

WYROK

z dnia 6 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę Graph'it Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. w Konstancinie-Jeziornej przy udziale wykonawcy CPD System Sp. z o.o. w Zielonce zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Graph'it Sp. z o.o. w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Graph'it Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Graph'it Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz Polskich Sieci Elektroenergetycznych S.A. w Konstancinie-Jeziornej kwotę 3.600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiące uzasadnione koszty postępowania poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. w Konstancinie-Jeziorniej – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego, którego przedmiotem jest wybór Projektanta na opracowanie dokumentacji studyjno-projektowej budowy obiektu technologicznego typu Data Center Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w 23 grudnia 2019 r. pod numerem 2019/S 249-619721. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania wykonawca Graph'it Sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie 24 sierpnia 2020 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

1. czynności wyboru przez Zamawiającego jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez CPD System Sp. z o.o. w Zielonce (dalej „CPD”), gdyż to oferta odwołującego powinna zostać wybrana za najkorzystniejszą;
2. czynności odrzucenia przez zamawiającego oferty odwołującego z uwagi na błędne przyjęcie, że wobec oferty odwołującego zachodzą przesłanki odrzucenia, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp;
3. czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, a następnie uznania jego oferty za odrzuconą, z uwagi na bezzasadne uznanie, iż odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił w wykazie doświadczenia na potrzeby kryterium oceny ofert informacje, które mogły wprowadzić zamawiającego w błąd a w konsekwencji przyjęcie, że wobec odwołującego zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp;
4. zaniechania czynności wyjaśnienia w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego z postępowania, które konkretnie informacje przedstawione w wyjaśnieniach składanych przez odwołującego w toku postępowania miały w ocenie zamawiającego przymiot informacji nieprawdziwych, które miały - lub mogły mieć - wpływ na wynik postępowania;
5. zaniechania czynności przyznania odwołującemu w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert wskazanego w Rozdziale XVII ust. 3 pkt 2 SIWZ:
 - a) 15 punktów z tytułu wykazanego przez odwołującego doświadczenia osoby dedykowanej na stanowisko projektanta branży instalacyjnej (elektrycznej) p. M. Ł. zdobytego w toku realizacji inwestycji pn. "Budynek Centrum Kompetencji OCEAN Uniwersytetu Warszawskiego";
 - b) 15 punktów z tytułu wykazanego przez odwołującego doświadczenia osoby dedykowanej

na stanowisko projektanta branży instalacyjnej (sanitarnej) p. B. E. M. zdobytego w toku realizacji inwestycji pn. "Budynek Centrum Kompetencji OCEAN Uniwersytetu Warszawskiego

łącznie 30 punktów w ramach tych kryteriów oceny ofert i łącznie 72,52 punktów.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Zarzucił również naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp przez zaniechanie wykazania w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego z postępowania, że w stosunku do odwołującego zmaterializowały się przesłanki wykluczenia wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez CPD, jako oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz uznania jego oferty za ofertę odrzuconą;
3. powtórzenia badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego;
4. przyznania ofercie odwołującego dodatkowych 30 punktów w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert określonych w Rozdziale XVII ust. 3 pkt 2 SIWZ i łącznie 72,52 punktów;
5. uznanie oferty odwołującego za najwyższej ocenioną, a w konsekwencji dalszego badania i oceny oferty, za ofertę najkorzystniejszą.

Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego

Wykonawca CPD przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale II ust. 3 pkt 10) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako: „SIWZ” zamawiający ustalił, że pod pojęciem Data Center należy rozumieć obiekt budowlany składający się z budynku (lub budynków), budowli i urządzeń budowlanych wybudowany od podstaw bez wykorzystania w jakimkolwiek stopniu istniejącego uprzednio budynku lub budowli, przeznaczony wyłącznie do zgrupowania pomieszczeń, połączeń i obsługi urządzeń techniki informatycznej (IT) oraz sprzętu sieci telekomunikacyjnych zapewniających usługi przechowywania, przetwarzania i dostarczania danych wraz z pełnym wyposażeniem i infrastrukturą do dystrybucji energii i zapewnienia parametrów środowiskowych oraz koniecznego poziomu odporności i zabezpieczeń wymaganych w celu zapewnienia pożądanego poziomu dostępności usług w którym części obiektu poza Strefą Przetwarzania

Danych przeznaczone są wyłącznie do obsługi tej Strefy

W rozdziale XIV SIWZ zamawiający ustalił, że wykonawca pozostaje związany złożoną ofertą przez 60 dni. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.

Zgodnie z postanowieniem rozdziału XVII ust. 3 SIWZ oferty zostaną ocenione wg kryteriów: Cena oferty (brutto) – waga 60 oraz Doświadczenie projektantów – waga 40. Zamawiający ustalił, że punkty w ramach kryterium Doświadczenie projektantów* zostaną przyznane w następujący sposób:

1. Projektant branży architektonicznej

W okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert sporządził w zakresie branży architektonicznej jedną Dokumentację Projektową DC, dla Data Center, które posiadało Strefę Przetwarzania Danych o powierzchni co najmniej 350 m² i mocy klimatyzacji precyzyjnej co najmniej 400 kW przeznaczonej do chłodzenia Strefy Przetwarzania Danych - 0 pkt

W okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert sporządził w zakresie branży architektonicznej dwie lub więcej Dokumentacje Projektowe DC, dla Data Center, z których każde posiadało Strefę Przetwarzania Danych o powierzchni co najmniej 350 m² i mocy klimatyzacji precyzyjnej co najmniej 400 kW przeznaczonej do chłodzenia Strefy Przetwarzania Danych - 10 pkt

2. Projektant branży instalacyjnej (elektrycznej)

W okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert sporządził w zakresie branży elektrycznej jedną Dokumentację Projektową DC, dla Data Center, które posiadało Strefę Przetwarzania Danych o powierzchni co najmniej 350 m² i instalację zasilania gwarantowanego składającą się z co najmniej dwóch torów zasilania o mocy co najmniej 400 kVA na każdy tor zasilania przeznaczonej do zasilania urządzeń w Strefie Przetwarzania Danych - 0 pkt

W okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert sporządził w zakresie branży elektrycznej dwie lub więcej Dokumentacje Projektowe DC, dla Data Center, z których każde posiadało Strefę Przetwarzania Danych o powierzchni co najmniej 350 m² i instalację zasilania gwarantowanego składającą się z co najmniej dwóch torów zasilania o mocy co najmniej 400 kVA na każdy tor zasilania przeznaczonej do zasilania urządzeń w Strefie Przetwarzania Danych - 15 pkt

3. Projektant branży instalacyjnej (sanitarnej)

W okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert sporządził w zakresie branży sanitarnej jedną Dokumentację Projektową DC, dla Data Center, które posiadało Strefę Przetwarzania Danych o powierzchni co najmniej 350 m² i mocy klimatyzacji precyzyjnej co najmniej 400 kW przeznaczonej do chłodzenia Strefy Przetwarzania Danych - 0 pkt

W okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert sporządził w zakresie branży sanitarnej dwie lub więcej Dokumentacje Projektowe DC, dla Data Center, z których każde posiadało Strefę Przetwarzania Danych o powierzchni co najmniej 350 m² i mocy klimatyzacji precyzyjnej co najmniej 400 kW przeznaczonej do chłodzenia Strefy Przetwarzania Danych - 15 pkt

Zamawiający zastrzegł zgodność z definicjami zawartymi w Rozdz. II pkt 3 Części I SIWZ..

W odpowiedzi odwołujący złożył ofertę, w której: w celu uzyskania punktów w kryterium doświadczenie projektantów wskazał:

- doświadczenie osoby na stanowisko projektanta branży instalacyjnej (elektrycznej) p. M. Ł. zdobytego w toku realizacji inwestycji pn. "Budynek Centrum Kompetencji OCEAN Uniwersytetu Warszawskiego",

- doświadczenia osoby na stanowisko projektanta branży instalacyjnej (sanitarnej) p. B. E. M. zdobytego w toku realizacji inwestycji pn. "Budynek Centrum Kompetencji OCEAN Uniwersytetu Warszawskiego",

Zamawiający nie przyznał odwołującemu punktów w kryterium doświadczenia projektanta, co stało się podstawą jednego z zarzutów odwołania wniesionego w związku z czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty z 29 maja 2020 r. Izba wyrokiem wydanym w sprawie KIO 1259/20 3 lipca 2020 r. uwzględniła odwołanie w części odnoszącej się do braku uzasadnienia zaniechania przyznania dodatkowych punktów ofercie odwołującego oraz oddaliła odwołanie w zakresie, w jakim odwołujący kwestionował prawdziwość informacji przedstawianych przez konkurentów.

Zamawiający 20 lipca 2020 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z 29 maja 2020 r. oraz zobowiązał się do dokonania powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w ramach postępowania.

Badając ponownie ofertę odwołującego zamawiający pismem z 21 lipca 2020 r. zwrócił się o udzielenie wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Wskazał, że w czasie rozprawy przed Izbą powziął informację, że w Budyńku Centrum Kompetencji OCEAN Uniwersytetu Warszawskiego znajdują się sale wykładowe. W świetle pozyskanych informacji zamawiający powziął wątpliwość, czy wskazany projekt spełnia definicję „Data Center” i jednocześnie definicję „Dokumentacji Projektowej DC”, określone w Rozdz. II pkt 3 ppkt 10-13 Części I SIWZ. Zamawiający prosił o wyjaśnienie wątpliwości przez przekazanie szczegółowych wyjaśnień, w tym w zakresie opisu stref obejmujących grupy pomieszczeń lub wyciągu z projektu wykonawczego w branży architektonicznej zawierającego zestawienia stref i pomieszczeń.

W odpowiedzi z 24 lipca 2020 r. odwołujący wyjaśnił, że budowany w ramach projektu OCEAN budynek serwerowni wraz z zapleczem technicznym oraz laboratorium sprzętowym stanowi bazę infrastrukturalną dla tworzonego w ICM Centrum Kompetencji. Wskazał, że obiekt ten został zaprojektowany jako wysoko specjalistyczne centrum przetwarzania danych (Data Center) i nie obejmował nigdy żadnych „sal wykładowych”, ani nawet jakichkolwiek pomieszczeń o takiej nazwie. Obiekt nie ma też wystarczającej ilości miejsc parkingowych dla przyjmowania większej ilości użytkowników - tu: studentów. Nawet sama lokalizacja „sal wykładowych” na peryferiach Warszawy - przy ul. Kupieckiej 32 byłaby nieracjonalna logistycznie i ekonomicznie. W tej lokalizacji nie ma też transportu publicznego. Odwołujący poinformował, że gdyby użytkownik zdecydował się na użytkowanie obiektu inne niż wyłącznie Data Center, musiałby on dostosować obiekt do odpowiednich warunków technicznych i przepisów - zmienić projekt wskazany w wykazie usług, lub eksploatować budynek niezgodnie z jego przeznaczeniem. Potwierdził, że Centrum Technologii ICM UW (Siedziba C) na ul. Kupieckiej jest obiektem budowlanym składającym się z budynku, budowli i urządzeń budowlanych, wybudowany od podstaw, bez wykorzystania w jakimkolwiek stopniu istniejącego

uprzednio budynku lub budowli, przeznaczony wyłącznie do zgrupowania pomieszczeń, połączeń i obsługi urządzeń techniki informatycznej (IT) oraz sprzętu sieci telekomunikacyjnych zapewniających usługi przechowywania, przetwarzania i dostarczania danych wraz z pełnym wyposażeniem i infrastrukturą do dystrybucji energii i zapewnienia parametrów środowiskowych oraz koniecznego poziomu odporności i zabezpieczeń wymaganych w celu zapewnienia pożądanej dostępności usług, w którym części obiektu poza Strefą Przetwarzania Danych przeznaczone są wyłącznie do obsługi tej Strefy, a więc ponad wszelką wątpliwość spełnia bez wyjątku definicję SIWZ „Data Center”, a referencyjny projekt definicję „Dokumentacji Projektowa DC”. Jako dowody odwołujący złożył informacje prasowe ze strony generalnego wykonawcy: PORR S.A. oraz wyciąg z referencyjnego projektu architektonicznego.

Pismem z 29 lipca 2020 r. zamawiający ponownie wystąpił o wyjaśnienia. Wskazał, że mimo złożonego zapewnienia, powziął uzasadnioną wątpliwość, czy podany obiekt spełnia wymagania definicji Data Center zamieszczonymi w Rozdz. II pkt 3 Części I SIWZ. Powołał, że Załącznik 2 p.2.3.2, zawiera informację, że w przestrzeni foyer znajdują się zaprojektowane w formule open space, dzielone niskimi przeszklonymi ściankami, miejscami do siedzenia, pracy czy wypoczynku, salę do spotkań, działy biurowe, które obsługiwać będą ogólnodostępną część działalności serwerowni, a więc organizację spotkań w sali seminaryjnej, przyjmowanie wizyt z zewnątrz, rejestrację doktorantów, studentów lub ogólną pracę biurową związaną z przyjmowaniem osób z zewnątrz czy uczestników wykładów seminaryjnych.

Ze względu na budzący wątpliwości opis zamawiający prosił o:

1. Opisanie charakteru Sali Seminaryjnej pod kątem funkcjonalnym:

a) Czy sala seminaryjna jest umieszczona w ogólnodostępnym obszarze budynku OCEAN?

b) Czy sala seminaryjna zawiera urządzenia lub instalacje techniczne (jeśli tak, to prosimy o wymienienie jakie) służące wyłącznie do obsługi Strefy Przetwarzania Danych?

2. Szczegółowy opis Sali Seminaryjnej pod kątem aranżacji:

a) Czy jest to typowa sala typu wykładowego tj. posiada aranżacje typu „kinowego” z rzędami miejsc do siedzenia umieszczonych jeden nad drugim i kolejne rzędy umieszczone są nieco wyżej od poprzednich?

b) Ile miejsc do siedzenia posiada Sala Seminaryjna?

3. W jaki sposób pomieszczenia opisane jako realizujące „ogólną pracę biurową, rejestrację doktorantów” są przeznaczone wyłącznie do obsługi Strefy Przetwarzania Danych? Zgodnie z definicją z SIWZ części obiektu poza Strefą Przetwarzania Danych przeznaczone są wyłącznie do obsługi tej Strefy”. Zamieszczony opis wskazuje, że w pomieszczeniach tych odbywają się czynności całkowicie niezwiązane z obsługą Strefy Przetwarzania Danych?

4. Czy budynek OCEAN jak wynika z opisu zamieszczonego w Załączniku 2 jest budynkiem wielofunkcyjnym tj. zawiera część techniczną obejmującą serwerownię (Strefę Przetwarzania Danych) oraz część służącą do realizacji funkcji dydaktycznych (wg. opisu z Załącznika 2 - ogólne pomieszczenia biurowe, przyjmowanie wizyt, rejestrację doktorantów, studentów)?

W odpowiedzi z 29 lipca 2020 r. odwołujący odnosząc się do zadanych pytań oświadczył, że:

Ad. 1 . Zestawienie pomieszczeń złożone Zamawiającemu, nie zawiera pomieszczenia o nazwie „Sala Seminaryjna”. Centrum Technologii ICM UW (Siedziba C) na ul. Kupieckiej jest obiektem zamkniętym i nie posiada „obszaru ogólnodostępnego”. Jest to obiekt wyłącznie przeznaczony do Przetwarzania Danych - komercyjnego oraz w ramach badań naukowych prowadzonych przez pracowników naukowych Uniwersytetu Warszawskiego w zespołach badawczo-naukowych, w skład których mogą wchodzić również doktoranci i studenci, jak i inne osoby zaproszone do współpracy przez UW. Do obiektu nie mają wstępu osoby postronne. Obiekt ma charakter zamknięty i posiada wielostopniową kontrolę dostępu, jest ogrodzony specjalistycznym płotem i strzeżony całodobowo przez profesjonalnych strażników wg najwyższych standardów bezpieczeństwa fizycznego.

Wszystkie pomieszczenia w obiekcie, bez wyjątku służą wyłącznie obsłudze „Strefy Przetwarzana danych”. Obiekt ten ma tylko jedną funkcję i cel działania - przetwarzanie danych cyfrowych. Wszystkie pomieszczenia funkcji biurowej lub podobnej, jak np., sala konferencyjna służą wyłącznie programowaniu procesów przetwarzania danych w Strefie przetwarzania danych, kontroli pracy serwerów czy prezentacji wyników prowadzonych prac badawczych w Strefie Przetwarzania Danych w ramach prac zespołów badawczych - np. programowanie procesów numerycznej symulacji pogody, analizy wyników symulacji pogodowych etc. etc., wykonywanych w Strefie Przetwarzania Danych. Zaprojektowane wyposażenie wszystkich ww. pomieszczeń umożliwi połączenie sieciowe i transmisję danych cyfrowych (sieć strukturalna IT) oraz sterowanie procesami w Strefie Przetwarzania Danych. Szczegółowe wyposażenie technologiczne jest objęte tajemnicą.

Ad.2. W obiekcie nie zaprojektowano żadnych: sal wykładowych, sal kinowych, czy jakichkolwiek innych pomieszczeń służących innym celom niż związane z przetwarzaniem danych w serwerowni i obsługą tej strefy. Obiekt ten został zaprojektowany jako wysoko specjalistyczne centrum przetwarzania danych (Data Center) i nie obejmował nigdy żadnych „sal wykładowych”, ani nawet jakichkolwiek pomieszczeń o takiej nazwie. Obiekt nie ma też wystarczającej ilości miejsc parkingowych dla przyjmowania większej ilości użytkowników - tu: studentów. Nawet sama lokalizacja „sal wykładowych” na peryferiach Warszawy - przy ul. Kupieckiej 32 byłaby nieracjonalna logistycznie i ekonomicznie. W tej lokalizacji nie ma też transportu publicznego. Gdyby użytkownik zdecydował się na użytkowanie obiektu inne niż wyłącznie Data Center, musiał by on dostosować obiekt do odpowiednich warunków technicznych i przepisów - zmienić projekt wskazany w wykazie usług, lub eksploatować budynek niezgodnie z jego przeznaczeniem.

Ad. 3. Centrum Technologii ICM UW (Siedziba C) na ul. Kupieckiej jest obiektem zamkniętym i posiada wielostopniową kontrolę dostępu, jest ogrodzony specjalistycznym płotem i strzeżony całodobowo przez profesjonalnych strażników wg najwyższych standardów bezpieczeństwa fizycznego. Jest to obiekt wyłącznie przeznaczony do Przetwarzania Danych - komercyjnego oraz w ramach badań naukowych prowadzonych przez pracowników naukowych Uniwersytetu Warszawskiego w zespołach badawczo-naukowych, w skład których mogą wchodzić również doktoranci i studenci, jak i inne osoby zaproszone do współpracy przez UW.

Obiekt posiada portiernię zewnętrzną i wewnętrzną recepcję służącą kontroli dokumentów, uprawnień dostępu i nadawaniu uprawnień tymczasowych dla osób pracujących w Data Centrum, tak więc, w sposób oczywisty, powierzenie te służą bezpośrednio obsłudze Strefy Przetwarzania Danych w funkcji kontroli dostępu do Strefy Przetwarzania Danych.

Podobnie zaprojektowane wszelkie „pomieszczenia biurowe” służą jedynie bezpośrednio obsłudze Strefy Przetwarzania Danych. W pomieszczeniach tych odbywają się prace badawcze - jak np. programowanie procesów numerycznej symulacji pogody, analizy wyników symulacji pogodowych etc etc., wykonywanych w Strefie Przetwarzania Danych. Opis dobitnie i jednoznacznie wskazuje, że w pomieszczeniach odbywają się czynności wyłącznie związane z obsługą Strefy Przetwarzania Danych, a zamawiający nader szybko i bez podstawy ulega manipulacjom wykonawcy CPD, nie biorąc pod uwagę że Data Center może być wykorzystywany przez równe podmioty do różnych celów - w tym m.in. badań naukowych.

Ad. 4. Budynek OCEAN jest obiektem posiadającym tylko jedną funkcję: Data Center, a zamawiający bezpodstawnie próbuje zmienić jego faktyczny charakter i twierdzi przeciwnie. Obiekt służy wyłącznie do Przetwarzania Danych - komercyjnego oraz w ramach badań naukowych prowadzonych przez pracowników naukowych Uniwersytetu Warszawskiego w zespołach badawczo-naukowych, w skład których mogą wchodzić również doktoranci i studenci, jak i inne osoby zaproszone do współpracy przez UW. Wszelkie pomieszczenia mają funkcję komplementarną w stosunku do Strefy Przetwarzania Danych i są całkowicie niezbędne dla funkcjonowania obiektu Data Center.

Pismem z 13 sierpnia 2020 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania. Zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę CPD. Uznał, że oferty

- 1) Konsorcjum: Arch-Deco Sp. z o.o. oraz Wężyk Architekci Sp. z o. o.;
 - 2) APMD Sp. z o.o.;
 - 3) odwołującego
- podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 2 pkt 7a Pzp.

W odniesieniu do odwołującego zamawiający wskazał, że nie przedłużył on terminu związania ofertą. Wykonawca był związany terminem związania ofertą do 7 lipca 2020 r. 8 czerwca 2020 r. wykonawca wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Po rozparzeniu sprawy Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok w 3 lipca 2020 r. W wyniku wniesienia odwołania bieg terminu związania ofertą uległ zawieszeniu o 25 dni i upłynął 1 sierpnia 2020 r.

Jednocześnie zamawiający poinformował, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. W uzasadnieniu wskazał, że w wyniku wątpliwości dotyczących, czy podany obiekt „Budynek Centrum Kompetencji Ocean Uniwersytetu Warszawskiego” spełnia wymagania definicji Data Center zamieszczonej w Rozdz. II pkt. 3 Część I SIWZ, Zamawiający zwrócił się dwukrotnie do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień. Wykonawca zapewnił zamawiającego, że „Obiekt ten ma tylko jedną funkcję i cel działania – przetwarzanie danych cyfrowych.” Zamawiający zwrócił się do Uniwersytetu Warszawskiego, będącego inwestorem budynku OCEAN o wyjaśnienie tych samych wątpliwości. 7 sierpnia 2020 r. otrzymał odpowiedź z Uniwersytetu Warszawskiego, z

której wynika, iż budynek OCEAN jest budynkiem wielofunkcyjnym tj. zawiera część techniczną obejmującą serwerownię oraz część biurową służącą do realizacji funkcji administracyjnych i biurowych, pełni również funkcje dydaktyczne (posiada salę seminaryjną oraz pomieszczenia, w których odbywały się wykłady dla uczestników studiów prowadzonych przez Interdyscyplinarne Centrum Modelowania Matematycznego i Komputerowego. Ponadto w piśmie uzupełniającym z 7 sierpnia 2020 r. Uniwersytet Warszawski poinformował, że teren działki został podzielony na 3 sektory związane z ochroną i dostępnością obiektu, odpowiednio dla: osób trzecich - gości UW, pracowników UW, służb technicznych i serwisowych:

- sektor ogólnodostępny – parking, chodniki, wejście główne, hol, sala seminaryjna;
- sektor pracowniczy – parking, pomieszczenia biurowe, magazynowe, laboratoryjne;
- sektor techniczny – serwerownia pomieszczenia techniczne, pompownia wraz ze zbiornikiem przeciwpożarowym, plac manewrowy dla samochodów.

Z pisma tego wynika również, że zaprojektowanie sali seminaryjnej było przewidziane w wytycznych do projektowania ww. obiektu, a po jego wybudowaniu odbywały się w nim poza zajęciami dydaktycznymi spotkania informatyków tzw. Hackatony oraz seminaria naukowe.

W związku z powyższym zamawiający uznał, że wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Prezentowane ustalenia zostały dokonane na podstawie dowodów z pism i oświadczeń znajdujących się w dokumentacji postępowania. Informacje uzyskane przez zamawiającego od Uniwersytetu Warszawskiego zostały przywołane w uzasadnieniu czynności wykluczenia zgodnie ze stanowiskiem uniwersytetu przekazanym zamawiającemu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, choć jeden z podniesionych zarzutów okazał się zasadny.

Nie ma sporu co do tego, że termin związania odwołującego złożoną ofertą upłynął. Sporne są natomiast skutki tego stanu rzeczy, a mianowicie, czy zamawiający uprawniony jest do odrzucenia oferty odwołującego z tego powodu, że odwołujący samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą.

Izba zważyła, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeśli wykonawca nie wyraził zgody, o

której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą. Natomiast zgodnie z art. 85 ust. 2 Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

W ocenie Izby istnienie stanu związania ofertą oraz dokonanie przez zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w okresie, w którym wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia jest nią związany, ma znaczenie prawne, tak z punktu widzenia przepisów kodeksu cywilnego, znajdującego zastosowanie z mocy odesłania zawartego w art. 14 Pzp, jak i dla zachowania zasad udzielania zamówień publicznych, w szczególności równego traktowania wykonawców. Przepisy ustawy nie są jednak spójne. Z normą dotyczącą instytucji przedłużenia terminu związania ofertą nie współbrzmi bowiem art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp. Literalne brzmienie tego przepisu wskazuje, że sankcja odrzucenia oferty następuje wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca wezwany przez zamawiającego nie wyrazi zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Na możliwość dokonywania przez zamawiającego czynności o charakterze eliminacyjnym wyłącznie na podstawie wymagań wynikających wprost z przepisów ustawy lub dokumentacji przetargowej zwrócił uwagę w związku z terminem związania ofertą TSUE w uzasadnieniu wyroku sprawie C-35/17 *Saferoad Grawil i Saferoad Kabex*. Przyjmując te stanowisko Izba uznała, że przesłanki odrzucenia oferty, jako eliminacyjne, podlegają wykładni ścisłej i nie mogą być rozszerzane na sytuacje nie objęte zakresem przedmiotowym normy. Takiej rozszerzającej wykładni art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp dokonał zamawiający w badanym postępowaniu, gdyż odwołujący nie odmówił zamawiającemu przedłużenia terminu związania ofertą. Przedłużenie terminu związania złożoną ofertą z inicjatywy własnej wykonawcy, jakkolwiek ukierunkowane na ten sam skutek – utrzymanie stanu związania ofertą, nie jest takim samym zachowaniem wykonawcy, zatem nie obejmuje go sankcja wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp. Odrzucając ofertę odwołującego na podstawie przywołanego przepisu zamawiający postąpił niezgodnie z ustawą.

Zarzuty dotyczące braku prawidłowego poinformowania odwołującego o wykluczeniu go z postępowania oraz samej czynności wykluczenia odwołującego nie znalazły potwierdzenia.

Zamawiający podał uzasadnienie faktyczne i prawne czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu. Art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp nakazuje zamawiającemu podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności wykluczenia z postępowania. Zdaniem Izby, pismo z 13 sierpnia 2020 r. zawiera takie uzasadnienie. Zamawiający wyraźnie podał postanowienie SIWZ, które było podstawą jego oceny oraz okoliczności faktyczne związane z wyjaśnieniem wątpliwości w stosunku do oferty odwołującego. Jasne wskazanie przez zamawiającego, że projekt referencyjny nie spełnia wymagania definicji Data Center zamieszczonej w Rozdz. II pkt. 3 Część I SIWZ umożliwiło wniesienie odwołania. Funkcją przepisu art. 92 ust. 1 Pzp jest m.in. danie wykonawcom możliwości obrony swoich praw w postępowaniu, tak aby na etapie postępowania przed Izbą strony toczyły spór w granicach wyznaczonych przez zarzuty odwołania. Rozprawa w badanej sprawie dotyczyła wyłącznie zarzutów

podniesionych w odwołaniu. Wymagania formalne i celowościowe art. 92 ust. 1 Pzp zostały zatem spełnione.

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania zgodnie z przepisami ustawy, choć podstawa prawna czynności wykluczenia w postaci art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp została wskazana nietrafnie. Wyłączną podstawę wykluczenia jest w ocenie Izby art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp stanowią odpowiednio, że zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów (pkt 16) lub 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 (pkt 17). Oba przywołane przepisy sankcjonują brak należytej staranności wykonawcy, która jednak w przypadku art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przybiera cięższą postać zawinienia oraz jest ograniczona przedmiotowo. W okolicznościach sporu informacje podane przez odwołującego, które stały się podstawą wykluczenia go z postępowania, dotyczą kryteriów oceny ofert, co adresuje spór do art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Przepis ten znajduje zastosowanie w odniesieniu do każdej informacji, która ma znaczenie dla decyzji zamawiającego, natomiast art. 24 ust. 1 pkt 16 zawiera zamknięty katalog czynności i nie wymienia czynności oceny ofert.

Rozpoznanie odwołania co do naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp sprowadzało się do dwóch kwestii. Po pierwsze, czy budynek OCEAN odpowiada definicji Data Center ustalonej w rozdziale II ust. 3 pkt 10 SIWZ, po drugie, czy odwołujący powołując się na projekt tego budynku robotę przez niedochowanie należytej staranności wprowadził w błąd zamawiającego.

Art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp nakazuje wykluczenie wykonawcy, 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. Przesłanką *sin qua non* zastosowania tego przepisu jest przedstawienie informacji wprowadzających w błąd, czyli skierowanych na wywołanie u zamawiającego przeświadczenia, że stan rzeczy jest inny niż w rzeczywistości. Co do zasady zatem informacje te powinny dotyczyć faktów (vide wyroki Izby m.in. w sprawach o sygn. akt: KIO 268/18, KIO 1865/18, KIO 2529/18, KIO 100/19).

Badając zarzut odwołania Izba oparła się na treści SIWZ. Oświadczenia zamawiającego w toku rozprawy w sprawie KIO 1259/20, na które powołuje się odwołujący, nie zostały przywołane jako podstawa rozstrzygnięcia, nie mogą zatem stanowić wykładni SIWZ, która miałaby charakter wiążący w postępowaniu. Przyjęcie poglądu przeciwnego skutkowałoby zmianą wymagań zamawiającego po upływie terminu składania ofert i prowadziło do braku przejrzystości

postępowania.

Izba zważyła, że zgodnie z definicją Data Center sformułowaną przez zamawiającego w rozdziale II ust. 3 pkt 10 SIWZ zaprojektowany obiekt budowlany ma być przeznaczony wyłącznie do zgrupowania pomieszczeń, połączeń i obsługi urządzeń techniki informatycznej (IT) oraz sprzętu sieci telekomunikacyjnych zapewniających usługi przechowywania, przetwarzania i dostarczania danych. Użyte sformułowania w sposób jednoznaczny wykluczają możliwość umieszczenia w projekcie pomieszczeń o przeznaczeniu innym niż służącym zapewnieniu usługi przechowywania, przetwarzania i dostarczania danych. Nie może zatem być wątpliwości co do tego, że sala seminaryjna lub konferencyjna nie mieści się w tej definicji. Z wyjaśnień złożonych zamawiającemu przez odwołującego oraz z dowodów, które odwołujący złożył na rozprawie do akt sprawy, niespornie wynika, że w projekcie budynku OCEAN znajduje się sala na 80 miejsc, a projekt budynku przewiduje trzy sektory:

- sektor dostępny dla osób z zewnątrz – parking, chodniki, wejście główne, hol, sala seminaryjna/konferencyjna;
- sektor pracowniczy – parking, pomieszczenia biurowe, magazynowe, laboratoryjne;
- sektor techniczny – serwerownia pomieszczenia techniczne, pompownia wraz ze zbiornikiem przeciwpożarowym, plac manewrowy dla samochodów.

Izba uznała, że projekt sektor pracowniczy i techniczny odpowiadają definicji Data Center sformułowanej przez zamawiającego, natomiast zaprojektowanie sektora dostępnego dla studentów i doktorantów, niezależnie od określenia 80-osobowej sali jako sali seminaryjnej, albo konferencyjnej, dyskwalifikuje możliwość powołania się na ten projekt. Zamawiający przez użycie słowa wyłącznie wykluczył możliwość, aby w obiekcie referencyjnym istniały pomieszczenia o przeznaczeniu innym niż służącym zapewnieniu usługi przechowywania, przetwarzania i dostarczania danych, a zatem służących działalności dydaktycznej, badawczej lub konferencyjnej.

Odwołujący tymczasem w obu oświadczeniach złożonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp zapewniał, że projekt dotyczy wyłącznie pomieszczeń służących przetwarzaniu danych, co nie jest zgodne ze stanem faktycznym. Nie sposób uznać, że sala w której odbywają się spotkania kadry naukowej i studentów jest przeznaczona wyłącznie do obsługi Strefy Przetwarzania Danych.

Odwołujący złożył zatem zamawiającemu oświadczenie niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy. Izba uznała, że odwołującemu można przypisać brak należytej staranności. Wobec jednoznaczności definicji Data Center sformułowanej w SIWZ odwołujący nie powinien mieć wątpliwości co do treści wymagania zamawiającego, a jeśli uważał je za nadmierne lub dyskryminujące w stosunku do siebie, mógł i powinien był przed upływem terminu składania ofert dążyć do ich zmiany w sposób przewidziany ustawą. Odwołujący tego nie uczynił, choć jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych powinien mieć świadomość konsekwencji swojego działania. Należyta staranność wymagana od podmiotów gospodarczych zakłada bowiem znajomość obowiązującego prawa i wynikających z niego skutków.

Izba nie przeczy jakości projektu budynku OCEAN oraz temu, że funkcjonalnie mógłby on spełniać wymagania zamawiającego. Jednak jasne postanowienia SIWZ nie poddają się wykładni korzystnej dla odwołującego. Na tym etapie postępowania zamawiający jest związany postanowieniami SIWZ i nie może ich zmieniać bez obrazy zasad prowadzenia postępowania wskazanych w art. 7 ust. 1 Pzp.

W konsekwencji Izba uznała, że zamawiający nie naruszył również art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Skoro budynek OCEAN nie odpowiada definicji Data Center ustalonej przez zamawiającego w SIWZ, doświadczenie uzyskane w związku z przygotowaniem projektu tego budynku nie uzasadnia przyznania punktów w kryterium doświadczenie projektanta.

Pomimo potwierdzenia zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp odwołanie podlega oddaleniu. Wobec zasadnego wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp oraz nieuzyskania przez niego punktów w kryterium doświadczenie projektanta, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego nie miało i nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Nie została zatem spełniona niezbędna przesłanka uwzględnienia odwołania wskazana w art. 192 ust. 2 Pzp. Odwołanie należało zatem oddalić w całości.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 poz. 972).

Przewodniczący: