

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 2 grudnia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 2 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2019 r. przez wykonawcę Towarzystwo Handlowe ALPLAST sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Niekaninie w postępowaniu prowadzonym przez Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk Poznańskie Centrum Superkomputerowo – Sieciowe z siedzibą w Poznaniu

przy udziale

A. wykonawcy Integrale IT sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2329/19 po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy Immitis sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2329/19 po stronie zamawiającego,

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Towarzystwa Handlowego ALPLAST sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Niekaninie kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90 % uiszczanego wpisu,
3. zasądza od wykonawcy Towarzystwa Handlowego ALPLAST sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Niekaninie na rzecz Instytutu Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk Poznańskie Centrum Superkomputerowo – Sieciowe z siedzibą w Poznaniu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

**Przewodniczący.....**

## Uzasadnienie

Zamawiający: Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk Poznańskie Centrum Superkomputerowo- Sieciowe, ul. Noskowskiego 12/14, 61-704 Poznań wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Sukcesywna dostawa do ośrodków komputerów dużej mocy i jednostek miejskich sieci komputerowych systemu obliczeniowego i systemu składowania danych wraz z instalacją i integracją”, PN 15/10/2019 - klaster obliczeniowy i danych II.

Ogłoszenie o zamówieniu publicznym zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 października 2019 r. pod numerem 2019/S 196-475564, w tej samej dacie opublikowana została Specyfikacja Istotnych warunków Zamówienia, zwana dalej SIWZ.

Odpowiedzi na pytania Wykonawców, w tym ostatnia zmiana treści SIWZ zostały przekazane Wykonawcom w dniu 5 października 2019r.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami SIWZ Odwołujący: Towarzystwo Handlowe ALPLAST Sp. z o.o. Sp. k., ul. Śliwkowa 1, 78-100 Niekanin w dniu 15 listopada 2019 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

1. zaniechania Zamawiającego - nieprzedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach wobec wprowadzenia zmian w treści SIWZ;

2. treści SIWZ w brzmieniu zmodyfikowanym na skutek odpowiedzi na pytania Wykonawców udzielonych dnia 05.11.2019r. oraz czynności Zamawiającego - odpowiedzi na pytania wykonawców oraz zmiany treści SIWZ z dnia 05.11.2019r., w zakresie następujących postanowień SIWZ:

1) części I SIWZ Część opisowa, pkt. 16 Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, ppkt. 16.1. Kryteria Oceny ofert i ich znaczenie, Tabela 1 Lista Kryteriów Technicznych, L.p. KT(1) w zw. z L.p. KT(7) i odpowiedzią na pytanie nr 38 z dnia 05.11.2019r.;

2) części I SIWZ formularz oferty, Zadanie nr 1, tabela Klaster obliczeniowy w zakresie, w jakim nie przewiduje rozbieżności cen oferowanych urządzeń z podziałem na poszczególne lokalizacje Zamawiającego, oraz tabeli na str. 28 SIWZ dotyczącej proporcji wielkości zamówionego systemu w poszczególnych ośrodkach, w zw. z odpowiedzią na pytania 8 i 9 z dnia 05.11.2019r.;

3) części II SIWZ formularz oferty', Zadanie nr 2, tabela serwery dyskowe, pkt. 5.1. i 5.2. Serwery dyskowe Ceph, w związku z odpowiedzią na pytanie 41 z dnia 05.11.2019r. oraz pkt. 1.2.4 części IV SIWZ w zakresie łącznej minimalnej sumarycznej pojemności katalogowej dysków HDD;

4) części III SIWZ- wzór umowy - w zakresie postanowień dotyczących kar umownych (§ 5 Wzoru Umowy) w związku z odpowiedziami na pytania 29 i 31-34 z dnia 05.11.2019r. oraz definicji (względnie braku jasnej definicji) elementu krytycznego, o którym mowa w § 5 ust. 1 lit. d) wzoru Umowy, w zw. z odpowiedzią na pytanie nr 30 z dnia 05.11.2019r.;

5) części IV SIWZ - Specyfikacja przedmiotu zamówienia- w zakresie, w jakim dla opisu poszczególnych rozwiązań i wymogów poprzez odniesienie do produktu (karty ConnectX5) lub konkretnego rozwiązania technicznego (sieć Infiniband EDR) jednego producenta (MELLANOX Technologies), w szczególności (acz nie wyłącznie) w zakresie:

a) działu 3. określenie przedmiotu zamówienia, rozdział 3.1. zadanie 1-klastery HPC/CLOUD, podrozdział 3.1.1. opis klastra obliczeniowego:

- pkt. 3.1.1.2. Serwery usługowe dla klastra obliczeniowego, ppkt. 4 interfejsy sieciowe;

- pkt. 3.1.1.3. serwery obliczeniowe, ppkt. 4 interfejsy sieciowe;

pkt. 3.1.1.4. serwery obliczeniowe wyposażone w akceleratory GPU, ppkt. 12) interfejsy sieciowe;

b) załącznika nr 1 do części IV SIWZ- opis koncepcyjny architektury infrastruktury PRACE- LAB, w części dotyczącej architektury klastra HPC w ośrodkach KDM, serwerów HPC, serwerów usługowych dla storage, architektury systemów przechowywania danych (ośrodki KDM) / serwerów dyskowych w ośrodkach KDM

w związku z odpowiedzią na pytanie 17 z dnia 05.11.2019r.

3. część IV SIWZ - Specyfikacja przedmiotu zamówienia, działu 3. określenie przedmiotu zamówienia, rozdziału 3.4. zakres prac wdrożeniowych, pkt. 9 weryfikacja parametrów podanych w przetargu, w zw. z odpowiedzią na pytanie 50 z dnia 05.11.2019;

4. części IV SIWZ - Specyfikacja przedmiotu zamówienia, w zakresie wymagań dla serwerów storage: FAT, Ceph oraz SSD/NVMe w zw. z odpowiedzią na pyt. 60 z dnia 05.11.2019r., w zakresie, w jakim Zamawiający dopuszcza rozwiązanie oparte o serwery 1-procesorowe (jeden procesor) bez jednoczesnego określenia procedury weryfikacji spełnienia przez takie rozwiązanie warunku zmniejszenia mocy o 100W per serwer.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1) naruszenie przepisów art. 29 ust. 1- 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia z

naruszeniem zasady proporcjonalności, przejrzystości i w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję, polegający na:

a) skonstruowanie formularza oferty w sposób nieprzejrzysty, niejednoznaczny i niekonkurencyjny, uniemożliwiający złożenie należytej zróżnicowanej oferty pomimo znacząco zróżnicowanego i złożonego przedmiotu zamówienia, a tym samym skonstruowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprzejrzysty i ograniczenie uczciwej konkurencji;

b) określeniu przedmiotu zamówienia poprzez odniesienie do produktu (karty ConnectX5) lub konkretnego rozwiązania technicznego (sieć) jednego producenta (MELLANOX Technologies), bez określenia kryteriów równoważności, co bez uzasadnienia potrzebami Zamawiającego i z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji faworyzuje jednego dostawcę tej technologii i Wykonawców ją oferujących, sztucznie ograniczając konkurencję;

c) zastrzeżeniu, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji i zasad współzycia społecznego, rażąco wygórowanych kar umownych, jak również nieokreślenie górnej granicy ich łącznej wysokości;

d) wprowadzeniu do postanowień wzoru umowy o karach umownych niejasnego i niesprecyzowanego pojęcia elementu krytycznego, a następnie określenie w odpowiedzi na pytania Wykonawców jego definicji w sposób nieczytelny i niemożliwy do jednoznacznego odczytania, a tym samym określenie podstaw naliczenia kar umownych z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, w sposób nieprzejrzysty, niejednoznaczny i umożliwiający Zamawiającemu ich arbitralne nałożenie na Wykonawcę bez spełnienia obiektywnie sprawdzalnych przesłanek;

e) wprowadzenie wzajemnie sprzecznych i niespójnych postanowień SIWZ, poprzez z jednej strony- dopuszczenie (w odpowiedzi na pytanie 38 z dnia 05.11.2019) rozbudowy (rozszerzenia) pamięci RAM przy spadku wydajności procesora, przy jednoczesnym przewidzeniu w formularzu ofertowym dopłaty w przypadku podwojenia pamięci operacyjnej w klastrze obliczeniowym zapewniającym moc obliczeniową 30 TFLOPS dla CPU (Zamawiający nie jest zobligowany do skorzystania z możliwości zwiększenia pamięci operacyjnej a z drugiej - nieokreślenie dla takiego przypadku dodatkowych warunków minimalnych dla całego projektowanego rozwiązania technicznego, w tym nieuchyleniu wymogu spełnienia kryterium wydajnościowego 60% wydajności teoretycznej na testach akceptacyjnych, jak również zapisu części IV pkt 3.1.1.3 ppkt 2.5 SIWZ zgodnie z którym Wszystkie zainstalowane moduły pamięci muszą pracować z najwyższą wspieraną przez procesor częstotliwością, nie mniejszą niż 2666 MHz;

f) przewidzenia wewnątrz sprzecznych wymogu w zakresie minimalnej łącznej pojemności kompletu serwerów dyskowych;

g) wyłączenie w odpowiedziach na pytania wykonawców możliwości użycia w próbcie oraz w zapotrzebowaniu elementów klastra, które nie są produktem końcowym uznanym

przez producenta, bez jednoczesnego wprowadzenia jakiegokolwiek metody weryfikacji zachowania tego wymogu, a tym samym wprowadzenie ograniczenia niepoddającego się weryfikacji i w takim kształcie- zbędnego i sztucznie ograniczającego konkurencję;

h) dopuszczenie rozwiązania równoważnego w stosunku do wynikającego z treści SIWZ, opartego o serwery 1- procesorowe, pod określonymi warunkami i ograniczeniami, bez określenia procedury oceny spełniania tych warunków, a tym samym- naruszenie reguł uczciwej konkurencji poprzez faworyzowanie w/w, tańszego rozwiązania alternatywnego bez możliwości weryfikacji spełniania warunku ograniczającego;

2) naruszenie przepisu art. 38 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na nieprzedłużeniu przez Zamawiającego terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach wobec wprowadzenia zmian w treści SIWZ, a tym samym prowadzenie postępowania bez zapewnienia zachowania zasad uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym wnosił o:

1. rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego Odwołania w całości;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania w całości - na okoliczności wskazane w odwołaniu;
3. nakazanie Zamawiającemu przedłużenia terminu składania ofert o dalsze 14 dni, tj. nie wcześniej niż do dnia 3 grudnia 2019r.;
4. nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych postanowień SIWZ w następujący sposób:

1) zmianę formularza oferty w części dla Zadania nr 1 w sposób umożliwiający zaferowanie cen za poszczególne urządzenia z podziałem na poszczególne lokalizacje, w których realizowane będzie zamówienie;

2) zmianę tabeli na str. 28 SIWZ, stanowiącej część formularza oferty w części dla Zadania nr 1, w sposób sugerowany w pytaniu nr 8 z dnia 05.11.2019r.;

3) zmianę część IV SIWZ - Specyfikacja w zakresie, w jakim odwołuje się ona do produktu (karty ConnectX5 lub nie gorszej) i rozwiązania technicznego (sieć Infiniband EDR) poprzez usunięcie odwołania do rozwiązań technicznych konkretnego producenta i zastąpienie ich technicznymi odniesieniami nefaworyzującymi konkretnego producenta, względnie- poprzez określenie każdorazowo kryteriów równoważności rozwiązań innych producentów;

4) zmianę postanowień części III SIWZ- Wzór umowy, § 5, poprzez:

a) obniżenie wysokości kar umownych w sposób wskazany w pytaniach nr 29 i 31 -34 z dnia 05.11.2019r.;

b) doprecyzowanie, od jakiej wartości będą naliczane poszczególne kary umowne naliczane procentowo, poprzez odniesienie do konkretnych wartości kwotowych;

c) postanowień § 5 wzoru obniżenie kar umownych przewidzianych w części III SIWZ- Wzór umowy, § 5, w sposób wskazany w pytaniach nr 29 i 31 -34 z dnia 05.11.2019r.;

d) ograniczenie łącznej wysokości kar umownych z jednego tytułu - do 20%, a ze wszystkich tytułów - do 30% łącznej wartości wynagrodzenia Wykonawcy;

5) zmianę postanowień części I SIWZ Część opisowa oraz części IV SIWZ Specyfikacja przedmiotu zamówienia, poprzez odrębne określenie minimalnych wymagań wydajnościowych (w tym częstotliwości pracy modułów pamięci), względnie- poziomu dopuszczalnego spadku wydajności i sposobu jego weryfikacji, dla oferowanego rozwiązania z rozszerzeniem wielkości pamięci RAM, dla którego Zamawiający dopuścił spadek wydajności systemu;

6) zmianę postanowień SIWZ w zakresie wymagań dla serwerów dyskowych Ceph, poprzez jednoznaczne i jednolite w całej SIWZ określenie minimalnej łącznej ilości dysków w komplecie na 986 TB i adekwatną zmianę pozostałych, odnośnych postanowień SIWZ;

7) zmianę części IV SIWZ - Specyfikacja przedmiotu zamówienia, działu 3. określenie przedmiotu zamówienia, rozdział 3.4. zakres prac wdrożeniowych, pkt. 9 weryfikacja parametrów podanych w przetargu, w zakresie zmodyfikowanym odpowiedzią na pytanie 50 z dnia 05.11.2019, poprzez określenie, iż weryfikacja, czy w próbce oraz zapotrzebowaniu nie użyto elementów klastra, które nie są produktem końcowym uznanym przez Producenta, nastąpi na podstawie oświadczenia Wykonawcy lub Producenta, dotyczącego zgodności próbki testowej z produktem końcowym (oferowanym), które należy przedłożyć wraz z próbką;

8) zmianę postanowień części IV SIWZ - Specyfikacja przedmiotu zamówienia, w zakresie wymagań dla serwerów storage: FAT, Ceph oraz SSD/NVMe, zmodyfikowanej na skutek odpowiedzi na pyt. 60 z dnia 05.11.2019r., poprzez niedopuszczenie rozwiązania opartego o 1 procesor względnie- poprzez określenie procedury weryfikacji spełnienia przez takie rozwiązanie równoważne, oparte o 1 procesor warunku zmniejszenia mocy o 100W per serwer;

5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

W dniu 21 listopada 2019r. zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o po stronie zamawiającego następujący wykonawcy: Integrale IT sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz Immitis sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy.

**W tym stanie rzeczy Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

W dniu 30 listopada 2019r. (sobota), przed wyznaczoną rozprawą, do siedziby Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Odwołującego w drodze elektronicznej z tej samej daty o cofnięciu odwołania.

Na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 2 grudnia 2019 r. pełnomocnik Zamawiającego przedłożył fakturę VAT i wnosił o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 187 ust.8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych(t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 wraz ze zm.), postanowiła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie umorzyć.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zd.2 ustawy Pzp Izba postanowiła zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty uiszczonego wpisu.

Jednocześnie, stosownie do § 3 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 wraz ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej „kosztami”, zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3600 zł.

Nadto, zgodnie z § 5 ust.1 pkt 3 lit b cyt. wyżej rozporządzenia w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli odwołujący cofnął odwołanie, Izba zasądza koszty, o których mowa w § 3 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego lub wnoszącego sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało cofnięte na mniej niż 1 dzień przed dniem, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron oraz uczestników postępowania, albo po otwarciu rozprawy.

W przedmiotowej sprawie oświadczenie o cofnięciu zostało przekazane do Krajowej Izby Odwoławczej w sobotę w dniu 30 listopada 2019 r., natomiast wyznaczone posiedzenie i rozprawa z udziałem stron i uczestników była na dzień 2 listopada 2019 r.(poniedziałek).



Izba przy liczeniu powyższego 1 dniowego terminu wzięła pod uwagę dyrektywę z przepisu art.115 kodeksu cywilnego, w myśl której, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy lub na sobotę, termin upływa następnego dnia, który nie jest dniem wolnym od pracy ani sobotą.

W przedmiotowej sprawie koniec terminu do złożenia przez Odwołującego oświadczenia o cofnięciu odwołania ze skutkiem w postaci braku możliwości obciążenia kosztami wynagrodzenia upływał w dniu 29 listopada 2019 r.(piątek).

Przy czym – w przekonaniu Izby dzień 30 listopada 2019 r.(sobota), a także dzień 31 listopada 2019 r.(dzień ustawowo wolny od pracy) nie powinny być brane pod uwagę przy liczeniu tego jedno dniowego terminu przy cofnięciu odwołania, mającego wpływ na ocenę zasadności przyznanego wynagrodzenia pełnomocnika.

Według zapatrywania Izby – jeżeli Odwołujący cofnął odwołanie w sobotę(podobnie, gdyby uczynił to w niedzielę – w dniu ustawowo wolnym od pracy), to czynność dokonaną w tym terminie należało uznać, jakby była dokonana w dniu następującym po tych terminach, a zatem w dniu 2 grudnia 2019 r. w poniedziałek, a zatem poza granicami okresu ochronnego, o którym mowa w § 5 ust.1 pkt 3 lit b powołanego wyżej rozporządzenia.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust.1 pkt. 3 lit. a i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 wraz ze zm.).

**Przewodniczący.....**