

WYROK

z dnia 31 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 sierpnia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: UNIMA 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A. 31-866 Kraków, ul. Skarżyńskiego 14; Miraccord M. N. 34-120 Andrychów, ul. Stefana Batorego 35; MWM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. 44-100 Gliwice, ul. Grottgera 35; NetStrategy Sp. z o.o. 00-213 Warszawa, ul. Williama Heerleina Lindleya 16

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gmina Miejska Kraków - Urząd Miasta Krakowa, 31-004 Kraków, Pl. Wszystkich Świętych 3-4

przy udziale wykonawcy DG ELPRO Z. D., K. D., J. G. Sp. j. 30-415 Kraków, ul. Bonarka 21, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania w wysokości 19 467 zł 00 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy czterysta sześćdziesiąt siedem złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: UNIMA 2000

Systemy Teleinformatyczne S.A. 31-866 Kraków, ul. Skarżyńskiego 14; Miraccord M. N. 34-120 Andrychów, ul. Stefana Batorego 35; MWM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. 44-100 Gliwice, ul. Grottgera 35; NetStrategy Sp. z o.o. 00-213 Warszawa, ul. Williama Heerleina Lindleya 16, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: UNIMA 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A. 31-866 Kraków, ul. Skarżyńskiego 14; Miraccord M. N.

34-120 Andrychów, ul. Stefana Batorego 35; MWM Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością Sp. k. 44-100 Gliwice, ul. Grottgera 35; NetStrategy Sp. z o.o. 00-213 Warszawa, ul. Williama Heerleina Lindleya 16, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: UNIMA 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A. 31-866 Kraków, ul. Skarżyńskiego 14; Miraccord M. N. 34-120 Andrychów, ul. Stefana Batorego 35; MWM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. 44-100 Gliwice, ul. Grottgera 35; NetStrategy Sp. z o.o. 00-213 Warszawa, ul. Williama Heerleina Lindleya 16 na rzecz zamawiającego: Gminy Miejskiej Kraków - Urząd Miasta Krakowa, 31-004 Kraków, Pl. Wszystkich Świętych 3-4 kwotę 4 467 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt siedem złotych i zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień

publicznych (t. j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok

- w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1613/18

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Rozbudowa systemu monitoringu wizyjnego Krakowa”, znak sprawy: OR-10.271.65.2018 (dalej „Postępowanie” lub „Zamówienie”) zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2018/S 103-235027 w dniu

1 czerwca 2018 r. przez Gminę Miejską Kraków - Urząd Miasta Krakowa, 31-004 Kraków, Pl. Wszystkich Świętych 3-4 (zwane dalej: „zamawiającym”).

W dniu 13 sierpnia 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: UNIMA 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A. 31-866 Kraków, ul. Skarżyńskiego 14; Miraccord M. N. 34-120 Andrychów, ul. Stefana Batorego 35; MWM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. 44-100 Gliwice, ul. Grottgera 35; NetStrategy Sp. z o.o. 00-213 Warszawa, ul. Williama Heerleina Lindleya 16 (zwani dalej „odwołującym”) wnieśli odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r., poz. 1579 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp” czynności oraz zaniechań czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp, podjętych w Postępowaniu polegających na:

1. zaniechaniu wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12), 16) i 17) ustawy Pzp

wykonawcy DG ELPRO Z. D., K. D., J. G. sp. j., który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności w zakresie pkt 5.1.1.2.

i 5.1.1.1. SIWZ, tj. w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganej w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, którą należało wykazać w szczególności realizacją co najmniej jednego zamówienia polegającego na konfiguracji systemu monitoringu w co najmniej dwóch redundantnie działających serwerowniach oraz dostawą wyposażenia serwerowni urządzeniami o wartości co najmniej 1.000.000,00 zł brutto,

2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy DG ELPRO Z. D., K. D., J. G. sp. j. zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2) i 3) ustawy Pzp,
3. zaniechaniu należytego zbadania i oceny ofert wykonawcy DG ELPRO Z. D., K. D., J. G.

sp. j. zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp,

4. wyborze oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu - DG ELPRO Z. D., K. D., J. G.

sp. j. jako najkorzystniejszej,

5. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu obrazę:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DG ELPRO Z. D., K. D., J. G. sp. j. mimo, że złożona przez tego wykonawcę oferta nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganej w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, którą należało wykazać realizacją co najmniej jednego zamówienia polegającego na konfiguracji systemu monitoringu w co najmniej dwóch redundantnie działających serwerowniach (pkt 5.1.1.2. SIWZ),

2. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DG ELPRO Z. D., K. D., J. G. sp. j., mimo że złożona przez tego wykonawcę oferta nie odpowiada treści SIWZ w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganej w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, którą należało wykazać realizacją co najmniej jednego zamówienia polegającego na wyposażeniu serwerowni, w tym dostawie urządzeń aktywnych dla centrum przetwarzania i wymiany danych, o wartości dostarczanych urządzeń nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł brutto (pkt 5.1.1.1. SIWZ),

3. art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DG ELPRO Z. D., K. D., J. G. sp. j., mimo że złożona przez tego wykonawcę oferta, z uwagi na niespełnienie wymogów SIWZ w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia i wprowadzanie zamawiającego w błąd treścią przedkładanych referencji, może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji,

4. art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy DG ELPRO Z. D., K. D., J. G. sp. j., mimo że nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu i nie wykazał braku podstaw wykluczenia w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, w tym wiedzy i doświadczenia, określonych na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy (pkt 5.1.1.1. oraz 5.1.1.2. SIWZ), wymaganych w tym postępowaniu, które należało wykazać realizacją co najmniej jednego zamówienia polegającego na wyposażeniu serwerowni, w tym dostawie urządzeń aktywnych dla centrum przetwarzania i wymiany danych, o wartości dostarczanych urządzeń nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł brutto (pkt 5.1.1.1. SIWZ) oraz realizacją co najmniej jednego zamówienia polegającego na konfiguracji systemu monitoringu w co najmniej dwóch redundantnie działających serwerowniach (pkt 5.1.1.2. SIWZ),

5. art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy DG

ELPRO Z. D., K. D., J. G. sp. j., mimo że w wyniku zamierzonego działania, lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził on zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a to w szczególności składający wykaz dostaw/usług na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt 5.1.1.1. i 5.1.1.2. SIWZ, w którym wskazał na wykonanie systemu telewizji dozorowej w technologii IP na terenie Międzynarodowego Portu Lotniczego im. Jana Pawła II Kraków-Balice w okresie od 16.06.2014 r. do 16.02.2017 r. i powołując się na list referencyjny od Dyskret Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z dnia 23 marca 2018 r.,

6. naruszenia zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji w Postępowaniu, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez ocenę jako najkorzystniejszej, wybór i zaniechanie wykluczenia oferty wykonawcy DG ELPRO Z. D., K. D., J. G. sp. j., mimo że jako niezgodna z SIWZ i pochodząca od wykonawcy, który powinien zostać wykluczony, powinna zostać odrzucona,

7. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 12), 16) i 17) oraz art. 89 ust. 1 pkt 2) i 3) w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, a tym samym uchybienie zasadzie równości wykonawców i uczciwej konkurencji w Postępowaniu, poprzez wybór oferty wykonawcy DG ELPRO Z. D., K. D., J. G. sp. j., jako najkorzystniejszej, pomimo, że złożona przez tego wykonawcę oferta winna ulec odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ, względnie

pomimo, że DG ELPRO Z. D., K. D., J. G. sp. j., jako wykonawca winien podlegać wykluczeniu,

8. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie należytego zbadania oferty wykonawcy DG ELPRO Z. D., K. D., J. G. sp. j., czego konsekwencją był brak jego wykluczenia lub brak odrzucenia jego oferty.

Wskazując powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości poprzez nakazanie zamawiającemu, w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy DG ELPRO Z. D., K. D., J. G. sp. j. jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,
2. odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy DG ELPRO Z. D., K. D., J. G. sp. j.,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem faktu odrzucenia oferty

lub wykluczenia wykonawcy DG ELPRO Z. D., K. D., J. G. sp. j.,

oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

Podnosząc powyższe odwołujący wskazał, że wybrany w Postępowaniu wykonawca DG ELPRO Z. D., K. D., J. G. sp. j. powinien podlegać wykluczeniu, a jego oferta powinna zostać odrzucona, bowiem zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12), 16) i 17) ustawy Pzp zamawiający obowiązany jest wykluczyć wykonawcę: (i) który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia, (ii) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów, (iii) a także 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. Zgodnie następnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Zgodnie natomiast z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się jedynie wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Ponadto przepisy w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nakazują zamawiającemu zbadanie ofert przed ich oceną, przepisy art. 7 ustawy Pzp nakazują prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, zaś art. 89 ust. 1 pkt 2) i 3) ustawy Pzp nakazuje odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ lub jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący zwraca wobec powyższego uwagę, że zgodnie z pkt

5.1.1.2. SIWZ w postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, określone w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej : 5.1.1. posiadają wiedzę i doświadczenie, tj. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie należycie wykonali: 5.1.1.1. co najmniej jedno zamówienie polegające na wyposażeniu serwerowni, w tym dostawie urządzeń aktywnych dla centrum przetwarzania i wymiany danych, o wartości dostarczanych urządzeń nie mniejszej niż 1 000 000 zł brutto; 5.1.1.2. co najmniej jedno zamówienie polegające na konfiguracji systemu monitoringu w co najmniej dwóch redundantnie działających serwerowniach. Tymczasem w złożonej i wybranej ofercie wykonawcy DG ELPRO Z. D., K. D., J. G. sp. j. (załącznik nr 3 do SIWZ - wykaz wykonanych dostaw/usług na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt 5.1.1.1. oraz 5.1.1.2. SIWZ) wskazano, na potrzeby udowodnienia wymogów określonych w pkt 5.1.1.1. oraz

5.1.1.2. SIWZ, zamówienie na wykonanie systemu telewizji dozorowej w technologii IP na terenie Międzynarodowego Portu Lotniczego im. Jana Pawła II Kraków-Balice w okresie od 16.06.2014 r. do 16.02.2017 r. Wykonanie powyższych prac wykonawca

popart listem referencyjnym swojego ówczesnego zleceniodawcy Dyskret Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z siedzibą w Krakowie z 23 marca 2018 r. Tymczasem, zgodnie z założeniami SIWZ, ogłoszonego w 2012 r. przez Międzynarodowy Port Lotniczy Kraków-Balice przetargu na wykonanie robót budowlanych w systemie Generalnego Wykonawstwa na terenie Międzynarodowego Portu Lotniczego im. Jana Pawła II Kraków - Balice, związanych z kompleksową realizacją: a) rozbudowy i przebudowy międzynarodowego terminalu pasażerskiego wraz z przyłączami zewnętrznej infrastruktury technicznej oraz kładką komunikującą terminal z parkingiem wielopoziomowym i przystankiem kolejki; b) budowy i przebudowy wewnętrznego układu komunikacyjnego (znak: MPL/BS/SZ/241/3/02/12) przedmiotem zamówienia wykonawcy DG ELPRO Z. D.,

K. D., J. G. sp. j. było w szczególności: wykonanie systemu CCTV (budowa monitoringu wizyjnego), którego dokładny opis był określony w dokumentacji zatytułowanej T4/PW/TT/CCTV/SYSTEM TELEWIZJI DOZOROWEJ. Dokumentacja ta nie przewidywała wykonania dwóch redundantnych serwerowni. W zakres budowy monitoringu wizyjnego dla MPL Kraków-Balice wchodziło bowiem, zgodnie z wymogami ówczesnego zamawiającego: (i) Instalacja dedykowanej sieci strukturalnej (okablowania) która „ze względu na przesył dużej ilości danych zbudowana będzie na planie tzw. gwiazdy”, tj. wychodziła będzie z jednego punktu centralnego do kolejnych kamer i ew. podrzędnych punktów dystrybucyjnych. Centrum sieci stanowić miała „serwerownia CCTV SOL usytuowana w pomieszczeniu 2.2.26.”, tzn. jedno pomieszczenie, w którym zlokalizowane są urządzenia przeznaczone do obsługi systemu CCTV, jak wskazano w dokumentacji: „Tutaj zainstalowane zostaną serwery wraz z oprogramowaniem oraz macierze dyskowe do archiwizacji danych. Stąd też będzie połączenie kablem światłowodowym do punktu dystrybucyjnego w budynku BAT, w pomieszczeniach SOL, w których planuje się montaż tzw. punktów podglądu”. Z powyższego zapisu jednoznacznie wynika, że w obiekcie istnieje jedna serwerownia i jeden punkt dystrybucyjny, w którym znajdują się stanowiska oglądu. W dalszej części opisu, wskazano, że: „punkt dostępowy w BAT ma za zadanie dostarczyć sygnał z terminala do punktów obserwacyjnych. Zamontowany zostanie w pomieszczeniu serwerowni istniejącej dyżurki skąd do dyżurki SOL, doprowadzone zostanie okablowanie dla punktów obserwacyjnych. Punkt dostępowy w SOL to szafa o wysokości 18U, wyposażona zostanie w wentylator oraz termostat umieszczony w suficie szafy. Do punktu tego dochodzą będą sygnały światłowodowe z terminala, i wychodzą do punktów obserwacyjnych”. Oznacza to jednak wyłącznie, że w pomieszczeniu nazwanym serwerownią (jako identyfikator pomieszczenia, analogicznie do numeru pomieszczenia), powstał punkt dystrybucyjny systemu okablowania, które zostało doprowadzone dalej. Instalacja punktu dostępowego sieci strukturalnej monitoringu a nawet konfiguracja przełącznika sieciowego, nie przesądza jednak, że instalacja ta, od strony funkcjonalnej stanowiła drugą serwerownię monitoringu, a już niewątpliwie pomieszczenie to nie było serwerownią redundantną (nadmiarową, tj. taką która pełni rolę serwerowni zapasowej dla serwerowni podstawowej, czyli zastępuje je w przypadku awarii czy też zniszczenia serwerowni pierwszej) (str. 7-8 części opisowej projektu T4/PW/ TT/cctv). (ii) Instalacja serwera zapisu podstawowego i serwera zapasowego w jednej serwerowni. W dokumentacji zawarto, że „Sygnały z kamer przesłane będą za pomocą kabla miedzianego do punktów dostępowych, skąd za pomocą kabla światłowodowego doprowadzone będą do serwera wraz z rejestratorami zamontowanymi w pomieszczeniu serwerowni (pom.2.2.26). Celem powiększenia powierzchni zapisu (wydłużenia czasu zapisu) do rejestratorów podłączone zostaną macierze dyskowe. Montaż rejestratorów w serwerowni zapewni im najkorzystniejsze warunki pracy oraz wysokie bezpieczeństwo. Dla macierzy i serwera zamontowana zostanie dodatkowa szafa rack 42U, a serwery wraz z macierzami, dyskami zajmą w szafie rack miejsce 2x1 OU.” Potwierdza to, że w projekcie przewidziano wyłącznie jedną serwerownię, w rozumieniu fizycznego obszaru, pełniącego określoną funkcję, tj. miejsca instalacji serwerów. Redundancja zaś, odbywa się w ramach tej samej szafy RACK 19" 42U, w której zlokalizowano oba serwery (str. 15-16 części opisowej projektu. Oznacza to, że wedle posiadanej przez odwołującego wiedzy w porcie lotniczym Kraków- Balice nie funkcjonują dwie redundantne serwerownie. tj. np. serwerownia podstawowa i serwerownia zapasowa, a jedynie zostało uruchomione rozwiązanie polegające na instalacji podstawowych i zapasowych serwerów monitoringu w jednym pomieszczeniu. Potwierdza to również treść złożonej referencji z firmy Dyskret Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z 23 marca 2018 r., z której jednoznacznie wynika, że przedmiotem realizowanej przez DG ELPRO Z. D., K. D., J. G. sp. j. umowy była m.in. dostawa i konfiguracja serwerów podstawowych i backupowych wraz z macierzami dyskowymi. Należy zatem raz jeszcze wyraźnie podkreślić, że redundantne serwerownie (a więc osobne pomieszczenia z równoległe działającymi serwerami), o których wspomina pkt 5.1.1.2. SIWZ, to nie to samo, co serwer podstawowy i backupowy, który wykonał wykonawca DG ELPRO Z. D., K. D., J. G. Sp. j. i zgodnie z listem referencyjnym z 23 marca 2018 r. i złożoną przez siebie ofertą, co było wymagane w przetargu ogłaszanym przez MPL Kraków-Balice. Niewątpliwie natomiast intencją Zamawiającego (Gminy Kraków) było, aby wykonawca wykazał się doświadczeniem z realizacji systemu monitoringu w dwóch niezależnych serwerowniach, gdyż taki właśnie układ pracy zamawianego systemu jest przez niego wymagany. Wykonawca DG ELPRO Z. D., K. D., J. G. sp. j. nie udokumentował zatem należyte spełnienia warunku o którym mowa w pkt. 5.1.1.2. SIWZ, co samo w sobie stanowi

podstawę do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy, a być może stanowi również próbę wprowadzenia zamawiającego w błąd, co powinno skutkować jego wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 16) i 17) ustawy Pzp.

Odwolujący zwrócił też uwagę, że wykonawca DG ELPRO Z. D., K. D., J. G. sp. j. wskazał, że wartość dostarczanych urządzeń do serwerowni, w systemie obejmującym instalację blisko 200 kamer CCTV, wynosiła ponad 1.000.000 zł, przy czym na potwierdzenie przedstawił wspomnianą referencję, w której podano jedynie kwotę za całość zamówienia (3.054.614,00 zł.), obejmującego nie tylko dostawę urządzeń aktywnych, ale także dostawę i konfigurację serwerów, oprogramowania i kamer oraz ich instalację. Z dokumentów przedstawionych przez wybranego wykonawcę w odniesieniu do wymogów określonych w pkt 5.1.1.1. SIWZ również nie wynika zatem, aby wykonawca udokumentował należycie brak podstaw do wykluczenia, gdyż nie wiadomo, jaka była wartość poszczególnych składników prac wykonywanych przez tego wykonawcę. Tym samym stanowi to asumpt do jego wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp, a być może stanowi również próbę wprowadzenia zamawiającego w błąd, co powinno skutkować jego wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 16) i 17) ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego nie jest bowiem prawdopodobne, aby wartość serwerów rejestrujących, macierzy i oprogramowania (VMS) niezbędnych do rejestracji z w/w liczby kamer wynosiła aż 30 procent wartości kontraktu. Wykonawca powinien przedstawić dokumenty precyzyjnie wskazujące na spełnienie warunku o którym mowa 5.1.1.1, tj. przykładowo harmonogram rzeczowo-finansowy zaakceptowany przez Dyskret Polska, z którego wynika, że wartość urządzeń stanowiących wyposażenie serwerowni wynosiła co najmniej 1 mln zł brutto. Obowiązkowi temu wybrany wykonawca nie podołał.

Zamawiający w dniu 10 sierpnia 2018 r., zgodnie z dyspozycją art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, poinformował o wniesieniu odwołania, przekazując za pomocą poczty elektronicznej kopię odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu, oraz wezwał uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Termin na zgłoszenie przystąpienia, zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, upłynął w dniu 13 sierpnia 2018 r. Do postępowania odwoławczego, w dniu 13 sierpnia 2018 r., przystąpił wykonawca DG ELPRO Z. D., K. D., J. G. Sp. j. 30-415 Kraków, ul. Bonarka 21 (dalej „przystępujący”), zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający w dniu 27 sierpnia 2018 r., przed otwarciem posiedzenia wyznaczonego na dzień 28 sierpnia 2018 r., złożył odpowiedź na odwołanie w której wniósł w pierwszej kolejności o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp, w związku z §4 ust. 1 pkt 8 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (tj. Dz. U. z 2018 r. nr 1092), a w przypadku gdyby Izba nie podzieliła argumentacji zamawiającego w tym zakresie, o jego oddalenie jako bezzasadnego.

W zakresie w jakim twierdził, że niniejsze odwołanie winno być odrzucone w oparciu o przesłankę opisaną w art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp podnosił, że w dniu 10 sierpnia 2018 r. zamawiający otrzymał kopię wniesionego odwołania - jego zasadniczą treść - bez załączników. Ponadto odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 sierpnia 2018 r. a zatem trzy dni po złożeniu jego kopii zamawiającemu, jednakże zamawiający nie otrzymał żadnego spośród czternastu załączników. O ile załączniki od pierwszego do jedenastego oraz załącznik numer czternaście pozostają objęte zasadniczo wiedzą zamawiającego, to co do załącznika dwunastego zamawiający domniemywa jedynie, że chodzi o list referencyjny wykonawcy Dyskret Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k., natomiast załącznik trzynasty pozostaje dokumentem stricte zewnętrznym, nie stanowiącym dokumentacji niniejszego postępowania. W tych okolicznościach odwołanie podlega odrzuceniu, albowiem w myśl art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie jeśli stwierdzi, że odwołujący nie przesłał kopii odwołania zamawiającemu. Z kolei art. 180 ust. 5 ustawy Pzp przewiduje, że odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do jego wniesienia w taki sposób, aby mógł on się zapoznać z jego treścią. Odwołujący tymczasem nie dopełnił ciążącego na nim obowiązku w dwóch aspektach, po pierwsze przekazał zamawiającemu nie tyle samo odwołanie co złożył de facto informację o zamiarze złożenia odwołania, a samej czynności dopełnił dopiero trzy dni później, jednakże w terminie uprawniającym do złożenia odwołania a ponadto, pominął przekazania zamawiającemu istotnych dla oceny zasadności zarzutów załączników merytorycznych, pozyskanych od podmiotów trzecich. To skutkuje uznaniem, że odwołujący nie sprostał wymogom przekazania kopii odwołania zamawiającemu.

W dalszej części zamawiający odniósł się do treści podnoszonych zarzutów, wskazując na ich bezzasadność. Zwrócił uwagę na fakt, że odwołujący błędnie łączy kwestie

wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu ze skutkiem w postaci niezgodności z treścią SIWZ. Konstruując zarzuty odwołania mnoży je ponad miarę, a tymczasem zastrzeżenia odwołującego sprowadzają się do kwestii spełnienia przez przystępującego warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 5.1.1.1. i 5.1.1.2. SIWZ. Na ich potwierdzenie przystępujący wykazał wykonanie systemu telewizji dozorowej w technologii IP na terenie Międzynarodowego Portu Lotniczego im. Jana Pawła II Kraków - Balice, dołączając stosowne referencje. Zamawiający dokonał oceny spełnienia przez tego wykonawcę warunków uznając, że ten je potwierdził. Co więcej, w związku z wniesieniem przez odwołującego w dniu 1 sierpnia 2018 r. pisma, w którym ten podważał rzetelność oświadczeń składanych przez przystępującego, zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień, poprzez odniesienie się do twierdzeń zawartych w piśmie odwołującego. Ten, w odpowiedzi (pismo z dnia 3 sierpnia 2018 r.) odniósł się w sposób szczegółowy do zarzutów stawianych przez odwołującego i przedstawił dowody, które po raz kolejny potwierdziły spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Odnosnie zarzutu dotyczącego braku spełnienia przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 5.1.1.1. SIWZ, zgodnie z którym wykonawca winien posiadać wiedzę i doświadczenie tj. „w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, należycie wykonał co najmniej jedno zamówienie polegające na wyposażeniu serwerowni, w tym dostawie urządzeń aktywnych dla centrum przetwarzania i wymiany danych, o wartości dostarczanych urządzeń nie mniejszej niż 1 mln. zł. brutto” stwierdził, że po zbadaniu złożonych przez przystępującego dokumentów w tym zakresie w postaci wykazu wykonanych dostaw/ usług i listu referencyjnego nie powziął żadnych wątpliwości co do spełnienia przez tego wykonawcę warunku. Nie widzi również podstaw dla podważania prawdziwości kwot przedstawionych w wykazie, zwłaszcza po tym jak przystępujący potwierdził prawdziwość uprzednio złożonych oświadczeń szczegółowymi wyjaśnieniami z dnia 3 sierpnia 2018 r., dołączając do nich treść umowy zawartej z podmiotem, na którego rzecz było wykonywane zamówienie a zatem w sposób wystarczający wykazał, że wartość dostarczonych urządzeń wynosiła więcej niż 1 mln. zł. Podobnie, odnosząc się do zarzutu, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku z pkt

5.1.1.2. SIWZ, zgodnie z którym wykonawca winien posiadać wiedzę i doświadczenie tj.

„w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, należycie wykonał co najmniej jedno zamówienie polegające na konfiguracji systemu monitoringu w co najmniej dwóch redundantnie działających serwerowniach” wskazywał na nietrafność zarzutów odwołującego. Realizowane przez przystępującego zamówienie polegało na skonfigurowaniu systemu monitoringu na dwóch redundantnie działających zasobach serwerowych. Odwołujący, na obecnym etapie, dokonuje nieuprawnionej interpretacji treści postawionego warunku twierdząc, że postawiony wymóg odnosił się do konieczności skonfigurowania systemu w dwóch serwerowniach, odnosząc to pojęcie do pomieszczenia w którym działają serwery. Tymczasem definicja taka jest nieadekwatna do treści warunku i nie znajduje oparcia w dokumentacji postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, korespondencją prowadzoną pomiędzy zamawiającym a wykonawcami, po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie, obejmującego odrzucenie odwołania ze względu na przekazanie kopii odwołania przed wniesieniem odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oraz z uwagi na brak dołączenia załączników. Izba ustaliła, iż odwołujący przekazał kopię odwołania zamawiającemu w dniu 10 sierpnia 2018 r., zaś odwołanie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 sierpnia 2018 r. Obydwie czynności zostały wykonane w terminie określonym w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp tj. w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Odwołujący zatem najpierw przekazał kopię odwołania (a nie zapowiedź jak twierdzi zamawiający), a następnie złożył odwołanie w określonym przepisami terminie, zawierając w treści odwołania informację o przesłaniu kopii odwołania zamawiającemu. Ponadto Izba wskazuje, że brak dołączenia do odwołania załączników nie może przesądzać o nieskuteczności czynności, w postaci przekazania kopii odwołania

zamawiającemu. W niniejszej sprawie większość załączników stanowiły dokumenty, które albo znajdowały się w dokumentacji postępowania, będącej w posiadaniu zamawiającego, albo nie były bezpośrednio związane z treścią podnoszonych zarzutów (odpisy z KRS). Z kolei treści wynikające z załącznika oznaczonego numerem trzynaście, do którego zamawiający przywiązywał tak wielką wagę zostały przytoczone przez odwołującego w samym odwołaniu. Izba zauważyła także, że zamawiający w sposób szczegółowy odniósł się do argumentacji w zakresie, w jakim odwołujący wyciągał wnioski z treści przywołanego załącznika. Potwierdza to, iż miał możliwość przeanalizowania i odniesienia się do zarzutów odwołania nawet bez tego dokumentu. Na marginesie Izba zwraca uwagę, iż głównym celem ustawodawcy przekazania kopii odwołania zamawiającemu, była kwestia powstrzymania się przez zamawiającego od podpisania umowy z wybranym wykonawcą. Odrzucenie odwołania jest pozbawieniem odwołującego możliwości rozpoznania jego sprawy co do meritum i wskazania argumentów dla poparcia swoich twierdzeń. Tym samym Izba może odrzucić odwołanie jedynie w ściśle określonych przepisami przypadkach.

Tym samym Izba uznała, że odwołanie spełnia wymagania formalne i postanowiła skierować je do rozpoznania na rozprawie.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp oraz złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający dokonał, w dniu 3 sierpnia 2018 r. wyboru oferty wykonawcy DG ELPRO Z. D., K. D., J. G. sp. j. jako najkorzystniejszej, z ceną wynoszącą 2.992.569,26 zł brutto i sumą zdobytych punktów wynoszącą 98,18 pkt. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu, z ceną wynoszącą 3 252 120,00 zł brutto i sumą zdobytych punktów wynoszącą 93,39 pkt. Tym samym, gdyby potwierdziły się zarzuty podniesione w odwołaniu, odwołujący miałby możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ (w szczególności w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu), treści wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień i odpowiedzi na nie.

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 sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp nie znajdują uzasadnienia w treści złożonego odwołania.

W tym miejscu należy wskazać, że ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działań zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy Pzp. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp zakres rozstrzygnięcia wyznaczony jest treścią wniesionego odwołania. Obowiązkiem odwołującego jest wskazać kwestionowaną przez niego czynność, oraz przede wszystkim podnieść zarzuty. Ponadto, zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy Pzp (analogicznie stanowi tak § 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy Pzp, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie

odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzą, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych w petitum odwołania, a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań.

Na potrzebę ścisłego odczytywania treści podnoszonych zarzutów zwracała już wcześniej uwagę Krajowa Izba Odwoławcza. Wnioski takie płyną również z lektury orzeczeń sądów okręgowych. W tym miejscu warto przytoczyć wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 21 marca 2017 r. (sygn. akt VI Ga 60/17), w którym sąd zwrócił uwagę, że „Izba za podstawę orzekania może wziąć tylko te zarzuty, które zostały podniesione w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp). Przy czym o treści zarzutu nie przesądza wyłącznie wskazanie lub nie samego przepisu - podstawy prawnej jako, że zarzut składa się z podstawy prawnej i faktycznej. O zarzucie odwołania decydują zatem także przywołane przez odwołującego okoliczności faktyczne i opis popełnionych nieprawidłowości”. Podobne wnioski płyną z uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 18 kwietnia 2012 r. (sygn. akt I Ca 117/12), który zauważył, że: „W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 Pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 Pzp, KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.” W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się także, że prawidłowa konstrukcja zarzutu odwołania nie sprowadza się do wskazania kwalifikacji prawnej zaskarżonej czynności. Kluczowe znaczenie ma bowiem podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności czy też zaniechań) zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu odwołujący.

Przenosząc powyższe rozważania natury prawnej na grunt rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że poczyniona przez odwołującego, w części odwołania zawierającej uzasadnienie faktyczne argumentacja, jest ogólna i nie odnoszącą się do żadnych konkretów. Nie sposób odnieść się do naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 w sytuacji, gdy odwołujący nie precyzuje na czym polegały zaniechania zamawiającego w zakresie dotyczącym badania treści oferty przystępującego. Podobnie w przypadku zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp, gdyż odwołujący nie opisał w czym upatruje niezgodności oferty przystępującego z treścią SIWZ, sprowadzając tę kwestię do braku spełnienia wymogów SIWZ w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Nie wskazał on również w treści uzasadnienia, pomimo stawianego w tym zakresie zarzutu, jaki czyn nieuczciwej konkurencji można przypisać przystępującemu.

Jako, że Izba w swoim orzekaniu, zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, nie mogła stwierdzić naruszenia cytowanych wyżej przepisów.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu tj. zarzutów naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała zarzuty za bezzasadne.

Izba stwierdziła, że główny zarzut, na którym odwołujący opiera treść wniesionego odwołania sprowadza się do błędnej, jego zdaniem, oceny przez zamawiającego dokonanej w zakresie spełnienia przez przystępującego warunków udziału w postępowaniu opisanych w pkt 5.1.1.1 i 5.1.1.2 SIWZ. Podnosi też, że skoro przystępujący nie wykazał, że warunki tam wskazane spełnia, winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp, czego jego zdaniem zamawiający zaniechał. Poza wskazaniem

cytowanej przesłanki, skutkującej wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania, w ocenie odwołującego zaszyły również okoliczności opisane w art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp, gdyż jak odwołujący stwierdza informacje przekazywane przez przystępującemu w toku postępowania „być może stanowiły również próbę wprowadzenia zamawiającego w błąd”.

W tym zakresie Izba uznała, że bezzasadne pozostają zarzuty braku spełnienia przez przystępującego warunku opisanego w pkt 5.1.1.1 SIWZ, że wykonawca winien posiadać wiedzę i doświadczenie tj. „w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie należyce wykonać co najmniej jedno zamówienie polegające na wyposażeniu serwerowni, w tym dostawie urządzeń aktywnych dla centrum przetwarzania i wymiany danych, o wartości dostarczanych urządzeń nie mniejszej niż 1 mln. zł. brutto”. Należy zauważyć, że na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku zamawiający wymagał, aby wykonawca złożył „Wykaz wykonanych dostaw/ usług” oraz dołączył do niego dowody potwierdzające, że usługi wskazane w tym wykazie zostały wykonane/ są wykonywane należyście. Przystępujący złożył przedmiotowy wykaz, z treści którego wynikało, że w okresie od 16 czerwca 2014 r. do 16 lutego 2017 r. realizował zamówienie dla podmiotu, którym był: Dyskret Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k., zamówienie zaś polegało na wykonaniu systemu telewizji dozorowej w technologii IP na terenie Międzynarodowego Portu Lotniczego im. Jana Pawła II Kraków-Balice. Z treści tabeli wynikało, co potwierdził składając swój podpis pod treścią załącznika przystępujący, że przedmiotem zamówienia było wyposażenie serwerowni, w tym dostawa urządzeń aktywnych dla centrum przetwarzania i wymiany danych, o wartości dostarczanych urządzeń nie mniejszej niż 1 mln. zł. brutto. Na dowód należytego wykonania zamówienia przystępujący przedłożył referencję, wystawioną w dniu 23 marca 2018 r. z treści której wynikało, że zrealizował on dla wskazanego w wykazie podmiotu zamówienie w ramach którego dostarczył i skonfigurował serwery, urządzenia aktywne, oprogramowanie i licencje oraz kamery IP, a wartość prac objętych umową wynosiła 3 054 614,80 zł. Z treści listu referencyjnego wystawionego przez Dyskret Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. wynikało również, że wszystkie prace zostały wykonane terminowo, fachowo i z należyłą starannością. W ocenie Izby, na podstawie przedłożonych przez przystępującego dokumentów wynikało, że spełnił on przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu albowiem złożył jednoznaczne w swojej treści oświadczenie, że w ramach zamówienia dostarczył urządzenia na wyposażenie serwerowni na kwotę wskazaną w treści warunku oraz, że w ramach realizowanej umowy zamówione zostały urządzenia aktywne. Do wykazu załączył również dokument potwierdzający realizację zamówienia z należyłą starannością.

Następnie, w związku ze sformułowaniem przez odwołującego zarzutów (pismo kierowane do zamawiającego z dnia 1 sierpnia 2018 r.), odnoszących się do wartości dostarczanych urządzeń, zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. W odpowiedzi na formułowane przez odwołującego wątpliwości w zakresie zadeklarowanej przez przystępującego w wykazie wartości sprzętu tj. aby wartość serwerów rejestrujących, macierzy i oprogramowania (VMS), niezbędnych do rejestracji z ww. liczby kamer wynosiła aż 30 procent wartości kontraktu, przystępujący w piśmie z dnia 3 sierpnia 2018 r., kolejny raz potwierdził zadeklarowane wcześniej wartości sprzętu dostarczonego w ramach zamówienia. Ponadto podał również kwoty wynikające z zawartej z Dyskret Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. umowy, w rozbiciu na kwestionowane przez odwołującego składowe dostarczane systemu. W załączeniu przedstawił również dowód w postaci załącznika do umowy nr T4/W04/06/2014, zawartej w dniu 16 czerwca 2014 r. z treści którego wynikało, że dostarczył on w ramach zamówienia: urządzenia aktywne na kwotę łączną 126 713,99 zł., serwery o łącznej wartości 557 086,24 zł., macierze dyskowe o wartości 535 091,33 zł. oraz licencje na kwotę 399 919,97 zł.

W ocenie Izby przystępujący przedłożył niezbędne dowody, potwierdzające oświadczenia zawarte w treści wykazu zrealizowanych dostaw/ usług. Odwołujący nie przedłożył z kolei żadnego dowodu podważającego prawdziwość przekazanych przez przystępującego informacji, wskazując jedynie na swoje wątpliwości w tym zakresie. Jak wielokrotnie podkreślała Izba w swoich wyrokach, postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny, nie zaś reklamacyjny, ze wszystkimi tego konsekwencjami dla stron postępowania. W ramach toczącego się przed Izbą procesu strony są zobligowane do opierania swoich twierdzeń stosownymi dowodami, jak również powinny reagować na oświadczenia oraz zarzuty formułowane przez przeciwników procesowych. W takim procesie rola organu orzekającego ogranicza się w zasadzie do stania na straży gwarancji procesowych stron, tj. udzielania głosu na równych zasadach, dopuszczaniu i przeprowadzaniu wnioskowanych przez uczestników postępowania dowodów i w zakresie merytorycznego rozpoznania ocena zgromadzonego materiału dowodowego oraz dokonanie subsumcji ustalonego stanu faktycznego pod adekwatne normy prawne (wskazane w odwołaniu jako zarzuty) - tak w Wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2010 r. sygn. akt II UK 286/09. Charakter postępowania (kontradyktoryjność) powoduje, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mają obowiązek wykazywania dowodów

na potwierdzenie faktów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy Pzp i przechodząc do art. 6 ustawy Kodeks cywilny ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Należy zatem wskazać, iż właśnie z tej zasady wywodzi się reguła procesowa ujęta w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. W ocenie Izby odwołujący nie sprostął zatem ciężącym na nim obowiązkom procesowym. Odwołujący argumentując, że nie jest możliwe aby wartość sprzętu stanowiła 30 procent wartości kontraktu, nie wykazał jednocześnie tej okoliczności przy wykorzystaniu dostępnych środków dowodowych, przerzucając niejako na przystępującego konieczność udowodnienia jaką wartość mają poszczególne składowe systemu. Za nieuprawnione, albowiem nieznajdujące oparcia w przepisach ustawy Pzp, Izba uznała żądania odwołującego w zakresie w jakim wywodził on, że przystępujący winien przedstawić dokumenty precyzyjnie wskazujące na spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.1.1. SIWZ, jak na przykład harmonogram rzeczowo-finansowy.

Za nieuzasadnione Izba uznała również zarzuty odwołującego dotyczące braku spełnienia przez przystępującego warunku opisanego w pkt 5.1.1.2 SIWZ, w zakresie w jakim warunek udziału w postępowaniu wymagał legitymowania się wiedzą i doświadczeniem tj. „w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie należycie wykonał co najmniej jedno zamówienie polegające na konfiguracji systemu monitoringu w co najmniej dwóch redundantnie działających serwerowniach”. Przystępujący, na potwierdzenie spełnienia cytowanego warunku złożył „Wykaz wykonanych dostaw/ usług” oraz dołączył do niego dowody potwierdzające, że usługi wskazane w tym wykazie zostały wykonane/ są wykonywane należycie. Z treści przedmiotowego wykazu wynikało, że na potwierdzenie spełnienia tego warunku wskazuje analogiczne zamówienie, jak dla opisanego w pkt 5.1.1.1 SIWZ.

W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że warunku udziału w postępowaniu nie można odnosić wprost do sposobu realizacji zamówienia opisanego w Koncepcji rozbudowy monitoringu wizyjnego Miasta Krakowa (załącznik nr 1 do OPZ, załącznik nr 1 do wzoru umowy), jak próbował to czynić odwołujący. Treść warunku nie może być również interpretowana przez pryzmat postanowień umowy, która ma być zawarta z przyszłym wykonawcą. Wprawdzie rację ma odwołujący, że zamawiający precyzując w SIWZ warunki udziału w postępowaniu musi to czynić w sposób, który da w przyszłości gwarancję, że wyłoniony w przetargu wykonawca będzie posiadał odpowiednią wiedzę i doświadczenie pozwalające mu na realizację przyszłej umowy. Doświadczenie i wiedza nie oznacza jednak, że wykazać się on musi realizacją zamówień tożsamyh do będących przedmiotem przetargu.

W omawianym postępowaniu zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu, wymagał posiadania doświadczenia w skonfigurowaniu redundantnego systemu monitoringu. Nieuprawnione zatem, w ocenie Izby, jest takie interpretowanie postawionego w pkt 5.1.1.2. SIWZ warunku, aby wykonawca składający ofertę posiadał doświadczenie rozumiane tak wąsko, że odnosiłoby się ono wyłącznie do konfiguracji systemu monitoringu w dwóch redundantnie działających serwerowniach, definiowanych z kolei jako dwa odrębne pomieszczenia. Ograniczanie przez odwołującego rozumienia pojęcia „serwerownia”, zgodnie z przytaczaną przez niego definicją słownikową, do wydzielonego pomieszczenia, które jest środowiskiem pracy komputerów pełniących rolę serwerów, jest nieuprawnione w świetle brzmienia cytowanego warunku.

Tym samym wskazane przez przystępującego w wykazie dostaw/ usług zamówienie, zrealizowane dla Dyskret Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k., w ramach którego wykonał on dostawę i konfigurację serwerów podstawowych i backupowych wraz z macierzami dyskowymi, spełnia tak opisany warunek. Przystępujący wykazał się bowiem realizacją zadania polegającego na konfiguracji systemu monitoringu na dwóch redundantnie działających zasobach serwerowych.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1).

Przewodniczący: