

Sygn. akt KIO 3045/23

WYROK z dnia 31 października 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2023 r. przez wykonawcę SWISSROC BUILDING INTELLIGENCE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez 109 Szpital Wojskowy z Przychodnią SP ZOZ, ul. Piotra Skargi 9-11, 70-965 Szczecin

przy udziale wykonawcy P. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Digital Construction Site P. N. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - odrzucenie oferty wykonawcy P. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą

Digital Construction Site P. N. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, - ponowną ocenę i badanie ofert,

2. Kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 100 zł (jedenastę tysięcy sto złotych) jako zwrot kosztów poniesionych przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 t.j.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

UZASADNIENIE

Zamawiający - 109 Szpital Wojskowy z Przychodnią SP ZOZ z Szczecinie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023r., poz. 1605 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Pełnienie funkcji menadżera bim przy realizacji prac projektowych dla modernizacji, rozbudowy i doposażenia 109 szpitala wojskowego w Szczecinie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 września 2023 r., pod numerem 2023/BZP 00381171/01.

W dniu 16 października 2023 r. wykonawca – SWISSROC BUILDING INTELLIGENCE sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy P. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Digital Construction Site P. N. (dalej: „Digital” lub „Przystępujący”) do uzupełnienia Wykazu usług oraz Wykazu osób na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale XXIII pkt 1 ppkt 2.1) lit. B) i 2.2) lit. A) ppkt 2 SWZ ewentualnie art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania Digital do udzielenia wyjaśnień Wykazu usług oraz Wykazu osób w sytuacji, w której Digital nie wykazał spełniania wskazanych warunków udziału w postępowaniu, a produkcja wskazanych przez Digital domów pływających nie obejmuje realizacji robót budowlanych;
2. art. 239 ust. 1 Pzp poprzez przyznanie Digital 10 punktów w Podkryterium 2 oraz 10 punktów w Podkryterium 3 w sytuacji, w której Przystępujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu na minimalnym poziomie oraz nie wykazał się dysponowaniem osobą spełniającą wymagania dla otrzymania dodatkowej punktacji w Podkryterium 2 i 3;
3. art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia

oferty Digital z uwagi na to, że zaoferowana przez Digital cena jest rażąco niska, a udzielone przez Digital w dniu 2 października 2023 r. wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, jak i nie zawierają dowodów uzasadniających zaoferowaną cenę.

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

1. unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Digital, jako oferty

najkorzystniejszej;

2. wezwanie Digital w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia Wykazu usług i

Wykazu osób w zakresie warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale XXIII pkt 1 ppkt 2.1) lit. B) i 2.2) lit. A) ppkt 2 SWZ i ich wyjaśnienie, chyba, że oferta Digital podlega odrzuceniu;

3. odrzucenie oferty Digital na podstawie art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8

Pzp;

4. dokonanie ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem nieprzyznania

Digital punktacji w Podkryterium 2 i Podkryterium 3.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający określił w Rozdziale XXIII pkt 1 ppkt 2.1) lit. B) i 2.2) lit. A) ppkt 2 SWZ warunki udziału w postępowaniu, w których wskazał wyraźnie na konieczność wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem w pełnieniu funkcji BIM Manager/Specjalista BIM w zakresie prowadzenia robót budowlanych w oparciu o modele BIM, jak i na konieczność dysponowania Specjalistą BIM, który brał bezpośredni udział w realizacji usługi obejmującej koordynację robót budowlanych, prowadzonych z wykorzystaniem modeli BIM. W obu tych przypadkach, Zamawiający wyraźnie wskazał, że wskazane usługi musiały dotyczyć robót budowlanych. Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z art. 3 pkt 7 ustawy Prawo budowlane przez roboty budowlane należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Z kolei według pkt 1 tego artykułu przez obiekt budowlany należy rozumieć budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych. Wszystkie kategorie obiektu budowlanego są związane z gruntem i na nim posadowione. Nadto według art. 28 ust. 1 ustawy Prawo budowlane roboty budowlane można rozpocząć jedynie na podstawie decyzji o pozwoleniu na budowę, z zastrzeżeniem art. 29-31 określającym przypadki wymagające zgłoszenia. Odwołujący podkreślił, że Przystępujący w celu wykazania spełniania warunku określonego w Rozdziale XXIII pkt 1 ppkt 2.1 lit. B) wskazał na 3 usługi polegające na „Pełnieniu funkcji BIM Managera na etapie projektowania oraz budowy obiektów pływających” o nazwach Glaecier oraz Dipping zone, Dory oraz Mimi, a także MS Garde (dalej łącznie „Domy pływające”). We wszystkich trzech przypadkach wskazał, że miejscem wykonania zamówienia był Szczecin, Polska. We wszystkich przypadkach określił, że nazwą zamówienia było „Wsparcie w zakresie technologii BIM (koordynacja modeli BIM oraz robót budowlanych prowadzonych na podstawie modeli BIM, tworzenie przedmiarów z modeli BIM)”. Odbiorcą usług Digital była spółka DIRKMARINE z siedzibą w Kopenhadze. Digital

załączył także referencje wystawione przez DIRKMARINE dla wszystkich trzech usług wskazujące, że przedmiotem inwestycji, przy której świadczone były usługi pn. „budowa domów pływających”.

Zdaniem Odwołującego, domy pływające nie stanowią obiektu budowlanego w rozumieniu art. 3 pkt 1 ustawy Prawo budowlane i tym samym przy okazji konstrukcji/produkcji domu pływającego nie występują roboty budowlane. Dom pływający nie jest ani trwale związany z gruntem, a jego produkcja odbywa się w stoczni, a nie na gruncie. Produkcja domu pływającego nie wymaga ani uzyskania pozwolenia na budowę, ani zgłoszenia robót budowlanych. Tym samym, w toku realizacji Domów pływających Digital, wbrew deklaracjom zawartym w Wykazie usług, nie świadczył usług obejmujących „prowadzenie robót budowlanych” oraz „koordynowanie robót budowlanych”.

Odwołujący podkreślił, że jak wskazał Digital, produkcja domów pływających oraz związane z nimi usługi Digital miały miejsce w Szczecinie, a więc wykluczone jest by proces produkcji był objęty innymi niż polskimi przepisami prawa. Stąd też pojęcie robót budowlanych należy rozpatrywać w tym przypadku przez pryzmat definicji robót budowlanych wynikającej z ustawy Prawo budowlane. Pan P. N., który prowadzi działalność Digital, w domenie publicznej wskazuje, że jest prokurentem spółki DIRKMARINE oraz że w ramach tej spółki produkuje domy pływające w porcie w Szczecinie, w celu ich sprzedaży i transportu do Danii (patrz:..

Jak powszechnie wiadomo, produkcja domów pływających nie jest objęta prawem budowlanym, ani przepisami ustawy o ochronie zabytków, czy ustawy o ochronie środowiska, a dom pływający traktowany jest jako jednostka pływająca w rozumieniu ustawy z dnia 12 kwietnia 2018 r. o rejestracji jachtów i innych jednostek pływających o długości do 24 m (dalej: „u.r.j.j.p.”). Według art. 2 pkt 3) u.r.j.j.p. przez jacht rekreacyjny należy rozumieć statek przeznaczony lub używany w żegludze morskiej lub w żegludze śródlądowej, wyłącznie do uprawiania sportu lub rekreacji, inny niż jacht komercyjny. Ponadto Odwołujący przywołał wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 14.10.2021r. (sygn. Akt I SA/Sz 644/21), w którym Sąd wskazał, że: „houseboat, czyli jednostka pływająca używana do celów mieszkalnych, wpisuje się w pojęcie jachtu. Natomiast, na podstawie art. 3 ust. 1 u.r.j.j.p., jacht (definiowany jako jacht rekreacyjny oraz jacht komercyjny, statek wodny, jednostka pływająca używana do celów mieszkalnych (houseboat) oraz drewniana replika statku historycznego - przyp. sądu)) oraz jednostka pływająca używana do amatorskiego połowu ryb, o długości większej niż 7,5 m lub napędzie mechanicznym o mocy większej niż 15 kW, podlega rejestracji. Rejestracji jednostki

plywającej dokonuje organ rejestrujący, wpisując jednostkę do rejestru jachtów i innych jednostek pływających o długości do 24 m oraz nadaje jej numer rejestracyjny i wydaje dokument rejestracyjny. (...)

Analiza przywołanych regulacji i wyjaśnień prowadzi do wniosku, że houseboat, stanowiący dominujący element projektu, zgodnie z obowiązującym prawem jest jednostką pływającą używaną do celów mieszkalnych, która wpisuje się w pojęcie jachtu. W tym zakresie nie ulega wątpliwości, wbrew twierdzeniu skarżącego, że domki pływające to środki transportu opisane symbolem 773 KŚT. Nie może zmienić tej oceny podnoszona przez skarżącego okoliczność, że pływanie jest dodatkową właściwością domku. Prawdłowo zatem organ uznał, że cechy domków pływających ściśle wiążą je z cechami właściwymi dla taboru pływającego (tabor transportu śródlądowego). Argumentacja przedstawiona w rozstrzygnięciu przez organ jest spójna i logiczna. Ponadto znajduje uzasadnienie w powołanych aktach prawnych, a także dokumentacji konkursowej. Nadto nie można zaakceptować argumentacji skarżącego zmierzającej do zrównania cech domków pływających z cechami domków kempingowych, czy szerzej do cech budowli w rozumieniu przepisów prawa budowlanego. Fakt określania jednostek pływających używanych do celów mieszkalnych (houseboatów), jako "domków" nie może przesądzać o kwalifikowaniu ich w sposób tożsamy, jako: kioski, budki, baraki, domki campingowe. Od samej nazwy istotniejsze są bowiem cechy, które przesądzają o właściwościach użytkowych domków pływających. Podjęta przez skarżącego próba uzasadnienia błędnej kwalifikacji wydatku jest subiektywna i oderwana od obiektywnych okoliczności przesądzających o właściwej kwalifikacji zakupu jako środka transportu".

Odwolujący wskazał również, że domy pływające to w pełni mobilne obiekty niezwiązane z gruntem, które mogą się przemieszczać w obrębie akwenu, na którym się znajdują. W świetle prawa, pływający domek jest statkiem wodnym. Dom pływający zdolny do przemieszczania się musi być traktowany jako statek na podstawie art. 5 ust. 1 pkt 1) lit. g) lub h) ustawy z dnia 21 grudnia 2000 r. o żegludzie śródlądowej (Dz. U. z 2020 r. poz. 1863.). Dom pływający podlega więc przepisom tej ustawy i konieczne jest m.in. uzyskanie pozwolenia na żeglugę (tj. zgodnie z zasadami obowiązującymi w tym zakresie). Nadto obiekt taki musi zostać wpisany do rejestru administracyjnego polskich statków żeglugi śródlądowej. Według polskiego prawa, tego typu obiekty nie spełniają wymogów obiektu budowlanego. Rejestruje się je jako jachty na podstawie przepisów u.r.j.p. Mając powyższe na względzie nie ulega wątpliwości, że wskazane przez Digital usługi dotyczące Domów pływających opisane w Wykazie usług nie obejmowały swoim zakresem ani „prowadzenia robót budowlanych” ani „koordynowania robót budowlanych”. Zatem Digital nie wykazał spełniania określonego w Rozdziale XXIII pkt 1 ppkt 2.1) lit. B) SWZ warunku udziału w Postępowaniu.

Odwolujący zauważył, że na potrzeby wykazania przez Digital spełniania określonego w Rozdziale XXIII pkt 1 ppkt 2.2) lit. A) ppkt 2 SWZ warunku udziału w postępowaniu Digital wskazał na dysponowanie osobą w postaci p. Piotra Niedźwiedzkiego, który pełnił funkcję

BIM Managera na etapie projektowania oraz budowy obiektów pływających o nazwie Glaecier oraz Dipping zone w zakresie m.in. „koordynacji robót budowlanych prowadzonych z wykorzystaniem modeli BIM, przez łączny okres 13 miesięcy.”. Wskazane usługi dotyczą tożsamyh Domów pływających wskazanych w Wykazie usług, a zatem nie mogły i nie obejmowały koordynacji robót budowlanych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane. Zatem także w tym przypadku Digital nie wykazał spełniania określonego w Rozdziale XXIII pkt 1 ppkt 2.2) lit a) pkt 2 SWZ warunku udziału w postępowaniu.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że mając na względzie brak wykazania przez Digital spełniania określonych w Rozdziale XXIII pkt 1 ppkt 2.1) lit. B) i 2.2) lit. A) ppkt 2 SWZ warunków udziału w postępowaniu, wybór oferty Digital, jako najkorzystniejszej był nieuzasadniony, a Zamawiający winien był uznać, iż Digital nie wykazał spełnienia tych warunków i wezwać Digital w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia Wykazu usług i Wykazu osób, ewentualnie do udzielenia w tym zakresie także wyjaśnień. Ewentualnie, w braku uzupełnienia Wykazu usług i Wykazu osób, Zamawiający winien odrzucić ofertę Digital na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) Pzp jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niezasadnego przyznania Digital punktów w Podkryterium 2 i Podkryterium 3 Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający wskazał w SWZ, że w ramach oceny ofert w Podkryterium 2 przyzna wykonawcy dodatkowe 10 punktów w przypadku, w którym wykonawca wykaże się dysponowaniem Specjalistą BIM, który brał bezpośredni udział w prowadzeniu robót pełniąc funkcję Managera BIM/ Specjalisty BIM w zakresie prowadzenia robót budowlanych w oparciu o modele BIM. Digital w celu uzyskania dodatkowej punktacji w Podkryterium 2 wskazał doświadczenie p. N. dot. budowy domów pływających Dory, Mimi oraz MS Garde. Z kolei w celu uzyskania dodatkowej punktacji w ramach Podkryterium 3 Zamawiający wymagał, by wskazany przez wykonawcę specjalista BIM pełniąc funkcję BIM Managera/ Specjalisty BIM brała bezpośredni udział w tworzeniu lub weryfikacji przedmiarów robót opracowanych w oparciu o modele BIM. Digital w celu uzyskania dodatkowych 10 punktów w ramach Podkryterium 3 wskazał doświadczenie p. Niedźwiedzkiego dot. budowy domów pływających Dory, Mimi oraz MS Grade. Odwołujący wskazał, że produkcja Domów pływających nie wiązała się z realizacją robót budowlanych oraz tworzeniem i weryfikacją przedmiarów robót budowlanych z wykorzystaniem modeli BIM. Tym samym p. N. nie mógł nabyć wymaganego w Podkryterium 2 i Podkryterium 3 doświadczenia w prowadzeniu robót budowlanych w oparciu o modele BIM oraz w tworzeniu lub weryfikacji przedmiarów robót opracowanych w oparciu o modele BIM podczas produkcji domów pływających Dory, Mimi oraz MS Grade. W zakres tych inwestycji nie wchodziło wykonywanie robót budowlanych. Z tego też względu przyznanie Digital przez

Zamawiającego 10 punktów w ramach Podkryterium 2 i 10 punktów w ramach Podkryterium 3 było nieuzasadnione. W konsekwencji wniesienie odwołania w tym zakresie jest uzasadnione i Izba winna nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności przyznania Digital 10 punktów w ramach Podkryterium 2 i 10 punktów w ramach Podkryterium 3.

Uzasadniając zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny Odwołujący wyjaśnił, że w Postępowaniu oferty złożyło 6 wykonawców, a średnia arytmetyczna złożonych ofert wynosi 643.561,73 zł brutto. Zaoferowana przez Digital cena w wysokości 395.257,40 zł brutto stanowi zaledwie 61% tej wartości. Z kolei Zamawiający określił wartość zamówienia powiększoną o podatek VAT jako kwotę 590.400,00 zł brutto - cena zaoferowana przez Digital stanowi 67% tejże kwoty. Tym samym, zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp Zamawiający zwrócił się do Digital o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny.

W opinii Odwołującego, Digital w żaden sposób nie wykazał realności zaoferowanej ceny. Poza głośłownym oświadczeniem co do oszczędności w zakresie struktury firmy (rzekoma oszczędność 248.600,00 zł), czy też wynajmu biura (rzekomo dalsze 50.000,00 zł), Digital w żadnej mierze nie udowodnił przedstawionych wyliczeń, ani nie przedstawił kalkulacji rzekomych oszczędności. Twierdzenia Digital pozostają więc głośłowne. Digital w żadnej mierze nie pokazał w jaki sposób wyliczyć oszczędności na strukturze firmy w postaci 248.600,00 zł, a jest to zasadnicza kwota oszczędności Digital. W szczególności wskazania wymaga, że Digital poza oświadczeniem, iż dysponuje oprogramowaniem specjalistycznym opisanym w wyjaśnieniach, ani nie przedstawił zawartych licencji (np. w formie licencji of the shelf), ani nie przedstawił kalkulacji wskazanych oszczędności rzędu 37.036,00 zł netto. Nie sposób nie zauważyć, że nawet jeżeli Digital dysponuje licencjami na wskazane oprogramowanie - czego Digital nie wykazał - to winien przypisać koszt opłat licencyjnych do kosztów realizacji przedmiotu zamówienia. Digital winien przedstawić umowy licencyjne w celu umożliwienia Zamawiającemu upewnienia się, że Digital faktycznie dysponuje niezbędnym oprogramowaniem, oraz zweryfikowanie, jakie są ponoszone przez Digital koszty utrzymywania tych licencji w toku realizacji zamówienia. Digital nie wykazał okoliczności dysponowania własnym biurem na potrzeby realizacji zamówienia (np. umowa najmu), ani także nie wskazał wyliczenia oszczędności wynikających z tego tytułu przez cały okres realizacji zamówienia. Digital jeżeli wynajmuje biuro do prowadzenia działalności gospodarczej (nawet jeżeli jednocześnie w tym biurze mieszka), winien w okresie wykonywania zamówienia wliczyć koszty najmu do kosztów realizacji zamówienia. Digital nie przedstawił także obliczeń pokazujących koszty wykonania poszczególnych etapów realizacji zamówienia, pozostając wyłącznie przy wskazaniu liczby roboczo godzin dedykowanych ich realizacji. Nie wskazał przyjętej stawki roboczo godziny i nie wskazał, czy na każdym etapie

stawka roboczo godziny jest taka sama. Digital nie wykazał rozbicia zaoferowanej ceny na koszty oraz przewidywany zysk. Nie oświadczył także czy będzie korzystał z usług jakichkolwiek podwykonawców. Jest to znamienne, że Digital wskazał na oszczędności w wysokości 50.000,00 zł wynikające z braku konieczności najmu biura oraz w wysokości 37.036,00 zł z powodu braku konieczności ponoszenia kosztów licencyjnych oprogramowania, podczas gdy do realizacji zamówienia Digital winien dysponować biurem i niezbędnym oprogramowaniem i wskazane koszty winien przypisać do realizacji zamówienia, chociażby proporcjonalnie do czasu poświęconego przez Digital na realizację zamówienia oraz innych zamówień realizowanych jednocześnie. Oznacza to, że Digital zaniżył swoją cenę o co najmniej kwotę 87.036,00 zł. Digital nie wliczył do swojej ceny także kosztów transportu i spotkań, czy koszt materiałów biurowych.

Zamawiający – jak wskazał Odwołujący - wprost wymagał w wezwaniu do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, aby Przystępujący wyjaśnił wyceny wszystkich elementów zawartych w OPZ, przyjętego etapowania prac projektowych, przyjętej metodyki BIM do prac projektowych, wybranych rozwiązań technicznych, kosztów zespołu - próżno szukać tego rodzaju wyliczeń w wyjaśnieniach złożonych przez Digital. Tymczasem, Digital, zamiast wyjaśnić sposób kalkulacji ceny, wskazał wyłącznie na szacowany czas realizacji zamówienia, bez podania przyjętych stawek godzinowych na poszczególnych etapach realizacji zamówienia. Digital nie wykazał także ani kosztów realizacji zamówienia, ani nie wykazał poczynionych rzekomo oszczędności. Digital nie wskazał także jaki zakłada osiągnąć zysk na realizacji zamówienia. Zamawiający, nie mając informacji w zakresie zakładanych przez Digital kosztów realizacji zamówienia, ani zakładanego zysku, nie jest w stanie ocenić, czy Digital zakłada wykonanie realizacji zamówienia powyżej kosztów niezbędnych do jego realizacji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości. Zarzuty odwołania uznał za bezzasadne.

Również Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w piśmie procesowym z dnia 18 października 2023r.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowisko Odwołującego zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy i złożone dowody oraz stanowiska przedstawione w formie pisemnej przez Zamawiającego i Przystępującego zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę P. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Digital Construction Site P. N. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przechodząc w pierwszej kolejności do oceny zarzutu dotyczącego naruszenia art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp Izba ustaliła:

Zamawiający pismem z dnia 27 września 2023 r., działając w oparciu o art. 224 ust. 1 Pzp wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny wskazując, że: „Zaoferowana cena w ofercie Wykonawcy - DIGITAL CONSTRUCTION SITE P. N. złożona w w/w postępowaniu wydaje się rażąco niska w stosunku

do przedmiotu zamówienia, przez co zaoferowana cena budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ.

Wyjaśnienia powinny dotyczyć w szczególności m.in. wyceny wszystkich elementów zawartych w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia, przyjętego etapowania prac projektowych, przyjętej metodyki BIM do prac projektowych, wybranych rozwiązań technicznych, kosztów zespołu, w tym zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę lub minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu w którym realizowane jest zamówienie, zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej lub innych mających wpływ na wyliczoną cenę.

Wyjaśnienia powinny dotyczyć w szczególności m.in. wyceny wszystkich elementów zawartych w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym:

1. część I - DOKUMENTACJA PROJEKTOWA DLA ETAPU I ORAZ ETAPÓW II-

VI:

a) konsultacje z Zamawiającym w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie BIM,

b) wsparcie Zamawiającego przy tworzeniu dokumentów związanych z BIM

c) kontrola realizacji podstawowych wymagań Zamawiającego, których spełnienie Projektant przedstawił w Planie Realizacji BIM (BEP),

d) kontrola i wsparcie rzeczywistego poziomu koordynacji międzybranżowej i wymiany informacji związanych z Inwestycją

e) Bieżąca weryfikacja modeli BIM przekazywanych przez Projektanta

f) sprawdzanie poprawności raportów z kolizji występujących podczas realizacji

g) udział w odbiorach częściowych oraz odbiorze końcowym modeli BIM otrzymanych od Projektanta

h) monitorowanie procedury projektowej, dokumentowania zmian, archiwizacji i inspekcji informacji modelu BIM z uczestnikami procesu inwestycyjnego

2. część II - REALIZACJA ROBÓT ORAZ DOKUMENTACJA PROJEKTOWA

WYKONAWCY DLA ETAPU I ORAZ ETAPÓW II-VI:

a) Udział w opracowywaniu wymogów BIM dla etapu wykonawczego oraz udział w postępowaniach przetargowych wyboru wykonawców robót w zakresie konsultacji BIM

b) kontrola realizacji podstawowych wymagań Zamawiającego w EIR oraz zapisów przedstawionych przez Wykonawcę w Planie Realizacji BIM (BEP),

c) wsparcie Zamawiającego przy tworzeniu dokumentów związanych z BIM na etapie wykonawstwa robót oraz postępowań przetargowych.”.

Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach wskazał: „W związku z tym, że jestem z wykształcenia magistrem inżynierem budownictwa, posiadam uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń, ukończyłem studia podyplomowe w zakresie zarządzania inwestycjami zgodnie z technologią BIM oraz znam doskonale specyfikę prowadzenia inwestycji budowlanych, jestem w stanie pełnić funkcję Menadżera BIM samodzielnie, bez konieczności tworzenia dodatkowego zespołu. Struktura mojej firmy (jednoosobowa działalność gospodarcza) oraz samodzielne pełnienie funkcji Menadżera BIM pozwolą na oszczędności poprzez przyspieszenie komunikacji oraz szybsze podejmowanie kluczowych decyzji. Brak konieczności tworzenia dodatkowego zespołu, znalezienia wykwalifikowanych pracowników oraz brak dodatkowych kosztów takich jak badania medyczne, zakup środków BHP czy dodatki i świadczenia za delegację, pozwolą szacunkowo zaoszczędzić ok. 248 600 zł w ciągu 48 miesięcy trwania inwestycji.

Dodatkowo w ofercie nie zostały uwzględnione koszty wynajmu biura, ponieważ biuro mojej firmy znajduje się w mieszkaniu, które jednocześnie zamieszkuję. Wdrożone oraz sprawdzone na poprzednich projektach procesy zdalnego prowadzenia inwestycji takie jak komunikacja z wykorzystaniem MS Teams, przysyłanie dokumentów poprzez rozwiązania chmurowe czy precyzyjne zarządzanie czasem pracy pozwalają na zredukowanie kosztów w porównaniu do konkurencyjnych firm na rynku nawet o 50 000 zł netto.

W związku z tym, że poza przedmiotową inwestycją, świadczę usługi również dla innych podmiotów, w posiadaniu mojej firmy jest oprogramowanie BIM oraz sprzęt o najwyższych parametrach zgodnie z listą poniżej:

- Oprogramowanie AEC Collection (zawierające m. in. Autodesk Revit oraz Autodesk Navisworks),
- Stacjonarna stacja robocza HP Z4 G4, Intel Core i9 10900X 3.7GHz, 64GB (2x32GB) DDR4, NVIDIA Quadro RTX 4000 8GB, Solid State Drive 2TB,
- Mobilna stacja robocza HP Zbook 15 G6, Intel(R) Core(TM) i7-9850H 2.60GHz, 32GB (2x16GB) DDR4, NVIDIA Quadro T2000 4GB, Solid State Drive 1TB.

W związku z tym, że w/w oprogramowanie oraz sprzęt są własnością mojej firmy, pozwoliło to przynieść oszczędności w ofercie na poziomie 37 036 zł netto.

Z uwagi na to, że dużą część swoich usług świadczę w Szczecinie i okolicach, mogę znacząco obniżyć koszt ewentualnych przyjazdów na spotkania koordynacyjne w miejscu realizacji zamówienia w porównaniu do firm z innych rejonów kraju. Przy uwzględnieniu 2 wizyt w miesiącu oszczędności wyniosą 32 832 - 37 400 zł w porównaniu do firm zlokalizowanych w Warszawie lub Krakowie. W posiadaniu mojej firmy jest samochód osobowy, w związku z tym w ofercie zostały uwzględnione wyłącznie koszty amortyzacji tego środka trwałego w szacunkowej kwocie 24 000 zł netto.

Główną część oferty stanowi wsparcie Zamawiającego w zakresie Metodyki BIM, w związku z tym zostało przyjęte łącznie 3 744 r-g w ramach pełnienia funkcji Menadżera BIM z podziałem na poszczególne części zamówienia:

1) CZĘŚĆ I – DOKUMENTACJA PROJEKTOWA DLA ETAPU I ORAZ ETAPÓW II-VI:

- a) konsultacje z Zamawiającym w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia w

zakresie BIM, - 144 r-g

- b) wsparcie Zamawiającego przy tworzeniu dokumentów związanych z BIM, - 96

r-g

- c) kontrola realizacji podstawowych wymagań Zamawiającego, których

spełnienie Projektant przedstawił w Planie Realizacji BIM (BEP), - 288 r-g

- d) kontrola i wsparcie rzeczywistego poziomu koordynacji międzybranżowej i

wymiany informacji związanych z Inwestycją, - 576 r-g

- e) bieżąca weryfikacja modeli BIM przekazywanych przez Projektanta - 576 r-g

- f) sprawdzanie poprawności raportów z kolizji występujących podczas realizacji -288 r-g

- g) udział w odbiorach częściowych oraz odbiorze końcowym modeli BIM

otrzymanych od Projektanta - 288 r-g

- h) monitorowanie procedury projektowej, dokumentowania zmian, archiwizacji i inspekcji informacji modelu BIM z uczestnikami procesu inwestycyjnego, - 144 r-g

2) CZĘŚĆ II – REALIZACJA ROBÓT ORAZ DOKUMENTACJA PROJEKTOWA WYKONAWCY DLA ETAPU I ORAZ ETAPÓW II-VI:

- a) Udział w opracowywaniu wymogów BIM dla etapu wykonawczego oraz udział

w postępowaniach przetargowych wyboru wykonawców robót w zakresie konsultacji BIM -384 r-g,

- b) kontrola realizacji podstawowych wymagań Zamawiającego w EIR oraz

zapisów przedstawionych przez Wykonawcę w Planie Realizacji BIM (BEP) - 192 r-g

- c) wsparcie Zamawiającego przy tworzeniu dokumentów związanych z BIM na

etapie wykonawstwa robót oraz postępowaniach przetargowych - 384 r-g

d) udział w odbiorach częściowych oraz odbiorze końcowym modeli BIM

otrzymanych od Wykonawcy - 384 r-g

Wszystkie w/w uzasadnienia potwierdzają, że zaoferowana cena pozwoli wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ, przy założeniu zysku zgodnego z aktualnymi realiami rynkowymi.”.

Izba zważyła:

Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z przepisem art. 224 ust. 5 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W myśl przepisu art. 224 ust. 6 Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Z ww. przepisów Pzp wynika, że w przypadku wystosowania do wykonawcy wezwania do udzielenia wyjaśnień ceny lub kosztu, na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena lub koszt nie zostały ustalone na rażąco niskim poziomie. Oferta podlega odrzuceniu, jeżeli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Podstawa do odrzucenia oferty występuje zatem między innymi w sytuacji, w której wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie są kompletne, rzetelne czy wystarczająco konkretne.

W ocenie Izby taka sytuacja wystąpiła w odniesieniu do wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego. Wykonawca ten bowiem w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie przedstawił konkretnych i kompletnych wyjaśnień w zakresie wskazanym przez Zamawiającego, dotyczącym wyjaśnienia istotnych składników ceny wyszczególnionych w treści wezwania. Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach nie przedstawił jakiegokolwiek kalkulacji na podstawie której możliwe byłoby dokonanie oceny, czy zaoferowana cena jest realna. Przystępujący w wyjaśnieniach wskazał na okoliczności, które spowodowały

możliwość obniżenia ceny jak np. fakt osobistego wykonania zamówienia, jednakże nie przedłożył on kalkulacji kosztów z tym związanych. Poza gołosłownymi twierdzeniami, nie popartymi żadnymi dowodami co do możliwości uzyskania oszczędności jak np. w zakresie struktury firmy, czy też wynajmu biura Przystępujący nie udowodnił przedstawionych wyliczeń, ani nie przedstawił kalkulacji rzekomych oszczędności. Nie wiadomo więc na podstawie jakich danych Przystępujący dokonał obliczeń i jakie elementy wpłynęły na możliwość ich uzyskania. Przystępujący w jakikolwiek sposób nie umożliwił Zamawiającemu weryfikacji, czy rzeczywiste są jego twierdzenia co do możliwości uzyskania oszczędności np. w strukturze firmy w kwocie aż 248 600 zł.

Ponadto wskazać należy, odnosząc się do argumentu Przystępującego, że dysponuje oprogramowaniem specjalistycznym opisanym w wyjaśnieniach, wykonawca ten nie przedstawił zawartych licencji (np. w formie licencji of the shelf), ani nie przedstawił kalkulacji wskazanych oszczędności rzędu 37.036,00 zł netto. W tym miejscu wskazać należy na złożony przez Odwołującego na rozprawie dowód w postaci wydruku ze strony autodesk.pl, z którego wynika, że cena licencji AEC Collection na okres trzech lat to kwota rzędu ok. 58 000 zł. Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach nie wskazał, czy dysponuje licencjami na wskazane oprogramowanie, czy nie, ponadto w sytuacji, gdy takie oprogramowanie posiada, to winien przypisać koszt opłat licencyjnych do kosztów realizacji przedmiotu zamówienia. Digital winien przedstawić umowy licencyjne w celu umożliwienia Zamawiającemu upewnienia się, że Digital faktycznie dysponuje niezbędnym oprogramowaniem, oraz zweryfikowanie, jakie są ponoszone przez Digital koszty utrzymywania tych licencji w toku realizacji zamówienia. Odnosząc się do wskazanej przez Przystępującego okoliczności prowadzenia działalności w miejscu zamieszkania zauważyć należy, że Przystępujący okoliczności tej nie wykazał. Nie wykazał on także wyliczenia oszczędności wynikających z tego tytułu przez cały okres realizacji zamówienia. Digital nawet jeżeli mieszka w mieszkaniu w którym prowadzi biuro i działalność gospodarczą, to winien w okresie wykonywania zamówienia wliczyć koszty najmu, i inne koszty jak np. za energię elektryczną, czynsz do kosztów realizacji zamówienia w sposób proporcjonalny.

Ponadto wskazać należy, że Zamawiający wymagał w wezwaniu z dnia 27 września 2023 r. od Przystępującego wyjaśnienia wyceny enumeratywnie wymienionych w tym piśmie elementów zawartych w OPZ, w tym m.in. przyjętego etapowania prac projektowych, przyjętej metodyki BIM do prac projektowych, wybranych rozwiązań technicznych, kosztów zespołu. Przystępujący w tym zakresie wskazał wyłącznie na szacowany czas realizacji zamówienia bez podania przyjętych stawek godzinowych na poszczególnych etapach realizacji zamówienia, co uniemożliwiło jakąkolwiek weryfikację realności zaoferowanej ceny.

Nie jest tak, że osobiste wykonanie zamówienia rodzi tylko szereg oszczędności na które wskazuje Przystępujący w wyjaśnieniach. Wykonawca nawet samodzielnie realizując

zamówienie ponosi koszty z tym związane jak np. koszty zakupu oprogramowania, czy licencji, koszty związane z prowadzeniem biura w mieszkaniu, lub koszty związane z dojazdem. Przystępujący w zakresie dojazdów wskazał na możliwość uzyskania oszczędności na poziomie ok. 37.000 zł, jednak te twierdzenia są nieweryfikowalne.

Podsumowując wskazać należy, że obowiązkiem Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 27 września 2023 r. było udzielenie odpowiednich wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny oferty, w tym w szczególności wyceny wszystkich elementów zawartych w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia. Przystępujący winien więc wskazać i udowodnić okoliczności, które wpłynęły na wysokość cen zakwestionowanych pozycji i wyjaśnić Zamawiającemu w jaki sposób okoliczności te wpłynęły na możliwość ich

obniżenia. Przystępujący natomiast składając Zamawiającemu wyjaśnienia powołał się na same ogólniki jak np. wykształcenie, doświadczenie, prowadzenie biura w miejscu zamieszkania, samodzielna realizacja przedmiotu zamówienia, czy też posiadanie sprzętu. Ponadto w złożonych wyjaśnieniach wykonawca ten powoływał się na możliwość uzyskania znacznych oszczędności, które jednak są w żaden sposób nieweryfikowalne, a więc nie sposób ocenić ich prawdziwości. Przystępujący nie przedłożył ponadto żadnego dowodu okoliczności te potwierdzające, a już tym bardziej nie wykazał w jaki sposób powyższe miało wpływ na wycenę zakwestionowanych przez Zamawiającego pozycji, tym bardziej, że w odniesieniu do szczegółowo wymienionych elementów OPZ wskazane zostały tylko liczby roboczogodzin, bez wskazania jakiejkolwiek stawki wynagrodzenia.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, że „Zamawiający będąc podmiotem profesjonalnie od lat zajmującym się prowadzeniem postępowań w zakresie ustawy PZP i w oparciu o ogólnie dostępne informacje dotyczące funkcjonowania rynku i różnicowanych, z uwagi na formę działania podmiotów gospodarczych, jest w stanie zweryfikować realność składanych kalkulacji i wyjaśnień. Wycena oferty firmy DIGITAL CONSTRUCTION SITE Piotr Niedźwiecki, według Zamawiającego, jest realna i rzetelna. Zważyć należy, że jednoosobowa działalność gospodarcza prowadzona jest osobiście przez Wykonawcę, zatem brak jest konieczności stworzenia i zatrudniania kilkuosobowego zespołu specjalistów, co jest elementem mocno decydującym o ostatecznej cenie oferty. Mając na uwadze obowiązującą od lipca 2023 roku minimalną stawkę wynagrodzenia brutto, która wynosi 3.600,00 zł, to tylko przy dwudobowym zespole, przez okres realizacji usługi, tj. 48 miesięcy – koszt utrzymania takiego zespołu osób wyniosłby 345.600, 00 zł brutto. Druga w kolejności pod względem zaoferowanej ceny była oferta firmy BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp. k. z kwotą 471.951,00 zł. Różnica pomiędzy tymi ofertami to kwota 76.693,60 zł. Wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę DIGITAL CONSTRUCTION SITE P. N. dotyczyły wszystkich elementów zawartych w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr

1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia i wskazywały sposób, w jaki dokonał kalkulacji oferty. Przyjęta w wyjaśnieniach łącznie w ramach pełnienia funkcji Menadżera BIM z podziałem na poszczególne części zamówienia, liść godzin na poziomie 3744 godziny, przy zastosowaniu ustawowej obowiązującej minimalnej stawki godzinowej na poziomie 23,50 zł/h i przeliczeniu jej przez wskazaną w wyjaśnieniu ilość roboczogodzin daje kwotę w wysokości 87.984,00 zł. Zamawiający, uwzględniając specyfikę zamówienia oraz stawiane warunki udziału w postępowaniu, w tym dotyczące wiedzy i doświadczenia zauważa, że różnica pomiędzy tak skromnym wycieszeniem ogólnej kwoty wszystkich roboczogodzin, a złożoną ofertą wykonawcy DIGITAL wynosi 307.273,40 zł, która to kwota, w ocenie Zamawiającego jest wystarczającą kwotą, by pokryć inne koszty związane z prowadzeniem działalności gospodarczej. Zamawiający zważył również, że Wykonawca firma DIGITAL podając ogólną liść godzin na poziomie 3744 godziny koniecznych na zrealizowanie zamówienia, co daje przeciętnie 78 godzin pracy miesięcznie, ma możliwość realizować jednocześnie kilka projektów, co w sposób oczywisty obniża jego koszty stałe związane z funkcjonowaniem prowadzonej przez niego działalności gospodarczej”, podkreślić należy, że nie jest rolą Zamawiającego wyręczenie wykonawcy w wykazaniu okoliczności mających wpływ na cenę oferty, a także wykazywaniu poprawności założeń wskazanych w wyjaśnieniach. Rolą Zamawiającego jest natomiast rzetelna ocena złożonych wyjaśnień i ustalenie, czy Przystępujący wykazał, że cena nie jest rażąco niska. Wskazać bowiem należy, że Zamawiający wszczynając procedurę wyjaśnień rażąco niskiej ceny zobowiązany był do rzetelnego zbadania złożonych wyjaśnień przez Przystępującego i ustalenia, czy wykonawca wykazał realność zaoferowanej ceny. W ocenie Izby Zamawiający temu obowiązkowi nie sprostał i zdeprecjonował znaczenie wszczętej przez siebie procedury i skutków jakie za sobą pociąga. Podkreślić należy, że z wyjaśnień Przystępującego nie wynika w żaden sposób stawka godzinowa wskazana przez Zamawiającego, brak w nich jest również wskazania na argumenty przedstawione przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, nie ma w nich żadnych wycień w jaki sposób osiągnięte zostały oszczędności. To Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie dążył do wykazania prawdziwości twierdzeń Digital.

Podsumowując, Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez Przystępującego. Przystępujący bowiem nie przedstawił konkretnych, popartych dowodami okoliczności, które pozwoliły mu zaoferować cenę na poziomie wskazanym w ofercie. Złożone wyjaśnienia nie zawierały danych szczegółowych, dzięki którym Zamawiający mógłby zweryfikować sposób obliczenia ceny i wskazywane przez tego wykonawcę oszczędności.

W konsekwencji Izba uznała, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego były niewystarczające, a w konsekwencji obowiązkiem Zamawiającego, było odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.

Odnosząc się kolejno do zarzutów dotyczących naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp oraz art. 239 ust. 1 Pzp Izba ustaliła:

W rozdziale XXIII SWZ „Podstawy wykluczenia oraz warunki udziału w postępowaniu” Zamawiający w punkcie 2.1 ustalił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, tj. „w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, wykonał w tym okresie:

- a) Przynajmniej jedno zamówienie obejmujące pełnienie funkcji BIM Managera/ Specjalisty BIM w zakresie weryfikacji poprawności opracowanych przez Projektanta modeli BIM przez okres co najmniej 6 miesięcy,
- b) Przynajmniej jedno zamówienie obejmujące pełnienie funkcji BIM Managera/ Specjalisty BIM w zakresie prowadzenia robót budowlanych w oparciu o modele BIM przez okres co najmniej 6 miesięcy.”.

W punkcie 2.2. Zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wskazując że wymaga aby Wykonawca dysponował:

a) 1 osobą (Specjalistą BIM) posiadającą wykształcenie wyższe techniczne : inżynier budownictwa lub architekt, posiadającą ukończone studia podyplomowe lub odpowiednie kursy specjalistyczne w zakresie metodyki BIM (wyłączając kursy dotyczące znajomości obsługi oprogramowania BIM) oraz posiadającą doświadczenie zawodowe w zakresie:

- 1) W ciągu ostatnich 5 lat przez okres co najmniej 6 miesięcy brała bezpośredni udział w realizacji usługi polegającej na koordynacji międzybranżowej modeli BIM opracowywanych przez projektanta w zakresie architektury, konstrukcji oraz instalacji wewnętrznych
- 2) w ciągu ostatnich 5 lat, przez okres co najmniej 6 miesięcy, brała bezpośredni udział w realizacji usługi obejmującej koordynację robót budowlanych, prowadzonych z wykorzystaniem modeli BIM Dla warunków udziału oraz kryteriów oceny ofert opisanych w pkt. powyżej : przez „model” Zamawiający rozumie trójwymiarowe, cyfrowe odwzorowanie cech fizycznych i funkcjonalnych obiektu. Zawiera dane geometryczne oraz niegeometryczne (np. właściwości techniczne, materiałowe itp.)”.

Przystępujący w załączniku nr 4 „wykaz wykonanych usług” wskazał na 3 zadania referencyjne:

1. „Pełnienie funkcji BIM Managera na etapie projektowania oraz budowy obiektów pływających o nazwie Glaecier oraz Dipping zone przez łączny okres 13 miesięcy.”,
2. „Pełnienie funkcji BIM Managera na etapie projektowania oraz budowy domów pływających o nazwie Dory oraz Mimi przez łączny okres 12 miesięcy.”,
3. „Pełnienie funkcji BIM Managera na etapie projektowania oraz budowy domu pływającego o nazwie MS Garde przez łączny okres 6 miesięcy.”.

Przystępujący w załączniku nr 5 do SWZ jako dodatkowe doświadczenie w ramach kryterium: „Dodatkowe doświadczenie Specjalisty BIM” podał:

1. Podkryterium 1: Pełnienie funkcji BIM Managera w zakresie weryfikacji poprawności modeli BIM opracowywanych przez Projektantów dla domów pływających Dory, Mimi oraz MS Garde w zakresie architektury, konstrukcji oraz instalacji wewnętrznych przez łączny okres 18 miesięcy.
2. Podkryterium 2: Pełnienie funkcji BIM Managera w zakresie prowadzenia robót budowlanych w oparciu o modele BIM podczas budowy domów pływających Dory, Mimi oraz MS Garde przez łączny okres 18 miesięcy.
3. Podkryterium 3: Pełnienie funkcji BIM Managera w zakresie tworzenia i weryfikacji przedmiarów robót opracowywanych w oparciu o modele BIM podczas budowy domów pływających Dory, Mimi oraz MS Garde przez łączny okres 18 miesięcy.

Przystępujący w kolumnie „Doświadczenie na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu” podał:

Pełnienie funkcji BIM Managera na etapie projektowania oraz budowy obiektów pływających o nazwie Glaecier oraz Dipping zone w zakresie:

- koordynacji międzybranżowej modeli BIM opracowywanych przez Projektantów w zakresie architektury, konstrukcji oraz instalacji wewnętrznych,
- koordynacji robót budowlanych prowadzonych z wykorzystaniem modeli BIM, przez łączny okres 13 miesięcy.

Izba zważyła:

Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązany jest wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego, które mają na celu ocenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia oraz mają zminimalizować ryzyko nienależytego wykonania zamówienia. Podkreślić należy, że to Zamawiający odpowiada za kształt SWZ, w tym za poprawne sformułowanie warunków udziału w postępowaniu. Warunki te winny być sformułowane w taki sposób, aby nie rodziły wątpliwości interpretacyjnych na dalszym etapie postępowania, w tym przede wszystkim podczas oceny stopnia spełniania danego warunku przez oferenta.

W ocenie Izby sformułowane w postępowaniu warunki udziału w postępowaniu były jasne i precyzyjne, a ich interpretacja nie nasuwała żadnych wątpliwości. Przypomnieć należy, że Zamawiający w Rozdziale XXIII pkt 1 ppkt 2.1) lit. B) i 2.2) lit. A) ppkt 2 SWZ

wskazał wyraźnie na konieczność wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem w pełnieniu funkcji BIM Manager/Specjalista BIM w zakresie prowadzenia robót budowlanych w oparciu o modele BIM, jak i na konieczność dysponowania Specjalistą BIM, który brał bezpośredni udział w realizacji usługi obejmującej koordynację robót budowlanych, prowadzonych z wykorzystaniem modeli BIM. W obu tych przypadkach, Zamawiający wyraźnie wskazał, że wskazane usługi musiały dotyczyć robót budowlanych. Uwzględniając wyżej przywołaną treść warunków udziału w postępowaniu wskazać należy, że odwołują się one do konkretnego i jednoznacznego pojęcia robót budowlanych, które to pojęcie posiada legalną definicję w art. 3 pkt 7 ustawy Prawo budowlane. W ocenie Izby na obecnym etapie postępowania niedopuszczalne jest działanie Zamawiającego zmierzające do rozszerzenia ww. pojęcia o brzmienia

wynikające z definicji zawartych w Pzp oraz Dyrektywy 2014/25/UE i 2014/24/UE, gdyż taka interpretacja nie wynika z treści sformułowanych warunków udziału w postępowaniu.

Uwzględniając powyższe przypomnieć należy, że zgodnie z art. 3 pkt 7 ustawy Prawo budowlane przez roboty budowlane należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Zgodnie natomiast z punktem 1 ww. przepisu przez obiekt budowlany należy rozumieć budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych. Ponadto jak wskazał Odwołujący w art. 2 pkt 2 u.r.j.j.p. wprost wskazano, że pod pojęciem jachtu należy rozumieć jacht rekreacyjny oraz jacht komercyjny, w tym skuter wodny, jednostkę pływającą używaną do celów mieszkalnych (houseboat) oraz drewnianą replikę statku historycznego. Ponadto ze złożonego na rozprawie dowodu stanowiącego korespondencję mailową z p. Jasperem Dirk Andersonem wynika, że dom pływający „jest zarejestrowana jako łódź i nie musi przechodzić normalnej procedury pozwoleńowej na lądzie” oraz, że „statek można zabrać wszędzie”.

Z powyższych przepisów wynika, że domów pływających nie można uznać za obiekt budowlany, są to bowiem jednostki pływające kwalifikowane jako jachty. W związku z powyższym nie można mówić, że w przypadku ich budowy występują roboty budowlane. Jak wskazał Odwołujący produkcja domów pływających jest tożsama z produkcją jednostek pływających i nie może być porównywana z prowadzeniem czy koordynacją robót budowlanych. Podkreślić należy natomiast, że definicja metodyki BIM odnosi się do pojęcia obiektu budowlanego podczas projektowania budowy i eksploatacji, czyli w pełnym cyklu życia obiektu. Ponadto na stronie internetowej UZP wskazano, że „BIM (Building Information Modeling) jest metodyką prowadzenia inwestycji budowlanej opartą na efektywnym wykorzystaniu informacji. Akronim BIM oznacza również

cyfrowy model (Building Information Model) czyli „cyfrowego bliźniak” obiektu budowlanego. Celem stosowania metodyki BIM jest zwiększenie efektywności oraz jakości procesu inwestycyjnego oraz obniżenie kosztów eksploatacji dzięki zastosowaniu „cyfrowego bliźniaka” jako kompletnej bazy danych o obiekcie budowlanym.”. Z powyższego wprost wynika, że modelowanie BIM odnosi się do obiektów budowlanych powstających w wyniku robót budowlanych. Dlatego też zdaniem Izby Zamawiający w sposób świadomy opisał warunek udziału w postępowaniu referując do pojęcia robót budowlanych dotyczących obiektu budowlanego. Fakt wskazania przez Przystępującego, że domy pływające obejmowały roboty budowlane i ich budowę nie może potwierdzać, że takie roboty zostały wykonane. Zamawiający winien był bowiem ocenić, czy przy produkcji wskazanych w wykazie obiektów roboty budowlane były wykonywane i ewentualnie wezwać Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 Pzp, a jeżeli ustalono by, że wskazane w wykazach informacje nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wezwać do ich uzupełnienia.

Podsumowując powyższe rozważania, Izba w całości podzieliła stanowisko Odwołującego zaprezentowane w odwołaniu oraz piśmie procesowym, że Przystępujący oraz p. Niedźwiecki tj. osoba wskazana na stanowisko Specjalisty BIM nie posiadają wymaganego w SWZ doświadczenia dotyczącego „robót budowlanych” i tym samym Przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający winien był więc wezwać Przystępującego do uzupełnienia Wykazu Usług i Wykazu Osób w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia wykazu w celu wykazania potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale XXIII pkt 1 ppkt 2.1) lit. B) i 2.2) lit. A) ppkt 2 SWZ.

Uwzględniając jednak okoliczność, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp Izba nie nakazywała Zamawiającemu wezwania Przystępującego do uzupełnienia wykazu usług w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Izba stwierdziła również, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy przyznał ofercie Przystępującego punkty w podkryterium nr 2 oraz 3. Wskazać bowiem należy, jak już wyżej stwierdzono, że produkcja domów pływających nie wiązała się z realizacją robót budowlanych oraz tworzeniem i weryfikacją przedmiarów robót budowlanych z wykorzystaniem modeli BIM. W konsekwencji p. N. nie mógł nabyć wymaganego w Podkryterium 2 i Podkryterium 3 doświadczenia w prowadzeniu robót budowlanych w oparciu o modele BIM oraz w tworzeniu lub weryfikacji przedmiarów robót opracowanych w oparciu o modele BIM podczas produkcji domów pływających, w których zakres nie wchodziło wykonywanie robót budowlanych

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: