

WYROK

z dnia 28 maja 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2020 r. przez wykonawcę Budimex Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Politechnikę Gdańską

przy udziale wykonawcy NDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie i NDI Sopot Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego nr 4 i nakazuje zamawiającemu Politechnice Gdańskiej unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie i NDI Sopot Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V ust. 2 lit. c pkt 5 SIWZ odnoszącego się do doświadczenia przedstawiciela wykonawcy;

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Politechnikę Gdańską w części 1/4 oraz odwołującego Budimex Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w części 3/4 i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 23 600 zł 00 gr

(słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz koszty poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od zamawiającego Politechniki Gdańskiej na rzecz odwołującego Budimex Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 2 300 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzysta złotych zero groszy).

publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 448/20

Uzasadnienie

Zamawiający Politechnika Gdańska prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę budynku CK STOS z zagospodarowaniem terenu w ramach realizacji projektu „Utworzenie w Gdańsku Centrum Kompetencji STOS (Smart and Transdisciplinary Knowledge Services) w zakresie infrastruktury B+R” (nr postępowania ZP/229/022/R/19). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 września 2019 r. pod numerem 2019/S 184-446883. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 2 marca 2020 r. wykonawca Budimex Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców NDI Sp. z o.o. NDI Sopot S.A. (dalej jako „Konsorcjum NDI”) oraz zaniechaniu wykluczenia ww. Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, a także zaniechaniu wezwania Konsorcjum NDI do uzupełnienia w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego przedstawiciela wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania

Konsorcjum NDI w sytuacji, w której wykonawca ten, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd opisane w uzasadnieniu odwołania, dotyczące spełniania warunków określonych w Rozdziale V pkt 2 lit. c ppkt 2, 3 i 4 SIWZ odnoszących się do posiadania wymaganego doświadczenia w zakresie należytego wykonania w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert robót budowlanych tamże opisanych, które to informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, ewentualnie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 1, ust. 3, ust. 4 i ust. 6 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum NDI do złożenia uzupełnień w zakresie odnoszącym się do wykazania, iż spełnia ono warunki

udziału w postępowaniu zdefiniowane w Rozdziale V pkt 2 lit. c ppkt 2, 3 i 4 SIWZ.

2. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania

Konsorcjum NDI w sytuacji, w której wykonawca ten, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd w zakresie odnoszącym się do doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót branży sanitarnej weryfikowanego w ramach kryterium oceny ofert zdefiniowanego w Rozdziale XIV ust. 6 pkt 2 SIWZ, które to informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje

podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, ewentualnie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty Konsorcjum NDI w ramach kryterium pozacenowego odnoszącego się do kierownika robót branży sanitarnej wbrew znaczeniom tego kryterium wynikającym z treści SIWZ, co skutkowało przyznaniem Konsorcjum NDI nieprawidłowej (zbyt dużej) ilości punktów za osobę proponowaną do pełnienia rzeczowej funkcji;

3. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum NDI w sytuacji, w której wykonawca ten, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd w zakresie

odnoszącym się do doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy wymaganego dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu zdefiniowanego w Rozdziale V ust. 2 lit. c pkt 6) SIWZ, które to informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzję podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, ewentualnie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum NDI do złożenia uzupełnień w zakresie odnoszącym się do wykazania, iż dysponuje ono lub będzie dysponować kierownikiem robót budowlanych spełniającym wymagania zdefiniowane w warunku opisanym w Rozdziale V ust. 2 lit. c pkt 6 SIWZ;

4. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum NDI do uzupełnienia wykazu osób w sytuacji, w której Konsorcjum NDI nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu zdefiniowanego w Rozdziale V ust. 2 lit. c pkt 5 SIWZ odnoszącego się do przedstawiciela wykonawcy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenie Konsorcjum NDI z postępowania, ewentualnie modyfikację punktacji przyznaje Konsorcjum NDI w ramach kryterium odnoszącego się do doświadczenia kierownika robót branży sanitarnej (poprzez przyznanie w tym zakresie maksymalnie 3 pkt) oraz wezwanie Konsorcjum NDI do uzupełnień w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Uzasadniając zarzut nr 1 Odwołujący, bazując na dokumentach złożonych przez Konsorcjum NDI w toku postępowania o udzielenie zamówienia na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V ust. 2 pkt 2, 3 i 4 SIWZ wskazał m.in., iż w zakresie inwestycji wskazanej w poz. 2 wykazu robót, Sprint S.A. (podmiot trzeci, na zasoby którego się powołano) występował zasadniczo w roku inwestora, który jedynie część prac koniecznych do wykonania wykonał siłami własnymi. Pozostałe prace, w tym w szczególności roboty budowlane oraz roboty w zakresie klimatyzacji, do których nawiązuje opis warunków udziału w postępowaniu, zostały zlecone przez Sprint S.A. jako inwestora do wykonania innym wykonawcom robót. Zdaniem Odwołującego uwzględniając regulacje kodeksowe charakteryzujące umowę o roboty budowlane, Sprint S.A. we wskazanych powyżej obszarach pełnił względem poszczególnych wykonawców funkcję inwestora, nie zaś generalnego wykonawcy. Odwołujący zwrócił uwagę, iż za wykonanie robót budowlanych, robót w zakresie klimatyzacji, UPSy i agregaty, instalacje gaszenia i prace w zakresie BMS wraz z automatyką bezpośrednią odpowiedzialność ponosiły odrębne od Sprint S.A. podmioty, a tym samym tylko one mogły przypisać sobie status wykonawcy, a w konsekwencji uzyskanie doświadczenia w realizacji tych obszarów. Odwołujący zauważył, że w swoim oświadczeniu z dnia 23 stycznia 2020 r. spółka ta wprost wskazała, że własnymi siłami wykonała jedynie prace w zakresie instalacji elektrycznych (co jest także zbieżne z profilem działalności Sprint

S.A.), zaś wykonanie pozostałego zakresu prac zleciła pięciu różnym wykonawcom. Odwołujący podkreślił także, że Sprint S.A. na swojej stronie internetowej przedstawia się jako integrator systemów informatycznych specjalizujący się w rozwiązaniach IT dla smart city, tworzeniu oprogramowań ułatwiających zarządzanie bezpieczeństwem, zapewnianiu bezpieczeństwa danych i systemów teleinformatycznych, usługach serwisu. Zdaniem Odwołującego Sprint S.A. w ramach robót wskazanych w poz. 2 wykazu wykonać mógł jedynie prace z obszaru swojej specjalizacji tj. instalacje elektryczne, instalacje p.poż, CCTV, SSWiN, kontroli dostępu oraz instalacji sieci logicznej.

Odwołujący dodał, że w świetle art. 22a ust. 4 ustawy Pzp i przedstawionego przez Konsorcjum NDI zobowiązania do udostępnienia zasobów spółka Sprint S.A. zobowiązana byłaby do zrealizowania tych części zamówienia, do realizacji których udostępniane zasoby są wymagane, co w tym przypadku oznaczałoby konieczność realizacji przez Sprint S.A. zakresów weryfikowanych w ramach Rozdziału V ust. 2 pkt 2-4 SIWZ. co wymagałoby wykonania odpowiednich prac zarówno konstrukcyjnych, jak i instalacyjnych (instalacje elektryczne i sanitarne) charakterystycznych dla budynku serwerowni, odbiegających od typowych rozwiązań. Odwołujący podkreślił wagę jaką ma posiadanie przez podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia realnego doświadczenia w wykonaniu specyficznych elementów inwestycji, powołał się na wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 568/18. Zdaniem Odwołującego Sprint S.A. w zakresach powierzonych innym wykonawcom (roboty budowlane, instalacje sanitarne) mogła pełnić funkcje wyłącznie inwestorskie, co determinuje brak jakiegokolwiek jej udziału w ich warstwie wykonawczej. Dodał, że brak nabycia przez spółkę Sprint S.A. koniecznego doświadczenia wynika już z samego faktu roli jaką spółka ta pełniła w ramach omawianej realizacji, jeśli nawet jednak uznać, że spółka Sprint S.A. pełniła w zakresach zleconych innym podmiotom funkcję generalnego wykonawcy, nadzorującego z perspektywy wykonawczej prace swoich podwykonawców, to tak sprawowany nadzór również uznać należałoby za niewystarczający dla faktycznego nabycia wiedzy i doświadczenia w tych zakresach. Odwołujący powołał się na orzeczenie TSUE z 4

maja 2017 r. w sprawie Esaprojekt, a także wyroki Izby z dnia 22 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2571/17; z dnia 26 maja 2017 r., sygn. akt KIO 905/17, KIO 925/17, KIO 933/17 z dnia 11 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 568/18.

W oparciu o powyższą argumentację Odwołujący wskazał, iż Konsorcjum NDI wprowadziło Zamawiającego w błąd, składając oświadczenie, że poprzez dysponowanie potencjałem spółki Sprint S.A. legitymuje się doświadczeniem zdefiniowanym w Rozdziale V ust. 2 pkt 2-4 SIWZ. Jego zdaniem sposób skonstruowania oświadczeń przedstawionych przez Konsorcjum NDI Zamawiającemu był taki, by wywołać wrażenie, że firma Sprint S.A. wykonała roboty, które są istotne dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W szczególności zwrócił uwagę na dokument z dnia 26 listopada 2019r., przedstawiony przez Konsorcjum NDI do oferty, w którym spółka Sprint S.A. oświadczyła, że była na przedmiotowym kontrakcie „jednocześnie inwestorem i wykonawcą”. Sformułowanie to sugerowało, że całość robót składających się na inwestycję była wykonywana przez Sprint S.A, co z kolei świadczyłoby o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Dopiero w odpowiedzi na dodatkowe pytania ze strony Zamawiającego, Konsorcjum NDI przyznało, że Sprint S.A wykonywała tylko część robót (i to nie te, które są istotne dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu), przy czym nawet na tym etapie Sprint S.A. posługiwała się sformułowaniem „podwykonawca” wobec współpracujących z nią podmiotów, które sugerowało, że spółka ta miała pozycję analogiczną do pozycji generalnego wykonawcy. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum NDI można zarzucić co najmniej działanie lub zaniechanie nieumyślne, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, jako że Konsorcjum NDI nie dochowało należytej staranności, weryfikując oświadczenia przedłożone przez Sprint S.A., które kolejno samo przedstawiło Zamawiającemu, a w konsekwencji przypisywało sobie kompetencje, którymi realnie nie dysponuje na potrzeby przedmiotowego postępowania. Odwołujący omówił szczegółowo regulację wyrażoną w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przywołując stanowiska wyrażane w literaturze i orzecznictwie. Wskazał, iż podając informacje odnoszące się do doświadczenia spółki Sprint S.A., Konsorcjum NDI nie wykazało się wymaganą starannością, a na skutego jego działania Zamawiający błędnie uznał, że Konsorcjum NDI w zakresie weryfikowanym warunkami udziału w postępowaniu zdefiniowanymi w Rozdziale V ust. 2 pkt 2- 4 SIWZ może skutecznie korzystać z zasobów spółki Sprint S.A. Odwołujący powołał się także na stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażone w wyroku z dnia 20 lipca 2018 r., sygn.. akt XXIII Ga 849/18.

Na wypadek braku podzielenia przez Izbę ww. argumentacji, Odwołujący wskazał na konieczność wdrożenia procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wobec niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum NDI. W tym zakresie dodał, że brak jest niezależnej informacji o tym, czy udostępnione przez Sprint S.A. roboty budowlane zostały wykonane w sposób należyty, Konsorcjum NDI przedstawiło bowiem w tym zakresie jedynie oświadczenie własne Sprint S.A. Odwołujący wskazał na wyrok z dnia 3 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2873/13 podkreślając, iż przez wzgląd na brak istnienia w przypadku tzw. realizacji własnych elementów odbioru i oceny prac przez niezależny podmiot w klasycznym ujęciu możliwość posługiwania się tego typu realizacjami w procedurze udzielania zamówień publicznych jest kwestionowana co do zasady. Niezależnie od tego Odwołujący wskazał, że niewystarczającym byłoby posługiwanie się w tym zakresie oświadczeniem własnym, zwłaszcza, że w ramach przedkładanych Zamawiającemu wyjaśnień, sam wykonawca przyznał, że w obrocie prawnym istnieją dokumenty pochodzące od podmiotu trzeciego, który finansował przedsięwzięcie i których podpisanie (sporządzenie) jest przez samą firmę Sprint S.A. uznawane za potwierdzenie należytego wykonania zadania. Odwołujący powołał się także na § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podkreślając że odstępstwo od przedkładania referencji pochodzących od podmiotu trzeciego ma charakter wyjątkowy, nie podlegający wykładni rozszerzającej.

Uzasadniając drugi z podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, iż rozwiązania technologiczne zastosowane w ramach inwestycji „Budowa serwerowni CBPIO” na którą powołano się w odniesieniu do osoby wskazanej w pkt 4 formularza oferty Konsorcjum NDI na stanowisko kierownika robót branży sanitarnej (p. J. S.) nie przewidywały mocy chłodniczej dostępnej dla sprzętu serwerowego IT na poziomie deklarowanym przez Konsorcjum NDI, tj. „nie mniej niż 2000 kW”. Odwołujący powołał się na dokumentację postępowania dotyczącego ww. inwestycji, zgodnie z którą należało wykonać instalację chłodzenia technologicznego i odzysku ciepła obejmującego: 1) jeden dry cooler z modulem dochładzania zraszaniem wodnym o mocy chłodniczej co najmniej 900 kW przeznaczony dla obiegu niskotemperaturowego, który należy umieścić na dachu budynku BST, 2) jeden dry cooler z modulem dochładzania zraszaniem wodnym o mocy chłodniczej co najmniej 500 kW przeznaczony dla obiegu wysokotemperaturowego DLC (Direct Liquid Cooling), który należy umieścić na dachu budynku BST, 3) Jeden chiller wewnętrzny chłodzony cieczą ze sprężarkami turbocore o mocy chłodniczej co najmniej 735 kW przeznaczony dla obiegu niskotemperaturowego. Powyższe, zdaniem Odwołującego, oznacza, że w ramach tej inwestycji przewidziane zostało co do zasady wykonanie dwóch układów chłodzenia: układu

wysokotemperaturowego i niskotemperaturowego:

- układ wysokotemperaturowy składał się z urządzenia opisanego w pkt 2) powyżej, które dzięki zamontowanemu wymiennikowi pełniło jednocześnie funkcję odzysku. Tak zaprojektowany i bazujący na tego typu urządzeniu układ daje możliwość korzystania z mocy chłodniczej o mocy 500 kW.
- układ niskotemperaturowy składający się z elementów opisanych w pkt 1) i 3) powyżej, a więc składający się z agregatu wody lodowej chłodzonej wodą (agregat wewnętrzny - chiller o mocy 735kW - wskazany w pkt 3)) oraz dry collera usytuowanego na zewnątrz (dry cooler o mocy 900 kW - opisany w pkt 1)). Tak określony układ dzięki zamontowanym wymiennikom ciepła po stronie skraplacza i parownika będzie spełniał dodatkowe funkcje: odzysk i freecooling. Tak zaprojektowany i bazujący na tego typu elementach układ daje możliwość korzystania z mocy chłodniczej o mocy 735 kW. Powyższe wynika z faktu, że moc urządzeń pracujących w jednym układzie nie podlega sumowaniu - urządzenia te działają w sposób komplementarny, co oznacza, że działanie jednego z nich uzależnione jest od pracy drugiego i są one wzajemnie powiązane, nie zaopatrując pomieszczenia w odrębne, niezależne moce chłodnicze. Mówiąc obrazowo - chiller usytuowany wewnątrz pomieszczenia ma zadanie „przyjąć” temperaturę w tym pomieszczeniu wytworzoną; dry cooler umieszczony na dachu tak „przyjętą” temperaturę ma następnie odprowadzić. Innymi słowy, moc tak zaprojektowanego układu chłodzenia wynosić będzie 1235 kW.

W związku z tym, w ocenie Odwołującego, całkowita moc chłodzenia przewidziana dla obiektu na omawianej inwestycji według opisanych powyżej założeń to 1235 kW (500 kW mocy układu wysokotemperaturowego i 735 kW mocy układu niskotemperaturowego). Odwołujący wskazał ponadto, iż okoliczność, że w ramach omawianej inwestycji wykonany został taki system chłodzenia jak opisany powyżej przez Odwołującego potwierdza dokumentacja powykonawcza, na którą Odwołujący się powołał w treści odwołania. Z ostrożności Odwołujący wskazał także, iż przeanalizował możliwość alternatywnego wykorzystania potencjału technologicznego urządzeń składających się na opisywany system chłodzenia. W wyjątkowych przypadkach związanych z bardzo niską zewnętrzną temperaturą, system chłodzenia mógłby być oparty na dwóch chłodnicach, co dawałoby możliwość korzystania z mocy maksymalnej o wartości 1400 kW (900 kW dry cooler w obiegu niskotemperaturowym i 500 kW dry cooler w obiegu wysokotemperaturowym). W takiej sytuacji wyłączona byłaby przy tym możliwość korzystania z chillera wewnętrznego. Jeśli chłodnica o mocy 900 kW dedykowana co do zasady do chłodzenia chillera wewnętrznego miałaby być podłączona bezpośrednio do pomieszczenia serwerowego, to wówczas chiller wewnętrzny zostałby pozbawiony elementu chłodzenia. Bez połączenia chillera z urządzeniem chłodniczym chiller nie będzie funkcjonował (urządzenie albo w ogóle się nie włączy albo wyłączy się na skutek przegrzania). Wynika to z faktu, że urządzenia typu chiller wewnętrzny muszą być chłodzone (należy do nich podłączyć chłodnicę), z uwagi na fakt, że dostarczając energię chłodniczą do instalacji same generują ciepło.

W ocenie Odwołującego powyższe okoliczności determinują, że Konsorcjum NDI przedstawiając w ramach formularza oferty informacje dotyczące projektu pn. „Budowa serwerowni CBPIO” powoływane jako doświadczenie Pani J. S. (kierownika robót branży sanitarnej) dla celów kryterium pozacenowego, wskazując na moc chłodzenia na poziomie co najmniej 2000kW, posłużyło się nieprawdziwą informacją. Podkreślił, że moc chłodnicza dostępna dla sprzętu serwerowego na inwestycji referencyjnej kierownika robót branży sanitarnej stanowi kluczowy i niewrażliwy element tak w aspekcie zdefiniowanego przez Zamawiającego kryterium oceny ofert, jak i w aspekcie realizacyjnym. Co za tym idzie, skoro gradacja przyznawanych przez Zamawiającego punktów w ramach kryterium oceny ofert uzależniona była tylko i wyłącznie od mocy chłodniczej zrealizowanego przez daną osobę systemu chłodzenia, to tak określana moc chłodzenia winna być szczegółowo określona i zweryfikowana przez wykonawcę. Zdaniem Odwołującego brak wymaganej staranności po stronie Konsorcjum NDI co do określenia mocy chłodzenia omawianej inwestycji, uzasadniający zarzut posłużenia się nieprawdziwą informacją co najmniej w warunkach niedbalstwa i lekkomyślności, potęguje okoliczność, że szczegółowe informacje dotyczące omawianej inwestycji dostępne są w domenie publicznej. Odwołujący wskazał ponadto, iż omawiana informacja dotycząca mocy chłodzenia miała nie tylko potencjalny wpływ na podejmowane w toku postępowania decyzje, ale wpływ ten był na tyle realny i rzeczywisty, że dzięki uzyskaniu 4 pkt w ramach kryterium pozacenowego (na skutek określenia mocy chłodzenia na poziomie 2000 kW), oferta Konsorcjum NDI mogła uzyskać status oferty najkorzystniejszej (uzyskując przewagę nad kolejnym w rankingu wykonawcą zaledwie o 1,29 pkt). Jednocześnie z ostrożności - na wypadek gdyby Izba nie uznała zasadności wykluczenia Konsorcjum NDI przez wzgląd na posłużenie się nieprawdziwą informacją, Odwołujący podniósł iż z uwagi na przytoczoną argumentację, Zamawiający powinien dokonać ponownej weryfikacji i korekty punktacji przyznanej Konsorcjum NDI w ramach kryterium pozacenowego dotyczącego kierownika robót branży sanitarnej i przyznanie maksymalnie 3 pkt.

Uzasadniając trzeci z podniesionych zarzutów Odwołujący zwrócił uwagę na wartość inwestycji podanej przez Konsorcjum NDI jako doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy (p. D. K.), tj. zadania „Budowa kompleksowego Centrum Sportowego Akademii Marynarki Wojennej - realizacja II etapu obejmującego budowę basenu z zapleczem na terenie Akademii Wojennej w Gdyni”, którą określono jako 21 550 466,00 zł netto (wartość zadania, wartość robót). Odwołujący wskazał, iż ww. kwota stanowiła wartość całej umowy realizowanej w ramach inwestycji, przy czym wartość samych robót budowlanych nie przekroczyła wymaganej przez Zamawiającego zgodnie z Rozdziałem V ust. 2 lit. c ppkt 6 SIWZ, wartości 20 mln złotych brutto. Wskazał, że omawiana inwestycja poza wykonaniem robót budowlanych zakładała też wykonanie szeregu innych prac, szczegółowo opisanych w dostępnej na stronie zamawiającego dokumentacji, takich jak zagospodarowanie terenu i kompleksowe wyposażenie obiektu, obejmujące dostawę zarówno technologii basenowej, jak i dostawę pozostałego wyposażenia, stanowiące istotne i kosztotwórcze elementy realizacyjne. Odwołujący zauważył, że literalna treść warunku zawężała wymaganą wartość do wartości samych robót budowlanych zrealizowanych w ramach danej inwestycji. Odwołujący również w tym przypadku przedstawił argumentację wskazującą na wypełnienie przez zachowanie Konsorcjum NDI dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, a z ostrożności na wypadek uznania, że nie zachodzi ww. podstawa wykluczenia, wskazał na konieczność zastosowania w odniesieniu do spornego warunku art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Podniósł ponadto, iż w razie braku posiadania przez p. K. innego doświadczenia spełniającego wymagania warunku udziału w postępowaniu, przedstawienie innej osoby przez Konsorcjum NDI powinno skutkować modyfikacją punktacji przyznanej w kryterium pozacenowym odnoszącym się do doświadczenia kierownika budowy.

Uzasadniając zarzut czwarty podniesiono, iż na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w Rozdziale V ust. 2 lit. c ppkt 5) SIWZ, Konsorcjum NDI wskazało na stanowisko przedstawiciela wykonawcy p. M. S., legitymującego się doświadczeniem zdobytym w okresie od 4 października 2013 r. do października 2015 r. co nie spełnia jednoczesnego parametru czasookresu i długości sprawowanej funkcji określonego w treści warunku („przez okres minimum 12 miesięcy w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert”). Odwołujący zauważył, że z uwagi na fakt, iż termin składania ofert upływał 4 grudnia 2019 r., w ramach tak definiowanego czasookresu p. S. na referencyjnej inwestycji posiada wyłącznie 10-miesięczne doświadczenie (od 4 grudnia 2014 r. do 8 października 2015 r.). Zdaniem Odwołującego literalna treść warunku wskazuje, iż Zamawiający posługując się ww. sformułowaniem przesądził, że wymagany okres 12 miesięczny musi mieścić się w przedziale czasowym wyznaczonym granicą 5 lat przed terminem składania ofert, Zamawiający zdecydował o połączeniu obu tych parametrów. Odwołujący na potwierdzenie swojego stanowiska wskazał na wyrok Izby z dnia 19 marca 2018 r., sygn. akt KIO 412/18. Z uwagi na powyższe, w ocenie Odwołującego, wobec niewykazania spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum NDI do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w tym zakresie.

Zamawiający w dniu 22 maja 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do pierwszego zarzutu Zamawiający powołał się na wyroki Izby z dnia 10 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2686/17 oraz z dnia 16 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 594/18. Zdaniem Zamawiającego brak jest przeszkód do powołania się na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu robotą budowlaną realizowaną na własną rzecz przez podmiot trzeci. Brak jest także podstaw, by realizowanym przez taki podmiot robotom musiał towarzyszyć odbiór zewnętrzny, wystarczające jest w tym zakresie złożone pod rygorem odpowiedzialności karnej oświadczenie podmiotu trzeciego uzupełnione wyjaśnieniami Konsorcjum NDI oraz wiedza własna Zamawiającego dotycząca rynku usług serwerowych. Brak jest także istnienia po stronie Konsorcjum NDI obowiązku przedłożenia dokumentów potwierdzających rozliczenie projektu.

Zamawiający wskazał także, iż przyjęcie poglądu Odwołującego co do braku możliwości powołania się na doświadczenie nabyte podczas realizacji inwestycji z udziałem podwykonawców, oznaczałoby, iż żadna z robót wykazanych na spełnianie warunku udziału, czy to przez Konsorcjum NDI, czy Odwołującego nie potwierdza doświadczenia tych właśnie podmiotów w zakresie całości zadania inwestycyjnego, a co najwyżej potwierdza doświadczenie dla często wąskiego zakresu prac, który podmioty te realizowały jako generalny wykonawca. Podniósł, iż na rynku dużych inwestycji infrastrukturalnych, z uwagi na ich złożoność i wielobranżowość, generalni wykonawcy posługują się przy realizacji każdego z kontraktów co najmniej kilkunastoma, a często kilkudziesięcioma podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami, nadzorując ich i organizując cały proces budowlany. W ocenie Zamawiającego przykładem nierównego traktowania wykonawców byłby brak możliwości przypisania sobie takiego doświadczenia w przedmiotowej sprawie przez Sprint, albowiem jedyną różnicą jest w tym wypadku to, że w procesie inwestycyjnym połączone zostały role inwestora i generalnego wykonawcy. W ocenie Zamawiającego, wbrew twierdzeniom

Odwolującego, Sprint nie był tylko inwestorem. Inwestor w klasycznym ujęciu nie prowadzi samodzielnie żadnej części robót budowlanych ani nie koordynuje pracy podwykonawców. Sprint realizował znaczną i to w dodatku kluczową część robót i prac, a w pozostałym zakresie koordynował prace innych podmiotów, tak jak to czyni generalny wykonawca, a jednocześnie jako inwestor odbierał prace i przygotowywał dokumentację, która pozwolić miała na rozliczenie unijnej dotacji oraz użytkowanie inwestycji zgodnie z jej przeznaczeniem. Zamawiający powołał się także na wyrok Izby z dnia 30 marca 2018 r., sygn. akt KIO 477/18. Ponadto wyjaśnił, iż wystosowane do Konsorcjum NDI wezwanie było wyłącznie elementem ostrożności Zamawiającego w podejściu do usług własnych. Wskazał, iż wyjaśnienia Konsorcjum NDI potwierdziły fakt wykonania prac, szczegółowo opisały sposób ich realizacji, zaangażowane podmioty oraz organizację procesu inwestycyjnego, jak również wskazały na dodatkowe fakty, takie jak choćby udział Instytucji zarządzających środkami UE. Zamawiający wyszedł z założenia, iż jeśli w proces inwestycyjny były zaangażowane podmioty podwykonawcze, których dane adresowe pozyskał, to dodatkowo uwiarygadnia to zakres robót oraz fakt ich wykonania. Zamawiający wskazał także, iż działając na rynku dostawców szeroko rozumianych usług serwerowych ma własną wiedzę potwierdzającą, iż Sprint realizował ww. inwestycję oraz, że takowa serwerownia faktycznie działa, czemu Odwołujący nie zaprzecza.

W odniesieniu do istnienia podstaw do wykluczenia Konsorcjum NDI na gruncie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Zamawiający przywołał w sposób szeroki orzecznictwo i podniósł m.in., iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, stan wiedzy Zamawiającego po udzieleniu przez Konsorcjum NDI wyjaśnień dot. doświadczenia Sprint nie zmienił się. Dodał, iż nawet w razie uznania, iż Sprint nie nabył wymaganego doświadczenia (co Zamawiający kwestionuje), czy to z uwagi na korzystanie z podwykonawców, czy to z uwagi na fakt, iż była to inwestycja własna, to nie można Konsorcjum NDI zarzucać, iż próbowało wywołać u Zamawiającego jakiegokolwiek mylne wyobrażenie, co do sposobu realizacji inwestycji, czy ról pełnionych przez Sprint.

W zakresie drugiego zarzutu Zamawiający wskazał, iż jak wynika z dokumentacji powykonawczej inwestycji dotyczącej budowy serwerowni CBPIO w Poznaniu w budynku zostały zainstalowane obiegi oraz urządzenia chłodnicze:

- układ niskotemperaturowego chłodzenia technologicznego „prawy” (system NT),
 - wytwornica wody lodowej typu FRIGO TURBO FL 760 T2 0 mocy chłodniczej 740 kW dla parametrów 21/15⁰C,
 - sucha chłodnica dachowa typu XXLDIX 9108 A IOVENT (2x5) - Went. EC SPEC o mocy 901 kW dla parametrów 42/35⁰C, wyposażona w system zraszania,
- układ wysokotemperaturowego chłodzenia technologicznego DLC,
 - sucha chłodnica dachowa XXLDIX 9108 A IOVENT - Went. EC SPEC o mocy 500 kW dla parametrów 29/35⁰C, wyposażona w system zraszania,
- układ ciepła technologicznego dla budynków A i B,
- wymienniki płytowe odzysku ciepła podłączone do systemu DLC i NT o mocy 330 kW,
 - niskotemperaturowy obieg chłodniczy „lewy” wyposażony w wytwornicę wody lodowej (zwany dalej systemem NT2),
 - agregat wody lodowej UNIFI.AIR BREF 1602A o nominalnej mocy chłodniczej (katalogowej) 400 kW.

Zamawiający wyjaśnił, iż zawarł w SIWZ wymaganie o budowie systemu chłodzenia opartego na konkretnej technologii (w tym wypadku woda lodowa) z określeniem mocy chłodniczej dostępnej dla sprzętu serwerowego IT. Oznaczać to powinno, zgodnie z intencją oraz czytając literalnie, że każde urządzenie, które może działać niezależnie i dostarczać moc chłodniczą dla sprzętu serwerowego IT powinno być policzone osobno, ponieważ stanowi niezależny system chłodniczy. W żadnym punkcie wymagań nie zostało napisane, że wymagane jest założenie dostępności mocy jednocześnie w maksymalnej wielkości. Zamawiający wyjaśnił, iż część systemów chłodzenia jest tańszych w eksploatacji niż inne, ale ma większe ograniczenia stosowania (np. konieczne korzystne warunki zewnętrzne) lub wyższe koszty wdrożenia (duże lub bardzo specjalistyczne instalacje). W efekcie wówczas realizowana jest maksymalnie praca na tańszym w eksploatacji systemie, a drugi system uzupełnia tylko w minimalnym niezbędnym stopniu. Dodał, że istnieje konieczność posiadania całości lub części systemów rezerwowych na wypadek awarii bądź planowanych remontów, czyli tzw. redundancji. Stosowane tu są różne poziomy zabezpieczenia, zależnie od

posiadanych środków oraz wymagań szczegółowych. Wymagania technologiczne dla używanych urządzeń/serwerów, np. niektóre modele procesorów wymagają zastosowania bezpośredniego chłodzenia wodnego systemów komputerowych, a to powoduje, że jedynym rozsądnym rozwiązaniem jest tutaj skorzystanie z wysokotemperaturowych systemów typu DLC. Zamawiający wyjaśnił, iż wyżej wskazane czynniki mogą i często są powodem, dla którego nominalna moc możliwa do osiągnięcia przez zainstalowany kompletny system jest mniejsza niż faktycznie zainstalowana i dostępna dla sprzętu serwerowego IT. Dla przykładu Zamawiający wskazał, iż powszechnie stosowanym układem jest redundancja 2N na poziomie systemu, która oznacza iż w przypadku awarii bądź wyłączenia systemu podstawowego (na przykład w celu konserwacji) istnieje pełna rezerwa takiej samej mocy, która normalnie nie jest używana, ale jest dostępna dla sprzętu serwerowego IT i jest dyspozycyjna.

Zamawiający wskazał, iż w powyższej sytuacji dla kierownika robót sanitarnych ilość sprzętu oraz systemów, które podlegają instalacji, a mogą działać samodzielnie, jest dwa razy większa niż jest używana zgodnie z założeniami projektowymi i jaką należałoby wykazać zgodnie ze schematem wyliczeń proponowanym przez Odwołującego. Zdaniem Zamawiającego podejście prezentowane przez Odwołującego jest dyskryminujące dla wykonawców serwerowni, które stosują, bardziej skomplikowane układy z dużo większą ilością urządzeń i mogą się wykazać znacznie mniejszą mocą niż wykonawcy serwerowni, które nie zakładają żadnej redundancji, rezerwy czy optymalizacji kosztów eksploatacji. Układy redundantne są ze swojej natury znacznie bardziej skomplikowane i stawiają większe wymagania kierownikowi robót sanitarnych (kierownikowi robót każdej branży). Z jego punktu widzenia nie ma żadnego znaczenia, jak będzie skonfigurowany zespół niezależnych urządzeń chłodniczych i jak ułoży to działania użytkownik z punktu widzenia technologicznego, podczas gdy nakład pracy oraz wymaganej wiedzy czy doświadczenia kierownika będzie taki sam - instalowana będzie ta sama liczba urządzeń, mocami których steruje następnie dowolnie sam użytkownik. Zamawiający wskazał, iż takie podejście jest o tyle uzasadnione w przypadku inwestycji, dla której postępowanie jest prowadzone, która zakłada wybudowanie serwerowni, która będzie gotowa do certyfikacji zgodnie z wymaganiami Uptime Institute na poziomie przynajmniej Tier III, co oznacza, że będzie gotowa do planowanych remontów każdego dowolnego elementu instalacji serwerowni bez konieczności przerywania funkcjonowania. Tego typu wymagania wymuszają praktycznie stosowanie redundancji we wszystkich możliwych podsystemach, w szczególności chłodniczych. Z tego też powodu od początku intencją Zamawiającego nie była interpretacja, która dyskryminuje wykonawców realizujących bardziej rozwinięte systemy chłodnicze, a preferuje te najprostsze, w których moc dostępna dla systemów IT jest jednocześnie równa mocy zainstalowanej, a brak jest jakiegokolwiek redundancji układów.

Dalej Zamawiający zakwestionował wyliczenia Odwołującego przedstawiając własne, zgodnie z którymi należy przyjąć, że w systemie chłodniczym inwestycji wskazanej przez Konsorcjum NDI dostępne dla sprzętu serwerowego IT jest: w systemie NT: 901 kW oraz 740 kW co daje 1641 kW; -w systemie DLC: 500 kW; w systemie NT2: 400 kW; układy odzysku ciepła: 330 kW. Sumarycznie daje to moc chłodniczą systemu opartego na wodzie lodowej dostępną dla sprzętu serwerowego IT na poziomie 2871 kW, co dalece przekracza deklarowane przez konsorcjum NDI „powyżej 2000 kW”. Dodatkowo Zamawiający podniósł, iż nawet licząc zgodnie z metodą zaproponowaną przez Odwołującego należałoby przyjąć: w systemie NT: 901 kW; w systemie DLC: 500 kW; w systemie NT2: 400 kW; układy odzysku ciepła: 330 kW. Sumarycznie daje to moc chłodniczą systemu opartego na wodzie lodowej dostępną dla sprzętu serwerowego IT na poziomie 2131 kW, co także przekracza deklarowane przez konsorcjum ND „powyżej 2000 kW”.

Kolejną przesłanką, którą zdaniem Zamawiającego należy uwzględnić to fakt, że system chłodzenia przygotowany dla PCSS zakładał konkretne wartości parametrów obiegu chłodniczego, które były konieczne do wyliczenia prezentowanych mocy. W świetle obecnie stosowanych parametrów obiegów chłodniczych są one stosunkowo niskie i zachowawcze - nic nie stoi na przeszkodzie, żeby w tym obiegu zastosować zupełnie inne parametry i w ten sposób uzyskać znacznie większe moce. Mogłoby się to odbyć praktycznie tylko poprzez inne wyregulowanie oraz zmianę ustawień automatyki w układzie. Dla przykładu Zamawiający wskazał, iż chłodnica sucha dachowa zastosowana zarówno w systemie wysokotemperaturowym jak i niskotemperaturowym jest dokładnie tym samym urządzeniem. W przypadku jednego obiegu jest wykazana moc 500 kW, a w przypadku drugiego jest to już 901 kW. Jedyną praktyczną różnicą między tymi obiegami są zakładane temperatury pracy, które można zresztą w trakcie eksploatacji zmienić i uzyskać dużo większą moc, taką samą jak drugiej chłodnicy, więc potencjalnie można wskazać, że także system DLC przy innym założeniu temperatur oraz korzystnych warunkach atmosferycznych może wykazać 901 kW, tak samo jak obieg niskotemperaturowy, zależnie tylko od podłączonych urządzeń końcowych. To podwyższyłoby wskazane powyżej wyliczenia mocy chłodniczej o kolejne 400 kW, co dałoby odpowiednio ok. 3271 kW oraz 2531 kW. Tak samo zmiana różnicy temperatur w obiegach z obecnych 6°C do powszechnie obecnie stosowanych 8°C przy zachowaniu przepływów powinno dać zwiększenie mocy o przynajmniej 30%.

Zamawiający zauważył ponadto, że Odwołujący przy swoich wyliczeniach w ogóle nie uwzględnił obecności w systemie chłodzenia urządzeń do odzysku ciepła na potrzeby budynkowe. Wyjaśnił, iż istotą obiegu chłodzenia technologicznego dla serwerowni jest wyprowadzenie ciepła z urządzeń oraz pomieszczeń, a następnie oddanie tego ciepła. Dla serwerowni nie ma żadnego znaczenia czy oddanie ciepła nastąpiło do atmosfery czy też zostało wykorzystane na potrzeby bytowe w budynkach biurowych lub w jakimkolwiek innym celu, a należy pamiętać, iż możliwości technologicznych jest bardzo wiele. Odzysk ciepła jest takim samym źródłem chłodu, jak każde inne urządzenie specjalizowane dla serwerowni i zgodnie z wymaganiami postawionymi w SIWZ jest to źródło chłodu dostępne dla sprzętu serwerowego IT.

Zdaniem Zamawiającego Konsorcjum NDI deklarując moc chłodniczą „powyżej 2000 kW” dla systemu opartego na wodzie lodowej dostępną dla sprzętu serwerowego IT wykazało daleko posuniętą ostrożność i nie „wskazało najbardziej korzystnych dla niego sytuacji, w których mogłoby liczyć na przyznanie 6 punktów zamiast 5, które otrzymało. Zamawiający odniósł się także do pisma, które Odwołujący przesłał do Zamawiającego poza postępowaniem przed KIO w dniu 10 marca 2020 roku, wskazując, iż jego treść wprowadza w błąd, ponieważ weryfikacja strony internetowej PCSS pozwala ustalić wprost, iż inwestycja pn. Centrum Badawczego Polskiego Internetu Optycznego (CBPIO) w Poznaniu była realizowana wieloetapowo, a przetargi, o które Odwołujący zapytał w trybie dostępu do Informacji publicznej były jednymi z kilku, które się na nią składały. Zamawiający wskazał także, iż etapowość, nomenklatura i zakres inwestycji wykazanej dla Pani J. S., a realizowanej na rzecz PCSS nie mieści się w żadnym z zarzutów odwołania i jako taka nie może być przedmiotem rozpoznania przez KIO. Zamawiający dodał także, że sam fakt, iż Odwołujący prezentuje co najmniej dwa możliwe rozumienia pojęcia „dostępnej mocy chłodniczej”, a Zamawiający dodatkowo w swoim wywodzie prezentuje kolejne możliwe znaczenia tego pojęcia, wskazuje co najwyżej, iż SIWZ go nie doprecyzował, pozostawiając wykonawcom w tym zakresie znaczny margines swobody, a jednocześnie uniemożliwiając Zamawiającemu wyciąganie negatywnych konsekwencji dla wykonawców z takiego, czy innego sposobu liczenia dostępnych poziomów mocy.

Odnosząc się do trzeciego zarzutu Zamawiający podniósł, iż twierdzenie Odwołującego, że wartość robót dla ww. inwestycji była niższa niż 20 000 000 zł brutto jest gołosłowne i nieudowodnione. Niezależnie od powyższego wskazał, iż nie było jego intencją, by wykonawcy z podawanych na potwierdzenie spełniania warunków inwestycji wyodrębniali wartość robót budowlanych. Wartość robót i wartość zadania w intencji Zamawiającego od początku były pojęciami tożsamymi. Zamawiający nie podał w SIWZ żadnych instrukcji i wytycznych, jaką metodyką należy dokonać wydzielenia robót, co można uwzględnić, a czego nie. W związku z powyższym dokonywanie w tej chwili niekorzystnej dla wykonawców interpretacji postanowień SIWZ i wywodzenie, iż wartość robót należałoby wydzielić z wartości zamówienia na roboty budowlane byłoby nieuzasadnione. Zamawiający zwrócił także uwagę, iż Odwołujący odczytał wymagania Zamawiającego w sposób analogiczny jak Konsorcjum NDI i nie wydzielił wartości robót z wartości całego zadania inwestycyjnego. Wskazał jako przykład inwestycję pn. „Budowa Muzeum Pamięci Sybiru — etap II”. Wskazał, iż jak wynika z dostępnej w BIP Urzędu Miejskiego w Białymstoku informacji z otwarcia ofert, wartość oferty Budimex S.A. wyniosła 37 502 700,00 zł brutto, podczas gdy dla potrzeb niniejszego zamówienia Odwołujący podał znacznie wyższą wartość. Nie tylko zatem w tym wypadku mamy do czynienia z nie wydzieleniem przez Odwołującego wartości samych robót z wartości inwestycji, ale wręcz doszło do zawyżenia wartości całego zadania inwestycyjnego w stosunku do wartości umownej.

W odniesieniu do ostatniego, czwartego zarzutu, Zamawiający wskazał, iż nie podziela poglądu Odwołującego o konieczności rozumienia warunku Zamawiającego w ten sposób, iż oba wskazane czasookresy muszą wystąpić jednocześnie. Zamawiający uznaje, iż oceniając roboty już wykonane (zakończone), Zamawiający powinien mieć wyłącznie na uwadze czy termin ich zakończenia nastąpił we właściwym czasie (czyli w 5-letnim okresie poprzedzającym składanie ofert), a jeżeli tak - to w następnej kolejności zbadać, czy minimalny okres trwania usługi spełnia wymagania określone w SIWZ. Zatem jeśli termin zakończenia roboty mieści się w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert przy jednoczesnym spełnieniu warunku, iż usługa trwała dłużej niż 12 m-cy, to robota taka spełnia wymagania Zamawiającego. Dla skutecznego potwierdzenia spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia dla robót już wykonanych, rozpoczęcie realizacji zakończonego już zadania nie ma znaczenia i może wykraczać poza okres 5 lat, ważne jedynie, aby termin zakończenia przypadał w określonym przepisami prawa okresie (Zamawiający powołał się na wyrok KIO z 4 listopada 2010 r., sygn. akt 2280/10 oraz z dnia 26 stycznia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1777/09). W ocenie Zamawiającego interpretacja narzucana przez Odwołującego spowodowałaby wykluczenie z postępowania wykonawców, wykonujących roboty/usługi długoterminowe, o okresach wykonywania dłuższych niż 5 lat, co byłoby sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zamawiający wskazał także, że

SIWZ nie zawiera innych wymogów co do terminu lub okresu w którym powinna być zrealizowana wymagana robota, w tym również nie zawiera zastrzeżenia, że ww. okres realizacji powinien rozpocząć się najpóźniej w dniu odpowiadającym dniowi zakończenia 5 lat kalendarzowych poprzedzających dzień złożenia oferty. Zamawiający uważa, że w tym zakresie kierować się należy zasadą, zgodnie z którą wszelkie niejasności, dwuznaczności i niezgodności SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców. Jakikolwiek wątpliwości w interpretacji warunków i wymagań Zamawiającego postawionych w tym zakresie w SIWZ nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy, nie mogą przesądzać o wykluczeniu wykonawcy z postępowania w przedmiocie udzielenie zamówienia publicznego.

W dniu 25 maja 2020 r. pismo procesowe wraz z dowodami złożyło Konsorcjum NDI, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W odniesieniu do pierwszego zarzutu Przystępujący wskazał m.in., iż Odwołujący błędnie utożsamia pojęcia wykonawcy i wykonawstwa na płaszczyźnie ustawy Pzp (a w konsekwencji doświadczenia zdobytego w tych ramach) z definicją legalną wykonawcy na gruncie przepisów ustawy Prawo budowlane. Podkreślił, że fakt, iż Sprint występował na tej inwestycji zarówno w roli inwestora, jak i w roli wykonawcy nie ma znaczenia z punktu widzenia honorowania przez zamawiających zdobytego przez Sprint w ramach tej inwestycji doświadczenia. Dodał, że przy realizacji tej inwestycji był „jeszcze jeden inwestor” tj. Warmińsko-Mazurska Agencja Rozwoju Regionalnego S.A. - instytucja dofinansowująca projekt ze środków Regionalnego Programu Operacyjnego Warmia i Mazury na lata 2007-2013. Ta okoliczność jest zdaniem Konsorcjum NDI kluczowa w sprawie, gdyż przeczy tezie, jakoby Sprint realizował ww. projekt na własną rzecz, a co za tym idzie nie podlegał żadnym rygorom dotyczącym terminowości i należytej jakości prac. Podkreślił, iż wszystkie terminy wykonania prac w ramach inwestycji Centrum Przetwarzania Danych były narzucone przez Warmińsko-Mazurską Agencję Rozwoju Regionalnego. W przypadku, w którym inwestycja realizowana byłaby nieterminowo, niezgodnie z zasadami gospodarności Sprint nie uzyskalby od instytucji finansującej dofinansowania projektu. Znajdowałby się zatem w identycznej - pod względem finansowym - sytuacji co wykonawca, który zrealizował kontrakt z opóźnieniem i został obciążony kosztami. Rygor, jakiemu podlegał Sprint, był tyleż znaczący, iż zwrot kosztów inwestycji podlegał kontroli z punktu widzenia ich kwalifikowalności.

Przystępujący wyjaśnił także, że wybór podwykonawców przy realizacji inwestycji miał bardzo formalny charakter i odbywał się na identycznych zasadach, na jakich dokonywałby go generalny wykonawca. Dodał, że p. M. M. pełnił funkcję przedstawiciela generalnego wykonawcy, który nadzorował i koordynował przebieg całej inwestycji, w tym prace podmiotów - ekip montażowych i wykonawczych Sprintu oraz firm zewnętrznych, które były zaangażowane w realizację inwestycji CPD. Podkreślił, iż w trakcie realizacji projektu Sprint przede wszystkim każdą pracę koordynował, jak również realizował bezpośredni nadzór kierowniczy. Ponadto wiele prac kluczowych jak budowa sieci zasilającej zasilania podstawowego i gwarantowanego (linia SN 15kV, UPS, agregat prądotwórczy) oraz sieci zasilających systemy klimatyzacji i wentylacji została wykonana przez Sprint. Całkowicie siłami własnymi Sprint wykonał też roboty w zakresie: sieci logicznej transmisji danych, systemów wczesnej detekcji pożaru, systemu telewizji przemysłowej, systemu kontroli dostępu, systemu sygnalizacji włamania i napadu oraz wydzieloną sieć gwarantowanej instalacji elektrycznej. Przystępujący zauważył także, że podmiot na zasobach, którego Odwołujący sam polega w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które zostały określone w Rozdziale V ust. 2 pkt 1-4 SIWZ tj. Budimex S.A. jest w analogicznej sytuacji jak Sprint. Konsorcjum NDI wskazało również, że profil działalności Sprint obejmuje także kompleksowe wykonywanie prac w zakresie systemów chłodzenia i ups wodą lodową oraz wykonywania systemów zasilania i chłodzenia serwerowni. Zwrócił uwagę, że bezpośrednio w ramach inwestycji Centrum Przetwarzania Danych w Olsztynie w zakresie instalacji zasilania gwarantowanego bezpośrednio SPRINT uczestniczył w budowie sieci zasilającej zasilania podstawowego i gwarantowanego (linia SN 15kV, UPS, agregat prądotwórczy) oraz sieci zasilających systemy klimatyzacji i wentylacji. Przedmiotowy zakres prac (odnośnie systemu wentylacji i klimatyzacji) jest zdaniem Konsorcjum NDI kluczowy zarówno pod względem wolumenu tych prac, jak i ich technologicznego znaczenia. Jedynie podłączenie i pierwszy rozruch agregatów i UPS został zlecony dostawcy urządzeń, co jest powszechną praktyką i warunkiem utrzymania gwarancji producenta. Wedle powszechnej wiedzy, przedmiotowe działania zawsze zlecane są na zewnątrz. Natomiast obie ww. czynności zostały przeprowadzone w trakcie budowy serwerowni pod nadzorem Sprint.

W odniesieniu do drugiego zarzutu Konsorcjum NDI wskazało m.in., iż składając ofertę i biorąc pod uwagę specyfikę i ważność systemów chłodzenia dla budynków serwerowni dokonał sprawdzenia dokumentacji referencyjnej inwestycji, aby mieć pewność w zakresie wskazanej przy p. J. S. mocy chłodniczej serwerowni i czy system chłodzenia był oparty na wodzie lodowej. Wskazał, iż zgodnie z Projektem Wykonawczym Instalacji Sanitarnych, a w szczególności z rysunkiem Instalacje Chłodzenia Technologicznego, odzysku ciepła oraz grzania technologicznego Schemat ideowy dla serwerowni Centrum Badawczego Polskiego

Internetu Optycznego został zainstalowany system chłodzenia oparty na wodzie lodowej, w którego skład wchodzi między innymi następujące urządzenia: 1. Dry cooler DSCI LU-VE typ XXLDIX 9108 A IOVENT(2x5) o minimalnej mocy chłodniczej $Q_{chmin} = 900kW$, 2. Wytwornica wody lodowej FIRGO TURBO FL 760 T2 SE o mocy chłodniczej $Q_{ch} = 740kW$, 3. Dry cooler DDLCI LU-VE typ XXLDIX 9108 E IOVENT(2x5) o minimalnej mocy chłodniczej $Q_{chmin} = 500kW$, 4. Odzysk ciepła 1 (W.3) o mocy $Q_{ch} = 330kW$, Odzysk ciepła 2 (W.4) o mocy $Q_{ch} = 330kW$. W związku z powyższym dostępna moc chłodnicza systemu chłodzenia wynosi łącznie: 2060 kW. Przystępujący przedstawił także szczegółową argumentację, wykazującą, iż Odwołujący nie podaje całkowitej dostępnej mocy chłodniczej. Przystępujący zauważył, że dostępna moc układu niskotemperaturowego „prawego” opisanego w pkt 5 ppkt 1 odwołania wynosi $900kW + 330kW$ odzysku i wyjaśnił, że w układach tego typu bardzo często stosuje się system chłodzenia oparty na wodzie lodowej i tzw. freecoolingu oraz odzysk ciepła. Oznacza to, że w takim przypadku chiller wewnętrzny ze względów ekonomicznych jest wyłączany i korzysta się tylko z chłodnicy zewnętrznej. Zdaniem Konsorcjum NDI z dokumentacji dotyczącej spornej inwestycji Odwołujący wyciągnął błędne wnioski, nie wynika z niej bowiem, że elementy opisane w pkt. 5 Ppkt 1 i 5 ppkt 2, str. 18 odwołania składają się na jeden układ niskotemperaturowy. Przystępujący zaznaczył ponadto, że biorąc pod uwagę, że urządzenia opisane w pkt. 29 ppkt 1 i 3 to te same jednostki chłodnicze o symbolu LU-VE typ XXLDIX 9108 A IOVENT(2x5), można by przyjąć, że przy odpowiednich warunkach jednostki te mogą uzyskać sumaryczną moc chłodniczą na poziomie $2 \times 900kW$, co w efekcie dało by całkowitą dostępną moc chłodniczą 2460kW.

W zakresie trzeciego zarzutu Konsorcjum NDI podniosło w szczególności, że na poparcie stawianej tezy Odwołujący nie przedstawia żadnych dowodów. Przystępujący powołał się na Umowę nr 190/2017 z dnia 12 października 2017 r. zawartą z Zamawiającym - Akademią Marynarki Wojennej w Gdyni oraz jej fragmenty dotyczące przedmiotu umowy i wartości robót. Wskazał, iż zgodnie z ww. umową robotą budowlaną (co jest zgodne z definicją zawartą w art. 2 pkt 8 ustawy Pzp) jest wykonanie całego zadania pn. „Budowa Kompleksowego Centrum Sportowego Akademii Marynarki Wojennej — realizacja etapu II obejmującego budowę krytego basenu z zapleczem na terenie Akademii Marynarki Wojennej w Gdyni”. Odnosząc się do stanowiska Odwołującego wskazał także, że do wykonania robót budowlanych należy zaliczyć również takie prace jak „zagospodarowanie terenu”, czy też „dostawę technologii basenowej”. Wyjaśnił, iż przedmiotem ww. zadania nie była jedynie „dostawa technologii basenowej, jak i dostawa pozostałego wyposażenia,” ale również i montaż technologii basenowej oraz wyposażenia, wobec czego ww. prace również składały się na wykonanie robót budowlanych. Z daleko posuniętej ostrożności procesowej, Przystępujący wskazał, iż nawet gdyby przyjąć, iż z kwoty 26 507 048,58 złotych brutto należy odjąć kwotę dotyczącą drobnego wyposażenia basenu takiego jak elementy do nauki pływania, sprzęt ratowniczy, wyposażenie pomieszczeń, to należałoby pomniejszyć ww. wskazaną kwotę o wartość około 733 000 złotych netto, co nie wpływałoby na spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu nr 4 Konsorcjum NDI wskazało, iż doświadczenie podane w wykazie osób przez Przystępującego dla p. M. S. było zdobyte w okresie od 4 października 2013 r. do 8 października 2015 r., a zatem o dwa miesiące wykraczało poza przedział ostatnich pięciu lat w przed terminem składania ofert. Przystępujący podniósł jednak, że p. M. S. spełnia wymagania Zamawiającego, na dowód czego w ramach „samouzupełnienia” przekazał poprawiony wykaz osób w zakresie Przedstawiciela Wykonawcy wraz z dokumentami potwierdzającymi posiadane doświadczenie.

W dniu 25 maja 2020 r. dalsze pismo procesowe wraz z dowodami złożył także Odwołujący. W piśmie tym odniesiono się do stanowiska Zamawiającego przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie, jak również przedstawiono uzupełniającą argumentację do stawianych zarzutów.

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

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego po stronie Zamawiającego przystąpienia do postępowania odwoławczego i dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie i NDI Sopot Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie (dalej „Przystępujący”).

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący - jako podmiot, którego oferta została oceniona jako druga w rankingu ofert i dążący do unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum NDI uznanej za najkorzystniejszą w postępowaniu - wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba włączyła w akta sprawy odwoławczej dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z modyfikacjami i odpowiedziami na pytania wykonawców, informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, w tym ofertę Przystępującego wraz z załącznikami, dokumenty złożone przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwanie z dnia 17 stycznia 2020 r. do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, odpowiedź Przystępującego na ww. wezwanie i załączone do niego dokumenty, zawiadomienie z dnia 31 stycznia 2020 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej, informację z dnia 14 stycznia 2020 r. o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, zawiadomienie z dnia 14 stycznia 2020 r. o uznaniu za nieskuteczne informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum NDI jako tajemnica przedsiębiorstwa i odtajnieniu dokumentów, zawiadomienie z dnia 20 lutego 2020 r.

o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie (odwołanie, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe Przystępującego, pismo procesowe Odwołującego) oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 25 maja 2020 roku. Izba dopuściła i przeprowadziła także dowody z dokumentów załączonych przez Odwołującego i Przystępującego do pism procesowych, jak również dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego w postaci zrzutu ekranu z portalu LinkedIn dot. profilu p. M. M. oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami dla postępowania pn. „Zaprojektowanie i wykonanie instalacji chłodzenia technologicznego, odzysku ciepła oraz grzania technologicznego w budynku sal technologicznych będącym częścią Centrum Badawczego Polskiego Internetu Optycznego przy ul. Jana Pawła II w Poznaniu wraz z dostawą urządzeń” (PN 13/06/2014), przez Zamawiającego w postaci pisma z dnia 11 marca 2010 r. skierowanego przez Zamawiającego do Poznańskiego Centrum Superkomputerowo - Sieciowego oraz odpowiedzi PCSS z dnia 11 marca 2020 r., przez Przystępującego w postaci wyciągu z Projektu technicznego wyposażenia i technologii dla Budowy Centrum Przetwarzania Danych DATA CENTER w siedzibie Sprint Sp. z o.o. (strona tytułowa).

Izba ustaliła, co następuje:

W Rozdziale V SIWZ Zamawiający wskazał warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Zgodnie z ust. 2 lit. c) Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże m.in., że:

- pkt 2: wykonał należycie w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, robotę budowlaną obejmującą swoim zakresem budowę serwerowni, której co najmniej jedno pomieszczenie dla sprzętu serwerowego IT ma powierzchnię co najmniej 150 m²,
- pkt 3 wykonał należycie w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, robotę budowlaną obejmującą swoim zakresem budowę serwerowni o mocy zasilania podtrzymywanego bezprzerwowo co najmniej 300 kW dostępnej w pojedynczym pomieszczeniu dla sprzętu serwerowego IT. Przez zasilanie podtrzymywane bezprzerwowo Zamawiający rozumie system składający się z układu bateryjnego i współpracującego z nim agregatu prądotwórczego,
- pkt 4 wykonał należycie w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, robotę budowlaną obejmującą swoim zakresem budowę serwerowni z systemem chłodzenia opartym na

wodzie lodowej o mocy chłodniczej co najmniej 300 kW dostępnej w pojedynczym pomieszczeniu dla sprzętu serwerowego IT.

Zamawiający zaznaczył, że Wykonawca może wykazać się zadaniem, które spełnia jednocześnie wymogi dla kilku robót budowlanych, o których mowa w pkt 1)-4) powyżej lub wykazać się odrębnymi zadaniami spełniającymi wymogi, o których mowa w pkt 1)-4) powyżej.

- pkt 5 dysponuje lub będzie dysponował osobą przedstawiciela wykonawcy, posiadającą doświadczenie zawodowe w zarządzaniu kontraktami na roboty budowlane jako Przedstawiciel Wykonawcy (lub równoważne stanowisko polegające na zarządzaniu kontraktem/ projektem np. typu Manager Projektu, Dyrektor Kontraktu, Kierownik Zespołu, Kierownik Projektu), w tym doświadczenie w pełnieniu powyższej funkcji ciągle przez okres minimum 12 miesięcy w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert na robocie budowlanej o wartości robót minimum 20 milionów PLN brutto.

- Pkt 6 dysponuje lub będzie dysponował osobą odpowiedzialną za kierowanie robotami budowlanymi pełniącą funkcję kierownika budowy, która: i) posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń; ii) w okresie ostatnich 5 lat, przez minimum 12 miesięcy ciągle, pełniła samodzielną funkcję techniczną na robocie budowlanej o wartości robót co najmniej 20 milionów PLN brutto.

Zgodnie z Rozdziałem VII ust. 1 pkt 1 i 2 SIWZ Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu:

1) wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5/10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów na rzecz których, roboty te zostały wykonane, sporządzonego i wypełnionego według wzoru stanowiącego Załącznik nr 11 do SIWZ, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

2) wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia

i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami - z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 12 do SIWZ.

Ustalonymi w Rozdziale XIV SIWZ kryteriami oceny ofert były cena (60%), termin realizacji zakresu podstawowego zamówienia (9%), czas reakcji na zgłoszenie (10%), doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia (21%). W odniesieniu do kryterium doświadczenia osób ustalono m.in. następujące zasady (ust. 6 ppkt 1 i 2):

„1) Zamawiający przyzna dodatkowe punkty, jeśli wskazany kierownik budowy w okresie ostatnich 5 lat, przez minimum 12 miesięcy ciągle, pełnił samodzielną funkcję techniczną na jednej robocie budowlanej o wartości robót:

- od 25 milionów PLN - <50 milionów PLN - 1 pkt
- od 50 milionów PLN - <75 milionów PLN - 2 pkt
- od 75 milionów PLN - <100 milionów PLN - 3 pkt
- od 100 milionów PLN - <125 milionów PLN - 5 pkt
- od 125 milionów PLN - <150 milionów PLN - 7 pkt
- > 150 milionów PLN - 9 pkt

Ocena oferty w niniejszym kryterium zostanie przeprowadzona na podstawie deklaracji Wykonawcy złożonej w formularzu oferty. W przypadku ubiegania się o ocenę dodatkową dla kierownika budowy, w formularzu oferty należy wymienić roboty budowlane niezbędne do wykazania spełnienia przez tę osobę warunku udziału w postępowaniu oraz robotę deklarowaną ponad wymagane minimum. Za wskazanie roboty określonej powyżej, w niniejszym podkryterium Zamawiający przyzna wyłącznie jedną z powyższych wartości, tj. minimalnie 1 - maksymalnie 9 pkt. (...)

2) Zamawiający przyzna dodatkowe punkty, jeśli wskazany kierownik robót branży sanitarnej

w okresie ostatnich 5 lat, przez minimum 12 miesięcy ciągle, pełnił samodzielną funkcję techniczną w zakresie robót branży sanitarnej na robocie budowlanej obejmującej swoim zakresem budowę serwerowni z systemem chłodzenia opartym na wodzie lodowej o mocy chłodniczej dostępnej dla sprzętu serwerowego IT:

- od 400kW - <800 kW - 1 pkt
- od 800 kW - <1200 kW - 2 pkt
- od 1200 kW - <1600 kW - 3 pkt
- od 1600 kW - <2000 kW - 4 pkt
- od 2000 kW - <2500 kW - 5 pkt
- > 2500 kW - 6 pkt

Ocena oferty w niniejszym kryterium zostanie przeprowadzona na podstawie deklaracji Wykonawcy złożonej w formularzu oferty. W przypadku ubiegania się o ocenę dodatkową dla kierownika robót branży sanitarnej, w formularzu oferty należy wymienić roboty budowlane niezbędne do wykazania spełnienia przez tę osobę warunku udziału w postępowaniu oraz robotę deklarowaną ponad wymagane minimum. Za wskazanie roboty określonej powyżej, w niniejszym podkryterium Zamawiający przyzna wyłącznie jedną z powyższych wartości, tj. minimalnie 1 - maksymalnie 6 pkt."

W postępowaniu wpłynęło 5 ofert, w tym oferta Odwołującego i Przystępującego (informacja z otwarcia ofert z 4 grudnia 2019 r.). Przystępujący w załączniku do formularza ofertowego (pierwotnie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa, ale odtajnionym decyzją Zamawiającego na dalszym etapie postępowania) zawierającym opis doświadczenia osób przewidzianych do pełnienia funkcji określonych w Rozdziale V ust. 2 pkt 6-8 SIWZ, Przystępujący na stanowisko kierownika budowy wskazał p. D. K. powołując się m.in. na jego doświadczenie uzyskane w ramach zadania „Budowa Kompleksowego Centrum Sportowego Akademii Marynarki Wojennej - realizacja II etapu obejmującego budowę krytego basenu z zapleczem na terenie Akademii Marynarki Wojennej w Gdyni” o wartości zadania 21 550 446,00 zł netto. Na stanowisko kierownika robót branży sanitarnej wskazano p. J. S. powołując się m.in. na jej doświadczenie uzyskane w ramach zadania „Budowa serwerowni Centrum Badawczego Polskiego Internetu Optycznego (CBPIO) w Poznaniu” i wskazując w odniesieniu do tej inwestycji rodzaj chłodzenia „woda lodowa, moc chłodnicza serwerowni: nie mniej niż 2000 kW”. Do oferty Przystępujący załączył zobowiązanie Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie z dnia 26 listopada 2019 r. do oddania do dyspozycji NDI Sp. z o.o. zasobów w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych zdobytych podczas realizacji inwestycji pn. „Budowa serwerowni w ramach projektu „Powstanie Centrum Przetwarzania Danych w Olsztynie” polegających na wykonaniu serwerowni o powierzchni 150m2, o mocy zasilania bezprzerwowego większej niż 300 kW dostępnej w pojedynczym pomieszczeniu dla sprzętu serwerowego IT, z systemem chłodzenia opartym na wodzie lodowej o mocy chłodniczej nie mniejszej niż 300 kW dostępnej w pojedynczym pomieszczeniu dla sprzętu serwerowego IT.

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 2 stycznia 2020 r., wystosowane na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, Przystępujący złożył m.in. wykaz robót budowlanych, w którym w poz. 2 wskazano wykonanie robót budowlanych polegających na zrealizowaniu Centrum Przetwarzania Danych w Olsztynie, podając jako podmiot, na rzecz którego roboty wykonano Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie. Do wykazu załączono oświadczenie Sprint S.A. z 26 listopada 2019 r., w którym wskazano, iż Sprint S.A. jako beneficjent programu unijnego, będąc jednocześnie inwestorem i wykonawcą, zrealizowała inwestycję „Powstanie Centrum Przetwarzania Danych” w budynku siedziby spółki w Olsztynie, w ramach której wybudowano serwerownię spełniającą wymagania wskazane w warunku udziału w postępowaniu. Wskazano, iż roboty budowlane zostały wykonane należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, czego potwierdzeniem jest fakt, że Sprint S.A. użytkuje ją w celu prowadzenia działalności gospodarczej. Przystępujący złożył także wykaz osób (zał. nr 12 do SIWZ), w którym na stanowisko przedstawiciela wykonawcy wskazał p. M. S., powołując się na jego doświadczenie zdobyte podczas inwestycji „Budowa zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych przy ulicy Droga Dębińska i Bielinki etap A1 (budynki A i B) oraz etap A2 (budynki G, H, I) w Poznaniu” w okresie 4.10.2013 - 8.10.2015. Na stanowisko kierownika budowy wskazano p. D. K. powołując się na jego doświadczenie zdobyte podczas inwestycji „Budowa Kompleksowego Centrum Sportowego Akademii Marynarki Wojennej - realizacja II etapu obejmującego budowę krytego basenu z zapleczem na terenie Akademii Marynarki Wojennej w Gdyni o wartości zadania 21 550 446,00 zł netto.

Zamawiający w dniu 17 stycznia 2020 r. wezwał Konsorcjum NDI na podstawie art. 26

ust. 3 ustawy Pzp do wyjaśnień w zakresie roboty budowlanej wskazanej w poz. 2 wykazu robót poprzez wskazanie m.in. kto faktycznie realizował ww. roboty, tj. w szczególności czy Sprint S.A. wykonał te roboty siłami własnymi, czy też zlecił ich wykonanie innym podmiotom (Zamawiający poprosił o podanie danych tych podmiotów). W odpowiedzi na powyższe wezwanie Konsorcjum NDI w piśmie z dnia 24 stycznia 2020 r. wyjaśniło, iż roboty z poz. nr 2 Wykazu robót były częściowo realizowane przez Sprint S.A. siłami własnymi oraz częściowo zlecone zostały przez Sprint S.A. innym podmiotom oraz wskazało, iż Sprint S.A. jako inwestor i wykonawca nadzorował wszystkie prace i koordynował realizację przedmiotowej inwestycji we wszystkich branżach. Przystępujący wyjaśnił ponadto, iż szczegółowy wykaz podwykonawców zawarty został w oświadczeniu Sprint S.A. stanowiącym załącznik do wyjaśnień. W oświadczeniu tym firma Sprint S.A. wskazała, iż będąc jednocześnie inwestorem i wykonawcą nadzorowała wszystkie prace i koordynowała realizację przedmiotowej inwestycji we wszystkich obszarach. Siłami własnymi SPRINT S.A. wykonała roboty w zakresie instalacji elektrycznych, instalacji p.poż., CCTV, SSWiN, kontroli dostępu oraz instalacji sieci logicznej. Część robót została powierzona podwykonawcom, nad którymi był sprawowany przez Sprint S.A. nadzór przez cały okres realizacji:

- 1) roboty budowlane - Przedsiębiorstwo Budowlane DANPOL Ż. - L. Spółka Jawna z siedzibą przy ul. 5 Wileńskiej Brygady AK 14d/17, 10-602 Olsztyn;
- 2) roboty w zakresie klimatyzacji - FAST Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
- 3) UPSy i agregaty - DELTA POWER Sp. z o.o. z siedzibą przy w Warszawie;
- 4) instalacja gaszenia - NUUXE RADIOTON Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie;
- 5) prace w zakresie BMS wraz z automatyką - JT Automatyka J. T. z siedzibą w Kwidzynie.

Zamawiający w dniu 31 stycznia 2020 r. zawiadomił wykonawców o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę Konsorcjum NDI. Zamawiający przedstawił punktację przyznaną ofertom w poszczególnych kryteriach oceny ofert, z której wynikało, iż oferta Odwołującego uzyskała łącznie 57,35 pkt, a oferta Przystępującego 58,64 pkt (w tym m.in. 9 pkt za doświadczenie kierownika budowy, 5 pkt za doświadczenie kierownika robót branży sanitarnej, 0 pkt za doświadczenie kierownika robót branży elektrycznej).

W dniu 10 lutego 2020 r. wykonawca Budimex Budownictwo sp. z o.o. w Warszawie, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w konsekwencji którego Zamawiający w dniu 14 lutego 2020 r. zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 31 stycznia 2020 r. Ponadto pismem z dnia 14 lutego 2020 r. Zamawiający zawiadomił Konsorcjum NDI o uznaniu za nieskuteczne informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa i odtajnieniu dokumentów: 1) załącznik nr 1 do formularza oferty w zakresie wykazania danych osobowych, informacji o dysponowaniu tymi osobami, danych dot. ich doświadczenia zawodowego, tj. kierownika budowy, kierownika robót branży sanitarnej, kierownika robót branży elektrycznej, w ramach kryterium oceny ofert (dane osobowe, doświadczenie zawodowe); 2) zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania zasobów w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych, tj. kierownika robót branży sanitarnej; 3) załącznik nr 12 do SIWZ Wykaz osób w zakresie wykazania danych osobowych, informacji o dysponowaniu tymi osobami, danych dot. ich doświadczenia zawodowego, tj. przedstawiciela wykonawcy, kierownika budowy, kierownika robót branży sanitarnej, kierownika robót branży elektrycznej. Postanowieniem z dnia 19 lutego 2020 r. Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 256/20, wobec złożenia w dniu 17 lutego 2020 r. przez Budimex Budownictwo sp. z o.o. w Warszawie oświadczenia o wycofaniu odwołania wniesionego 10 lutego 2020 r. w całości.

Zawiadomieniem z dnia 20 lutego 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu ponownego wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Konsorcjum NDI (z analogiczną punktacją w kryteriach oceny jak w zawiadomieniu z 31 stycznia 2020 r.). W tym samym dniu Zamawiający udostępnił Odwołującemu dokumenty odtajnione pismem z dnia 14 lutego 2020 r.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie odnoszącym się do zarzutu oznaczonego nr 4, w pozostałym zakresie uznając podniesione zarzuty za bezzasadne.

Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum NDI do uzupełnienia wykazu osób w sytuacji, w której Konsorcjum NDI nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu zdefiniowanego w Rozdziale V ust. 2 lit. c pkt 5) SIWZ odnoszącego się do przedstawiciela wykonawcy.

Przytaczając treść przepisów będących podstawą rozstrzygnięcia Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Jak stanowi art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli wykonawca 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, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielania wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby oświadczenie postępowania. Zgodnie z art. 7 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości (ust. 1). Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (ust. 3).

Z akt sprawy odwoławczej wynika, iż Przystępujący w wykazie osób powołał się na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w Rozdziale V ust. 2 lit. c pkt 5 SIWZ na doświadczenie p. M. S. w pełnieniu funkcji przedstawiciela wykonawcy na określonej inwestycji, wskazując jako okres wykonywania czynności 4 października 2013 r. - 8 października 2015 r. Zgodnie zaś z treścią ww. warunku udziału Zamawiający wymagał pełnienia funkcji przedstawiciela wykonawcy „ciągle przez okres minimum 12 miesięcy w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert.” Powyższe okoliczności nie były sporne w postępowaniu.

Izba podzieliła argumentację Odwołującego co do sposobu rozumienia przedmiotowego warunku. Odwołujący słusznie zwrócił uwagę, iż zgodnie z literalnym brzmieniem Rozdziału V ust. 2 lit. c pkt 5 SIWZ wymagany okres dwunastomiesięczny powinien mieścić się w przedziale czasowym wyznaczonym granicą 5 lat przed terminem składania ofert - czyli w okresie pomiędzy 4 grudnia 2014 r. (5 lat przed upływem terminu składania ofert) a 4 grudnia 2019 r. (data terminu składania ofert). Przy czym podkreślić należy, że nie ma tutaj znaczenia moment rozpoczęcia realizacji referencyjnej roboty budowlanej ani moment, kiedy p. M. S. objął funkcję przedstawiciela wykonawcy - istotne jest czy w ww. okresie pełnił on tę funkcję w sposób ciągły przez minimum 12 miesięcy (w podobny sposób wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 19 marca 2018 r., sygn. akt KIO 412/18, na który powołał się Odwołujący). Stanowisko przedstawione przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie oparte zostało na orzecznictwie, które nie było adekwatne do przedmiotowego stanu faktycznego i odnosiło się do sytuacji, kiedy warunek udziału w postępowaniu obejmował tylko konieczność wykonania robót budowlanych w określonym okresie przed terminem składania ofert. Zamawiający cały czas w swojej argumentacji odnosił się do okresu realizacji robót budowlanych, pomijając fakt, że w przedmiotowej sprawie warunek został ukształtowany w inny sposób niż w przypadkach będących przedmiotem rozpoznania Izby w przywoływanych przez Zamawiającego sprawach. Zamawiający wymagał wykazania się konkretną usługą realizowaną w ramach robót budowlanych, tj. pełnieniem funkcji przedstawiciela wykonawcy przez minimum 12 miesięcy w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert. Wprowadzono zatem wymóg wiążący się z koniecznością sprawowania tej funkcji w ściśle określonym przedziale czasowym i przez ściśle określony okres. Izba nie dostrzegła tutaj niejednoznaczności czy nieścisłości, na które powoływał się Zamawiający.

Co istotne, sposób rozumienia przedmiotowego warunku prezentowany przez Odwołującego zdaje się potwierdzać sam Przystępujący, który w piśmie procesowym wskazał, iż doświadczenie Pana S. opisane w wykazie osób o dwa miesiące wykraczało poza przedział ostatnich pięciu lat przed terminem składania ofert. Przystępujący nie polemizował z interpretacją treści warunku przedstawioną przez Odwołującego, a jedynie wskazał na inną robotę referencyjną, mającą potwierdzać fakt posiadania wymaganego doświadczenia przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji przedstawiciela wykonawcy, tym samym de facto przyznając rację Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V ust. 2 lit. c pkt 5 SIWZ, wobec czego nakazała Zamawiającemu wezwanie Konsorcjum NDI na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia ww. warunku.

Odnosząc się do przekazanych przez Przystępującego dowodów mających potwierdzać fakt posiadania wymaganego doświadczenia przez p. S. (poprawiony wykaz osób wraz z załącznikami) Izba pominęła te dowody, jako niemogące mieć wpływu dla rozstrzygnięcia. Abstrahując od oceny dopuszczalności tzw. „samouzupełnienia” dokumentów przez wykonawców i dokonywania oceny takich dokumentów przez zamawiających, nie jest sporne, że ich złożenie oraz weryfikacja powinna mieć miejsce w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a nie na rozprawie przed Izbą. Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej nie dysponował ani poprawionym wykazem osób, ani dokumentami załączonymi w celu potwierdzenia wskazanego nowego, zastępczego doświadczenia. Dokumenty te zostały złożone w postępowaniu odwoławczym jako dowody mające potwierdzać stanowisko Przystępującego, a nie w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Izba nie może obecnie uprzedzać działań Zamawiającego i zastępować go w jego ustawowych obowiązkach, weryfikacja spełnienia warunku udziału w postępowaniu w oparciu o inne dokumenty niż pierwotnie złożone powinna nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

W pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp (ewentualnie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 1, ust. 3, ust. 4, ust. 6 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp) dotyczący spełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale V ust. 2 lit. c pkt 2, 3 i 4 SIWZ Izba uznała za nieudowodniony.

Zgodnie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp muszą zostać kumulatywnie spełnione następujące przesłanki: 1) przedstawienie przez wykonawcę informacji wprowadzającej w błąd; 2) przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa; 3) informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Oznacza to, że aby wykluczyć wykonawcę z postępowania wszystkie ww. przesłanki muszą wystąpić łącznie, zaś niewykazanie zaistnienia chociażby jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że nie ma podstawy do wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. przepisu (por. m.in. wyrok KIO z dnia 30 maja 2018 r., sygn. akt KIO 925/18). Pod pojęciem „informacje wprowadzające w błąd zamawiającego”, o których mowa w ww. przepisie należy rozumieć co do zasady takie informacje, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym. Innymi słowy są to informacje niezgodne z rzeczywistością, a których podanie przez wykonawcę skutkuje mylnym przekonaniem zamawiającego co do istniejącej rzeczywistości.

Stawiając zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Odwołujący zobowiązany był przede wszystkim wykazać, że doświadczenie podmiotu trzeciego (Sprint S.A.), na którego zdolności powołał się Przystępujący, w wykonaniu roboty budowlanej polegającej na zrealizowaniu Centrum Przetwarzania Danych w Olsztynie, w tym serwerowni posiadającej ściśle określone parametry, nie spełnia warunku wskazanego w Rozdziale V ust. 2 lit. c pkt 2, 3 i 4 SIWZ i że Przystępujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził przez to Zamawiającego w błąd. W ocenie Izby Odwołujący nie sprostął spoczywającemu na nim w tym zakresie ciężarowi dowodowemu, czego konsekwencją jest oddalenie przedmiotowego zarzutu.

Odwołujący nie kwestionował parametrów serwerowni, lecz podważał okoliczność wykonania budowy serwerowni przez Sprint S.A., skupiając się w swojej argumentacji na tym, że z uwagi na sam fakt zlecenia części prac podwykonawcom firma Sprint S.A. nie mogła posłużyć się doświadczeniem referencyjnym i forsując pogląd, że ww. podmiot podczas realizacji inwestycji miał status inwestora, a nie generalnego wykonawcy. W ocenie Izby Odwołujący w całym swoim wywodzie zbagatelizował aspekt kluczowy z perspektywy rozstrzygnięcia, tj. fakt czy zakres prac faktycznie zrealizowanych przez Sprint S.A. w ramach inwestycji wskazanej w wykazie robót jest doświadczeniem wystarczającym na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w Rozdziale V ust. 2 lit. c pkt 2, 3 i 4 SIWZ. Dla oceny spełnienia warunku bez znaczenia pozostaje okoliczność czy dany podmiot pełnił na danej inwestycji funkcję inwestora, partnera konsorcjum, generalnego wykonawcy czy podwykonawcy - istotne jest to, jaki był zakres jego faktycznego, realnie nabytego doświadczenia w ramach tej inwestycji. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 11 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO 568/18 istotny jest zakres prac wymagany przez zamawiającego w warunku oraz to, w jakim zakresie dany podmiot rzeczywiście uczestniczył w wykonywaniu tych prac. W sytuacji, gdy warunek udziału w postępowaniu odnosi się do konkretnego zakresu doświadczenia, faktyczny i realny udział wykonawcy w realizacji zamówienia należy odnosić właśnie do tego zakresu.

Rolą Odwołującego było zatem wykazanie, że wykonując określone czynności w ramach inwestycji wskazanej w wykazie osób, Sprint S.A. nie nabył doświadczenia zgodnego z wymaganiami warunku udziału w postępowaniu. Co istotne, Odwołujący o faktycznym zakresie tych czynności miał bardzo szeroką wiedzę. Po pierwsze wynikała ona z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, w tym udzielonych wyjaśnień Przystępującego na wezwanie wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz załączonego wówczas oświadczenia Sprint S.A., w którym szczegółowo opisano, które prace Sprint S.A. wykonał samodzielnie, a które zlecił podwykonawcom, a po drugie z treści pisma procesowego Przystępującego z dnia 22 maja 2020 r. i załączonych do niego licznych dowodów odnoszących się do faktycznego zaangażowania Sprint S.A. w realizację inwestycji. Dysponując taką wiedzą Odwołujący nie przedstawił argumentacji mającej wykazać, że to konkretne zaangażowanie nie było wystarczające na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie przeprowadził analizy, w ramach której porównałby i odniósł zakres tych czynności do treści warunku. Odwołujący nie wyjaśnił, wykonanie jakiego zakresu prac jego zdaniem jest konieczne dla legitymowania się doświadczeniem w „budowie serwerowni”. Okoliczność ta była kluczowa, tym bardziej, że pojęcie „budowy serwerowni” może budzić pewne wątpliwości interpretacyjne, a nie zostało zdefiniowane przez Zamawiającego. Odwołujący nie wykazał dlaczego faktyczne zaangażowanie Sprint S.A. w realizację inwestycji obejmujące m.in. wykonanie robót w zakresie sieci zasilającej zasilania podstawowego i gwarantowanego, sieci zasilających systemy klimatyzacji i wentylacji, sieci logicznej transmisji danych, systemów wczesnej detekcji pożaru, systemu telewizji przemysłowej, systemu kontroli dostępu, systemu sygnalizacji włamania i napadu, wydzielonej sieci gwarantowanej instalacji elektrycznej, opracowanie kompleksowego „Projektu technologii” będącego podstawą realizacji inwestycji, nadzór nad opracowaniem projektów technicznych, formalny i merytoryczny bezpośredni nadzór kierowniczy nad całością robót budowlanych obejmujących budowę serwerowni, w tym na etapie instalacji i prac rozruchowych, nie może być uznane za doświadczenie spełniające warunek udziału w postępowaniu. Sama okoliczność, że część robót składających się na budowę serwerowni zlecono podwykonawcom, do której Odwołujący w zasadzie ograniczył swoją argumentację, nie przesądza jeszcze o tym, że Sprint S.A. nie nabył doświadczenia w budowie serwerowni.

Podobnie za chybione należy uznać wywody jakoby Sprint S.A. można było przypisać jedynie status inwestora referencyjnej roboty budowlanej. Niezależnie od okoliczności, że jak wskazano już powyżej, nie jest istotne jaką formalną rolę dany podmiot pełni w ramach inwestycji lecz to, jaki był jego faktyczny udział w jej realizacji, to należy zauważyć, że fakt przypisania Sprint S.A. roli inwestora w obszarze prac zleconych podmiotem trzecim nie został przez Odwołującego niczym poparty. Odwołujący de facto wywodzi go wyłącznie z tego, że określone zadania powierzono podwykonawcom i na tej podstawie buduje twierdzenia o braku jakiegokolwiek udziału Sprint S.A. w warstwie wykonawczej, co nie znajduje żadnego potwierdzenia w materiale dowodowym. Również twierdzenia Odwołującego jakoby spółka Sprint S.A. miała nie ponosić odpowiedzialności za działania podwykonawców nie zostały uprawdopodobnione i były oparte wyłącznie na uznaniu przez Odwołującego, że ww. spółka była inwestorem projektu. Stanowisko Odwołującego, iż Sprint nie odpowiadał za pracę swoich podwykonawców, nie posiadał narzędzi i kompetencji do realnej ingerencji w zakresy prac przez nich wykonywanych, a jego nadzór miał walor wyłącznie organizacyjny, stanowi nic innego jak gołosłowne twierdzenia.

Izba na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego w postępowaniu odwoławczym uznała, iż Sprint S.A. jako beneficjent Regionalnego Programu Operacyjnego Warmia i Mazury na lata 2007-2013 był odpowiedzialny za realizację Centrum Przetwarzania Danych w Olsztynie, w tym serwerowni i faktycznie uczestniczył w wykonywaniu robót budowlanych, zlecając jedynie w pewnym zakresie prace do wykonania podwykonawcom, jednocześnie jednak sprawując nad nimi merytoryczny nadzór i ponosząc odpowiedzialność za ich działania. Zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący zwracali uwagę, iż te elementy budowy serwerowni, które Przystępujący samodzielnie wykonał były kluczowymi pracami dla tego rodzaju inwestycji, Odwołujący jednak skutecznie twierdził tych nie zakwestionował. Dowody składane przez Odwołującego w żaden sposób nie podważyły możliwości legitymowania się przez Sprint S.A. wymaganym doświadczeniem. W istocie Odwołujący poprzestał na powołaniu się na informacje wynikające ze stron internetowych, odnoszące się do zakresu zasadniczej działalności spółki Sprint S.A., niemniej okoliczność ta po pierwsze nie ma żadnego wpływu na ocenę doświadczenia pozyskanego w ramach konkretnej inwestycji - budowy Centrum Przetwarzania Danych, a po drugie nie przesądza, że podmiot ten nie mógł nabyć doświadczenia także w budowie serwerowni, jak wymagał tego Zamawiający. W rzeczywistości jest wręcz przeciwnie - Przystępujący przedstawił dowody wskazujące, że podobnym jak wymagane doświadczeniem w budowie serwerowni Sprint S.A. się legitymuje (załącznik nr 15 do pisma Przystępującego - wykaz prac wykonanych przez Sprint S.A. wraz z referencjami).

W tym stanie rzeczy nie sposób uznać, aby Odwołujący wykazał, że informacje przedstawione przez Przystępującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału

w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V ust 2 lit. c pkt 2, 3 i 4 SIWZ stanowić miały informacje niezgodne z rzeczywistością, a działanie Przystępującego miałyby wypełniać dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Uzupełniając Izba wskazuje, iż za spóźnioną uznała argumentację przedstawioną w piśmie procesowym z dnia 25 maja 2020 r. mającą wskazywać na okoliczność, że wykowane w ramach inwestycji referencyjnej roboty budowlane polegały na adaptacji pomieszczenia, a nie budowie obiektu, okoliczność ta nie stanowiła bowiem podstawy faktycznej zarzutu przedstawionego w odwołaniu.

Ponadto Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego jakoby Przystępujący nie mógł powołać się na zdolności Sprint S.A. w realizacji inwestycji własnej. Ustawa Pzp nie zawiera ograniczeń co do możliwości posłużenia się na potrzeby wykazania zdolności technicznej lub zawodowej doświadczeniem w realizacji zadania na własną rzecz, dając jedynie możliwość zamawiającym ustalenia minimalnych warunków dotyczących zdolności wykonawcy, tak aby gwarantował on należyłą realizację zamówienia. Zgodnie z art. 22d ustawy Pzp oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W przedmiotowym przypadku, w treści warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale V ust 2 lit. c pkt 2, 3 i 4 SIWZ, Zamawiający nie wprowadził żadnych dodatkowych wymogów co do tego na czym rzecz miałyby zostać wykonane roboty budowlane obejmujące swym zakresem budowę

serwerowni, w tym nie wprowadził także rozróżnienia na inwestycje publiczne czy prywatne. Przystępujący był zobowiązany do wykazania się realizacją robót budowlanych, w ramach których wykonane zostały konkretne prace (budowa serwerowni o ściśle określonych parametrach) i brak jest podstaw do kwestionowania, że roboty budowlane wykonane na własną rzecz w tym zakresie się nie mieszczą.

Ponadto stanowisko Odwołującego, jakoby powołanie się na własną robotę budowlaną miało być dyskwalifikowane już przez sam fakt braku elementów oceny i odbioru przez niezależny podmiot, nie znajduje oparcia na gruncie obowiązujących przepisów. Przepisy ustawy Pzp ani rozporządzenia wykonawczego (rozporządzeniu Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r., Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) nie ustanawiają nakazu potwierdzenia należytego wykonania przez niezależny podmiot trzeci. Zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 1 ww. rozporządzenia w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty. Z okoliczności, że co do zasady w większości postępowań o udzielenie zamówienia poświadczeniem należytego wykonania zamówienia są referencje wystawiane przez niezależny podmiot trzeci będący odbiorcą robót budowlanych, nie można wywodzić wniosku, że tylko w sytuacji odbioru robót budowlanych przez zewnętrzny podmiot wykonawca może powołać się na doświadczenie w wykonaniu tych robót. W przepisie tym w sposób jednoznaczny wskazano także na możliwość posłużenia się innymi niż referencje dokumentami wystawionymi przez podmiot na rzecz, którego zrealizowano usługi (np. protokołami odbioru), ale i w uzasadnionych przypadkach o obiektywnym charakterze, kiedy dokumentów wystawionych przez podmiot trzeci nie da się pozyskać, ustawodawca zagwarantował wykonawcom możliwość posłużenia się również innymi dokumentami, w ramach których mieści się m.in. oświadczenie własne wykonawcy.

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 10 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2686/17, iż w przypadku robót budowlanych wykonywanych na własną rzecz wykonawca z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze nie jest w stanie uzyskać dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie, wystawionego przez podmiot trzeci w klasycznym rozumieniu. W ww. orzeczeniu Izba podkreśliła (z czym skład orzekający w niniejszej sprawie się zgadza), iż „brak jest podstaw do utożsamiania pojęcia „dowodu określającego czy roboty budowlane zostały wykonane należycie” z „referencją wystawioną przez podmiot trzeci”. Gdyby intencją ustawodawcy było ograniczenie możliwości powoływania się na dowody jedynie do referencji wystawionych przez podmiot trzeci, ustawodawca dałby temu wyraz

poprzez użycie takiego właśnie stwierdzenia w rozporządzeniu, wskazując w sposób jednoznaczny, że jest to jedyny możliwy dokument na potwierdzenie należytego wykonania wykazywanego zamówienia. Ponadto, na uwagę zasługuje fakt, że oświadczenia przedkładane przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie są składane w oderwaniu od odpowiedzialności karnej."

Zamawiający w Rozdziale VII ust. 1 pkt 1 i 2 SIWZ wskazał jakich dokumentów wymaga od wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale V ust 2 lit. c pkt 2, 3 i 4 SIWZ, a wymóg ten odpowiadał warunkom wynikającym z rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przystępujący złożył wykaz robót budowlanych zawierający wymagane informacje oraz załączył oświadczenie podmiotu Sprint S.A., który był zarówno wykonawcą, jak i odbiorcą robót budowlanych, potwierdzające należyte wykonanie tych robót, a dodatkowo wskazujące na fakt, że inwestycja jest użytkowana przez ww. wykonawcę na potrzeby prowadzenia działalności gospodarczej. Oświadczenie to spełnia zatem wymogi poświadczenia należytego wykonania robót budowlanych określone w przepisach, jak i ustanowione przez Zamawiającego. Odwołujący w żaden sposób nie podważył okoliczności należytego wykonania robót przez Sprint S.A., nie podjął nawet próby dowiedzenia tego faktu, a jedynie odniósł się do kwestii o stricte formalnym znaczeniu. Tymczasem Przystępujący w postępowaniu odwoławczym przedstawił dowody, które potwierdziły prawdziwość złożonego przez Sprint oświadczenia o należytych wykonaniu robót budowlanych. W konsekwencji Izba nie ma podstaw do przyjęcia, że istnieją wątpliwości co do tego, czy roboty wykonane przez Sprint S.A. w ramach realizacji Centrum Przetwarzania Danych w Olsztynie zostały wykonane należyście.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 1, ust. 3, ust. 4 i ust. 6 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp.

Nie potwierdził się także drugi z podniesionych zarzutów, tj. zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, ewentualnie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, odnoszący się do doświadczenia osoby wskazanej przez Konsorcjum NDI na stanowisko kierownika robót branży sanitarnej weryfikowanego w ramach kryterium oceny ofert zdefiniowanego w Rozdziale XIV ust. 6 pkt 2 SIWZ

W pierwszej kolejności wskazać należy, że istotą przedmiotowego zarzutu było zakwestionowanie mocy chłodzenia zadeklarowanej przez Przystępującego w formularzu ofertowym na potrzeby oceny oferty w ramach kryterium opisanego w Rozdziale XIV ust. 6 pkt 2 SIWZ. W konsekwencji przedmiotem oceny Izby było to, czy deklarując moc chłodniczą serwerowni na poziomie „nie mniej niż 2000 kW” Przystępujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, wypełniające dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. W odwołaniu nie objęto zakresem zarzutu kwestii, na które Odwołujący powoływał się w piśmie procesowym z dnia 25 maja 2020 r. oraz na rozprawie i na potwierdzenie których przedstawił szereg dowodów, tj. braku realizacji w zadeklarowanym okresie (VI.2014-V.2015) na rzecz PCSS postępowania, które przedmiotowo mogłoby kwalifikować się do uzyskania dodatkowych punktów przez Konsorcjum NDI, w tym okoliczności, że:

- postępowanie PN 13/06/2014 nie miało za przedmiot roboty budowlanej lecz dostawę,
 - inne postępowania mające za przedmiot roboty budowlane nie obejmowały wykonania systemu chłodzenia,
- wykonane instalacje nie były oparte na wodzie lodowej,
- wykonane instalacje nie były dedykowane dla serwerowni.

Okoliczności te stanowią rozszerzenie podstawy faktycznej zarzutu i jako takie, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp (w myśl którego „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”), nie mogą podlegać rozpoznaniu w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Odwołujący był w stanie na powyższe okoliczności zwrócić uwagę już wnosząc odwołanie, a ponieważ tego nie uczynił, obciążają go wynikające z tego negatywne konsekwencje procesowe. Nie oznacza to, że Zamawiający nie może powyższych kwestii zweryfikować w toku ponownego badania i oceny ofert, niemniej Izba w tym zakresie nie może nakazać mu dokonania jakichkolwiek czynności ani oceniać zasadności podniesionej w tym zakresie argumentacji. Mając powyższe na uwadze Izba pominęła podczas oceny złożone przez Odwołującego dowody nr 3 - 15 (numeracja według treści pisma Odwołującego z 25 maja 2020 r.) w zakresie, w jakim odnosiły się do spóźnionej argumentacji. Za niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego Izba uznała także pismo Odwołującego z dnia 10 marca 2020 r. złożone w ramach postępowania o udzielenie zamówienia (dowód nr 17), w którym poinformował on Zamawiającego o istnieniu ww.

dalszych podstaw faktycznych (poza wyartykułowanymi w odwołaniu) mających wskazywać na złożenie przez Przystępującego nieprawdziwych informacji. Przedmiotowe pismo jedynie potwierdza, że Odwołujący miał świadomość, że nie objął zakresem odwołania kwestii, które mogły mieć znaczenie dla oceny oferty Przystępującego.

Rozpoznając odwołanie w granicach przywołanych podstaw faktycznych zarzutu nr 2 wskazać należy, iż zasadniczym punktem dokonanej oceny było ustalenie, czy informacja przedstawiona przez Przystępującego w zakresie mocy chłodniczej serwerowni zadeklarowanej w ramach doświadczenia kierownika robót sanitarnych była zgodna z rzeczywistym stanem faktycznym. W ocenie składu orzekającego materiał dowody zgromadzony w sprawie nie dawał podstaw do zakwestionowania prawdziwości przedstawionych informacji.

Po pierwsze Odwołujący nie wykazał dlaczego moc chłodnicza, do której referowała treść kryterium, powinna być obliczana właśnie w sposób, w jaki wskazano w odwołaniu, w tym, że nie należy sumować mocy chłodniczej dwóch urządzeń (w tym przypadku chillera wewnętrznego o mocy 735kW i dry coolera o mocy 900kW) składających się, w jego ocenie, na jeden układ niskotemperaturowy. Odwołujący nie podważał stanowiska Zamawiającego, że każde urządzenie, które może działać niezależnie i dostarczać moc chłodniczą dla sprzętu serwerowego IT powinno być policzone osobno, ponieważ stanowi niezależny system chłodniczy. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, iż nie wymagał założenia dostępności mocy jednocześnie w maksymalnej wysokości oraz szczegółowo wyjaśnił dlaczego przyjął takie rozwiązanie, w tym m.in. podkreślił, że interpretacja prezentowana przez Odwołującego dyskryminowałaby wykonawców, którzy stosują dużo bardziej złożone technologicznie systemy redundantne, w których często w praktyce nominalna moc możliwa do osiągnięcia przez zainstalowany kompletny system jest mniejsza niż faktycznie zainstalowana i dostępna dla sprzętu serwerowego IT z uwagi na konieczność zachowania rezerwy takiej samej mocy jak nominalna do dyspozycji (np. na wypadek awarii czy na czas konserwacji). Odwołujący ani w piśmie procesowym, ani na rozprawie nie odniósł się do argumentacji Zamawiającego odnoszącej się do układów redundantnych, tym samym Izba stanowisko Zamawiającego uznała za wiarygodne.

Po drugie Odwołujący nie przedstawił argumentacji, która przeczyłaby twierdzeniom Zamawiającego i Przystępującego, że do mocy chłodniczej, którą wykonawca podać miał na potrzeby kryterium oceny ofert, należy wliczyć także układy odzysku ciepła. Zamawiający wyjaśnił, iż odzysk ciepła jest takim samym źródłem chłodu, jak każde inne urządzenie specjalizowane dla serwerowni, co potwierdził także Przystępujący. Złożony przez Przystępującego dowód w postaci schematu ideowego dla serwerowni CBPIO również wskazuje na moc chłodniczą (Q_{ch}) 330kW dla każdego z dwóch odzysków ciepła. Z kolei opinia prywatna przedstawiona przez Odwołującego do kwestii mocy chłodniczej wymienników odzysku nie odnosi się. Mieć należy na względzie, że pojęcie mocy chłodniczej dostępnej dla sprzętu serwerowego IT nie zostało zdefiniowane przez Zamawiającego, przedmiotowa kwestia nie była też przedmiotem wyjaśnień w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Aby zatem móc obecnie skutecznie kwestionować, że doszło do złożenia nieprawdziwego oświadczenia przez Przystępującego, Odwołujący winien wykazać, że istnieje jeden prawidłowy, znany w kręgu wykonawców działających na tym konkretnym rynku, sposób obliczenia mocy chłodniczej, czego nie uczynił. Tymczasem prezentowane w postępowaniu odwoławczym stanowiska i okoliczności wynikające ze składanych dowodów wskazują, że istniało co najmniej kilka możliwych sposobów obliczenia mocy chłodniczej, wobec czego kierować się należy zasadą, iż wszelkie niejasności SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców.

Nie znajduje także oparcia stanowisko Odwołującego, jakoby elementy inne niż dry cooler o mocy 900kW, chiller wewnętrzny o mocy 735kW oraz dry cooler o mocy 500kW, miały pojawić się dopiero na późniejszych etapach realizacyjnych. Okoliczność, że układy odzysku ciepła były przedmiotem tego samego postępowania co ww. urządzenia (nr 13/06/2014), potwierdza dowód złożony przez Odwołującego na rozprawie w postaci specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia zawartej w treści SIWZ dla ww. postępowania, gdzie w pkt 4.1. znalazły się wymagane parametry dla wymiennika odzysku zlokalizowanego na układzie parownika chillera wewnętrznego o mocy chłodniczej min. 330kW, a w pkt 4.2. parametry dla wymiennika odzysku zlokalizowanego na układzie wysokotemperaturowym DLC o mocy chłodniczej min. 330kW. Takie wymienniki przewidziane były zatem zarówno dla układu niskotemperaturowego, jak i wysokotemperaturowego. Z kolei wytwornica wody lodowej o mocy 400kW, według oświadczeń Przystępującego, nie była uwzględniana podczas sumowania mocy chłodniczej.

Jedyny dowód w sprawie złożony przez Odwołującego odnoszący się do mocy chłodniczej dostępnej dla sprzętu serwerowego IT stanowiła opinia prywatna (dowód nr 16), którą - z uwagi na jej sporządzenie na zlecenie zainteresowanej strony - należy traktować jedynie jako wzmocnienie twierdzeń Odwołującego, który dla ich uwiarygodnienia odwołuje się

do autorytetu specjalisty i wiadomości specjalnych. Pogląd taki jest ugruntowany zarówno w orzecznictwie Izby, jak i w orzecznictwie sądowym (por. m.in. wyrok SN z dnia 3 października 2008 r., sygn. akt I CSK 125/08, wyrok SN z dnia 11 grudnia 1997 r. sygn. akt I CKN 385/97, wyrok Izby z dnia 16 kwietnia 2014 r. sygn. akt KIO 654/14, wyrok Izby z dnia 11 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 1287/18, KIO 1290/18, KIO 1297/18, KIO 1301/18). Ponadto treść tej opinii porusza jedynie zagadnienie braku możliwości zsumowania mocy chłodniczej chillera wewnętrznego o mocy 735kW i dry coolera o mocy 900kW przy obliczaniu teoretycznej maksymalnej mocy chłodniczej. Opinia ta ani nie odnosi się do kwestii uwzględniania w mocy chłodniczej układów odzysku ciepła, ani nie pozwala na zakwestionowanie stanowiska Zamawiającego w odniesieniu do różnic pomiędzy nominalną mocą możliwą do osiągnięcia a mocą faktycznie zainstalowaną i dostępną dla sprzętu serwerowego IT w systemach redundantnych.

W konsekwencji, nawet przy uwzględnieniu stanowiska Odwołującego o braku możliwości sumowania mocy chłodniczej chillera wewnętrznego 735kW i dry coolera 900kW, to uwzględniając na potrzeby wyliczeń dla układu niskotemperaturowego maksymalną moc dry coolera (900 kW), a dla układu wysokotemperaturowego DLC moc 500kW, to po dodaniu mocy chłodniczej obu wymienników odzysku ciepła, łączna moc chłodnicza wynosić będzie 2060kW, co przekracza wartość wskazaną w ofercie Przystępującego. Przy czym jak wskazywał Przystępujący w zależności od zastosowanych konfiguracji oraz panujących warunków istniała także potencjalna możliwość zwiększenia całkowitej dostępnej mocy chłodniczej, do czego Odwołujący się nie odniósł. Z kolei możliwość uwzględnienia podczas obliczeń dla układu niskotemperaturowego maksymalnej mocy dry coolera tj. 900 kW potwierdził sam Odwołujący w treści odwołania, jak i potwierdza ją złożona przez niego opinia prywatna. Na taką możliwość wskazuje także stanowisko Przystępującego, który w piśmie procesowym wyjaśnił, że w układach tego typu często stosuje się system chłodzenia oparty na wodzie lodowej i tzw. freecoolingu oraz odzysk ciepła, co oznacza, że chiller wewnętrzny ze względów ekonomicznych jest wyłączany i korzysta się tylko z chłodnicy zewnętrznej (w tym wypadku dry coolera o mocy 900kW). Jak zauważył Przystępujący to taki układ jest zastosowany w serwerowni CBPIO i taki układ ma być zastosowany w Budynku Kompetencji STOS, którego dotyczy przedmiotowe postępowanie. Moc chłodniczą dostępną dla sprzętu IT w serwerowni CBPIO w efekcie realizacji tej inwestycji w okresie 2014-2015 większą niż zadeklarowane 2000 kW potwierdził także odbiorca tej inwestycji (pismo złożone jako dowód przez Zamawiającego na rozprawie).

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie wykazał, aby informacje wskazane przez Przystępującego na potrzeby oceny ofert zdefiniowanego w Rozdziale XIV ust. 6 pkt 2 SIWZ stanowiły informacje niezgodne z rzeczywistością, wprowadzające Zamawiającego w błąd czy powodujące konieczność dokonania zmiany punktacji ofert w tym kryterium.

Nie potwierdził się także zarzut oznaczony nr 3 w odwołaniu, tj. zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp odnoszący się do przedstawienia przez Przystępującego nieprawdziwych informacji w zakresie doświadczenia kierownika budowy (alternatywnie naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnień).

Po pierwsze, również w tym przypadku wskazać należy na lakoniczność argumentacji przedstawionej w odwołaniu i doprecyzowywanie podstawy faktycznej zarzutu po upływie terminu na wniesienie odwołania. Swoje stanowisko w odwołaniu o tym, że wartość robót budowlanych zrealizowanych w ramach inwestycji, na którą Przystępujący powołał się wykazując doświadczenie kierownika robót, jest mniejsza niż wymagane 20 mln zł brutto, Odwołujący ograniczył de facto do zdania, że „poza wykonaniem robót budowlanych inwestycja zakładała wykonanie szeregu innych prac, jak zagospodarowanie terenu i kompleksowe wyposażenie obiektu, obejmujące dostawę zarówno technologii basenowej, jak i dostawę pozostałego wyposażenia, stanowiące istotne kosztotwórcze elementy realizacyjne.” Jak słusznie zauważył Przystępujący, Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek szczegółowych informacji co do zakresu tych prac ani co do ich wartości. Uzupełnianie tych informacji i przedstawianie kompleksowych wyliczeń w dalszym piśmie procesowym i na rozprawie, uznać należy co do zasady za spóźnione.

Jak wskazano już powyżej, art. 192 ust. 7 ustawy Pzp wyznacza ścisły zakres rozpoznania odwołania przez Izbę - Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Skonkretyzowanie zarzutu w odwołaniu ma nieważne znaczenie, gdyż umożliwia stronom i uczestnikom postępowania odniesienie się do ich treści. W związku z tym o ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia (por. m.in. wyrok z dnia 31 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 113/20). Nie sposób zatem zaaprobować takiego podejścia,

jakie prezentuje Odwołujący, który w odwołaniu bardzo ogólnie formułuje podstawę faktyczną zarzutu, a następnie (teoretycznie w jej ramach) przedstawia szczegółową argumentację. Skoro Odwołujący powoływał się na dokumentację referencyjnych robót budowlanych już w odwołaniu, to znaczy, że był w stanie już wówczas przedstawić argumentację zawierającą konkretne odniesienie się do zakresu inwestycji i wartości poszczególnych elementów tej inwestycji, a na rozprawie złożyć jedynie dowody, które by ją potwierdzały. Tymczasem Odwołujący dopiero w dniu rozprawy złożył pismo, w którym skonkretyzował stawiany zarzut. Art. 192 ust. 7 ustawy Pzp ma na celu właśnie zapobieganie takim sytuacjom - odwołanie nie może mieć charakteru ogólnego, a Krajowa Izba Odwoławcza nie może opierać rozstrzygnięcia na podstawach faktycznych doprecyzowanych na etapie rozprawy. Takie postępowanie byłoby naruszeniem zasady równości stron w postępowaniu odwoławczym (por. m.in. wyroki z dnia 6 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 533/18, z dnia 14 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 433/18, z dnia 6 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 979/18).

Po drugie, Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, że zasadnym jest odniesienie wartości robót, o której mowa w treści warunku określonego w Rozdziale V ust. 2 lit. c pkt 6 SIWZ do robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia, na które wykonawca powołuje się w celu wykazania doświadczenia kierownika budowy (tj. do wartości całego zamierzenia inwestycyjnego). Literalna treść warunku wskazuje, iż pojęcie „wartość robót” referuje właśnie do robót budowlanych, na których osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika budowy pełniła funkcję techniczną. Tymczasem Odwołujący próbuje przeformułować pogląd, że pojęcie „wartość robót” należy ograniczyć wyłącznie do wartości zrealizowanych w ramach danej inwestycji robót budowlanych w ścisłym tego słowa znaczeniu, ujmowanych co do zasady w kosztorysach opisanych jako „roboty budowlane” czy „prace budowlane”. Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Pojęcia „wartość robót” nie można interpretować w oderwaniu od definicji robót budowlanych wskazanej w art. 2 pkt 8 ustawy Pzp, która wobec braku odmiennego zdefiniowania przez Zamawiającego powinna zostać wzięta pod uwagę przy dokonywaniu interpretacji postanowień SIWZ. Zgodnie z tym przepisem roboty budowlane to wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c lub obiektu budowlanego, a także realizacja obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. W konsekwencji pod pojęciem robót budowlanych na gruncie ustawy Pzp mieścić się będą także inne elementy konieczne do realizacji zamówienia, które nie stanowią robót budowlanych sensu stricto (w inżynierskim znaczeniu). W zakres pojęcia robót budowlanych w rozumieniu ustawy Pzp wchodzi chociażby także prace związane z wykonywaniem instalacji budowlanych (w tym elektrycznych, izolacyjnych, cieplnych, wodnych, wentylacyjnych, gazowych i innych - por. załącznik do rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie wykazu robót budowlanych z dnia 26 lipca 2016 r., Dz. U. z 2016 r. poz. 1125). W świetle powyższej definicji za roboty budowlane można uznać co do zasady kompleksowe wykonanie danego zamierzenia inwestycyjnego jako całości.

W konsekwencji, w ocenie składu orzekającego w przedmiotowej sprawie właściwym wydaje się odnoszenie pojęcia „wartości robót” do wartości całego zamierzenia inwestycyjnego, którego przedmiotem była budowa obiektu budowlanego. Przedmiotem inwestycji, na którą powołał się Przystępujący („Budowa kompleksowego Centrum Sportowego Akademii Marynarki Wojennej - realizacja II etapu obejmująca budowę krytego basenu z zapleczem na terenie AMW w Gdyni”) było wykonanie robót budowlanych (§ 1 ust. 1 umowy - dowód nr 18 załączony do pisma Odwołującego), za które strony ustaliły wynagrodzenie w łącznej wysokości 26 507 073,18 zł brutto (§ 11 ust. 1 ww. umowy). Skoro zgodnie z definicją wskazaną w art. 2 pkt 8 ustawy Pzp, robotami budowlanymi jest wykonanie obiektu budowlanego jako całości, a to właśnie obejmował przedmiot referencyjnej inwestycji, to brak jest podstaw do kwestionowania zadeklarowanej przez Przystępującego wartości robót zrealizowanych w ramach tej inwestycji. Istotną okolicznością jest także fakt, że Zamawiający nie zawarł w treści SIWZ żadnych szczegółowych wytycznych, jak należy rozumieć pojęcie wartości robót czy jak liczyć tę wartość na potrzeby spełnienia warunku w zakresie doświadczenia kluczowego personelu. Wszelkie zaś wątpliwości co do treści postanowień SIWZ, czy niejasności, które mogą odnosić się do oceny ofert, nie mogą wywoływać negatywnych konsekwencji dla wykonawców (podobnie wypowiedziała się Izba m.in. w wyroku z dnia 20 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2680/20).

Ponadto w ocenie Izby elementy zamówienia, których wartości zdaniem Odwołującego nie powinno się uwzględniać w „wartości robót”, o której mowa w spornym warunku, zostały wydzielone w sposób sztuczny, na potrzeby przyjętej taktyki procesowej. Jak wynika z zestawienia załączonego jako dowód nr 20 do pisma procesowego z dnia 25 maja 2020 r. Odwołujący dokonał podziału wartości elementów wchodzących w zakres ww. inwestycji, wyłączając z wartości robót wszystkie dostawy elementów wyposażenia niezbędnych do realizacji tych robót, jak np. dostawy elementów instalacji sanitarnych, cieplnych, elektrycznych, teletechnicznych, technologii basenowej czy elementów małej architektury (w tym dostawę systemów elektrycznych, osprzętu elektrycznego, rurociągów, urządzeń

chłodniczych, etc). Tymczasem elementy dostaw dokonywanych w ramach referencyjnej inwestycji były ściśle związane z przedmiotem robót budowlanych i stanowiły ich integralną część, a montaż dostarczanych urządzeń i prace instalacyjne składały się na roboty budowlane jako całość. Nie budzi wątpliwości Izby, iż wszystkie te elementy były konieczne dla realizacji zamierzenia inwestycyjnego jako całości, wszystkie one łącznie składały się na realizację przedmiotu zamówienia, jakim była w tym wypadku budowa krytego basenu wraz z zapleczem. Odwołujący przeciwnych okoliczności nie wykazał, a złożone przez niego dowody (nr 18-22) stanowiły jedynie podstawę, w oparciu o którą dokonał on wyliczeń. Nie miały one wpływu na rozstrzygnięcie jako, że Izba nie zaaprobowała sposobu, w jaki Odwołujący dokonał wyliczenia wartości robót, o których mowa w treści warunku określonego w Rozdziale V ust. 2 lit. c ppkt 6 SIWZ.

Mając na uwadze powyższe Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Izba podziela pogląd ugruntowany w orzecznictwie sądów powszechnych, iż w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje uwzględniona, zaś część oddalona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielienia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek (por. m.in. postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 830/18, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17).

W przedmiotowej sprawie Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 1/4 (zarzut nr 4) i bezzasadne w pozostałej części (zrzuty nr 1, 2 i 3). Kosztami postępowania obciążono zatem Zamawiającego w części 1/4 i Odwołującego w części 3/4. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 20 000 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3600 zł (łącznie 23 600 zł). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 20 000 zł tytułem wpisu od odwołania, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 17 700 zł (23 600 zł x 3/4). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 2 300 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący: