

Warszawa, dn. 20.10.2017 r.

WYJAŚNIENIA TREŚCI SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA (SIWZ)

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawa i konfiguracja infrastruktury hiperkonwergentnej, przełączników sieciowych zarządzalnych i oprogramowania wirtualizacyjnego dla Narodowego Centrum Badań i Rozwoju* (oznaczenie sprawy 31/17/PN).

Działając na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 późn. zm.) zwanej dalej *ustawą* Zamawiający - Narodowe Centrum Badań i Rozwoju informuje, że w dn. 11.10.2017 r. i 16.10.2017 r. wpłynęły do Zamawiającego pytania dotyczące treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Poniżej przedstawiamy jego treść wraz z wyjaśnieniem:

Pytanie 1:

W pkt. 5.2.2. SIWZ Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia jakim winien legitymować się Wykonawca chcący ubiegać się o udzielenie zamówienia w niniejszym postępowaniu w następujący sposób:

5.2.2. co najmniej dwie dostawy polegające na dostawie, instalacji i wdrożeniu przełączników sieciowych Ethernet 10Gb/s o wartości każdej z nich co najmniej 200 000,00 zł brutto.

Zdaniem Wykonawcy ww. warunek został sformułowany w sposób nieprawidłowy, a co za tym idzie winien zostać zmieniony.

Wątpliwości budzić nie może, że zamawiający jako gospodarz postępowania formułuje warunki udziału w postępowaniu celem weryfikacji zdolności wykonawców do realizacji przedmiotu zamówienia, jednakże nie powinien robić tego bezkrytycznie bez uprzedniej analizy możliwości wykonawców, a także celu jaki zamawiający chce osiągnąć formułując dany warunek.

W tym miejscu podnieść należy, że warunek udziału w postępowaniu winien być związany z przedmiotem zamówienia, ale nie identyczny, gdyż może to prowadzić do nieuprawnionego wyłączenia niektórych wykonawców z udziału w postępowaniu pomimo, iż dają rękojmię jego należytego wykonania.

Zdolność zawodową wykonawców do realizacji zamówienia w zakresie posiadanego doświadczenia weryfikuje się poprzez badanie czy wykonawcy wykonali podobne zamówienia (funkcjonalnie, przedmiotowo oraz celowo), ale nie identyczne odpowiadające 1 do 1 parametrom sprzętu zamawianego w danym postępowaniu.

Wyobraźmy sobie stan faktyczny, w którym wykonawca legitymuje się szerokim spectrum doświadczenia w zakresie dostaw infrastruktury sieciowej np. wykonał 5 dostaw infrastruktury sieciowej o wartości 1 000 000,00 zł brutto każda. składającej się m in. z przełączników sieciowych, jednocześnie żaden z dostarczonych przełączników nie posiadał przepustowości 10Gb/s.

Czy powyższe oznacza, że Wykonawca nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia? Według Zamawiającego nie daje - wykonawca podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a jego ofertę należy uznać za odrzuconą.

Jednak w rzeczywistości sytuacja przedstawia się inaczej, albowiem dostawa przełączników o przepustowości 10Gb/s. nie różni się niczym od dostawy przełączników o innych przepustowościach, gdyż przy każdej takiej dostawie o jej skuteczności a co za tym idzie należywym wykonaniu zamówienia decydują następujące okoliczności:

- posiadanie odpowiedniego statusu partnerskiego u producenta urządzeń;
- zamówienie urządzeń u producenta w odpowiednim terminie;
- logistyka (dostarczenie przedmiotu zamówienia);
- koordynacja terminów;

Przy czym nie ma żadnego znaczenia o jakiej przepustowości jest zamawiane urządzenie.

Wypada również podnieść, iż technologia zmienia się bardzo dynamicznie, a ustawa Prawo zamówień publicznych pozwala legitymować się doświadczeniem z okresu 3 lat licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania i otwarcia ofert w danym postępowaniu.

Jeżeli zatem wykonawca w przeciągu ostatnich lat dostarczył przełączniki o innej przepustowości niż oczekiwana przez Zamawiającego to oznacza, że nie dostarczy przełączników o przepustowości 10Gb/s.?

W świetle przedstawionych powyżej argumentów oraz okoliczności które wpływają na skuteczność realizowanej dostawy z całą stanowczością można powiedzieć, że dostarczy, a zatem daje rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Mają na uwadze powyższe postawić należy tezę, że Zamawiający poprzez lekkomyślne działanie przejawiające się literalnym stosowaniem przepisów oraz zaniechaniem zbadania celu jakiemu dane przepisy służą, w sposób nieuprawniony ograniczył dostęp do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego wykonania, a tym samym naruszył art. 22 ust. 1, 1a, art. 22d w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy.

Wobec czego Wykonawca wzywa do zaprzestania naruszenia ww. przepisów poprzez zmianę treści SIWZ na podstawie art. 38 ust 4 ustawy zastępując obecnie brzmienie pkt. 5.2.2. SIWZ brzmieniem następującym:

„5.2.2. co najmniej dwie dostaw polegające na dostawie, instalacji i wdrożeniu przełączników sieciowych o wartości każdej z nich co najmniej 200 000,00 zł brutto.”

Odpowiedź:

Zamawiający nie przewiduje zmiany treści SIWZ w powyższym zakresie.

Pytanie nr 2:

W pkt. 17.4 SIWZ Zamawiający określił **Gwarantowany czas naprawy Sprzętu** (dalej „Kryterium SLA”) jako jedno z poza cenowych kryterium oceny ofert, z wagą 20% (20 pkt) w brzmieniu jak poniżej:

*Kryterium **Gwarantowany czas naprawy Sprzętu** (wskaźnik oznaczony jako „N”) – waga 20% (20% = 20 pkt).*

Wykonawca w ramach tego kryterium może otrzymać maksymalnie 20 punktów na podstawie informacji zawartej w formularzu oferty. Punkty zostaną przyznane w następujący sposób:

- gwarantowany czas naprawy w najbliższym dniu roboczym realizowanym w godzinach 8.00-16.00 licznym od daty zgłoszenia przez Zamawiającego (8x5xNBD) – 0 pkt,
- gwarantowany czas naprawy w terminie 4h liczony w godzinach 8.00-16.00 w dni robocze począwszy od daty zgłoszenia przez Zamawiającego (8x5x4) – 10 pkt,
- gwarantowany czas naprawy w terminie 4h godzin od wysłania zgłoszenia. Zamawiający ma prawo zgłaszać usterki przez całą dobę, 7 dni w tygodniu (24x7x4) – 20 pkt

W ocenie Wykonawcy tak sformułowany sposób oceny Kryterium SLA faworyzuje wybrane rozwiązania dostępne na rynku oraz zawęża krąg wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia poprzez uniemożliwienie im uzyskania dodatkowych punktów za oferowanie innych rozwiązań niż preferowane przez Zamawiającego, co narusza art. 7 ust.1 oraz art. 29 ust. 2 PZP.

Wskazując sztywny sposób oceny Kryterium SLA Zamawiający uniemożliwia skuteczne złożenie oferty opartej o inne rozwiązania spełniające wszystkie wymagania wskazane w SIWZ albowiem opisane Kryterium SLA oraz przyznana waga punktowa faworyzuje wyłącznie rozwiązania Fujitsu. Dla przykładu producent Lenovo gwarantuje czas naprawy w terminie 24h, natomiast czas reakcji oferuje na poziomie 4h.

Przyjęty sposób przyznawania punktów w Kryterium SLA wypacza zasadę uczciwej konkurencji zawartą w art. 7 ust. 1 PZP albowiem złożenie nawet bardzo korzystnej oferty cenowej opartej o rozwiązanie innego producenta przy jednoczesnym nie przyznaniu punktów w Kryterium SLA uniemożliwia uzyskanie zamówienia w niniejszym postępowaniu pomimo spełniania wszystkich wymagań w SIWZ.

Podkreślić w tym miejscu należy, że Zamawiający przyznaje punkty w Kryterium SLA tylko w następujących przypadkach, przy zaoferowaniu:

- gwarantowanego czasu naprawy w terminie 4h liczony w godzinach 8.00-16.00 w dni robocze począwszy od daty zgłoszenia przez Zamawiającego (8x5x4) – 10 pkt,
- gwarantowanego czasu naprawy w terminie 4h godzin od wysłania zgłoszenia. Zamawiający ma prawo zgłaszać usterki przez całą dobę, 7 dni w tygodniu (24x7x4) – 20 pkt

Czynnikiem determinującym przyznanie punktów w niniejszym kryterium jest gwarantowany czas naprawy w terminie 4h od momentu wysłania zgłoszenia i w zależności od trybu obsługi zgłoszeń (24x7 lub 8x5) przyznane zostaną punkty odpowiednio 10 pkt. lub 20 pkt.

W przypadku zaoferowania przez Wykonawcę gwarantowanego czasu naprawy na poziomie 6h w reżimie czy to zarówno **24x7** czy też w reżimie **8x5 w dni robocze** oferta w Kryterium SLA nie otrzyma punktów dodatkowych. W ocenie Wykonawcy tak skonstruowany przez Zamawiającego sposób oceny Kryterium SLA jest istotnie krzywdzący i dyskryminuje krąg wykonawców oferujących obsługę serwisu gwarancyjnego w innym czasie niż 4h.

Jednocześnie producenci inni niż Fujitsu oferują gwarantowany czas naprawy w terminie do 6h (wraz z możliwością stopniowania co 2h tj. 8h, 10h, 12h) od momentu wysłania zgłoszenia (zarówno przy trybie obsługi zgłoszeń 24x7 jak i 8x5 w dni robocze) jest równie korzystane dla Zamawiającego ale żaden z producentów takich rozwiązań nie otrzyma punktów w tym kryterium.

Wątpliwości budzić nie może, że zaoferowanie nawet bardzo korzystanego cenowo rozwiązania przy jednoczesnym obiektywnym braku możliwości uzyskania punktów w Kryterium SLA uniemożliwia złożenia oferty mającej szansę na uzyskania zamówienia w niniejszym postępowaniu a zatem wypacza zasadę uczciwej konkurencji wskazanej w art. 7 ust 1 PZP.

Celem jaki winien przyświecać Zamawiającemu jest wybór oferty spełniającej w najwyższym stopniu potrzeby Zamawiającego, a nie wybór rozwiązania konkretnego producenta motywowanego chęcią jego posiadania.

W związku z powyższym wnoszę o zmianę sposobu oceny Kryterium SLA w następujący sposób, tym samym umożliwić dostęp do zamówienia większemu kręgu podmiotów:

Wykonawca w ramach tego kryterium może otrzymać maksymalnie 20 punktów na podstawie informacji zawartej w formularzu oferty. Punkty zostaną przyznane w następujący sposób:

- 1) *gwarantowany czas naprawy w najbliższym dniu roboczym realizowanym w godzinach 8.00-16.00 liczonym od daty zgłoszenia przez Zamawiającego (8x5) – 0 pkt,*
- 2) *gwarantowany czas naprawy w terminie **powyżej 6h do 12h** w godzinach 8.00-16.00 w dni robocze począwszy od daty zgłoszenia przez Zamawiającego (8x5) - 5 pkt*
- 3) *gwarantowany czas naprawy w terminie **do 6h** liczony w godzinach 8.00-16.00 w dni robocze począwszy od daty zgłoszenia przez Zamawiającego (8x5) – 10 pkt,*
- 4) *gwarantowany czas naprawy w terminie **powyżej 6h do 12h**. Zamawiający ma prawo zgłaszać usterki przez całą dobę, 7 dni w tygodniu (24x7) – 15 pkt,*
- 5) *gwarantowany czas naprawy w terminie **do 6h** godzin od wysłania zgłoszenia. Zamawiający ma prawo zgłaszać usterki przez całą dobę, 7 dni w tygodniu (24x7) – 20 pkt*

Odpowiedź:

Gwarantowany czas naprawy nie jest związany z gwarancją producenta, a co za tym idzie z żadnym z producentów. Jest to poziom SLA wymagany przez Zamawiającego od Wykonawcy, nie od producenta oferowanego rozwiązania.

Ponadto, Zamawiający informuje, że zgodnie z jego wiedzą na rynku funkcjonują co najmniej trzy rozwiązania spełniające wymagania Zamawiającego w zakresie gwarantowanego czasu naprawy, za który Zamawiający będzie przyznawał punkty w ramach kryterium oceny ofert. W związku z powyższym, twierdzenie jakoby Zamawiający faworyzował jedno rozwiązanie jest twierdzeniem nieprawdziwym.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający nie przewiduje zmiany treści SIWZ w powyższym zakresie.

Pytanie nr 3:

Zamawiający w § 6 ust. 1.2 w Załącznika nr 10 do SIWZ Istotne postanowienia umowy zawarł zapisy określające wysokość kar umownych z tytułu niedotrzymania terminów czasu naprawy zgłoszeń realizowanych w ramach serwisu gwarancyjnego, tj. w brzmieniu jak poniżej:

*z tytułu niezachowania terminu określonego w §5 ust. 4 Umowy, Zamawiający może żądać od Wykonawcy zapłaty kary umownej w wysokości **1 % łącznego wynagrodzenia brutto** określonego*

w § 4 ust. 1 Umowy, w zależności od zadeklarowanego przez Wykonawcę w Ofercie gwarantowanego czasu naprawy:

- w przypadku gwarantowanego czasu naprawy realizowanego w trybie 8 godzin dziennie, przez 5 dni w tygodniu, następnego dnia roboczego (8x5xNBD) - za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia;
- w przypadku gwarancji realizowanej przez 8 godzin dziennie, 5 dni w tygodniu, w 4 godziny od daty zgłoszenia (8x5x4) lub za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia w przypadku gwarancji realizowanej przez 24 godziny dziennie, 7 dni w tygodniu, w 4 godziny od daty zgłoszenia (24x7x4) - za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia.

W ocenie Wykonawcy powyższe kary są rażąco wygórowane oraz nie adekwatne do wysokości potencjalnie możliwej do poniesienia szkody oraz rangi możliwych uchybień tj. 1% wynagrodzenia brutto za 1 dzień opóźnienia lub 1h godzinę opóźnienia. Tym samym wątpliwość budzi fakt iż identyczny współczynnik naliczania kar (1%) dotyczy wykonawców oferujących gwarantowany termin naprawy na poziomie NBD (wówczas liczone jest za każdy kolejny dzień) co wykonawców który zaoferowali gwarantowany czas naprawy liczony w godzinach.

O ile bowiem z trudem można uzasadnić zastrzeżenie wysokiej kary umownej za niedotrzymanie terminu realizacji przedmiotu umowy - czego konsekwencje finansowe może w określonych sytuacjach ponieść Zamawiający - o tyle zastrzeżenie kary za opóźnienia terminu naprawy choćby drobnej usterki przedmiotu zamówienia, umożliwiającej swobodne funkcjonowanie instytucji Zamawiającego, jest wysoce niewspółmierne do zawinienia i nieposiadające uzasadnienia.

Stosownie do treści wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 14.12.2005 r. (I Aca 1114/2005), miernikiem, który pozwala ocenić czy kara umowna jest rażąco wygórowana może być rozmiar szkody doznanej przez wierzyciela. Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, iż przyjęty przez Zamawiającego sposób naliczania kary umownej w praktyce może doprowadzić do naliczenia niewspółmiernie wysokich i nieadekwatnych do poniesionych szkód kar umownych. W doktrynie podkreśla się, że umowa jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego jeśli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami oraz wykracza poza przyjętą w obrocie uczciwość kupiecką. W przedmiotowej sprawie wysokość zastrzeżonej kary umownej w sposób zdecydowany wykracza poza przyjęte w obrocie obyczaje kupieckie.

Niezależnie od powyższego, określenie rażąco wysokiej kary umownej jest sprzeczne z treścią art. 484 §1 KC, który określa karę umowną jako surogat odszkodowania. W sytuacji zastrzeżenia kary umownej przekraczającej wielokrotnie wartość szkody, kara umowna traci swój z natury dyscyplinujący charakter, a zyskuje przymiot niczym nieuzasadnionego zysku wierzyciela, a więc bezpodstawnego wzbogacenia się Zamawiającego.

Ponadto, ukształtowanie wzoru umowy ze zbyt surowymi sankcjami doprowadzi do zwiększenia ceny ofertowej - gdyż każdy rzetelny Wykonawca funkcjonujący na rynku będzie zmuszony do w kalkulowania ryzyka związanych z karami w cenę swojej oferty.

W związku z powyższym wnosimy o wprowadzenie zmian w wysokości kar umownych za niedotrzymanie gwarantowanych terminów naprawy jak poniżej:

- 1) *obniżenie wysokości kar umownych za zwłokę w oddaniu przedmiotu umowy o jakich mowa w § 6 ust. 1.2 umowy do wartości powszechnie stosowanych w podobnych zamówieniach, tj. do wysokości 0,1% netto za każdą godzinę zwłoki? (W przypadku zaoferowania terminu czasu naprawy w dniach);*
- 2) *obniżenie wysokości kar umownych za zwłokę w oddaniu przedmiotu umowy o jakich mowa w § 6 ust. 1.2 umowy do wartości powszechnie stosowanych w podobnych zamówieniach, tj. do wysokości 0,01% netto za każdą godzinę zwłoki? (w przypadku zaoferowania terminu czasu naprawy w godzinach);*

Odpowiedź:

Zamawiający dokona stosownej zmiany treści SIWZ.

Pytanie nr 4:

SIWZ, Specyfikacja techniczna przełącznika sieciowego.

Zamawiający specyfikuje konieczność wsparcia w przełączniku sieciowym funkcjonalności „Port-Based Authentication – 802.1x”.

Pozostałe wymagania SIWZ (zwłaszcza ilość, przepływność portów komunikacyjnych oraz wydajność przełączania) wskazują na konieczność dostarczenia urządzenia przewidzianego do agregacji ruchu lub zastosowań charakterystycznych dla DataCenter. Protokół 802.1x natomiast ma swoje zastosowanie w segmencie dostępowym (na przełącznikach dostępowych) do których podłączane są bezpośrednio urządzenia końcowe (komputery, urządzenia peryferyjne IP itp.).

W związku z powyższym zwracamy się z pytaniem czy Zamawiający w obliczu powyższej argumentacji zrezygnuje z wymagania:

„Port-Based Authentication – 802.1x”

jako niewykorzystywanego w środowisku DataCenter?

Odpowiedź:

Zamawiający dokona stosownej zmiany treści SIWZ.

ZATWIERDZAM

Dyrektor
Działu Systemów Informatycznych

Piotr Zerhau