

Sygn. akt: KIO 3222/20
Sygn. akt: KIO 3252/20

WYROK
z dnia 18 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel
Emilia Garbala
Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie w dniu 13 stycznia 2021 r. odwołań, wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2020 r. przez:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, 2. Vamed Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 3. VAMED Standortentwicklung und Engineering GmbH z siedzibą w Wiedniu, Austria (sygn. akt KIO 3222/20);

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, 2. CITINEA Société par actions simplifiée (Société à associé unique) z siedzibą w Villeurbanne, Francja (sygn. akt KIO 3252/20)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **1. Szpital Kliniczny im. Heliodora Święckiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu, 2. Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu;**

przy udziale:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, 2. Vamed Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 3. VAMED Standortentwicklung und Engineering GmbH z siedzibą w Wiedniu, Austria,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3252/20 po stronie zamawiającego;
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, 2. CITINEA Société par actions simplifiée (Société à associé unique) z siedzibą w Villeurbanne, Francja,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3222/20 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **A. Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3222/20.**
B. Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3252/20.
2. Kosztami postępowania obciąża: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, 2. Vamed Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 3. VAMED Standortentwicklung und Engineering GmbH z siedzibą w Wiedniu, Austria (sygn. akt KIO 3222/20)** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, 2. CITINEA Société par actions simplifiée (Société à associé unique) z siedzibą w Villeurbanne, Francja (sygn. akt KIO 3252/20)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną odpowiednio przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, 2. Vamed Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 3. VAMED Standortentwicklung und Engineering GmbH z siedzibą w Wiedniu, Austria (sygn. akt KIO 3222/20)** w kwocie **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, 2. CITINEA Société par actions simplifiée (Société à associé unique) z siedzibą w Villeurbanne, Francja (sygn. akt KIO 3252/20)** w kwocie **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), tytułem wpisów od odwołań;
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, 2. Vamed Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 3. VAMED Standortentwicklung und Engineering GmbH z siedzibą w Wiedniu, Austria (sygn. akt KIO 3222/20)** na rzecz zamawiającego: **1. Szpital Kliniczny im. Heliodora Święckiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu, 2. Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu** kwotę **2 135 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące sto trzydzieści pięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę;
 - 2.3. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, 2. CITINEA Société par actions simplifiée (Société à associé unique) z siedzibą w Villeurbanne, Francja (sygn. akt KIO 3252/20)** na rzecz zamawiającego: **1. Szpital Kliniczny im. Heliodora Święckiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu, 2. Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu** kwotę **2 135 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące sto trzydzieści pięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) 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:

Sygn. akt: KIO 3222/20
Sygn. akt: KIO 3252/20

UZASADNIENIE

Zamawiający - Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu, 2. Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa Centralnego Zintegrowanego Szpitala Klinicznego w Poznaniu centrum medycyny interwencyjnej (etap I CZSK) w zakresie Modułów 1, 2a, 2b i 3b w formule zaprojektuj i wybuduj”.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 lipca 2020 r. pod numerem 2020/S 145-356162.

W dniu 27 listopada 2020 r. Zamawiający przesłał wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia informacje o wykluczeniu z prowadzonego postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jako Konsorcjum firm: 1. PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, 2. Vamed Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 3. VAMED Standortentwicklung und Engineering GmbH z siedzibą w Wiedniu, Austria (dalej: „Konsorcjum Porr” lub „Odwolujący”) na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 Pzp.

KIO 3222/20

W dniu 7 grudnia 2020 r. Konsorcjum Porr wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

- czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z uwagi na niezasadne przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 6.2. ppkt 2) lit. c. IV Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ” lub „specyfikacja”), tj. nie wykazał, że dysponuje osobą spełniającą warunki określone dla Menedżera BIM;
 - ewentualnie także zaniechaniu przez Zamawiającego czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia wykazu osób na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w celu wykazania, że dysponuje osobą spełniającą warunek określony w pkt 6.2. ppkt 2) lit. c. IV SIWZ dla Menedżera BIM;
 - czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z uwagi na niezasadne przyjęcie, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił w wykazie osób złożonym na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 6.2. ppkt 2) lit. c. IV SIWZ oraz na potrzeby kryteriów oceny ofert, określonych w pkt 14.2 ppkt 3b) SIWZ, w zakresie doświadczenia osoby dedykowanej na stanowisko Menedżera BIM informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, które mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania;
 - zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej;
- Odwolujący Zamawiającemu zarzucał naruszenie następujących przepisów ustawy:
- 1.art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych dla Menedżera BIM opisanych w pkt 6.2. ppkt 2) lit. c. IV SIWZ, w sytuacji, w której Odwołujący wykazał, że dysponuje osobą spełniającą wymagania Zamawiającego określone w SIWZ;
 - 2.ewentualnie także art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia „Wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego” (dalej: „wykaz osób”) w zakresie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Menedżera BIM w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 6.2. ppkt 2) lit. c. IV SIWZ;
 - 3.art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez uznanie, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił w Wykazie osób w zakresie doświadczenia osoby dedykowanej na stanowisko Menedżera BIM informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, które mogły mieć wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje pomimo tego, że brak było podstaw do zastosowania wobec Odwołującego powyżej wskazanej podstawy wykluczenia;
 - 4.art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 Pzp;
- ponowne dokonanie badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- ewentualnie także wezwanie Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia wykazu osób na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w celu potwierdzenia, że Odwołujący dysponuje osobą spełniającą wymagania określone dla Menedżera BIM opisane w pkt 6.2 ppkt 2) lit. c. IV SIWZ;
- dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

W treści uzasadnienia Odwołujący podnosił m. in. że:

1.Zarzuty dotyczący bezpodstawnego uznania, iż Odwołujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd.

W ocenie Odwołującego w niniejszym stanie faktycznym nie ziszcila się żadna z przesłanek wykluczenia Odwołującego z postępowania. Zdaniem Odwołującego sama treść warunku udziału w postępowaniu oraz kryterium oceny ofert odnosząca się do wymaganego doświadczenia dla Specjalisty BIM nie jest jednoznaczna, a Zamawiający stosuje w stosunku do oferty Odwołującego wykładnię zawężającą, wbrew zasadzie wykładni treści SIWZ na korzyść wykonawców.

Odwolujący wskazywał, że Zamawiający oparł swoje stanowisko na informacjach i dokumentach pozyskanych od konkurenta wykonawcy - firmy WARBUD S.A. Zamawiający odmówił jednocześnie wiarygodności twierdzeniom oraz dowodom przeciwnym złożonym przez Odwołującego. Zamawiający oparł się w całości wyłącznie na twierdzeniach przeciwnika Odwołującego, co daje podstawy do sformułowania stanowiska, że działanie Zamawiającego nie charakteryzowało się obiektywizmem i było ukierunkowane na określony cel - a mianowicie wyeliminowanie, zgodnie z żądaniami WARBUD S.A., wykluczenie Odwołującego z postępowania. Jego zdaniem nie sposób uznać, że dokonana przez Zamawiającego ocena dowodów była prawidłowa. Zamawiający w żaden sposób nie skonfrontował posiadanych

informacji, ani nie podjął próby ustalenia prawdy obiektywnej na podstawie miarodajnych i wiarygodnych źródeł. Zamawiający nie wskazał konkretnie, jakie dane ze "zbiorów publicznych" wzbudziły w nim przekonanie, że Odwołujący przedstawia informacje nieprawdziwe, co uniemożliwia w wejście w polemikę z poczynionymi przez niego ustaleniami.

Następnie Odwołujący odniósł się szczegółowo do poszczególnych dowodów przedstawionych przez WARBUD S.A. ocenionych przez Zamawiającego oraz stanowiących podstawę decyzji Zamawiającego w przedmiocie wykluczenia Odwołującego z postępowania. Kolejno stwierdził, że w jego ocenie brak było podstaw do uznania, że Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd, a przynajmniej z ustalonego przez Zamawiającego stanu faktycznego oraz pozyskanych dowodów taka informacja nie wynika w sposób niezaprzeczalny.

Następnie Odwołujący wykazał, że na etapie przygotowania oferty oraz doboru kadry referencyjnej dokonał weryfikacji informacji pozyskiwanych od poszczególnych osób dedykowanych do realizacji zamówienia przekazanych przez te osoby w toku korespondencji z Odwołującym. Trudno jest, zatem przypisać działaniu Odwołującego lekkomyślność czy rażące niedbalstwo. Odwołujący wyjaśniał, że pozyskał od Pana Ł. oświadczenia o wyrażeniu zgody na udział w postępowaniu z ramienia Odwołującego, i spełnianiu warunku udziału w postępowaniu określonego dla danego stanowiska oraz spełnianiu kryterium oceny ofert. Odwołujący zwrócił się również do Pana Ł. o przesłanie dokumentów potwierdzających fakt pełnienia określonych funkcji. Dodatkowo Odwołujący bezpośrednio zwrócił się do firm, z ramienia których osoby te brały udział w projekcie, o potwierdzenie zarówno faktu uczestnictwa Pana Ł. we wskazanych przez niego projektach, jak również pełnionej przez niego roli. W przypadku doświadczenia Pana Ł. Odwołujący uznał, że dokonana przez niego weryfikacja w powyższym zakresie dawała możliwość uznania, że podane przez Pana Ł. informacje są prawdziwe.

Kolejno Odwołujący wskazywał, że wszystkie niezbędne okoliczności zostały wykazane przez Odwołującego na etapie złożenia wyjaśnień. Zamawiający posiadał, zatem pełną wiedzę na temat wykonanego przez Zamawiającego procesu weryfikacyjnego i miał możliwość dokonania jego oceny pod kątem przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Okoliczność interpretacji przez Zamawiającego treści warunku udziału w postępowaniu w kontekście doświadczenia Pana Ł. zdaniem Konsorcjum Porr może ewentualnie stanowić podstawę do uznania, że Odwołujący nie potwierdził, że Pan Ł. posiada doświadczenie wymagane w SIWZ. W takiej sytuacji Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do uzupełnienia wykazu osób w zakresie doświadczenia Menedżera BIM w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oraz zaniechać przyznania Odwołującemu dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert określonym w pkt 14.2 ppkt 3b SIWZ, (z czym oczywiście Odwołujący się nie zgadza). Niemniej jednak w kontekście zaprezentowanych powyżej okoliczności brak jest podstaw do uznania, że Odwołujący próbował wprowadzić Zamawiającego w błąd, przedstawiony zakres danych jest niezgodny z rzeczywistością, a jego działaniu można przypisać lekkomyślność lub rażące niedbalstwo.

I. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp.

W ocenie Odwołującego, na tym etapie postępowania brak jest podstaw do uznania, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jego zdaniem wskazany w wykazie osób złożonym przez Odwołującego zakres doświadczenia Pana Ł. literalnie potwierdza spełnianie przez Odwołującego określonego w pkt 6.2. ppkt 2) lit. c. IV SIWZ warunku udziału w postępowaniu. W tym zakresie Odwołujący zwracał uwagę na dwie kwestie:

1. Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania dokonał zmiany brzmienia wymagań w zakresie Menedżera BIM względem tego, jakie zostało określone na etapie postępowania przetargowego oraz zdaje się pomijać kluczowe dla sprawy okoliczności związane z istotą wykorzystania modelowania BIM przy projekcie;
2. Zamawiający nie wyczerpał względem Odwołującego procedury uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Menedżera BIM.

Odwołujący, odnosząc się do pierwszej z poruszonych powyżej kwestii wskazywał, że Zamawiający dokonał rozszerzenia zastosowania pojęcia "kompletnej dokumentacji", która została określona w SIWZ. Zauważał, że definicja ustanowiona w pkt 6.2 ppkt 2 lit. c II SIWZ odnosi się do kompletów dokumentacji projektowej "na których wykonanie przez osoby, które Zamawiający zamierza skierować do realizacji niniejszego zamówienia, a które to osoby zostały wskazane w „Wykazie osób.”, wykonawca powołuje się na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (i kryteriów oceny ofert)." Powyższa definicja ma zastosowanie wyłącznie do doświadczenia Projektantów, jakimi winien legitymować się wykonawca. Definicja natomiast nie ma zastosowania m.in. do Menedżera BIM, o czym świadczy m.in. umiejscowienie tej definicji w SIWZ - znajduje się ona pod wymaganiami ustanowionymi dla kadry projektowej (pkt 6.2. ppkt 2) ppkt lit. c. II SIWZ), a nie menadżerskiej (pkt 6.2. ppkt 2) lit. c IV SIWZ). W świetle powyższego dokonywanie na tym etapie postępowania rozszerzenia tego wymagania również na innych członków personelu jest niedopuszczalne i de facto prowadzi do zmiany treści SIWZ po terminie składania ofert. Dodatkowo Odwołujący wskazywał, że Zamawiający dokonując definicji "kompletu dokumentacji" na potrzeby kryterium oceny ofert posłużył się zwrotem "w szczególności" ("Poprzez „komplety dokumentacji projektowej” nie należy rozumieć kolejnych kopii (tomów) dokumentacji projektowej dotyczących tego samego obiektu budowlanego. Komplet dokumentacji projektowej obejmuje komplet składający się w szczególności z projektu budowlanego i projektu wykonawczego dla jednego obiektu budowlanego") - co powoduje, że zakres dokumentów będących przedmiotem koordynacji nie ma charakteru ścisłego i nie zawęża się do zakresu dokumentów wymienionych przez Zamawiającego (katalog otwarty). Aktualnie Zamawiający dokonuje zawężenia warunku, co jest niedopuszczalne na tym etapie postępowania.

Zdaniem Odwołującego gdyby intencją Zamawiającego było wykazanie się doświadczeniem w nadzorowaniu opracowania całego projektu winien użyć innych słów takich jak np. "składający się z minimum". Na kanwie niniejszego stanu faktycznego dokumentacja projektowa, jako komplet została opracowana na potrzeby jednego obiektu budowlanego i obejmowała konieczność wykonania prac w obrębie wszystkich projektów i branż.

Następnie uwagi wymaga, że okoliczność, że podwykonawca wskazanej spółki nie był odpowiedzialny za wykonanie wszystkich projektów branżowych pozostaje bez wpływu na ocenę doświadczenia Menedżera BIM. Wskazać, bowiem należy, że podwykonawcy zostało powierzone wykonanie projektów instalacyjnych niemalże we wszystkich branżach, co wymagało dokonania ich wzajemnej weryfikacji oraz skoordynowania wykonanych projektów z pozostałymi projektami oraz usuwania ewentualnych kolizji. Zakres wykonanych przez podwykonawcę prac wymagał, zatem podjęcia działań w obrębie wszystkich elementów dokumentacji projektowej - całego "kompletu dokumentacji" i jej kompletnej weryfikacji (w tym przeniesienia do modelu BIM). Odwołujący wskazywał, że w praktyce to właśnie w przypadku projektów branżowych wykorzystanie modelu BIM pozwala na optymalizację prac związanych z wykonaniem opracowania projektowego. Sam Zamawiający zdefiniował, że BIM koordynator ma być odpowiedzialny za koordynację modeli branżowych, więc wykazane doświadczenie jest adekwatne do funkcji, którą ma sprawować Menedżer BIM.

Odwolujący wyjaśnił również, że wykorzystanie przy projektowaniu oprogramowania Autocad nie wyłącza możliwości wykonania projektów w oparciu o metodologię BIM. Przy tworzeniu modeli projektowych w oprogramowaniu Autocad, istnieje możliwość wykorzystania nakładki modelującej BIM - MagiCad, która umożliwia w takiej sytuacji wykonanie modeli BIM. Programy niewymagające już nakładek BIM (Revit, ArchiCad) pojawiły się dopiero od roku 2008 r. Do dziś część projektantów wymieniło oprogramowanie, ale znaczna część rynku pozostała przy AutoCAD-zie z nakładkami BIM, stąd prawdopodobnie pojawiły się wątpliwości zarówno ze strony WARBUD S.A., jak i Zamawiającego w zakresie możliwości koordynacji wykonania kompletu dokumentacji projektowej z zastosowaniem technologii BIM w przypadku, w którym dokumentacja ta została przygotowana dla inwestora w programie AutoCad. W przypadku wykorzystania nakładki BIM, finalny produkt tj. opracowanie dokumentacji projektowej, jako drukowany rysunek 2D, powstaje z modeli 3D/BIM poprzez „ciecia i rzuty” modelu w każdym oprogramowaniu, tak samo i w formie 2D. Przy czym mając tylko plik 2D nie da się stwierdzić, czy finalny produkt był modelowany w Revit, Autocad, Bentley, czy MagiCad.

Nadto Odwołujący podnosił, że dla możliwości wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp niezbędnym jest wcześniejsze wyczerpanie procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 Pzp, która jest w takim przypadku obligatoryjna. Odwołujący stwierdził, że nie istnieją podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, a w takim przypadku Zamawiający nie miał także podstaw prawnych do odstąpienia od wdrożenia procedury wezwania Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia wykazu osób w zakresie wykazania się dysponowaniem osoby dedykowanej na stanowisko Menadżera BIM. Tak zaś winien postąpić, jeżeli uznałby, że doświadczenie Pana Ł. nie czyni zadość wymaganiom wskazanym w pkt 6.2. ppkt 2) lit. c. IV SIWZ.

3. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwolujący stwierdził, że Zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp z uwagi na zaniechanie uznania oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej. Zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej stanowi jednocześnie naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 ust. 1 Pzp. Zdaniem Odwołującego Zamawiający w toku prowadzonego postępowania podejmował szereg działań, które miały na celu ograniczenie lub utrudnienie Odwołującemu dostępu do zamówienia. Powyżej opisane naruszenie należy identyfikować z takimi czynnościami Zamawiającego jak opieranie swojej decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania wyłącznie w twierdzeniach konkurenta Odwołującego, czy też dokonywanie zmiany interpretacji SIWZ na niekorzyść Odwołującego po terminie składania ofert z naruszeniem art. 38 ust. 4 Pzp, czy też zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia wykazu osób w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Sam sposób procedowania postępowania wyjaśniającego, w którym Zamawiający nie ujawnił, jakiego rodzaju informacje stanowią przedmiot jego wątpliwości, jak również zaniechanie wskazania źródła otrzymanych informacji świadczy o tym, że Zamawiający działał w sposób ukierunkowany, nie dając Odwołującemu możliwości wykazania prawidłowości swoich twierdzeń. W ocenie Odwołującego niepodważalnym faktem świadczącym o tym, że Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest okoliczność, że pozytywnie ocenił doświadczenie osoby wskazanej przez spółkę WARBUD S.A. na stanowisko Menadżera BIM, który w ofercie powołał się na doświadczenie osoby Pana M. A. w koordynowaniu określonych prac projektowych.

Odwolujący wskazywał, że o ile Zamawiający dokonał weryfikacji doświadczenia personelu Odwołującego, to z nieznanych powodów zaniechał takiej weryfikacji w stosunku do drugiego z wykonawców WARBUD S.A., automatycznie przyjmując, że wszystkie wskazane przez tego wykonawcę informacje są prawdziwe i nie wymagają podjęcia czynności analizy ich zgodności z rzeczywistością. Powyższe działanie w sposób całkowicie nieuzasadniony stawia WARBUD S.A. w uprzywilejowanej sytuacji względem Odwołującego. Zdaniem Odwołującego działanie Zamawiającego naruszało zasadę obiektywizmu, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, co potwierdza zasadność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

W dniu 23 grudnia 2020 r. do Izby ze strony Zamawiającego wpłynęła odpowiedź na odwołania, w ramach której Zamawiający odpowiadając na odwołania wniesione przez: Konsorcjum Porr oraz Konsorcjum Warbud wskazał, m. in., że:

A. W odniesieniu do zarzutów podniesionych przez konsorcjum Porr:

Zamawiający wyjaśnił, że dokonując wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, wyjaśnił powody swojej decyzji i odwołał się do dokumentów znajdujących się w aktach postępowania. Zamawiający stwierdził, że w jego ocenie, na podstawie przedłożonych mu dokumentów, doszedł do wniosku, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku w udziale w postępowaniu, z uwagi na brak wymaganego w SIWZ dysponowania osobom z wymaganym doświadczeniem Menedżera BIM.

Drugim zarzutem Odwołującego jest ewentualne zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia wykazu osób w zakresie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Menadżera BIM. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący stara się wykreować w odwołaniu przeświadczenie, że treść SIWZ w odniesieniu do opisu warunku udziału osoby mającej pełnić obowiązek Menadżera BIM, może być różnie interpretowana. Zamawiający jednoznacznie wskazał, że określił w SIWZ, iż osoba skierowana do realizacji zamówienia w technologii BIM ma legitymizować się doświadczeniem w wykonaniu kompletnej dokumentacji projektowanej w technologii BIM. Odwołujący nie przedstawił dokumentów potwierdzających, że zgłoszony Paweł Ł. posiada doświadczenie w przygotowaniu kompletnej dokumentacji projektowej w technologii BIM. Zamawiający nie jest zobowiązany do poszukiwania za Odwołującego prawidłowo sporządzonych dokumentów, które wykazywałyby deklarowane w ofercie spełnianie warunków w postępowaniu. Należy zauważyć, że treść odwołania sprowadza się do skierowania uwagi na rzekome różne możliwości interpretacji zapisów SIWZ, a nie na wykazywanie, że Odwołujący może skierować do realizacji zamówienia osobę posiadającą doświadczenie w wykonaniu kompletnej dokumentacji projektowej w technologii BIM.

Podsumowując Zamawiający stwierdził, że pozostawia ocenie Krajowej Izbie Odwoławczej decyzję, co do oceny trafności zarzutów Odwołującego.

B. W odniesieniu do zarzutów podniesionych przez Konsorcjum Warbud:

Zamawiający wskazywał, że dokonał analizy podnoszonych zarzutów po ich otrzymaniu i ocena przedstawionych przez Konsorcjum Porr dokumentów w ocenie Zamawiającego, pozwala na uznanie, że w tym zakresie Konsorcjum Porr spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający analizował przesłankę wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Wnioski analizy w ocenie Zamawiającego nie dawały podstawy do przyjęcia kwalifikowanej postaci winy. Zamawiający uznał, że na etapie przygotowywania oferty lider Konsorcjum korzysta z materiałów przygotowanych mu przez podmioty, których

doświadczenie będzie wykorzystywane w toku realizacji inwestycji. Możliwe jest, zatem, że uczestnicy celowo wprowadzili lidera Konsorcjum w błąd, jednak Zamawiający na tym etapie postępowania nie ustalił, aby kwalifikowaną postać winy można było przypisać wszystkim uczestnikom Konsorcjum Porr.

Podsumowując powyższe, Zamawiający podkreślał, że dokonując czynności w postępowaniu, miał na uwadze prawa i obowiązki swoje i uczestników postępowania. Celem Zamawiającego było kontynuowanie postępowania o udzielenie zamówienia i możliwie sprawne przeprowadzenie inwestycji. Budowa nowego szpitala dla miasta Poznań i województwa wielkopolskiego jest inwestycją niezbędną dla świadczenia usług zdrowotnych na wysokim poziomie w nowoczesnym obiekcie. Zamawiający stwierdził, że nie odmawia uczestnikom postępowania dostępu do zamówienia, ani nie kwestionuje ich dużego doświadczenia, jako wykonawców skomplikowanych obiektów budowlanych. Na obecnym etapie postępowania przetargowego, konieczne jest zbadanie przez niezależnych arbitrów, czy wzajemne zastrzeżenia wykonawców podnoszone w toku postępowania, są uzasadnione i wymagają od Zamawiającego podejmowania czynności wykluczenia lub zaniechania wykluczenia uczestników postępowania.

Zamawiający stwierdził, że na etapie oceny SIWZ przez Krajową Izbę Odwoławczą, Odwołujący nie podnosił wątpliwości, co do sposobu rozumienia wymagań dotyczących Menadżera BIM i definicji powierzchni użytkowej wymaganej przez Zamawiającego. Na obecnym etapie postępowania Zamawiający wnosi o rozstrzygnięcie przez KIO czy takie wątpliwości występują i powinny być rozstrzygnięte na korzyść wykonawców.

W dniu 12 stycznia 2021 r. do Izby wpłynęło pismo procesowe wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jako Konsorcjum firm: 1. Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, 2. CITINEA Société par actions simplifiée (Société à associé unique) z siedzibą w Villeurbanne, Francja (dalej: "Konsorcjum Warbud" lub „Przystępujący”), w który wnosił o oddalenie zarzutów odwołania w całości prezentując stosowną argumentację na poparcie zajętego stanowiska.

KIO 3252/20

W dniu 7 grudnia 2020 r. Konsorcjum firm: 1. Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, 2. CITINEA Société par actions simplifiée (Société à associé unique) z siedzibą w Villeurbanne, Francja (dalej: "Konsorcjum Warbud" lub „Odwołujący”), wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zaniechań i czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, że w toku postępowania naruszył art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wskazania wszystkich podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jako Konsorcjum firm: Porr S.A. z siedzibą w Warszawie, Vamed Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz VAMED Standortentwicklung und Engineering GmbH z siedzibą w Wiedniu, Austria (dalej: „Konsorcjum Porr” lub „Przystępujący”) w związku z naruszeniem następujących przepisów ustawy:

- 1.art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Porr, pomimo, iż wykonawca ten 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, tj. informacje dotyczące doświadczenia osób wskazanych na stanowisko projektanta w specjalności architektonicznej - koordynatora zespołu projektowego oraz technologa medycznego, które to doświadczenie było punktowane w ramach kryterium oceny ofert;
- 2.art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Porr również na tej podstawie, pomimo, iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko specjalisty BIM;
- 3.art. 7 ust. 1 Pzp przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy);
- 4.art. 8 ust. 3 Pzp przez uznanie, że wyjaśnienia złożone na wezwanie Zamawiającego, przez Konsorcjum Porr zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności poinformowania o wyniku postępowania w celu uzupełnienia zawiadomienia w zakresie wymaganych przez art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp o wszystkie podstawy prawne i faktyczne wykluczenia Konsorcjum Porr;
- dokonania powtórnej czynności badania i oceny oferty Konsorcjum Porr z uwzględnieniem zarzutów zawartych w odwołaniu w celu dopełnienia czynności wykluczenia Konsorcjum Porr w oparciu o wszystkie podstawy prawne i faktyczne oraz w celu uzupełnienia informacji o wykluczeniu ww. wykonawcy o wszystkie podstawy prawne i faktyczne, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- ujawnienie wyjaśnień Konsorcjum Porr, wraz z załącznikami, złożonych na wezwanie Zamawiającego, jako niezawierających tajemnicy przedsiębiorstwa.

W treści uzasadnienia Odwołujący podnosił m. in, że:

- 1.Zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Porr w związku z wprowadzeniem Zamawiającego w błąd w zakresie informacji dotyczących doświadczenia osób wskazanych na stanowiska: technologa medycznego Pani I. Z. oraz na stanowisko projektanta w specjalności architektonicznej - koordynatora zespołu projektowego Pana S. G. .

Odwołujący wyjaśniał, że informacje podanie w wykazie osób będą również stanowiły podstawę przyznawania punktów w ramach kryterium oceny ofert. Zatem podanie informacji niezgodnych ze stanem faktycznym powinno skutkować wykluczeniem Konsorcjum Porr z postępowania.

a)Doświadczenie Pani I. Z. .

Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum Porr do pełnienia funkcji technologa medycznego wskazało Panią I. Z. jednak nie wszystkie inwestycje wskazane w wykazie spełniają wymagania Zamawiającego opisane w specyfikacji. I tak odpowiednio.

Jako pierwsze Odwołujący kwestionował doświadczenie Pani I. Z. uwzględniające funkcję technologa medycznego przy opracowaniu projektu technologii medycznej dla kompletu dokumentacji projektowej zawierającej: projekty budowlane oraz projekty wykonawcze (pow. użytkowa: ponad 13 000m²) dotyczące Szpitala Uniwersyteckiego im. Karola Marcinkowskiego w Zielonej Górze sp. z o.o. w zakresie budowy obiektu budowlanego ul. Zyty 26, 65-046 Zielona Góra.

Z informacji uzyskanych przez Konsorcjum Warbud wynikało, że Pani I. Z. wykonała projekt technologii medycznej dla budowanego budynku Szpitala o powierzchni użytkowej 9.938,8 m² (Centrum Zdrowia Matki i Dziecka w Szpitalu

Uniwersyteckim im Karola Marcinkowskiego w Zielonej Górze). Natomiast na podstawie oddzielnej umowy Pani I. Z. wykonała projekt technologii medycznej w ramach zadania: "Wykonanie pełnobrańowej dokumentacji projektowej przebudowy i rozmieszczenia oddziałów szpitalnych w budynku L w ramach zadania inwestycyjnego pn.: "Modernizacja budynku L - etap II (Onkologia) w Szpitalu Uniwersyteckim" o powierzchni użytkowej 3.754,2 m². Zdaniem Odwołującego projekt ten nie może być uznany za potwierdzający spełnienie warunków/kryteriów gdyż został wykonany na podstawie oddzielnej umowy, więc trudno uznać, iż należał do tego samego „kompletu” dokumentacji, a ponadto nie dotyczył budowy obiektu budowlanego, jak wymagał Zamawiający, lecz jego przebudowy - remontu. Tym samym wykonana przez Panią I. Z. dokumentacja dotycząca budowy obiektu budowlanego nie odpowiada wymaganej przez Zamawiającego powierzchni. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum Porr jednoznacznie wskazało w wykazie, iż całe doświadczenie dotyczy powierzchni wybudowanej (a nie przebudowanej), to tym samym wprowadziło Zamawiającego w błąd w tym zakresie.

W odniesieniu do doświadczenia Pani I. Z. Odwołujący kolejno podnosił zarzuty względem projektu realizowanego na rzecz Śląskiego Ośrodka Kliniczno-Naukowego Zapobiegania i Leczenia Chorób Środowiskowych, Cywilizacyjnych i Wieku Podeszłego im. Prof. Zbigniewa Religii w zakresie budowy obiektu budowlanego ul. M. Curie - Skłodowskiej 9, 41-800 Zabrze w odniesieniu do funkcji technologa medycznego. Zakres prac: Opracowanie projektu technologii medycznej dla kompletu dokumentacji projektowej zawierającej: projekty budowlane oraz projekty wykonawcze. Pow. użytkowa: ponad 16 000 m².

Zdaniem Konsorcjum Warbud wskazany w wykazie projekt nie dotyczy budynku o powierzchni co najmniej 12 000 m². Jak wynika z informacji przekazanych przez Zamawiającego Pani I. Z. wykonała projekt technologii medycznej budynku Śląskiego Ośrodka Kliniczno-Naukowego Zapobiegania i Leczenia Chorób Środowiskowych, Cywilizacyjnych i Wieku Podeszłego im. prof. Zbigniewa Religii, o powierzchni użytkowej budynku Szpitala 7.856,0 m². Zatem projekt ten nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie powierzchni. Kolejno Odwołujący wskazywał, że co prawda również w 2012 r. Pani I. Z. wykonała projekt technologii medycznej budynku C dla "Rozbudowy Śląskiego Centrum Chorób Serca w Zabrzu" o powierzchni netto 8.414,9 m² (powierzchnia użytkowa znacznie mniejsza). Przedmiotowy projekt nie wchodził jednak w zakres inwestycji wskazanej, przez Konsorcjum Porr w wykazie gdyż, zgodnie z informacją przekazaną przez Zamawiającego, został wykonany siedem lat wcześniej, tj. w 2012 r. W związku z faktem, iż jest to inna inwestycja, niż ta, która została wskazana w wykazie, Zamawiający nie może wziąć jej pod uwagę w ramach oceny oferty w tym kryterium, prowadziłoby to, bowiem, do niedozwolonej zmiany jej treści. Ponadto inwestycja z 2012 r. została wykonana na podstawie innej umowy, wiele lat wcześniej, nie ma, zatem możliwości „zsumowania” powierzchni obu budynków, a obie dokumentacje nie stanowią „kompletu”, o którym mowa w kryterium. Powyższe oznacza również, iż przedstawione w wykazie informacje wprowadziły Zamawiającego w błąd, co do faktycznej powierzchni, której dotyczył wskazany w wykazie projekt.

b) Doświadczenie Pana S. G. jako osoby wskazana na stanowisko projektanta w specjalności architektonicznej - koordynator zespołu projektowego.

Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum Porr na ww. stanowisko wskazało Pana S. G. . Jednak, jak wynika z informacji uzyskanych przez Konsorcjum Warbud, nie wszystkie inwestycje wskazane w wykazie spełniają wymagania Zamawiającego.

W zakresie wykonania kompletu dokumentacji projektowej zawierającej: Koncepcje, projekty budowlane, projekty wykonawcze (pow. użytkowa: 12 040 m²) dla Szpitala Wojewódzkiego w Chełmie, jako projektant w zakresie budowa obiektu budowlanego, ul. Szpitalnej 53, 20-100 Chełm. Odwołujący stwierdził, że z informacji, które posiada wynika, że projektowany obiekt nie posiada powierzchni wskazanej przez Konsorcjum Porr. W ramach ww. inwestycji powstawały projekty budowlane oddzielnie dla budynków A, G, H, E czy bunkru instalacyjnego. Poszczególne budynki mają następujące powierzchnie: Budynek A: 8405,4 m², Budynek G: 406,1 m², Budynek H: 1628,4 m² z czego 711 m² stanowi podziemie z przestrzenią instalacyjną oraz kablownią, Budynek E: 540,4 m², Bunkier Instalacyjny: 163,3 m², natomiast ich łączna powierzchnia użytkowa wynosi zaledwie 11.143,6 m². Tym samym zdaniem Odwołującego Pan S. G. nie wykonał projektu obiektu budowlanego o powierzchni 12.000 m².

Kolejno Odwołujący podnosił zarzuty względem projektu pn.: „Wykonanie kompletu dokumentacji projektowej zawierającej: projekty budowlane, projekty wykonawcze (pow. użytkowa: 16 599 m²) dla Szpitala Specjalistycznego im. Św. Rodziny SPZOZ jako projektant w zakresie budowa obiektu budowlanego ul. Madalińskiego 25-544 Warszawa. Odwołujący stwierdził, że z informacji przekazanej przez Zamawiającego wynika, iż Pan S. G. wykonał projekt zamienny budowlany i wykonawczy dla drugiej części budowanego budynku A2 szpitala, którego powierzchnia użytkowa, dla której uzyskano pozwolenie na użytkowanie, wynosi: 6.929,7 m² (Decyzja nr IIOT/447/U/2014). Zamiennie pozwolenie na budowę nr 492/B/2013 datuje się na 28.10.2013 r. Konstrukcja całego budynku A2 oraz pierwsza część realizacji została wykonana na podstawie projektu budowlanego autorstwa B. S. oraz projektu wykonawczego T. Z. i uzyskała pozwolenie na użytkowanie - Decyzją Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla m.st. Warszawa nr IIOT/243/U/2011 z dnia 08.08.2011 r. oraz Decyzją nr IIOT/164/U/2013 z dnia 10.05.2013 r. Pan S. G. wykonał również komplet dokumentacji projektowej na przebudowę pomieszczeń oddziałów w starym budynku – A1 Szpitala, istniejącego budynku o powierzchni użytkowej podanej przez Zamawiającego na podstawie projektu budowlanego: 4.784,68 m². Potwierdzeniem wykonania projektu budowlanego i wykonawczego dla przebudowy jest decyzja nr 110T/201/U/2016 umarzająca postępowanie administracyjne w sprawie wniosku o pozwolenie na użytkowanie. Jednak zgodnie z treścią warunku i kryterium, Zamawiający wymagał doświadczenia w wykonaniu dokumentacji projektowej dotyczącej budowy, a nie przebudowy szpitala. Tym samym wykonana przez Pana G. dokumentacja dotycząca budowy obiektu budowlanego nie odpowiada wymaganej przez Zamawiającego powierzchni.

2. Wykluczenie Konsorcjum PORR na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp w związku z wprowadzeniem Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko specjalisty BIM wymaganego na spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz punktowanego w ramach kryterium oceny ofert.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający wykluczył Konsorcjum Porr na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 Pzp. Z ostrożności procesowej Odwołujący stwierdził, iż podstawą prawną wykluczenia, z uwagi na zaistniały stan faktyczny, powinien być również art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, ponieważ informacje dotyczące osoby wskazanej na stanowisko Specjalisty BIM dotyczą również warunków udziału w postępowaniu.

3. Zarzut dotyczący niezasadnego zastrzeżenia wyjaśnień, jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwolujący podniósł, że Konsorcjum Porr zastrzegło, jako tajemnicę przedsiębiorstwa treść wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego. Z uwagi na etap postępowania (nie było wyboru oferty najkorzystniejszej), Odwołujący nie miał możliwości zapoznania się z przedmiotowymi wyjaśnieniami, jednak z pisma Zamawiającego z dnia 27 listopada 2020r. powziął wiadomość, iż wyjaśnienia te zostały zastrzeżone, a Zamawiający uznał to zastrzeżenie za skuteczne. Zdaniem Odwołującego zastrzeżenie to jest nieuprawnione. Konsorcjum Porr zastrzegło wyjaśnienia, które odnoszą się do jawnych informacji zamieszczonych w wykazie osób. Dodatkowo, większość z ww. informacji dotyczy inwestycji realizowanych ze środków publicznych w trybie zamówień publicznych, które jako takie są jawne. Ta sama zasada jawności dotyczy osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w procesie budowlanym, w tym projektantów. Ponadto Konsorcjum Porr podało w wykazie informacje dotyczące tych inwestycji. Tym samym brak było podstaw uznania wyjaśnień w tym zakresie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba wskazuje, iż powyżej przy przytoczeniu opisu zarzutów i uzasadnienia odwołania o sygn. akt KIO 3222/20 przytoczyła stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, wniesione do Izby w dniu 23 grudnia 2020 r., które dotyczyło również odwołania o sygn. akt KIO 3252/20.

W dniu 22 grudnia 2020 r. do Izby wpłynęło pismo procesowe wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jako Konsorcjum firm: 1. PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, 2. Vamed Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 3. VAMED Standortentwicklung und Engineering GmbH z siedzibą w Wiedniu, Austria (dalej: „Konsorcjum Porr” lub „Przystępujący”), w który wnosił o oddalenie zarzutów odwołania w całości prezentując stosowną argumentację na poparcie zajętego stanowiska.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego, złożone dowody oraz stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępujących złożone w pismach procesowych oraz na posiedzeniu i rozprawie Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

KIO 3222/20

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie 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.

Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

1. Zarzuty dotyczące naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp.

Po wszechstronnym i wyczerpującym zbadaniu zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 Pzp w konsekwencji również przepisu art. 26 ust. 3 Pzp.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych dowodów Izba ustaliła następujący stan faktyczny w rozpoznawanej sprawie.

Nie było sporne między stronami, że treścią pkt 6.2. ppkt 2) lit. c) IV Zamawiający wymagał wykazania się przez wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia dysponowaniem kadrą spełniającą określone w SIWZ wymagania. Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali się dysponowaniem m.in. Menedżerem BIM z następującym doświadczeniem:

„ 2) zdolności technicznej lub zawodowej:

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że: (...)

IV. Specjaliści BIM

dysponuje osobą, którą Wykonawca zamierza skierować do realizacji niniejszego zamówienia w funkcji Menedżera BIM, posiadającą wykształcenie wyższe, która posiada wiedzę na temat wykorzystywania technologii BIM do wykonywania kompletnej dokumentacji projektowej obiektów budowlanych oraz doświadczenie w praktycznym wykorzystywaniu tej technologii, a w szczególności koordynowała wykonanie w technologii BIM kompletnej dokumentacji projektowej dla budowy co najmniej jednego budynku użyteczności publicznej w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 12.000 m²”.

Zamawiający w pkt 14.2 ppkt 3b) SIWZ wskazał, że będzie premiował dodatkowe doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Menedżera BIM w następujący sposób, że przyzna punkty ramach tego podkryterium w przypadku posiadania przez osobę, którą wykonawca skieruje do realizacji niniejszego zamówienia w funkcji Menedżera BIM, doświadczenia polegającego na koordynowaniu prac w zakresie wykorzystania technologii BIM do wykonania kompletów dokumentacji projektowej (obejmujących w szczególności projekt budowlany i projekt wykonawczy) dla następującej liczby budynków użyteczności publicznej (w rozumieniu w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie o powierzchni użytkowej co najmniej 12.000 m² każdy: (...).”.

Konsorcjum Warbud w złożonym wykazie osób do pełnienia funkcji Menedżera BIM wskazał Pana P. Ł. . W ostatniej kolumnie wykazu pt. „Doświadczenie o jakim mowa (...)” wykonawca podał:

„Posiada wykształcenie wyższe oraz wiedzę na temat wykorzystywania technologii BIM do wykonywania kompletnej dokumentacji projektowej obiektów budowlanych oraz doświadczenie w praktycznym wykorzystywaniu tej technologii, a w szczególności koordynował wykonanie w technologii BIM kompletnej dokumentacji projektowej (obejmującej w szczególności projekt budowlany i projekt wykonawczy) dla budowy co najmniej dwóch budynków użyteczności publicznej w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 12.000 m² każdy, tj.:

1. Nazwa projektu: Galeria Handlowa Poznań City Center - użyteczność publiczna- Budowa obiektu budowlanego ul. Matyi 2, 61-586 Poznań.

Zakres prac: Koordynacja prac w zakresie wykorzystania technologii BIM do wykonania kompletów dokumentacji projektowej obejmującej w szczególności: projekty budowlane oraz projekty wykonawcze.

Pow. użytkowa: ponad 55 000 m².

2. **Nazwa projektu:** Galeria handlowa CHR SUWAŁKI PLAZA - użyteczność publiczna - Budowa obiektu budowlanego **ul. Generała Józefa Dwernickiego 15, 16-400 Suwałki,**

Zakres prac: Koordynacja prac w zakresie wykorzystania technologii BIM do wykonania kompletów dokumentacji projektowej obejmującej w szczególności: projekty budowlane oraz projekty wykonawcze.

Pow. użytkowa: ponad 60 000 m².

3. **Nazwa projektu:** Galeria handlowa CHR ZGORZELEC PLAZA - użyteczność publiczna - Budowa obiektu budowlanego **ul. Armii Krajowej 52a, 59-900 Zgorzelec.**

Zakres prac: Koordynacja prac w zakresie wykorzystania technologii BIM do wykonania kompletów dokumentacji projektowej obejmującej w szczególności: projekty budowlane oraz projekty wykonawcze.

Pow. użytkowa: ponad 35 000 m².

4. **Nazwa projektu:** Galeria handlowa CHR TORUŃ PLAZA użyteczność publiczna - Budowa obiektu budowlanego **ul. Broniewskiego 90, 87-100 Toruń.**

Zakres prac: Koordynacja prac w zakresie wykorzystania technologii BIM do wykonania kompletów dokumentacji projektowej obejmującej w szczególności: projekty budowlane oraz projekty wykonawcze **Pow. użytkowa:** ponad 100 000 m².

W toku prowadzonego postępowania w dniu 9 listopada 2020 r. Zamawiający otrzymał ze strony Konsorcjum Warbud pismo wskazujące, iż Konsorcjum Porr w zakresie informacji dotyczących doświadczenia osób wskazanych na stanowisko Menedżera BIM, technologa medycznego oraz projektanta w branży architektonicznej przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd.

Zamawiający w dniu 12 listopada 2020 r. wezwało Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Pismem z dnia 18.11.2020 r. Konsorcjum Porr złożyło wyjaśnienia oraz przedstawił dowody na ich poparcie. Powyższe wyjaśnienia wraz dowodami zostały objęte przez wykonawcę klauzulą „Tajemnica przedsiębiorstwa”.

Zamawiający w dniu 27 listopada 2020 r. poinformował Konsorcjum Porr o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 Pzp. W uzasadnieniu odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Porr wskazał m. in., że: „ (...) Z ich treści nie wynika, aby P. Ł. posiadał doświadczenie, na które powołuje się w treści złożonej oferty. Na podstawie przedstawionych dokumentów oraz publicznych zbiorów (Krajowy Rejestr Sądowy; portale social media) zamawiający ustalił następujący stan faktyczny. Przedstawione dokumenty nie potwierdzają, że P. Ł. posiada doświadczenie menadżera BIM w zakresie wymagany przez zamawiającego. Deklarowane przez konsorcjum, którego liderem jest PORR S.A. doświadczenie P. Ł. nie znajduje potwierdzenia w przedstawionych przez konsorcjum dokumentach i wyjaśnieniach. Z żadnego z przedłożonych dokumentów, nie wynika, aby przy projektowaniu ww. inwestycji była wykorzystywana technologia BIM. Ponadto z przedstawionych dokumentów nie wynika, by podmioty w nich wymienione (które udzieliły referencji P. Ł.) wykonały kompletną dokumentację projektową obejmującą w całości projekt budowlany i wykonawczy. Z treści tych dokumentów wynika, że podwykonawca spółki IMB Asymetria Spółka z o.o. i Wspólnicy Spółka komandytowa wykonywał jedynie część dokumentacji projektowej w zakresie instalacji wewnętrznych (dotyczy Galerii Handlowej CHR Toruń Plaza). Treść przedstawionych dokumentów, np. dotyczących Galerii Handlowej CHR Toruń Plaza wskazuje, że dokumentacja winna być wykonana w całości przy wykorzystaniu oprogramowania Autocad. Ponadto przedstawione przez konsorcjum PORR referencje są niewiarygodne. Po pierwsze pochodzą od osoby, która zgodnie z odpisem z KRS dla spółki Pentagram Architekti sp. z o.o. sp. k. w Poznaniu nie jest uprawniona do reprezentacji ww. spółki i nie może udzielać referencji w jej imieniu (dotyczy Centrum Handlowe CHR Suwałki Plaza, CHR Zgorzelec Plaza i Centrum Handlowe Poznań City Center). Ponadto sporządzone referencje pozostają w sprzeczności z oświadczeniem obecnego członka zarządu Pentagram Architekti Sp. z o.o. sp. k. (przekazanym zamawiającemu przez Warbud S.A. i dotyczącym CHR Suwałki Plaza, CHR Zgorzelec Plaza), który wskazał, że przy realizacji dokumentacji projektowej dla ww. inwestycji, nie była wykorzystywana technologia BIM. Ponadto referencje byłego członka zarządu Pentagram Architekti sp. z o.o., które dotyczą lat 2002-2014, zostały udzielone podmiotowi, który zgodnie z odpisem z KRS powstał dopiero w 2008 r. Analiza treści oferty złożonej przez Konsorcjum PORR S.A. – Lider, Vamed Polska Sp. z o.o. – Partner i VAMED Standortentwicklung und Engineering GmbH – Partner, prowadzi do wniosku, że zamawiający został wprowadzony w błąd odniesieniu do oświadczeń składanych zamawiającemu przez Konsorcjum o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Wskazany przez Konsorcjum P. Ł. jako menadżer BIM, nie wykazał doświadczenia w zakresie koordynowania wykonania kompletnej dokumentacji projektowej i z pewnością nie spełnia warunków stawianych w SIWZ takiej osobie. Zamawiający dokonał wnikliwej analizy dokumentów jakie zostały mu przedłożone w toku postępowania. Z ich treści wynika niezbicie, że Pan P. Ł. nie wykonywał projektów budowlanych i wykonawczych w technologii BIM dla inwestycji wskazanych przez Konsorcjum. Żaden z tych przedstawionych przez konsorcjum dokumentów, jak umowy, faktury i protokoły odbiorów projektów, których treść PORR S.A. zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa nie potwierdza, że były one wykonane w technologii BIM. W konsekwencji powyższego, zamawiający uznał, że:

- 1) Wykaz osób przygotowany przez konsorcjum, jest niezgodny z SIWZ – punkt 7.3 litera e w związku z treścią załącznika nr 6. W złożonej ofercie (wykaz osób) konsorcjum nie podało zgodnie z SIWZ funkcji i okresów, w których P. Ł. pełnił swoje funkcje.
- 2) Konsorcjum PORR nie wskazało osoby na stanowisko menadżera BIM, która spełniałaby wymogi siwz.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego, zamawiający uznał, że zachodzą przesłanki do wykluczenia konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. (...)”

Oświadczenia składane przez PORR S.A. w imieniu konsorcjum:

- 1)w zakresie doświadczenia P. Ł. są niezgodne z rzeczywistym stanem. Posiadane przez zamawiającego dokumenty potwierdzają, że P. Ł. nie brał udziału w inwestycjach wskazanych przez niego i konsorcjum jako menadżer BIM. Ponadto z dokumentów wynika, że w procesie tworzenia kompletnego projektu budowlanego i wykonawczego dla powołanych inwestycji, nie była stosowana technologia BIM;
- 2)zamawiający uzależnił udział w postępowaniu przetargowym od wykazania się przez oferenta dysponowaniem osobą mającą doświadczenie w stosowaniu technologii BIM w zakresie opisanym w pkt 6.2.2. lit. c pkt IV. Ponieważ oferta konsorcjum była najtańsza, to zamawiający prowadził szczegółową analizę jej treści. Wprowadzenie zamawiającego w błąd powoduje, że konsorcjum nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nadto ta okoliczność oznacza obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- 3)okoliczności sprawy wskazują, że postępowaniu konsorcjum można przypisać winę w przygotowaniu treści oferty. Jako profesjonalista konsorcjum jest zobowiązane do zbadania czy oświadczenia składane przez jego członków i osoby, którym ma być powierzony wykonywanie umowy z zamawiającym, przedstawiają prawdziwe informacje co do ich doświadczenia, a w konsekwencji czy spełniają warunki udziału w postępowaniu przetargowym określone w siwz. Konsorcjum pomimo wezwania do złożenia wyjaśnień nie przedstawiło dokumentów, które potwierdzałyby, że zawarte w ofercie oświadczenia co do doświadczenia menadżera BIM są zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy.

Wobec powyższego na skutek ziszczenia się przesłanek do wykluczenia konsorcjum PORR S.A. – Lider, Vamed Polska Sp. z o.o. – Partner i VAMED Standortentwicklung und Engineering GmbH – Partner, zamawiający wyklucza konsorcjum z udziału w postępowaniu nr PN-52/20 prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na Budowę Centralnego Zintegrowanego Szpitala Klinicznego w Poznaniu - centrum medycyny interwencyjnej (etap I CZSK) w zakresie Modułów 1, 2a, 2b i 3b w formule „zaproszanej i wybudowanej”.

W zakresie zgłoszonego zarzutu w toku rozprawy zostały złożone przez Konsorcjum Porr następujące dokumenty, które w części zostały zastrzeżone przez wykonawcę, jako zawierające informacje o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa:

- 1.komplet faktur (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa),
 - 2.wydruki komputerowe z dokumentacji technicznej (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa),
 - 3.pismo z dnia 5 stycznia 2021 r., pochodzące ze Samodzielnego Publicznego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Chelmie wraz z pismem z dnia 23.12.2020 r. „Wniosek o udzielenie informacji publicznej”,
 - 4.„Umowa o dzieło” (4 szt.):
- a)z dnia 27.08.2010 r. zawarta pomiędzy W. Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (jako „Zlecającym”) a Panem P. Ł. (jako „Wykonawcą”) z dnia 27.08.2010 r. dotycząca projektu budowlanego i wykonawczego obiektu CH Poznań City Center i Zintegrowane Centrum Komunikacyjne „Poznań Główny”;
 - b)z dnia 12.11.2007 r. zawarta pomiędzy P. W. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą AIRTECH P. W. z siedzibą w Poznaniu (jako „Zlecającym”) a Panem P. Ł. (jako „Wykonawcą”) dotyczących projektu budowlanego i wykonawczego obiektu Centrum Handlowe „Suwałki Plaza”;
 - c)z dnia 30.12.2007 r. zawarta pomiędzy P. W. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą AIRTECH P. W. z siedzibą w Poznaniu (jako „Zlecającym”) a Panem P. Ł. (jako „Wykonawcą”) dotycząca projektu budowlanego i wykonawczego obiektu Centrum Handlowe „Zgorzelec Plaza”;
 - d)zawarta dnia 08.02.2008 r. pomiędzy P. W. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą AIRTECH P. W. z siedzibą w Poznaniu (jako „Zlecającym”) a Panem P. Ł. (jako „Wykonawcą”) dotycząca projektu budowlanego i wykonawczego obiektu Centrum Handlowe „Toruń Plaza”.

w których podano m. in:

„§ 1 Wykonawca zobowiązuje się do wykonania dla Zlecającego dzieła –

1.wykonanie modeli BIM (3D) na podstawie dostarczonych przez Zlecającego rysunków 2D, w zakresie:

- a)architektury,
- b)konstrukcji
- c)Instalacji elektrycznych i sanitarnych,

(...)

2.koordinacji przebiegu instalacji elektrycznych i sanitarnych, polegającej na:

- a)wskazaniu w modelu kolizji zaistniałych w modelu,
- b)zapropozowaniu zmian przebiegu instalacji elektrycznych i sanitarnych,

a)wprowadzeniu do modelu zmian przebiegu instalacji w uzgodnieniu z Generalnym Projektantem Instalacji – P. W. ”.

Do ww. umów załączono protokołu przekazania dzieła.

- 5.Umowa o dzieło zawarta pomiędzy P. W. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą (jako „Zlecającym”) a Panem P. Ł. (jako „Wykonawcą”) z dnia 04.04.2010 r. dotycząca projektów wykonawczych Fit-outów najemców „New Yorker”.
- 6.Umowa o dzieło zawarta pomiędzy W. Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (jako „Zlecającym”) a Panem P. Ł. (jako „Wykonawcą”) z dnia 16.09.2009 r. dotycząca projektów wykonawczych Fit-outów najemcy „Stokrotka”.
- 7.Umowa o dzieło zawarta pomiędzy W. Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (jako „Zlecającym”) a Panem P. Ł. (jako „Wykonawcą”) z dnia 12.08.2011 r. dotycząca projektów wykonawczych Fit-outów najemcy „C&A”.
- 8.Umowa o dzieło zawarta pomiędzy W. Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (jako „Zlecającym”) a Panem P. Ł. (jako „Wykonawcą”) z dnia 12.08.2011 r. dotycząca projektów wykonawczych Fit-outów najemcy „Mango”.

Konsorcjum Warbud w zakresie zarzutu dotyczącego doświadczenia Pana P. Ł. złożyło również komplet dowodów w skład, którego w części powielaly się dokumenty złożone Zamawiającemu z pismem z dnia 9 listopada 2020 r., tj.:

- 1.Pismo z dnia 26.10.2020 od Pani R. S. – O. wraz z wnioskiem o udostępnienie informacji z dnia 22.11.2020 r.,
- 2.Referencje z dnia 4.11.2013 r. w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski,
- 3.Decyzja nr 247/11 z dnia 4.08.2011 r. o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzieleniu pozwolenia na budowę,
- 4.Decyzja nr 141/12/11 z dnia 20.04.2012 r. o zatwierdzeniu zmiany w projekcie budowlanym Zintegrowanego Centrum Komunikacyjnego na stacji Poznań Główny,
- 5.Decyzja nr 142/12/11 z dnia 20.04.2012 r. o zatwierdzeniu zmiany w projekcie budowlanym Zintegrowanego Centrum Komunikacyjnego na stacji Poznań Główny,
- 6.Pismo z dnia 23.10.2020 od Pana J. S. wraz z wnioskiem o udostępnienie informacji z dnia 22.10.2020 r.
- 7.Pozwolenie nr 102/09 z dnia 2.07.2009 r.
- 8.Pismo z dnia 09.11.2020 od Pana J. S. wraz z wnioskiem o udostępnienie informacji z dnia 6.11.2020 r.
- 9.Porozumienie z dnia 8 listopada 2019 r. zawarte pomiędzy Zgorzelec Plaza PVBRI II B.V. spółka komandytowa a J. S.,
- 10.Pismo z dnia 28.10.2020 od Pana W. G. biuro projektowe IMB Asymetria dotyczące CH Plaza Toruń wraz z wnioskiem o udostępnienie informacji z dnia 27.10.2020 r.
- 11.Umowa o przeprowadzenie prac architektonicznych i projektowych zawarta w dniu 4 marca 2008 r. pomiędzy Toruń Plaza Sp. z o.o. a IMB Asymetria Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Wspólnicy Spółka komandytowa w Krakowie.

Konsorcjum Warbud złożyło również komplet dowodów dotyczących doświadczenia Pani I. Z. oraz Pana S. G., w skład którego wchodziła norma PN-ISO 9836:1997 oraz zapytania Warbud oraz odpowiedzi na owe pisma (tj. pismo z dnia 22.10.2020 r. nr SCCS/DT/11530/20, pismo z dnia 30.10.2020 r. nr TR.202.172.2020, pismo z dnia 2.11.2020 r. nr 2968/2020/SEK/SPR/20/001613/9, pismo z 7.12.2020 r. nr T202/50/2020 oraz wyciągi z dokumentacji projektowych oraz komplet wydanych w sprawach decyzji.

Po wszechstronnym i wyczerpującym zbadaniu zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 Pzp w konsekwencji również przepisu art. 26 ust. 3 Pzp.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 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.

Żaś według art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp 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.

Natomiast przepis art. 26 ust. 3 Pzp stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a załączniki do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 rodzaje dokumentów żądanych w postępowaniu od wykonawców ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba, że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielania wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Na wstępie przedstawionych rozważań Izba wskazuje, że Zamawiający w treści postawionego warunku udziału w postępowaniu, który odnosił się do Menadżer BIM wprost i szczegółowo opisał swoje wymagania w omawianym zakresie. Zamawiający wskazał, że wymaga nie tylko posiadania wiedzy w zakresie wykorzystania technologii BIM do wykonania kompletnej dokumentacji projektowej obiektów budowlanych, ale jednocześnie doświadczenia w praktycznym wykorzystaniu tej technologii, a w szczególności doświadczenia w koordynowaniu wykonania w technologii BIM kompletnej dokumentacji projektowej dla budowy konkretnej ilości i rodzaju budynków rozumieniu określonych w specyfikacji przepisów.

Izba wskazuje, że powyższy wymóg należy czytać w ten sposób, że wykonawca ubiegający się o udzielenie tego zamówienia powinien być legitymować się osobą, która wraz z posiadaną wiedzę w zakresie wykorzystania technologii BIM do wykonania kompletnej dokumentacji projektowej obiektów budowlanych posiada również doświadczenie praktyczne w wykorzystaniu tej technologii, które powinno się przejawiać zwłaszcza w posiadaniu doświadczenia w koordynowaniu wykonania w technologii BIM kompletnej dokumentacji projektowej dla budowy powołanych powyżej budynków. Oznacza to, że w zakresie doświadczenia w praktycznym wykorzystaniu technologii BIM istotne było doświadczenie związane z koordynacją tego rodzaju czynności jak wykonanie w technologii BIM, nie wybranych elementów (np. branży instalacji sanitarnych i elektrycznych) a kompletnej dokumentacji projektowej dla określonej liczby i rodzaju budynków. Wobec tego Izba uznała, że osoba wskazana na to stanowisko musiała uczestniczyć w procesie projektowym i koordynować prace związane z przygotowaniem dokumentacji w oparciu o modele BIM. Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie podzieliła argumentacji Konsorcjum Porr, że postanowienia specyfikacji w tym zakresie były niejednoznaczne i pozwalały na przyjęcie stanowiska prezentowanego przez Konsorcjum Porr. Podkreślenia wymaga, że na etapie publikacji specyfikacji wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia w zakresie rozumienia sformułowanego warunku, dotyczącego wymagań dla Specjalisty BIM nie zgłaszali żadnych pytań, co może prowadzić do wniosku, że nie mieli wątpliwości co do jego rozumienia, a to wówczas był czas na podejmowanie tego rodzaju polemiki z postanowieniami specyfikacji.

Zgodzić się należy z Przystępującym, że za chybioną należy uznać argumentację Odwołującego, dotyczącą zawartej w SIWZ definicji "kompletów dokumentacji", jako odnoszącej się wyłącznie do projektantów, bowiem dostrzec należy, że Zamawiający formułując warunek dotyczący Managera BIM, niezależnie od wspomnianej definicji, wymagał, aby osoba ta posiadała doświadczenie w koordynowaniu wykonania w technologii BIM kompletnej dokumentacji projektowej. Izba przyznała rację Konsorcjum Warbud, że „kompletna dokumentacja projektowa” w żadnym znaczeniu i rozumieniu tego pojęcia nie może oznaczać wykonania jedynie projektów instalacyjnych nawet „niemalże we wszystkich branżach”, nie obejmuje bowiem pozostałych branż takich jak branża architektoniczna, konstrukcyjna, itp. Twierdzenia przeciwnie byłyby zwyczajnie nielogiczne.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy stwierdzić należy, że Konsorcjum Porr nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który został opisany w pkt 6.2. ppkt 2) lit. c) IV SIWZ. Z ustaleń Izby poczynionych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wynika, że doświadczenie Pana P. Ł., wskazanego do pełnienia funkcji Menadżera BIM, podane przez Konsorcjum Porr w wykazie osób nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w specyfikacji w zakresie posiadania praktycznego doświadczenia w wykorzystaniu technologii BIM w aspekcie koordynacji wykonania w technologii BIM kompletnej dokumentacji projektowej dla budowy co najmniej dwóch budynków użyteczności publicznej w rozumieniu rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 12.000 m².

Kwestią, która przemawia za przyjęciem takiego stanowiska jest to, że sam Odwołujący już w treści złożonego odwołania przyznaje, że koordynowanie wykonania w technologii BIM dotyczyło dokumentacji tylko ściśle określonego zakresu, a tym samym potwierdza, że z całą pewnością nie mamy do czynienia z doświadczeniem dotyczącym dokumentacji kompletnej. Również z przedłożonych przez Konsorcjum Porr dowodów pt. „Umowa o dzieło” (§ 1 pkt 2 umowy) wynika, że Pan P. Ł. we wszystkich wskazanych inwestycjach, zarówno w Poznaniu, Suwałkach, Zgorzelcu i Toruniu w ramach powierzonych mu prac dotyczących opracowania projektu budowlanego i wykonawczego w zakresie koordynacji wykonania dokumentacji projektowej zobowiązany był jedynie do koordynacji przebiegu instalacji elektrycznych i sanitarnych, polegającej na: wskazaniu w modelu kolizji zaistniałych w modelu, zaproponowaniu zmian przebiegu instalacji elektrycznych i sanitarnych, wprowadzeniu do modelu zmian przebiegu instalacji w uzgodnieniu z Głównym Projektantem Instalacji – P. W. . Powyższe oznacza, że nie można przypisać wskazywanemu doświadczeniu Pana P. Ł. doświadczenia w koordynacji wykonania w technologii BIM kompletnej dokumentacji projektowej a jedynie w branży instalacji elektrycznych i sanitarnych. Przyjęte stanowisko potwierdzają również dowody złożone przez Konsorcjum Porr w postaci faktur, których opisy nie odzwierciedlają kompleksowości, na którą powołuje się wykonawca a wprost wskazują na konkretny rodzaj wykonywanych prac, który jest spójny z treścią umów, które zostały wskazane powyżej. Na kanwie powyższych stwierdzeń uznać należy, że rację ma Przystępujący, który podnosił, że aby mówić o koordynowaniu prac w zakresie wykorzystania technologii BIM do wykonania kompletów dokumentacji projektowej należało brać pod uwagę wszystkie branże (tj. Konstrukcja, Architektura, PZT, sieci, wod-kan, HVAC, instalacje elektryczne), które musiały być przygotowane w postaci modelu BIM i skoordynowane.

Kolejno Izba odniosła się do pozostałych dowodów w postaci umów o dzieło, które odnoszą się do prac wykonywanych na rzecz najemców określonych obiektów. Izba uznała je za nieprzydatne dla obalenia zasadności zgłoszonych zarzutów z uwagi na to, iż dotyczą one jedynie prac realizowanych na rzecz najemców tj. Mango, Stokrotka, C&A czy też New Yorker, które są jedynie elementem, fragmentem obiektu, jakim jest budynek centrum handlowego. Również dowód w postaci wydruku z dokumentacji projektowej Izba uznała za niewiarygodny i nieprzydatny z uwagi na brak wszystkich wymaganych podpisów osób zaangażowanych w jego sporządzenie, w szczególności brak na nim podpisu osoby, której doświadczenia dotyczy zgłoszony zarzut - Pana P. Ł. .

Izba za wiarygodne uznała dowody pochodzące od Głównych projektantów, które zostały przesłane Zamawiającemu przez Konsorcjum Warbud (wymienione powyżej). W ich treści żaden z nich nie potwierdził współpracy z Panem P. Ł. a nawet więcej, każdy z nich zaprzeczył jakoby dokumentacja projektowa powstała przy wykorzystaniu technologii BIM. Izba uznała za przekonujące wyjaśnienia Przystępującego, że mało prawdopodobnym jest, a wręcz niemożliwym, aby jakkolwiek osoba „koordynowała wykonanie kompletnej dokumentacji obejmującej projekty budowlane i wykonawcze w technologii BIM”, a Główny projektant czyli osoba odpowiedzialna za projekt by o tym nie wiedział. Dlatego też jeżeli nawet Pan P. Ł. stworzył na podstawie fragmentu dokumentacji jakiś model BIM np. w zakresie instalacji elektrycznych, czy też sanitarnych, to na pewno nie można mu przypisać funkcji koordynatora prac w zakresie wykonania w technologii BIM kompletnej dokumentacji obejmującej projekty budowlane i wykonawcze.

Izba nie podziela zapatrywań Konsorcjum Porr, że doświadczenie Pana P. Ł. wskazane w § 1 pkt 1 powołanych umów jest wystarczające do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt 6.2. ppkt 2) lit. c) IV SIWZ. Izba zwraca uwagę, że treść ww. warunku udziału wprost odwoływała się do doświadczenia w zakresie koordynacji wykonania w technologii BIM kompletnej dokumentacji projektowej, podczas, gdy pkt 1 ww. paragrafu umowy odwołuje się jedynie do wykonania modeli BIM (3D) na podstawie dostarczonych przez Zlecającego rysunków 2D, w zakresie: architektury, konstrukcji, instalacji elektrycznych i sanitarnych. Nie zostało przez Odwołującego w toku

rozprawy wykazane, że powyższe może być utożsamiane z doświadczeniem w zakresie koordynacji wykonania w technologii BIM kompletnej dokumentacji projektowej. Wydaje się nawet, że takie zrównywanie ww. czynności jest nieuprawnione skoro strony umowy w jej treści je celowo rozdzieliły.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że to na wykonawcy ubiegającym się o udzielenie zamówienia spoczywa ciężar wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Natomiast w postępowaniu odwoławczym to właśnie na Odwoływającym (tj. Konsorcjum Porr) spoczywał ciężar dowodu, jako na tym, który z tego wywodzi skutki prawne. Izba uznała, że Konsorcjum Porr nie przedstawiło żadnego dowodu, z którego wynikałoby, że Pan P. Ł. posiada żądane przez Zamawiającego praktyczne doświadczenie, że w zakresie koordynacji wykonania w technologii BIM kompletnej dokumentacji projektowej.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że Konsorcjum Porr nie wykazało spełnienia postawionego w postępowaniu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego Menadżera BIM, co powinno skutkować koniecznością wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia ww. doświadczenia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Jednak z uwagi na to, że Izba stanęła na stanowisku, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp to w takiej sytuacji, zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej nie znajduje zastosowania przepis art. 26 ust. 3 Pzp, co ostatecznie oznacza, że Konsorcjum Porr podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Powracając do zasygnalizowanej wcześniej konieczności wykluczenia Konsorcjum Porr z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp Izba wskazuje, że dla skutecznego wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie ww. przepisu niezbędne jest wykazanie, że łącznie zostały spełnione trzy przesłanki:

- przedstawione przez wykonawcę informacje wprowadzają zamawiającego w błąd,
- informacje wprowadzające w błąd mogą mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego,
- przedstawienie informacji wprowadzających w błąd nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy.

Na kanwie powyższych rozważań Izba stwierdziła, że nieprawdziwą jest informacja przedstawiona przez Konsorcjum Porr w wykazie osób oraz w złożonych wyjaśnieniach, że Pan P. Ł. posiada doświadczenie w praktycznym wykorzystaniu technologii BIM, w szczególności koordynował wykonanie w tej technologii kompletnej dokumentacji projektowej dla budowy co najmniej dwóch budynków użyteczności publicznej w rozumieniu rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 12.000 m².

Przedstawienie przez Konsorcjum Porr Zamawiającemu tego rodzaju nieprawdziwych informacji, wprowadzających w błąd, bez wątpienia mogło mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w rozpoznawanym postępowaniu w zakresie potwierdzenia przez Konsorcjum Porr spełnienia warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt 6.2. ppkt 2) lit. c) IV SIWZ oraz w aspekcie sformułowanych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert (pkt 14.2 ppkt 3b SIWZ)

Jeśli zaś chodzi o ostatnią z przesłanek przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, polegającą na tym, że przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy należy zwrócić uwagę, że informacje przedstawiane przez wykonawcę w postępowaniu o zamówienie są składane w odpowiedzi na wymagania określone przez Zamawiającego. W związku z tym ich podanie powinno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru prowadzonej działalności przez wykonawców. Jak wskazuje się w orzecznictwie, należyta staranność dłużnika określa przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Bez wątpienia obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności. Powyższe pozwala na przyjęcie, że dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, wystarczające jest to, by podanie obiektywnie niezgodnych ze stanem rzeczywistym informacji (a więc informacji nieprawdziwych) wynikało z lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy.

Izba wyjaśniając wskazuje, że do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 14 Pzp stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego 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 Konsorcjum Porr przed złożeniem stosownych dokumentów, w tym przypadku wykazu osób i wyjaśnień z dnia 18 listopada 2020 r. powinno dokonać szczególnej weryfikacji doświadczenia, którym legitymuje się Pan P. Ł., mając prawną świadomość, jako profesjonalistę, konsekwencji ich nierzetelności. Izba oceniając opisane powyżej zachowanie Konsorcjum Porr, w kontekście złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, wskazuje, na co najmniej brak należytej staranności wykonawcy, przejawiający się lekkomyślnością związaną z brakiem weryfikacji oświadczeń, w których posiadaniu był wykonawca z materiałami źródłowymi w postaci umowy i protokołów zdawczo-odbiorczych, których treść wskazywała jednoznacznie wskazywała na określoną niespójność z treścią złożonych oświadczeń. Konsorcjum Porr, jako podmiot profesjonalny występujący na branżowym rynku jest zobowiązany do starannego

działania, a za takie nie może być uznane przekazanie Zamawiającemu informacji nieprawdziwych w zakresie wskazanego w wykazie osób i złożonych wyjaśnieniach z dnia 18 listopada 2020 r. doświadczenia Pana P. Ł. .

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że wykonawca Konsorcjum Porr podlega wykluczeniu z postępowania nie tylko na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, ale również na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, a zatem zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 Pzp w omawianym zakresie należy uznać za nieuzasadnione.

Izba nie stwierdziła również naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy, ponieważ Izba ustaliła, że Zamawiający na moment przeprowadzenia rozprawy nie przeprowadził czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o ustanowione kryteria oceny ofert. Tym samym ww. zarzut zgłoszony przez Konsorcjum Porr należy uznać za przedwczesny.

Konsekwencją takiego stanowiska Izby jest oddalenie odwołania o sygn. akt KIO 3222/20.

Podsumowując Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp a także art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 pkt 1 i 2 lit. b), § 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).

KIO 3252/20

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie 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.

Izba uznała za konieczne odniesienie się w tym miejscu do argumentacji Konsorcjum Porr w zakresie braku interesu Konsorcjum Warbud do wniesienia odwołania. Izba uznała, że przyjęcie takiego stanowiska jest chybione. U podstaw takiej decyzji Izba legła następująca argumentacja.

W tym miejscu przytoczyć należy treść przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, który stanowi, że środki ochrony prawnej 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.

Nie budzi żadnych wątpliwości Izby, że Konsorcjum Warbud w ramach prowadzonego postępowania - które jest przedmiotem rozpoznania Izby - posiada status wykonawcy, który ubiega się o udzielenie zamówienia, ponieważ złożył w tym postępowaniu ważną ofertę, która nie została odrzucona. Wobec tego w przypadku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy może ponieść szkodę, polegającą na tym, iż nie uzyska zamówienia o udzielenie, którego się ubiega.

Dostrzeżenia wymagają, że Konsorcjum Warbud w złożonym odwołaniu nie domaga się od Zamawiającego wykluczenia wykonawcy Porr z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 Pzp (w zakresie zarzutów dotyczących doświadczenia Pana P. Ł.) jak uczynił to przecież już Zamawiający, ale na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp w zakresie zarzutów dotyczących doświadczenia Pana P. Ł. a także na art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w odniesieniu do doświadczenia wykazywanego przez Konsorcjum Porr w odniesieniu do Pani I. Z. oraz S. G. . Ponadto wśród powyższych zarzutów odwołania Konsorcjum Warbud postawił zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp i domagał się ujawnienia określonej grupy dokumentów pochodzących od Konsorcjum Porr, jako niezasadnie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Istotnym jest również kwestia związana z tym, że w ramach prowadzonego postępowania wykonawca Porr złożył odwołanie (sygn. akt KIO 3222/20), w którym domaga się przywrócenia go do postępowania. Wobec tego z punktu widzenia Konsorcjum Warbud uzasadnione jest podnoszenie pozostałych zarzutów względem wykonawcy Porr, bowiem na tym etapie postępowania wykonawca nie może mieć pewności, co do prawidłowości czynności Zamawiającego, polegającego na wykluczeniu wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 Pzp. Powyższe rozważania Izby należy także osadzić w aspekcie upływu terminu na zaskarżenie zaniechania Zamawiającego, który rozpoczął swój bieg w momencie poinformowania Konsorcjum Warbud o wykluczeniu Konsorcjum Porr z postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że wykonawca Warbud posiada interes w uzyskaniu tego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisu ustawy, co oznacza, że oddaleniu podlega wniosek Konsorcjum Porr o oddalenie odwołania Konsorcjum Warbud w uwagi na brak interesu tego wykonawcy w skorzystaniu ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania.

Analiza zarzutów zawartych w odwołaniu doprowadziła Izbę do przekonania, że odwołanie podlega oddaleniu z uwagi na brak potwierdzenia zgłoszonych w nim zarzutów.

1. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp dotyczący informacji przekazanych przez konsorcjum Porr w zakresie doświadczenia Pani I. Z. wskazanej do pełnienia funkcji technologa medycznego oraz Pana S. G. wskazanego do pełnienia funkcji projektanta specjalności architektonicznej – koordynatora zespołu projektowego.

W zakresie doświadczenia osoby mającej pełnić funkcję technologa medycznego Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 6.2 pkt 2) c) ppkt II SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu, a także pkt 14.2 pkt 3 ppkt 3c SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert, Zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował osobą: która brała udział, jako technolog medyczny, w wykonaniu - co najmniej w zakresie technologii medycznej - co najmniej 1 kompletu dokumentacji projektowej, (składającego się w szczególności z projektu budowlanego i wykonawczego), dotyczącego budowy obiektu budowlanego w postaci jednego Szpitala o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 12.000 m² (Zamawiający nie dopuszcza sumowania powierzchni użytkowej różnych Szpitali).

W ramach podkryterium Zamawiający przyznawał punkty w przypadku posiadania przez ww. osobę doświadczenia polegającego na udziale w wykonaniu (w zakresie technologii medycznej jako technolog medyczny) kompletów dokumentacji projektowej, z których każdy składał się z projektu budowlanego i projektu wykonawczego i dotyczył budowy obiektu budowlanego w postaci Szpitala o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 12.000 m².

Zaś względem doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko projektanta w specjalności architektonicznej - koordynatora zespołu projektowego Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 6.2 pkt 2) lit. c) ppkt II SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu, a także pkt 14.2 pkt 3 ppkt 3d SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert, Zamawiający wymagał, aby Wykonawca dysponował osobą: która wykonała jako projektant ww. specjalności co najmniej 1 komplet dokumentacji projektowej składający się z projektu budowlanego i wykonawczego dotyczący budowy obiektu budowlanego w postaci jednego Szpitala o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 12.000 m² (Zamawiający nie dopuszcza sumowania powierzchni użytkowej różnych Szpitali).

W ramach podkryterium Zamawiający przyznawał punkty w przypadku posiadania przez ww. osobę: doświadczenia polegającego na wykonaniu jako projektant specjalności architektonicznej następującej liczby kompletów dokumentacji projektowej (z których każdy składał się w szczególności z projektu budowlanego i projektu wykonawczego) dotyczących budowy obiektu budowlanego w postaci Szpitala o powierzchni użytkowej każdego Szpitala nie mniejszej niż 12.000 m².

Analiza zasadności zgłoszonego zarzutu doprowadziła Izbę do przekonania, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, mający polegać na zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum Porr z uwagi na to, że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił nieprawdziwe informacje, które odnosiły się do doświadczenia Pani I. Z. oraz S. G., które jednocześnie stanowiły informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp 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.

Nie było sporu między stronami, co do tego, że Zamawiający w treści specyfikacji, pomimo, iż w stopniu bardzo szerokim zdefiniował cały szereg pojęć istotnych z punktu widzenia zamówienia, to nie określił, co należy rozumieć pod pojęciem „powierzchnia użytkowa”, które to pojęcie było przez Zamawiającego wykorzystywane przy precyzowaniu treści warunków udziału w postępowaniu. Strony były zgodne, co do tego, że pojęcie to może być rozumiane różnorako w zależności dokumentu stosowanego do ustalenia jego znaczenia. I tak. Konsorcjum Porr Odwoływało się do rozumienia tego pojęcia w świetle przepisów prawa, tj. prawa podatkowego. Natomiast Konsorcjum Warbud odwoływało się do rozumienia tego pojęcia w brzmieniu treści normy ISO, która została złożona, jako dowód do akt sprawy. Na brak jednoznaczności ww. pojęcia wskazuje również odpowiedź udzielona przez jednego z Zamawiających (Szpital w Chelmie).

W rozpoznawanym stanie faktycznym sprawy Izba stwierdziła, że skoro Zamawiający nie ustalił definicji tego pojęcia ani też przy jego treści nie odwołał się do przepisów określonej gałęzi prawa to, w takiej sytuacji zmuszony był uznać za dopuszczalny sposób ustalania powierzchni użytkowej zarówno ten wskazywany przez Warbud jak i ten przyjęty przez Konsorcjum Porr. W tym miejscu należy wskazać na pogląd utrwalony w linii orzeczniczej Izby, zasadzający się na tym, że wszelkiej niejasności i nieprecyzyjności specyfikacji nie może powodować negatywny konsekwencji po stronie wykonawców, a z taką sytuacją mamy właśnie do czynienia w rozpoznawanym zarzucie. Wobec tego Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, mającego polegać na zaniechaniu Zamawiającego wskazania wszystkich podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy Porr z prowadzonego postępowania.

2. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, mającego polegać na zaniechaniu Zamawiającego wskazania wszystkich podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy Porr z prowadzonego postępowania względem doświadczenia Pana P. Ł..

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

W tym zakresie aktualne pozostają ustalenia Izby oraz argumentacja opisana w zakresie postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3222/20 przy okazji rozpoznania zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. We wskazywanym zakresie zaskarżenia Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp mającego polegać na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. przepisu oraz uzupełnienia podstaw faktycznych i prawnych informacji o wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Porr z prowadzonego postępowania. Izba nie znalazła żadnych okoliczności, które pozwalałyby na uznanie, że Konsorcjum Porr w omawianym zakresie można byłoby przypisać zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo. Odwołujący poza własnymi twierdzeniami, które podpierał orzecznictwem Izby w tym zakresie nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie zaprezentowanego stanowiska.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp mającego polegać na przygotowaniu i prowadzeniu przez Zamawiającego postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

3. Zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 Pzp, polegający na niezasadnym uznaniu, że wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Porr na wezwanie Zamawiającego zawierają informacje o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 otwarcie ofert ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

Izba ustaliła, że Konsorcjum Porr we właściwym terminie zastrzegło określony katalog dokumentów, jako takich, które zawierają informacje o charakterze przedsiębiorstwa przedstawiając w tym zakresie stosowne wyjaśnienia przyczyn i podstaw dokonanego zastrzeżenia. Izba uznała zgłoszony zarzut na bezzasadny, czego skutkiem jest uznanie, że zarzut podlega oddaleniu. Rozstrzygnięcie Izby w zakresie braku potwierdzenia zgłoszonego zarzutu należy oceniać w aspekcie jego treści, która koncentrowała się na tym, że zastrzeżenie dokonane przez Konsorcjum Porr dotyczy informacji odnoszących się do inwestycji realizowanych ze środków publicznych w trybie zamówień publicznych, które jako takie są jawne. Ta sama zasada jawności dotyczy osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w procesie budowlanym, w tym projektantów.

Uwzględniając powyższe Izba dokonała analizy zastrzeżonych informacji i stwierdziła, że chybione jest stanowisko Odwołującego dotyczące charakteru realizacji inwestycji, których dotyczą zastrzeżone informacje, bowiem te, na które powołuje się Konsorcjum Porr w przeważającej części bez wątpienia nie mają charakteru takich, które były realizowanych ze środków publicznych w trybie Pzp. Natomiast, jeśli chodzi o pozostałą część informacji, to jest tą związaną z realizacją zamówień publicznych, to charakter zastrzeżonych informacji nie ma charakteru jawnego a po stronie inwestora w tym przypadku nie występuje obowiązek ujawniania tego rodzaju informacji, jakie zostały zastrzeżone przez Przystępującego. Na kanwie treści i uzasadnienia zgłoszonego zarzutu Izba nie miała wątpliwości, że postawiony przez Konsorcjum Warbud zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp nie potwierdził się.

Podsumowując Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z naruszeniem następujących przepisów ustawy: art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp a także art. 8 ust. 3 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 pkt 1 i 2 lit. b), § 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).

.....

.....

.....