w takim stopniu, w jakim jest to niezbędne do osiągnięcia celów postawionych przez zamawiającego. Zastosowane środki w ogóle muszą pozwalać na osiągnięcie tych celów, przy czym należy wziąć pod uwagę wymóg, aby cele określone przez zamawiającego były istotniejsze niż skutki zastosowania środków ograniczających konkurencję (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. KIO/KU 20/18 z 5 czerwca 2018 roku). Z powyższych względów, Odwołujący wnosi o zmianę warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt. 5.2 lit. c) tiret drugi SWZ poprzez usunięcie wymagania dotyczącego posiadania przez personel wykonawcy certyfikatu CISA (Certified Information Systems Auditor).

## **ZARZUT DOTYCZĄCY PRZEDMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH W ZAKRESIE SYSTEMU TESTOWEGO**

Zgodnie z rozdziałem 8 SWZ obowiązującej w Postępowaniu Zamawiający wymaga przedłożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych wymienionych w pkt. 8.2 SWZ. Jednym z wymaganych przedmiotowych środków dowodowych są wyniki testów wydajnościowych przeprowadzonych przez wykonawcę przy wykorzystaniu serwerów w konfiguracji zaoferowanej w zadaniu nr 1 „według procedury testowej zdefiniowanej w SWZ” (pkt. 8.2. lit. g) SWZ). Już samo powyższe postanowienie budzi wątpliwości z uwagi na jego nieprecyzyjność. Część I SWZ nie zawiera bowiem żadnej definicji procedury testowej. Jednocześnie, w części IV SWZ (Szczegółowe wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia) Zamawiający przewidział szereg procedur testowych (zob. rozdział 6.9 Szczegółowych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia). Nie jest zatem jasne, które konkretnie testy wydajnościowe wykonawcy powinni przeprowadzić, a następnie załączyć ich wyniki do oferty (choć Odwołujący zakłada, że chodzi wyłącznie o testy opisane w pkt. 6.9.4 Szczegółowych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia - Procedura testowa wydajności aplikacyjnej, tj. testy wykonane na aplikacji GROMACS oraz testy AI).

Co przy tym istotne, Zamawiający zastrzegł sobie prawo do weryfikacji wyników testu wydajnościowego. Zgodnie z pkt. 8.2. lit. g) SWZ, weryfikacja ta ma nastąpić poprzez udostępnienie Zamawiającemu przez wykonawcę w sposób zdalny przedmiotowego środka dowodowego w postaci systemu: zbudowanego z komponentów takich jak system oferowany

przez wykonawcę, o wielkości odpowiadającej wielkości co najmniej 5% systemu oferowanego przez wykonawcę.

W kontekście powyższego należy zaznaczyć, że aby złożyć zgodną z wymaganiami SWZ ofertę (nieudostępnienie systemu testowego Zamawiającemu ma skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp), wykonawca winien jest w istocie skonstruować od podstaw system taki, jak ten zaofferowany w Postępowaniu. Z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem w praktyce nie istnieje bowiem możliwość udostępnienia Zamawiającemu istniejącego już systemu w charakterze systemu testowego. Innymi słowy, wykonawca musi ponieść określone koszty związane z budową systemu testowego, nie mając żadnej gwarancji, że jego oferta ostatecznie zostanie wybrana. W pełni rozumiejąc powyższą konieczność, Odwołujący zaznacza, że wymaganie w zakresie wielkości systemu testowego jest nieproporcjonalne do wartości i celów przedmiotu zamówienia – Zamawiający w istocie nie potrzebuje bowiem systemu testowego o wielkości aż 5% systemu oferowanego w Postępowaniu, aby zweryfikować, że system ten spełnia określone w SWZ wymagania.

W odniesieniu do powyższego należy wskazać, że wielkość systemu, który należy dostarczyć w ramach Postępowania została określona przez Zamawiającego w formularzu ofertowym,

w którym wskazano, że:

- w zakresie klastra obliczeniowego CPU Zamawiający wymaga zapewnienia mocy obliczeniowej 10000 TFLOPS (pkt 1.1 formularza ofertowego),
- w zakresie klastra obliczeniowego GPU1 Zamawiający wymaga zapewnienia mocy obliczeniowej 80000 TFLOPS (pkt. 2.1 formularza ofertowego),
- w zakresie klastra obliczeniowego GPU2 Zamawiający wymaga zapewnienia mocy obliczeniowej 45000 TFLOPS (pkt. 2.3 formularza ofertowego).

Innymi słowy, Zamawiający wymaga obecnie, aby system testowy zapewniał moc obliczeniową 500 TFLOPS dla klastra obliczeniowego CPU (5% z 10000 TFLOPS), 4000 TFLOPS dla klastra obliczeniowego GPU1 (5% z 80000 TFLOPS) oraz 2250 TFLOPS (5% z 45000 TFLOPS). Tymczasem, zgodnie z przywołanym powyżej rozdziałem 6.9 Szczegółowych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, najbardziej „wymagającą” procedurą testową (procedurą wymagającą największej mocy obliczeniowej) jest procedura testowa wydajności aplikacyjnej, opisana w pkt. 6.9.4.1 Szczegółowych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia. W ramach tej procedury, testy winny zostać przeprowadzone

za pomocą aplikacji GROMACS, na systemie o mocy obliczeniowej co najmniej 50 TFLOPS dla klastra obliczeniowego CPU, co najmniej 240 TFLOPS dla klastra obliczeniowego GPU1 oraz co najmniej 240 TFLOPS dla klastra obliczeniowego GPU2. Innymi słowy, Zamawiający wymaga dostarczenia w ramach przedmiotowych środków dowodowych systemu testowego o mocy obliczeniowej wielokrotnie przekraczającej tę wskazaną przez niego w ramach procedury testowej wydajności aplikacyjnej. Wymóg ten jest zatem nieproporcjonalny, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że zgodnie z § 2 ust. 8 wzoru umowy Zamawiający zobowiązuje się do nabycia zaledwie 30% zakładanego przedmiotu zamówienia w zadaniach nr 1 i 3 – a zatem system testowy w istocie ostatecznie mógłby stanowić aż ok. 20% minimalnej ilości zamówienia zagwarantowanej w ramach Postępowania. Ponadto, wymagania te mogą spowodować również nieporównywalność wyników w przypadku, w którym wykonawca przed złożeniem oferty przeprowadziłby testy wydajnościowe na systemie zgodnym z wymaganiami pkt. 6.9.4.1 Szczegółowych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia (tj. 50 TFLOPS dla klastra obliczeniowego CPU, 240 TFLOPS dla klastra obliczeniowego GPU1 oraz 240 TFLOPS dla klastra obliczeniowego GPU2), a następnie Zamawiający weryfikowałby te wyniki na systemie testowym o dużo większej mocy obliczeniowej (tj. 500 TFLOPS dla klastra obliczeniowego CPU, 4000 TFLOPS dla klastra obliczeniowego GPU1 oraz 2250 TFLOPS dla klastra obliczeniowego GPU2). Wymóg dostarczenia jako przedmiotowego środka dowodowego systemu testowego o wielkości odpowiadającej wielkości co najmniej 5% systemu oferowanego przez wykonawcę pozostaje zatem niezgodny z art. 106 ust. 2 Pzp, tj. nie jest on proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i związany z nim oraz nie zapewnia porównywalności ofert składanych w Postępowaniu. Z powyższych względów, Odwołujący wnosi o ujednoczenie zapisów SWZ oraz Szczegółowych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia poprzez nadanie pkt. 8.2. lit. g) SWZ oraz pkt. 6.9.2 Szczegółowych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia:

Zamawiający zastrzega sobie prawo do weryfikacji wyników testów wydajnościowych opisanych w pkt. 6.9.4. Szczegółowych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia oraz dodatkowych parametrów wskazanych w opisie technicznym oferowanego przedmiotu zamówienia. Weryfikacja nastąpi poprzez udostępnienie zamawiającemu przez wykonawcę w sposób zdalny systemu spełniającego następujące wymagania:

- system musi być zbudowany z komponentów takich jak system oferowany w ramach zadania nr 1,

- wielkość systemu testowego musi odpowiadać wielkości systemu opisanego w pkt. 6.9.4.1. Szczegółowych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia oraz w pkt. 6.9.4.2 Szczegółowych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia.

W dniu 14 grudnia 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca Atos Polska S.A. z siedzibą w Warszawie wnosząc o uwzględnienie odwołania.

W dniu 15 grudnia 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

W dniu 20 grudnia 2022 r. Zamawiający złożył Odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp w zakresie zarzutów 1), 2) i 3) z uwagi na dokonanie modyfikacji treści SWZ poprzez wykreślenie wymogu w zakresie obowiązku nabycia przez wykonawcę od Zamawiającego usługi HPC i chmurowych oraz przewidzianej w § 7 ust. 10 wzoru umowy kary umownej z tytułu niedopełnienia tego obowiązku oraz o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie. Podczas posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów wskazanych w pkt 1), 2) i 3).

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:**

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Izba za skuteczne uznała zgłoszone

przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego i dopuściła wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestników postępowania.

### **Izba ustaliła i zważyła:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu (tu postanowienia SWZ), lub poprzez zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający kształtując treść postanowień SWZ nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Podkreślić należy, iż w przypadku odwołania na treść postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia ramy postępowania odwoławczego określa nie tylko wskazanie konkretnych uchybień, ale też oczekiwania Odwołującego. Podniesiony w odwołaniu zarzut jak i konstrukcja żądania być musi sformułowana w sposób jasny i przejrzysty, musi z niego wynikać jednoznaczne sformułowanie oczekiwań Odwołującego a także uzasadnienie dlaczego w ocenie Odwołującego postanowienia SWZ naruszają przepisy Prawa zamówień publicznych oraz uzasadnienie dla proponowanych przez siebie rozwiązań.

Skład orzekający podziela prezentowany szeroko w orzecznictwie KIO pogląd, iż w przypadku zaskarżenia brzmienia treści postanowień SWZ dalsza kreacja ich treści poza żądaniem wskazanym w odwołaniu, winna doznawać ograniczeń. Co równie istotne, stawiane żądania w zakresie modyfikacji postanowień SWZ powinny prowadzić do eliminacji niezgodności z przepisami ustawy Pzp, a nie do udogadniania warunków realizacji zamówienia wykonawcom podnoszącym te żądania. Izba podziela stanowisko, że określenie warunków udziału w postępowaniu należy do uprawnień Zamawiającego, jako gospodarza postępowania, który ustanawia je w taki sposób, aby dokonać wyboru wykonawcy, który będzie w stanie należycie zrealizować zamówienie, podkreślając że warunki udziału w postępowaniu muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiać ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp poprzez określenie warunków udziału w Postępowaniu w sposób nieprecyzyjny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz nieumożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do jego należytego wykonania, a także z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji poprzez wymaganie dysponowania przez wykonawców personelem posiadającym certyfikat CISA (Certified Information Systems Auditor), podczas gdy certyfikat CISA poświadcza umiejętności w zakresie audytowania już wdrożonych projektów IT, a nie we wdrażaniu (kierowaniu, koordynowaniu) projektami IT, a zatem nie jest on powiązany z usługami mającymi być zrealizowanymi w ramach zamówienia, dla którego prowadzone jest Postępowanie, Izba uznała zarzut za niezasadny.

*Zgodnie z treścią art. 112 ust. 1 Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.*

*Zgodnie z treścią art. 112 ust. 2 pkt 4) Pzp Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.*

*Zgodnie z treścią art. 116 ust. 1. W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.*

*Zgodnie z art. 16 pkt 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

W treści SWZ w pkt 5.2.ppkt. 4) lit. c) tiret drugi Zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej polegający na wykazaniu,

że wykonawca dysponuje: co najmniej jedną osobą posiadającą co najmniej 5 letnie doświadczenie w kierowaniu (koordynacji) projektami IT, poparte certyfikatem CISA (Certified Information Systems Auditor) w tym kierowaniu (koordynacją) co najmniej jednym projektem obejmującym projektowanie, instalację oraz konfigurację infrastruktury przetwarzania HPC lub chmurowej o wartości co najmniej 20 mln zł brutto dostarczonej do co najmniej 2 lokalizacji centrów danych.

Odwołujący kwestionuje wymóg posiadania certyfikatu CISA, wskazując że umożliwia on jego posiadaczowi posługiwanie się tytułem Certyfikowanego Audytora Systemów Informatycznych, i nie służy „poparciu” doświadczenia w kierowaniu (koordynacji) projektami IT, lecz dotyczy zupełnie innego obszaru sektora IT. Skoro przedmiot zamówienia nie obejmuje czynności audytu, to wymóg posiadania certyfikatu CISA jest niezwiązany z przedmiotem zamówienia. Wymóg ten jest niezgodny również z art. 112 ust. 1 Pzp, nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz nie umożliwia oceny zdolności wykonawcy do jego należytego wykonania, a także narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego.

Jak wynika z informacji zawartej na stronie internetowej (którą przywołuje Odwołujący), a także jak podaje Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie „Certyfikat Certified Information Systems Auditor (Certyfikowany Audytor Systemów Informatycznych), przeznaczony jest dla osób rozpoczynających karierę oraz specjalistów średniego szczebla pracujących w obszarze IT, bezpieczeństwa, audytu IT oraz w audycie finansowym. (...) Zakres egzaminu obejmuje zagadnienia związane z: procesem audytu systemów informatycznych, ładem i zarządzaniem IT nabywaniem, opracowywaniem i wdrażaniem systemów informatycznych, eksploatacją systemów informatycznych, ciągłością działania oraz ochroną aktywów informacyjnych”. Zakres wiedzy, która jest weryfikowana podczas egzaminu jest znacznie szerszy

niż wyłącznie wiedza z zakresu audytu systemów informatycznych i obejmuje zagadnienia z zakresu objętego przedmiotem zamówienia.

Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (a czemu Odwołujący nie zaprzeczył), dla prawidłowej realizacji zamówienia, oprócz wiedzy i doświadczenia w kierowaniu projektami IT, wymagana jest wiedza z zakresu nabywania infrastruktury, opracowywania architektury, wdrażania i konfiguracji nabywanych systemów informatycznych, kompetencje w zakresie kwalifikacji w obszarze „eksploatacji systemów informatycznych”, wiedza w obszarze „ciągłości działania oraz ochrony aktywów



informacyjnych” (które stanowią zakresy weryfikowane w ramach egzaminu przeprowadzonego na potrzeby certyfikatu CISA).

Jak wynika z odpowiedzi na odwołanie, „Zamawiający posiada certyfikację w zakresie bezpieczeństwa procesów działania w jednostce (norma PN/ISO 27001). Norma ta dotyczy zarządzania bezpieczeństwem i ochrony informacji, m.in. ciągłości działania oraz ochrony aktywów informacyjnych. Jest to norma powszechnie stosowana na rynku biznesowym, finansowym oraz administracji. Wdrożenie tej normy wymaga kompetencji w tym obszarze zarówno od samego Zamawiającego, jak i podwykonawców. Wobec tego niezbędne jest, aby również przedmiot zamówienia był realizowany pod nadzorem osoby, która posiada wiedzę w tym zakresie. Z uwagi na to, że certyfikat CISA gwarantuje wiedzę w zakresie ciągłości działania oraz ochrony aktywów informacyjnych, to wymaganie tego certyfikatu jest uzasadnione, aby Zamawiający nie utracił certyfikacji w zakresie normy PN/ISO 27001”.

Izba za zasadną uznała argumentację Zamawiającego, iż jako podmiot posiadający certyfikację w zakresie bezpieczeństwa procesów, „zobowiązany do przestrzegania przepisów zawartych w rozporządzeniu w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej

oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych. Rozporządzenie to nakłada na Zamawiającego obowiązek stworzenia systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji, a następnie korzystania i ciągłego doskonalenia tego systemu. Na mocy przepisów tego rozporządzenia Zamawiający został zobligowany do podjęcia szeregu działań skutkujących tym, że informacje będące w posiadaniu Zamawiającego będą przetwarzane w bezpieczny sposób. Wymóg posiadania certyfikatu CISA jest o tyle ważny, że certyfikat taki potwierdza zdolność do wykonywania funkcji związanych z bezpieczeństwem dostarczonego systemu informatycznego”.

Należy zatem zgodzić się z Zamawiającym, że wymóg posiadania certyfikatu CISA przez kierownika lub koordynatora projektu jest adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Wiedza, która wiąże się z posiadaniem tego certyfikatu jest niezbędna dla należytej realizacji przedmiotu zamówienia i dotyczy umiejętności osoby kierującej instalacją i konfiguracją budowanej infrastruktury.

Jak wynika z treści SWZ przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w związku z realizacją prac w ramach projektów:

- a. „PRACE-LAB2 — Współpraca w zakresie zaawansowanych obliczeń w Europie”  
Nr projektu POIR.04.02.OO-OO-C003/19 w ramach Działania 4.2 Programu

- Operacyjnego Inteligentny Rozwój 2014-2020, współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego,
- b. „PRACE-LAB - Współpraca w zakresie zaawansowanych obliczeń w Europie”, Nr projektu POIR.04.02.00-00-B001/18 w ramach Działania 4.2 Programu Operacyjnego Inteligentny Rozwój 2014-2020, współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego,
  - c. „Utworzenie w Gdańsku Centrum Kompetencji STOS (Smart and Transdisciplinary knOwledge Services) w zakresie infrastruktury B+R”, Nr projektu RPPM.01.02.00-22-0001/17. Projekt współfinansowany jest ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Pomorskiego na lata 2014-2020. Projekt współfinansowany jest ze środków dotacji celowej na podstawie umowy zawartej pomiędzy Skarbem Państwa — Ministrem Edukacji i Nauki a Politechniką Gdańską.

Jak wskazał Zamawiający, „PRACE-LAB2 jest projektem zamieszczonym na polskiej Mapie Kluczowych Infrastruktur Badawczych Ministerstwa Edukacji i Nauki. Uzyskał finansowanie w ramach działania 4.2 Programu Operacyjnego Innowacyjny Rozwój (PO IR), którego to celem jest rozwój infrastruktury badawczej dla nauki. Zgodnie z warunkami konkursu Zamawiający zobligowany jest udostępnić budowaną infrastrukturę oraz usługi na rzecz nauki oraz gospodarki. Zgodnie z wymaganiami postawionymi przez Komisję Europejską, a dotyczącymi funduszy strukturalnych na realizację inwestycji:

- a. 60% infrastruktury oraz usług przeznaczona jest do celów badawczych jednostek naukowych, uczelni, PIB (Państwowych Instytutów Badawczych), tj. do ich działalności statutowej w rozumieniu badań niekomercyjnych,
- b. 40% infrastruktury oraz usług Zamawiający przeznaczyć musi na odpłatne usługi na rzecz gospodarki.

Negatywny wynik projektu skutkuje (zgodnie z wytycznymi POIR) zwrotem przyznanego Zamawiającemu budżetu, w tym budżetu na zakup infrastruktury badawczej, w ramach aktualnie rozpatrywanego postępowania przetargowego. W związku z tym Zamawiający musi zminimalizować tego typu ryzyka, które wg niego są ryzykami krytycznymi, skutkującymi utratą płynności dla wszystkich podmiotów biorących udział w zakupie (PCSS, CI TASK oraz NCBJ).

Udostępnienie zasobów w obszarze komercyjnego przetwarzania oraz przechowywania danych wymaga od Zamawiającego zapewnienia usług niezawodnych,

skalowalnych, bezpiecznych, zapewniających ciągłość działania centrów danych. Usługi te muszą być również konkurencyjne na rynku usługodawców. Czynnikiem, który uatrakcyjnia usługi jest bez wątpienia budowanie infrastruktury w oparciu o istniejące standardy oraz przygotowanie jej, już na etapie budowy, do przeprowadzania audytów zgodności z normami PN/ISO 9001, PN/ISO 27001, PN/ISO 22301 (wg CISA) oraz poddawania jej regularnym audytom,

tj. procedurom sprawdzającym czy Zamawiający spełnia wymagania norm po zakończeniu realizacji zamówienia, co jest wymogiem rynku usług komercyjnych na rzecz gospodarki, jednostek finansowych oraz jednostek administracji publicznej.

Wobec tego realizacja przedmiotu zamówienia pod kierownictwem osoby, która posiada wiedzę w zakresie procesów audytu systemów informatycznych, ładu i zarządzania IT, nabywania, opracowywania i wdrażania systemów informatycznych, eksploatacji systemów informatycznych, ciągłości działania oraz ochrony aktywów informacyjnych (a zatem kompetencje weryfikowane w ramach egzaminu na potrzeby certyfikatu CISA), jest zasadna. Ponadto, jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, jest on zobowiązany

do przeznaczenia 40% infrastruktury oraz usług na odpłatne usługi na rzecz gospodarki pod rygorem nierozliczenia projektu i utraty dofinansowania). Jeżeli przedmiot zamówienia będzie realizowany pod kierownictwem osoby lub osób, które mają wiedzę w powyższym w zakresie, w tym, w zakresie sposobu przeprowadzania audytów, to umożliwi to prawidłową realizację zamówienia oraz przygotowanie infrastruktury w sposób, które zapewni pomyślne przejście przez przyszłe audyty. Zespół budujący rozwiązanie będące przedmiotem zamówienia,

nie mający wiedzy w zakresie wynikającym z certyfikatu CISA, nie jest w stanie odpowiednio zbudować infrastruktury, tak aby późniejsze audyty przeprowadzone zostały bez jakichkolwiek zastrzeżeń audytorów. Wynika to chociażby z tego, że nie ma on wiedzy w zakresie elementów, które zwracają szczególną uwagę audytorów. Zamawiający ograniczył w tym przypadku wymóg do minimum, wymagając wiedzy w tym zakresie oraz wykazania się certyfikatem 1 osoby (kierownika projektu), uznając że na etapie koordynacji oraz kierowania zespołem będzie to wystarczające. Zmniejszenie wymagań Zamawiającego w odniesieniu do uczestników postępowania, którego domaga się Odwołujący skutkowałoby powstaniem ryzyka nieosiągnięcia celów założonych w wieloletniej polityce Zamawiającego polegających na uzyskaniu odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa, konkurencyjności świadczonych usług i zdobycia zaufania klientów na rynku komercyjnym, co jest konieczne do pozyskania zleceń od podmiotów gospodarczych”.

Ponadto, jak wynika z treści powyższego warunku udziału w postępowaniu, odnosi się on zaledwie do jednej osoby posiadającej doświadczenie w kierowaniu (koordynacji), a nie jak, sugeruje Odwołujący, że Zamawiający wymaga aby powyższy warunek został spełniony przez cały personel wykonawcy.

Zdaniem Izby, z uwagi na złożony charakter zamówienia, wymóg posiadania przez jedną osobę (kierownika / koordynatora) doświadczenia na wymaganym przez Zamawiającego poziomie i wiedzy popartej stosownym certyfikatem, nie narusza zasady proporcjonalności. Stwarza natomiast gwarancje, że przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Zamawiający bowiem wymaga posiadania certyfikatu CISA nie w celu przeprowadzenia przez kierownika / koordynatora audytu, lecz w celu zagwarantowania, że zamówienie zostanie zrealizowane w sposób zapewniający pozytywny wynik przeprowadzonych w przyszłości audytów. Izba podziela stanowisko, że określenie warunków udziału w postępowaniu należy do uprawnień Zamawiającego, jako gospodarza postępowania, który ustanawia je w taki sposób, aby dokonać wyboru wykonawcy, który będzie w stanie należycie zrealizować zamówienie, podkreślając że warunki udziału w postępowaniu muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiać ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Nie można również zgodzić się z Odwołującym, że przedmiotowy warunek udziału został sformułowany nieprecyzyjnie. Na uwagę zasługuje również okoliczność, że podczas rozprawy odwołujący nie odniósł się w żaden sposób do zarzutu nieprecyzyjnego sformułowania warunku udziału w postępowaniu.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający wymaga dysponowania zaledwie jedną osobą posiadającą certyfikat CISA, a jak przyznał podczas rozprawy Przystępujący Atos Polska S.A., spełnienie powyższego warunku jest możliwe, choć utrudnione. Należy zatem odróżnić uzasadnione zawężenie kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, poprzez ustanowienie warunków udziału w postępowaniu od całkowitej eliminacji konkurencji. W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający z uwagi na złożony charakter zamówienia, dbałość o jakość i rzetelność wykonania zamówienia, uprawniony był do ustanowienia warunku udziału w postępowaniu o treści wskazanej w SWZ.

W odniesieniu do złożonych przez Odwołującego dowodów w postaci wyciągów w dokumentacji wcześniej prowadzonych postępowań w podobnym zakresie, tj.: wyciągu ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nr PN 22/12/2018, PN 15/10/2019 oraz PN

64/12/2022, Izba nie uznała ich za przydatne dla przedmiotowej sprawy. Okoliczność, iż poprzednio Zamawiający nie formułował warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania certyfikatu CISA dla osoby kierownika lub koordynatora projektu, nie stanowi dowodu, iż powyższy warunek ustanowiony w analizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Dodać należy, iż w roku 2018 i 2019 (jak wyjaśnił Zamawiający) nie posiadał on jeszcze przywołanej powyżej certyfikacji,

a postępowanie z roku 2022 dotyczy innego przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego zarzut należy uznać za niezasadny.

Izba nie uwzględniła również zarzutu naruszenia art. 106 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp poprzez wymaganie przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i niezwiązanych z przedmiotem zamówienia w postaci systemu testowego o wielkości odpowiadającej wielkości co najmniej 5% systemu oferowanego przez wykonawcę, podczas gdy nie istnieje żadna uzasadniona potrzeba Zamawiającego, aby wykonawcy mieli dostarczyć system testowy aż o takiej wielkości, a w szczególności nie jest to niezbędne do weryfikacji czy oferowany w Postępowaniu system spełnia określone w SWZ wymagania, a dodatkowo nie zapewnia to porównywalności ofert składanych w Postępowaniu.

Zgodnie z art. 106 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający żąda przedmiotowych środków dowodowych proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i związanych z przedmiotem zamówienia.

Zamawiający w treści SWZ w pkt 8.2.4) lit. g części 1 SWZ wymagał, aby wykonawca dołączył do oferty środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Należy dołączyć następujące przedmiotowe środki dowodowe: (...) wyniki testów wydajnościowych przy wykorzystaniu serwerów w konfiguracji zaoferowanej w zadaniu nr 1 według procedury testowej zdefiniowanej w SWZ. Zamawiający zastrzega sobie prawo do weryfikacji wyników testu wydajnościowego oraz dodatkowych parametrów wskazanych w opisie technicznym oferowanego przedmiotu zamówienia. Weryfikacja nastąpi poprzez udostępnienie zamawiającemu przez wykonawcę w sposób zdalny systemu spełniającego następujące wymagania:

- systemu musi być zbudowany z komponentów takich jak system oferowany w ramach zadania nr 1,
- wielkość systemu testowego musi odpowiadać wielkości co najmniej 5% systemu oferowanego w ramach zadania nr 1.

Odwołujący zarzuca, iż aby złożyć ofertę zgodną z wymaganiami SWZ, wykonawca winien skonstruować od podstaw system taki jak zaoferowany w Postępowaniu, podkreślając, że z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem, w praktyce

nie istnieje możliwość udostępnienia istniejącego już systemu w charakterze systemu testowego. Odwołujący podnosi, że wykonawca musi ponieść określone koszty związane z budową systemu testowego, nie mając żadnej gwarancji, że jego oferta ostatecznie zostanie wybrana. Ponadto, Zamawiający wymaga w ramach przedmiotowych środków dowodowych, dostarczenia systemu testowego o mocy obliczeniowej wielokrotnie przekraczającej moc wymaganą dla procedury testowej wydajności aplikacyjnej, co narusza zasadę proporcjonalności.

Ze stanowiskiem Odwołującego nie sposób się zgodzić.

Odwołujący pomija, że Zamawiający w treści SWZ zastrzegł sobie prawo nie tylko do weryfikacji wyników testów wydajnościowych ale również dodatkowych parametrów wskazanych w opisie technicznym oferowanego przedmiotu zamówienia, a podnoszony zarzut opiera wyłącznie o weryfikację testów wydajnościowych.

Jak wyjaśnił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie „w związku z tym, że Zamawiający będzie mógł zweryfikować nie tylko testy wydajnościowe, ale również parametry wskazane w opisie technicznym — cz. IV SWZSWZ cz. IV, to wskazana w pkt 4.9 uzasadnienia odwołania moc obliczeniowa nie będzie wystarczająca w odniesieniu do innych wymogów. Opis techniczny przedmiotu zamówienia zawarty został w całej części IV SWZ, a ich weryfikacja nie będzie możliwa na liczbie serwerów wskazanych przez Odwołującego (1-2 szt.). (...) Odwołujący przyjął błędne założenie, że weryfikacji podlegać będą jedynie testy wydajnościowe. Planowana instalacja systemu to wielkość kilkunastu, a nawet kilkudziesięciu szaf teleinformatycznych, w których umieszczone zostaną serwery (komputery). Wskazana przez Zamawiającego wielkość systemu testowego to zaledwie 5% systemu docelowego, co przedkładając na ilość sprzętu daje wielkość ok. jednej szafy teleinformatycznej.

Jest to minimalna wielkość systemu, która umożliwi sprawdzenie m.in. efektywności energetycznej systemu, testu efektywności chłodzenia oraz parametrów, które sprawdzić można dopiero na większej konfiguracji, tj. parametrów, co do których sprawdzenie na jednym, dwóch lub trzech serwerach (jak sugeruje Odwołujący) nie byłoby możliwe oraz obarczone zbyt dużym błędem. Prawdopodobieństwo popełnienia błędu dla zdalnego dostępu do 1-3 serwerów i w konsekwencji błędnego zweryfikowania prawidłowości działania systemu jest zbyt duże. Biorąc pod uwagę wielkość przedmiotu zamówienia (Zamawiający zamierza zamówić system ponad 20 razy większy niż sugerowany przez Odwołującego) oraz jego wartość (ponad 100.000.000,00 zł), Zamawiający musi dysponować mechanizmami umożliwiającymi mu należyte zweryfikowanie wartości parametrów podanych przez wykonawcę, co sprawdzić można jedynie na systemie testowym o konfiguracji identycznej z tym oferowanym w ofercie i wielkości (liczbie serwerów) umożliwiającej zweryfikowanie tych parametrów. Z analizy Zamawiającego wynika, że system testowy o wielkości odpowiadając 5% systemu oferowanego przez wykonawcę jest minimalnym, jaki zapewni weryfikację wszystkich niewrażliwych parametrów”.

Podkreślenia wymaga, że w celu minimalizacji kosztów po stronie wykonawców, związanych z dostarczeniem systemu testowego, w celu weryfikacji zgodności oferty z wymaganiami określonymi w SWZ, Zamawiający wprowadził rozwiązanie, polegające na zdanym dostępie do systemu. Ponadto, Zamawiający nie narzucił miejsca dostępu sprzętu. System testowy może być zlokalizowany w dowolnym miejscu wybranym przez wykonawcę. Ma to niewątpliwie wpływ na ograniczenie kosztów po stronie wykonawcy i umożliwi jednocześnie Zamawiającemu sprawdzenie, czy oferowany system spełnia wymagania określone w dokumentacji zamówienia.

W ocenie Izby, wymóg Zamawiającego odnoszący się do możliwości weryfikacji wyniku testu wydajnościowego oraz dodatkowych parametrów jest zasadny, a poziom określony jako co najmniej 5% systemu oferowanego przez wykonawcę nie stanowi naruszenia zasady proporcjonalności. Zamawiający wskazał ten poziom jako minimalny dla możliwości weryfikacji parametrów technicznych, a Odwołujący nie wykazał, aby żądane przedmiotowe środki nie były proporcjonalne do przedmiotu zamówienia ani nie związane z przedmiotem zamówienia. Odwołujący odnosi się jedynie do testów wydajności aplikacyjnej, pomijając możliwość przeprowadzenia przez Zamawiającego badania innych parametrów, pomimo wskazania takiej możliwości w treści SWZ. Podkreślenia wymaga, iż Odwołujący nie podniósł zarzutu w zakresie możliwości weryfikacji przez Zamawiającego dodatkowych parametrów wskazanych w opisie technicznym przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby wymóg wielkości co najmniej 5% systemu oferowanego przez wykonawcę (jako minimum umożliwiające weryfikację parametrów technicznych) pozostaje w zgodzie

z zasadą proporcjonalności, ponadto jest związany z przedmiotem zamówienia. Odwołujący natomiast nie wykazał, że wielkość ta jest zawyżona w stosunku do badania oferowanych parametrów technicznych przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo Izba zauważa, że rolą Krajowej Izby Odwoławczej nie jest udogadnianie warunków realizacji zamówienia wykonawcom podnoszącym takie żądania, lecz eliminacja postanowień SWZ niezgodnych z przepisami ustawy Pzp.

Izba podkreśla, że ocenia czynności i zaniechania Zamawiającego od kątem ich zgodności z przepisami Prawa zamówień publicznych, a w przypadku postanowień SWZ, których dotyczyły omawiane zarzuty nie dopatrzyła się niezgodności z ustawą.

W ocenie Izby kwestionowane postanowienia SWZ spełniają powyższe warunki, a Odwołujący nie wykazał ich sprzeczności z którymkolwiek z przepisów Pzp.

W zakresie zarzutów przywołanych w punkcie 1), 2) i 3) uzasadnienia wyroku, a podniesionych w pkt 2.1, 2.2 i 2.3 petitum odwołania, dotyczących naruszenia art. 7 pkt 32) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp w zw. z art. 99 ust. 4 Pzp poprzez objęcie przedmiotem zamówienia także obowiązku nabycia usług HPC oraz chmurowych przez wykonawcę od Zamawiającego, naruszenia art. 433 pkt 2) Pzp poprzez przewidzenie w § 7 ust. 10 wzoru umowy kary umownej z tytułu nienabycia usług HPC oraz chmurowych przez wykonawcę od Zamawiającego oraz naruszenia art. 9 ust. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów („ustawa okik”) w związku z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy okik poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, że przeciwdziała ono ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji pomiędzy wykonawcami na etapie Postępowania w związku z ich uwzględnieniem przez Zamawiającego, postępowanie odwoławcze w tym zakresie zostało umorzone, bez merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) i pkt 2) lit. b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1) 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:** .....