

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 18.11. 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 18 listopada 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2024 r. przez Odwołującego: **Data Experts Sp. z o.o. z/s w Warszawie** (ul. Chłodna 51, 00867 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Narodowe Centrum Badań Jądrowych Ośrodek Radioizotopów POLATOM z/s w Otwocku** (ul. Andrzej Sołtana 7, 05400 Otwock)

przy udziale Uczestników po stronie Zamawiającego:

A. **WASKO S.A z/s w Gliwicach** (ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice);

B. **Infomex Sp. z o.o. z/s w Żywcu** (ul. Wesola 19B, 34300 Żywiec);

,

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz

Odwołującego: **Data Experts Sp. z o.o. z/s w Warszawie** (ul. Chłodna 51, 00867 Warszawa) kwotę **13.500 zł 00 gr** (słownie: trzystaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą 90 % kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

.....

Sygn. akt: KIO 4007/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2024 r. przez wykonawcę: **Data Experts Sp. z o.o. z/s w Warszawie** (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: **Narodowe Centrum Badań Jądrowych Ośrodek Radioizotopów POLATOM z/s w Otwocku**. Przedmiotem zamówienia publicznego jest: „Rozbudowa infrastruktury serwerowej i sieciowej OR POLATOM w podziale na części” – znak postępowania: 19/P/2024 (dalej „postępowanie”). Przedmiotowe odwołania dotyczą części III zamówienia. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16/07/2024 r., numer ogłoszenia: Dz.U. S: 137/2024 425599-2024.

Wykonawca **Data** (Odwołujący **Data**) podał (...) wnosząc odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego – (...) polegających na:

[Zaskarżone czynności i zaniechania zamawiającego]

1. bezpodstawnym zaniechaniu odrzucenia oferty **WASKO s.a.** z siedzibą w Gliwicach („**WASKO**”), mimo jej niezgodności z warunkami zamówienia z uwagi na: niedopuszczalne zaoferowanie macierzy obsługującej dyski talerzowe (HDD) (OPZ, pkt 3.2, ppkt Funkcje), co wynika ze specyfikacji technicznej macierzy model: VSP E1090 Hitachi,

2. błędnym zaniechaniu odrzucenia oferty **Infomex sp. z o.o.** z siedzibą w Żywcu („**Infomex**”), z uwagi na jej sprzeczność z warunkami zamówienia w zakresie: kontrolerów, które nie zostały uwzględnione w ofercie (OPZ, pkt 3.2, ppkt Kontrolery), oraz możliwości rozbudowy urządzenia w sytuacji, gdy zaoferowany sprzęt może obsłużyć maksymalnie 48 dysków, z wymaganych 72 dysków (OPZ, pkt 3.2., ppkt Rozbudowa), co wynika ze specyfikacji technicznej modelu: Alletra 900 4-way, symbol: R0N93A HPE, ewentualnie, z ostrożności procesowej:

3. niezasadnym zaniechaniem wyjaśnienia treści oferty z **WASKO** w zakresie obsługi przez zaoferowaną macierz niedopuszczalnych dysków talerzowych (HDD) (OPZ, pkt 3.2, ppkt Funkcje), co wynika ze specyfikacji technicznej macierzy model: VSP E1090 Hitachi,

4. bezpodstawnym zaniechaniem wyjaśnienia treści oferty **Infomex** w zakresie braku zaoferowania 2 sztuk kontrolerów wymaganych przez Zamawiającego (OPZ, pkt 3.2, ppkt Kontrolery), oraz braku możliwości rozbudowy rozwiązania do 72

dysków (OPZ, pkt 3.2., ppkt Rozbudowa), co wynika ze specyfikacji technicznej modelu: Alletra 900 4-way, symbol: R0N93A HPE, a w konsekwencji zaniechania powyższych czynności:

5.dokonaniu wadliwego wyboru oferty WASKO jako najkorzystniejszej, podczas gdy jest ona niezgodna z warunkami zamówienia i podlega odrzuceniu, w efekcie to oferta Data Experts winna być uznana za najkorzystniejszą w części 3 Postępowania z ofert niepodlegających odrzuceniu,

6.prowadzeniu Postępowania w sposób nieprzejrzysty, nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez akceptację ofert niezgodnych z wymogami, a także odmienną ocenę ofert wykonawców opartych o to samo niedopuszczalne rozwiązanie - macierze obsługujące dyski talerzowe (HDD), a w konsekwencji odrzucenie oferty K3 Systems sp. z o.o. („K3”) przy jednoczesnym uznaniu za zgodną z warunkami zamówienia ofertę WASKO.

[Zarzuty odwołania]

Zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty WASKO niezgodnej z warunkami zamówienia (OPZ, pkt 3.2, ppkt Funkcje) z uwagi na niedopuszczalne zaoferowanie macierzy obsługującej dyski talerzowe (HDD), zamiast obsługi jedynie dysków SSD lub modułów flash wymaganych przez Zamawiającego, co wynika ze specyfikacji technicznej macierzy model: VSP E1090 Hitachi.

2.art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Infomex niezgodnej z warunkami zamówienia:

a.(OPZ, pkt 3.2, ppkt Kontrolery), z uwagi na nieuwzględnienie w ofercie wymaganych przez Zamawiającego 2 sztuk kontrolerów, co wynika ze specyfikacji technicznej modelu: Alletra 900

4-way, symbol: R0N93A HPE,

b.(OPZ, pkt 3.2., ppkt Rozbudowa), ze względu na możliwości rozbudowy urządzenia do 72 dysków, w sytuacji, gdy zaoferowane rozwiązanie może obsłużyć maksymalnie 48 dysków, co wynika ze specyfikacji technicznej modelu: Alletra 900 4-way, symbol: R0N93A HPE.

ewentualnie, z ostrożności procesowej:

3.art. 223 ust. 1 pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia z WASKO treści oferty w zakresie obsługi przez zaoferowaną macierz niedopuszczalnych dysków talerzowych (HDD), co wynika ze specyfikacji technicznej macierzy model: VSP E1090 Hitachi i jest sprzeczne z wymogiem OPZ, pkt 3.2, ppkt Funkcje i Rozbudowa,

4.art. 223 ust. 1 pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia z Infomex treści oferty w zakresie braku zaoferowana 2 sztuk kontrolerów wymaganych przez Zamawiającego (OPZ, pkt 3.2, ppkt Kontrolery), oraz braku możliwości rozbudowy urządzenia do 72 dysków (OPZ, pkt 3.2., Rozbudowa), co wynika ze specyfikacji technicznej modelu: Alletra 900 4-way, symbol: R0N93A HPE.

w konsekwencji powyższych zarzutów odwołania jako zarzut skutkowy również:

5.art. 239 ust. 1 pzp w zw. z art. 16 ust 1 i 2 pzp poprzez:

a.dokonanie wadliwego wyboru oferty WASKO jako najkorzystniejszej, podczas gdy to oferta Data Experts jest zgodna z warunkami zamówienia oraz w przeciwieństwie do oferty WASKO i oferty Infomex nie podlega odrzuceniu, a co za tym idzie zawiera najniższą cenę w części 3 Postępowania, stąd też zgodnie z kryterium oceny ofert (100% cena), winna zostać uznana za najkorzystniejszą,

b.przeprowadzenie Postępowania w sposób nieprzejrzysty, nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, poprzez akceptację ofert niezgodnych z wymogami, a także odmienną ocenę ofert wykonawców opartych o to samo niedopuszczalne rozwiązanie – sprzęt obsługujący dyski talerzowe (HDD), a w konsekwencji odrzucenie oferty K3 Systems sp. z o.o. („K3”) przy jednoczesnym uznaniu za zgodną z warunkami zamówienia ofertę WASKO, co budzi wątpliwości co do bezstronności Zamawiającego.

[Żądanie odwołania]

Wskazując na powyższe zarzuty wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej w części 3 Postępowania;

2.odrzucenie oferty WASKO oraz Infomex z Postępowania, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny oferty już bez oceny oferty WASKO oraz Infomex;

3.ewentualnie, powtórzenie czynności badania i oceny oferty, a w ramach tego wezwanie wykonawcy WASKO oraz wykonawcy Infomex do wyjaśnienia treści złożonej oferty;

(...)

[Interes we wniesieniu odwołania]

Data Experts jest wykonawcą, który złożył ofertę spełniającą warunki zamówienia w części 3 Postępowania i zgodnie z kryterium oceny (100% cena), oferta ta winna zostać uznana za najkorzystniejszą, z ofert niepodlegających odrzuceniu.

Data Experts posiada zatem interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczne z ustawą pzp działania i zaniechania Zamawiającego wskazane w petitum odwołania, doprowadziły do zaniechania odrzucenia oferty WASKO oraz oferty

Infomex, które są niezgodne z wymogami OPZ. Gdyby Zamawiający przeprowadził prawidłowo Postępowanie, oferta Data Experts zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą, a Odwołujący pozyskałby zamówienie. Zatem naruszenie przez Zamawiającego ustawy powoduje, że Data Experts może ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści – zysku wkalkulowanego w cenę oferty, jaki osiągnąłby w przypadku pozyskania przedmiotowego zamówienia, co wprost wyczerpuje przesłanki z art. 505 ust. 1 pzp.

(...)

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z 13/11/2024) w szczególności podał: (...) nie uwzględniam zarzutów w nim zawartych i wnoszę o:

1) oddalenie odwołania w całości;

2) zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania w całości.

II. W zakresie postępowania dowodowego wnoszę o przeprowadzenie następujących dowodów z dokumentów:

1) katalogu produktowego „Hitachi Virtual Storage Platform E Series Family Matrix” – dostępnego na stronie producenta – na wykazanie, iż model macierzy oferowanej przez WASKO o numerze E1090 nie obsługuje dysków HDD;

2) katalogu produktowego HPE Alletra Storage 9000 – dostępnego na stronie producenta – na wykazanie, iż produkt oferowany przez Infomex spełniał wymagania Zamawiającego (...)

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosili wykonawcy: (1) WASKO S.A. z/s w Gliwicach oraz (2) Infomex Sp. z o.o. z/s w Żywcu wnosząc także – jak Zamawiający – o oddalenie odwołania w zakresie wskazanym w przystąpieniach.

Odwołujący w piśmie z dnia 18 listopada 2024 r. oświadczył: (...) Działając w imieniu Data Experts Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („Data Experts”), na podstawie art. 520 ustawy z dnia 11 września 2019 roku prawo zamówień publicznych cofam odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt: KIO 4007/24) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „rozbudowę infrastruktury serwerowej i sieciowej OR POLATOM w podziale na części”, znak sprawy: 19/P/2024, część 3 - rozbudowa macierzy SAN i przestrzeni dyskowej, prowadzonym przez Narodowe Centrum Badań Jądrowych Ośrodek Radioizotopów POLATOM z siedzibą w Warszawie. W związku z powyższym wnoszę o zwrot 90% wpisu od odwołania na rachunek bankowy prowadzony w mBanku pod numerem (...).

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie podlega umorzeniu na podstawie art. 520 ust.1 ustawy Pzp w związku z oświadczeniem złożonym przez wnoszącego odwołanie wykonawcę o cofnięciu odwołania.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp: „*Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*”.

W niniejszej sprawie ma zastosowanie wskazany przepis, albowiem Odwołujący w piśmie z dnia 18/11/2024 r. - przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy na dzień 19 listopada 2024 r. - jednoznacznie oświadczył, że cofa odwołanie wniesione w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba dodatkowo zauważa, że w myśl art. 520 ust. 2 Pzp: „*2. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby*”. Odwołujący – jak podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie Prawa zamówień publicznych - jest dysponentem wniesionego przez siebie odwołania, co przejawia się również w uprawnieniu do jego wycofania. Krajowa Izba Odwoławcza nie bada i nie ocenia przyczyn cofnięcia odwołania. Bada wyłącznie formalną skuteczność złożenia oświadczenia o jego cofnięciu. Skuteczne cofnięcie odwołania jest wiążące dla Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto cofnięcie odwołania nie wymaga zgody pozostałych stron i uczestników postępowania.

Tym samym Izba na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 520 ust.1 powołanej ustawy postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) i uwzględniając wskazane przepisy, nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczonego od odwołania w wysokości 15.000 zł.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....