

Sygn. akt: KIO 1965/18

WYROK

z dnia 17 października 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 15 października 2019 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2019 roku przez Omnitec spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Politechnikę Śląską w Gliwicach

przy udziale wykonawcy WASKO spółka akcyjna z siedzibą w Gliwicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1965/19 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Omnitec spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę wykonawcę Omnitec spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Gliwicach.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1965/19

UZASADNIENIE

Zamawiający - Politechnikę Śląską w Gliwicach - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą:

„Dostawa, montaż i konfigurację środowiska wizualizacyjnego (metro klaster) wraz z systemem kopii zapasowych dla Centrum Informatycznego Politechniki Śląskiej”.

Ogłoszenie o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S

141-346816.

Odwołujący w dniu 2 października 2019 roku działając na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Wasko spółka akcyjna z siedzibą w Gliwicach (dalej: Wasko), mimo wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu,
- art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, przez wybór jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty, mimo iż składający ją wykonawca powinien zostać wykluczony z udziału w Postępowaniu,
- art. 26 ust. 1 pkt 16 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z udziału w Postępowaniu wykonawcy Wasko jako wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu,
- z ostrożności procesowej art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Wasko do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie wskazanym przez Zamawiającego w odniesieniu do wykazu dostaw potwierdzających spełniania przez Wasko warunków udziału określonych przez Zamawiającego w SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 23 września 2019 roku, przeprowadzenie powtórnego badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę Wasko, oraz ewentualnie wezwanie Wasko w trybie art. 26 ust 3 Pzp do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie wskazanym przez Zamawiającego w odniesieniu do wykazu dostaw, a w przypadku, gdy takie działanie byłoby niezasadne, wykluczenie wykonawcy Wasko z udziału w Postępowaniu, wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazali, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem oferta Odwołującego może być w Postępowaniu uznana za ofertę najkorzystniejszą, a sam Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu. Zamawiający natomiast wybrał jako najkorzystniejszą ofertę, złożoną przez wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Zamawiający zaś nie przeprowadził wystarczającego badania w tym zakresie, w szczególności nie wezwał wykonawcy Wasko do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie wskazanym przez Zamawiającego w odniesieniu do wykazu dostaw, co niewątpliwie zrobiłby, gdyby dokonał wystarczającej analizy wskazanych przez Wasko dostaw referencyjnych. W przypadku uwzględnienia odwołania, i wykluczenia wykonawcy Wasko oferta Odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu, co bezpośrednio przesądza o istnieniu interesu Odwołującego w podejmowaniu środków ochrony prawnej. Wniesienie odwołania jest zatem uzasadnione i zmierza do ochrony praw Odwołującego.

Odwołujący następująco uzasadniał:

Odwołujący podał, że przedmiotem Postępowania jest dostawa wraz z instalacją i konfiguracją sprzętu komputerowego stanowiącego infrastrukturę sprzętową dla zapewnienia funkcjonowania systemów informatycznych służących do zarządzania uczelnią oraz instalacja i konfiguracja dostarczonego przez Zamawiającego oprogramowania (vSphere, vCenter, Veeam). Postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem procedury wskazanej w

art. 24aa Pzp.

Zgodnie z treścią SIWZ, Zamawiający w zakresie zdolności technicznej wymagał, by ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawcy wykazali się wykonaniem (zakończeniem) nie wcześniej niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert, co najmniej 2 zamówień, z czego każde miało mieć wartość minimum 500 000,00 PLN netto oraz musiało obejmować dostawę i uruchomienie klastra wirtualizacyjnego składającego się z minimum 4 serwerów korzystających z technologii vSAN oraz infrastruktury sprzętowej lub równoważnego rozwiązania opartego o metro klastrer, pracującego w trybie active-active.

Na potwierdzenie powyższego wykonawcy zobowiązani byli złożyć wykaz dostaw, w którym należało szczegółowo rozpisać przedmiot zamówienia, aby Zamawiający mógł jednoznacznie stwierdzić, czy obejmował on dokładnie taki zakres oraz opiewał na takie kwoty jakie zostały wskazane w warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej.

Na potwierdzenie powyższego, a także należytego wykonania wskazanych dostaw, należało również przedłożyć dowody.

Wymóg opisany w SIWZ jest na tyle precyzyjny w ocenie Odwołującego, że nie budzi wątpliwości fakt, że przedmiotem dostawy referencyjnej nie mogła być rozbudowa istniejącego już klastra wirtualizacyjnego, ale jego dostawa i uruchomienie w takiej konfiguracji jak opisana w SIWZ. Ponieważ Zamawiający dopuścił wykazanie się doświadczeniem równoważnym, jednak zastrzegając, że ma ono być oparte o metro klastrer pracujący w trybie active-active, a jednocześnie Zamawiający wymagał by w wykazie dostaw szczegółowo opisać przedmiot dostawy referencyjnej, Odwołujący wskazał, że zakładać należy, że wykonawca posiadający doświadczenie równoważne, musiałby wskazać, że dostarczył on takie właśnie rozwiązanie i wykazać na czym równoważność rozwiązania miałaby polegać.

Odwołujący podał, że wykonawca Wasko złożył w dniu 20 września 2019 roku wykaz dostaw, w którym wskazał na trzy zrealizowane zamówienia. Również referencje od odbiorców dostaw, przy czym dwie referencje wystawione są nie przez odbiorcę rzeczywistego dostaw, ale przez podmioty, wobec których Wasko było podwykonawcą. Jednocześnie Wasko nie przedstawił potwierdzenia należytego wykonania dostaw dla odbiorcy końcowego, którym są zamawiający publiczni. Odwołujący wskazał, że dokonał analizy złożonych dokumentów oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przetargach, w których realizowane były dostawy wskazane przez Wasko i stwierdził, że dwie z wskazanych dostaw nie spełnia wymagań przedmiotowych określonych przez Zamawiającego w SIWZ.

Wasko powołało się na realizację dostawy dla Ministerstwa Sportu i Turystyki w przetargu na „Dostawę, instalację i konfigurację klastra niezawodnościowego”. W ramach dostawy Wasko dostarczyło i uruchomiło, zgodnie z oświadczeniem, klastrer Hitachi Global - Active Device (GAD) pracujący w architekturze metro klastrer w trybie active-active. Klastrer ma działać w dwóch lokalizacjach, składa się z dwóch macierzy (po jednej w każdej lokalizacji), w każdej lokalizacji do klastra zostały podpięte 2 serwery. Odwołujący podał, że z dokumentacji dotyczącej tego zamówienia dostępnej na stronie

wynika,

że przedmiotem zamówienia była dostawa kompletnych, niezbędnych do budowy klastra niezawodnościowego opartego o posiadane przez Zamawiającego, macierzy NetApp E2724 SN: 721527500124 i SN: 721645500401, switchy Brocade 6505 SN: CCD1943M02C i SN: CCD1943M02D oraz dodatkowej biblioteki do serwera backupu, model serwera HP DL380P Sn: C2224807KJ, lub równoważnych. Zamawiający dopuszczał dostarczenie kompletnego, nowego rozwiązania opartego na innej platformie sprzętowo-programowej pod warunkiem zachowania pełnej funkcjonalności i wymaganych parametrów. W OPZ wskazano również, że w skład zamówienia wchodziła budowa klastra niezawodnościowego, na które składały się: rozbudowa posiadanych przez Zamawiającego macierzy, rozbudowa posiadanego przez Zamawiającego systemu backupu, dostawa modułów do macierzy, umożliwiających budowę metro klastrer storage, z którego będą mogły korzystać posiadane przez Zamawiającego serwery Hyper-V, wdrożenie.

Odwołujący argumentował, że z przedstawionej referencji nie wynika, czy przedmiot dostawy zrealizowany został poprzez dostawę nowego rozwiązania. Wasko powołując się na tę dostawę, potwierdza jedynie warunek dostawy rozwiązania opartego o metro-klastrer storage pracujący w trybie active-active, jednak nie potwierdza spełnienia warunku dostawy i uruchomienia klastra wirtualizacyjnego, gdyż ten klastrer był już własnością zamawiającego. Wasko jedynie go przebudowało, a nie dostarczało w tym postępowaniu żadnych serwerów

wirtualizacyjnych, co z kolei było jednym z warunków udziału w Postępowaniu. W związku z tym, że Zamawiający wymagał doświadczenia w dostawie i instalacji klastra wirtualizacyjnego wraz z usługą VSAN lub równoważną w postaci metro-klastra storage - referencja, na którą powołuje się Wąsko SA spełnia tylko drugą część wymagania

Wykonawca Wąsko SA w wykazie dostaw wskazał realizację jako podwykonawca Agfa Sp. z o.o. dostawy i uruchomienia klastra składającego się z 4 serwerów w jednej lokalizacji oraz 3 serwerów w drugiej, dwóch macierzy (po jednej w każdej lokalizacji) podpiętych do serwerów. Dostawa ta była realizowana w ramach zamówienia na „Wdrożenie centralnego systemu archiwizacji wraz z radiologicznym systemem opisowym oraz systemem rozpoznawania mowy dla Centrum Onkologii Instytutu im. Marii Skłodowskiej -Curie Oddziału w Gliwicach”. Dokumentacja tego postępowania jest częściowo dostępna pod adresem archiwizacji-danych-wraz.

Odwołujący podał, że już z opisu przedmiotu dostawy w wykazie dostaw wynika, że jej przedmiotem była dostawa serwerów klastra wraz z macierzami, a nie wymagana przez Zamawiającego dostawa i uruchomienie klastra wirtualizacyjnego składającego się z minimum 4 serwerów korzystających z technologii vSAN oraz infrastruktury sprzętowej lub równoważnego rozwiązania opartego o metro klastr, pracującego w trybie active-active. Ta dostawa również nie spełnia w całości wymagań Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią przepisu art. 24 ust. 1 pkt 11 Pzp, na Zamawiającym ciąży obowiązek wykluczenia wykonawcy, jeżeli nie spełnia on warunków udziału w Postępowaniu. Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że odczytując działania i oświadczenia wykonawcy Wąsko SA jako wprowadzające Zamawiającego w błąd co do spełniania przez niego warunków udziału, złożone w celu uzyskania zamówienia, Zamawiający nie powinien stosować względem tego wykonawcy dobrodziejstwa wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp, pozwalającego na wezwanie wykonawcy który nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym. W Postępowaniu Wąsko złożył bowiem kompletne dokumenty niezbędne do przeprowadzenia Postępowania i nie zawierają one błędów, jak również nie budzą wątpliwości, które można by wyjaśnić bez wymiany tych dokumentów na inne, potwierdzające spełnianie warunków w Postępowaniu. Odwołujący wskazał, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp jest podnoszony jedynie z ostrożności procesowej, gdyby Zamawiający przed wykluczeniem Wąsko chciał wyjaśnić podniesione przez Odwołującego zarzuty w trybie tego przepisu. Niezależnie jednak Odwołujący podniósł, że potwierdzenie się zarzutów z odwołania skutkować powinno również wykluczeniem Wąsko na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, stosowany względem wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 2 października 2019 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy - Środki

ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy - Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy.

Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)

V.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu jak również stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego zawarte w piśmie z dnia 14 października 2019 roku „Pismo procesowe przystępującego WASKO S.A.” - Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez uczestnika postępowania odwoławczego w ww. piśmie i do pisma załączone.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone na rozprawie przez Odwołującego.

Izba oddaliła wniosek dowodowy Zamawiającego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z uwagi na brak wskazania okoliczności, na które dowód z opinii biegłego miał zostać przeprowadzony uwzględniając brak prezentowania w tym zakresie stanowiska przez

Zamawiającego. Dowód z opinii biegłego nie może zastępować stanowiska Zamawiającego. Brak było w postępowaniu odwoławczym stanowiska Zamawiającego prezentującego argumentację odnoszącą się do problematyki jakiej miałby dotyczyć dowód z opinii biegłego. Zamawiający nie podał zakresu ustanowienia biegłego jak również nie wskazał okoliczności (pytań do biegłego), które pozwoliłyby na dokonanie przez biegłego oceny i badania materiału, który również nie został przez Zamawiającego zakreślony, jako ten podlegający ocenie przez biegłego.

VI.

W zakresie zarzutów odwołania Izba ustaliła i zważyła:

Izba ustaliła:

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SWIZ) Zamawiający w Rozdziale 5 - Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia, pełnomocnictwo i inne dokumenty określił warunek udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznej:

Wykonanie przez wykonawcę (zakończenie) nie wcześniej niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert, co najmniej 2 zamówień, z czego każde:

- o wartości minimum 500 000,00 PLN netto,
- musi obejmować dostawę i uruchomienie klastra wirtualizacyjnego składającego się z minimum 4 serwerów korzystających z technologii vSAN oraz infrastruktury sprzętowej lub równoważnego rozwiązania opartego o metro klastrer, pracujący w trybie activ-activ.

Izba zważyła:

Na potrzeby rozpoznania zarzutów przedmiotowego odwołania w pierwszej kolejności niezbędnym jest rozstrzygnięcie problemu artykułowanego przez Strony postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego tj. rozumienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej.

Zamawiający wykonując ciążące na nim ustawowe obowiązki wskazuje warunki udziału w postępowaniu. Choć w tym zakresie ustawa uległa zasadniczej zmianie - obecnie Zamawiający wskazuje warunek udziału w postępowaniu, a nie dokonuje opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu - w wyniku nowelizacji z lipca 2016 roku, to nadal aktualne pozostaje w tym zakresie orzecznictwo Izby i sądów powszechnych. Aby możliwe było skuteczne zweryfikowanie wykonawców, niezmiennie wskazuje się w orzecznictwie, że wymagania im stawiane muszą być skonkretyzowane (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 7 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 984/08). Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków musi być jednoznaczny, a dokumenty, jakimi ma wykazać się wykonawca muszą być konkretnie określone i wskazane (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 938/08,

wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2012 roku sygn. akt KIO 485/12; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 października 2013 roku sygn. akt KIO 2384/13).

W ocenie Izby nadal aktualne pozostaje utrwalana przez lata teza, że postanowienia w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, obecnie postanowienia dotyczące warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Regulacje odnoszące się do warunku udziału w postępowaniu czytane zatem muszą być tak jak zostały napisane, literalnie, tak aby nie pozostawiać marginesu na interpretację i domysły. Tak więc wymagania, które określa Zamawiający wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ (porównaj: wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII Ga 446/08). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, dorozumianym znaczeniu w obliczu danej sprawy o udzielenie zamówienia publicznego czy założeniach czynionych na potrzeby oceny. Ukształtowany przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej należy i musi być odczytywany tak jak on brzmi. Zgodnie z treścią jaka została zawarta w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający wymagał, aby wykonawca posiadał doświadczenie w wykonaniu (zakończenie), nie wcześniej niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert, co najmniej 2 zamówień, z czego każde o wartości minimum 500 000,00 PLN netto, musi obejmować dostawę i uruchomienie klastra wirtualizacyjnego składającego się z minimum 4 serwerów korzystających z technologii vSAN oraz infrastruktury sprzętowej lub równoważnego rozwiązania opartego o metro klastr, pracujący w trybie activ-activ.

W rozpoznawanej sprawie spornym jest rozumienie warunku w odniesieniu do elementów jakie musi obejmować dostawa i uruchomienie klastra wirtualizacyjnego składającego się

z minimum 4 serwerów korzystających z technologii vSAN oraz infrastruktury sprzętowej lub równoważnego rozwiązania opartego o metro klastr, pracujący w trybie activ-activ. Wymagania postawione w warunku przez Zamawiającego są w ocenie Izby jednoznaczne, jasne, zrozumiałe. Zamawiający tak ukształtował warunek udziału w postępowaniu, że alternatywnie („lub”) dopuścił możliwość jego wykazania przez wykazanie się dostawą i uruchomieniem klastra wirtualizacyjnego składającego się z minimum 4 serwerów korzystających z technologii vSAN oraz infrastruktury sprzętowej, ale także alternatywnie

przez wykazanie się dostawą i uruchomieniem równoważnego rozwiązania opartego o metro klastr, pracujący w trybie activ-activ. Tym samym, po pierwsze jednoznaczne gramatycznie jest, że wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dopuszczone jest przez wykazanie zrealizowania jednego z dwóch rodzajów zamówień opisanych alternatywnie.

W ocenie Izby Zamawiający jako rozwiązanie równoważne przyjął rozwiązanie oparte o metro klastr pracujący w trybie activ-activ (za równoważne Zamawiający przyjął rozwiązanie, a nie ilość serwerów czy infrastrukturę sprzętową). Zamawiający jednocześnie nie określa w warunku co rozumie przez rozwiązanie równoważne - nie definiuje w żaden sposób równoważności rozwiązania, które dopuścił poza wskazaniem, że jest to rozwiązanie oparte o metro klastr pracujący w trybie activ-activ. Niezasadnym, niewłaściwym i niedopuszczalnym jest w tym miejscu dokonywanie jakiegokolwiek wykładni ukształtowanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu i przypisywanie treści określonego warunku udziału w postępowaniu znaczenia jakiego on nie ma w jego literalnym brzmieniu. Izba wskazuje, że argumentacja Odwołującego odnosząca się do rozumienia warunku z odniesieniem do wykładni technicznej jakiej dokonał Odwołujący w odniesieniu do wykładni warunku, jak również z odniesieniem do konieczności wykazywania równoważności wykazanych dostaw z uruchomieniem nie znajduje uzasadnienia. Nie może być uznana za prawidłową i jest niezgodna z ukształtowanym doktryną przedmiotu i orzecznictwem rozumieniem jednoznaczności treści warunku, której nie można wyinterpretowywać, a której jednoznaczność gwarantuje poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych, w szczególności zasady równego traktowania wykonawców, bowiem „taka sama miara” literalnie ukształtowanego warunku odnoszona jest do wszystkich wykonawców, jak również zasada konkurencyjności i przejrzystości. Ukształtowany warunek należy odczytywać w taki

sposób jaki został on zapisany, tym samym tworzenie wykładni w pryzmacie technicznych uwarunkowań nie mieści się w znaczeniu językowym warunku udziału w postępowaniu i nie może być brane pod uwagę jako prawidłowe. Warunek, choć alternatywnie możliwy do spełnienia, jest jednoznaczny w ocenie Izby. Wykonawca wykaże doświadczenie, gdy wskaże zamówienia obejmujące dostawę i uruchomienie klastra wirtualizacyjnego składającego się z minimum 4 serwerów korzystających z technologii vSAN oraz infrastruktury sprzętowej - jest to jednoznaczne brzmienie warunku. Jednocześnie Zamawiający alternatywnie dopuścił możliwość wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez równoważne rozwiązanie oparte o metro klastr, pracujący w trybie activ-activ. W ocenie Izby odniesienie przez Zamawiającego w warunku do równoważnego rozwiązania nie może być odczytywane przez pryzmat np. ilości serwerów jaka została opisana w pierwszej części warunku, ponieważ ta równoważność nie została w żaden sposób zdefiniowana przez Zamawiającego - co w warunku zdaje się być praktycznie niemożliwym - a w ocenie Izby równoważność należy odnosić do uznania przez Zamawiającego rozwiązania opartego o metro klastr jako równoważnego do tego, które zostało określone w pierwszej części warunku udziału w postępowaniu. Zaznaczenia wymaga, że Zamawiający jednoznacznie podał dla pierwszego z rozwiązań technicznych jakie zostało określone w warunku, a którym można wykazać spełnienie warunku, że ma składać się z 4 serwerów korzystających z technologii vSAN - Odwołujący odnosząc się do „równoważności” twierdził, że winien był dla drugiego rozwiązania technicznego również wykazać dostarczenie 4 serwerów, jednakże pominął w zupełności wskazanie przez Zamawiającego technologii vSAN i fakt pracy w technologii mono klastra. W trakcie rozprawy uczestnik postępowania odwoławczego wskazał, że klastr wirtualizacyjny i rozwiązanie oparte o metro klastr funkcjonalnie służą do tego samego - nie było to kwestionowane przez żadną ze stron postępowania odwoławczego. Uczestnik postępowania odwoławczego wyjaśnił również, że rozwiązanie oparte o metro klastr stanowi rozwiązanie techniczne, które może być oparte o serwery, ale również może być oparte tylko o macierze i wtedy serwery nie są wymagane. Odwołujący wskazał, że do metro klastra muszą być dołączone

serwery, aby możliwe było uruchomienie klastra wirtualizacyjnego zawierającego pamięć, moc obliczeniową i przestrzeń dyskową, tak jak wymagał to Zamawiający - jednakże w ocenie Izby Zamawiający w ukształtowanym warunku udziału w postępowaniu niczego takiego nie wymagał. Odwołujący nie wskazał treści warunku, która odnosiłaby się do tych kształtowanych przez niego wymagań, natomiast wyinterpretowanie z postanowień SIWZ znaczeń, które nie zostały literalnie wskazane w warunku udziału w postępowaniu nie może stanowić podstawy do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W warunku wszelkie istotne dane i parametry które podlegałyby weryfikacji muszą zostać podane, muszą zostać wprost wyrażone w tym warunku. Takie działanie i argumentacja Odwołującego nie znajduje uzasadnienie.

„Równoważność”, do której referuje Odwołujący, która musiałaby być wykazywana na etapie składania wykazu dostaw na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu nie mieści się w żaden sposób w ugruntowanym od lat stanowisku odnoszącym się do jednoznaczności brzmienia warunku udziału w postępowaniu oraz dokumentów składanych na potwierdzenie wykazania spełnienia warunku. W zasadzie taka próba wykładni wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykazywanie równoważności (choć niezbyt wiadomo w jakim zakresie bo technologie są zupełnie inne) jaką kreuje Odwołujący prowadzi do całkowitego zaprzeczenia dotychczasowego znaczenia warunku jako jednoznacznie wykreowanego obowiązku w stosunku do wykonawców ubiegających się o zamówienie, którzy to wykonawcy również w sposób jednoznaczny muszą wykazać, że taki warunek spełnili. Odwołujący stara się nadać w swoim stanowisku sformułowaniu lub równoważnego rozwiązania znaczenie, którego nie nadał mu Zamawiający w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podnosząc, że wykonawca posiadając doświadczenie

równoważne, musiałby wykazać, że dostarczył on takie właśnie rozwiązanie i wykazać na czym równoważność rozwiązania polegał. Odwołujący swoje twierdzenia i zarzuty stara się opierać o zupełnie inne regulacji prawne z ustawy Prawo zamówień publicznych, które nie mają zastosowanie do instytucji warunku udziału w postępowaniu, a odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia i przedmiotu oferowanego w zamówieniu. „Równoważność” w takim znaczeniu jakie stara się mu nadać Odwołujący w procedurze zamówieniowej dopuszczona jest jedynie w odniesieniu do przedmiotu zamówienia (art. 29 ust. 3 ustawy, art. 30 ust. 4 ustawy), przy czym wykonawca oferujący rozwiązania równoważne w oferowanych przedmiotach - dostawach usługach bądź robotach budowlanych - obowiązany jest wykazać, że spełniają one wymagania określone przez Zamawiającego (art. 30 ust. 5 ustawy). Zaznaczenia wymaga, że regulacje te dotyczą jedynie opisu przedmiotu zamówienia i oferowanego przedmiotu - nie dotyczą i nie mogą dotyczyć informacji składanych w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Fakt, że wykonawca miał w Wykazie dostaw szczegółowo rozpisać przedmiot zamówienia, w celu aby Zamawiający mógł jednoznacznie stwierdzić, czy obejmował on dokładnie taki zakres oraz opiewał na takie kwoty jakie zostały wskazane w warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej w żaden sposób w ocenie Izby nie stanowi o tym,

że wykonawca ma opisywać jakąś równoważność. Wykonawca składający Wykaz dostaw nie musiał opisywać żadnej „równoważności” spełnienia warunku, ponieważ Zamawiający sam zdecydował co rozumie za alternatywne rozwiązanie równoważne, którego realizacja zamówienia również potwierdzi spełnienie warunku udziału w postępowaniu (Zamawiający bardzo szeroko i alternatywnie wskazał warunek), a po drugie, sam Zamawiający nie wymaga opisanego na czym polega owa wskazywana przez Odwołującego „równoważność”. W obowiązku rozpisania przedmiotu zamówienia Zamawiający odnosi jednoznacznie do zakresu (...) jaki został wskazany w warunku, nie pozostawia to również miejsca na żadne wykładnie czy interpretacje warunku jakich próbuje dokonywać Odwołujący. Odwołujący sam wskazał w uzasadnieniu odwołania (strona 3), że zakładać należy obowiązek wykazania tej równoważności, co również potwierdza, że Odwołujący przeprowadził interpretację warunku udziału w postępowaniu, a co nie wynika w żaden sposób z postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Izba stwierdziła również Odwołujący całą argumentację zawartą w odwołaniu opiera na własnym rozumieniu warunku udziału w postępowaniu i konieczności spełnienia w dostawach i uruchomieniu wykazywania równoważności polegającej na wykazaniu dostawy serwerów wirtualizacyjnych. Takie założenie Odwołującego stanowiące budowę uzasadnienia podniesionych zarzutów powoduje, mając na uwadze całą powyższą argumentację Izby, że zarzuty odwołania są niezasadne, oparte na nieistniejącej podstawie faktycznej, tym samym Izba uznała je za niezasadne. Odwołujący bowiem wskazuje na niespełnienie wymagań w odniesieniu do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, których Zamawiający nie określił. Jednocześnie za niezasadną należało uznać argumentację odnoszącą się do naruszenia zasady Prawa zamówień publicznych.

W odniesieniu do wskazanej w Wykazie dostaw realizacji zamówienia dla Ministerstwa Sportu i Turystyki, po pierwsze - co w odniesieniu do powyżej wskazanej argumentacji Izby jest kluczowe - sam Odwołujący w uzasadnieniu odwołania (strona 5) podniósł w odniesieniu do tej pozycji Wykazu, że Zamawiający wymagał doświadczenia

w dostawie i instalacji klastra wirtualizacyjnego wraz z usługą VSAN lub równoważną

w postaci metro klastra storage - referencja, na którą powołuje się Wasko SA spełnia tylko drugą część wymagania. Izba podkreśla, że Odwołujący sam potwierdził, że referencyjna dostawa potwierdza dostawę i uruchomienie metro klastra pracującego trybie activ-activ - co ma kluczowe znaczenie dla rozpoznania zarzutów. Izba wskazuje jednocześnie, że Odwołujący kolejny raz w swoim stanowisku prezentuje niezasadne, niewynikające z treści warunku jego rozumienie dokonując własnej interpretacji. Zamawiający wymagał bowiem wykazania się w warunku jednym z dwóch dopuszczonych przez Zamawiającego rodzajów rozwiązań w zrealizowanych zamówieniach, Zamawiający nie określił jako równoważnego rozwiązania przez odniesienie do równoważności usługi vSAN, jak stara się to wyinterpretować Odwołujący, który w zupełności pominął, że Zamawiający odnosił się do równoważnego rozwiązania, a nie równoważnej usługi.

Dla wykazania spełnienia warunku niezbędnym było wskazanie zakończonego zamówienia, które musi obejmować dostawę i uruchomienie klastra wirtualizacyjnego składającego się z minimum 4 serwerów korzystających z technologii vSAN oraz infrastruktury sprzętowej lub równoważnego rozwiązania opartego o metro klastr, pracujący w trybie activ-activ. Zamawiający jednoznacznie podał jaki zakres ma obejmować zamówienie i z warunku tego nie wynika w żaden sposób, że dostawa i uruchomienie klastra nie może dotyczyć klastra uruchamianego w istniejącym już środowisku - z warunku wynika, że dostawa i uruchomienie mają być wykonane.

Mając na uwadze przedstawioną przez uczestnika postępowania odwoławczą argumentację, w tym załączone do pisma procesowego dokumenty Izba uznała, że wskazana referencyjna dostawa potwierdza spełnienie wykazania warunku udziału w postępowaniu. Wasko dostarczyło w ramach tego zamówienia 2 nowe macierze, nie dostarczało elementów do macierzy NetAPP - dostęp do macierzy NetAPP, która była w posiadaniu Zamawiającego następuje przez dostarczone macierze Hitachi - dostarczył i uruchomił klastr Hitachi Global-Active-Device (GAD). Odwołujący nie wykazał, że nie nastąpiła dostawa macierzy niezbędnych do budowy metro klastra, przy czym nie jest wymagane dostarczenie do budowy metro klastra serwerów - w zakresie tej okoliczności Odwołujący również nie przeprowadził dowodu i nie wykazał, że do budowy metro klastra pracującego w trybie activ-activ niezbędna jest dostawa serwerów. Przedstawione przez Odwołującego opis przedmiotu zamówienia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dla Ministerstwa Sportu i Turystyki potwierdza istniejące w tamtym postępowaniu wymagania przedmiotowe, jednakże Odwołujący pominął załączone do pisma procesowego uczestnika postępowania odwoławczego odpowiedzi na pytania w tym postępowaniu, które w efekcie

doprowadziły do dopuszczenia zaoferowania rozwiązania równoważnego w postaci dostarczenia nowego rozwiązania. Odwołujący nie wykazał, że takie nowe rozwiązanie - w istniejącym już środowisku Zamawiającego - nie zostało dostarczone. Wręcz przeciwnie, odnosząc się do Dokumentacji powykonawczej referencyjnego zamówienia w trakcie rozprawy Odwołujący wskazał, że przedmiotowo treść tej dokumentacji powykonawczej

zgodna jest z wymaganiami warunku w obecnie prowadzonym postępowaniu przez Politechnikę Śląską. Odwołujący kwestionował Dokumentację powykonawczą wskazując, że nie wie, czy ta dokumentacja została sporządzona na potrzeby tego postępowania

odwoławczego, czy faktycznie po wykonaniu tamtego zamówienia - w ocenie Izby brak wiedzy po stronie Odwołującego co do istnienia czy nieistnienia dokumentacji nie może stanowić argumentacji, którą Izba bierze pod uwagę przy jej ocenie. To po stronie Odwołującego leży obowiązek dowiedzenia twierdzeń jakie on podnosi. Jednocześnie pełnomocnik uczestnika postępowania odwoławczego złożył oświadczenie do protokołu, że Dokumentacja powykonawcza istnieje i została złożona w Ministerstwie Sportu i Turystyki. Izba zaznacza w tym miejscu ponownie, że sam Odwołujący w uzasadnieniu odwołania przyznał, że to zamówienie potwierdza doświadczenie wykonawcy Wasko w części alternatywnie ukształtowanego warunku w odniesieniu do metro klastra. Izba uznała jako bezprzedmiotowy dla rozpoznania sprawy jest przedstawiony przez Odwołującego dokument - zapytanie do Ministerstwa Sportu i Turystyki, bowiem sam fakt złożenia pytania nie dowodzi żadnych okoliczności w przedmiotowej sprawie odwoławczej, z drugiej strony pismo to jest oparte na budowanej przez Odwołującego w sposób nieuprawniony i niewłaściwy wykładni warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby w odniesieniu do wykazanej realizacji zamówienia dla Ministerstwa Sportu i Turystyki Zamawiający dokonując oceny spełnienia warunku przez to zamówienie nie napuścił art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy. Izba nie stwierdzała również żadnych okoliczności mających uzasadniać zastosowanie procedury z art. 26 ust. 3 ustawy tj. uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, czy też jakichkolwiek okoliczności stanowiących podstawę do wyjaśniania treści Wykazu dostaw czy złożonego Poświadczenia.

W odniesieniu do wskazanego w Wykazie dostaw zamówienia dla Agfa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej Agfa), w realizacji zamówienia dla Centrum Onkologii - Instytut im Marii Skłodowskiej -Curie Oddział w Gliwicach Odwołujący w odwołaniu wskazał, że dostawa nie spełnia w całości wymagań Zamawiającego i wskazał na to, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w ramach tego zamówienia realizowana była dostawa serwerów klastra wraz z macierzami, a nie wymagana przez Zamawiającego dostawa i uruchomienie klastra wirtualizacyjnego składającego się z minimum 4 serwerów korzystających z technologii vSAN oraz infrastruktury sprzętowej lub równoważnego rozwiązania opartego o metro klastrer, pracującego w trybie active-active.

W Wykazie dostaw Odwołujący wskazał, że przedmiotem realizacji była dostawa i uruchomienie klastra składającego się z 4 serwerów w jednej lokalizacji oraz 3 serwerów w drugiej lokalizacji i dwóch macierzy po jednej w każdej lokalizacji. Stanowisko to oświadczył również w trakcie rozprawy wskazując, że zrealizował dla Agfy dostawę 2 macierzy i 7 serwerów pracujących w trybie klastra niezawodnościowego. Z oświadczenia Agfa załączonego do Wykazu dostaw również wynika, że w ramach tej realizacji dokonano wdrożenia systemu pamięci masowej oraz wdrożenia serwerów. Podkreślenia wymaga, że realizacja tego zamówienia odbywała się na rzecz Agfa, a nie Centrum Onkologii, co oczywiście nie stanowi żadnej przeszkody w wykazywaniu uzyskanego doświadczenia. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że Wasko na rzecz Agfa nie zrealizował dostawy i wdrożenia zamówienia potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Wskazywany przez Odwołującego brak zaoferowania licencji (pkt 49 i 50) przez Agfa nie został przez Odwołującego dowiedziony, a ze stwierdzenia w opisie przedmiotu zamówienia w parametrach granicznych utworzonego przez Centrum Onkologii - Instytut im Marii Skłodowskiej -Curie Oddział w Gliwicach, który przedstawił Odwołujący, nie wynika w żaden sposób, że licencje dla wymienionych funkcjonalności nie zostały dostarczone. Odwołujący w swojej argumentacji w zupełności pomija sposób składania oświadczeń w tym formularzu i nie wyjaśnia w jaki sposób wykonawca miał wskazać owe licencje. Odwołujący powinien był to wykazać, że Wasko nie dostarczyło Agfie przedmiotowych licencji - podkreślenia wymaga, że zamówieniem referencyjnym jest zamówienie realizowane pomiędzy Wasko, a Agfą. Odwołujący winien wykazać, że nie zostały dostarczone takie licencje skoro stanowiły one element istotny w ocenie uruchomienia klastra, tym bardziej, że z przedstawionego oświadczenia Agfy załączonego do Wykazu dostaw wynika, że następowały wraz z dostawą wdrożenia - do czego Odwołujący w zupełności się nie odnosi. Przedstawiona przez Odwołującego informacja z Centrum Onkologii - Instytut im Marii Skłodowskiej -Curie Oddział w Gliwicach musi być oceniana z uwzględnieniem

wniosku jaki skierował Odwołujący. Wniosek Odwołującego zawiera szeroki opis wymagań jakie miał spełnić wdrożony projekt, który to opis stanowi interpretację Odwołującego w odniesieniu do treści warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a który oparł Odwołujący o przyjęte przez siebie rozumnie równoważności spełnienia wymagań - co powoduje, że wniosek jak i odpowiedź na ten wniosek są w zupełności bezprzedmiotowe dla rozpoznania tej sprawy. Zauważenia wymaga również, że Odwołujący w trakcie argumentacji przedstawia ofertę Agfy (załącznik nr 2.2 do SIWZ) dla Centrum Onkologii - Instytut im Marii Skłodowskiej -Curie Oddział w Gliwicach jednocześnie pomija protokoły odbioru czterech etapów, w których posiadanie wszedł w odpowiedzi na własny wniosek o udostępnienie informacji. Należy założyć, że protokoły te odnosiły się do tego czy owe licencje, do których referował Odwołujący, a które w jego ocenie miały znaczenie dla uznania czy utworzono metro klastr (z użyciem dostarczonych macierzy) zostały dostarczone ostatecznemu odbiorcy tj. Centrum Onkologii - Instytut im Marii Skłodowskiej -Curie Oddział w Gliwicach. Zasadniczo protokoły te również zapewne odnosiły się do przedmiotu zrealizowanego w ramach zamówienia - faktycznie wykonanych działań na podstawie zawartej umowy, której co należy przypomnieć wdrożenie centralnego systemu archiwizacji wraz z radiologicznym systemem opisowym oraz systemem rozpoznawania mowy. Odwołujący nie wykazał również w żaden sposób, że przedmiotowe licencje niezbędne dla utworzenia metro klastra nie zostały dostarczone Agfie przez Wasko.

Mając na uwadze całą powyższą argumentację, również przedstawioną na wstępie stanowiska Izby, Izba uznała, że Wasko wskazując zamówienie realizowane na rzecz Agfy w realizacji zamówienia dla Centrum Onkologii - Instytut im Marii Skłodowskiej -Curie Oddział w Gliwicach potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Agfa w piśmie załączonym do pisma procesowego uczestnika postępowania odwoławczego jednoznacznie wskazała, że Wasko wykonała dostawę 2 macierzy oraz 7 serwerów pracujących w trybie klastra niezawodnościowego z aktywnymi węzłami (metro klastr), co w ocenie Izby, mając na uwadze brak przeciwdowodów

Odwołującego pozwala na uznanie, że w oceniając Wykaz dostaw w odniesieniu do przedmiotowego referencyjnego zamówienia Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy. Izba nie stwierdzała również żadnych okoliczności mających uzasadniać zastosowanie procedury z art. 26 ust. 3 ustawy tj. uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, czy też jakichkolwiek okoliczności stanowiących podstawę do wyjaśniania treści Wykazu dostaw czy złożonego oświadczenia Agfy.

Mając na uwadze całą powyższą argumentację Izba wskazuje także, za ugruntowanym w orzecznictwie stanowiskiem, że dla zastosowania normy art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy muszą zajść następujące przesłanki, a mianowicie (1) przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością (2) informacja ta wprowadziła w błąd Zamawiającego, (3) błąd ten polegał na przyjęciu przez Zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, a (4) przedstawienie informacji musi być wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Wskazane przesłanki muszą być stosowane łącznie, a niewykazanie zaistnienia jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że Zamawiający nie stosując art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy nie naruszył tej ustawy. Odwołujący w złożonym odwołaniu w zasadzie nie podjął nawet próby wykazania zaistnienia ww. przesłanek

Przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością stanowi pierwszą z przesłanek z punktu 16 art. 24 ust. 1 ustawy. Informacja niezgodna z rzeczywistością, informacja nieprawdziwa (informacja wprowadzająca w błąd) to złożone przez wykonawcę oświadczenie wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego, którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy. W orzecznictwie Izby ugruntowane jest stanowisko w zakresie tego co powinno być traktowane jako informacja nieprawdziwa, niezgodna z rzeczywistością (porównaj wyrok KIO 1633/11). Dla oceny czy mamy do czynienia z informacją niezgodną z rzeczywistością, która to, jak przed nowelizacją ustawy z 22 czerwca 2016 roku, „informacja nieprawdziwa” (w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy sprzed nowelizacji) nie ma definicji legalnej zawartej w ustawie pomocne jest orzecznictwo sądowe. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. II CKN 1095/99 (za sądem apelacyjnym), czytamy, iż pojęcie "prawda", "prawdziwy", bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Zdaniem Sądu Najwyższego, we wszystkich tych przypadkach pojęcie "prawda" rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z "faktami" i "danymi"), co odpowiada - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie -

zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. Zaznaczenia wymaga, że podanie informacji niezgodnych z rzeczywistością odpowiada podaniu informacji nieprawdziwych, chodzi tym samym o obiektywną niezgodność treści podanego oświadczenia z rzeczywistością. Informacje podawane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowią oświadczenia wiedzy składane w sposób celowy, stanowią odpowiedź na ukształtowane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWIZ warunki udziału w postępowaniu, dlatego też muszą być rozpatrywane w pryzmacie staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru prowadzonej działalności przez wykonawców. Do czynności Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 14 ustawy, mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. Tym samym czynność wykonawcy polegająca na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego należy oceniać w pryzmacie cywilistycznym, a więc dokonując oceny dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 października 2003 roku sygn. akt V CK 311/02 wskazał, że „wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny. Jego zastosowanie w praktyce polega najpierw na dokonaniu wyboru modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania się dłużnika z takim wzorcem postępowania. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można osobie zobowiązanej postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje nie tylko niezgodność jego postępowania z modelem, lecz także uwarunkowana doświadczeniem życiowym możliwość / powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania. Miernik postępowania dłużnika, którego istota tkwi w zaniechaniu dołożenia staranności, nie może być formułowany na poziomie obowiązków nie dających się wyegzekwować, oderwanych od doświadczeń i konkretnych okoliczności”. Jak wskazuje się w orzecnictwie, należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwania, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności. Uwzględniając cywilistyczny kontekst oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powyższa argumentacja musi być uwzględniona przy ocenie spełnienia kolejnej z przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy. Ustawodawca w regulacji art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy zaznaczył, że wykonawca „wprowadził zamawiającego w błąd”, zatem ustawodawca przesądził, że jest to czynność dokonana wykonawcy. Tym samym działanie wykonawcy musi prowadzić do faktycznego wywołania u Zamawiającego mylnego wyobrażenia o okolicznościach odnoszących się do podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Zamawiający dokonał oceny złożonych dokumentów i uznał, że uczestnik postępowania odwoławczego nie podlega wykluczeniu, a wykazane doświadczenie potwierdza spełnienie określonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie miał wątpliwości co do oceny przedstawionych dokumentów. Kluczowym dla rozstrzygnięcia zarzutów postawionych przez Odwołującego jest ocena zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, a ta ocena, co zostało wykazane powyżej nie dowodzi spełnienia przesłanek ww. przepisu, a tym samym zaistnienia podstawy do wykluczenia Wasko z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu - obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych.

W tym sformalizowanym postępowaniu wymaga dostrzeżenia, że zasady prawa zamówień publicznych mogą zostać naruszone przez równe i każde zachowania podmiotów starających się o udzielenie zamówienia. Każdy z wykonawców zainteresowanych postępowaniem chce złożyć ofertę i wygrać zamówienie, chce zawrzeć kontrakt ale nie jest to wystarczającym uzasadnieniem dla podnoszenia przez jednego z wykonawców, argumentacji o uchybieniach w działaniu Zamawiającego, które nie potwierdziły się, których nie wykazał, a które miały zmieniać czynność Zamawiającego, a co odbyłoby się kosztem możliwości uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę, bowiem naruszenie zasad (w tym art. 7 ust. 1 ustawy) określonych w ustawie zawsze należy odnosić do wszystkich podmiotów będących uczestnikami postępowania, bowiem wszystkich zasady te obowiązują.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia w sprawie

(Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba nie zasadziła kosztów wynagrodzenia pełnomocnika dla Zamawiającego z uwagi na brak złożenia do akt sprawy rachunku obejmującego wynagrodzenie pełnomocnika (§ 3 ust. 2 lit. b ww. rozporządzenia). Podkreślenia wymaga, że wysokość kosztów postępowania ustala się w oparciu o złożone przez strony rachunki, brak przedstawienia rachunków uniemożliwi ich ustalenie.

Przewodniczący: