

Sygn. akt: KIO 1259/20

**WYROK
z dnia 3 lipca 2020 roku**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2020 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 8 czerwca 2020 roku przez wykonawcę GRAPH'IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Polskie Sieci Elektroenergetyczne spółka akcyjna z siedzibą Konstancin-Jeziorna

przy udziale wykonawcy CPD System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonkach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1259/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 29 maja 2020 roku tj. *Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty* oraz czynności z dnia 26 czerwca 2020 roku tj. *Uzupełnienia zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej*.

Nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności poinformowania wykonawców o dokonanych czynnościach Zamawiającego z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego zgodnie z regulacją art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy, z uwzględnieniem oceny ofert w pozacenowych kryteriach oceny ofert i przyznanych punktów.

Zarzuty odwołania w odniesieniu do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy uznaje za niezasadne.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Polskie Sieci Elektroenergetyczne spółka akcyjna z siedzibą Konstancin-Jeziorna i:

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

2.2 zasądza od Zamawiającego Polskie Sieci Elektroenergetyczne spółka akcyjna z siedzibą Konstancin-Jeziorna na rzecz wykonawcy GRAPH'IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, 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 spółka akcyjna z siedzibą Konstancin-Jeziorna – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Wybór Projektanta na opracowanie dokumentacji studyjno-projektowej budowy obiektu technologicznego typu Data Center”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 249-619721.

8 czerwca 2020 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- 1) czynności wyboru przez Zamawiającego oferty złożonej przez CPD System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonce (dalej „**CDP**”) z uwagi na niewłaściwe przyznanie CDP punktacji w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert określonych w Rozdziale XVII ust. 3 pkt 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: “**SIWZ**”);
- 2) zaniechania przez Zamawiającego 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*”; (2) 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*”; a łącznie 30 punktów w ramach tych kryteriów oceny ofert i łącznie 72,52 punktów;
- 3) zaniechania przez Zamawiającego czynności wezwania Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, w sytuacji w której Zamawiający powziął wątpliwości czy wykazywane przez Odwołującego w Wykazie osób na potrzeby kryterium oceny ofert doświadczenie członków personelu dedykowanego do realizacji zamówienia p. Ł. i p. M. spełnia przesłanki do przyznania 30 dodatkowych punktów Odwołującemu;

- 4) czynności przyznania przez Zamawiającego CDP 15 punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert wskazanego w Rozdziale XVII ust. 3 pkt 2 SIWZ Projektant branży instalacyjnej (sanitarnej), podczas gdy Zamawiający winien był w tym zakresie przyznać CDP 0 punktów i łącznie 49,19 punktów;
- 5) czynności przyznania przez Zamawiającego wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie Arch-Deco spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni (pełnomocnik) oraz W. Architekci spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: "**Arch-Deco**") 10 punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert wskazanego w Rozdziale XVII ust. 3 pkt 2 SIWZ Projektant branży architektonicznej, podczas gdy Zamawiający winien był przyznać Arch-Deco 0 punktów i łącznie 34,73 punktów;
- 6) zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia CDP z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z uwagi na to, że CDP przedstawił nieprawdziwe informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert wskazanego w Rozdziale XVII ust. 3 pkt 2 SIWZ dotyczące doświadczenia posiadanego przez p. M. R. wskazanego przez CDP na stanowisko Projektanta branży instalacyjnej (sanitarnej) mające istotny wpływ na wynik Postępowania;
- 7) zaniechania przez Zamawiającego czynności wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp CDP do uzupełnienia Wykazu usług na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu wskazanego w Rozdziale VI pkt 2.1. lit. a) SIWZ, a także zaniechania wezwania CDP do uzupełnienia Wykazu osób na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdziale VI pkt 2.1. lit. b) ppkt 3 SIWZ;
- 8) zaniechania przez Zamawiającego czynności wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Arch-Deco do uzupełnienia Wykazu osób na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdziale VI pkt 2.1. lit. b) pkt 1) ppkt a) SIWZ;
- 9) zaniechania czynności wskazania w informacji z dnia 29 maja 2019 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej (dalej: "Informacja o wyborze") opisu przyczyn nieprzyznania Odwołującemu dodatkowych punktów w ramach kryterium określonego w Rozdziale XVII ust. 3 pkt 2 SIWZ, a także okoliczności na podstawie których Zamawiający podjął decyzję o przyznaniu dodatkowych punktów w ramach ww. kryterium CDP oraz Arch-Deco ;
- 10) czynności dokonania badania i oceny ofert z rażącym pogwałceniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez niewłaściwe przyznanie punktów wykonawcom w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert określonego w Rozdziale XVII ust. 3 pkt 2 SIWZ, ponieważ Zamawiający nie przyznał Odwołującemu 30 punktów z tytułu doświadczenia Projektanta branży instalacyjnej (elektrycznej) i Projektanta branży instalacyjnej (sanitarnej), a zobowiązany był przyznać Odwołującemu 30 dodatkowych punktów zgodnie z zasadami wskazanymi w SIWZ, natomiast przyznał CDP 30 punktów we wskazanych wyżej pozacenowych kryteriach oceny ofert, podczas gdy powinien był przyznać CDP w tych kryteriach 15 punktów oraz przyznał Arch- Deco 10 punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert wskazanego w Rozdziale XVII ust. 3 pkt 2 SIWZ Projektant branży architektonicznej, podczas gdy winien był przyznać Arch-Deco 0 punktów w tym kryterium;
- 2) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie skierowania do Odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, w sytuacji w której powziął wątpliwości czy wykazywane przez Odwołującego w Wykazie osób na potrzeby kryterium oceny ofert doświadczenie członków personelu dedykowanego do realizacji zamówienia spełnia przesłanki do przyznania dodatkowych punktów Odwołującemu;
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przez zaniechanie czynności wykluczenia CDP z postępowania pomimo tego, że CDP w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przestawił w Wykazie osób w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert wskazanego w Rozdziale XVII ust. 3 pkt 2 SIWZ informacje dotyczące doświadczenia posiadanego przez p. M. R. wskazanego przez CDP na stanowisko projektanta branży instalacyjnej (sanitarnej), które wprowadziły Zamawiającego w błąd w zakresie przyznania CDP 30 punktów w ramach tego kryterium oceny ofert, oraz które miały istotny wpływ na wynik Postępowania, ponieważ w ich wyniku Zamawiający wybrał ofertę złożoną przez CDP, jako najkorzystniejszą;
- 4) art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania CDP do uzupełnienia Wykazu usług na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 2.1. lit. a) SIWZ, a także poprzez zaniechanie wezwania CDP do uzupełnienia Wykazu osób na wykazanie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdziale VI pkt 2.1. lit. b) ppkt 3 SIWZ;
- 5) art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania Arch-Deco do uzupełnienia Wykazu usług na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 2.1. lit. b) pkt 1) ppkt a) SIWZ;

- 6) art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy przez zaniechanie wskazania przyczyn, dla których Zamawiający podjął decyzję o nieprzyznaniu Odwołującemu dodatkowych punktów w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert wskazanych w Rozdziale XVII ust. 3 pkt 2 SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez CDP, jako oferty najkorzystniejszej; wykluczenie CDP z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp; przyznania Odwołującemu 15 punktów w kryterium określonym w Rozdziale XVII ust. 3 pkt 2 SIWZ Projektant branży instalacyjnej (elektrycznej) oraz 15 punktów w kryterium określonym w Rozdziale XVII ust. 3 pkt 2 SIWZ Projektant branży instalacyjnej (sanitarnej), łącznie 72,52 punktów; unieważnienie czynności przyznania CDP 15 punktów w kryterium określonym w Rozdziale XVII ust. 3 pkt 2 SIWZ Projektant branży instalacyjnej (elektrycznej) oraz 15 punktów w kryterium określonym w Rozdziale XVII ust. 3 pkt 2 SIWZ Projektant branży instalacyjnej (sanitarnej) i przyznania CDP łącznie 34,19 punktów; unieważnienie przyznania Arch-Deco 10 punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert wskazanego w Rozdziale XVII ust. 3 pkt 2 SIWZ Projektant branży architektonicznej i przyznania Arch-Deco łącznie 34,73 punktów; uznanie oferty Odwołującego za najwyższej ocenioną, a w konsekwencji dalszego badania i oceny oferty, za ofertę najkorzystniejszą. Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ naruszenie przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy ma istotny wpływ na wyniki Postępowania, bowiem gdyby Zamawiający nie naruszył wskazanych powyżej przepisów ustawy oferta Odwołującego zostałaaby uznana za najkorzystniejszą. Co, za tym idzie, Odwołujący mógłby uzyskać zamówienie objęte Postępowaniem. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia polega na tym, że Odwołujący oferuje wykonanie zamówienia w niniejszym Postępowaniu, którego wynikiem będzie zawarcie z Zamawiającym umowy, a w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania szanse Odwołującego na uzyskanie zamówienia znacząco wzrosną - oferta Odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą. Z kolei naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy może wyrządzić Odwołującemu szkodę w postaci utraconych korzyści - przychodów z niezyskanego zamówienia. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że jego

interes prawny wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Zamawiający wskazał Rozdziale II ust. 3 SIWZ definicję pojęć, jakimi posłużył się w dokumentacji przetargowej na potrzeby przeprowadzenia Postępowania, w tym w opisie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert. Na gruncie niniejszego odwołania istotna i kluczowa jest definicja pojęcia "Data Center", przez którą 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 / zabezpieczeń wymaganych w celu zapewnienia pożądanej dostępności usług w którym części obiektu poza Strefą Przetwarzania Danych przeznaczone są wyłącznie do obsługi tej Strefy"*.

Zamawiający w Rozdziale VI pkt 2.1 lit. a SIWZ określił wymagania odnoszące się do doświadczenia wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu. Wykonawcy byli zobowiązani wykazać legitymowanie się doświadczeniem w wykonaniu *"w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał 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"*.

W Rozdziale XVII ust. 3 pkt 2 SIWZ Zamawiający określił pozacenowe kryteria oceny ofert, w którym wskazał, że będzie premiował doświadczenie ww. osób w następujący sposób:

W tym miejscu w odwołaniu zamieszczona została tabela

Zamawiający dokonał zastrzeżenia, że brzmienie ww. należy poczytywać *"Zgodnie z definicjami zawartymi w Rozdz. II pkt 3 Części I SIWZ."* Zamawiający dodatkowo wskazał, że: *"Zamawiający przyzna dodatkowe punkty w ramach powyższego kryterium oceny ofert wyłącznie w przypadku wykazania przez Wykonawcę doświadczenia ponad doświadczenie wymagane w warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdz. VI pkt 2 ppkt 2.1. lit. b) Lp. 1, 3, 4. Powyższe oznacza, że Zamawiający w ramach przedmiotowego kryterium oceny ofert nie bierze pod uwagę doświadczenia potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca zobowiązany jest do podania doświadczenia osób wskazanych w powyższej tabeli w ramach przedmiotowego kryterium we Wzorze nr 2 do Części III SIWZ"*

- „Opis doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia (w ramach kryteriów oceny ofert)”. Osoby wskazane w kryterium oceny ofert muszą być tymi samymi osobami, co wskazane do spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdz. VI pkt 2 ppkt 2.1. lit. b) Lp. 1, 3, 4 Części I SIWZ. W przeciwnym przypadku Zamawiający przyzna w kryterium doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia 0 punktów.”

W postępowaniu oferty złożyło sześciu wykonawców, w tym Odwołujący. Z zestawienia z otwarcia ofert wynika, że deklarowane przez ww. wykonawców doświadczenie członków personelu prezentowało się następująco:

W tym miejscu w odwołaniu zamieszczona została tabela

W toku badania i oceny ofert Zamawiający zwrócił się do wszystkich wykonawców, w tym Odwołującego, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy o udzielenie wyjaśnień w zakresie Wykazów osób na potrzeby kryterium oceny ofert. Wezwanie dotyczyło ustalenia adresu obiektu, dla którego były sporządzane dokumentacje oraz nazw inwestorów realizujących poszczególne projekty. W przypadku CDP Zamawiający żądał również złożenia wyjaśnień potwierdzających, że wykazywane projekty wykonywane przez poszczególnych członków personelu dotyczyły "Data Centre" w rozumieniu definicji określonej w SIWZ (o czym szerzej w dalszej części odwołania). Zamawiający w dniu 29 maja 2020 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Oferta Odwołującego uplasowała się na trzecim miejscu w rankingu ofert:

W tym miejscu w odwołaniu zamieszczona została tabela

Odwołujący nie zgadził się z ww. decyzją Zamawiającego, w tym w szczególności z przyznaną punktacją w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert, która nie uwzględnia przedstawionego przez Odwołującego doświadczenia poszczególnych członków personelu dedykowanego do realizacji zamówienia, a Zamawiający w toku postępowania dopuścił się rażącego naruszenia przepisów ustawy wskazanych w petitum odwołania.

Ad. zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy oraz zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał błędnej oceny oferty Odwołującego w zakresie kryterium doświadczenie członków personelu zgodnie z Rozdziałem XVII ust. 3 pkt 2 SIWZ. Zamawiający nie wskazał przyczyn, dla których przyjął, że doświadczenie członków personelu Odwołującego nie może stanowić podstawy dla przyznania Odwołującemu dodatkowych 30 punktów (o czym szerzej w dalszej części odwołania), przedstawione uzasadnienie odwołania stanowi jedynie polemikę z czynnością faktyczną polegającą na porównaniu danych wskazanych w Wykazie osób, a Informacją o wyborze, w której Zamawiający przedstawił ranking ofert, w którym określił tabelarycznie liczbę przyznawanych wykonawcom punktów w ramach poszczególnych kryteriów.

Zgodnie z informacjami wskazanymi w złożonym przez niego wraz z ofertą Wykazie osób na potrzeby kryterium oceny ofert: (-) Projektant branży instalacyjnej (elektrycznej) - M. Ł., (-) Projektant branży instalacyjnej (sanitarnej) - B. E. M. brali udział w przygotowaniu dokumentacji projektowej w poszczególnych branżach dla inwestycji pn. „Budynek Centrum Kompetencji OCEAN Uniwersytetu Warszawskiego”, która to inwestycją literalnie wpisuje się w opis kryterium oceny ofert, a także wypełnia definicję obiektu "Data Centre", o której mowa powyżej. Zamawiający w toku postępowania nie kwestionował faktu, że ww. inwestycja spełnia wymagania określone w Rozdziale XVII ust. 3 pkt 2 SIWZ oraz wpisuje się w definicje określone przez Zamawiającego pojęcia "Data Centre", o czym świadczy fakt, że wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie ww. Wykazu obejmowało jedynie informacje uzupełniające dotyczące adresu ww. obiektu oraz adresu inwestora. Zamawiający - w przeciwieństwie do oferty CDP (o czym szerzej poniżej) - nie formułował i nie komunikował w toku postępowania wątpliwości co do ww. okoliczności. Zatem, nie sposób wydedukować jakie przesłanki stanowiły czynnik determinujący, dla którego Zamawiający przyznał Odwołującemu 0 punktów w ramach ww. kryterium. W ocenie Odwołującego ww. informacje powinny stanowić podstawę do przyznania Odwołującemu łącznie 30 dodatkowych punktów zgodnie z zasadami wskazanymi w SIWZ, co automatycznie klasyfikowałoby jego ofertę, jako najwyższej ocenioną. O naruszeniu dyspozycji ww. przepisów, w tym w szczególności naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców świadczy fakt, że Zamawiający przyznał konkurentom Odwołującego dodatkowe punkty w ramach kryteriów pozacenowych pomimo istnienia formalnych ku temu przesłanek. Zważyć bowiem należy, że informacje zawarte w ofertach wykonawców Arch- Deco oraz CDP, pomimo że były obwarowane analogicznymi brakami (jak zostało wskazane powyżej - brak dokładnego adresu obiektów oraz adresu inwestora), jak zidentyfikowane w ofercie Odwołującego, stanowiły jednak podstawę do przydzielenia wykonawcom tym dodatkowych punktów. W przypadku powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości czy ww. inwestycja spełnia elementy kryterium oceny ofert miał on możliwość skierowania do Odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy - analogicznie jak w przypadku oferty CDP (o czym szerzej poniżej). Dokonywanie selektywnego i arbitralnego wyboru wykonawców, którym Zamawiający przyznaje możliwość skorygowania błędów popełnionych na etapie złożenia oferty czy; też którym przyznaje możliwość złożenia wyjaśnień stanowi rażące pogwałcenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W ww. sytuacji wykonawca CDP znalazł się w uprzywilejowanej sytuacji względem pozostałych wykonawców, w tym względem Odwołującego, gdyż Zamawiający umożliwił mu zajęcie

stanowiska i przedstawienie argumentów mających świadczyć o zasadności uznania wykazywanego doświadczenia, jako spełniającego oczekiwania Zamawiającego określone w SIWZ. Natomiast o wybiórczej ocenie doświadczenia w ramach ww. kryterium świadczy również fakt, że Zamawiający uznał, że doświadczenie wykazywane przez Arch-Deco dla Projektanta branży architektonicznej T. W. stanowi podstawę do przyznania temu wykonawcy dodatkowych 10 punktów. Wskazać należy, że żaden z dwóch wykazywanych jako doświadczenie ww. osoby projektów nie wpisuje się w definicję pojęcia "Data Center".

Projekt dot. "Objektu Biurowo-serwerowego - NETIA - budowa budynku biurowego, serwerowego i techniczno-energetycznego oraz budowa stacji PZO wraz z zagospodarowaniem terenu, ogrodzeniem, przyłączami, instalacjami doziemnymi, zjazdem z ulicy Przyparkowej, Jawczyce, Ożarów Mazowiecki" - nie spełnia definicji "Data Center" dotyczącej zaprojektowanie budynku "przeznaczonego wyłącznie do zgrupowania pomieszczeń, połączeń i obsługi urządzeń techniki informatycznej (IT) oraz sprzętu sieci telekomunikacyjnych zapewniających usługi przechowywania, przetwarzania i dostarczania danych". Jak wynika z samej nazwy inwestycji projektowany obiekt miał spełniać wieloraką rolę, w tym służyć jako budynek biurowy. Bez przeprowadzenia szczegółowej weryfikacji zakresu inwestycji Zamawiający winien negatywnie ocenić prezentowane doświadczenie.

Projekt dot. "Przebudowa i zmiana sposobu użytkowania hali magazynowej z częścią biurową na obiekt serwerowy z częścią biurową Firmy Data Center Ożarów (OVH) wraz z budowlami: fundamentami pod urządzenia, agregatami prądotwórczymi, agregatami chłodniczymi, zbiornikami na paliwo, instalacjami doziemnymi i ogrodzeniem oraz zagospodarowaniem terenu działka, Ożarów Mazowiecki, ul. Kazimierza Kamińskiego" - nie spełnia definicji dotyczącej zaprojektowania budynku, który miał być "wybudowany od podstaw bez wykorzystania w jakimkolwiek stopniu istniejącego uprzednio budynku lub budowli". Z samej nazwy inwestycji wynika bowiem, że dotyczyła ona "przebudowy", a nie "budowy" nowego obiektu - nie sposób zatem uznać, że spełniała ona wymagania określone w SIWZ. Zamawiający nie powinien był przyznać Arch-Deco 10 punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert wskazanego w Rozdziale XVII ust. 3 pkt 2 SIWZ Projektant branży architektonicznej.

Zamawiający nie powinien był przyznać dodatkowej punktacji CDP w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert wskazanego w Rozdziale XVII ust. 3 pkt 2, gdyż doświadczenie p. M. R. wskazanego na stanowisko Projektanta branży instalacyjnej (sanitarna) polegające na wykonaniu dokumentacji projektowej dla inwestycji pn. "3S BOX Data Center przy ul. Annopol w Warszawie" nie wpisuje się w definicję pojęcia "Data Center" zgodnie ze znaczeniem nadanym mu przez Zamawiającego w SIWZ (o czym szerzej w

dalszej części odwołania - vide: zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp). Pomimo formułowanych przez Zamawiającego wątpliwości i zastrzeżeń opartych na materiałach prasowych Zamawiający podjął decyzję o przyznaniu CDP dodatkowych punktów.

Z powyższej przeprowadzonej analizy oraz przedstawionych dywagacji w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że Zamawiający dopuścił się naruszenia naczelných zasad prawa zamówień publicznych, stawiając Odwołującego w mniej korzystnej sytuacji aniżeli pozostałych wykonawców. Wszystkie podejmowane w toku postępowania przez Zamawiającego działania winny charakteryzować obiektywizmem przejawiającym się w podejmowaniu wobec wykonawców znajdujących się w takiej samej sytuacji faktycznej jednakowych czynności. W przypadku uznania, że oferta Odwołującego zawierała braki lub nie wpisywała się w reguły dotyczące przyznawania punktów ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert Zamawiający odmawiając Odwołującemu przyznania punktacji winien zastosować analogiczny miernik oceny do pozostałych wykonawców. Odwołujący wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 2564/15, a także wyrok sygn. akt KIO 638/15 wyrok sygn. akt KIO 2744/14. Mając na względzie ww. okoliczności w ocenie Odwołującego odwołanie ww. jest uzasadnione i winno stanowić przedmiot aprobaty Izby.

Ad. zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy.

Zamawiający, jak zostało wskazane powyżej, określił w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert doświadczenie projektanta z branży instalacyjnej (sanitarnej): *"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."*

Wykonawca CDP w Wykazie osób na potrzeby ww. kryterium oceny ofert, wskazał jako doświadczenie p. M. R. dedykowanego na stanowisko Projektanta w branży instalacyjnej (sanitarnej) polegające na sporządzeniu dokumentacji Projektowej DC na potrzeby inwestycji *"3S BOX Data Center przy ul. Annopol w Warszawie."*

Dowód: oferta CDP - wykaz osób złożony na potrzeby kryterium oceny ofert zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ, pkt 3 - w aktach postępowania.

W ocenie Odwołującego ww. inwestycja nie wpisuje się w opis kryterium oceny ofert, gdyż jak wynika z powszechnie dostępnych informacji w sieci Internet ww. projekt nie dotyczył *"Data Center"* w rozumieniu zacytowanej w pkt I odwołania definicji, gdyż obejmował wykorzystanie istniejącego już budynku, na co uwagę zwrócił sam Zamawiający w wezwaniu

CDP z dnia 27 marca 2020 r. do złożenia wyjaśnień ww. zakresie. Zamawiający wskazał, że z informacji zamieszczonych na PropertyNews.pl wynika, że Data Center została wybudowana z wykorzystaniem istniejącego już budynku. CDP w odpowiedzi z dnia 02 kwietnia 2020 r. złożyło oświadczenie, że w projekcie "Data Center 3S BOX nie wykorzystano w jakikolwiek sposób elementów istniejącego budynku". Na ww. okoliczność CDP nie przedłożyło żadnych dowodów, wskazując jedynie, że "zapis z przytoczonego portalu internetowego jest typowym zapisem dziennikarskim, który siłą rzeczy nie może odnosić się wprost do brzmienia definicji SIWZ", a osoba wskazana na ww. stanowisko posiada doświadczenie dodatkowe m.in. w zaprojektowaniu DC przy ul. Puławskiej 466 (z informacji uzyskanych od Zamawiającego nie wynika w jaki sposób dokonał oceny przedstawionego nowego doświadczenia, które *de facto* stanowiło uzupełnienie pierwotnie złożonego Wykazu osób złożonego na potrzeby kryterium oceny ofert - co jest niedopuszczalne na gruncie prawa zamówień publicznych). Zamawiający przyjmując ww. oświadczenie (wyjaśnienie) jako wystarczające oraz uznając, że CDP winno otrzymać dodatkowe punkty w ramach kryterium doświadczenia projektanta z branży instalacyjnej (sanitarnej) dopuścił się rażącego naruszenia przepisów prawa, w tym w szczególności art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, ale także art. 91 ust. 1 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy. Zamawiający oparł bowiem przyjęte rozstrzygnięcie na ogólnym i lakonicznym wyjaśnieniu wykonawcy, bez dokonania weryfikacji prawdziwości składanych deklaracji, co było działaniem prowadzącym niewłaściwego oglądu sytuacji podmiotowej CPD, co zostanie szczegółowo wyjaśnione poniżej.

Dowód: wezwanie CDP do złożenia wyjaśnień z dnia 27 marca 2020 r.; wyjaśnienia CDP z dnia 02 kwietnia 2020 r. - w aktach postępowania

Odwolujący nie zgodził się ze stwierdzeniem, że Zamawiający oparł swoje pierwotne wątpliwości na "zapisie dziennikarskim" - wskazania bowiem wymaga, że na stronie internetowej inwestora spółki 3s znajduje się analogiczna informacja o tym, że w ramach projektu wykorzystano istniejącą infrastrukturę budowlaną. Jak wynika ze strony internetowej 3s:

"3S BOX S.A., należąca do Grupy 3S uruchamia centrum danych w Warszawie. Obiekt o powierzchni 1250 m2 znajduje się przy ul. Annopol 3 w Parku Logistycznym Prologis Park Warsa w - Żerań. To już piąty (trzy centra danych w Katowicach i jedno w Krakowie) obiekt należący do Klastra 3S Data Center.

Warszawskim centrum danych zarządza spółka 3S BOX S.A., założona w 2016 roku przez 3S Data Center (część Grupy 3S) i inwestorów prywatnych: B. K. (wcześniej Varion Telecom i Telecity) oraz M. R.(2) (wcześniej ATM S.A.). Głównym zadaniem spółki w ciągu ostatnich

12 miesięcy było zbudowanie bezpiecznego data center (standard TIER 3 / Rated 3 (zgodne z normą ANS1/T1A-942)) w istniejącym budynku zlokalizowanym na terenie parku logistycznego. W data center 3S BOX trwają jeszcze prace wykończeniowe i testy infrastruktury technicznej. Systemy TT pierwszych Klientów pojawią się w obiekcie w II połowie kwietnia 2017 roku."

Dowód: wydruk ze strony internetowej 3s - źródło:

<https://3s.pl/pl/aktualnosc, 22/332, nowe-data-center-grupv-3s-w-warszawie.htm>: stan na 04.06.2020 r. - załącznik do niniejszego odwołania.

W świetle powyższego nie sposób uznać, że ww. obiekt budowlany został wykonanych "od podstaw" oraz "bez wykorzystania w jakimkolwiek stopniu istniejącego uprzednio budynku lub budowli", skoro - jak wynika z ww. informacji - że data center 3s BOX zostało wybudowane na terenie istniejącego uprzednio parku logistycznego (hali). Zatem, naturalnym jest, że dla zapewnienia funkcjonalności obiektu projekt musiał zakładać wykorzystanie elementów istniejącego budynku (np. istniejących przyłączy mediów, wykorzystania fundamentów, zapewnienia elementów bezpieczeństwa BHP i ppoż. właściwych również dla innych obiektów znajdujących się w hali etc.). Powyższe kwestie obrazują fotografie pochodzące z GoogleMaps oraz wykonane przez Odwołującego, które przedstawia budynek, w którym znajduje się data center 3s BOX.

Dowód: fotografie przedstawiające umiejscowienie data center 3s BOX- załącznik do niniejszego odwołania.

Z fotografii w sposób niebudzący żadnych wątpliwości wynika, że w ww. przypadku mamy do czynienia z obiektem budowlanym znajdującym się wewnątrz istniejącego budynku, co potwierdza, że wyjaśnienia CDP nie odpowiadają okolicznościom faktycznym umiejscowienia i wybudowania data center 3s BOX. Nie sposób zatem przyjąć, że mamy do czynienia z budynkiem "wolnostojącym". iak wskazuje CDP w wyjaśnieniach. Jak wynika z orzecznictwa sądów powszechnych przez pojęcie "wolnostojący" rozumieć należy samodzielność i suwerenność konstrukcji obiektu, to jest jego fizyczne oddzielenie od innych obiektów budowlanych. Chodzi tu o taki budynek, który nie jest połączony z innym obiektem budowlanym i nie wykorzystuje w swojej konstrukcji jakichkolwiek elementów innego obiektu budowlanego i jako całość stanowi samodzielną konstrukcję, nieograniczoną fizycznie w przestrzeni innymi budowlami. Pojęcie "wolnostojący" odnosić zatem należy do cech fizycznych budynku i iea o otoczenia weryfikowalnych za pomocą zmysłów, a nie sytuacji prawnej gruntu na jakim dany obiekt został zlokalizowany. Za budynek wolno stojący należy uznać zatem taki, którego żaden z elementów nie jest konstrukcyjnie ani funkcjonalnie powiązany z innym obiektem budowlanym, co jednocześnie nie wyklucza jego usytuowania

przy granicy działki, a tym samym przy analogicznie usytuowanym już obiekcie na działce sąsiedniej (tak: wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z dnia 27 września 2017 r. II SA/Rz 568/17). CDP wskazuje w ww. wyjaśnieniach również, że projekt dla ww. data center obejmował również fundament, natomiast w złożonej w odpowiedzi na wezwanie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp referencji pochodzącej od 3s BOX dotyczącej budowy ww. obiektu zostało wskazane, że projekt obejmował wykonanie "*podłogi podniesionej*", co może sugerować, że w na potrzeby ww. inwestycji wykorzystano fundamenty istniejącego już budynku (ww. hali). Wątpliwości odwołującego budzi możliwość wykonania odrębnych fundamentów w przypadku, gdy obiekt jest budowany wewnątrz innego budynku. Brak fundamentów powoduje, że data center 3s BOX nie spełnia definicji "*budynku*" określonego w przepisach prawa budowlanego, gdzie wskazuje się, że jednym z elementów budynku obligatoryjnie powinny są fundamenty.

Dowód: referencja z dnia 14 grudnia 2019 r. od 3s BOX - w aktach postępowania

W świetle powyższego działanie CDP Odwołujący uważa, że należy kwalifikować jako czynności mające na celu wytworzenie u Zamawiającego mylnego wyobrażenia o okolicznościach związanych z realizacją ww. projektu, które są informacjami nieprawdziwymi, które winny skutkować wykluczeniem CDP z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Wskazać bowiem należy, że podtrzymywane w toku postępowania przez CDP stanowisko o tym, że data center 3s BOX spełnia kryterium oceny ofert, o którym mowa powyżej było działaniem świadomym lub kwalifikującym się w zakres pojęcia lekkomyślności lub rażącego niedbalstwa. CDP pomimo wyartykułowanych przez Zamawiającego wątpliwości pottrzymał złożone w ofercie oświadczenie, co powoduje, że mamy do czynienia z kwalifikowanym naruszeniem ww. przepisu. Profesjonalnie działający wykonawca był bowiem zobowiązany do zweryfikowania ww. okoliczności, a następnie podjęcia działań związanych ze sprostowaniem informacji nieprawdziwych. Niewątpliwie przedstawione przez CDP informacje wprowadziły Zamawiającego w błąd, gdyż na podstawie otrzymanych wyjaśnień Zamawiający dokonał czynności związanych z przyznaniem punktów CDP w ramach ww. kryterium. Informacje miały istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż były czynnikiem determinującym otrzymanie maksymalnej liczby punktów w ramach ww. kryterium, co w konsekwencji spowodowało, że oferta CDP uplasowała się na pierwszym miejscu w rankingu ofert. W świetle powyższego zmaterializowały się wszystkie przesłanki do zastosowania ww. regulacji.

Odwołujący wskazał na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wyrok sygn. akt KIO 104/20, wyrok sygn. akt 2435/20.

Ewentualnie w przypadku nie podzielenia tak przez Zamawiającego, jak i Izbę, zapatrywań dotyczących złożenia przez CDP nieprawniczych informacji, a w konsekwencji ziszczenia się przesłanki wykluczenia CDP z postępowania, Odwołujący wskazuje, że wskazana powyżej inwestycja nie powinna stanowić przedmiotu oceny w ramach ww. kryterium oceny ofert. Zamawiający był obowiązany przyznać ofercie CDP 0 punktów w ramach analizowanego kryterium (*vide*: uzasadnienie zarzutów naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy oraz zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy).

W świetle powyższego nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że odwołanie w ww. zakresie zasługuje na uwzględnienie.

Ad zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy

(1) Zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów CDP.

Odwołujący wskazał, że z przedstawionego przez CDP w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Wykazu usług na spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie wynika wniosek, że CDP potwierdziło, że legitymuje się wiedzą i doświadczeniem wymaganym zgodnie z Rozdziałem VI pkt 2.1 lit. a SIWZ. Wskazania bowiem wymaga, że warunek - podobnie jak opis kryterium oceny ofert - nawiązywał do zdefiniowanego przez Zamawiającego pojęcia "Data Center". CDP w Wykazie powołało się również na doświadczenie w realizacji projektu na rzecz 3s BOX dotyczącej budowy *objektu przy ul. Annopol 3 w Warszawie*.

Dowód: Wykaz usług CDP na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, pkt 1; referencja pochodząca od 3s BOX z dnia 14 grudnia 2019 r. - w aktach postępowania

Podobnie również w zakresie doświadczenia p. Dariusza Bibro Projektanta branży instalacyjnej (elektrycznej), gdzie CDP w Wykazie osób na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu także wskazało, że ww. osoba posiada doświadczenie w wykonaniu dokumentacji projektowej dla inwestycji "3S BOX Data Center przy ul. Annopol w Warszawie." W świetle powyższego - uznając zasadność ww. twierdzeń Odwołującego - również ww. zakresie Zamawiający nie był uprawniony do uznania, że CDP potwierdziło spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 2.1 lit. b pkt 3 ppkt a) SIWZ. Odwołujący wskazuje bowiem, że dla ww. członka personelu wykonawcy Zamawiający wymagał posiadania doświadczenia w sporządzeniu dokumentacji projektowej w branży elektrycznej dla "Data Centre" w rozumieniu przywołanej powyżej definicji. W świetle powyższego z uwagi na ww. okoliczności nie sposób uznać, że ww. doświadczenie czyni zadość wymaganiom Zamawiającego określonym w SIWZ.

Dowód: Wykaz osób CDP na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, pkt 3 - w aktach postępowania

Jak zostało wskazane powyżej nie sposób uznać, że usługa referencyjna CDP wpisuje się w definicję "Data Center", o której mowa powyżej. W świetle powyższego Zamawiający zobowiązany był wezwać CDP do uzupełnienia Wykazu usług w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

(2) Zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów Arch-Deco

W ocenie Odwołującego wskazane przez Arch-Deco doświadczenie wskazane w Wykazie osób na potrzeby wykazania warunku udziału w postępowaniu dla Projektanta branży architektonicznej nie spełnia wymagań, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 2.1 lit. b pkt 1) ppkt a) SIWZ. Zważyć bowiem należy, że Zamawiający wymagał wykazania się przez wykonawców dysponowaniem posiadającym doświadczenie zawodowe przez ww. osobę w następującym zakresie: *"W okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert sporządził w zakresie branży architektonicznej: co najmniej jedną Dokumentację Projektowa 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*

Arch-Deco w ww. Wykazie wskazało p. Tomasz W.a wskazując, że brał udział w pracach projektowych dla następującej inwestycji: *"Obiekt biurowo-serwerowy NASK - przebudowa i zmiana sposobu użytkowania obiektu koszarowego na budynek biurowy; budowa serwerowni z zapleczem technicznym i rozdzielnią traf o wraz z zagospodarowaniem terenu, przyłączami, instalacjami doziemnymi i zjazdem publicznym z ulicy 11 Listopada, Warszawa"* - Odwołujący wskazuje, że ww. projekt nie dotyczył "Data Centre" w rozumieniu definicji określonej w SIWZ, gdyż zaprojektowanie budynku "przeznaczonego wyłącznie do zgrupowania pomieszczeń, połączeń i obsługi urządzeń techniki informatycznej (IT) oraz sprzętu sieci telekomunikacyjnych zapewniających usługi przechowywania, przetwarzania i dostarczania danych. Jak wynika z samej nazwy inwestycji projektowany obiekt miał spełniać wieloraką rolę, w tym służyć jako budynek biurowy. Dodatkowo jak wynika z ww. opisu projekt nie dotyczył budowy nowego budynku, ale obejmował "przebudowę oraz zmianę sposobu użytkowania" istniejących już budynków, zatem projekt nie wpisuje się w definicję ww. pojęcia.

Dowód: Wykaz usług Arch-Deco na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, pkt 1 i 2.

W świetle powyższego Zamawiający był zobowiązany do skierowania do Arch- Deco wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu ww. zakresie.

Ad zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy

Zamawiający jest obowiązany podejmować w toku postępowania działania w sposób jawny oraz transparentny, dający możliwość wykonawcom biorącym udział w postępowaniu dokonywania weryfikacji legalności wykonywanych czynności. Jednym z przejawów transparentności ww. działań jest przekazanie wykonawcom informacji na temat okoliczności przyjętych jako podstawę do przyznania poszczególnym wykonawcom punktacji w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert. Uzasadnienie przyznania punktów (lub zaniechanie ich przyznania) powinno zostać przekazane wykonawcom wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zgodnie bowiem z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, a także punktację przyznaną wykonawcom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Wskazał Odwołujący na stanowisko prezentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku sygn. akt KIO 1785/17, wyroku sygn. akt 1577/17, wyroku sygn. akt 1236/16. Na kanwie tej sprawy Odwołujący, pomimo kilkakrotnie kierowanych do Zamawiającego próśb, nie otrzymał dokumentów czy też informacji o przyczynach nieprzyznania Odwołującemu punktów w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert. Powyższe uniemożliwia Odwołującemu sformułowanie zarzutów w sposób skuteczny oraz odnoszący się w sposób konkretny do przyjętych przez Zamawiającego założeń, w tym także skompletowania oraz przedstawienia dowodów świadczących o tych, że zapatrywania Zamawiającego są błędne.

Dowód: korespondencja z Zamawiającym; pismo Zamawiającego z dnia 04 czerwca 2020 r. - w aktach postępowania

Samo podanie przez Zamawiającego przyznanej punktacji bez właściwego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego podjętej decyzji, utrudnia wykonawcy prawidłowe sformułowanie zarzutów, a tym samym w sposób istotny ogranicza jego ustawowe prawo do obrony swoich praw jako wykonawcy. Jak wynika z zacytowanego orzecznictwa Wykonawca ma prawo posiadania pełnej wiedzy jakimi przesłankami kierował się Zamawiający rozstrzygając postępowanie o udzielenie zamówienia. W świetle powyższego zaniechanie przekazania Odwołującemu informacji w ww. zakresie, w jego ocenie, w sposób ewidentny i nie budzący wątpliwości narusza dyspozycję ww. przepisów, a odwołanie w ww. zakresie zasługuje na uwzględnienie.

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

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 8 czerwca 2020 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

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

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada

na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izłą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

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

V.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia z Prezesa Rady Ministrów z dnia 22

marca 2018 roku w sprawie *regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub dokumentacja postępowania w postaci elektronicznej, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie procesowym z dnia 30 czerwca 2020 roku *Odpowiedź na odwołanie*. Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przy ww. piśmie przez Zamawiającego.

Izba uwzględniła stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego – CPD System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonkach (dalej: CPD lub uczestnik postępowania odwoławczego) zawarte w piśmie procesowym z dnia 1 lipca 2020 roku *Pismo Przystępującego do postępowania odwoławczego*.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez Odwołującego przy odwołaniu.

Izba dopuściła dowód zawnioskowany i złożony przez Zamawiającego w trakcie rozprawy dowód nr 1 – wydruk z Biuletynu Informacji Publicznej Miasta Krakowa (wyciąg).

Izba dopuściła dowód z okazania w trakcie rozprawy zawnioskowany przez uczestnika postępowania odwoławczego tj. dowód z okazania dokumentu: „*Projekt wykonawczy wielobranżowy budowy budynku technicznego - serwerowni, instalacji zewnętrznych na potrzeby serwerowni, urządzeń chłodniczych z wymiennikami powietrze –powietrze, skraplaczy i dry-coolerów, agregatów prądotwórczych oraz budową wewnętrzną linii zasilania w energię elektryczną*”. Ww. Projekt nie został złożony do akt sprawy z uwagi na ochronę rozwiązań projektowych jakie zawiera.

VI.

Izba ustaliła:

Izba ustaliła, że w dniu 29 maja 2020 roku Zamawiający przekazał w oparciu o art. 92 ust. 1 ustawy, w piśmie *Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty*, wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, która poza wskazaniem wykonawcy, którego oferta została wybrana zawierała tabelę z zestawieniem punktowym otrzymanym w poszczególnych kryteriach przez kolejnych wykonawców.

Izba ustaliła, że w dniu czynności 26 czerwca 2020 roku Zamawiający przekazał wykonawcom pismo *Uzupełnienia zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej*, działając na podstawie art. 92 ust. 1 ustawy przekazał uzupełnienie zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. Pismo zawiera stanowisko Zamawiającego odnoszące się do oceny przyznanych w postępowaniu punktów w pozacenowych kryteriach oceny ofert.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w Części I – wskazówki dla Wykonawcy, w Rozdziale II – Postępowanie, pkt 3 – Definicje w ppkt 10 Zamawiający wskazał:

Data Center – należy przez to 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 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w Części I – wskazówki dla Wykonawcy, w Rozdziale XVII. Kryteria oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej Zamawiający wskazał w pkt 2 Punkty w ramach kryterium Doświadczenie projektantów* (Pp) dla: 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 –
Opkt

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

** Zgodnie z definicjami zawartymi w Rozdz. II pkt 3 Części I SIWZ.*

W dniu 27 marca 2020 roku CPD zostało wezwane do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy w zakresie informacji podanych dla Projektanta branży instalacyjnej (sanitarnej) w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert, w której Zamawiający wskazał między innymi, że: *Wobec informacji zamieszczonej w ogólnie dostępnym portalu internetowym (<https://www.propertynews.pl/biura/prologis-park-warsaw-z-nowym-najemca,53363.html>) cyt. „3S BOX, należąca do Grupy 3S uruchamia centrum danych w Warszawie. ...” i dalej w tym samym artykule „Głównym zadaniem spółki w ciągu ostatnich 12 miesięcy było zbudowanie bezpiecznego data center (standard Tier 3) w istniejącym budynku zlokalizowanym na terenie parku logistycznego.” i nawiązując do przytoczonych powyżej definicji prosimy o wyjaśnienie czy podany przez Państwa obiekt spełnia kryteria podane w SIWZ tj. czy dokumentacja projektowa dotyczyła Data Center, które zostało wybudowane z wykorzystaniem uprzednio istniejącego budynku czy dokumentacja projektowa dotyczyła Data Center, które zostało zaprojektowane bez wykorzystania uprzednio istniejącego budynku.*

W dniu 2 kwietnia 2020 roku CPD złożyło wyjaśnienia, które między innymi zawierały informację: *Projektant branży instalacyjnej (sanitarnej) projektował budynek Data Center dla firmy 3S BOX przy ul Annopol 3 w Warszawie. Projekt budynku Data Center 3S BOX ul. Annopol 3 obejmował sporządzenie dokumentacji obiektu stworzonego od podstaw – jest to budynek wolnostojący z własnymi fundamentami, ścianami zewnętrznymi, stropodachem, ścianami wewnętrznymi, konstrukcja budynku - murowana z trzpieniami żelbetowymi. Budynek spełnia definicje zawartą w Części I SIWZ (Rozd. II pkt 3.10 i 3.12). Data Center zostało zaprojektowane bez wykorzystania uprzednio istniejącego budynku tj blaszanej hali opartej na konstrukcji stalowej kratownicowej.*

W projekcie Data Center 3S BOX nie wykorzystano w jakikolwiek sposób elementów istniejącego budynku.

Hali nie rozebrano wyłącznie ze względu na zapisy z umowy najmu, w której przewidziano konieczność ewentualnego odtworzenia stanu pierwotnego.

Zapis przytoczonego przez Państwa portalu internetowego jest typowym zapisem dziennikarskim, który siłą rzeczy nie może odnosić się wprost do brzmienia definicji SIWZ.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w Części I – wskazówki dla Wykonawcy, w Rozdziale VI. Warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia Zamawiający wskazał w pkt 2.1:

2.1. W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

*a) * w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał 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.*

Za datę wykonania Dokumentacji Projektowej DC Zamawiający przyjmuje datę odbioru projektu wykonawczego przez zamawiającego.

** Zgodnie z definicjami zawartymi w Rozdz. II pkt 3 Części I SIWZ.*

b) Dysponuje następującymi osobami, które będą skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia:*

1. Projektant branży architektonicznej

a) Doświadczenie zawodowe:

W okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert sporządził w zakresie branży architektonicznej:

a) co najmniej 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

(...)

3. Projektant branży instalacyjnej (elektrycznej)

a) Doświadczenie zawodowe:

W okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert sporządził w zakresie branży elektrycznej:

a) co najmniej 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 przeznaczony do zasilania urządzeń w Strefie Przetwarzania Danych

VII

W zakresie zarzutów odwołania Izba zważyła:

W zakresie zarzutu naruszenia zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy – Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Ustawodawca w art. 92 ustawy ukształtował obowiązek Zamawiającego do niezwłocznego poinformowania wykonawców o podaniu wszystkich niezbędnych informacji dotyczących wszystkich czynności jakie zamawiający podjął w postępowaniu, które stanowią odzwierciedlenie wszystkich okoliczności jakie legły u podstaw podjętych przez Zamawiającego czynności. Oznacza to, że w okolicznościach, w których w ocenie Zamawiającego zaistniały określone podstawy do dokonania czynności w określonych sposób Zamawiający obowiązany jest do podania wykonawcy uzasadnienia faktycznego i prawnego podjętej czynności. Dopiero bowiem uzasadnienie, wykazanie okoliczności faktycznych i prawnych umożliwia zrozumienie czynności Zamawiającego uwidocznionej np. w postaci przyznania określonej liczby punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert. Natomiast bez wskazania uzasadnienia w szczególności faktycznego brak jest możliwości zdekodowania tego co legło u podstaw działania Zamawiającego.

Izba wyjaśnia, że zasadność czynności Zamawiającego podlega ocenie Izby w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez Zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Przywołany na wstępie przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak przejrzystość postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy) oraz jawność postępowania (art. 8 ust. 1 ustawy) nakłada na Zamawiającego obowiązek

zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dany wykonawca uzyskał w postępowaniu określoną ilość punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat oceny jego oferty.

To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy wykonawca po pierwsze, podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem Zamawiającego. Kluczowym do skorzystania z uprawnień przypisanych wykonawcy jest uzasadnienie faktyczne przedstawione przez Zamawiającego w zakresie zawiadomienia o podstawach przyznanych punktów lub braku ich przyznania w pozacenowych kryteriach oceny ofert, jakie przyczyny legły u podstaw czynności Zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy dokonanej przez Zamawiającego oceny nie podziela, mógł się do wskazanej przez Zamawiającego argumentacji ustosunkować. Powyższe prowadzi do wniosku, że zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez Zamawiającego przedstawione jako uzasadniające podstawy przyznania lub braku przyznania punktów w pozacenowych kryteriach oceny ofert. Tym samym ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odrzucenia oferty w szerszym aspekcie.

W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie Zamawiający w uzasadnieniu czynności z dnia 29 maja 2020 roku nie sprostął wymaganiom regulacji art. 92 ust. 1 ustawy, nie przedstawił żadnego uzasadnienia faktycznego odnośnie podjętej czynności w zakresie oceny ofert w pozacenowych kryteriach oceny ofert. Izba podkreśla, że podanie uzasadnienia czynności, o których mowa w art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy, stanowi emanację zawartych w art. 7 ust. 1 ustawy zasad przejrzystości oraz zawartej w art. 8 ust.1 ustawy zasady jawności czynności podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu.

Informacja z dnia 29 maja 2020 roku zawierała jedynie „suche” podanie liczb – oceny punktowej jaką uzyskał dany wykonawca w danym kryterium pozacenowym tak w odniesieniu do oferty Odwołującego, CPD czy też wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Arch-Deco spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni i W. Architekci spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Arch-Deco).

Pismem z dnia 26 czerwca 2020 roku *Uzupełnienie zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej* Zamawiający dokonał czynności nieznaną ustawie, czyli uzupełnienia informacji o wyborze oferty zawierającego element uzasadnienia faktycznego odnoszącego się do czynności przyznanych wykonawcom punktów w kryteriach pozacenowych oceny ofert.

W trakcie rozprawy Zamawiający wskazał, że „w jego ocenie doszło do uwzględnienia zarzutów odwołania w dacie powiadomienia wykonawców”. Izba stwierdziła, że nie doszło do uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy ponieważ:

- po pierwsze, Zamawiający w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest ograniczony w podejmowaniu jakichkolwiek czynności po wniesieniu przez wykonawcę odwołania – tym samym Zamawiający może wykonywać różne czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,

- po drugie, fakt dokonania przez Zamawiającego nieznaną ustawie czynności w dniu 26 czerwca 2020 roku tj. uzupełnienia czynności z dnia 29 maja br. nie prowadzi do wniosku, że ma ona być oceniana w kontekście czynności znanych ustawie jak np. czynności uwzględnienia zarzutów odwołania,

- po trzecie, uwzględnienie zarzutów odwołania następuje przez złożenie oświadczenia do Krajowej Izby Odwoławczej zgodnie z art. 186 ustawy, w odpowiedzi na odwołanie złożonej do protokołu posiedzenia i rozprawy lub pisemnie do akt sprawy odwoławczej. Jedynie Izba, a nie wykonawca czy wykonawcy w zakresie złożonego oświadczenia przez Odwołującego, może i musi podjąć czynności w odniesieniu do umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie uwzględnionych zarzutów odwołania (lub odwołania w całości). Wymaga wskazania, że w tym zakresie – jak ma to miejsce w tej sprawie – w przypadku gdyby Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu zarzutu odwołania to uczestnikowi postępowania odwoławczego CPD przysługiwałoby wniesienie sprzeciwu od uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu odwołania. W tym wypadku do uwzględnienia zarzutu odwołania nie doszło, Izba nie była o tym powiadomiona w dniu 26 czerwca 2020 roku, w konsekwencji nie został uczestnik postępowania odwoławczego wezwany do wniesienia sprzeciwu. Nie doszło również do uwzględnienia zarzutu odwołania na posiedzeniu i rozprawie, a uczestnik nie był również wzywany do wniesienia sprzeciwu,

- po czwarte, w efekcie, gdy intencją Zamawiającego było uwzględnienie zarzutu odwołania to o tym fakcie powinien być zgodnie z regulacją art. 186 ustawy powiadomić Izbę

składając stosowne oświadczenie w piśmie procesowym zawierającym odpowiedź na odwołanie (np. w dniu 26 czerwca 2020 roku) lub ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Jednakże Zamawiający nie złożył takiego oświadczenia, bowiem nie złożył takiego oświadczenia w piśmie z dnia 30 czerwca 2020 roku – Odpowiedź na odwołanie, jak również w trakcie posiedzenia i rozprawy z udziałem stron postępowania odwoławczego. Wskazanie, że „doszło do uwzględnienia tego zarzutu w dacie powiadomienia wykonawców” złożone do protokołu rozprawy nie mogło zostać uznane za złożenie Izbie oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów odwołania. Odwołujący konsekwentnie nie składał Izbie oświadczenia o uwzględnieniu zarzutu odwołania. Również w piśmie z dnia 26 czerwca 2020 roku Zamawiający nie uwzględnia zarzutu odwołania, a jedynie w preambule pisma nawiązując do postępowania odwoławczego informuje o dokonaniu czynności w trybie art. 92 ust. 1 ustawy.

Uwzględnienie zarzutów dowołania nie może nastąpić w sposób dorozumiany, a mając na uwadze konsekwencje jakie wywołuje (zarówno dla wykonawców jak i dla samego Zamawiającego) stanowi o tym, że czynność Zamawiającego musi być jednoznaczna i prawidłowo skierowana musi być do Izby, która prowadzi postępowanie odwoławcze. Fakt wykonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie konsumuje w sobie czynności jakie muszą być wykonane w postępowaniu odwoławczym, aby wywołały określone ustawą skutki dla stron postępowania odwoławczego jak również uczestnika postępowania odwoławczego. Również wykonanie czynności nieznanych ustawie nie prowadzi do efektu uwzględnienia zarzutów odwołania.

W efekcie, czynność Zamawiającego z dnia 26 czerwca 2020 roku nie może zostać i nie została uznana przez Izbę jako uwzględnienie zarzutu odwołania przez Zamawiającego. Zamawiający nie będąc ograniczony ustawą w podejmowaniu jakichkolwiek czynności może dokonywać czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jednakże czynność jakiej dokonał Zamawiający nie jest znana ustawie. W art. 92 ust. 1 ustawy ustawodawca określił katalog informacji jakie niezwłocznie musi przekazać Zamawiający wykonawcom, co istotne ustawodawca nie przewidział w tej regulacji możliwości „dzielenia” tych informacji czy też ich uzupełniania w odniesieniu do poszczególnych podjętych przez Zamawiającego czynności. To oznacza, że informacja odnosząca się do danej czynności Zamawiającego – tak jak w rozpoznawanym przypadku do czynności oceny ofert

wykonawców w kryteriach pozacenowych wraz z podaniem wszystkich informacji zawarta musi być w jednej informacji, a nie dzielona w czasie. To ma istotne znaczenie w zakresie korzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej oraz stanowi wypełnienie obowiązujących zasad Prawa zamówień publicznych tj. jawności i przejrzystości w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Izba bierze przy wydaniu wyroku stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego oraz zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy rozpoznaje odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 26 czerwca 2020 roku uzupełnił informację o wyborze oferty najkorzystniejszej przez podanie uzupełnienia w zakresie oceny w kryterium pozocenowym oceny ofert, w ramach kryterium doświadczenie projektanta. Tym samym, w ocenie Izby, nie uwzględniając zarzutu odwołania Zamawiający ww. czynnością zmienił stan faktyczny postępowania, który nie może zostać poddany ocenie w granicach podniesionych zarzutów odwołania ponieważ na moment składania odwołania stan ten nie był znany wykonawcom. Jednocześnie dokonana czynność uzupełnienia informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 26 czerwca 2020 roku stanowi swoiste przyznanie przez Zamawiającego zasadności podniesionego zarzutu, ale nie jego uwzględnienie.

Mając na uwadze całą powyższą argumentację w zakresie tego zarzutu, Izba zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy uwzględniła, bowiem w piśmie z dnia 29 maja 2020 roku brak było jakiegokolwiek informacji stanowiącej uzasadnienie czynności Zamawiającego w zakresie przyznanych punktów w kryterium pozocenowym oceny ofert, co uniemożliwiło złożenie środka ochrony prawnej i skuteczne podnoszenie zarzutów w zakresie dokonanej oceny ofert. Fakt, że Zamawiający uzupełnił przed rozprawą swoje stanowisko nie może być traktowany jak wypełnienie przez Zamawiającego dyspozycji art. 92 ust. 1 ustawy. W dacie na skuteczne złożenie odwołania – który to termin jest nieprzywracalny – Odwołujący nie znał argumentacji Zamawiającego i nie mógł jej skutecznie kwestionować. W zasadzie pismo z dnia 26 czerwca 2020 roku stanowiące swoiste przyznanie potwierdza zasadność zarzutu odwołania. Izba – mając na uwadze, że ustawa nie zna instytucji uzupełnienia oświadczenia informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej (wyniku postępowania), jak również uwzględniając fakt jakie skutki niesie dla wykonawców podanie informacji w trybie art. 92 ust 1 ustawy oraz w jaki sposób liczone są terminy na wniesienie odwołania – uznała za słuszne uwzględnienie zarzutu i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 29 maja 2020 roku

tj. *Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty* oraz czynności z dnia 26 czerwca 2020 roku tj. *Uzupełnienia zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej* oraz ponowne poinformowanie, ogłoszenie informacji zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego z uwzględnieniem oceny ofert w pozacenowych kryteriach oceny ofert i przyznanych punktów.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy oraz zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy.

Ocena podniesionych zarzutów naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy oraz zarzutów naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy musi być dokonana w kontekście uwzględnionego powyżej zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy.

W ocenie Izby zarzuty odwołania dotyczące naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy oraz zarzutów naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy, w kontekście zarzutu rozpoznanego, stanowią zarzuty odwołania przedwczesne, a Izba mając na uwadze całą argumentację poczynioną powyżej przy zarzucie naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy nie poddała zarzutów odwołania naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy oraz zarzutów naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pod rozpoznanie merytoryczne.

Izba zaznacza, że konsekwencją czynności Zamawiającego z dnia 29 maja 2020 roku było budowanie przez Odwołującego zarzutu odwołania w oparciu o nieistniejące, bowiem niewyartykułowane (mimo ustawowego obowiązku) hipotetyczne założenia jakie poczynił sam Odwołujący. Brak wypełnienia ustawowego obowiązku Zamawiającego nie może w ocenie Izby implikować po stronie Odwołującego / wykonawcy negatywnych skutków. Gdyby bowiem inaczej dokonać oceny tych okoliczności można byłoby doprowadzić do sytuacji, w której wykonawca wobec działań Zamawiającego pozostałby pozbawiony ochrony prawnej. W konsekwencji Izba w orzeczeniu sanowałaby nieznaną ustawnie i z ustawą niezgodną czynność Zamawiającego. Taka wykładnia przepisów nie mogła się ostać, a niezgodne z ustawą działania Zamawiającego nie mogą prowadzić do pozbawienia wykonawców ich prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej. Wykonawca stawiające te zarzuty oparł się jedynie na przypuszczeniach jakie będą mogły być wskazane w uzasadnieniu czynności Zamawiającego, która nie została zawarta w piśmie

z dnia 29 maja br. – co też mocno akcentował Odwołujący w swoim stanowisku zawartym w uzasadnieniu odwołania.

Izba w tym miejscu wskazuje również, że podobny mechanizm który ma na celu ochronę praw wykonawców do złożenia skutecznie odwołania dostrzec można w odniesieniu do podnoszonych zarzutów dowołania w zakresie naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy w odniesieniu do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących elementów ceny mających wpływ na jej wysokość oraz stawianego jednocześnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy tj. zaniechania odrzucenia oferty z uwagi na to, że zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, który to zarzut budowany jest w oparciu o nieznane wykonawcy wyjaśnienia.

Izba, z uwagi na powyższe, uznała za nieprzydatne do rozpoznania tego zarzutu wszystkie przedstawione w sprawie dowody, a złożone na okoliczność wykazania zasadności podnoszonych twierdzeń.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba zarzut ten rozpoznała w zakresie informacji podanej przez CPD w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert doświadczenia projektanta w branży instalacyjnej (sanitarnej) i wskazanego doświadczenia Pana M. R. dotyczącego doświadczenia przy sporządzaniu dokumentacji Projektowej DC na potrzeby inwestycji „3S BOX Data Ceneter przy ul. Annopol w Warszawie” jedynie w zakresie podania informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, a mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Wymaga odnotowania w tym miejscu, że poza zakresem rozpoznania tego zarzutu pozostaje kwestia podniesiona w uzasadnieniu odwołania, a odnosząca się do podanego w wyjaśnieniach z dnia 27 kwietnia 2020 roku przez CPD doświadczenia przy realizacji dodatkowo wskazanego w tym piśmie doświadczenia Pana R. tj. zaprojektowania DC przy ulicy Puławskiej 466, bowiem ta argumentacja odnosiła się do samej oceny w kryteriach pozacenowych oceny ofert.

Na wstępie Izba podaje, że regulację art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy można skutecznie zastosować, gdy wypełnione zostaną kumulatywnie następujące przesłanki, a mianowicie doszło do: (1) przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością, (2) informacja ma mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, (3) informacja ta wprowadziła w błąd Zamawiającego, a (4) przedstawienie informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa. Wskazane przesłanki muszą być stosowane łącznie, a niewykazanie zaistnienia jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że Zamawiający nie stosując art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy nie naruszył tej ustawy. (podobnie: wyrok KIO 348/17, wyrok KIO 2736/17, Wyrok KIO 836/17, wyrok KIO 1058/17, wyrok KIO 1257/17, wyrok KIO 272/19).

Przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością stanowi pierwszą z przesłanek podstawy wykluczenia wykonawcy w oparciu o punkt 17 ww. artykułu ustawy. Informacja niezgodna z rzeczywistością, informacja nieprawdziwa (informacja wprowadzająca w błąd) to złożone przez wykonawcę oświadczenie wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego, którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy (tak też wyrok KIO 576/17). W orzecznictwie Izby ugruntowane jest stanowisko w zakresie tego co powinno być traktowane jako informacja nieprawdziwa, niezgodna z rzeczywistością (porównaj wyrok KIO 1633/11). Dla oceny czy mamy do czynienia z informacją niezgodną z rzeczywistością, która to, jak przed nowelizacją ustawy z 22 czerwca 2016 roku, „informacja nieprawdziwa” (w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy sprzed nowelizacji) nie ma definicji legalnej zawartej w ustawie pomocne jest orzecznictwo sądowe. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. II CKN 1095/99 (za sądem apelacyjnym), czytamy, iż pojęcie "prawda", "prawdziwy", bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Zdaniem Sądu Najwyższego, we wszystkich tych przypadkach pojęcie "prawda" rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z "faktami" i "danymi"), co odpowiada - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

Zaznaczenia wymaga, że podanie informacji niezgodnych z rzeczywistością odpowiada podaniu informacji nieprawdziwych, chodzi tym samym o obiektywną niezgodność treści podanego oświadczenia z rzeczywistością. Informacje podawane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowią oświadczenia wiedzy składane w sposób celowy, stanowią odpowiedź na ukształtowane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWIZ warunki udziału w postępowaniu, dlatego też muszą być rozpatrywane w pryzmacie staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru prowadzonej działalności przez wykonawców.

Do czynności Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 14 ustawy, mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. Tym samym czynność wykonawcy polegająca na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego należy oceniać w pryzmacie cywilistycznym, a więc dokonując oceny dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 października 2003 roku sygn. akt V CK 311/02). Jak wskazuje się w orzecznictwie, należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności.

Uwzględniając cywilistyczny kontekst oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powyższa argumentacja musi być uwzględniona przy ocenie spełnienia kolejnej z przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Izba wskazuje, że stwierdzenie niedbalstwa danej osoby jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (tak wyrok Sąd Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 ustawy Kodeks cywilny precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. W tym wypadku Odwołujący powinien

dokonać szczególnej weryfikacji prezentowanych przez siebie danych, mając prawną świadomość, jako profesjonalista, konsekwencji ich nierzetelnej prezentacji.

Mając na uwadze powyższe wywody prawne Izba dokonując oceny podniesionego zarzutu w zakresie informacji jakie kwestionuje Odwołujący poddaje ocenie w kontekście przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przy uwzględnieniu argumentacji podniesionej w odwołaniu oraz przedstawionej przez Strony i uczestnika postępowania odwoławczego w trakcie rozprawy.

Zamawiający podał w SIWZ definicje Data Center, którą odnieść należało również do określonego wymagania w ramach kryteriów pozacenowych doświadczenia projektanta – projekt branży instalacyjnej (sanitarnej). W dniu 27 marca 2020 roku CPD zostało wezwane do złożenia wyjaśnień, na które wezwanie odpowiedział pismem z dnia 2 kwietnia 2020 roku.

Izba wskazuje, że spór w tym zakresie w zasadzie dotyczy rozumienia definicji Data Center (dalej DC) oraz wskazywanego przez Odwołującego stanowiska, że budynek obejmował wykorzystanie istniejącego budynku (hali).

Izba zaznacza po pierwsze, że osoba jaka została wskazana w ramach kryteriów oceny ofert miała wykazać się doświadczeniem w sporządzeniu w branży instalacyjnej (sanitarnej) *Dokumentacji Projektowej DC, dla Data Center, które posiadało Strefę Przetwarzania Danych o powierzchni co najmniej 350 m² i mocy klimatyzacji precyzyjnej co najmniej 400 kW przeznaczonych do chłodzenia Strefy Przetwarzania Danych.* Mając na uwadze powyższe wymagania Zamawiającego Izba wskazuje, że ocenie podlega doświadczenie w przygotowaniu dokumentacji projektowej, w efekcie czego to dokumentacja projektowa potwierdza doświadczenie określonej osoby. Tym samym zarzuty odwołania powinny odnosić się właśnie do tego doświadczenia, a źródłem ewentualnej argumentacji powinien być przygotowany projekt, a nie sam budynek.

Izba dostrzegła, że cała argumentacja Odwołującego w zasadzie oparta została na informacjach jakie pozyskał on z ogólnodostępnych źródeł, takich jak strona internetowa spółki 3S, jednakże Odwołujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia opartego na informacjach np. pochodzących od tej spółki, która np. potwierdziłaby twierdzenia Odwołującego zawarte w odwołaniu i na rozprawie podnoszone. Izba zaznacza w tym miejscu ponownie, że to obowiązkiem Odwołującego jest dowieść twierdzeń jakie podnosi w odwołaniu i w tym zakresie dowodzić również. Dowody załączone do odwołania Izba uznała za bezprzedmiotowe dla rozpoznania tej sprawy, bowiem stanowią one zdjęcia

obiekty hali, ale to nie obiekt podlegał ocenie w kryteriach, a doświadczenie w projektowaniu obiektu. Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, nawet tego nie podniósł, że obiekt jaki przedstawia na zdjęciach stanowi część DC wybudowanego w oparciu o niezmienny projekt, w tym projekt w branży instalacyjnej (sanitarnej) i że przy projektowaniu wykorzystano fragmenty istniejącego obiektu.

Izba dostrzegła, że zakres projektowy określony jako doświadczenie w branży instalacyjnej (sanitarnej) nie zostało przez Odwołującego kwestionowane.

Wymaga w tym miejscu wskazania, że w piśmie z dnia 2 kwietnia 2020 CPD w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień CPD podało, że Projekt budynku Data Center 3S BOX ul. Annopol 3 obejmował sporządzenie dokumentacji obiektu stworzonego od podstaw – jest to budynek wolnostojący z własnymi fundamentami, ścianami zewnętrznymi, stropodachem, ścianami wewnętrznymi, konstrukcja budynku - murowana z trzpieniami żelbetowymi.

W trakcie rozprawy CDP przedstawił „Projekt wykonawczy wielobranżowy budowy budynku technicznego - serwerowni, instalacji zewnętrznych na potrzeby serwerowni, urządzeń chłodniczych z wymiennikami powietrze –powietrze, skraplaczy i dry-coolerów, agregatów prądotwórczych oraz budową wewnętrzną linii zasilania w energię elektryczną” (dalej: Projekt), z którego Izba dopuściła dowód z okazania i wyjaśnił, odnosząc się do ww. Projektu – którego nikt nie kwestionował w trakcie rozprawy – że projektowany budynek „jest zlokalizowany w miejscu ostatniego od strony północnej segmentu hali magazynowej, wydzielony pożarowo, jest niezależny konstrukcyjnie” oraz posiada własne ściany. W opisie stanu projektowego wskazano, że spełnia normę TIA 942 (projekt na potrzeby IT). Wskazano także, że „ściany fundamentów ścian konstrukcyjnych budynku projektuje się jako murowane z bloczków betonowych”, a „dach nad budynkiem do wykonania jako stropodach niewentylowany z warstwą spadkową”. CDP wyjaśnił, że budynek został zaprojektowany w całości i były również zaprojektowane przyłącza energetyczne, teletechniczne. W trakcie rozprawy wyjaśnione zostało również, że podłoga podniesiona stanowi element wyposażenia.

CPD w prezentowanym stanowisku na rozprawie odniosło się również do referencji z dnia 14 grudnia 2016 znajdującej się w aktach sprawy, zgodnie z którą budynek obejmuje rozwiązanie *konstrukcyjne i architektoniczne*. Izba zaznacza, że Odwołujący pominął w swojej argumentacji tak prezentowane stanowisko i nie odniósł się do niego. Ww. referencja wskazuje jednoznacznie, że opracowania zawierają rozwiązania konstrukcyjne i architektoniczne wraz z podłogą podniesioną. Jednocześnie Odwołujący nie dowiódł, że podłoga podniesiona została zaprojektowana z wykorzystaniem istniejącego fundamentu.

W odniesieniu do kwestionowanego w odwołaniu wykonania budynku od podstaw oraz bez wykorzystania w jakimkolwiek stopniu istniejącego uprzednio budynku Izba w pierwszej kolejności wskazuje, że kryterium i przedstawiane informacje na jego wykazanie nie miały dotyczyć budynku tylko projektu budynku, a to jest znacząca różnica. CDP podała, że *Budynek spełnia definicje zawartą w Części I SIWZ (Rozd. II pkt 3.10 i 3.12). Data Center zostało zaprojektowane bez wykorzystania uprzednio istniejącego budynku tj. blaszanej hali opartej na konstrukcji stalowej kratownicowej. W projekcie Data Center 3S BOX nie wykorzystano w jakikolwiek sposób elementów istniejącego budynku.* Odwołujący natomiast niezmiennie odnosił się do budynku, a nie projektu, co jest dostrzegalne w odwołaniu.

W odniesieniu do podanego w piśmie z dnia 2 kwietnia 2020 roku wyjaśnienia, że *Hali nie rozebrano wyłącznie ze względu na zapisy z umowy najmu, w której przewidziano konieczność ewentualnego odtworzenia stanu pierwotnego CDP* w trakcie rozprawy wyjaśniło, że w projekcie wskazano konieczność rozebrania hali. Zamawiający dodał odwołując się do ww. Projektu, że budynek będzie miał własne fundamenty – „istniejącą posadzkę hali należy rozebrać. Ławy fundamentowe projektuje się jako betonowe ze zbrojeniem przeciwskurczowym zgodnie z projektem konstrukcji”, a po wykonaniu prac fundamentowych „należy wykonać posadzkę”. W zakresie podłóg podniesionych wyjaśnił dodatkowo za ww. Projektem, że „projektuje się wykonanie podłóg technicznych o wysokości 1m od poziomu posadzki”.

W ocenie Izby cała argumentacja Odwołującego zasadza się na *wątpliwościach* jakie on posiada, a w konsekwencji prowadzących do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 przez Zamawiającego. Jednakże nie dość, że Odwołujący opiera swoją argumentację o informacje odnoszące się do budynku – których i tak nie udowadnia – to dodatkowo właściwie skupia swoją uwagę na elementach związanych z fundamentem, podłogą podniesioną i tym, że budynek nie jest wolnostojący.

W przypadku fundamentów i podłogi podniesionej CDP wraz z Zamawiającym jednoznacznie wyjaśnili, że projekt obejmował te elementy, a podłoga podniesiona stanowi jedynie element wyposażenia jakie obejmował Projekt. Przy czym Izba zaznacza, że Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do Projektu w uzasadnieniu swojego odwołania referując niezmiennie do budynku, który nie był elementem żadnej oceny Zamawiającego. Dodatkowo Izba wskazuje, że Odwołujący wskazując na definicję Data Center tworzy w odwołaniu uzasadnienie dotyczące „budynek wolnostojącego”, niemniej co należy dostrzec w definicji

powoływanej przez Odwołującego brak jest odniesienia do budynku wolnostojącego. Sam fakt podania takiego sformułowania w wyjaśnieniach przez CPD powinno zostać odniesione do Projektu, jednakże nie uczynił tego wykonawca Odwołujący poprzestając na argumentacji dotyczącej „budyńku wolnostojącego”. Izba zaznacza również, że w odwołaniu nie zwarto jakiegokolwiek argumentacji dotyczącej przyłączy – w tym zakresie argumentacja podnoszona na rozprawie nie może być prana pod uwagę ponieważ jest już spóźniona. Niemniej z przedstawionego Projektu i referencji wynikało, że przyłącza były zaprojektowane.

Odwołujący nie wykazał, że w projekcie budynku Data Center 3S BOX ul. Annopol 3 wykorzystane zostały jakiegokolwiek elementy hali tj. istniejącego budynku. Odwołujący nie wykazał również kumulatywnego zaistnienia przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, które byłyby niezbędne do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielnie zamówienia na tej podstawie. Izba uznała zarzut za niezasadny.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy – Izba uznała zarzut za niezasadny.

(1) W zakresie Zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów CDP.

W odniesieniu do tego zarzutu w ocenie Izby w uzasadnieniu odwołania brak jest jakiegokolwiek argumentacji faktycznej. W odwołaniu w zasadzie jest odniesienie jednym zdaniem do definicji Data Center i zasadności twierdzeń Odwołującego, przy czym Odwołujący nie podał jakich twierdzeń, bowiem wskazanie „w świetle powyższego” w żaden sposób nie precyzuje, co oznacza to powyższe i do czego faktycznie odnosił się Odwołujący. Izba nie może poszukiwać za Odwołującego argumentacji na potwierdzenie jego zarzutów, to obowiązkiem składającego odwołanie jest jednoznaczne wyartykułowanie uzasadnienia faktycznego podnoszonych zarzutów. Jedynie na marginesie Izba podaje, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy nie potwierdził się, tym samym jeżeli wskazanym przez Odwołującego „powyższym” byłoby uzasadnienie tego zarzutu, to argumentacja ta była niezasadna.

Izba podkreśla, że w ramach środków ochrony prawnej – to w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania – następuje kontrola poprawności działania bądź bezprawnego zaniechania Zamawiającego pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zakres rozstrzygnięcia, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania oraz

kwestionowana w nim czynność i przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, 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 przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum) i nie ogranicza się jedynie do podania podstawy prawnej oraz wskazania stanu faktycznego, a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji będącej uzasadnieniem stanowiska Odwołującego. 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 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 przypisanych Zamawiającemu. Orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”* Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: *„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 niezwartych w odwołaniu..” Zauważyć należy, że zgodnie z orzeczeniami Sadu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia, w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 24 marca 2014 roku, sygn. akt III CSK 156/14 czytamy: Oznacza to, że nawet wskazanie jej przez powoda nie jest wiążące dla sądu, który w ramach dokonywanej subsumcji jest zobowiązany do oceny roszczenia w aspekcie wszystkich przepisów prawnych, które powinny być zastosowane jako mające oparcie w ustalonych faktach (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 1947 r., C III 137/47, OSNC 1948, nr 1, poz. 20, z dnia 2 maja 1957 r., II CR 305/57, OSNC 1958, nr 3, poz. 72; wyrok z dnia 15 września 2004 r., III CK 352/03, niepubl.). Podanie błędnej podstawy prawnej nie może wywołać negatywnych skutków dla powoda. Zwrócono również uwagę w orzecznictwie na to, że wskazanie w pozwie przez profesjonalnego pełnomocnika powoda podstawy prawnej żądania, mimo braku takiego obowiązku, może spowodować ukierunkowanie postępowania, przez pośrednie określenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 1999 r., I CKN 252/98, OSNC 1999, nr 9, poz. 152). Ukierunkowanie to nie może jednak oznaczać formalnego związania sądu podaną podstawą prawną zwłaszcza, gdy okoliczności faktyczne mogą stanowić oparcie dla innej, adekwatnej podstawy prawnej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2002 r., III CKN 182/01, niepubl.). (...) Niedopuszczalne byłoby zasądzenie przez sąd czegokolwiek na podstawie innego stanu faktycznego niż ten, który jest podstawą powództwa. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący.

Przenosząc powyższe twierdzenia na realia rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że brak jest argumentacji faktycznej w uzasadnieniu odwołania w odniesieniu do wskazanego braku wykazania przez uczestnika wymaganego w ramach warunku udziału w postępowaniu doświadczenia w zakresie realizacji usługi wykonania dokumentacji projektowej DC (Rozdział VI pkt 2.1 lit a) oraz doświadczenia Projektanta branży instalacyjnej (elektrycznej) (Rozdział VI pkt 2.1 lit. b ppkt 3 lit a). Sam fakt powtarzania stanu

faktycznego w uzasadnieniu dowołania w żaden sposób nie stanowi uzasadnienia podnoszonych naruszeń.

Tym samym w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy, Izba uznała zarzut za niezasadny.

(2) Zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów Arch-Deco

W zakresie tego zarzutu Izba dostrzegła, że Odwołujący w ogóle pominął fakt, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie art. 24 aa ustawy tzw. „procedury odwróconej”. W żaden sposób nie odniósł się do tych okoliczności postępowania o udzielnie zamówienia publicznego.

W Rozdziale XVII SWIZ - Kryteria oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej Zamawiający w sposób jednoznaczny w pkt 2 wskazał, że *Zgodnie z art. 24aa ust. 1 ustawy, Zamawiający może najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.*

Oferta Arch-Deco nie była najkorzystniejsza i Zamawiający nie badał spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez tych wykonawców.

Tym samym w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy, Izba uznała zarzut za niezasadny.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: