

Sygn. akt: KIO 1448/21

WYROK

z dnia 24 czerwca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Danuta Dziubińska**

Protokolant: **Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 czerwca 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 maja 2021 r. przez wykonawcę **Megatel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa** z siedzibą w Krakowie, ul. Balicka 75, 30-149 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez **Akademickie Centrum Komputerowe Cyfronet Akademii Górniczo-Hutniczej**, ul. Nawojki 11, 30-950 Kraków

przy udziale wykonawcy **Format Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie, ul. Czereśniowa 130, 02-456 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża **Megatel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa** z siedzibą w Krakowie, i:
 - zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Akademickie Centrum Komputerowe Cyfronet Akademii Górniczo-Hutniczej (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa PZP”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawa specjalizowanego klastra obliczeniowego wraz z niezbędnym wyposażeniem dodatkowym”, numer referencyjny: ACK-DA-ZP-5000-3/20. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 31 grudnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr2020/S 255-640098.

Zamawiający 7 maja 2021 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Format Sp. z o.o. (dalej: „Format”). W terminie ustawowym wykonawca Megatel sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie od czynności oraz zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Format oraz odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP wobec niespełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej, co stanowiło naruszenie art. 7 ust 1 i 3, art. 24 ust 1 pkt 12, art. 24 ust 4 oraz art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy PZP;
- 2) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Format oraz odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP wobec faktu, iż wykonawca, w wyniku zamierzonego działania, składając nierzetelne dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunku w postępowaniu wprowadził Zamawiającego w błąd, co w konsekwencji mogło mieć istotny wpływ na decyzję podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, co stanowiło naruszenie art 7 ust 1 i 3, art. 24 ust 1 pkt 16, art. 24 ust 4, art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy PZP;

alternatywnie

- 3) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Format oraz odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy PZP wobec faktu, iż wykonawca, w wyniku lekkomyślności lub rażącego niedbalstwa, składając nierzetelne dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunku w postępowaniu wprowadził

Zamawiającego w błąd, co w konsekwencji mogło mieć istotny wpływ na decyzję podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, co stanowiło naruszenie art. 7 ust 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 17, art. 24 ust 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP

- 4) na wyborze oferty wykonawcy Format jako najkorzystniejszej, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy PZP.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o:

- 1) nakazanie unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Format,
- 2) nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert w Postępowaniu,
- 3) nakazanie wykluczenia wykonawcy Format z postępowania i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą,
- 4) nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy Format, jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania,
- 5) dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

- 1) dokumentów wskazanych w treści odwołania na potwierdzenie okoliczności tam wskazanych;
- 2) przesłuchania świadka, w osobie A. P., kierownika Zakładu Technologii Informatycznych Narodowego Centrum Badań Jądrowych w Świerku, celem zbadania okoliczności sporządzenia projektu i podpisania referencji stanowiącej załącznik do Wykazu wykonanych dostaw z dnia 9 marca 2021 roku przedłożonego przez wykonawcę Format.

Uzasadniając zarzut zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Format wobec niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący przytoczył treść postanowień SIWZ w zakresie wymaganego doświadczenia i wskazał, że Zamawiający konstruując wymóg dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie akceptował sytuacji, w której którykolwiek z wykonawców będzie powoływał się na realizację wielu dostaw z których łącznie osiągnął oczekiwaną przez Zamawiającego moc obliczeniową. Nadto, celem wykluczenia ewentualnych możliwości interpretacyjnych w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, Odwołujący podniósł, iż sama konstrukcja semantyczna warunku udziału w postępowaniu determinuje przekonanie, iż Zamawiający oczekiwał, iż spełnienie warunku zostanie wykazane poprzez udowodnienie zrealizowanej należycie pojedynczej dostawy odpowiadającej przedmiotowi zamówienia. W tym celu posłużył się zwrotem: „co

najmniej jedno zamówienie o podobnym charakterze tj. obejmujące dostawę klastra obliczeniowego", gdzie użył rzeczownika dostawa w bierniku liczby pojedynczej tj. „dostawę”. Tak użyta przez Zamawiającego konstrukcja językowa warunku udziału w postępowaniu jednoznacznie implikuje wniosek, iż Zamawiający celem wykazania spełnienia udziału w postępowaniu oczekiwał udowodnienia pojedynczej/jednorazowej dostawy klastra obliczeniowego o określonej mocy obliczeniowej. Na wezwanie Zamawiającego wykonawca Format przedłożył Wykaz wykonanych dostaw (dalej również: „Wykaz dostaw”), w którym oświadczył, iż w grudniu 2015 roku dostarczył na rzecz Narodowego Centrum Badań Jądrowych „klaster obliczeniowy o teoretycznej mocy obliczeniowej 544 TFLOPS, połączony siecią Infiniband” oraz dokument zatytułowany „Referencje” wystawiony przez Kierownika Zakładu Technologii Informatycznych Narodowego Centrum Badań Jądrowych (dalej: NCBJ) z siedzibą w Świerku, w którym potwierdzono, iż w ramach realizacji projektu pn.: „Centrum Informatyczne w Świerku: infrastruktura i usługi dla energetyki” w grudniu 2015 roku Format zrealizował na rzecz NCBJ dostawę klastra obliczeniowego o teoretycznej mocy obliczeniowej 544 TFLOPS, połączonego siecią Infiniband.

W ocenie Odwołującego przytoczone powyżej oświadczenia wykonawcy Format oraz NCBJ nie dają podstawy do uznania, iż wykonawca udowodnił, iż spełnia postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Stwierdził, że w wyniku kwerendy postępowań, o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonych przez NCBJ powziął informację, że w 2015 roku NCBJ prowadził trzy postępowania o udzielenia zamówienia publicznego, których przedmiotem były dostawy lub rozbudowa klastrów. Jedna dostawa dotyczyła klastra do przechowywania danych (inny rodzaj klastra niż obliczeniowy, który był wymagany specyfikacją postępowania) oraz dwie dostawy klastrów obliczeniowych o charakterystyce określonej w postępowaniu. W postępowaniach o sygnaturze ZP/33/2015 pn.: „Rozbudowa klastra obliczeniowego HPC chłodzonego bezpośrednio cieczą” oraz ZP/54/2015 pn.: „Dostawa systemów komputerowych HPC (high performance computing) o sumarycznej mocy obliczeniowej 94TFLOPS wraz z instalacją rozbudową i uruchomieniem infrastruktury technicznej dla tych systemów”. Zamówienia zostały każdorazowo udzielone wykonawcy Format. Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż 16 kwietnia 2021 roku, uzyskał, w wykonaniu jego wniosku o udzielenie informacji publicznej, od NCBJ protokoły odbioru przedmiotu umów zawartych odpowiednio w wyniku postępowania ZP/33/2015 oraz ZP/54/2015. Z ich lektury wynika, iż wykonawca Format w 2015 roku zrealizował na rzecz NCBJ dwie niezależne dostawy polegające na budowie/dostawie klastrów obliczeniowych między którymi nie zachodził związek funkcjonalny oraz techniczny, powodujący osiągnięcie wymaganego specyfikacją warunku w zakresie doświadczenia przy dostawie klastra „co najmniej 500 TFLOPS”. Wskazane postępowania opiewały kolejno na realizację zamówień,

których efektem było dostarczenie Zamawiającemu odpowiednio: klastra o teoretycznej mocy obliczeniowej 450TFLOPS oraz klastra o teoretycznej mocy obliczeniowej 94TFLOPS . Dowodzi to, iż w roku 2015 NCBJ nie prowadziło postępowania oraz nie udzieliło zamówienia na jednorazową budowę/dostawę klastra obliczeniowego o teoretycznej mocy co najmniej 500 TFLOPS, co więcej, z dostępnych Odwołującemu materiałów zamieszczonych na stronie internetowej NCBJ, jak również w zasobach Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej brak jest dokumentów potwierdzających udzielenie kiedykolwiek przez NCBJ zamówienia na dostawę klastra o teoretycznej mocy obliczeniowej klastra co najmniej 500 TFLOPS. Pomimo prowadzenia przez NCBJ wielu postępowań dotyczących budowy, dostawy czy rozbudowy klastrów obliczeniowych nie jest uprawnione wnioskowanie, w wyniku którego poszczególne realizacje wykonane przez Format, choćby na rzecz jednego podmiotu, powodowały zwiększanie jego doświadczenia zawodowego mierzonego w sposób jaki wymagany jest w specyfikacji Zamawiającego. Proste sumowanie wprost poszczególnych wartości teoretycznych mocy obliczeniowych mniejszych klastrów w celu osiągnięcia wymaganego progu nie jest tym poziomem doświadczenia jaki opisany jest w dokumentach zamówienia u Zamawiającego. Ponadto każda realizacja, o której wiedzę posiada Odwołujący, różniła się w zakresie przyjętej architektury klastra, rozwiązań technicznych czy też przeznaczenia. W odniesieniu do postępowań i zamówień realizowanych na rzecz NCBJ zasadnym jest wskazanie, iż: w każdym z tych zadań był użyty inny rodzaj serwerów o różnej technologii chłodzenia - wodą (dla 450 TFlops) lub powietrzem (dla 94 TFlops); dla każdego z zadań Zamawiający prowadził osobne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zatem Zamawiający zakładał możliwość udzielenia zamówienia podmiotowi oferującemu inne rozwiązania sprzętowe; każde z udzielonych zamówień wymagało przeprowadzenia innego testu warunkującego odbiór przedmiotu zamówienia - serwery CPU chłodzone wodą (450 TFlops) miały przekroczyć barierę 70% teoretycznej mocy obliczeniowej na teście obliczeniowym, a serwery GPU chłodzone powietrzem barierę 50% teoretycznej mocy obliczeniowej na teście obliczeniowym; w żadnym z postępowań prowadzonych przez NCBJ nie postawiono wymagania wykonania testu obliczeniowego na całości (450 TFlops + 94TFlops) posiadanej przez NCBJ instalacji w celu sprawdzenia działania pojedynczego, a wręcz przeciwnie test obliczeniowy musiał być wykonany dla każdego zamówieni oddzielnie, osobno 450 TFlops i osobno 94 TFlops. Potwierdza to tezę Odwołującego, iż w okresie wskazanym w Referencji nie istniał klaster o teoretycznej mocy obliczeniowej co najmniej 500 TFLOPS.

Odwołujący podkreślił, iż wszelkie ogólnodostępne materiały, w tym zamieszczone na stronie internetowej NCBJ, dotyczące zamówień udzielanych przez NCBJ, wskazują, iż postępowanie ZP/33/2015 dotyczyło rozbudowy już istniejącego klastra w technologii

chłodzenia wodnego w NCBJ, zaś postępowanie ZP/54/2015 dotyczyło dostawy nowego klastra w technologii chłodzenia powietrznego. W wyniku pierwszego z zamówień NCBJ rozbudował o dodatkowe 450 TFlops teoretycznej mocy obliczeniowej istniejący już klaster, a w efekcie drugiej dostawy został stworzony nowy klaster o teoretycznej mocy obliczeniowej 94 TFlops. Wykazanie, iż w NCBJ istnieją dwa niezależne od siebie klastry, na realizację których de facto powołuje się wykonawca Format w przedłożonym wykazie dostaw, skłania do wniosku, iż wykonawca Format dokonał bezpodstawnego sumowania mocy obliczeniowej w ramach dwóch niepowiązanych ze sobą dostawach.

Odwołujący podniósł, że 22 marca 2021 roku poinformował Zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, wskazując szczegółową argumentację na poparcie swoich tez i wniosków. 26 marca 2021 roku Zamawiający zamieścił na platformie zakupowej prowadzonego postępowania informację o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, jednakże nie uzasadnił faktycznego powodu swoich działań, a jedynie w sposób lakoniczny powołał się na treść normy prawnej wyrażonej w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP. W wyniku działania Zamawiającego polegającego na unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, Odwołujący w dniu 9 oraz 19 kwietnia 2021 roku przekazał Zamawiającemu dodatkowe informację i dokumenty, potwierdzające tezy zawarte w piśmie z dnia 22 marca 2021 roku, które w jego ocenie w sposób jednoznaczny potwierdzają tezę, iż wykonawca Format nie był uprawniony do wykazania się doświadczeniem niezbędnym do wykazania spełnienia warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu. Jednakże, pomimo przekazania Zamawiającemu zastrzeżeń oraz dowodów, Zamawiający w dniu 7 maja 2021 roku dokonał ponownego wyboru oferty wykonawcy Format jako najkorzystniejszej jednocześnie przekazując Odwołującemu odpowiedź na jego pismo z dnia 22 marca 2021 roku, w którym Zamawiający wskazał wyczerpujące uzasadnienie podjętej czynności wyboru.

W ocenie Odwołującego nie sposób się zgodzić z argumentacją zaprezentowaną przez Zamawiającego w piśmie z 7 maja 2021 roku. Zamawiający odnosząc się do poszczególnych zarzutów zawartych w treści pisma z 22 marca 2021 roku, powołuje się na szerokie orzecznictwo dotyczące formułowania oraz następczego badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym m. in. wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 maja 2017 r. sygn. sprawy: C-387/14 w którym wskazano, iż: „artykuł 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art 48 ust 2 lit a) tej dyrektywy (Dz. Urz. UE.L z 2004 r., nr 134), oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art 2 tej dyrektywy; należy interpretować w ten sposób, że dopuszcza on, by wykonawca wykazywał swoje doświadczenie, powołując się łącznie na dwie lub większą liczbę umów jako jedno zamówienie, chyba że instytucja zamawiająca wykluczyła taką możliwość na podstawie wymogów związanych z przedmiotem

i celami danego zamówienia publicznego oraz proporcjonalnych względem nich." Jednakże, w ocenie Odwołującego, Zamawiający błędnie interpretuje, treść przytoczonego orzeczenia Trybunału, które stanowi wiążącą wykładnię przepisów prawa wspólnotowego nie zaś normę prawną sensu stricto, co wymaga dokonania każdorazowej wykładni w odniesieniu w konkretnego stanu faktycznego, jaki w przedmiotowej sprawie nie zaistniał. Odwołujący przytoczył treść uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lipca 2011 roku, sygn. akt KIO 1468/11: Podzielono w powyższym zakresie argumentację zawartą w odwołaniu I. sp. z o.o. w W. . Bezspornym jest, że przedmiotowe zadanie (zadania), o wartości 1.005.029.92 PLN netto wykonano na podstawie więcej niż jednej umowy. Jak wskazano wyżej, dopuszczalne byłoby potraktowanie kilku umów jako stanowiących jedno „zamówienie” o którym mowa w warunku; jeśli pozostają one w takim związku funkcjonalnym i takiej zbieżności czasowej; że razem wzięte mogą być traktowane jako „wdrożenie systemu teleinformatycznego”. W tym kontekście uznano za dopuszczalne wylegitymowanie się więcej niż jedną umową na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jeśli czynności wynikające z tych umów, rozpatrywane łącznie dają rezultat w postaci wdrożenia odpowiedniego systemu.

W ocenie Odwołującego przytoczone powyżej orzecznictwo, zarówno Trybunału, jak i Krajowej Izby Odwoławczej konstatuje uprawnienie wykonawcy do posługiwania się „sumowanym” doświadczeniem w przypadku wykazania osiągnięcia „jednego” „łącznego” rezultatu wykonywanych realizacji, przy jednoczesnym wskazaniu, iż wątpliwości w zakresie sumowania doświadczenia, należy każdorazowo konfrontować z treścią SIWZ.

Odwołujący podkreślił, iż wyartykułowany przez Zamawiającego warunek udziału obowiązujący w postępowaniu nie nastroczał jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych, o czym świadczy m. in. fakt, iż w toku postępowania żaden z potencjalnych wykonawców nie kwestionował jego brzmienia w zakresie wykraczającym poza okres w jakim należy wykazać zdobyte doświadczenie. W ocenie Odwołującego, poinformowanie Zamawiającego, o tak daleko idących wątpliwościach co do zakresu doświadczenia wskazanego w wykazie dostaw oraz referencji winno wzbudzić u Zamawiającego wątpliwości co do rzetelności i prawdziwości przedłożonych dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. W reżimie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych na Zamawiającego został nałożony bowiem szczególny, bezwzględnie obowiązujący nakaz badania prawdziwości składanych przez wykonawców twierdzeń, oświadczeń i dokumentów.

W związku z powyższym w ocenie Odwołującego w wyniku wykazanych powyżej zaniedbań Zamawiającego w zakresie zbadania prawdziwości i rzetelności przedłożonych

oświadczeń wykonawcy Format doszło do sytuacji, w której oferta która powinna być przez Zamawiającego odrzucona wobec wykluczenia wykonawcy Format z postępowania została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu.

Następnie uzasadniając zarzuty nr 2 i 3 dotyczące zaniechania wykluczenia wykonawcy Format z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd, Odwołujący wskazał, że zachodzą poważne wątpliwości co do rzetelności złożonych przez wykonawcę Format oświadczeń dotyczących spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego przekazany Zamawiającemu przez wykonawcę Format Wykaz wykonanych dostaw nie znajduje odzwierciedlenia w faktach i dowodach, co wynika z przedstawionych wyżej dowodów potwierdzających, iż NCBJ nie realizowało w 2015 roku zamówienia na dostawę klastra obliczeniowego o mocy obliczeniowej 544 TFLOPS, zaś kilka zamówień, z czego dwóch udzielono wykonawcy Format odpowiednio na maksymalnie 450 TFLOPS (z uwzględnieniem prawa opcji) oraz na 94 TFLOPS. Wykonawca Format w sposób nieuprawniony dokonał sumowania dostarczonej przez siebie mocy obliczeniowej, czym faktycznie wprowadził Zamawiającego w błąd, co do spełnienia przez siebie postawionego warunku udziału w postępowaniu. Nawet, jeżeli uznać, iż wykonawca Format był uprawniony do dokonania sumowania własnego doświadczenia, celem wykazania spełnienia warunku w postępowaniu - co Odwołujący na bazie treści SIWZ kategorycznie kwestionuje - koniecznym było przedstawienie rzetelnego, odpowiadającego stanowi faktycznemu Wykazu wykonanych dostaw. Tymczasem wykonawca Format, mający świadomość, iż w 2015 roku nie wykonał jednej dostawy klastra obliczeniowego o teoretycznej mocy obliczeniowej co najmniej 500 TFLOPS, na rzecz NCBJ, wprowadził do treści wykazu, w pozycji przedmiot zamówienia sformułowanie „Dostawa klastra obliczeniowego o teoretycznej mocy obliczeniowej 544 TFLOPS, połączonego siecią Infiniband”, podczas gdy taki klaster w rzeczywistości nie powstał. W ocenie Odwołującego, poza oczywistym faktem, iż wykonawca Format przedstawił Zamawiającemu dokument nierzetelny, wskazujący nieprawdziwe informacje, tak skonstruowany przez tego wykonawcę wykaz wykonanych dostaw, prowadzi do wniosku, iż wykonawca ten był świadomy, iż Zamawiający poprzez sposób w jaki opisał warunek udziału w postępowaniu nie dopuszczał sumowania dostaw klastrów obliczeniowych. W przypadku, w którym Format miałby przeświadczenie, iż jest uprawniony, w ramach spełnienia warunku udziału w postępowaniu, do sumowania posiadanego doświadczenia, przedłożyłby na potwierdzenie tego faktu Wykaz wykonanych dostaw, w którym zawarłby w osobnych pozycjach faktycznie wykonane przez siebie realizacje tj. odpowiednio klaster obliczeniowy o teoretycznej mocy obliczeniowej 94 TFLOPS oraz klaster obliczeniowy o teoretycznej mocy obliczeniowej 450 TFLOPS wraz z podaniem dat wykonania tych dostaw zgodnych z protokołami odbioru, a nie nieistniejący

klaster o mocy 544 TFLOPS. Powyższe jak również fakt, iż wykonawca Format jest profesjonalnym uczestnikiem obrotu, wyspecjalizowanym w realizacji tożsamyh lub podobnych zamówień, w ocenie Odwołującego prowadzi do wniosku, iż działanie wykonawcy Format miało charakter zamierzonego działania, którego celem było wprowadzenie Zamawiającego w błąd dla uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego pomimo pełnej świadomości braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego wykonawca Format musiał być w pełni świadomy tego, iż nigdy w okresie swojej działalności nie zrealizował na rzecz NCBJ jednostkowego zamówienia polegającego na dostawie klastra obliczeniowego o mocy obliczeniowej co najmniej 500 TFLOPS. Przeciwnie twierdzenia wykonawcy Format nie mogą zostać zweryfikowane pozytywnie w zderzeniu z podstawowymi zasadami logiki oraz odnoszącymi się zasad prawidłowego prowadzenia działalności gospodarczej, co wprost determinuje twierdzenie, iż informacje przedłożone Zamawiającemu, a wprowadzając go w błąd niewątpliwie miały charakter istotny, gdyż wpłynęły one na decyzję Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty. Odwołujący powołując się na orzecznictwo Izby i doktrynę wskazał m.in., że wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy PZP nie wymaga uprzedniego wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP, do przedłożenia brakujących dokumentów. Oświadczenia składane przez wykonawców biorących udział w postępowaniu, w sytuacji prowadzenia postępowania z zastosowaniem art. 24aa ustawy PZP mają niezwykle krytyczne znaczenie dla losów całego postępowania i powinny być przez zamawiającego szczegółowo badane, każdy zaś przypadek złożenia niezgodnego z prawdą oświadczenia powinien skutkować sankcją w postaci wykluczenia z postępowania. Podanie nieprawdziwej informacji mogącej mieć wpływ na wynik postępowania ma bez wątpienia wpływ na decyzje Zamawiającego, zatem wykonawca Format powinien ponieść stosowne konsekwencje przewidziane w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy PZP.

Dodatkowo Odwołujący wskazał na zbieżność rodzajową pomiędzy dokumentem nierzetelnym a dokumentem wprowadzającym w błąd, co implikuje konieczność każdorazowego wykluczenia wykonawcy z postępowania w przypadku stwierdzenia, iż przedłożony mu dokument nosi charakter dokumentu nierzetelnego. Quasi definicje dokumentu nierzetelnego zawarto m. in. w treści wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 15 czerwca 2018 roku, sygn. akt II AKa 73/18: Dokument nierzetelny w rozumieniu art. 297 § 1 KK jest dokumentem autentycznym (o ile jest wydany przez uprawnionego i w odpowiedniej formie), w którym pominięto niektóre dane lub w którym zostały zawarte informacje sugerujące stan inny niż istniejący w rzeczywistości. Z uwagi na przedmiot ochrony czynu określonego w art. 297 § 1 Kodeksu karnego, w ocenie Odwołującego,

uprawnione jest posłużenie się przedmiotową definicją w każdej fazie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odnosząc się do powyższej definicji, Odwołujący zauważył, iż Wykaz wykonanych dostaw złożony w postępowaniu przez wykonawcę Format, jest dokumentem autentycznym (został wydany przez osobę uprawnioną w odpowiedniej formie), w którym zostały zawarte informacje (nieistniejący przedmiot zamówienia) wskazujące na stan faktyczny inny niż występujący w rzeczywistości.

W przypadku nieuznania przez Izbę zarzutu umyślnego wprowadzenia Zamawiającego w błąd, Odwołujący wskazał, iż w takim przypadku należy uznać, iż wykonawca Format, składając Zamawiającemu nierzetelny dokument, jakim jest wskazany wyżej Wykaz dostaw, dopuścił się lekkomyślności lub rażącego niedbalstwa, które w ocenie odwołującego mogły mieć wpływ na czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca Format jest profesjonalistą, aktywnie działającym na rynku klastrów obliczeniowych od wielu lat oraz często ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego, co powoduje, że wobec tego wykonawcy należy stosować wyższy miernik staranności, wynikający z zawodowego charakteru jego działalności. Złożony przez wykonawcę Format wykaz dostaw i referencje stanowią dowód rażącego naruszenia standardu wymaganej staranności wymaganej od podmiotu działającego na rynku w sposób profesjonalny. Powołując się na orzecznictwo Izby Odwołujący podał, że przedstawienie nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania, niezależnie od przyczyn złożenia takiego oświadczenia, czy to wynikających z celowego działania, czy też lekkomyślności, ma wpływ na decyzje Zamawiającego, zatem wykonawca Format winien ponieść stosowne konsekwencje przewidziane w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia wykonawcy Format z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy PZP. Wszelkie wskazane w treści odwołania okoliczności stanu faktycznego potwierdzają, bowiem, że Format złożył w postępowaniu oświadczenie niezgodne z prawdą, które bezpośrednio wpłynęło na decyzje Zamawiającego, tj. wybór oferty wykonawcy Format, jako najkorzystniejszej, który stoi w sprzeczności z przepisami ustawy PZP, bowiem jako najkorzystniejsza zostałaby wybrana oferta wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, którego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą.

W uzasadnieniu ostatniego z zarzutów, Odwołujący podał, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej, oferty, podczas gdy oferta wybrana podlega odrzuceniu w związku z wykluczeniem wykonawcy Format, z uwagi na niespełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu oraz wprowadzeniu Zamawiającego w błąd, co Odwołujący wykazał w uzasadnieniu

odwołania. Wobec powyższego Odwołujący uznaje, iż wybór oferty wykonawcy Format należy uznać za nieuprawniony i dokonany z naruszeniem przepisów ustawy PZP.

Do odwołania zostały załączone przywołane w jego treści dowody, tj.: wydruk Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr 2015/S 190-344191, wydruk Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr 2015/S 213-388594, Protokół odbioru towaru z dnia 14 grudnia 2015 — dotyczący odbioru przedmiotu umowy 87/ZP/2015, zawartej w wyniku realizacji postępowania ZP/54/2015, Protokół odbioru towaru z dnia 8 grudnia 2015 roku - dotyczący odbioru przedmiotu umowy 75/ZP/2015 (zamówienie podstawowe), zawartej w wyniku realizacji postępowania ZP/33/2015, Protokół odbioru towaru z dnia 8 grudnia 2015 roku - dotyczący odbioru przedmiotu umowy 75/ZP/2015 (zamówienie objęte prawem opcji), zawartej w wyniku realizacji postępowania ZP/33/2015, Specyfikacja techniczna przedmiotu zamówienia w postępowaniu ZP/33/2015 prowadzonym przez Narodowe Centrum Badań Jądrowych w Świerku, Specyfikacja techniczna przedmiotu zamówienia w postępowaniu ZP/54/2015 prowadzonym przez Narodowe Centrum Badań Jądrowych w Świerku.

Pismem z 18 czerwca 2021 r. Zamawiający przedstawił pisemne stanowisko w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz o przeprowadzenie dowodów z dokumentów: Referencji wystawionych przez Narodowe Centrum Badań Jądrowych, Wyjaśnień złożonych przez Narodowe Centrum Badań Jądrowych w drodze korespondencji e-mail, Notatki służbowej z rozmów telefonicznych z przedstawicielem NCBJ, Wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Format Spółka z o.o. z dnia 31 marca 2021 r., na okoliczności wskazane w odpowiedzi na odwołanie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska odnośnie zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Format wobec niespełnienia, zdaniem Odwołującego, warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, określonego w rozdziale V pkt 2 SIWZ, Zamawiający podał m.in., że użyte w treści warunku udziału w postępowaniu sformułowanie „jedno zamówienie”, bez względu na dokonaną przez Odwołującego jego własną interpretację gramatyczną, zostało już na gruncie prawa zamówień publicznych zinterpretowane, a interpretacja ta nie budzi na dzień dzisiejszy żadnych wątpliwości. W przypadku tak skonstruowanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu „jedno zamówienie” nie może być rozumiane wyłącznie jako „jedna umowa”, o ile zastrzeżenie takie nie zostanie wprowadzone do treści SIWZ. Stanowisko takie zostało w sposób jednoznaczny wyrażone w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14: „artykuł 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy (Dz. Urz. UE.L z 2004 r., nr 134), oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że dopuszcza on, by wykonawca wykazywał swoje doświadczenie, powołując się łącznie na dwie lub większą

liczbę umów jako jedno zamówienie, chyba że instytucja zamawiająca wykluczyła taką możliwość na podstawie wymogów związanych z przedmiotem i celami danego zamówienia publicznego oraz proporcjonalnych względem nich.”. Dokonana przez Trybunał Sprawiedliwości wykładnia znajduje swoje odzwierciedlenie w bogatej i jednolitej w tym zakresie linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, i tak w wyroku KIO z dnia 27.01.2021, sygn. akt KIO 3533/20 Izba wskazuje: „W niniejszym przypadku, jak wynika z postanowienia odsyłającego, wprawdzie instytucja zamawiająca nie przewidziała wyraźnie w dokumentacji przetargowej możliwości powołania się przez oferenta na dwie lub większą liczbę umów jako na jedno zamówienie, niemniej możliwości tej również wyraźnie nie wykluczono ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tych okolicznościach nie można z góry wykluczyć, że doświadczenie niezbędne do wykonania danego zamówienia, zdobyte przez wykonawcę nie przy jednym, lecz przy dwóch różnych zamówieniach lub większej ich liczbie, może zostać uznane przez instytucję zamawiającą za wystarczające i umożliwić temu wykonawcy wygranę rozpatrywanego przetargu”. Przywołane stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zostało wyrażone również w innych wyrokach m.in. KIO 1468/11, 1473/11, KIO 2325/13, KIO 231/13, KIO 21/18, KIO 2352/19. Wobec braku stosownego zastrzeżenia w treści SIWZ, interpretowanie wymogu realizacji jednego zamówienia jako „jednej umowy” stanowiłoby niedopuszczalną na gruncie obowiązujących przepisów ustawy PZP zmianę warunków udziału w postępowaniu realizowaną przez Zamawiającego na etapie oceny ofert. Tym samym należy przyjąć, że wykonawca Format był uprawniony i mógł wykazać wymagane przez Zamawiającego doświadczenie opierając się na dwóch umowach. Kluczowym w tej sytuacji, dla oceny spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, była ocena stopnia i zakresu powiązania pomiędzy umowami dla ustalenia czy poprzez ich realizację Wykonawca faktycznie nabył wymaganego doświadczenia. Wykazana przez Wykonawcę dostawa klastra obliczeniowego, choć realizowana w drodze dwóch odrębnych umów, odbyła się w szczególnych okolicznościach tj. obie umowy zostały zrealizowane na rzecz tego samego Zamawiającego, Narodowego Centrum Badań Jądrowych, w tym samym czasie (październik - grudzień 2015 r.), a ich przedmiotem były serwery obliczeniowe służące do budowy klastra. Dostarczone w ramach obu umów serwery zostały zainstalowane w jednej lokalizacji tj. w serwerowni Narodowego Centrum Badań Jądrowych i stanowiły rozbudowę jego infrastruktury. Serwery połączone zostały przez Wykonawcę przy wykorzystaniu sieci Infiniband osiągając łącznie teoretyczną moc obliczeniową 544 TFLOPS. Tożsamość podmiotowa, przedmiotowa i czasowa, z którą mamy do czynienia w analizowanym stanie faktycznym sprawia, iż wypełnione zostały wszystkie podnoszone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przesłanki wskazujące na konieczność uznania, że realizacja obu umów

była na tyle ze sobą powiązana, iż należy je traktować jako realizację zamówienia odpowiadającą postawionemu w SIWZ warunkowi.

Oceniając spełnienie przez wykonawcę Format warunku w zakresie doświadczenia oraz analizując powiązania pomiędzy umowami, należy również zauważyć, iż Zamawiający nie zdefiniował na potrzeby oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu pojęcia „klastra obliczeniowego”, nie doprecyzował również wymaganych cech tego klastra. Taki sposób skonstruowania przedmiotowego warunku uwarunkowany był z jednej strony faktem, iż dostawy dużych klastrów obliczeniowych bez względu na ich rodzaj i specyfikę realizowane są stosunkowo rzadko i każde dodatkowe doprecyzowanie i zawężenie warunku udziału w postępowaniu mogłoby doprowadzić do niebezpiecznego dla Zamawiającego ograniczenia konkurencji, z drugiej strony Zamawiający oceniając zakres i rodzaj dostawy będącej przedmiotem postępowania uznał, iż doświadczenie w dostawie każdego klastra, bez względu na jego specyfikę, o określonej wielkości wyrażonej jego wydajnością i połączonego siecią Infiniband będzie doświadczeniem w tym przypadku wystarczającym. Wobec powyższego pojęcia „klastra obliczeniowego” nie należy interpretować inaczej, niż zgodnie z jego powszechnie przyjętym w branży IT rozumieniem jako zestawu serwerów połączonych ze sobą szybką siecią komunikacyjną, takie też było założenie Zamawiającego, kierującego postępowanie do Wykonawców będących specjalistami w tej branży.

Tym samym dostawa klastra obliczeniowego zrealizowana przez wykonawcę Format, choć obejmowała różne rodzaje serwerów, co podnosi Odwołujący, stanowiła w ocenie Zamawiającego dostawę klastra w przyjętym w postępowaniu rozumieniu i spełniała warunki określone w SIWZ. Tożsamość czasowa realizacji obu umów tj. październik - grudzień 2015 r. również nie budzi wątpliwości, szczególnie, gdy uwzględni się fakt, iż dostawy dużych klastrów obliczeniowych, nawet realizowane w ramach jednej umowy, odbywają się najczęściej sukcesywnie i etapami, a procedury odbiorowe są czasochłonne i długotrwałe.

Zamawiający podkreślił, iż niezależnie od dokonanej analizy powiązania pomiędzy wskazanymi przez Wykonawcę umowami, zgodnie z treścią dołączonych do Wykazu dostaw referencji wystawionych przez Narodowe Centrum Badań Jądrowych, zamówienie wskazane w wykazie przez Wykonawcę, choć zrealizowane poprzez trzy kolejne dostawy, w ramach dwóch umów, doprowadziło do rezultatu, którym była dostawa klastra obliczeniowego o teoretycznej mocy obliczeniowej 544 TFLOPS, połączonego siecią Infiniband i tym samym stanowiło zamówienie potwierdzające spełnienie przez wykonawcę Format określonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. Fakt ten został potwierdzony przez Zamawiającego również w drodze wyjaśnień prowadzonych z Narodowym Centrum Badań Jądrowych drogą e-mailową oraz w drodze rozmów telefonicznych. Zgodnie z udzielonymi przez NCBJ wyjaśnieniami realizacja obu umów zaowocowała zbudowaniem

jednego logicznego klastra obliczeniowego o mocy obliczeniowej 544 TFLOPS, połączonego siecią Infiniband. Według informacji udzielonych przez przedstawiciela NCBJ dr. A. P., Kierownika Zakładu Technologii Informatycznych NCBJ, wszystkie dostarczone elementy klastra obliczeniowego pracują jako jedna maszyna w ramach jednego środowiska, a wykonawca Format dokonał dostawy i instalacji wszystkich elementów dostaw w tym samym czasie. Zamawiający nie jest podmiotem uprawnionym do kwestionowania treści referencji wystawionych przez Narodowe Centrum Badań Jądrowych oraz weryfikowania i kwestionowania infrastruktury informatycznej NCBJ. Trudno przyjąć, że ktokolwiek posiada większą wiedzę na temat tej infrastruktury, niż sama instytucja, która swą wiedzę na ten temat zawarła w referencjach i złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach.

Z ostrożności procesowej Zamawiający wskazał, iż nawet gdyby przyjąć, że warunek określony w SIWZ mógł budzić wątpliwości interpretacyjne, to Zamawiający zmuszony był dokonać oceny spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu przez pryzmat poglądu wyrażonego przez Krajową Izbę Odwoławczą m.in. w wyroku z dnia 17 maja 2012 r. sygnatura akt KIO 894/12: „O ile interpretacja SIWZ przy użyciu reguł gramatycznych, znaczeniowych i logicznych pozwala na ustalenie, iż ze spornego postanowienia można wyprowadzić kilka poprawnych, zgodnych z przepisami i właściwymi normami rozwiązań, to takie postanowienie SIWZ musi być wykładane na korzyść wykonawców, którzy działali w zaufaniu do zamawiającego.”

Odnosząc się do kolejnych zarzutów tj. dotyczących zaniechanie wykluczenia wykonawcy Format z postępowania z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd, Zamawiający podkreślił, że rozważania Odwołującego w tym zakresie dokonane zostały w oderwaniu od konkretnego stanu faktycznego będącego przedmiotem odwołania i nie uwzględniają kluczowych okoliczności mających wpływ na ocenę złożonego przez Wykonawcę dokumentu pn. Wykaz dostaw. Przyjmując, zgodnie z przedstawionym stanowiskiem, iż Wykonawca uprawniony był do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jako jednego zamówienia, doświadczenia będącego wynikiem realizacji dwóch lub większej ilości umów, należy przyjąć, co jest logicznym następstwem tego założenia, iż był uprawniony do jego przedstawienia w dokumencie pn. Wykaz dostaw w taki sam sposób tj. m.in. poprzez zsumowanie parametrów i wartości umów składających się na wskazane zamówienie. Sposób, w jaki wykonawca Format przedstawił spełnienie warunku udziału w postępowaniu, nie może być oceniany jako działanie zmierzające do wprowadzenia Zamawiającego w błąd, jest bowiem jedynie wynikiem odmiennej interpretacji warunku udziału w postępowaniu i sposobu jego spełnienia. Ponadto fakt wystawienia przez Narodowe Centrum Badań Jądrowych referencji wskazujących na realizację przez spółkę Format dostawy klastra obliczeniowego o teoretycznej mocy obliczeniowej 544TFLOPS,

połączonego siecią Infiniband, stanowi dodatkową przesłankę do uznania, że działania wykonawcy Format tj. wskazanie nabytego doświadczenia, jako jedno zamówienie, które spełnia wymagania stawiane przez Zamawiającego w SIWZ były w pełni uprawnione, a Zamawiający nie miał żadnych podstaw do uznania, że Wykonawca wprowadza Zamawiającego w błąd podając nieprawdziwe informacje. Zamawiający podniósł, że analiza stanu faktycznego i prawnego dokonana przez niego w oparciu o przedłożone w postępowaniu dokumenty, w tym wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Format oraz wyjaśnienia złożone przez Narodowe Centrum Badań Jądrowych, a także w oparciu o utrwaloną już linię orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, wskazuje, że decyzja o uznaniu przez Zamawiającego, iż wykonawca Format spełnia warunki udziału w postępowaniu nie została dokonana z naruszeniem przepisów, a Zamawiający nie ma podstaw do wykluczenia tego Wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Do pisma zostały załączone: referencje wystawione przez Narodowe Centrum Badań Jądrowych (Wykaz wykonanych dostaw Format), kopia wyjaśnień złożonych przez Narodowe Centrum Badań Jądrowych, kopia notatki służbowej z rozmów telefonicznych z przedstawicielem NCBJ, wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę Format Spółka z o.o. z dnia 31 marca 2021 r.

Pismem z 22 czerwca 2021 r. wykonawca Format Sp. z o.o. (dalej: „Przystępujący”), który z zachowaniem wymogów ustawowych zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego stając się jego uczestnikiem wniósł o oddalenie odwołania i przedstawił swoje stanowisko w sprawie.

Na rozprawie Odwołujący i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska. Zamawiający nie stawiał się na rozprawę. W przekazanym do Izby piśmie Zamawiający poinformował, że podtrzymuje swoje pisemnie przedstawione stanowisko.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz ww. dowody załączone do pism stron, a także złożone na rozprawie przez Odwołującego w postaci dokumentów opracowanych, jak też dokumentów których stroną było Narodowe Centrum Badań Jądrowych, tj. dwóch Specyfikacji Technicznych, dwóch protokołów odbioru z 8 i 14 grudnia 2015, umowy nr 87/ZP/2015, umowy nr 75/ZP/2015, korespondencji e-mail z 26 i 30 marca 2021, wydruku internetowego dotyczącego zasobów sprzętowych Centrum Informatycznego Świerk, notatki służbowej sporządzonej przez pracownika Zamawiającego z 14 maja 2021, wezwania wykonawcy Format przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z 26 marca 2021.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka A. P. uznając, iż został powołany dla zwłoki.

Stosownie do art. 531 ustawy NPzp *przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie*. Świadek ten został zgłoszony na okoliczność sporządzenia projektu i podpisania referencji stanowiącej załącznik do Wykazu wykonanych dostaw przedłożonych przez wykonawcę Format. Nie jest sporne, że ww. osoba podpisała przedmiotowe referencje - widnieje na nich jego podpis. Okoliczności stwierdzone w referencji zostały potwierdzone przez ww. osobę w ramach wyjaśnień prowadzonych przez Zamawiającego, na co w aktach postępowania znajdują się dowody. W związku z tym techniczna strona redakcji pisma (opracowanie jego projektu) stanowi okoliczność, która nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), Stosownie bowiem do 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe*. Natomiast do postępowania odwoławczego zastosowanie mają przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej „ustawą NPzp”. Stosownie bowiem do 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1*.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 528 ustawy NPzp.

Uzasadniając interes prawny we wniesieniu odwołania Odwołujący wskazał, że czynności i zaniechania Zamawiającego objęte niniejszym odwołaniem mogą uniemożliwić mu uzyskanie zamówienia, wskutek czego może ponieść realną szkodę, polegającą na zaniechaniu wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej. Podjęte przez Zamawiającego z naruszeniem ustawy PZP czynności oraz jego zaniechania, spowodowały, że oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Gdyby Zamawiający nie naruszył

przepisów ustawy i prawidłowo ocenił spełnienie przez Format warunków udziału w postępowaniu, oferta Odwołującego została wybrana, jako najkorzystniejsza w postępowaniu.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy NPzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania Odwołujący mógłby liczyć na udzielenie zamówienia.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w rozdziale V ust. 2 SIWZ określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w brzmieniu:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej tj. w zakresie doświadczenia.

Warunek Zamawiający oceni jako spełniony jeżeli Wykonawca należycie wykonał, w okresie ostatnich siedmiu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedno zamówienie o podobnym charakterze tj. obejmujące dostawę klastra obliczeniowego o teoretycznej mocy obliczeniowej co najmniej 500 TFLOPS, połączonego siecią Infiniband.”

W rozdziale VI ust. 3 pkt. 3.8 SIWZ Zamawiający wskazał, iż w celu potwierdzenia spełnienia warunków w postępowaniu, na wezwanie Zamawiającego wykonawca będzie zobowiązany do przedstawienia Wykazu wykonanych dostaw wraz z przedstawieniem dowodów na potwierdzenie należytego wykonania dostaw wskazanych w wykazie.

Wykonawca Format w przedłożonym Wykazie wykonanych dostaw podał: Dostawa klastra obliczeniowego o teoretycznej mocy obliczeniowej 544 TFLOPS, połączonego siecią Infiniband” zrealizowana w grudniu 2015 roku na rzecz Narodowego Centrum Badań Jądrowych z siedzibą przy ul. Andrzeja Sołtana 7, 05-400 Otwock. Do wykazu zostały dołączone referencje wystawione przez Narodowe Centrum Badań Jądrowych potwierdzające, że wykonawca Format zrealizował na rzecz NCBJ dostawę klastra obliczeniowego o teoretycznej mocy obliczeniowej 544 TFLOPS, połączonego siecią Infiniband.

Wskazane przez wykonawcę Format w ww. Wykazie zamówienie zostało zrealizowane na rzecz Narodowego Centrum Badań Jądrowych (w treści: „NCBJ”) na podstawie 2 umów tj. umowy nr 75/ZP/2015 z dnia 22.09.2015 r. na rozbudowę posiadanego przez zamawiającego klastra obliczeniowego HPC chłodzonego bezpośrednio cieczą o mocy

obliczeniowej 450 TFLOPS (150 podstawowa TFOPS i 300 TFLOPS w ramach opcji) oraz umowy nr 87/ZP/2015 z dnia 27.10.2015 r. na dostawę systemów komputerowych HPC o sumarycznej mocy obliczeniowej 94 TFLOPS wraz z instalacją, rozbudową i uruchomieniem.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania w granicach których Izba orzeka.

Ad. Zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Format wobec niespełnienia warunku udziału w zakresie doświadczenia

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP: *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.* Art. 24 ust. 4 ustawy PZP stanowi: *Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.*

W sprawie nie jest sporne, że Przystępujący dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wskazał na dostawę klastra obliczeniowego o teoretycznej mocy obliczeniowej przekraczającej minimalną wielkość TFLOPS, określoną w SIWZ połączonego siecią Infiniband. Wskazane przez Przystępującego w Wykazie dostaw zamówienie zostało zrealizowane w grudniu 2015 roku na rzecz NCBJ w ramach dwóch umów, tj. umowy nr 75/ZP/2015 z dnia 22.09.2015 r. na rozbudowę klastra obliczeniowego HPC chłodzonego bezpośrednio cieczą o mocy obliczeniowej 450 TFLOPS (w tym opcja) oraz umowy nr 87/ZP/2015 z dnia 27.10.2015 r. na dostawę systemów komputerowych HPC o sumarycznej mocy obliczeniowej 94 TFLOPS wraz z instalacją, rozbudową i uruchomieniem, które dotyczyły rozbudowy istniejącego w NCBJ klastra obliczeniowego, co wynika m.in. ze Specyfikacji Technicznych złożonych przez Odwołującego.

Zważywszy na treść zarzutów odwołania, w pierwszej kolejności ustalenia wymaga, czy treść określonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu wyklucza powołanie się przez wykonawcę na dostawę zrealizowaną na podstawie dwóch odrębnych umów zawartych w 2015 r. z NCBJ.

Na wstępie wskazania wymaga, iż Skład orzekający Izby podziela stanowisko zaprezentowane w wyżej przedstawionych w odwołaniu i piśmie Zamawiającego orzeczeniach, z których m.in. wynika, że gdy SIWZ tego nie wyklucza, w określonych sytuacjach, w szczególności gdy pozostają one w takim związku m.in. funkcjonalnym i czasowym, który pozwala na potraktowanie ich rezultatu, jako całość, dla potrzeb wykazania się wymaganym doświadczeniem, jest dopuszczalne traktowanie kilku umów jako jedno zamówienie.

Analiza SIWZ wskazuje, że Zamawiający wymagał wykazania się co najmniej jednym zamówieniem obejmującym dostawę klastra obliczeniowego o teoretycznej mocy obliczeniowej co najmniej 500 TFLOPS połączonego siecią Infiniband, jednak nie sprecyzował określenia „zamówienie”, nie podał sposobu jego rozumienia na potrzeby stawianego warunku udziału w postępowaniu, nie wskazał, że chodzi o klaster obliczeniowy zbudowany od podstaw, jak również, że referencyjne zamówienie ma być wykonane w ramach jednej umowy. W związku z tym z SIWZ nie wynika zakaz powołania się na zamówienie zrealizowane na rzecz tego samego odbiorcy w tym samym czasie na podstawie dwóch umów. Zauważenia przy tym wymaga, iż w reżimie zamówień publicznych częstą praktyką jest podział zamówienia na części, w wyniku których zawierane są odrębne umowy.

Zamawiający na potrzeby warunku udziału w postępowaniu nie zdefiniował także określenia „klaster obliczeniowy”, nie wskazał również np. jego systemu chłodzenia. Jak słusznie zauważył Przystępujący SIWZ nie posługuje się dookreśleniem „specjalizowany” klaster obliczeniowy, jak też nie dodaje „wraz z niezbędnym wyposażeniem dodatkowym”, co pozwala na wniosek, że warunek udziału w postępowaniu odnosi się do wymogu wykazania się doświadczeniem w zrealizowaniu szeroko rozumianego zestawu serwerów, który powinien cechować się tym, iż posiada teoretyczną moc obliczeniową co najmniej 500 TFLOPS oraz ma być połączony siecią Infiniband. To, iż przez plaster obliczeniowy należy rozumieć zestaw serwerów Przystępujący wywodzi z treści załącznika nr 1 do SIWZ tj. Opisu Przedmiotu Zamówienia i stwierdza, że jest to zgodne z najczęstszym sposobem rozumienia tego pojęcia na rynku zamówień IT. Takie jest też stanowisko Zamawiającego. Odwołujący nie zaprzeczył takiemu rozumieniu klastra obliczeniowego. Wyraził natomiast opinię, że określanie sposobu rozumienia klastra obliczeniowego jest zbędne. Zdaniem Odwołującego istotne jest jedynie to, że w treści warunku udziału w postępowaniu Zamawiający posługuje się liczbą pojedynczą zarówno dla określenia zamówienia jak i dostawy.

W ocenie Izby stanowiska Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak wyżej wskazano, SIWZ nie zawiera sformułowania, z którego by wynikało, że zamówienie należy utożsamiać wyłączenia z jedną formalnie zawartą umową. Tym samym, skoro obie umowy były realizowane przez Przystępującego w tym samym czasie tj. od października 2015 do grudnia 2015 r., a więc w okresie wskazanym w SIWZ, na rzecz NCBJ, a więc tego samego podmiotu, nadto ich przedmiot dotyczy zestawu serwerów zlokalizowanego w pomieszczeniu w tej samej serwerowni w budynku NCBJ, połączonych przez Przystępującego siecią Infiniband z klastrem obliczeniowym znajdującym się już w NCBJ, co umożliwiło przez nie osiągnięcie teoretycznej mocy obliczeniowej 544 TFLOPS, to należy przyjąć, że mimo zawarcia odrębnych umów, zważywszy na specyfikę przedmiotu zamówienia, chodziło o jedno

zamówienie podzielone formalnie na części. Z informacji przedstawionych przez Przystępującego w pisemnym stanowisku w sprawie, którym Odwołujący nie zaprzeczył, wynika, że obie ww. umowy były realizowane w ramach tego samego projektu unijnego pn. „Centrum Informatyczne w Świerku: infrastruktura i usługi dla energetyki”, a NCBJ od samego początku zakładał zlecenie w 2015 r. dostawy systemów umożliwiającą utworzenie klastra obliczeniowego o teoretycznej mocy obliczeniowej powyżej 500 TFLOPS, a podział takiej dostawy na dwa mniejsze etapy (ww. umowy) wynikał jedynie z warunków realizacji i rozliczenia projektu.

Okoliczność zatem, iż formalnie zostały zawarte dwie umowy i w konsekwencji zostały sporządzone odrębne protokoły odbioru ich przedmiotu, w sytuacji, gdy powstała w ich efekcie techniczna całość o wymaganej wydajności, która została uruchomiona i funkcjonuje jako jeden klastr obliczeniowy, połączony wspólną siecią Infiniband, co potwierdził NCBJ w referencji oraz korespondencji e-mailowej z 26 marca 2021 r. (pytanie Zamawiającego) i 30 marca 2021 r. (odpowiedź NCBJ), nie może, jak tego oczekuje Odwołujący, wskazywać na brak spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego w zakresie zdobytego przez tego wykonawcę doświadczenia. Cel postawienia warunku, tj. wykazanie się wykonawcy określonymi w nim umiejętnościami został osiągnięty.

W ocenie Izby przedłożony jednocześnie przez Odwołującego wydruk z Internetu zawierający informacje dotyczące zasobów sprzętowych Centrum Informatycznego Świerk, wbrew oczekiwaniom Odwołującego, nie może być uznany jako dowód na poparcie prezentowanego przez niego stanowiska. Niezależnie bowiem od względów formalnych (jest bliżej nieokreślony i nieautoryzowany wydruk, bez informacji z jakiej daty przedstawia podane tam dane), zauważenia wymaga, że potwierdza on wnioski płynące z analizy złożonych przez Odwołującego umów, specyfikacji technicznych i protokołów odbioru, z których wynika, że objęte nimi i dostarczone przez Przystępującego klastry obliczeniowe służą rozbudowie klastra obliczeniowego posiadanego już przez NCBJ. Z wydruku tego wynika bowiem, że zasoby mocy obliczeniowej są systematycznie powiększane w miarę rozbudowywania klastra o nowe partie sprzętu, a równomierne rozłożenie kolejnych zakupów umożliwi nie tylko optymalne wykorzystanie środków finansowych w stosunku do potrzeb użytkowników, ale także zapewni możliwość regularnego rozbudowywania infrastruktury o najnowocześniejsze dostępne w danym momencie na rynku rozwiązania. Powstały w ramach projektu klastr komputerowy jest jedną z największych tego typu instalacji w Polsce oraz jednym z najwydajniejszych superkomputerów dedykowanych branży energetyki jądrowej na świecie.

Z tych względów ww. zarzut dotyczący braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego nie potwierdził się.

Ad. zarzuty zaniechania wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy PZP

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy PZP *z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.* Przepis ten dotyczy m.in. sytuacji, w której wykonawca przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, oświadcza nieprawdę, czyli udziela informacji wbrew faktom, przy czym czyni to na skutek co najmniej rażącego niedbalstwa. Art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP stanowi natomiast, że *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.* Wymienione w tych przepisach przesłanki muszą wystąpić kumulatywnie. Brak ziszczenia się choćby jednej z nich oznacza, że czynność ta nie może być podjęta. Musi być stwierdzone przedstawienie przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego oraz istotny wpływ tych informacji na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto przedstawienie informacji wprowadzających zamawiającego w błąd powinno być objęte zamiarem wykonawcy lub zawinione przez niego, czyli wynikać, co najmniej z jego lekkomyślności lub niedbalstwa, a pomiędzy wskazanymi przesłankami powinien istnieć adekwatny związek przyczynowo - skutkowy.

Powyższe zarzuty Odwołujący wiąże, jak stwierdza w odwołaniu, z poważnymi wątpliwościami co do rzetelności złożonych przez wykonawcę Format oświadczeń dotyczących spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego złożony przez Przystępującego Wykaz dostaw nie znajduje odzwierciedlenia w faktach i złożonych dowodach.

Jak zostało to powyżej przedstawione, wykonawca Format z uwagi na związek techniczny, funkcjonalny, miejscowy i czasowy efektu obu zrealizowanych w 2015 r. ww. umów, przy braku wskazania w SIWZ, że przez jedno zamówienie rozumie się dostawę na podstawie jednej umowy, miał podstawy, aby przyjąć, że zrealizował na rzecz NCBJ dostawę klastra obliczeniowego o teoretycznej mocy obliczeniowej 544 TFLOPS, połączonego siecią Infiniband. W związku z tym złożony w postępowaniu Wykaz dostaw nie zawiera informacji nieprawdziwych. Zostało to potwierdzone w wyniku wyjaśnień, o jakie wystąpił Zamawiający do wykonawcy Format oraz do NCBJ. W ich wyniku uzyskał potwierdzenie, że w Wykazie dostaw złożonym przez Przystępującego nie ma informacji nieodpowiadającej rzeczywistości stanowi rzeczy. Chodzi bowiem o dostarczoną przez Przystępującego

techniczną całość, która została uruchomiona i funkcjonuje jako jeden klaster obliczeniowy, połączony wspólną siecią Infiniband, co jest zgodne z treścią Wykazu dostaw oraz referencji wystawionych przez NCBJ

Można wprawdzie zgodzić się z tym, że nie ma w Wykazie dostaw precyzyjnej informacji wskazującej na formalny aspekt realizacji podanego w nim przedmiotu, tj. wskazania, że jakkolwiek stanowi techniczną całość wykonaną w ramach zamówienia na rzecz tego samego podmiotu i dla tego samego celu, to formalnie został zrealizowany w oparciu o dwie równoległe wykonywane umowy, jednak brak takiej informacji, w okolicznościach analizowanej sprawy, nie oznacza podania nieprawdziwej informacji, skutkiem czego nastąpiło, czy mogło nastąpić wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Jakkolwiek Zamawiający za sprawą treści otrzymanego Wykazu dostaw nie wszedł w posiadanie wiedzy o formalnym aspekcie realizacji zamówienia, to jednak nie oznacza to, że gdyby taką wiedzę w tym momencie uzyskał, podjąłby inną decyzję. Po wejściu w posiadanie ww. informacji jego decyzja była analogiczna, jak przed ich pozyskaniem, tj. ponownie uznał spełnienie przez wykonawcę Format warunku udziału w postępowaniu.

Z tych względów pierwsza z kumulatywnie występujących przesłanek dla stwierdzenia podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. przepisów, nie wystąpiła. Tym samym nie jest celowe badanie wystąpienia kolejnych przesłanek.

Oznacza to, że powyższe zarzuty nie potwierdziły się. W ocenie Izby w okolicznościach analizowanej sprawy, zważywszy na specyfikę przedmiotu zamówienia ww. umów (zestawy serwerów technicznie traktowane jako całość służąca połączeniu z klastrem obliczeniowym NCBJ siecią Infiniband), Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca Format miał podstawy do wskazania nabytego doświadczenia w ramach tych umów, jako jedno zamówienie, które spełnia wymagania postawione w SIWZ.

W konsekwencji za niepotwierdzone należy uznać pozostałe zarzuty odwołania.

Nie zostało wykazane, aby Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty naruszył przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp2004, który stanowi: *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Odwołujący powyższy zarzut wiąże z wyborem oferty wykonawcy Format, który w jego ocenie podlegał wykluczeniu z postępowania, a złożona przez niego oferta podlegała odrzuceniu.

Jak wskazano powyżej zarzuty te nie potwierdziły się. W związku z tym zarzut ten należy uznać za niezasadny.

Nie zostało także wykazane naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP, które to naruszenie zdaniem Odwołującego nastąpiło w związku z naruszeniem wskazanych przez niego w odwołaniu przepisów tej ustawy. Skoro zarzuty te nie znalazły potwierdzenia, to również za niewykazane należy uznać naruszenie ww. przepisów. Tym bardziej, że Odwołujący nie podnosił i nie wykazał np. nierównego potraktowania wykonawców będących w takiej samej sytuacji, czy udzielenia zamówienia wybranemu wykonawcy.

Z uwagi na brak wykazania podstaw wykluczenia Przystępującego z postępowania, nie zaistniała także podstawa do stwierdzenia, że oferta wykonawcy Format z mocy prawa uznana jest za odrzuconą stosownie do art. 24 ust. 4 ustawy PZP.

Z uwagi na to, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, za chybiony należy uznać zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP z uwagi na brak podjęcia przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy Format, który to zarzut Odwołujący wiąże z zarzutami zaniechania wykluczenia tego wykonawcy na ww. podstawach.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.*

W analizowanej sprawie Izba stwierdziła, że nie zostało wykazane, że nastąpiło naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP, które miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia. Musiało to skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze w związku z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy NPzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości Odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego. Zamawiający nie złożył rachunku obejmującego koszty pełnomocnika.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: