

WYROK
z dnia 1 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 listopada 2014 r. przez **Odwołującego – Re-Bau Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 19, 30-150 Kraków**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Krakowski Park Technologiczny Sp. z o.o., ul. Prof. Michała Życzkowskiego 14, 31-864 Kraków**,

przy udziale Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Zamawiającego**,

orzeka:

1. oddała odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **299 zł 00 gr** (słownie: dwieście dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Krakowski Park Technologiczny Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie – prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Dokończenie realizacji budynku Małopolskiego Parku Technologii Informatycznych zlokalizowanego w Krakowie, w ramach projektu pn. „Małopolski Park Technologii Informatycznych – Ośrodek Innowacyjności Krakowskiego Parku Technologicznego”, znak: ZP/7/5.3-2/2014.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 sierpnia 2014 r., pod numerem 2014/S 151-270641.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Pismem z dnia 30 października 2014 r., Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu dokonanej w dniu 25 września 2014 r. czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy RE-Bau Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. W uzasadnieniu wskazano, że w dniu 21 października 2014 r., Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem w sprawie o sygn. akt KIO 2079/14 uwzględniła odwołanie wykonawcy Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie ww. czynności oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Pismem z dnia 7 listopada 2014 r., Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej – wykonawcy Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie. Jednocześnie, Zamawiający zawiadomił o wykluczeniu, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, wykonawcy Re-Bau Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz wykonawcy Electronic Control System S.A. z siedzibą w Krakowie oraz o uznaniu ofert tych wykonawców za odrzucone, stosownie do art. 24 ust. 4 Pzp.

W dniu 17 listopada 2014 r., Odwołujący – Re-Bau Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego, a w konsekwencji

uznaniu jego oferty za odrzuconą oraz czynności uznania oferty wykonawcy Warbud S.A. za najkorzystniejszą, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art 26 ust. 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez przekroczenie przez Zamawiającego wskazań Krajowej Izby Odwoławczej zawartych w wyroku z dnia 21 października 2014 r., sygn. akt KIO 2079/14, a więc dokonanie ich, pomimo iż Zamawiający nie był już w takim zakresie do tego uprawniony;
- 2) art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 Pzp poprzez błędne uznanie, iż Odwołujący w swojej ofercie nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania doświadczenia w zakresie określonym w punkcie V.2.2 lit. b) SIWZ, na skutek dokonania błędnej interpretacji wyjaśnień z dnia 5 listopada 2014 r., złożonych przez Odwołującego oraz punktu V.2.2 lit. b) SIWZ.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, jako najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienie czynności wykluczenia oferty Odwołującego oraz uznania jej za odrzuconą,
- 3) dokonania powtórnej czynności oceny ofert,
- 4) dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej,

W uzasadnieniu zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

W odniesieniu do zarzutu nr 1, iż:

Ponowne badanie oferty Odwołującego nastąpiło na skutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 21 października 2014 r. (sygn. akt. KIO 2079/14). W wyroku tym Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając odwołanie Warbud nakazała Zamawiającemu ponowienie czynności badania, oceny ofert i wyboru oferty, poprzedzone wezwaniem Odwołującego do uzupełnienia dokumentów oferty w odniesieniu do dokumentów na wykazanie wiedzy i doświadczenia w zakresie punktu V.2.2. lit. a) SIWZ. Izba uznała bowiem za zasługujące na uwzględnienie zarzuty Warbud: (i) w zakresie oferty Odwołującego - zarzut dotyczący niewykazania spełnienia warunków w zakresie punktu V.2.2. lit. a) oraz (ii) w zakresie oferty ECS - zarzut dotyczący niewykazania spełnienia warunków w zakresie punktu V. 2.2. lit. b). Pozostałe zarzuty formułowane przez Warbud w odwołaniu z 6 października 2014 r., a w szczególności dotyczące niewykazania przez Odwołującego spełnienia warunków określonych w punkcie V. 1.2.2. lit. b) SIWZ, zdaniem Izby nie podlegały uwzględnieniu (s. 40

wyroku z dnia 21 października 2014 r.).

W świetle powyższego, Zamawiający, chcąc wykonać wyrok Izby, winien był wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów oferty w odniesieniu do dokumentów na wykazanie wiedzy i doświadczenia w zakresie punktu V1.2.2. lit. a) SIWZ, a następnie dokonać ponownego badania tej oferty z perspektywy wykazania przez Odwołującego warunku określonego w punkcie V. 1.2.2. lit. a) SIWZ oraz dokonać ponownego badania oferty ECS z perspektywy wykazania przez ten podmiot warunku określonego w punkcie V. 1.2.2. lit. b) SIWZ, a następnie dokonać oceny, z perspektywy kryterium ceny, wszystkich złożonych ofert, o ile tylko ponowione badanie ofert we wskazanym powyżej zakresie nie ujawniłoby konieczności wykluczenia jednej z nich, bądź obu.

Rozważając zakres w jakim Zamawiający jest uprawniony i zobowiązany postępować po wydaniu przez Izbę wyroku, Odwołujący podkreślił, że dokonywanie przez zamawiających jakichkolwiek czynności, wykraczających poza nakazane przez Izbę oraz bezpośrednio z nich wynikających jest sprzeczne z Ustawą i prowadzi do podważenia istoty postępowania odwoławczego przed Izbą i wydawanych w jego toku orzeczeń. Zajęcie odmiennego stanowiska wiążącego się z uznaniem, iż zamawiający, któremu Izba w swoim wyroku nakazała ponowienie czynności badania i oceny ofert nie jest ograniczony w zakresie takiego badania treścią uzasadnienia takiego wyroku i wskazanymi wadami dotychczasowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pozostawałoby w rażącej sprzeczności z treścią art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp. Gdyby zaś przyjąć, iż „wykonanie zgodnie z treścią wyroku Izby” w przypadku nakazania przez Izbę ponowienia badania ofert nie jest ograniczone jedynie do badania w zakresie wynikającym z takiego wyroku, a oznacza jakiegokolwiek ponowne badanie ofert, nawet pozostające w rażącej sprzeczności z treścią orzeczenia Izby, w tym powtarzające tę samą wadliwość, co uwzględniona przez Izbę w jej wyroku, ostatecznie zamykałoby drogę do kontroli prawidłowości udzielenia danego zamówienia publicznego.

Odwołujący podkreślił także, że przyjęcie takiego stanowiska prowadziłoby do sytuacji, w której pomimo, że określone okoliczności i zarzuty podnoszone są w odwołaniu i Izba w swoim wyroku wprost uznaje, iż nie podlegają one uwzględnieniu to Zamawiający miałby jednak możliwość późniejszego ich uwzględnienia, nawet wbrew stanowisku Izby, co więcej z uwagi na przywołany art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp - brak mogłoby być możliwości poddania takiej czynności kontroli. Dodatkowo, stanowisko takie prowadziłoby do przekreślenia przyświecającej prawu zamówień publicznych zasady szybkości i efektywności postępowania, wobec konieczności podejmowania każdorazowo wszystkich czynności badania ofert w każdym ich aspekcie. Ponadto, jak trafnie podkreślono w wyroku z 21 października 2014 r., zgodnie z art. 192 ust. 7 p.z.p., Izba orzekać może wyłącznie w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu. Związywanie zarzutami, jak również znaczne sformalizowanie postępowania odwoławczego oraz bardzo krótkie i rygorystyczne terminy na składanie

odwołań, również pozbawione byłoby jakiegokolwiek znaczenia, gdyby zarzuty podniesione poza odwołaniem zamawiający mogli samodzielnie uwzględnić przy kolejnym badaniu ofert. W związku z powyższymi uwagami, uznać należy, iż Zamawiający dokonujący badania ofert w następstwie nakazania mu ponownego dokonania tej czynności przez Izbę związany jest treścią całego orzeczenia Izby w tym zawartymi w uzasadnieniu jej wyroku wskazaniem i nie jest uprawniony do wykraczania poza wyznaczony tymi wskazaniem zakres.

Odwołujący wskazał następnie, że w niniejszym postępowaniu, Zamawiający wykonał polecenie Izby i w dniu 31 października 2014 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia we wskazanym w wyroku z 21 października 2014 r. w zakresie dokumentów oferty. Odwołujący, w wyznaczonym terminie, uzupełnił w sposób prawidłowy wymagane dokumenty, a okoliczność tę potwierdził Zamawiający.

Zamawiający, nie poprzestał jednakże na wykonaniu wyroku z 21 października 2014 r., ale nadto, postanowił sprawdzić zasadność zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. podnoszonego przez Warbud w odwołaniu z dnia 6 października 2014 r., co do którego, jak wskazano, Izba uznała, iż nie podlega on rozpoznaniu, a w konsekwencji - uwzględnieniu. Badając zaś zasadność wskazanego zarzutu, Zamawiający trafnie uznał, iż nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, uznał jednakże, że ponowne badanie oferty Odwołującego w tym zakresie poprzez uwzględnienie okoliczności podnoszonych ponownie przez Warbud, których uwzględnienia odmówiła Izba, prowadzić musi do wykluczenia oferty Odwołującego. W świetle powyższych rozważań uznać należy, iż czynność wykluczenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego, z samych jedynie powodów proceduralnych powinna być unieważniona.

W odniesieniu do zarzutu nr 2, iż:

Niezależnie od przedstawionego powyżej zarzutu, Odwołujący wskazał, że decyzja o wykluczeniu jest bezpodstawna także z tego względu, że Odwołujący w rzeczywistości wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania doświadczenia w zakresie określonym w punkcie V.2.2 lit. b) SIWZ.

Odwołujący podniósł, że warunek, wskazany w punkcie V.2.2. lit. b) SIWZ, Zamawiający zasadnie interpretował dotychczas w ten sposób, iż wymagał, co najmniej jednej realizacji spełniającej dany warunek, ale dopuścił również kilka realizacji, które łącznie spełniałyby ten warunek - przez wykonanie kilku zadań w tym zakresie (s. 23 wyroku Izby z dnia 21 października 2014 r.). Taka wykładnia przedmiotowego zapisu SIWZ do tej pory nie budziła jakichkolwiek wątpliwości, także w ramach wcześniej toczącego się postępowania odwoławczego. Teraz natomiast Zamawiający zajął w tej sprawie zupełnie odmienne stanowisko, stwierdzając, że „z treści warunku nie wynika jednak, aby była możliwość potwierdzenia jego spełnienia przez zadania polegające na wykonaniu pomieszczeń

serwerowni, spośród których tylko niektóre zostały wykonane wraz z wskazanymi w warunku instalacjami i urządzeniami technicznymi”. Odwołujący wskazał przy tym, że ocena taka stoi zarazem w sprzeczności literalną wykładnią przedmiotowego zapisu SIWZ.

Odwołujący wskazał, iż skorzystał z możliwości wynikających z art. 26 ust. 2b Pzp i w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 16 września 2014 r., wskazał, iż zamierza polegać m.in. na wiedzy i doświadczeniu spółki pod firmą Infomex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żywcu, przedkładając przy tym stosowne, wymagane przez SIWZ i Ustawę dokumenty.

W przedłożonym przez Odwołującego oświadczeniu Infomex z dnia 11 września 2014 r., wskazano, dla potwierdzenia spełniania warunków SIWZ, iż Infomex wykonał w ramach inwestycji pn. „Adaptacja pomieszczeń i wykonanie serwerowni wraz z wyposażeniem” serwerownię o „łącznej powierzchni 85 m², wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, w tym instalacjami: elektryczną, klimatyzacji precyzyjnej, zasilania gwarantowanego i słaboprądową w zakresie, co najmniej okablowania strukturalnego, systemu sygnalizacji pożarowej SAP, systemu DSO, systemu kontroli dostępu oraz systemu gaszenia ognia”. Wraz z oświadczeniem tym przedłożony zostało List Referencyjny dla Infomex wystawiony przez spółkę pod firmą Bolix Spółka akcyjna z siedzibą w Żywcu

W dokumencie tym wskazano, (i) iż Infomex w pierwszym kwartale 2014 r. zakończył realizację kompleksowego projektu adaptacji pomieszczenia i wykonania serwerowni o powierzchni 85 m², a także (ii) jakie elementy składały się na realizację tego projektu. Z przedłożonego zaś na rozprawie w dniu 20 października 2014 r. przez Warbud S.A., a niedopuszczonego przez Izbę jako dowód w sprawie, oświadczenia Bolix z 3 października 2014 r. wynika, iż Infomex wykonał dla Bolix system połączonych serwerowni współpracujących ze sobą, które łącznie spełniają przedstawione w liście rekomendacyjnych właściwości. Przy czym w siedzibie Bolix Infomex wykonał serwerownie jedynie o powierzchni 37 m², nie posiadające systemu DSO, systemu sygnalizacji pożaru SAP, gaszenia gazem oraz kontroli dostępu. Pozostałą część tego systemu, spełniającą wskazane cechy, stanowi wydzielona część serwerowni należącej do Infomex i przez ten podmiot wykonana.

Odwołujący wskazał także, że w wyjaśnieniach do Listu referencyjnego Bolix, przedłożonych przez Odwołującego na rozprawie w dniu 20 października 2014 r., które podobnie jak oświadczenie przedkładane przez Warbud nie zostało dopuszczone przez Izbę jako dowód w sprawie, Infomex wyjaśnił, iż referencje te dotyczą inwestycji zrealizowanych przez ten podmiot. Jedna z robót dotyczy realizacji przedsięwzięcia polegającego na budowie serwerowni przeznaczonej dla naszych klientów posiadającej powierzchnię około 500 m², w której część powierzchni została zaadaptowana i przeznaczona dla firmy Bolix S.A. Druga z nich dotyczyła wykonania serwerowni w pomieszczeniach firmy Bolix S.A. Dodatkowo, Infomex podkreślił, iż „Serwerownie te są ze sobą połączone systemem telekomunikacyjnym

tworząc jeden spójny system posiadający wszystkie wymagane w SIWZ instalacje”, a „powierzchnia 85 m² wskazana w wyżej wymienionej referencji dotyczy łącznej powierzchni wykorzystywanej dla systemów serwerowych firmy Bolix S.A. omawianych w niniejszym oświadczeniu”. W oświadczeniu zaś z 5 listopada 2014 r., złożonym na wezwanie Zamawiającego, Infomex wskazał, iż firma ta „wykonała serwerownie w swoim budynku o powierzchni około 500 m² spełniającą wymagania Uptime Institute w zakresie standardu TIER III”, zaś część tej serwerowni została dedykowana, w ramach realizacji kontraktu dla Bolix, na potrzeby tego właśnie podmiotu i wykonywanej dla niego infrastruktury teletechnicznej.

Z wszystkich przedłożonych i przytoczonych powyżej dokumentów wynika jednoznacznie, iż złożona dokumentacja dotycząca posługiwania się przez Odwołującego wiedzą i doświadczeniem Infomex, w tym list referencyjny wystawiony przez Bolix, ma za przedmiot spójny system trzech serwerowni wykonany w tym samym czasie. Dodatkowo, jak wskazano w przedstawionych na żądanie Zamawiającego wyjaśnieniach z dnia 5 listopada 2014 r.: „Współpraca między serwerowniami polega na komunikacji w sposób ciągły między serwerowniami Bolix oraz Infomex za pomocą połączeń telekomunikacyjnych przy użyciu protokołu TVP-IP i dedykowanego kanału VPN, które umożliwiają wizualizację wszystkich zasobów serwerowych tak jakby były w jednym pomieszczeniu. Urządzenia Bolix znajdujące się w serwerowni Infomex tworzą wraz z urządzeniami w serwerowni Bolix jeden system, który spełnia wszystkie warunki Zamawiającego z SIWZ. Taki podział jest efektywny zarówno ze względów wydajnościowych, użytkowych jak i ekonomicznych. Dodatkowo systemy są przygotowane w ten sposób aby awaria którejkolwiek z lokalizacji umożliwiała przejście krytycznych funkcji informatycznych przez drugą, której sprawności nie została naruszona”.

W konsekwencji, w świetle brzmienia punktu V.2.2. lit. b), a zwłaszcza sformułowania: „co najmniej jedno zadanie obejmujące wykonanie pomieszczeń serwerowni o powierzchni łącznie co najmniej 70 m², wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi”, a także zgromadzonej przez Zamawiającego dokumentacji, przywołanego też oświadczenia Zamawiającego złożonego przed Izbą w trakcie rozprawy w dniu 20 października 2014 r. o przyjmowanej przez niego interpretacji punktu V.2.2. lit. b) SIWZ wydaje się oczywistym, iż oferta Odwołującego, obejmująca posłużenie się wiedzą i doświadczeniem Infomex nie powinna być wykluczona. Przygotowany bowiem dla Bolix przez Infomex system serwerowni, jako całość spełnia wyznaczone w SIWZ warunki.

Odwołujący podkreślił, że wniosek taki tym bardziej jawi się jako zasady, jeżeli uwzględniony zostanie cel przedmiotowego warunku, który Zamawiający wyartykułował w uzasadnieniu swojej decyzji z dnia 7 listopada 2014 r., wskazując iż „To doświadczenie przy wykonaniu wskazanych w warunkach instalacji i urządzeń technicznych ma kluczowe znaczenie dla ustalenia tego, czy Wykonawca dysponuje, czy też nie dysponuje

doświadczeniem dającym rękojmię tego, że będzie w stanie należycie wykonać przedmiotowe zamówienie”. Wobec zaś zebranych przez Zamawiającego dokumentów w toku postępowania nie da się sensownie twierdzić, iż Infomex nie posiada wystarczającej wiedzy i doświadczenia, których oczekuje Zamawiający. Niezrozumiałym tym samym jest twierdzenie Zamawiającego (str. 5 decyzji o uznaniu oferty Warbud jako najkorzystniejszej), jakoby uznanie informacji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 5 listopada 2014 r. (w tym oświadczenia Infomex) mogło prowadzić do „zaakceptowania powtórnego uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu, co stanowiłoby naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp”. Wniosku takiego nie można uznać za trafny, albowiem już w pierwszym (i jedynym), skutecznie złożonym uzupełnieniu dokumentów oferty w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 16 września 2014 r., gdy po raz pierwszy Odwołujący powołał się na zamiar korzystania z wiedzy i doświadczenia Infomex, wskazano na wykonanie przez ten podmiot dla Bolix serwerowni o łącznej powierzchni 85 m², która jako całość spełnia warunki SIWZ. To, że serwerownia ta składa się z trzech pomieszczeń, położonych w dwóch różnych budynkach, w świetle brzmienia warunku określonego w punkcie V2.2. lit. b) SIWZ nie powinno mieć żadnego znaczenia. Zatem wszelkie kolejne dokumenty dotyczące całej tej samej jednej (w rozumieniu funkcjonalnej całości) serwerowni stanowiły, zgodnie zresztą z wskazywaną przez Zamawiającego podstawą wezwań (art. 26 ust. 4 p.z.p.), jedynie wyjaśnienia, nie zaś uzupełnienie dokumentacji oferty w rozumieniu art. 26 ust. 3 p.z.p.

Dodatkowo, Odwołujący podkreślił, że decyzja podjęta przez Zamawiającego zdaje się podważać sens i istotę postępowań przetargowych, a zwłaszcza przyznawania w ich ramach zamówień publicznych. Postępowania takie mają bowiem na celu ułatwić zamawiającym wybranie oferty najkorzystniejszej, która z punktu widzenia określonego uprzednio kryterium, przy zapewnieniu bezpieczeństwa, iż przedmiot zamówienia zostanie prawidłowo wykonany. W niniejszym postępowaniu, kryterium takim była cena. To właśnie wyborowi oferty najkorzystniejszej, a więc o najkorzystniejszym bilansie ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, a więc ograniczającej w największym stopniu ilość wydawanych w ramach zamówienia środków publicznych, służy system zamówień publicznych. Ofertę obejmującą najniższą cenę, niższą o ponad trzy miliony złotych od wybranej oferty złożył właśnie Odwołujący i to jego oferta winna być wybrana.

W dniu 18 listopada 2014 r., Zamawiający przesłał wykonawcom, którzy złożyli oferty w postępowaniu informację o wniesieniu odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W dniu 20 listopada 2014 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dokończenie realizacji budynku Małopolskiego Parku Technologii Informatycznych zlokalizowanego w Krakowie, w ramach projektu pn. Małopolski Park Technologii Informatycznych – Ośrodek Innowacyjności Krakowskiego Parku Technologicznego (PO IG 5.3).

Zamierzeniem inwestycyjnym jest dokończenie budowy Małopolskiego Parku Technologii Informatycznych, zlokalizowanego w Krakowie. Budynek o przeznaczeniu naukowo badawczym, administracyjnym i biurowym wraz z modułem edukacji i prezentacji nowoczesnych technologii informatycznych. W budynku będzie się znajdować Centrum Innowacyjności oraz Centrum Wsparcia Prac Badawczo - Rozwojowych.

Prace dla całego obiektu zostały wykonane w ok 75 % (procent ogólnego wykonania robót).

W ramach planowanego zamówienia do wykonania będą w szczególności następujące roboty budowlane:

B. Część architektoniczna: (...)

E. Branża elektryczna i słaboprądowa:

W zakresie branży elektrycznej należy wykonać instalacje elektryczne, instalacje słaboprądowe oraz instalacje BMS i instalację stałych urządzeń aerozolu gaśniczego.

1. Instalacje elektryczne pozostałe do wykonania obejmują swoim zakresem wykonanie m.in.:
 - Tablicy rozdzielczej DMX sterowania oświetleniem w atrium.
 - Tras kablowych w pomieszczeniu CPD.
 - Układanie kabli i przewodów w pomieszczeniu CPD.
 - Montaż osprzętu elektroinstalacyjnego w pom. CPD oraz pojedynczy osprzęt w innych pomieszczeniach.
 - Oświetlenie wewnętrzne w pom. CPD oraz pojedyncze oprawy w innych pomieszczeniach.
 - Wykonanie brakujących biernych zabezpieczeń p.poż. przejść instalacyjnych przez przegrody wydzielenia stref pożarowych.
 - Próby i pomiary.
 - Przejęcie od Inwestora „wewnętrznej i zewnętrznej” stacji SN na czas prowadzenia inwestycji.
 - Zapewnienie obsługi stacji SN przez serwis.
 - Przekazanie do eksploatacji stacji SN. W tym celu Zamawiający prześle Wykonawcy dokumentację powykonawczą stacji SN wykonanych we wcześniejszym etapie robót.

2. Instalacje słaboprądowe pozostałe do wykonania obejmują swoim zakresem wykonanie m.in.:
 - Dokończenie dźwiękowego systemu ostrzegawczego DSO - dołożenie brakujących głośników, konfiguracja i uruchomienie.
 - Dokończenie instalacji sygnalizacji pożaru SAP – w szczególności dołożenie brakujących czujek i innych elementów, uruchomienie.
 - Dokończenie instalacji telewizji dozorowej CCTV – w szczególności dołożenie brakujących kamer, podłączenie niektórych zamontowanych kamer i innych elementów, uruchomienie.
 - Dokończenie instalacji sygnalizacji napadu i włamania wraz z instalacją kontroli dostępu – w szczególności zamontowanie drzwi z osprzętem KD, konfiguracja i innych elementów, uruchomienie.
 - Dokończenie instalacji okablowania strukturalnego. Wykonano około 95%. (w szczególności dokończenie okablowania, montażu gniazd, montaż wyposażenia szaf, montaż wyposażenia paneli rozdzielczych, krosowanie).
 - Dokończenie instalacji telewizji wewnętrznej – w szczególności zamontowanie gniazd RTV.
 - Wykonanie pełnego zakresu robót związanych z systemem AV.
 - Wykonanie systemu kontroli wycieku w pomieszczeniu CPD.
 - Przekazanie Zamawiającemu wszystkich kodów zabezpieczających systemów, w celu umożliwienia prowadzenia rozbudowy.
 3. Instalacje BMS pozostałe do wykonania obejmują swoim zakresem wykonanie m.in.:
 - Dostarczenie brakujących elementów i urządzeń składających się na system BSM,
 - Montaż bramki BMS,
 - Montaż przekaźników,
 - Integracja SAP,
 - Badania, próby, rozruchy.
 4. Instalacja stałych urządzeń aerozolu gaśniczego oraz systemu suchego gaszenia pozostałe do wykonania obejmują swoim zakresem wykonanie m.in.:
 - Dokończenie instalacji stojaków pod urządzenia.
 - Zainstalowanie centralek sterowania gaszeniem oraz dodatkowych zespołów w centralkach SSP.
 - Wykonanie pełnego systemu suchego gaszenia dla pom. CPD.
 - Próby, rozruchy.
- F. Branża sanitarna: (...)
1. W zakresie wewnętrznych instalacji wentylacji i klimatyzacji pozostało do wykonania:

- Uruchomienie pięciu central wentylacyjnych (K3-K7).
- Wymiana uszkodzonych nagrzewnic central K1 i K2.
- Wymiana uszkodzonej obudowy pompy obiegowej w pomieszczeniu węzła cieplnego.
- Bierne zabezpieczenia ppoż. przejść instalacyjnych przez strefy pożarowe.
- Montaż klap odcinających na kanałach wentylacyjnych przechodzących przez pom. CPD.
- Wentylacja w pom. CPD.
- Podłączenie części anemostatów do kanałów wentylacyjnych.
- Pomiary i regulacja układu wentylacyjnego.
- Montaż tacek grzewczych pod wszystkimi jednostkami zewnętrznymi VRV.
- Montaż klimatyzacji precyzyjnej dla CPD w funkcji korytarza zimnego, poprawa poprowadzenia rurażu.
- Uruchomienie i próby.

Wszystkie instalacje wentylacyjne i klimatyzacyjne wyposażone zostaną w urządzenia pozwalające na odzysk ciepła z powietrza zużytego, wywiewanego z pomieszczeń. Zarządzanie pracą instalacji realizowane będzie z pomieszczenia BMS.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 3 do SIWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” oraz wymienione w tym załączniku dokumenty, stanowiące integralną część niniejszej SIWZ.

Wykonawca jest zobowiązany wykonać zamówienie w terminie 6 miesięcy od dnia podpisania umowy.

W ramach warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków Zamawiający, w odniesieniu do warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, określił, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia jego działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał (tj. zakończył w tym okresie) co najmniej następujące roboty budowlane:

- a) co najmniej dwa zadania polegające na: budowie budynku użyteczności publicznej w rozumieniu § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.04.2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 roku, nr 75 poz. 690 z późn. zm.) lub odpowiadającego mu budynku wykonanego poza terytorium Polski, wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, przy czym przedmiotowy budynek sklasyfikowano w jednej z grup PKOB – zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30.12.1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (Dz. U. z 1999 r. Nr 112, poz. 1316 z późn. zm.) pod

numerem 122, 126 lub jednej z odpowiadających im grup Europejskiej Klasyfikacji Robót Budowlanych (CC) lub równoważnej

lub dokończeniu budowy budynku użyteczności publicznej w rozumieniu jw., które obejmowało, co najmniej roboty polegające na wykonaniu instalacji elektrycznej i słaboprądowej, instalacji grzewczej, wentylacji i klimatyzacji oraz prac z zakresu montażu stolarki i ślusarki drzwiowej, prac tynkarskich, malarskich i wykończenia posadzek.

Każde zadanie o wartości minimum 15.000.000 złotych brutto.

(V.1.2 pkt a) SIWZ)

- b) co najmniej jednego zadania obejmującego wykonanie pomieszczeń serwerowni o powierzchni łącznie co najmniej 70 m², wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, w tym instalacjami: elektryczną, klimatyzacji precyzyjnej, zasilania gwarantowanego i słaboprądową w zakresie, co najmniej okablowania strukturalnego, systemu sygnalizacji pożarowej SAP, systemu DSO, systemu kontroli dostępu oraz systemu gaszenia gazem.

(V.2.2 lit. b) SIWZ).

Zamawiający dopuszcza wykazanie wykonania robót odpowiadających treści ppkt b) w ramach zadań odpowiadających treści ppkt a).

W ramach oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu (Sekcja VI SIWZ), Zamawiający wskazał, że na potwierdzenie spełniania warunków określonych w pkt V.2. SIWZ należy do oferty załączyć m.in. wykaz robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Dowodami, o których mowa w zdaniu poprzednim, są: 1) poświadczenia; 2) inne dokumenty – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 1. Wykaz powinien być złożony na formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 7. Wykaz musi potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w pkt V.2.2. SIWZ.

Pismem z dnia 4 września 2014 r., Zamawiający w odpowiedzi na pytanie (nr 16), dotyczące interpretacji zapisu pkt V.2.2 lit b) SIWZ i możliwości użyczenia potencjału spełniającego ten warunek od firm podwykonawczych, wskazał, że wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie określonym w pkt V.2.2. lit. b) SIWZ może nastąpić z zachowaniem zasad określonych w art. 26 ust. 2b Pzp. Ten przepis nie rozróżnia przy tym posługiwania się doświadczeniem zdobytym w charakterze podwykonawcy czy

generalnego wykonawcy robót. Istotne jest, by wykazywane zadanie odpowiadało treści warunku i było wykazane za pomocą dokumentów określonych w pkt VI SIWZ, w tym ppkt 2 i 4.

W kryteriach oceny ofert, ich znaczenia oraz sposobu oceny ofert Zamawiający wskazał, że dokona wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o jedno kryterium: cena brutto (waga 100%).

Do upływu terminu składania ofert złożono trzy oferty: 1) Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie z ceną brutto 35.782.429,00 zł, 2) Electronic Control Systems S.A. z siedzibą w Balicach z ceną brutto 34.296.449,75 zł, 3) RE-Bau Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie z ceną brutto 32.580.315,10 zł.

Odwołujący RE-Bau Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie wraz z ofertą złożył Wykaz robót (załącznik nr 7) zawierający pięć zadań, spośród których zadania w poz. 3-5 zostały przedstawione dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określonego w pkt V.2.2 lit b) SIWZ.

Pismem z dnia 16 września 2014 r., Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów i/lub oświadczeń dotyczących wykazania spełnienia warunku, o którym mowa w pkt V.2.2 lit b) SIWZ, z uwagi na fakt, iż dotychczas złożone, wraz z ofertą, nie potwierdzają spełnienia tego warunku. Zamawiający wskazał, że zadanie wskazane w poz. 3 i 4 nie obejmowało wykonania pomieszczeń serwerowni wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, w tym instalacjami: elektryczną, klimatyzacji precyzyjnej, zasilania gwarantowanego i słaboprądową w zakresie, co najmniej okablowania, systemu sygnalizacji pożarowej SAP, systemu DSO, systemu kontroli dostępu oraz systemu gaszenia gazem, zaś w odniesieniu do zadania wskazanego w poz. 5 brak było jednoznacznego potwierdzenia, że zadanie obejmowało także wykonanie systemu DSO, jak również brak było informacji na temat powierzchni pomieszczenia lub pomieszczeń serwerowni, które zostały wykonane w ramach tego zadania. Zamawiający wskazał jednocześnie, że wykonawca może uzupełnić ww. wykaz przez przedstawienie informacji o wskazanych powyżej zadaniach, które będą potwierdzały jednoznacznie spełnianie przez te zadania warunków określonych w pkt. V.2.2 lit b) SIWZ i/lub przez przedstawienie innych zadań, spełniających łącznie ww. wymagania SIWZ.

Pismem z dnia 19 września 2014 r., Odwołujący przedłożył Zamawiającemu uzupełniony wykaz robót wraz z dokumentami. W odniesieniu do warunku z pkt V.2.2 lit b) SIWZ, Odwołujący wskazał trzy nowe zadania wskazując odpowiednio:

- w poz. 4 w kolumnie „Zamawiający” – Bolix S.A. z siedzibą w Żywcu, w kolumnie „Podmiot realizujący umowę” – Infomex Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu, w kolumnie „Przedmiot umowy, odpowiadający wymaganiom pkt V.2.2. SIWZ” – Zadanie obejmujące wykonanie pomieszczeń serwerowni o powierzchni 85 m² wraz z

instalacjami i urządzeniami technicznymi: elektryczna, klimatyzacji precyzyjnej, zasilania gwarantowanego i słaboprądową w zakresie okablowania strukturalnego, systemu sygnalizacji pożarowej SAP, systemu DSO, systemu kontroli dostępu oraz systemu gaszenia gazem”;

- w poz. 5 w kolumnie „Zamawiający” – Wolf Immobilien Polen S.A., Oddział Wolf Marszałkowska z siedzibą w Warszawie; w kolumnie „Podmiot realizujący umowę” – Energowent S.j., w kolumnie „Przedmiot umowy, odpowiadający wymaganiom pkt V.2.2. SIWZ” – Zasadnie polegające na wykonaniu pomieszczenia serwerowni o łącznej powierzchni 72 m² wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, w tym instalacji: klimatyzacji precyzyjnej i gaszenia gazem;
- w poz. 6 w kolumnie „Zamawiający” – Wolf Immobilien Polen S.A., Oddział Wolf Marszałkowska z siedzibą w Warszawie; w kolumnie „Podmiot realizujący umowę” – Elektrimont Sp. z o.o., w kolumnie „Przedmiot umowy, odpowiadający wymaganiom pkt V.2.2. SIWZ” – Zasadnie polegające na wykonaniu pomieszczenia serwerowni o łącznej powierzchni 72 m² wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, w tym instalacjami: elektryczną, zasilania gwarantowanego i słaboprądową w zakresie okablowania strukturalnego, systemu sygnalizacji pożarowej SAP, systemu DSO oraz kontroli dostępu.

Jednocześnie, Odwołujący załączył do ww. pisma m.in. List referencyjny z dnia 19 sierpnia 2014 r. wystawiony przez Bolix, w którym wskazano, że w pierwszym kwartale 2014 r. firma Infomex Sp. z o.o. zakończyła realizację kompleksowego projektu adaptacji pomieszczenia i wykonania serwerowni o powierzchni 85 m² dla spółki Bolix. Wskazano także m.in., że Infomex zrealizował projekt od podstaw, jak również wskazano elementy składające się na realizację projektu.

Ponadto, Odwołujący złożył oświadczenie wystawione przez Infomex Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu, w którym podmiot ten zobowiązał się do udostępnienia wiedzy i doświadczenia Odwołującemu w sposób: konsultacje techniczne, doradztwo. W treści zobowiązania oświadczone, że na potwierdzenie spełnienia warunków SIWZ w ww. przetargu Infomex Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu wykonała w ramach inwestycji pn. „Adaptacja pomieszczenia i wykonanie serwerowni wraz z wyposażeniem” serwerownię o łącznej powierzchni 85 m². W treści zobowiązania wskazano także, jakie instalacje i urządzenia techniczne zostały wykonane w ramach ww. inwestycji.

Pismem z dnia 25 września 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy RE-Bau Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. W uzasadnieniu wskazano, że oferta ta odpowiada wszystkim wymaganiom SIWZ i jest najtańszą, spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu. Ofercie przyznano 100 pkt.

Na drugim miejscu sklasyfikowała się oferta wykonawcy Electronic Control System S.A. (95 pkt), a na trzecim miejscu oferta wykonawcy Warbud S.A. (91,05 pkt).

W dniu 6 października 2014 r. wykonawca Warbud S.A. złożył odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętych w toku postępowania oraz zaniechań dokonania czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy, składających się na:

1. badanie i ocenę ofert,
2. zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy RE-Bau Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,
3. zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Electronic Control Systems S.A. z siedzibą w Balicach,
4. wybór, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu,
5. niezgodne z przepisami dwukrotne wezwanie wykonawcy RE-Bau do uzupełnienia tego samego dokumentu oraz poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ECS do uzupełnienia dokumentów dotyczących spełniania warunku wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia,
6. zaniechanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Przedmiotowa sprawa została zarejestrowana i rozpoznana pod sygn. akt KIO 2079/14. W sprawie tej Odwołujący (Warbud S.A.) zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm., dalej ustawy Pzp), tj.:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy RE-Bau Sp. z o.o. pomimo, iż wykonawca nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia;
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy RE- Bau Sp. z o.o. pomimo, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania;
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy i w związku z § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Electronic Control Systems S.A. pomimo, iż wykonawca nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, a także dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;

4. art. 26 ust. 3 ustawy poprzez dwukrotne wezwanie wykonawcy RE-Bau do uzupełnienia tego samego dokumentu oraz poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ECS do uzupełnienia dokumentów dotyczących spełniania warunku wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia.

W uzasadnieniu postawionych zarzutów, w odniesieniu do wykonawcy RE-Bau Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Odwołujący (Warbud S.A.) wskazał, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.

W zakresie warunku z pkt a) w ofercie brakowało jednej roboty spełniającej warunek (hotel, który został wskazany, posiada inne niż wymagane przez zamawiającego PKOB).

W zakresie potwierdzenia spełniania warunku z pkt b) Zamawiający pismem z dnia 16.09.2014 r. wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów. W odpowiedzi wykonawca w dniu 19.09.2014 r. przedstawił zupełnie nowe roboty i zobowiązania. Zdaniem Odwołującego (Warbud S.A.), spośród uzupełnionych dokumentów tylko referencja użyczona od Infomex Sp. z o. o. mogłaby być uznana za potwierdzającą warunek b), jednak, dokument ten nie może być za taki uznany z uwagi na następujące okoliczności:

- a) referencje złożone w ramach uzupełnień zostały poświadczone „za zgodność z oryginałem” przez wykonawcę bez umocowania do tej czynności. Pismem z dnia 22.09.2014r. Zamawiający powtórnie wezwał wykonawcę do uzupełnienia oferty o upoważnienie do tej czynności i uzyskał upoważnienia w odpowiedzi RE-Bau z dnia 25.09.2014 r. Działanie zamawiającego odwołujący (Warbud S.A.) uznał za nieuprawnione, bowiem wezwanie dotyczyło tego samego dokumentu - tj. dokumentu złożonego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, do którego wykonawca był już raz wzywany. Przedstawienie nowych referencji nie uprawniało zamawiającego do ponownego wezwania do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, bowiem wezwanie to ma charakter jednokrotny, a wykonawca składając uzupełnione dokumenty ma obowiązek złożenia ich wraz z ewentualnymi pełnomocnictwami. W związku z powyższym, wezwanie z dnia 22.09.2014 r. odwołujący (Warbud S.A.) poczytał za nieskuteczne, a dokument potwierdzający należyte wykonanie robót - za niezłożony.

Odwołujący (Warbud S.A.) podniósł w odwołaniu także, że podmiot udostępniający RE-Bau zasoby, tj. Infomex Sp. z o.o. złożył oświadczenie, iż zamierza udostępniać swoją wiedzę i doświadczenie poprzez „konsultacje techniczne i doradztwo”. Jednocześnie wykonawca RE-Bau oświadczył w ofercie, iż zakres zamówienia, który związany jest z udostępnieniem tego zasobu zamierza powierzyć podwykonawcom. Powyższe oznacza według odwołującego, że albo Infomax Sp. z o.o. będzie brał udział w realizacji zamówienia, a zatem wraz z uzupełnieniami należało załączyć dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia tego podmiotu z postępowania, albo udostępnienie wiedzy i doświadczenia ma charakter

fikcyjny, gdyż inny podmiot będzie realizował tę część zamówienia (m.in. w zakresie instalacji gaszenia gazem), tj. podmiot nie spełniający warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący pozostawał na stanowisku, iż w przypadku tego zamówienia nie jest możliwe udostępnienie zasobu wiedzy i doświadczenia bez udziału podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Nie można zatem uznać udostępnienia przez Infomex wiedzy i doświadczenia za skuteczne.

Ponadto, zgodnie z wiedzą odwołującego (Warbud S.A.) uzupełniona referencja dla Infomex zawiera nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, ponieważ firma Bolix nie posiada serwerowni o wskazanych parametrach.

Powyższe okoliczności w przekonaniu odwołującego (Warbud S.A.) wskazywały, iż wykonawca RE-Bau nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia i jako taki podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Wyrokiem z dnia 21 października 2014 r., sygn. akt KIO 2079/14, Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności badania, oceny ofert i wyboru oferty wykonawcy RE-Bau Sp. z o.o. (pkt 1.1. wyroku) oraz nakazała Zamawiającemu ponowienie czynności badania, oceny ofert i wyboru oferty, poprzedzone wezwaniem wykonawcy RE-Bau Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów oferty w odniesieniu do dokumentów na wykazanie wiedzy doświadczenia w zakresie punktu V.1.2.2.lit. a) SIWZ (pkt 1.2 wyroku).

W uzasadnieniu ww. wyroku Izba wskazała m.in., że:

Z poczynionych ustaleń dowodowych wynika, że w odniesieniu do warunku na potwierdzenie wiedzy i doświadczenia w zakresie punktu V.1.2.2a) SIWZ w załączniku nr 7 zamieszczonym w dokumentach oferty wykonawca RE-Bau ujął w poz. 1 wykazu obiekt hotelowy „PURO” zlokalizowany we Wrocławiu. Z treści opisu grupowania obiektów budowlanych według Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30.12.1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (Dz. U. z 1999r. Nr 112, poz. 1316 z późn. zm.) pod pozycją 122, 126 nie mieszczą się hotele, które ujęte zostały w grupowaniu 121 PKOB. W sytuacji, gdy Zamawiający doprecyzował rozumienie tego warunku poprzez odesłanie do konkretnego grupowania pozycji 122, 126 PKOB winien przy badaniu ofert wykonawców okoliczność taką uwzględnić. Zamawiający, bowiem na etapie badania ofert nie może odstępować od warunków, które ustanowił w SIWZ oraz podał do wiadomości powszechnej w ogłoszeniu. Skoro budynek hotelowy nie mógł być zaliczony na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie punktu V.1.2.2a) SIWZ przez wykonawcę RE-Bau – należało przyjąć, iż nie wykazał on spełnienia tych warunków. W ofercie brakowało jednej roboty spełniającej omawiany warunek. Wykonawca powinien zostać wezwany do uzupełnienia tego braku w oparciu o art. 26 ust. 3

ustawy Pzp. Okolicznością bezsporną pozostawało, że Zamawiający nie wzywał wykonawcy RE-Bau do uzupełnienia dokumentów podmiotowych w zakresie punktu V.1.2.2a) SIWZ.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niewykazania spełnienia warunków w zakresie punktu V.1.2.2b) SIWZ przez wykonawcę RE-Bau Sp. z o.o., Izba wskazała w uzasadnieniu, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca RE-Bau, w dniu 19.09.2014 r. przedstawił nowe roboty i zobowiązania podmiotów udostępniających wiedzę i doświadczenie w zakresie poz. 4,5,6 w kol. 4 wykazu robót przedstawiając wszystkie informacje, takie jak parametry i zakres wykonanych robót, w sposób potwierdzający spełnianie przez wskazane zadania wymagań określonych w SIWZ. Odwołujący (Warbud S.A.) przyznał, że spośród uzupełnionych dokumentów, co najmniej robota referencyjna użyczona od firmy Infomex Sp. z o. o. mogłaby być uznana za potwierdzającą warunek b), co było wystarczające do wykazania spełnienia warunku punktu V.1.2.2b) SIWZ. Kwestionował jedynie, że dokumenty te – referencje złożone w ramach uzupełnień - nie mogą być uwzględnione z uwagi na to, że zostały poświadczone „za zgodność z oryginałem” przez wykonawcę RE-Bau bez umocowania do tej czynności. Bezsprzecznie pismem z dnia 22.09.2014 r. Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia oferty o upoważnienie do poświadczenia za zgodność dokumentów podmiotów trzecich i uzyskał takie upoważnienia załączone do odpowiedzi RE-Bau z dnia 25.09.2014 r. Izba nie podzieliła poglądów Odwołującego (Warbud S.A.), że powtórne wezwanie dotyczyło tego samego dokumentu - tj. dokumentu złożonego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, do którego wykonawca był już raz wzywany. Skoro wykonawca RE-Bau samodzielnie potwierdził za zgodność z oryginałem złożone na wezwanie zamawiającego referencje, bez załączenia upoważnienia podmiotu udostępniającego swój potencjał w postaci wiedzy i doświadczenia – jak wymaga tego § 7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) – Zamawiający był zobowiązany do wezwania wykonawcy RE-Bau do uzupełnienia dokumentów pełnomocnictw w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, bowiem wezwanie to dotyczyło innego dokumentu niż pierwotnie złożony – w postaci „Wykazu robót i referencji.” Izba uznała także, że w odniesieniu do doświadczenia wymaganego według punktu V.1.2.2b) SIWZ, roboty obejmujące - wykonanie pomieszczeń serwerowni o powierzchni łącznie nie mniejszej niż 70 m² wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, w tym instalacjami: elektryczną, klimatyzacji precyzyjnej, zasilania gwarantowanego i słaboprądową w zakresie, co najmniej okablowania strukturalnego, systemu sygnalizacji pożarowej SAP, systemu DSO, systemu kontroli dostępu oraz systemu gaszenia gazem – mają bardzo specjalistyczny charakter, stąd oferta rynkowa ich wykonania w oznaczonej inwestycji może dotyczyć ograniczonego kręgu wykonawców, wąsko wyspecjalizowanych w danej dziedzinie, a udział takich podmiotów może się ograniczać do

pomocy technicznej i doradztwa – przy prowadzeniu danego zakresu robót. Ażeby stwierdzić, czy charakter udostępnienia potencjału w postaci wiedzy i doświadczenia jest odpowiedni, należy odnosić go każdorazowo do zakresu robót, których dotyczy. Izba poprzez powyższe stanowisko nie neguje przeważających przypadków, że podstawowym sposobem udostępniania wiedzy i doświadczenia w budownictwie pozostaje podwykonawstwo. Izba wskazała, że jeżeli wykonawca RE-Bau oświadczył w ofercie, iż zakres zamówienia, który związany jest z udostępnieniem tego zasobu zamierza powierzyć podwykonawcom, nie wyklucza to takiej sytuacji, że firma Infomex Sp. z o.o. będzie brała udział w realizacji zamówienia, zgodnie ze swym zobowiązaniem poprzez udzielanie konsultacji i wsparcia technicznego na rzecz wykonawcy RE-Bau, a tym samym na rzecz jego podwykonawców, jeżeli nawet byłby to inne firmy niż podmiot udostępniający zasoby - Infomex Sp. z o.o. Izba nie podzieliła, w tej sprawie poglądów odwołującego (Warbud S.A.), iż przy przedmiotowym zamówieniu nie jest możliwe udostępnienie zasobu wiedzy i doświadczenia bez udziału podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy.

W konkluzji Izba wskazała, że wykonawca RE-Bau wraz z uzupełnieniami wykazu doświadczenia, nie był zobowiązany do załączenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania dla podmiotów udostępniających wiedzę i doświadczenie, skoro udział tych podmiotów nie polega na podwykonawstwie, a sprowadza się jedynie do konsultacji technicznych, pomocy w zakresie wykonawstwa specjalistycznych instalacji (m.in. w zakresie instalacji gaszenia gazem, klimatyzacji precyzyjnej, czy gwarantowanego zasilania), zatem można uznać udostępnienie przez Infomex wiedzy i doświadczenia za skuteczne i mające charakter realnego wsparcia. Zarzut naruszenia przepisów ustawy Pzp, tj. art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 2 pkt 4 w powyższym zakresie nie podlegał uwzględnieniu.

W odniesieniu do zarzutu, że uzupełniona referencja wystawiona przez firmę Bolix S.A. dla Infomex złożona przez wykonawcę RE-Bau Sp. z o.o. zawiera nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, ponieważ firma Bolix nie posiada serwerowni o wskazanych parametrach – Izba wskazała, że zarzut ten w odwołaniu nie został w żaden sposób skonkretyzowany, i jako taki nie podlegał rozpatrzeniu. Także zamawiający i przystępujący nie mógł odnieść się do tak postawionego zarzutu. Wszelkie formy konkretyzowania zarzutów odwołania na etapie rozprawy - poprzez ich formułowanie w oparciu o zgłaszane na rozprawie dowody, Izba uznała za niedopuszczalne. Zarzut naruszenia przepisów ustawy Pzp, tj. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nie podlegał uwzględnieniu.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących wykonawcy Electronic Control Systems S.A. z siedzibą w Balicach, Izba uznała m.in., że zarzut dotyczący niespełnienia warunku wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę ECS w zakresie punktu V.1.2.2b) SIWZ znalazł potwierdzenie. Izba wskazała, że brak uzupełnienia przez ECS dokumentów żądanych wprost

w wezwaniu zamawiającego z dnia 16.09.2014 r. przy braku zakwestionowania zasadności wezwania odwołaniem - jest równoznaczny z tym, że wiedza i doświadczenie nie zostały skutecznie udostępnione, a zatem wykonawca ECS nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu podanych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i Zamawiający winien go wykluczyć w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a ofertę zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp uznać za odrzuconą.

W toku rozprawy z dnia 20 października 2014 r., Zamawiający wskazał, że nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego (Warbud S.A.), że warunek pkt b V 2.2 SIWZ miał dotyczyć jednego zadania o oznaczonym zakresie powierzchni serwerowni jak i wymienionych w warunku instalacji i urządzeń. Zamawiający podtrzymał, że mogła to być bliżej nie oznaczona ilość zadań, z których łączna suma wskazywałaby na spełnienie tego warunku. Podniesiono, że w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający nie przywoływał takiej interpretacji, bo w tym zakresie nie było zarzutu.

Pismem z dnia 28 października 2014 r., wykonawca Warbud S.A. przekazał Zamawiającemu informację dotyczącą nieprawdziwych informacji zawartych w ofercie Odwołującego. W treści pisma wskazano, że Bolix S.A. wynajmuje miejsce w serwerowni Infomex i korzysta z infrastruktury tej firmy. Wynajęcie pomieszczeń serwerowni nie jest tożsame z realizacją robót budowlanych polegających na wykonaniu pomieszczeń serwerowni o powierzchni i parametrach wymaganych przez Zamawiającego. Do pisma załączono wyjaśnienia firmy Bolix z dnia 3 października 2014 r., do wystawionego przez ten podmiot na rzecz Odwołującego Listu referencyjnego z dnia 19 sierpnia 2014 r. W treści przedmiotowych wyjaśnień firma Bolix wskazała, że w związku z pojawiającymi się wątpliwościami dotyczącymi Listu referencyjnego z dnia 19 sierpnia 2014 r. w szczególności zakresu prac i usług wykonanych przez Infomex Sp. z o.o. na rzecz Bolix S.A. w Żywcu, wyjaśnia, iż Infomex Sp. z o.o. wykonał na rzecz Bolix S.A. 2 serwerownie w siedzibie firmy Bolix o powierzchni sumarycznej ok 37 m² niezbędnej do umieszczenia sprzętu informatycznego Bolix. Niniejsze serwerownie nie posiadają systemu DSO, systemu sygnalizacji pożaru SAP, gaszenia gazem, kontroli dostępu. Wskazano następnie, że firma Bolix S.A. wynajmuje ponadto miejsce w serwerowni Infomex i poprzez to korzysta z infrastruktury tej firmy. Serwerownia ta zawiera niezbędne instalacje wyspecyfikowane w referencji w tym w szczególności: System Sygnalizacji Pożaru, System gaszenia gazem, system nagłośnienia, system kontroli dostępu, zasilanie awaryjne w oparciu o UPSy, klimatyzację precyzyjną w systemie „zimnego korytarza” system rozdziału i dystrybucji energii elektrycznej, trasy kablowe na potrzeby instalacji zasilającej, logicznej i czynnika chłodniczego. Ponadto wskazano, że zważywszy, iż Bolix S.A. wykorzystuje wszystkie trzy serwerownie oraz, że współpracują one ze sobą tworząc spójny system, w Liście referencyjnym z dnia 19 sierpnia 2014 r. opisano rzeczony system łącznie i ich sumaryczną powierzchnię.

W toku ponownego badania i oceny ofert Zamawiający, pismem z dnia 31 października 2014 r., działając na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu robót uzupełnionego w dniu 19 września 2014 r. oraz referencji Bolix S.A. z dnia 19 sierpnia 2014 r. Zamawiający wskazał, że ze względu na to, że zarówno informacja w poz. 4 Wykazu, jak i przedstawione referencje Bolix S.A. odpowiadały treści warunku określonego w pkt V.2.2. lit. b) SIWZ Zamawiający zaakceptował to zadanie, jako potwierdzające spełnienie ww. warunku. W odwołaniu z dnia 6 października 2014 r. Warbud S.A. zakwestionował prawdziwość informacji zawartych w referencjach Bolix S.A. z dnia 19 sierpnia 2014 r., wskazując, że Bolix S.A. nie posiada serwerowni o wskazanych parametrach. Zamawiający wskazał także na pismo z dnia 28 października 2014 r. złożone przez Warbud S.A., przekazując jego kopię Odwołującemu. W związku z powyższym Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy przedstawionymi powyżej dokumentami. Zamawiający wskazał, że w ramach wyjaśnień Odwołujący powinien jednoznacznie wykazać, że przedstawione dokumenty dotyczące zadania wskazanego w poz. 4 uzupełnionego Wykazu nie zawierają informacji nieprawdziwych w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp i w konsekwencji, nie zachodzą przesłanki, które powodowałyby konieczność wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie ww. przepisu. Zamawiający zwrócił się w szczególności o wyjaśnienia dotyczące tego, czy realizacja przedstawionych w piśmie z dnia 3 października 2014 r. świadczeń, tj. wykonania przez Infomex Sp. z o.o. na rzecz Bolix S.A. zespołu serwerowni odbywała się w ramach jednej inwestycji, czy roboty polegające na przystosowaniu pomieszczeń na potrzeby serwerowni dla Bolix S.A. obejmujące w szczególności wykonanie instalacji technicznych, dotyczyły wszystkich opisanych w ww. dokumentach pomieszczeń o łącznej powierzchni 85 m², w tym również pomieszczeń, które są zlokalizowane w serwerowni Infomex Sp. z o.o., na czym polega współpraca pomiędzy tymi serwerowniami, że można uznać je za jeden działający łącznie system.

W odpowiedzi, Odwołujący pismem z dnia 5 listopada 2014 r. wskazał, że zgodnie z treścią Listu referencyjnego z dnia 19 sierpnia 2014 r., wystawionego przez firmę Bolix S.A. – „firma Infomex Sp. z o.o. zakończyła realizację kompleksowego projektu adaptacji pomieszczeń i wykonania serwerowni o powierzchni 85 m² dla naszej spółki”. Treść tych referencji została następnie poświadczona w ramach wyjaśnień wykonawcy tych prac – firmy Infomex Sp. z o.o., w jego wyjaśnieniach z dnia 17 października 2014 r. do Listu referencyjnego z dnia 19 sierpnia 2014 r. W wyjaśnieniach tych – przedłożonych w dniu 20 października 2014 r., Zamawiającemu oraz składającemu wówczas odwołanie wykonawcy Warbud S.A. wyraźnie wskazano, że „Niniejszym oświadczamy, iż powierzchnia 85m² wskazana w wyżej wymienionej referencji dotyczy łącznej powierzchni wykorzystywanej dla systemów serwerowych firmy Bolix S.A. omawianych w niniejszym oświadczeniu. Co za tym idzie potwierdzamy, iż spełniamy wszystkie warunki przedstawione w SIWZ przez

Zamawiającego w postępowaniu”. Zgodnie bowiem z wcześniejszą częścią przedmiotowych wyjaśnień firmy Infomex: „oświadczamy, iż dotyczy (tj. referencja) inwestycji zrealizowanej przez firmę Infomex Sp. z o.o. Jedna z robót dotyczy realizacji przedsięwzięcia polegającego na budowie serwerowni przeznaczonej dla naszych klientów posiadającej powierzchnię około 500 m², w której część powierzchni została zaadoptowana i przeznaczona dla firmy Bolix S.A. Druga z nich dotyczyła wykonania serwerowni w pomieszczeniach firmy Bolix S.A. Powyższe serwerownie są ze sobą połączone systemem telekomunikacyjnym tworząc jeden spójny system posiadający wszystkie wymagane w SIWZ instalacje”. Tym samym przedmiotowy list referencyjny z dnia 19 sierpnia 2014 r. nie zawiera informacji nieprawdziwych w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ponadto, znajduje on również potwierdzenie w wyjaśnieniach firmy Bolix S.A. z dnia 3 października 2014 r. do listu referencyjnego z dnia 19 sierpnia 2014 r., gdzie zostało wskazane, iż „Zważywszy, że Bolix S.A. wykorzystuje wszystkie trzy serwerownie oraz, że współpracują one ze sobą tworząc spójny system, w liście referencyjnym z dnia 19.08.2014 r. opisano rzeczony system łącznie i ich sumaryczną powierzchnię”. Odwołujący przytaczając brzmienie pkt V.2.2 lit b) SIWZ wskazał także, że nie ulega wątpliwości, że przedmiotowa dokumentacja jest zgodna z powyższymi wymaganiami, które nigdzie nie stanowią, że przedmiotowe zadanie ma obejmować wyłącznie jedną realizację. Ponadto redakcja tego zapisu jednoznacznie wskazuje, że instalacje i urządzenia techniczne muszą znajdować się w pomieszczeniach serwerowni o powierzchni łącznie co najmniej 70 m², a nie w każdym pomieszczeniu. Tym samym dokumenty te dotyczące zadania wskazanego w poz. 4 uzupełnionego Wykazu robót nie zawierają, jak to już wskazano powyżej, informacji nieprawdziwych w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odwołujący wskazał ponadto, że Zamawiający formułując warunek podany w pkt V.2.2 b) SIWZ dopuścił wykonanie kilku serwerowni wraz z instalacjami, nie żądając jednak aby każda z tych serwerowni była wyposażona we wszystkie wymienione w tym warunku instalacje. W konkluzji Odwołujący wskazał, że stwierdzenie Warbudu-u, iż „Bolix nie posiada serwerowni o wskazanych parametrach” nie jest zgodne z prawdą i nie odnosi się do wymogu wykonania serwerowni, który to warunek (a nie warunek posiadania) sformułował Zamawiający. Podobnie też zawarta w piśmie Warbudu-u z dnia 28.10.2014 r. sugestia, jakoby rozstrzygającym dla spełnienia warunku wykonania pomieszczeń serwerowni miałyby być nie sam warunek ich wykonania przez Infomex, lecz jedynie to, czy część ww. systemu jest wynajmowana bądź nie, przez Infomex, firmie Bolix, jest niedopuszczalna. Odwołujący wskazał ponadto, że z cytowanych wyjaśnień wynika także, że chodzi o spójny system 3 serwerowni wykonany w tym samym czasie. Wykonanie tego systemu obejmowało również wykonanie instalacji technicznych (znajdujących się w części pomieszczeń systemu). Odwołujący wyjaśnił następnie, że współpraca między serwerowniami polega na komunikacji w sposób ciągły między serwerowniami Bolix oraz Infomex za pomocą połączeń telekomunikacyjnych, przy użyciu

protokołu TVP-IP i dedykowanego kanału VPN, które umożliwiają wizualizację wszystkich zasobów serwerowych tak jakby były w jednym pomieszczeniu. Urządzenia Bolix znajdujące się w serwerowni Infomex tworzą wraz z urządzeniami w serwerowni Bolix jeden system, który spełnia wszystkie warunki Zamawiającego z SIWZ. Podkreślono, że taki podział jest efektywny zarówno ze względów wydajnościowych, użytkowych i ekonomicznych. Dodatkowo, systemy są przygotowane w ten sposób, aby awaria którejkolwiek z lokalizacji umożliwiała przejście krytycznych funkcji informatycznych przez drugą, której sprawność nie została naruszona. Odwołujący, podsumowując wskazał, że firma Infomex Sp. z o.o. wykonała serwerownię o powierzchni 500m², wyposażoną we wszystkie wymienione powyżej instalacje, co wynika z wyjaśnienia do Listu referencyjnego Bolix wystawionego dla firmy Infomex dnia 19 sierpnia 2014 r. Nie ulega najmniejszych wątpliwości, że prace te zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Odwołujący w załączeniu przedłożył dodatkowe oświadczenie tej firmy z dnia 5 listopada 2014 r. W oświadczeniu tym firma Infomex wskazała, że wykonała serwerownię w swoim budynku o powierzchni około 500 m² spełniającą wymagania Uptime Institute w zakresie standardu TIER III. Prace te zostały wykonane w sposób należyty, zgodny z projektem budowlanym, sztuką budowlaną oraz prawidłowo ukończone. Serwerownia jest wykorzystywana zarówno na potrzeby Infomex jak też świadczenia usług dla naszych klientów. W ramach realizacji kontraktu dla Bolix część serwerowni została dedykowana do ich potrzeb w tym zapewniając Bolix funkcjonalność całej infrastruktury teletechnicznej.

Zamawiający, pismem z dnia 31 października 2014 r., zwrócił się do firmy Bolix o złożenie wyjaśnień dotyczących treści listy referencyjnego Bolix S.A. z dnia 19.08.2014 r. oraz wyjaśnień do listu referencyjnego z dnia 19.08.2014 r. wystawionych w dniu 3.10.2014 r. Zamawiający wskazał na zakwestionowanie prawdziwości referencji przez wykonawcę Warbud S.A., który przedstawił kopię pisma z dnia 3.10.2014 r., wystawionego przez Bolix S.A. i zawierającego wyjaśnienia listu referencyjnego z dnia 19.08.2014 r. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy ww. dokumentami, w szczególności o przekazanie informacji, czy realizacja przedstawionych w piśmie z dnia 3.10.2014 r. świadczeń, tj. wykonania przez Infomex Sp. z o.o. na rzecz Bolix S.A. zespołu serwerowni odbywała się w ramach jednej inwestycji, czy roboty polegające na przystosowaniu pomieszczeń na potrzeby serwerowni dla Bolix, obejmujące w szczególności wykonanie instalacji technicznych, dotyczyły wszystkich opisanych w ww. dokumentach pomieszczeń o łącznej powierzchni 85 m², w tym również pomieszczeń, które są zlokalizowane w serwerowni Infomex Sp. z o.o., na czym polega współpraca pomiędzy tymi serwerowniami, że można uznać je za jeden działający łącznie system.

W odpowiedzi, pismem z dnia 5 listopada 2014 r., Bolix S.A. wskazała, że w jej opinii nie ma rozbieżności między udzieloną referencją firmie Infomex Sp. z o.o. z dnia 19 sierpnia

2014 r., a udzielonymi do niej wyjaśnieniami firmie Warbud na ich prośbę, z dnia 3 października 2014 r. Wyjaśnienia uszczegółowiają stan faktyczny, jaki został w sposób ogólny ujęty w referencji. Odpowiadając na pytania Zamawiającego Bolix S.A. wskazała, że była to jedna inwestycja z punktu widzenia firmy Bolix, ale dwie z punktu widzenia firmy Infomex, prace dotyczące adaptacji pomieszczeń dotyczyły wszystkich pomieszczeń, jednak tylko w części będącej własnością firmy Infomex znajdują się wszystkie wspomniane w referencji systemy i instalacje. Systemy te obejmują całą serwerownię firmy Infomex, nie tylko część przeznaczoną do potrzeb Bolix. Wskazano także, że serwerownie w opinii Bolix S.A. należy uznać za jeden działający łącznie system.

Pismem z dnia 7 listopada 2014 r. Zamawiający poinformował wszystkich wykonawców, że jako najkorzystniejsza została uznana oferta złożona przez Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie. Jednocześnie, Zamawiający poinformował o wykluczeniu z postępowania wykonawcy Electronic Control System oraz Odwołującego. W uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego, Zamawiający wskazał, że wykonawca dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt V.2.2 lit. b) SIWZ złożył wraz z ofertą wykaz robót przedstawiający trzy zadania. Żadne z tych zadań nie odpowiadało treści warunku. W wyniku uzupełnień w dniu 19 września 2014 r. Odwołujący przedstawił uzupełniony Wykaz robót przedstawiający w odniesieniu do warunku z pkt V.2.2 lit b) SIWZ trzy zadania, z których tylko jedno (poz. 4) – zadanie polegające na realizacji przez firmę Infomex Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu dla Bolix S.A. z siedzibą w Żywcu. Opis tego zadania zawarty w uzupełnionym wykazie robót, oraz opis tego zadania przedstawiony w referencjach Bolix S.A. dla Infomex Sp. z o.o. z dnia 19.08.2014 r. odpowiadał wprost treści warunku określonego w pkt V.2.2. lit b) SIWZ. Pozostałe zadania (poz. 5 i 6) stanowiły łącznie roboty polegające na wykonanie pomieszczeń serwerowni dla Wolf Immobilien Polen S.A., ale z załączonych dokumentów nie wynika, aby zadanie to zostało wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Złożone m.in. w tym zakresie odwołanie Warbus S.A. z dnia 6.10.2014 r. zarzucało Re-Bau Sp. z o.o. złożenie nieprawdziwych informacji, co miało polegać na tym, że firma Bolix nie dysponuje serwerownią o takich parametrach. Na rozprawie przed KIO w dniu 20 października 2014 r. zarówno Warbud S.A., jak i RE-Bau Sp. z o.o. przedkładali w tym zakresie wnioski dowodowe z dokumentów, ale dowody te nie zostały dopuszczone, a zarzut w tym zakresie nie podlegał uwzględnieniu przez KIO ze względu na to, że nie był on prawidłowo skonkretyzowany w odwołaniu. Jednak w związku z uwzględnieniem odwołania z powodu zasadności innych zarzutów Zamawiający w toku ponownego badania i oceny ofert miał obowiązek zweryfikowania wątpliwości powstałych w wyniku odwołania i rozprawy przez KIO i przedstawionych wówczas dokumentów. Zamawiający w toku ponownego badania i oceny ofert wystąpił do wykonawcy z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów dotyczących warunku określonego w pkt V.2.2 lit a) (w wykonaniu wyroku). Wykonawca dokumenty te

uzupełnił w wyznaczonym terminie w sposób prawidłowy. Zamawiający wskazał także na fakt wystąpienia do wykonawcy oraz firmy Bolix z wezwaniem do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy opisem zadania zrealizowanego przez Infomex na rzecz Bolix. Zamawiający wskazał, że z uzyskanych w dniu 5.11.2014 r. wyjaśnień ww. podmiotów, które są spójne w zakresie opisanego charakteru zrealizowanego przez Infomex zadania z pismem Bolix z dnia 3.10.2014 r. oraz dokumentami przedłożonymi na rozprawie przed KIO (w tym oświadczenie Infomex z dnia 17.10.2014 r.) wynika, iż zadanie to tylko w części polegało na wykonaniu robót budowlanych obejmujących wykonanie pomieszczeń serwerowni. W ramach tej realizacji Infomex przystosował bowiem na potrzeby serwerowni Bolix dwa pomieszczenia o łącznej powierzchni 37 m². Pomieszczenia te zostały wyposażone także w instalacje techniczne. Nie były to jednak wszystkie instalacje techniczne, które były wymagane zgodnie z treścią warunku określonego w pkt V.2.2 lit b) SIWZ. Nie zostały w tych pomieszczeniach wykonane instalacje w zakresie systemów: DSO, sygnalizacji pożaru SAP, gaszenia gazem i kontroli dostępu. Pozostała część zadania polegała na wynajęciu przez Infomex na rzecz Bolix miejsca w serwerowni Infomex, o powierzchni dopełniającej łączną powierzchnię wykorzystywanych przez Bolix serwerowni do ok. 85 m². Serwerownia Infomex jest według oświadczeń wykonawcy, Infomex i Bolix wyposażona we wszystkie instalacje techniczne, o których mowa w pkt V.2.2 lit b) SIWZ. W tym zakresie zadanie to nie podlegało jednak na wykonaniu robót budowlanych, ale stanowi wyłącznie wynajęcie pomieszczeń serwerowni. Dodatkowo z wyjaśnień wykonawcy z dnia 5.11.2014 r. wyjaśnień Infomex i pisma Bolix z dnia 3.10.2014 r. wynika, że łączenie pomieszczenia te działają jako jeden system serwerowni firmy Bolix. W ocenie Zamawiającego to zadanie nie odpowiada jednak treści warunku określonego w pkt V.2.2 lit b) SIWZ. Nawet jeśli można by dopuścić sytuację, gdy na wykonanie pomieszczeń serwerowni w rozumieniu pkt V.2.2 lit b) SIWZ mogłoby składać się w części przystosowanie takich pomieszczeń dla klienta, a także w części wynajęcie dla klienta przestrzeni we własnej serwerowni wykonawcy, to mogłoby to stanowić potwierdzenie ww. warunku wyłącznie w sytuacji, gdyby we wszystkich tych pomieszczeniach (i własnych i wynajmowanych) zostały wykonane wszystkie instalacje i urządzenia techniczne wskazane w treści warunku. Zamawiający wskazał, że warunek określony w pkt V.2.2. lit b) SIWZ dopuścił możliwość jego spełnienia przez przedstawienie większej ilości zadań. Z treści warunku wynika więc możliwość potwierdzenia jego spełnienia przez przedstawienie wielu realizacji pomieszczeń serwerowni, wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, w tym instalacjami: elektryczną, klimatyzacji precyzyjnej, zasilania gwarantowanego i słaboprądową w zakresie, co najmniej okablowania strukturalnego, systemu sygnalizacji pożarowej SAP, systemu DSO, systemu kontroli dostępu oraz systemu gaszenia gazem, których powierzchnia łącznie ma minimum 70 m². Z treści tego warunku nie wynika jednak, aby była możliwość potwierdzenia jego spełnienia przez zadania polegające na wykonaniu pomieszczeń serwerowni, spośród których

tylko niektóre zostały wykonane wraz ze wskazanymi w warunku instalacjami i urządzeniami technicznymi. Zamawiający wskazał, że to doświadczenie przy wykonaniu wskazanych w warunku instalacji i urządzeń technicznych ma kluczowe znaczenie dla ustalenia tego, czy wykonawca dysponuje, czy też nie dysponuje doświadczeniem dającym rękojmię tego, że będzie w stanie należycie wykonać przedmiotowe zamówienie. Zamawiający, odnosząc się do zagadnienia ew. złożenia nieprawdziwych informacji w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, wskazał, że z przedstawionych wyjaśnień wykonawcy i z pozostałych zebranych w postępowaniu dokumentów wynika, że wykonawca przyznaje, iż zadanie zrealizowane przez Infomex na rzecz Bolix miało charakter opisany powyżej. Jednak ze względu na odmienną interpretację warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt V.2.2 lit b) SIWZ wykonawca uważa, że takie zadanie także odpowiada treści warunku. W ocenie Zamawiającego, na podstawie wszystkich zgromadzonych dokumentów i oświadczeń w tym zakresie nie jest możliwe stwierdzenie tego, że złożenie ww. informacji miało charakter działania celowego. W ocenie Zamawiającego działanie wykonawcy wynika z błędnej interpretacji treści warunku określonego w pkt V.2.2 lit b) SIWZ, a nie celowego, zamierzonego działania. Zamawiający wskazał także, że nie może brać pod uwagę wykazanej w wyjaśnieniach z dnia 5 listopada 2014 r. okoliczności, iż firma Infomex wykonała we własnym zakresie i na potrzeby własnych działań biznesowych pomieszczenia serwerowni o pow. ok. 500 m², posiadające wszystkie wymagane w treści warunku V.2.2 lit b) SIWZ instalacje techniczne. Uznanie informacji w tym zakresie prowadziłoby w istocie do zaakceptowania powtórnego uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu, co stanowiłoby naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp. W związku z powyższym Zamawiający wskazał, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp ze względu na niepotwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt V.2.2. lit b) SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Przyjęte przez Zamawiającego kryterium oceny ofert (cena brutto – waga 100%), odniesione do oferty Odwołującego, wskazuje, że przedmiotowa oferta, w sytuacji, gdyby Odwołujący nie został wykluczony, byłaby ofertą najkorzystniejszą. W konsekwencji, zarzucone Zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy Pzp mogło powodować naruszenie interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz szkodę z tego tytułu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby, nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy, z uwagi na niepotwierdzenie spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt V.2.2. lit b) SIWZ, zaistniały podstawy faktyczne i prawne do zastosowania powyższej regulacji, a decyzja Zamawiającego, oparta na ww. przepisie, jest decyzją w pełni uprawnioną i prawidłową.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że okolicznością nową, ustaloną przez Zamawiającego w toku ponownego badania i oceny ofert, mającego miejsce po rozstrzygnięciu odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2079/14, było to, że w ramach zadania ujętego pod poz. 4 uzupełnionego wykazu robót nie nastąpiło w rzeczywistości wykonanie pomieszczeń serwerowni o powierzchni 85 m² wraz z wszystkimi instalacjami i urządzeniami technicznymi, określonymi w pkt V.2.2. lit. b) SIWZ, jak również to, że część z powierzchni wskazanej w ramach zadania ujętego w ww. pozycji jest powierzchnią wynajmowaną przez Bolix S.A.. Poczynione w tym zakresie przez Zamawiającego ustalenia potwierdziły, że serwerownie wykonane przez Infomex Sp. z o.o. w siedzibie Bolix S.A., o łącznej powierzchni 37 m², nie posiadały systemu DSO, systemu sygnalizacji pożaru SAP, gaszenia gazem, kontroli dostępu. Wszystkie instalacje i urządzenia techniczne wymagane w pkt V.2.2. lit b) SIWZ zostały wykonane – w ramach zadania wskazanego przez Odwołującego w poz. 4 wykazu robót dotyczącego pomieszczeń serwerowni o pow. 85 m² – jedynie w odniesieniu do pozostałej części powierzchni serwerowni wykorzystywanych przez Bolix S.A., tj. w odniesieniu do 48 m² pomieszczeń serwerowni Infomex Sp. z o.o., znajdujących się w budynku tego podmiotu i wynajmowanych przez Bolix S.A. Powyższa okoliczność, iż pomieszczenia serwerowni znajdujące się w siedzibie Bolix S.A., nie posiadają wszystkich instalacji i urządzeń technicznych wskazanych w treści pkt V.2.2. lit b) SIWZ, nie była okolicznością sporną. Jak zostało wskazane wcześniej okoliczność ta ustalona została przez Zamawiającego dopiero wskutek czynności podjętych w toku ponownego badania i oceny ofert. Na moment podjęcia pierwotnej decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty (pismo z dnia 25 września 2014 r.) powyższa okoliczność nie była znana Zamawiającemu, a zarówno treść złożonego przez wykonawcę RE-Bau Sp. z o.o. wykazu robót, jak i Listu referencyjnego z dnia 19 sierpnia 2014 r. firmy Bolix S.A., wskazywała na zgodność z warunkiem określonym w pkt V.2.2. lit b) SIWZ.

Kwestia spełnienia warunku udziału w postępowaniu za pomocą zadania zawartego w poz. 4 uzupełnionego wykazu robót determinowała sytuację Odwołującego oraz ocenę Zamawiającego, gdyż pozostałe zadania zawarte w poz. 5 i 6 uzupełnionego wykazu robót nie mogły być brane pod uwagę – okoliczność ta nie była przedmiotem sporu – dla oceny spełniania przez RE-Bau Sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt V.2.2. lit b) SIWZ. W ocenie Izby, Zamawiający w toku ponownego badania i oceny ofert nie mógł pominąć nowych okoliczności odnoszących się do zadania z poz. 4 uzupełnionego wykazu robót. Izba nie uznała argumentacji Odwołującego nakierowanej na wykazanie, że Zamawiający nie był uprawniony do podjęcia tego rodzaju oceny. Za nie mogące mieć wpływu na treść rozstrzygnięcia należało przy tym uznać wskazywanie przez Odwołującego, iż w toku rozprawy w sprawie o sygn. akt KIO 2079/14 podnoszone były już ww. kwestie związane z pomieszczeniami serwerowni. Należy podkreślić, iż ustalenia okoliczności faktycznych zamawiający dokonuje w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego, a nie w toku postępowania odwoławczego. Ustalenia te muszą być wynikiem podjętych, w toku tego postępowania o zamówienie publiczne, czynności zamawiającego, znajdujących swoje oparcie w regulacjach ustawy Pzp.

Konieczność uwzględnienia przez Zamawiającego nowo ustalonej okoliczności przy ponownej ocenie ofert nie mogła zostać wyłączona wskutek wyroku wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 2079/14. Odwołanie wniesione w tej sprawie dotyczyło innych kwestii, a zarzuty oparte zostały na odmiennych podstawach faktycznych, przy czym część z tej podstawy faktycznej była wykazywana przez odwołującego Warbud S.A. dopiero na etapie rozprawy, co nie zostało zaakceptowane przez Izbę, a tym samym nie było przedmiotem oceny, co znalazło odzwierciedlenie w oddaleniu składanych przez strony wniosków dowodowych. Ocena Izby nie odnosiła się w tej sprawie w konsekwencji do weryfikacji merytorycznej zgodności zadania z pozycji 4 uzupełnionego wykazu robót z treścią ww. warunku. Zarzut podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, z uwagi na nieposiadanie przez firmę Bolix serwerowni o wskazanych parametrach, nie podlegał rozpatrzeniu, gdyż w żaden sposób nie został skonkretyzowany we wniesionym wówczas odwołaniu, w którym odwołujący Warbud S.A. wskazywał, że sama treść referencji dotycząca ww. zadania, jako jedyna mogła być uznana za spełniającą warunek z pkt V.2.2. lit b) SIWZ, jednak kwestionował uznanie tej referencji z przyczyn formalnych, tj. w oparciu o twierdzenia o błędnym poświadczeniu za zgodność jej treści z oryginałem.

Należy jednocześnie wskazać, że wyrokiem z dnia 21 października 2014 r., w sprawie o sygn. akt KIO 2079/14, Izba nakazała unieważnienie czynności badania, oceny ofert i wyboru oferty wówczas najkorzystniejszej (RE-Bau Sp. z o.o.). Izba nakazała także ponowienie czynności badania, oceny ofert i wyboru oferty, poprzedzone wezwaniem wykonawcy RE-Bau Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów oferty w odniesieniu do dokumentów na wykazanie

wiedzy i doświadczenia w zakresie pkt V.2.2. lit a) SIWZ. Izba nakazała więc unieważnienie w całości dotychczasowych czynności, a nie unieważnienie czynności badania i oceny oferty RE-Bau Sp. z o.o. jedynie w zakresie wykazania spełnienia warunku z pkt V.2.2. lit a) SIWZ. Zamawiający w toku ponownego badania i oceny ofert nie był ograniczony jedynie do kwestii spełnienia warunku z pkt V.2.2 lit a) SIWZ. W tym zakresie Izba nakazała podjęcie określonej czynności, jednak nie może to oznaczać, że Zamawiający nie był uprawniony do podjęcia oceny o braku spełnienia innego warunku – z pkt V.2.2 lit b) SIWZ – w sytuacji, gdy poczynione następnie ustalenia wykazały zaistnienie podstaw do takiej oceny. Należy przy tym wskazać, że Zamawiający doszedł do wniosku o braku spełnienia ww. warunku wskutek czynności związanych z weryfikacją nieprawdziwych informacji, podjętych po wydaniu wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 2079/14. Jak wskazano wcześniej, zarzut dotyczący podania nieprawdziwych informacji nie podlegał rozpoznaniu w sprawie o sygn. akt KIO 2079/14 z uwagi na brak jego skonkretyzowania w treści odwołania. Kwestie formalne przesądziły więc o postawionym wówczas zarzucie i nie był on przedmiotem merytorycznej oceny Izby. W tym okolicznościach nie można uznać, by Zamawiający w toku dalszych czynności, posiadając nowe informacje o możliwości podania nieprawdziwych informacji, nie był uprawniony do weryfikacji tej kwestii, bądź by przekroczył on wskazania zawarte w wyroku z dnia 21 października 2014 r., sygn. akt KIO 2079/14. Wyrokiem tym nie przesądzono bowiem, że złożone przez wykonawcę informacje nie są informacjami nieprawdziwymi, gdyż zarzut ten nie podlegał w ogóle rozpoznaniu przez Izbę z uwagi na brak jego skonkretyzowania w treści odwołania.

Niezależnie od tego należy wskazać, że Odwołujący nie zaskarżył czynności Zamawiającego z dnia 31 października 2014 r., polegającej na wezwaniu, na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu robót uzupełnionego w dniu 19 września 2014 r. oraz referencji Bolix S.A. z dnia 19 sierpnia 2014 r., w którym to piśmie Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy dokumentami dotyczącymi zadania wskazanego w poz. 4 uzupełnionego wykazu robót oraz zwrócił uwagę na konieczność wykazania, że dokumenty te nie zawierają informacji nieprawdziwych w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Powoływanie w podstawie prawnej odwołania art. 26 ust. 4 Pzp należało w konsekwencji uznać za działanie spóźnione. Izba nie mogła tym samym w ogóle odnosić się do prawidłowości ww. czynności. Jeżeli, w ocenie Odwołującego, przedmiotowe działanie stanowiło przekroczenie wskazań zawartych w wyroku z dnia 21 października 2014 r., sygn. akt KIO 2079/14, to czynność ta winna była zostać zaskarżona przez wykonawcę w stosownym terminie. Jak wskazano wcześniej, skład orzekający w niniejszej sprawie stoi na stanowisku, że Zamawiający był uprawniony do weryfikacji kwestii nieprawdziwych informacji, gdyż zarzut poprzedniego odwołania ze względów formalnych nie podlegał rozpoznaniu, a Zamawiający uzyskał nowe informacje, wcześniej nie weryfikowane. Nawet gdyby jednak uznać, że podjęte w tym celu działania mogły stanowić przekroczenie

wskazań Izby zawartych w ww. wyroku, to z uwagi na fakt, iż nie zostały one zaskarżone przez Odwołującego, który ustosunkował się przy tym do wezwania Zamawiającego, to powyższe nie mogłoby powodować, niejako automatycznie, konieczności odrzucenia przez Zamawiającego wynikających z tej czynności (jak również czynności polegającej na wystąpieniu o informacje do firmy Bolix) ustaleń stanowiących podstawę do stwierdzenia, że zadanie z poz. 4 uzupełnionego wykazu robót nie odpowiada treści warunku z pkt V.2.2. lit b) SIWZ. Zamawiający nie tylko może, ale jest wręcz zobowiązany do wzięcia pod uwagę wszystkich okoliczności sprawy, w tym ustalonych podczas czynności powtórnego badania i oceny ofert. Wszystkie czynności zamawiającego mają zmierzać do wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. spełniającej wszystkie wymagania określone przez zamawiającego w danym postępowaniu, złożonej przez wykonawcę, który spełnia warunki udziału w postępowaniu. Aż do chwili zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, zamawiający dokonuje czynności w prowadzonym postępowaniu w celu wyboru oferty najkorzystniejszej. W związku z powyższym, zamawiający jest uprawniony i zobowiązany zarazem do dokonania czynności wymaganych, stosownie do okoliczności faktycznych zaistniałych w trakcie prowadzonego postępowania. Zamawiający stwierdzając zaistnienie podstawy do wykluczenia danego wykonawcy nie może jej pomijać. W przeciwnym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, iż pomimo wiedzy Zamawiającego o określonych faktach wybór miałby sprowadzać się do wyboru wykonawcy, którego oferta obarczona jest oczywistą wadliwością.

Należy także wskazać, że wykluczenie Odwołującego nastąpiło na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. To, czy Zamawiający był uprawniony do weryfikacji tych kwestii po wyroku z dnia 21 października 2014 r., w sprawie o sygn. akt KIO 2079/14, także w tym kontekście nie może mieć istotnego znaczenia, gdyż nawet przy uznaniu, że kwestia podania nieprawdziwych informacji mogłaby zostać uznana za „zamkniętą” na skutek rozstrzygnięcia poprzedniego odwołania, nie wpłynęłoby na ocenę prawidłowości obecnie kwestionowanej czynności Zamawiającego, której podstawę stanowi, jak wskazano powyżej, art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

W odniesieniu do zarzutu błędnego uznania, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt. V.2.2 lit. b) SIWZ, na skutek dokonania błędnej interpretacji wyjaśnień Odwołującego z dnia 5 listopada 2014 r. oraz błędnej interpretacji pkt. V.2.2. lit. b) SIWZ, należy wskazać, iż zgodnie z treścią przedmiotowego warunku Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę co najmniej jednego zadania obejmującego wykonanie pomieszczeń serwerowni o powierzchni łącznie co najmniej 70 m², wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, w tym instalacjami: elektryczną, klimatyzacji

precyzyjnej, zasilania gwarantowanego i słaboprądową w zakresie, co najmniej okablowania strukturalnego, systemu sygnalizacji pożarowej SAP, systemu DSO, systemu kontroli dostępu oraz systemu gaszenia gazem. Mając na uwadze brzmienie ww. wymogu, w ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że z treści warunku nie wynika możliwość wykazania się realizacją wszystkich instalacji i urządzeń jedynie w odniesieniu do części wymaganej powierzchni, a w pozostałej części realizacją niektórych tylko instalacji. Z treści tego warunku wynika wprost, że niezbędną wiedzę i doświadczenie potwierdzi zadanie polegające na wykonaniu pomieszczeń serwerowni wraz z wyspecyfikowanymi instalacjami i urządzeniami technicznymi. Niezależnie od tego, czy wymagana minimalna powierzchnia tych serwerowni wynika z realizacji jednego pomieszczenia, czy kilku pomieszczeń serwerowni, Zamawiający wymagał wykazania, iż w tym serwerowniach został także wykonany określony ściśle pakiet instalacji i urządzeń technicznych. Dla stron zgodnym było, że doświadczenie i wiedza w wykonaniu instalacji i urządzeń technicznych było kwestią istotną przy weryfikacji wiedzy i doświadczenia niezbędnej do należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Przyjęcie interpretacji przedstawionej przez Odwołującego mogłoby czynić weryfikację tej kwestii weryfikacją pozorną. Przykładowo (przy wymaganej minimalnej powierzchni 70 m²) wykonawca mógłby wykazać się zadaniem wykonania pomieszczenia serwerowni o pow. 10 m², zawierającego wszystkie wymagane instalacje i urządzenia techniczne, a w pozostałej części (60 m²) wykonaniem zadania wykonania pomieszczenia serwerowni, w którym jedynie część, a nawet jedna tylko instalacja bądź urządzenie zostały przez niego wykonane (np. w ramach prac polegających na dokończeniu zadania realizowanego wcześniej przez inny podmiot). W ocenie Izby, w treści ww. wymogu Zamawiający określił, co w ogóle będzie uznawane przez niego za wykonanie pomieszczenia serwerowni (pomieszczenia zawierającego określony pakiet instalacji i urządzeń technicznych – „pomieszczeń wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi”). W pełni trafny był w tym zakresie argument przedstawiony w piśmie procesowym Przystępującego, iż zawarty w treści warunku przysłówki „łącznie” dotyczy zarówno powierzchni, jak i instalacji i urządzeń technicznych. Przeciwnie rozumienie tego wymogu, prezentowane przez Odwołującego, doprowadziłoby do możliwości wykazania się realizacją kilku serwerowni, z których każda zawierałaby przykładowo tylko jedną ze wskazanych przez Zamawiającego instalacji. Uznanie realizacji tego rodzaju zadań za wykonanie „pomieszczeń serwerowni” (w rozumieniu wynikającym, w ocenie Izby, z brzmienia treści warunku, a więc pomieszczeń zawierających wszystkie wymagane instalacje i urządzenia techniczne) prowadziłoby do wypaczenia istoty tego wymogu, z którego zdaniem Izby, mając na uwadze przedmiot zamówienia wynikało, że to właśnie wykonanie określonego pakietu instalacji i urządzeń technicznych w pomieszczeniach (lub pomieszczeniu) o określonej łącznie minimalnej powierzchni było najważniejszym elementem postawionego przez Zamawiającego warunku. Co istotne, Zamawiający dał jednoznaczny wyraz takiego

właśnie rozumienia postawionego warunku. W wezwaniu z dnia 31 października 2014 r., Zamawiający zwrócił się m.in. o wyjaśnienie, czy roboty polegające na przystosowaniu pomieszczeń na potrzeby serwerowni dla Bolix S.A., obejmujące w szczególności wykonanie instalacji technicznych, dotyczyły wszystkich pomieszczeń o łącznej powierzchni 85 m². Zamawiający dopuszczając wykazanie spełnienia warunku realizacją kilku zadań (a nie tylko w ramach jednego zadania) wymagał więc, by w tym przypadku wykonanie wszystkich instalacji dotyczyło wszystkich pomieszczeń, których sumaryczna powierzchnia odpowiada powierzchni wskazanej w treści warunku. Odwołujący, jak wskazano wcześniej, nie zaskarżył przedmiotowego wezwania, ani w oparciu o twierdzenia o przekroczeniu tym wezwaniem wskazań zawartych w wyroku wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 2079/14, ani w oparciu o twierdzenia, że z treści SIWZ nie wynikał obowiązek, by każda z serwerowni była wyposażona we wszystkie instalacje wymienione w pkt V.2.2 lit b) SIWZ. W ocenie Izby, skoro zdaniem Odwołującego, postawiony warunek nie wymagał powyższego, to wykonawca winien był kwestionować konieczność udzielenia wyjaśnień w tym zakresie, skoro miały one zostać złożone w odniesieniu do okoliczności nieistotnych z punktu widzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący w złożonej odpowiedzi przedstawił jedynie własną interpretację powyższego warunku, wskazując, że Zamawiający formułując warunek podany w pkt V.2.2 b) SIWZ dopuścił wykonanie kilku serwerowni wraz z instalacjami, nie żądając jednak aby każda z tych serwerowni była wyposażona we wszystkie wymienione w tym warunku instalacje. Przyjęta przez Odwołującego interpretacja nie może być jednak przesądzająca. Stanowi ona subiektywną ocenę, nakierowaną na doprowadzenie do przyjęcia interpretacji odpowiadającej ofercie tego wykonawcy, która to interpretacja nie znajduje jednak oparcia w samej treści warunku, jak również, co do której Odwołujący nie skorzystał, na etapie wezwania, ze środków ochrony prawnej, poprzestając na przedstawieniu polemiki ze stanowiskiem Zamawiającego. Należy przy tym wskazać, że przedmiotem odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2079/14, nie była kwestia interpretacji ww. warunku. W toku rozprawy Zamawiający wskazał, że warunek z pkt V.2.2 lit b) SIWZ nie musiał dotyczyć jednego zadania, stwierdzając, że mogła to być bliżej nie oznaczona ilość zadań, przy czym podkreślono, że w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający nie przywoływał takiej interpretacji, bo w tym zakresie nie było zarzutu. Abstrahując od okoliczności, iż powyższe nie było objęte przedmiotem zarzutów, czemu dał wyraz także Zamawiający w toku rozprawy w sprawie o sygn. akt KIO 2079/14, należy wskazać, że nawet z zajętego wówczas stanowiska procesowego nie wynika, by Zamawiający dopuszczał możliwość wykazania się realizacją wszystkich instalacji i urządzeń technicznych tylko w odniesieniu do części ze wskazanych przez wykonawcę zadań (gdy wykonawca wykazywał spełnienie warunku kilkoma, a nie jednym, zadaniem).

Podsumowując, w niniejszej sprawie Zamawiający ustalił, iż część z pomieszczeń serwerowni objętych zadaniem wskazanym w poz. 4 uzupełnionego wykazu robót, nie zawierała wszystkich wymaganych instalacji. Jak wskazano wcześniej, przedmiotowej okoliczności Zamawiający nie mógł pominąć przy ponownej ocenie ofert. Jednocześnie, w związku z tym, że poczynione w tym zakresie ustalenia potwierdziły, że zadanie to nie odpowiada treści wymogu zawartego w pkt V.2.2 lit b) SIWZ, Zamawiający powziął prawidłowy i uzasadniony wniosek, iż Odwołujący nie wykazał za pomocą tego zadania spełnienia warunku z pkt V.2.2 lit. b) SIWZ, a w konsekwencji w sposób uprawniony wykluczył wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. W ocenie Izby, Zamawiający nie dopuścił się w tym zakresie żadnych naruszeń, jak również nie dopuścił się naruszenia przepisów art. 24 ust. 4 Pzp oraz art. 22 ust. 1 Pzp. Należy przy tym wskazać, że dla rozstrzygnięcia sprawy nie mogła mieć znaczenia podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że firma Infomex posiada wystarczającą wiedzę i doświadczenie, gdyż wykonała serwerownię o pow. ok 500 m² zawierającą wszystkie wymagane instalacje i urządzenia techniczne. Odwołujący w uzupełnionym wykazie nie powoływał się na wiedzę i doświadczenie ww. firmy w realizacji, na własne potrzeby, serwerowni o pow. 500 m², lecz wskazał zadanie wykonane na rzecz firmy Bolix S.A. dotyczące pomieszczeń serwerowni o pow. 85 m². W zakresie tego zadania Zamawiający mógł więc jedynie weryfikować spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Jak zaś wskazano wcześniej, wykonane w ramach tego zadania, w siedzibie Bolix S.A., serwerownię nie zawierały wszystkich wymaganych instalacji. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp stanowi o wykluczeniu wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Podstawą wykluczenia jest więc brak wykazania, na podstawie wskazanych w ofercie zadań, spełnienia warunku postawionego przez zamawiającego. To, czy pomimo braku wykazania za pomocą wskazanego, przez samego wykonawcę, zadania dany wykonawca posiada bądź stoi na stanowisku o posiadaniu niezbędnego doświadczenia i wiedzy, jest z punktu widzenia ww. przepisu okolicznością irrelevantną. W tej sprawie wykonawca, posługując się wiedzą i doświadczeniem w realizacji zadania na rzecz firmy Bolix S.A., w ramach którego w istocie jedynie 48 m² pomieszczeń serwerowni wykonanych przez Infomex w swoim budynku, posiadało wszystkie wymagane instalacje i urządzenia, nie wykazał natomiast spełnienia warunku z pkt V.2.2 lit b) SIWZ, gdyż serwerownię wykonane w siedzibie Bolix S.A. nie mogły być brane pod uwagę, jako nie zawierające wszystkich wymaganych instalacji. To, czy firma Infomex posiada doświadczenie i wiedzę w realizacji zadań odpowiadających treści warunku z pkt V.2.2 lit b) SIWZ (wskazywane przez Odwołującego 500 m²) nie mogło mieć znaczenia, skoro Odwołujący nie powoływał się na to w uzupełnionym wykazie robót, ani nie składał wówczas dokumentów na tę okoliczność. Izba podzieliła w całości stanowisko Zamawiającego, że twierdzenia i dokumenty składane na okoliczność wykazania, że firma Infomex wykonała we własnym zakresie i na potrzeby własnych działań

biznesowych pomieszczenia serwerowni o pow. ok. 500 m², posiadające wszystkie wymagane w treści warunku V.2.2 lit b) SIWZ instalacje techniczne, nie mogły być wzięte pod uwagę, gdyż uznanie informacji w tym zakresie prowadziłooby w istocie do zaakceptowania powtórnego uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu, co stanowiłoby naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp.

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, zaliczając w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego (§ 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Jednocześnie, stosownie do § 3 pkt 2 lit a) ww. rozporządzenia, Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrot kosztów postępowania odwoławczego, poniesionych przez Zamawiającego, związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie – w wysokości 299,00 zł. Izba za uzasadnione koszty uznała w tym zakresie koszty dojazdu, wykazane w sposób należyty, złożonymi do akt postępowania kopiami biletów na przejazd pociągiem relacji Kraków – Warszawa – Kraków, jak również za uzasadniony i związany z dojazdem na wyznaczone posiedzenie, w związku z godziną wyznaczonego posiedzenia oraz miejscem siedziby Zamawiającego, Izba uznała koszt jednego noclegu, wykazany w sposób należyty złożoną do akt fakturą VAT. Izba uwzględniła w tym zakresie argumenty pełnomocnika Zamawiającego przedstawione dla uzasadnienia konieczności wcześniejszego przyjazdu na wyznaczony termin posiedzenia.

Przewodniczący: