

Sygn. akt: KIO 1786/23

WYROK

z dnia 10 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Odrzywolska**

Protokolant: **Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 6 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 czerwca 2023 r. przez wykonawcę **Virtual Technologies IT Sp. z o.o. z siedzibą**

w Katowicach

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Bytom**

przy udziale wykonawcy **Login Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Virtual Technologies IT**

Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie

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

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1786/23

Uzasadnienie

Gmina Bytom (dalej „zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp” pn. Zakup serwerów wraz z licencjami oprogramowania, migracją danych i wdrożeniem, znak sprawy: PA.271.2.3.2023 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 marca 2023 r. pod numerem 2023/S 065-189264.

Zamawiający w dniu 16 czerwca 2023 r. dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę **LOGIN Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** (dalej „LOGIN” lub „przystępujący”).

W dniu 23 czerwca 2023 r. swoje odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, od czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę LOGIN, wniósł wykonawca **Virtual Technologies IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach** (dalej „odwołujący”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że ten naruszył niżej wymienione przepisy ustawy Pzp:

1. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy LOGIN do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w sytuacji,

gdy doświadczenie nabyte przy realizacji zamówienia na rzecz Głównego Instytutu Górnictwa (dalej „GIG”) potwierdzone referencjami, jak również dodatkowymi wyjaśnieniami GIG z dnia 12 czerwca 2023 r., przedłożonymi przez wykonawcę LOGIN

w postępowaniu, celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w ramach którego zamawiający wymagał wykazania, iż wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał co najmniej jedną dostawę

obejmującą

co najmniej dwa serwery z dyskami wraz z ich wdrożeniem (wniesienie, montaż, konfiguracja) o wartości co najmniej 300 000,00 zł. brutto, nie potwierdziły doświadczenia wykonawcy LOGIN w wymaganym przez zamawiającego zakresie, gdyż:

a) pomimo tego, że wykonawca LOGIN zrealizował na rzecz GIG dwie umowy,

w związku z wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej w obu częściach o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa, instalacja i wdrożenie sprzętu sieciowego (dalej zwanego: „Postępowaniem GIG”), to w rzeczywistości jedynie umowa zawarta w ramach części 2 Postępowania GIG pn. Dostawa, instalacja oraz wdrożenie serwerów (dalej zwana „Umową Części 2”), o wartości 285.532,00 zł. potwierdza nabycie doświadczenia przez wykonawcę LOGIN w przedmiocie dostawy serwera sieciowego wraz z dyskami oraz ich wdrożeniem, jednak jej wartość jest niższa niż wymagana przez zamawiającego w treści warunku udziału w postępowaniu (tj. niższa niż 300 000,00 zł.);

b) doświadczenie LOGIN nabyte w ramach realizacji umowy, wskutek wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w części 1 Postępowania GIG pn. Dostawa, instalacja oraz wdrożenie przełączników SAN (dalej zwanej: „Umową Części 1”), w związku z którym wykonawca zrealizował m.in. prace dotyczące konfiguracji serwerów, pozostające zgodnymi z wymaganiami zamawiającego stawianymi w ramach ww. warunku udziału w postępowaniu, potwierdza jedynie możliwość zsumowania wartości prac instalacyjnych wynikających z Umowy Części 1 z wartością Umowy Części 2, które łącznie nie osiągają wartości 300.000,00 zł., a zakres tego doświadczenia nie uprawnia do zsumowania, celem wykazania spełnienia przez wykonawcę LOGIN warunku udziału w postępowaniu, całości wynagrodzenia przyznanego z tytułu realizacji obu Umów, jako stanowiących rzekomo o wdrożeniu pełnego środowiska sieciowego w szczególności, że zamawiający w piśmie z dnia 16 czerwca 2023 r. sam wskazał, iż umowa zawarta na część 1 postępowania w ogóle nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu;

c) wartość prac instalacyjnych wykonanych w ramach Umowy Części 1, zgodnie

z fakturą VAT nr FA/000257/2022/F wystawioną przez wykonawcę LOGIN

po zakończeniu realizacji Umowy Części 1, wynosi 5.000,00 zł. netto + VAT 23 %

(tj. 6 150,00 zł. brutto), a więc wynagrodzenie przyznane wykonawcy LOGIN z tytułu realizacji prac instalacyjnych wykonanych w ramach Umowy Części 1 (tj. prac które ewentualnie mogą zostać zakwalifikowane jako doświadczenie we wdrożeniu serwera) oraz wynagrodzenie z tytułu Umowy Części 2 wynosi łącznie 286.682,20 zł., co stanowi kwotę niższą aniżeli wymagana przez zamawiającego zgodnie

ze sformułowanym w SWZ warunkiem udziału w postępowaniu;

2.art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców oraz zapewnienia uczciwej konkurencji, wskutek korzystnego dla wykonawcy LOGIN,

a zarazem nieuprawnionego uznania, że zasadnym jest zsumowanie wartości Umowy Części 1 oraz Umowy Części 2, pomimo tego, iż zamawiający sam przyznał, że Umowa Części 1 w ogóle nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, uznając jednocześnie (sprzecznie z powyższym oświadczeniem), że jedynie prace instalacyjne wykonane w ramach Umowy Części 1, mieszczą się w granicach stawianego warunku.

Odwołujący, w oparciu o wyżej wskazane zarzuty, wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty wykonawcy LOGIN; wezwania wykonawcy LOGIN do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych; powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, z uwzględnieniem, że referencje GIG z dnia 25 maja 2023 r. nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę LOGIN warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący, uzasadniając zarzuty odwołania, w pierwszej kolejności przypomniał treść warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt VII SWZ, a odnoszącego się do doświadczenia potencjalnego wykonawcy. Zamawiający wymagał, aby wykonawca ubiegający się o zamówienie wykazał, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał co najmniej jedną dostawę obejmującą co najmniej dwa serwery z dyskami wraz z ich wdrożeniem (wniesienie, montaż, konfiguracja) o wartości co najmniej 300 000,00 zł. brutto.

Przypomniał, że zamawiający w dniu 2 czerwca 2023 r. opublikował informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy LOGIN. W tymże dniu także odwołujący wystąpił do zamawiającego

o udostępnienie mu dokumentacji postępowania wraz

z korespondencją między wykonawcą LOGIN, a zamawiającym. Odwołujący wskutek analizy przekazanej mu przez zamawiającego dokumentacji, powziął wątpliwość co do prawidłowości kwoty wskazywanej w referencjach wydanych przez GIG z dnia 25 maja 2023 r. złożonych przez wykonawcę LOGIN celem wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu. Pismem z dnia 5 czerwca 2023 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego, wskazując na powyższą nieprawidłowość. Przede wszystkim odwołujący zauważył, że postępowanie GIG podzielone zostało na części, przy czym część pierwsza postępowania obejmowała dostawę, instalację oraz wdrożenie przełączników SAN (a nie serwerów), a wyłącznie część druga obejmowała dostawę, instalację oraz wdrożenie serwerów tj. doświadczenie potwierdzające spełnienie ww. warunku. Odwołujący wskazał więc, że podział na części stanowi osobne zamówienia, a co za tym idzie osobne faktury. W ocenie odwołującego zatem wartość prac tożsamy z zakresem wymaganym przez zamawiającego w ramach warunku udziału w postępowaniu wynosi jedynie 285.532,00 zł.

Zamawiający, po otrzymaniu pisma odwołującego, w dniu 12 czerwca 2023 r. poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz cofnięciu do etapu badania ofert. Następnie, w dniu 16 czerwca 2023 r. ponownie opublikował informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy LOGIN. W tymże dniu odwołującemu zostały także przekazane wyjaśnienia zamawiającego dotyczące podstaw uzasadniających uznanie doświadczenia nabytego przez przystępującego na rzecz GIG, jako potwierdzających spełnienie przez niego warunku udziału w postępowaniu, wraz z załącznikami.

Mając na uwadze przedłożone przez wykonawcę LOGIN dokumenty, a przede wszystkim pochodzące od GIG, należy zaznaczyć, że wykonawca ten powinien zostać wezwany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a w przypadku niezastosowania się do treści wezwania, jego oferta powinna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący, chcąc w pierwszej kolejności przybliżyć skąd wywodzi, że doświadczenie nabyte wskutek dostawy, montażu i konfiguracji przełączników SAN przez wykonawcę LOGIN w ramach Umowy Części 1 nie jest tożsamy z wymaganiami zamawiającego wyjaśniał, iż sieć SAN to pewnego rodzaju rodzaj podsieci, która służy do przesyłu danych, na przykład między kilkoma serwerami bądź urządzeniami, stanowiąc alternatywne rozwiązanie wobec powszechnie stosowanej sieci LAN. Składa się między innymi z kabli, przełączników, kontrolerów czy różnego rodzaju modułów, ostatecznie umożliwiając operatywną wymianę danych pomiędzy, na przykład, serwerami. Serwer jest to natomiast konkretne urządzenie (lub oprogramowanie znajdujące się w konkretnym urządzeniu), służące udostępnianiu różnego rodzaju zasobów innym użytkownikom. Ze względu na ich funkcję wyróżnić można np. serwery aplikacji (których celem jest umożliwienie zdalnego uruchomienia innym użytkownikom różnego rodzaju produktów oraz aplikacji) czy serwery www, na których użytkownicy stron www zachowują pliki, następnie konwertowane, aby finalnie móc je udostępnić użytkownikom Internetu. System SAN stanowi zatem całkowicie odrębną od serwerów sieciowych infrastrukturę, na budowę którego składają się odmienne czynności, aniżeli w przypadku wdrożenia serwera sieciowego. Istnieje więc możliwość zlecenia danemu wykonawcy jedynie budowy systemu SAN, w sytuacji gdy inny podmiot dostarczy oraz wdroży serwery sieciowe. Nie jest przy tym konieczne, aby wdrożenie systemu SAN odbyło się w czasie dostawy oraz montażu serwerów sieciowych, gdyż są to dwie, niezależne od siebie infrastruktury. Odrębność systemu SAN od budowy serwera sieciowego potwierdza chociażby fakt, że postępowanie prowadzone przez GIG, który wystawił referencje wykonawcy LOGIN na cele postępowania, podzielone zostało na części, umożliwiając tym samym, aby jeden z wykonawców, którego oferta okaże się najkorzystniejsza w części 1, dostarczył, zamontował oraz wdrożył przełączniki SAN, a kolejno, wykonawca z najwyższą w rankingu ofertą w części 2 - dostarczył, zamontował oraz wdrożył serwery. W związku z powyższym, jedynie wskutek tego, że oferta wykonawcy LOGIN okazała się najkorzystniejszą w obu częściach postępowania GIG, zrealizował on obie Umowy, podczas gdy realnie mógłby mu zostać zlecony jedynie jeden ze składników składających się na środowisko sieciowe budowane przez GIG. Co więcej, wskazany wyżej podział zamówienia przez GIG na części świadczy o braku tożsamości przedmiotowej tych zamówień.

Tym samym także GIG, na etapie organizacji postępowania, dostrzegając odrębność obu zadań, zleconych w ramach Umowy Części 1 i Umowy Części 2. Pomimo powyższego GIG wystawił sprzeczne z powyższym referencje, uzupełnione później wyjaśnieniami z dnia 12 czerwca 2023 r., gdzie wskazał, że: Firma Login sp. z o.o. realizując oba zadania wykonała prace związane z pełnym wdrożeniem oraz konfiguracją środowiska serwerowego. GIG, zamawiający, jak i wykonawca LOGIN zdają się jednak całkowicie pomijać, że zamawiający nie wymagał doświadczenia w zakresie wdrożenia oraz konfiguracji środowiska

serwerowego, a w dostawie, montażu oraz konfiguracji dwóch serwerów z dyskami wraz z ich wdrożeniem. Tym samym, dostawa przełączników SAN przez wykonawcę LOGIN pozostaje poza doświadczeniem wynikającym z warunku udziału w postępowaniu ukształtowanego przez zamawiającego, co również potwierdził sam zamawiający w piśmie z dnia 16 czerwca 2023 r.

Powyższe ma także o tyle znaczenie, że zamawiający wymaga, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w szczególności: (1) dostawy dwóch sztuk serwerów o parametrach szczegółowo opisanych w OPZ; (2) dostawy komponentów dodatkowych wymaganych

do zachowania kompatybilności z obecnym środowiskiem serwerowym, które należy dostarczyć i zamontować w sprzęcie posiadanym/ wskazanym przez zamawiającego;

(3) zapewnienia oprogramowania systemowego do serwera wirtualizacji; (4) dostarczenia oraz wdrożenia sprzętu serwerowego. Zamawiający przy tym, chociażby nawet jako produktu pośredniego, nie wymaga dostarczenia przełączników SAN. Zgodnie bowiem z pkt IV.13 OPZ, wybrany wykonawca będzie zobligowany do podłączenia nowych serwerów do systemu SAN zamawiającego, co zdaje się wskazywać na istnienie tego rodzaju systemu u zamawiającego i potwierdza odrębność tegoż systemu od serwera sieciowego. Wykazane powyżej odrębności potwierdzają zatem, że nabyte przez wykonawcę LOGIN doświadczenie w dostawie sieci SAN, nie może być utożsamiane z doświadczeniem wymaganym w zakresie dostawy i montażu serwerów sieciowych i jako takie nie powinno być brane pod uwagę przy ustalaniu wartości zrealizowanej przez niego na rzecz GIG dostawy, w kontekście warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że z protokołu odbioru końcowego Umowy Części 1 z dnia 9 sierpnia 2022 r. wynika realizacja przez wykonawcę LOGIN czynności prowadzących do połączenia serwerów oraz wykonania połączeń macierzy dyskowej, co mogłoby ewentualnie zostać zakwalifikowane jako element wdrażania serwerów, mieszczący się w granicach warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający przy ocenie dokumentacji związanej z realizacją Umowy Części 1 całkowicie jednak pomija, że w fakturze VAT

nr FA/000257/2022/F, wystawionej przez wykonawcę LOGIN, celem uzyskania wynagrodzenia za wykonanie tej umowy, wprost wyodrębniono: (1) wynagrodzenie za produkt oznaczony jako Lenovo ThinkSystem DB610S, 8x32Gb SWLSFP, 1 PS w kwocie 199.920,00 zł netto; (2) wartość usługi instalacyjnej zgodnie z protokołem odbioru końcowego z dnia 9 sierpnia 2022 r. w kwocie jedynie 5.000,00 zł. netto (tj. 6150,00 zł brutto). Gdyby nawet zatem nawet przyjąć, że wskazane przez zamawiającego w piśmie z dnia 16 czerwca 2023 r. prace instalacyjne wynikające z Umowy Części 1 mieszczą się w wymaganiach wynikających z warunku udziału w postępowaniu, to wykonawca LOGIN, wykazując swoje doświadczenie

w wymaganym zakresie, powinien jako wartość dostawy wskazać kwotę stanowiącą sumę wartości tychże prac instalacyjnych oraz wynagrodzenia przyznanego mu z tytułu realizacji Umowy Części 2. Prawidłowe zsumowanie przez wykonawcę LOGIN łącznego wynagrodzenia za dostawę serwerów sieciowych wraz z ich wdrożeniem, faktycznie wynikającego z realizacji przez niego Umowy Części 1 i Umowy Części 2, uniemożliwiłaby mu jednak dalszy udział w postępowaniu (jeżeli nie potwierdziłby wymaganego doświadczenia przedstawiając oświadczenia dotyczące innej dostawy wraz z referencjami), gdyż wynagrodzenie to wynosi jedynie 286.682,20 zł.

Zamawiający nie był zatem uprawniony, aby uznać za zasadne wyjaśnienia GIG oraz na tej podstawie zsumować niejako machinalnie wartość Umowy Części 1 oraz Umowy Części 2, w szczególności wobec ustalenia we własnym zakresie, że Umowa Części 1 pozostaje poza wymogami postępowania.

Zdaniem odwołującego, zamawiający powinien uznać doświadczenie wynikające z referencji GIG, przedłożonych przez wykonawcę LOGIN, jako niewystarczające dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz wezwać go do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na to, że wartość zrealizowanych przez niego dostaw serwera sieciowego wraz z wdrożeniem, jest faktycznie niższa, niż wymagana w kontekście postawionego warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący podnosił także, że zamawiający, dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy LOGIN naruszył zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Nie budzi bowiem wątpliwości, że przyjęta przez zamawiającego argumentacja stanowiła korzystny dla wykonawcy LOGIN sposób interpretacji doświadczenia, nabytego

w związku z realizacją zamówień na rzecz GIG, podczas gdy w rzeczywistości ich zakresy, prawidłowo zbadane w kontekście całości dokumentacji dotyczącej Umów realizowanych

na rzecz GIG, powinna prowadzić do wniosku, że wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Celem natomiast postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pozostaje wybór wykonawcy, który realnie posiada

doświadczenie wymagane przez danego zamawiającego, co powinno być poprzedzone szczegółową oraz właściwą analizą jego oferty, w tym podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający nie jest przy tym uprawniony do przyjmowania korzystniejszych dla niektórych wykonawców interpretacji złożonych przez nich dokumentów, celem zapobieżenia odrzucenia ich oferty z postępowania.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, przystąpił wykonawca LOGIN.

Zamawiający w dniu 4 lipca 2023 r., działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości. W piśmie złożonym do akt sprawy, w kwestii zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania przystępującego do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przypominał, iż zgodnie z orzecznictwem i doktryną wezwanie do uzupełnienia kierowane do wykonawców w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp może być wystosowane tylko jeden raz w odniesieniu do tej samej nieprawidłowości (zasada jednokrotności wezwania). Zamawiający wezwał LOGIN do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego pismem z dnia 31 maja 2023 r., albowiem dostawa/ usługa wskazana w Wykazie nie potwierdzała spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Tym samym kolejne wezwanie wykonawcy do uzupełnienia byłoby nieuprawnione, a nade wszystko byłoby zbędne, bowiem LOGIN uzupełnionym Wykazem potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe stanowisko odwołujący, na posiedzeniu w dniu 6 lipca 2023 r. wskazał, że nie miał wiedzy o tym, że przystępujący został wezwany pismem z 31 maja 2023 r. do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego (którą to okoliczność zamawiający potwierdził uzasadniając, że omyłkowo pismo to nie zostało odwołującemu przekazane wraz z aktami postępowania). W konsekwencji odwołujący zmodyfikował żądania odwołania w taki sposób, że skoro przystępujący został już wezwany do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego - konieczne i uzasadnione jest żądanie odrzucenia złożonej przez niego oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia. Jego oferta nie została odrzucona i może potencjalnie zostać wybrana jako najkorzystniejsza, gdyż wobec odrzucenia oferty Grupa E Sp. z o.o. z siedzibą Tychach, obecnie plasuje się na drugim miejscu w rankingu ofert. Oferta wykonawcy LOGIN, z przyczyn opisanych w odwołaniu, nie powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, gdyż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W przypadku uwzględnienia odwołania, oferta wybranego wykonawcy zostanie odrzucona, a odwołującego znajdzie się na pierwszym miejscu w klasyfikacji punktowej. Szkoda, jaką odwołujący może ponieść w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp przejawia się w braku możliwości pozyskania do realizacji niniejszego zamówienia, co wiąże się także z utratą spodziewanego zysku.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, przekazaną przez zamawiającego w formie elektronicznej.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody, inne niż będące częścią dokumentacji prowadzonego postępowania, przedłożone przez odwołującego na posiedzeniu w postaci:

- 1.umowy nr PL/000023461/5620-1/KB/22/F1 zawartej w dniu 24 maja 2022 r. w Katowicach pomiędzy wykonawcą LOGIN a GIG, w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa, instalacja i wdrożenie sprzętu sieciowego - część nr 1, nazwa: Dostawa, instalacja oraz wdrożenie przełączników SAN;
- 2.faktury VAT nr FA/000257/2022/F, wystawionej po zakończeniu realizacji umowy wskazanej w pkt 1, na kwotę 252 051,60 zł. brutto, w której w pkt 2 wyszczególniono usługi instalacyjne na kwotę 5 000,00 zł. brutto;

- 3.umowy nr PL/000023461/5620-1/KB/22/F1 zawartej w dniu 24 maja 2022 r. w Katowicach pomiędzy wykonawcą LOGIN a GIG, w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa, instalacja i wdrożenie sprzętu sieciowego - część nr 1, nazwa: Dostawa, instalacja oraz wdrożenie przełączników SAN;
- 4.faktury VAT nr FA/000258/2022/F, wystawionej po zakończeniu realizacji umowy wskazanej w pkt 3, na kwotę 285 532,20 zł. brutto

na okoliczność ustalenia jaki był zakres poszczególnych zadań w ramach zamówienia realizowanego na rzecz GIG oraz wartość prac składająca się na przedmiotowe zamówienie.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody, inne niż będące częścią dokumentacji prowadzonego postępowania, przedłożone przez przystępującego na posiedzeniu w postaci protokołu przekazania serwerów Lenovo z 3 sierpnia 2022 r. celem wykazania, że pomimo tego, iż przedmiotowe zamówienie zostało podzielone na dwie części to całość zamówienia została zrealizowana w ramach jednej dostawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z pkt III SWZ jest dostawa dwóch fabrycznie nowych serwerów podstawowych na potrzeby Urzędu Miejskiego w Bytomiu, wraz z usługą wdrożenia i migracją danych oraz zakupem licencji dla serwerów. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, w tym wymagania jakościowe odnoszące się do głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia, zawarto w załączniku nr 8 oraz w Projektowanych postanowieniach umownych, stanowiących załącznik nr 7 do SWZ.

Izba ustaliła ponadto, że zamawiający w pkt VII SWZ opisał jakie warunki musi spełnić wykonawca ubiegający się o zamówienie tj. zobowiązany był wykazać, iż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należyce wykonał co najmniej jedną dostawę obejmującą co najmniej dwa serwery z dyskami wraz z ich wdrożeniem (wniesienie, montaż, konfiguracja) o wartości co najmniej 300 000,00 zł. brutto. Zamawiający uzna spełnienie ww. warunku również w sytuacji, jeżeli dostarczenie serwerów z dyskami i ich wdrożenie jw. określone zostały w wykonanej umowie jako usługa. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia powyższy warunek musi spełnić w całości co najmniej jeden z wykonawców (potencjały wykonawców nie podlegają sumowaniu). W przypadku realizacji umowy określonej w walucie innej niż PLN, wartość wykonanej usługi należy przeliczyć wg średniego kursu NBP obowiązującego w dniu zawarcia umowy. W przypadku braku średniego kursu NBP z dnia zawarcia umowy należy dokonać przeliczenia podanych kwot z waluty obcej na ich równowartość w PLN po średnim kursie NBP ostatnio obowiązującym przed dniem zawarcia umowy z podaniem daty kursu. W przypadku gdy wartość umowy obejmowała także inne elementy, niż wymienione w ww. warunku w Wykazie dostaw/ usług wykonawca będzie zobowiązany podać wartość elementów wymienionych w warunku udziału w postępowaniu.

Ponieważ oferta złożona przez LOGIN została, zgodnie z kryteriami oceny ofert, oceniona najwyżej, zamawiający pismem z dnia 23 maja 2023 r., działając na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym Wykazu dostaw/ usług wykonanych w okresie ostatnich trzech lat, liczonych wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy/ usługi zostały wykonane należyce, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy/ usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy - na potwierdzenie spełnienia wyżej przytoczonego warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że wyżej wymieniony podmiotowy środek dowodowy winien potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt VII SWZ.

W odpowiedzi na powyższe, wykonawca LOGIN w dniu 24 maja 2023 r. przekazał Wykaz wykonanych dostaw/ usług, w którym wpisał, że zrealizował zamówienie na rzecz Głównego Instytutu Górnictwa w Katowicach, jako przedmiot dostawy/ usługi wpisał: Budowa infrastruktury SAN: dostawa 6 serwerów Lenovo SR645 oraz 4 przełączników FC Lenovo DB 610 oraz niezbędnych licencji; data wykonania dostawy/ usługi (od-do): sierpień 2022 r.; wartość zamówienia brutto: >500 000,00 zł. Z kolei w dniu 30 maja 2023 r. w uzupełnieniu załączył referencje wystawione w dniu 25 maja 2023 r. przez GIG, przy czym zachował termin na złożenie ww. dokumentów podmiotowych.

Zamawiający uznał, że wskazana w Wykazie dostawa/ usługa nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w konsekwencji pismem z dnia 31 maja 2023 r. wezwał wykonawcę LOGIN do uzupełnienia

podmiotowego środka dowodowego. W treści wezwania przypominał treść warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt VII SWZ. Stwierdził, że usługa wymieniona w Wykazie nie potwierdza spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu. W Wykazie nie wskazano bowiem, iż ww. dostawa 6 serwerów obejmowała dostawę serwerów wraz z dyskami i ich wdrożeniem (wniesieniem, montażem, konfiguracją). W związku z powyższym, zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał

do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w pkt IX pkt 14 SWZ tj. Wykazu dostaw/ usług wykonanych w okresie ostatnich trzech lat, liczonych wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz

z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy/ usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodowymi, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy/ usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy, w sposób potwierdzający spełnienie ww. warunku. Zaznaczył ponadto, że w przypadku, gdy w uzupełnianym Wykazie wykonanych dostaw/ usług wskazana zostanie ta sama dostawa/ usługa, niniejsze wezwanie nie obejmuje dowodu określającego czy ta dostawa/ usługa została wykonana należycie, bowiem załączone Referencje z dnia 25 maja 2023 r. potwierdzają należyte wykonanie dostawy/ usługi.

Wykonawca w dniu 31 maja 2023 r. uzupełnił Wykaz wykonanych dostaw/ usług, modyfikując go w taki sposób, że jako przedmiot dostawy/ usługi wpisał: Budowa infrastruktury SAN: dostawa 6 serwerów Lenovo SR645 wraz z dyskami oraz ich wdrożeniem (wniesienie, montaż, konfiguracja). Dodatkowo 4 przełącznikami FC Lenovo DB 610 oraz niezbędnymi licencjami.

W dniu 2 czerwca 2023 r. zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez LOGIN.

Izba ustaliła także, że odwołujący skierował do zamawiającego pismo z dnia 5 czerwca 2023 r., w którym wnosił o odrzucenie wybranej oferty tj. wykonawcy LOGIN, z powodu nie potwierdzenia przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazywał w treści pisma, że na stronie GIG znajduje się przetarg, który wygrała firma LOGIN, jednak postępowanie to zostało podzielone na części. Część pierwsza postępowania odnosiła się do dostawy, instalacji oraz wdrożenia przełączników SAN, część druga obejmowała dostawę, instalację oraz wdrożenie serwerów. Podział na części stanowi osobne zamówienia, a co za tym idzie osobne faktury. Firma LOGIN wygrała obie części postępowania, jednak kwoty jakie zostały ujęte w referencjach nie są zgodne z kwotami jakimi zamawiający tj. GIG opublikował dnia 10 maja 2022 r. Dalej odwołujący zwrócił uwagę, że referencje, które spełniają wymóg zamawiającego tj. Gminy Bytom z SWZ dotyczą tylko części drugiej postępowania FZ- 1/5620/KB/22/FI, zrealizowanego na rzecz GIG na kwotę brutto 285.532,20 zł.

W związku z powyższym, zamawiający pismem z dnia 12 czerwca 2023 r. poinformował wykonawców o anulowaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i tym samym o powrocie do etapu badania ofert, ponownie rozstrzygając postępowanie w dniu

16 czerwca 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez LOGIN. Ponowne rozstrzygnięcie postępowania poprzedzone zostało wezwaniem LOGIN do ustosunkowania się do treści pisma odwołującego z dnia 5 czerwca 2023 r. (LOGIN wyraził swoje stanowisko pismem z dnia 6 czerwca 2023 r.) oraz wystąpieniem zamawiającego z dnia 12 czerwca 2023 r. do GIG z prośbą o wyjaśnienie wątpliwości dot. wartości wykazanych prac (GIG udzielił wyjaśnień pismem FZ/MW/89/23 z dnia 12.06.2023 r. precyzując w szczególności, że „Firma Login Sp. z o.o. realizując oba zadania wykonała prace związane z pełnym wdrożeniem oraz konfiguracją środowiska serwerowego. Biorąc pod uwagę powyższe nie można traktować w wycenie prac tylko części II, obejmującej dostarczenie, instalację i uruchomienie serwerów, ale również należy wziąć pod uwagę prace konfiguracji środowiska serwerowego wynikające z zakresu prac dotyczących dostawy i instalacji przełączników SAN. Łączna wartość tych prac przekracza kwotę 300 000,00 zł.).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych

w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: (1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub (2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 c ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył

w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Stosownie do art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć między innymi zdolności technicznej lub zawodowej. Z kolei w myśl przepisu art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

W okolicznościach analizowanej sprawy odwołujący zarzucał, że zamawiający dokonał niewłaściwej oceny oferty wykonawcy LOGIN, gdyż ten wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia, wymienił doświadczenie nabyte przy realizacji zamówienia na rzecz GIG, potwierdzone referencjami, jak również dodatkowymi wyjaśnieniami na rzecz GIG z dnia 12 czerwca 2023 r., które to nie potwierdzało, że warunek sformułowany przez zamawiającego w treści SWZ, został spełniony.

Nie było w sprawie sporne, że przystępujący LOGIN wykazał, że w wymaganym okresie wykonał zamówienie na rzecz GIG, na potwierdzenie czego przedłożył referencję od zamawiającego, potwierdzającą jego należyte wykonanie. Ponadto wykazana dostawa/ usługa została zrealizowana, co wynika z treści dokumentacji postępowania, na podstawie dwóch odrębnych umów zawartych w wyniku rozstrzygnięcia dwóch części postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ogłoszonego przez GIG (nr sprawy FZ-1/5620/KB/22/FI). Umowa zawarta w wyniku rozstrzygnięcia części 1 postępowania zatytułowanej jako „dostawa, instalacja oraz wdrożenie przełączników SAN” opiewała na kwotę 252.051,60 zł., natomiast umowa zawarta w wyniku rozstrzygnięcia części 2 postępowania zatytułowana jako „dostawa, instalacja oraz wdrożenie serwerów” zawarta została na kwotę 285.532,20 zł.

Istota sporu w niniejszej sprawie sprowadzała się do oceny i odpowiedzi na pytanie czy wobec brzmienia warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z którym zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że zrealizował dostawę obejmującą co najmniej dwa serwery z dyskami wraz z ich wdrożeniem (wniesienie, montaż, konfiguracja) o wartości co najmniej 300 000,00 zł., dostawa zrealizowana na rzecz GIG spełnia powyższe wymagania.

W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę, co potwierdza liczne orzecznictwo KIO, że możliwe jest powoływanie się na doświadczenie nabyte przy realizacji dostawy/ usługi w ramach dwóch umów, które były wykonywane równocześnie na rzecz tego samego zamawiającego. Jak zwróciła uwagę KIO w wyroku z dnia 21 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3263/22: dla wymogu doświadczenia całkowicie indyferentne jest to, czy dane usługi były wykonywane na podstawie dwóch równoległe zawartych umów, czy też jednej; a wprowadzenie wymogu wykonywania usługi na podstawie jednej umowy prowadziłoby do niepotrzebnego ograniczenia konkurencji. Do podobnych wniosków prowadzi lektura orzeczenia KIO z dnia 24 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1448/21, w którym Izba dokonała wyraźne rozróżnienia pomiędzy zamówieniem, a umowami przyjmując, że zamawiający może przyjąć, że ma do czynienia z jednym zamówieniem, pomimo zawarcia odrębnych umów, cyt. "Zamawiający wymagał wykazania się co najmniej jednym zamówieniem (...) jednak nie sprecyzował określenia "zamówienie", nie podał sposobu jego rozumienia na potrzeby stawianego warunku udziału w postępowaniu, (...) jak również, że referencyjne zamówienie ma być wykonane w ramach jednej umowy. W związku z tym z SIWZ nie wynika zakaz powołania się na zamówienie zrealizowane na rzecz tego samego odbiorcy w tym samym czasie na podstawie dwóch umów. Zauważenia przy tym wymaga, iż w reżimie zamówień publicznych częstą praktyką jest podział zamówienia na części, w wyniku których zawierane są odrębne umowy. (...) należy przyjąć, że mimo zawarcia odrębnych umów, zważywszy na specyfikę przedmiotu zamówienia, chodziło o jedno zamówienie podzielone formalnie

na części. (...). Okoliczność zatem, iż formalnie zostały zawarte dwie umowy i w konsekwencji zostały sporządzone odrębne protokoły odbioru ich przedmiotu, (...) nie może, jak tego oczekuje Odwołujący, wskazywać na brak spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego w zakresie zdobytego przez tego wykonawcę doświadczenia. Cel postawienia warunku, tj. wykazanie się wykonawcy określonymi w nim umiejętnościami został osiągnięty".

Z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający w treści SWZ ustanowił warunek w zakresie doświadczenia wymagając, aby wykonawca wykazał, iż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał

co najmniej jedną dostawę obejmującą co najmniej dwa serwery z dyskami wraz z ich wdrożeniem (wniesienie, montaż, konfiguracja) o wartości co najmniej 300 000,00 zł. brutto. Użycie sformułowania „dostawa” oznacza, że trafnie interpretuje treść warunku zamawiający wskazując, że możliwe jest wzięcie pod uwagę doświadczenia nabytego przez wykonawcę przy realizacji dwóch, odrębnie zawartych umów, na rzecz tego samego zamawiającego, które były realizowane w tym samym czasie i zawarte w wyniku jednego postępowania. W sytuacji bowiem, gdy zamawiający nie zdefiniuje w SWZ pojęcia dostawy, to decydujące znaczenie ma specyfika konkretnej sytuacji i postrzeganie jej jako jednej, funkcjonalnej całości. Interpretacji pojęcia „dostawa” nie można zatem utożsamiać ze sformułowaniem „umowa”, a należy dokonywać jej w kontekście konkretnego zamówienia i brzmienia SWZ.

Bez znaczenia są zatem wywody odwołującego, który w treści odwołania podnosił, że GIG dokonując podziału zamówienia na części dostrzegał odrębność obu zadań zleczanych w ramach Umowy Części 1 i Umowy Części 2 i, że podział zamówienia świadczy bezspornie o braku tożsamości przedmiotowej obu zamówień. Zauważyć należy, że decyzja zamawiającego o podziale zamówienia na części podyktowana jest różnymi przyczynami. W tym przypadku nie sposób przesądzić czym kierował się GIG, decydując się na taki właśnie podział zamówienia na zadania. Okolicznością powszechnie znaną jest fakt, iż zamawiający w ramach przedmiotu zamówienia, realizują jego zadania bądź jednorodnie, jako jedno zamówienie, lub w podziale na części.

Izba wskazuje, że sam podział jednego zamówienia na części nie oznacza, że wykonawca realizujący to zamówienie np. w zakresie dwóch części nie może legitymować się doświadczeniem łącznie zrealizowanych zamówień (dwie części łącznie). Sam podział zamówienia na części nie decyduje o tym, że mamy do czynienia z odrębnymi rodzajowo i przedmiotowo zakresami, ale z czynnością techniczną zamawiającego, który z różnych powodów decyduje się na realizację zamówienia w określony sposób.

Nie sposób także nie zauważyć, co ma także znaczenie w kontekście możliwości potraktowania obu zadań, wykonanych przez LOGIN w ramach dwóch odrębnych części, jako jednej dostawy, że z informacji przekazanej przez GIG, wyrażonej w piśmie FZ/MW/89/23

z dnia 12 czerwca 2023 r. wynika, że: „(...) przystępujący zrealizował na podstawie tych umów prace związane z pełnym wdrożeniem i konfiguracją środowiska serwerowego. Biorąc pod uwagę powyższe nie można traktować w wycenie prac tylko części II obejmującej dostarczenie, instalację i uruchomienie serwerów, ale również należy wziąć pod uwagę prace konfiguracji środowiska serwerowego wynikające z zakresu prac dotyczących dostawy i instalacji przełączników SAN. Łączna wartość tych prac przekracza kwotę 300.000,00 PLN”. Wbrew twierdzeniom odwołującego pisma tego nie należy traktować jako próby interpretacji treści warunku udziału w postępowaniu, opisanego przez zamawiającego w SWZ, gdyż stanowiło ono odpowiedź na pismo zamawiającego z 12 czerwca 2023 r. skierowane do GIG, w którym prosi o informację na temat rozbieżności kwot wynikającej z Umów zawartych dla obu części a kwotą wskazaną w treści referencji (kwota przekraczająca 300 tys. brutto).

W rezultacie nie sposób zatem podzielić stanowiska odwołującego, zgodnie z którym nieuprawnione jest sumowanie całości wynagrodzenia otrzymanego przez LOGIN z tytułu realizacji dwóch umów, w ramach jednego postępowania tylko z tego powodu, że zamówienie to zostało podzielone na dwa zadania.

W dalszej kolejności należało zatem rozstrzygnąć czy zakres, jaki został zrealizowany w ramach Umowy Części 1 i Umowy Części 2, który to został wykonany przez przystępującego, obejmował dostawę co najmniej dwóch serwerów z dyskami oraz ich wdrożenie (wniesienie, montaż, konfigurację) oraz, czy wartość tego zamówienia wynosiła co najmniej 300 000,00 zł. brutto., a zatem czy warunek o treści opisanej w SWZ został spełniony.

Izba w pełni podzieliła pogląd zamawiającego, który w sposób poprawny odczytywał treść warunku udziału w postępowaniu wskazując, iż nie zastrzegł w jego treści, że wykonana dostawa winna ograniczać się wyłącznie do zakresu w nim wymienionego, gdyż użycie określenia „wykonał co najmniej jedną dostawę obejmującą” oznacza tyle, co legitymowanie się doświadczeniem w realizacji dostawy, w skład której wchodził między innymi zakres wyszczególniony

w SWZ, ale z jednoczesnym dopuszczeniem możliwości wykazania się dostawą obejmującą również inne elementy. Tak też w niniejszej sprawie wykonawca LOGIN wykazał, że zrealizował co najmniej jedną dostawę obejmującą swoim zakresem dostawę dwóch serwerów z dyskami i ich wdrożenie, rozumiane jako wniesienie, montaż i konfigurację sprzętu. W ramach tej dostawy mógł być wykonany, i tak też było w tym przypadku, inny zakres prac niż ten, który wynikał z treści wymagań.

Należy też zgodzić się z interpretacją, iż zamawiający w SWZ w żadnym miejscu nie zastrzegł, że wartość referencyjnego zadania tj. 300 000,00 zł. brutto należy odnieść wyłącznie do zakresu dostawy opisanej w treści warunku. Brzmienie warunku nakazuje wartość 300 000,00 zł. odnosić do całości zadania, które to swoim zakresem miało obowiązkowo obejmować co najmniej dwa serwery z dyskami i ich wdrożeniem (wniesieniem, montażem i konfiguracją). Nie można tego jednak czytać w taki sposób, w jaki wywodzi to odwołujący, że wartość 300 000,00 zł. odnosić wyłącznie do wartości co najmniej dwóch serwerów z dyskami i ich wdrożeniem. Dopuszczalne było zatem, jak to uczynił wykonawca LOGIN powołać się na zamówienie, podzielone na dwie części, których łączna wartość przekraczała wymaganą kwotę, w ramach której wykonawca ten dostarczył, zainstalował i uruchomił serwery, ale też w której skład wchodziły inne jej elementy. Co istotne dla oceny kwestii spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wartość przedmiotowego zamówienia (dla obu części) przekraczała referencyjną wartość.

O poprawności powyższej interpretacji świadczy po pierwsze okoliczność, że w treści SWZ zamawiający nie sprecyzował, że kwotę 300 000,00 zł. należy odnosić wyłącznie do zakresu opisanego w treści warunku. Po drugie z treści Wykazu wykonanych dostaw/ usług wynikało, że wykonawca w kolumnie 4 miał podać wartość w zł. brutto, przy czym zamawiający nie wskazał, że w przypadku gdy wartość referencyjnego zadania obejmowała także inne elementy niż wymienione w treści warunku to w Wykazie dostaw/ usług wykonawca będzie zobowiązany podać wartość elementów wymienionych w warunku udziału w postępowaniu. W końcu także, wobec braku takiego zastrzeżenia w dokumentach zamówienia należało, na potrzeby tego postępowania, w tym oceniając dokumenty przedłożone przez danego wykonawcę, w tym wypadku przystępującego - przyjąć taką interpretację, która będzie korzystniejsza dla wykonawcy.

Zarówno KIO, jak też sądy powszechne wielokrotnie zwracały uwagę w swoich orzeczeniach, że w przypadku gdy w treści zapisów dokumentacji pojawią się jakiegokolwiek niejasności czy nieprecyzyjne wymagania, zamawiający powinien podejmować wobec wykonawców decyzje w taki sposób, aby ci nie ponosili konsekwencji braku precyzji zamawiającego. Takie stanowisko wynika między innymi z Wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 lipca 2019 r., sygn. akt: IV CSK 363/18, w którym zauważono, że: jeżeli powstają wątpliwości co do jednoznaczności postanowień SIWZ (a szerzej: dokumentacji zamawiającego, w oparciu o którą wykonawcy składają oferty), muszą być one rozstrzygane na korzyść wykonawcy.

Do podobnych wniosków doszedł także Sąd Okręgowy w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, który w Wyroku z dnia 10 sierpnia 2022 r. XXIII Zs 86/22 podkreślił, że wszelkie nieścisłości czy sprzeczności w brzmieniu SWZ winny być traktowane w sposób nie wywołujący negatywnych skutków dla wykonawców, którzy w dobrej wierze składają w odpowiedzi na jej postanowienia swoje oferty. Powyższe orzeczenia i tezy można mnożyć i wypływa z nich jednoznaczny wniosek, że zamawiający nie może wywodzić negatywnych skutków prawnych dla ubiegającego się o udzielenie zamówienia wykonawcy, jeżeli SWZ nie zawiera wyraźnych i jednoznacznych wymagań. Dotyczy to także kwestii oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, która powinna być dokonywana wyłącznie w oparciu

o wymagania i zapisy wynikające z dokumentów zamówienia. Tym samym odrzucenie oferty może nastąpić wyłącznie, gdy treść warunku nie budzi wątpliwości, a referencyjne zamówienie jednoznacznie nie wpisuje się w treść sformułowanych w SWZ wymagań. Zasadą bowiem powinno być takie interpretowanie i ocenianie ofert wykonawców, aby w ramach przepisów

o zamówieniach publicznych w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania w postępowaniu.

Nie można w końcu także pomijać, że z treści przedłożonej w postępowaniu referencji, wystawionej przez GIG wykonawcy LOGIN z 25 maja 2023 r. jasno wynika, że wartość całego projektu, zrealizowanego przez LOGIN, przekroczyła 500 tys. zł., w tym dostawa i wdrożenie części serwerowej przekroczyła kwotę 300 tys. brutto. Tym samym w niniejszej sprawie zamawiający dysponował referencją, która precyzowała, że wartość prac mieszczących się w opisie warunku udziału w postępowaniu wynosiła co najmniej 300 tys. zł. Z kolei odwołujący przedstawiał na rozprawie jako dowody umowy zawarte przez GIG z przystępującym, załączając wystawione przez tego wykonawcę faktury i z treści tych dokumentów wywodząc, że łączne wynagrodzenie otrzymane z tytułu realizacji Umowy Część 2 i prace instalacyjne wykonane w ramach realizacji Umowy Część 1 - nie przekraczają łącznie kwoty 300 000,00 zł. Powyższe

jednakże pozostaje bez znaczenia w kontekście powyższych wywodów, że wymienionej w warunku kwoty 300 000,00 zł. nie należy odnosić wyłącznie do zakresu opisanego w treści warunku, ale do wartości referencyjnego zamówienia.

Jedynie na marginesie należy nadmienić, że jeśli odwołujący kwestionował zakres i wartość prac, która została wskazana w referencjach wystawionych przez GIG na rzecz wykonawcy LOGIN, a następnie potwierdzona przez tego zamawiającego w piśmie przesłanym zamawiającemu z 12 czerwca 2023 r. powinien podjąć stosowne działania, celem wyjaśnienia powyższych rozbieżności. Tymczasem odwołujący nie zwrócił się nawet do GIG z wnioskiem o wyjaśnienie powyższego, powołując się na zawarte w postępowaniu Umowy, które mogły być np. w toku ich realizacji zmieniane. Przypomnieć należy, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania, ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (tak w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07; wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97; wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08). Skoro zatem odwołujący zaniechał jakiegokolwiek inicjatywy dowodowej w zakresie wykazania, że treść przedłożonej referencji jest niezgodna

z rzeczywistością - uznać należało, że wykonawca LOGIN przedłożył w postępowaniu wymagane dokumenty potwierdzające, że warunek udziału w postępowaniu sformułowany przez zamawiającego w SWZ - został spełniony.

W konsekwencji, wobec brzmienia warunku udziału w postępowaniu należało uznać, że LOGIN wykazał się doświadczeniem w realizacji usługi, której wartość (dla Umowy Części 1 i Umowy Części 2) była nie mniejsza niż 300 000,00 zł., obejmującą swoim zakresem dostawę 6 serwerów Lenovo SR645 wraz z dyskami oraz ich wdrożeniem (wniesienie, montaż i konfiguracja) a dodatkowo także 4 przełączników FC Lenovo DB 610 oraz niezbędnych licencji. Powyższe zostało potwierdzone przez zamawiającego tj. GIG referencjami, z treści których wynika, że zamówienie zostało wykonane należycie.

Z tych względów zważywszy na to, że złożone przez LOGIN podmiotowe środki dowodowe potwierdzają, iż wykonawca ten spełnia ww. warunek udziału w postępowaniu

w zakresie doświadczenia, nie wystąpiła podstawa do wystąpienia przez zamawiającego

na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do przystępującego z wezwaniem do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia tych dokumentów. Ponadto, jak trafnie zaznaczył zamawiający w piśmie procesowym - odpowiedzi na odwołanie, co wynika z ugruntowanego orzecznictwa

i poglądów wyrażonych w doktrynie, wezwanie do uzupełnienia kierowane do wykonawców

w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp może być wystosowane tylko jeden raz, w odniesieniu

do tej samej nieprawidłowości (zasada jednokrotności wezwania). Zamawiający wezwał wykonawcę LOGIN do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego pismem z dnia

31 maja 2023 r., gdyż wskazana przez niego w Wykazie dostawa/ usługa nie potwierdzała spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zatem kolejne wezwanie LOGIN do uzupełnienia byłoby nieuprawnione, a przede wszystkim byłoby zbędne, bowiem LOGIN w treści uzupełnionego Wykazu potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w sposób jakiego oczekiwał zamawiający tj. precyzując co wchodziło w zakres referencyjnego zamówienia.

W związku z tym ww. zarzut odwołania nie znajduje potwierdzenia, a w konsekwencji za nieuzasadniony należy uznać pozostałe zarzuty odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Z tych względów odwołanie podlega oddaleniu, o czym Izba orzekła w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący:.....