

WYROK
z dnia 22 maja 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2020 r. przez wykonawcę **Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ECM Group Polska S. A. z siedzibą w Warszawie, GRAPH'IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik wykonawców), M. N., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą N+parametic design M. N. w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Opracowanie Programu Funkcjonalno-Użytkowego oraz świadczenie usług doradztwa technicznego podczas postępowania o zamówienie publiczne na budowę nowego szpitala onkologicznego”, znak: ZP/PN/56/19/NPR/JG. Dokumentacja zamieszczona jest na stronie <https://platformazakupowa.pl/transakcja/265106>.

Odwołujący - Miastoprojekt Wrocław sp. z o.o. we Wrocławiu wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w toku Postępowania, polegających na:

- 1) niewykluczeniu konsorcjum: GraphMt Sp. z o.o., ECM Group S.A., N+parametric Design M. N. (dalej: Konsorcjum) pomimo zaistnienia przesłanek;
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum jako nieodpowiadającej treści siwz;
- 3) wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej pomimo okoliczności z pkt 1 i 2;
- 4) wyborze oferty Konsorcjum, mimo iż była mniej korzystna niż oferta Odwołującego.

Zamawiającemu Odwołujący postawił zarzut naruszenia:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum, które nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. doświadczenia, z pkt. 5.1.2.1.a oraz 5.1.2.1.c SIWZ oraz dysponowania osobami, o których mowa w pkt. 5.1.2.1.d1-d4 SIWZ.
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum, które w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału, tj. posiada doświadczenie, o którym mowa w pkt 5.1.2.1.a oraz pkt. 5.1.2.1.c SIWZ, a także, że członkowie zespołu Konsorcjum posiadają doświadczenie, o którym mowa w pkt 5.1.2.1.d1, 5.1.2.1. d2 oraz 5.1.2.1. d4 SIWZ i ew.: art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP, jeśli Konsorcjum nie można będzie przypisać działania zamierzonego lub rażącego niedbalstwa, gdyż działanie to nosi znamiona co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, a przedstawione informacje wprowadziły Zamawiającego w błąd i mogły mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w Postępowaniu;
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 15 PZP przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Konsorcjum podczas gdy oświadczenia konsorcjantów nie spełniają wymogu, z pkt. 5.5.1.3 SIWZ, a przez to nie mogą stanowić dokumentu, na mocy którego wykazano skutecznie brak podstaw do wykluczenia po stronie Konsorcjum;
- 4) art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Konsorcjum, gdy jeden z konsorcjantów - ECM Group S.A. - w wyniku lekkomyślności lub

niedbalstwa przedstawił informację wprowadzającą w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego, przez zaznaczenie w JEDZ odpowiedzi „nie” w polu odnoszącym się do „bycia winnym poważnego wprowadzenia w błąd” (str. 13 JEDZ);

5) art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, która nie odpowiada treści SIWZ w zakresie w jakim Konsorcjum przedstawiło do wykonania zamówienia osoby niespełniające wymogów, o których mowa w pkt. 5.1.2.1.d1-d4 w zw. z pkt 13.2.2 SIWZ oraz § 2 ust. 1 lit. a-d Załącznika 4 do SIWZ-wzór Umowy;

6) art. 91 ust. 1 PZP przez błędną ocenę ofert skutkującą przyznaniem niewłaściwej ilości punktów w pozacenowym kryterium oceny, doświadczenia Głównego Projektanta oraz Specjalisty ds. efektywności energetycznej i odnawialnych źródeł energii.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- a. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- b. wykluczenia Konsorcjum z Postępowania oraz odrzucenie jego oferty;
- c. ew. - w braku podstaw do wykluczenia - odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ;
- d. powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego;
- e. ew. - z ostrożności - powtórzenia czynności wyboru oferty przy właściwych ocenach ofert w kryterium pozacenowym - doświadczenie oraz przyznanie Konsorcjum:
 - i. 0 punktów za doświadczenie Kierownika Zespołu,
 - ii. 0 punktów za Głównego Projektanta,
 - iii. 9 punktów za Technologa Medycznego,
 - iv. 0 punktów za Specjalistę ds. efektywności energetycznej i odnawialnych źródeł energii,
 - v. 3 punktów za Specjalistę BIM.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Przedmiot zamówienia został podzielony na 2 części, tj.:

- a) świadczenie kompleksowej usługi doradztwa technicznego przy wyborze wykonawcy inwestycji;
- b) sporządzenie dokumentacji technicznej wymaganej do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na zaprojektowanie i budowę nowego szpitala onkologicznego; i określony w SIWZ, jak i załącznikach.

3. Zamawiający 29.11.2019 r. poinformował o złożeniu 2 ofert; Odwołującego i Konsorcjum.

4. W trakcie Postępowania, Odwołujący kilkakrotnie występował z wnioskiem o uzyskanie wglądu do ofert i korespondencji między Zamawiającym a Konsorcjum, w tym w 2 grudnia, 20 grudnia 2019 r., 14 stycznia, 18 lutego, 24 lutego i 25 lutego 2020 r.

5. Wskutek uzyskania informacji o ofercie Konsorcjum, jeszcze przed rozstrzygnięciem, Odwołujący zwracał uwagę Zamawiającego na nieścisłości, błędy i nieprawdziwe informacje zawarte przez Konsorcjum w ofercie i załącznikach, informacje te Odwołujący przekazał w

pismach z dnia 10 grudnia 2019 r., 27 stycznia 2020 r., 6 lutego 2020 r. Odwołujący zwracał uwagę na zdecydowaną większość naruszeń, których dotyczy obecne odwołanie.

6. 18 lutego 2020 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej (Załącznik nr 10).

A. BRAK SPEŁNIENIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU W ZAKRESIE DOŚWIADCZENIA KONSORCJUM

8. Celem wykazania spełnienia warunku z pkt. 5.1.2.1.a SIWZ, Konsorcjum przedstawiło trzy doświadczenia:

- sporządzenie programu funkcjonalno użytkowego (PFU) wraz z wielobranżową koncepcją dla projektu rozbudowy i Rozwoju Dolnośląskiego Ośrodka Medycyny Innowacyjnej (DOMI),
- sporządzenie projektu budowlanego Nowego Szpitala Powiatowego w Żywcu,
- sporządzenie PFU z wielobranżową koncepcją dla projektu budowy „King Saud University Endowment Private Hospital”.

9. Doświadczenia jw., by spełniać wymogi SIWZ musiały być wykonane z wymogiem BIM. Wymóg BIM zgodnie z SIWZ, pkt 5.1 w części „UWAGA” oznacza obowiązek wykonania koncepcji lub projektu budowlanego w formie modeli BIM i obowiązek ten musiał być zawarty w zamówieniu, tj. umowie, kontrakcie z wykonawcą, a także obejmować wykonanie PFU wraz z koncepcją architektoniczną i koncepcją wielobranżową lub projekt budowlany.

i. niezgodność doświadczenia Konsorcjum nabytego w ramach projektu na Dolnośląski Ośrodek Medycyny Innowacyjnej DOMI z wymogami SIWZ

a) niewykazanie spełnienia wymogu BIM w doświadczeniu Konsorcjum

10. W załączonym do oferty Konsorcjum oświadczeniu JEDZ wykonawcy N+ parametric design M. N., w cz. IV, pkt C, dot. zdolności technicznej i zawodowej, wykonawca wskazał, że: wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert [...] co najmniej 1 usługę polegającą na wykonaniu pfu wraz z koncepcją architektoniczną i koncepcją wielobranżową (w zakresie co najmniej branży konstrukcyjnej, sanitarnej, elektrycznej) z wymogiem BIM lub projektu budowlanego z wymogiem BIM dla budowy obiektu szpitala o następujących parametrach: powierzchnia użytkowa co najmniej 10 000 m²; obiekt składający się co najmniej z: dwóch sal operacyjnych, części diagnostycznej i części łóżkowej. (Dolnośląski Ośrodek Medycyny Innowacyjnej (DOMI), o powierzchni użytkowej 17500m², 10 sal operacyjnych, części diagnostycznej i części łóżkowej, rok wykonania zamówienia 2017) (Załącznik nr 11 - JEDZ konsorcjantów). Konsorcjum wskazało również na referencje (Załącznik nr 12).

11. Celem weryfikacji doświadczenia N+parametric wskazanego w JEDZ tego podmiotu, Odwołujący zwrócił się o udostępnienie informacji publicznej (Załącznik nr 13) do Wojewódzkiego Szpitala (WSSK), zamawiającego w projekcie na DOMI.

12. W odpowiedzi (Załącznik 14) WSSK wprost stwierdził, że nie było wymogu zastosowania technologii projektowania BIM w ramach projektu na DOMI. WSSK załączył skan umowy między N+ w dniu 10 sierpnia 2017 r. (Załącznik 15), który potwierdza brak sformułowania przez WSSK obowiązku zastosowania BIM.

13. Analiza umowy prowadzi do wniosku, że nie zobowiązywała ona wykonawcy do wykonania usługi w technologii BIM. Wynika to zarówno z treści § 1 ust. 1 umowy - opisującego przedmiot zamówienia, z Załącznika nr 1 do umowy stanowiącego szczegółowy „zakres rzeczowy opracowania”, a także z § 2 ust. 1 pkt 2 umowy, który stanowi o formie, w jakiej opracowanie miało zostać dostarczone, przy czym w zakresie formy elektronicznej wymienia jedynie pliki z rozszerzeniem PDF, DOC lub DOCX. Powyższe wyklucza obowiązek (a nawet uprawnienie) wykonawcy do sporządzenia i przekazania dokumentacji w innej niż przewidziana (tj. papierowa, PDF, DOC lub DOCX) formie. Zastosowanie technologii BIM wymagałoby zaś przedstawienia co najmniej plików w formacie IFC (tak jak wymagane w OPZ nin. Postępowania). Co znamienne, umowa w żadnym miejscu nie wspomina o technologii BIM. Zamawiający, który oczekiwałby opracowania dokumentacji w postaci modeli BIM określiłby umownie co najmniej podstawowe parametry, np. tak, jak zrobił to Zamawiający w Postępowaniu określając w OPZ czego oczekuje. Odwołujący przytacza OPZ (Załącznik 16). W dz. I pkt 2.2, dz. IV pkt 2. oraz dz. IX wskazane są szczegółowe postanowienia technologii BIM.

14. Ewentualne zastosowanie technologii BIM w postępowaniu prowadzonym przez WSSK mogło mieć więc miejsce wyłącznie z własnej, dobrowolnej inicjatywy wykonawcy N+. W dokumentach WSSK brak jednak śladu takiego działania konsorcjanta, co znajduje potwierdzenie w treści notatki, o której mowa w pkt. 21 Odwołania.

15. Powyższych wniosków nie zmieniają przesłane przez N+ referencje WSSK z 10 lutego 2020 r., załącznik do pisma Konsorcjum z tego samego dnia (Załącznik 17) Zgodnie z informacją tam zawartą „PFU [...] autorstwa N+, został wykonany zgodnie z wymogiem parametric design (projektowanie parametryczne) w 2017 roku”. Trudno ocenić, co autor dokumentu miał na myśli, używając sformułowania „projektowanie parametryczne”. Sformułowanie „projektowanie parametryczne” nie jest tożsame z pojęciem projektowanie w technologii BIM.

16. W dokumencie z 10 lutego 2020 r., Dyrektor WSSK zupełnie wycofał się z wcześniejszego wskazania, że w zamówieniu DOMI istniał wymóg sporządzenia dokumentacji w technologii BIM. Ma to związek z zapytaniami o udzielenie informacji publicznej, które na rzecz Odwołującego zostały skierowane do WSSK, celem wyjaśnienia niejasności, czy wymóg BIM w projekcie istniał, czy nie. WSSK udzieliło odpowiedzi- że takiego wymogu nie było.

17. W związku z powyższym, nowe referencje nadal nie precyzują z jakiej technologii projektowania korzystało N+ w ramach projektu na DOMI. W obliczu wątpliwości, nie można uznać, iż N+ parametric design zrealizowało usługę z wykorzystaniem BIM. Wątpliwości i załączona odpowiedź WSSK z 20 grudnia 2019 r. należy interpretować jako jednoznacznie potwierdzająca, iż brak było w projekcie DOMI wymogu stosowania technologii BIM.

18. W ocenie Odwołującego, doświadczenie tu omawiane nie może zostać uznane za spełniające wymogi SIWZ. Zamawiający wprost wskazał w odpowiedziach na pytania (pismo z 6.11.2019 r. EZP/1616/19, odp. 15), że nie uzna doświadczenia, jeśli w danym zamówieniu mającym potwierdzać warunki SIWZ, zamawiający nie przewidywał wprost obowiązku zastosowania technologii BIM. Pytanie dotyczy co prawda spełniania warunku w postaci doświadczenia Głównego Projektanta (pkt 5.1.2.1. d2 SIWZ), jednak treść tego warunku jest tożsama z treścią warunku dla wykonawcy (pkt 5.1.2.1. a SIWZ).

19. Odpowiedzi Zamawiającego na pytania do SIWZ, w świetle dotychczasowego ugruntowanego orzecznictwa KIO i sądów okręgowych, mają status wiążący (tak KIO 929/18).

20. Odwołujący przytacza treść wzoru umowy, zał. nr 4 do SIWZ w Postępowaniu, z wymogiem projektowania w technologii BIM. W umowie postanowienia zobowiązujące do zastosowania technologii brzmią: „3.1. Głównym celem zastosowania BIM jest uzyskanie jak najlepszej pod kątem rozwiązań funkcjonalnych koncepcji wielobranżowej w postaci trójwymiarowego modelu oraz części rysunkowej dokumentacji technicznej, które będą stanowić część materiałów Zamawiającego udostępnionych podczas postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wyłonienie Wykonawcy Inwestycji.”

21. Odwołujący wskazuje, że w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie informacji publicznej z 30.12.2019 r. (Załącznik 19) WSSK umożliwił mu wgląd do opracowania wykonanego przez N+ w ramach projektu na DOMI. Po przeprowadzeniu weryfikacji opracowania wykonanego przez N+ przez mgr. inż. budownictwa P. W. i mgr. inż. Arch. G. C., stwierdza, iż nie nosi ono znamion sporządzenia w technologii BIM. W szczególności brak jest tam jakichkolwiek odwołań do dokumentacji sporządzonej w formie elektronicznej - co wiązałoby się ze sporządzeniem dokumentacji w technologii BIM. Z powyższego sporządzona została notatka (Załącznik nr 20 załączona do odwołania).

22. Jako że zamawiający WSSK w projekcie na DOMI nie zobowiązał N+ do zastosowania wymogu BIM, a zastosowanie tej technologii nie wynika z informacji udzielonej ani z wglądu do rezultatu prac konsorcjanta, doświadczenie to nie spełnia wymogów pkt 5.1.2.1. a SIWZ i nie mogło zostać uznane przez Zamawiającego w przedmiotowym Postępowaniu.

b) niespełnienie wymogów doświadczenia w zakresie wykonania programu funkcjonalno-użytkowego oraz towarzyszącej mu koncepcji architektonicznej i wielobranżowej

23. Wskutek wglądu do opracowania N+ w ramach projektu na DOMI, Odwołujący stwierdza, że opracowanie to nie stanowi PFU zgodnie z definicją SIWZ. Zamawiający w SIWZ (s. 4) zdefiniował pojęcie pfu poprzez odwołanie się do art. 31 ust. 2 i 3 ustawy PZP oraz przepisów wykonawczych. Spełnienie warunków udziału wymagało legitymowania się doświadczeniem, w którego zakres wchodziło wykonanie PFU zgodnego z przepisami ustawy PZP, a także Rozporządzenia MI z 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz PFU (Dz.U. 2013 poz. 1129) (dalej: Rozporządzenie).

24. Brak zgodności pomiędzy sporządzonym opracowaniem, a przepisami Rozporządzenia wskazuje już treść umowy zawartej przez N+ z WSSK we Wrocławiu, której tytuł mówi o KONCEPCJI MEDYCZNEGO PFU DLA DOMI. Już samo użycie słowa „koncepcja medycznego PFU” zawęża charakter opracowania, podczas gdy SIWZ wyraźnie stanowi, iż winien być to „program funkcjonalno-użytkowy wraz z koncepcją architektoniczną i koncepcją wielobranżową (w zakresie co najmniej branży konstrukcyjnej, sanitarnej; elektrycznej)”. Przytoczone wyżej sformułowanie opisujące treść przedmiotu umowy pomiędzy WSSK a N+ potwierdza ponadto, że opracowanie architekta M. N. nie miało od początku stanowić kompletnej dokumentacji PFU, a sama jego „koncepcję”. Bezsprzeczne jest więc, iż Zamawiający w SIWZ wymaga doświadczenia w opracowaniu o wiele szerszym, niż to dokonane dla WSSK. Przyjęcie innego wniosku sprzeciwiałoby się celom, dla których sporządzane jest PFU, tj. określeniu kompletnych wymagań i oczekiwań zamawiającego dotyczących danego zadania budowlanego, w zakresie ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, które umożliwi także oferentom (wykonawcom robót budowlanych) przygotowanie ofert (zwłaszcza w zakresie obliczenia ceny każdej oferty). Tym samym, przytoczony sposób definiowania „PFU” zastosowany w projekcie DOMI nie może zostać uznany za odpowiadający rozumieniu terminu PFU w Postępowaniu. Powyższe potwierdza tak tytuł umowy, jej treść, jak i notatka z wglądu do samego Opracowania.

25. Ponadto w żadnym miejscu umowy nie odsyła ona do obowiązku sporządzenia PFU zgodnie z przepisami Rozporządzenia. PFU zostało zdefiniowane na potrzeby SIWZ, jako zgodne z przepisami Rozporządzenia, a zatem ta definicja powinna również obowiązywać w zakresie postanowień 5.1.2.1.a SIWZ wskazujących na zakres wymaganego doświadczenia.

26. Odwołujący przywołuje przykładowe treści wzorów umów, które zawierają sporządzenie PFU zgodnego z Rozporządzeniem, czyli takich, jakie wymagane są w SIWZ Postępowania.

/.../

29. Powyższe potwierdzać mają zeznania osób, które zapoznały się z Opracowaniem:
Dowód: zeznania Pana G. C. - mgr inż. architekta, zeznania Pana P. W. - mgr inż. budownictwa.

30. Opracowanie w żadnym wypadku nie może być uznane za tzw. „koncepcję wielobranżową”, do której również wprost odnosi się pkt. 5.1.2.1.a) SIWZ. Z umowy, ani zawartości Opracowania taka wielobranżowość absolutnie nie wynika. Co więcej sam tytułu umowy wskazuje, iż koncepcja ma jedynie charakter medyczny, nie miała więc zawierać i nie zawiera koncepcji w branży konstrukcyjnej, sanitarnej czy elektrycznej. Wskazuje na to również zawarta w badanym Opracowaniu informacja o jego autorach. Wskazane są wyłącznie osoby Pana M. N. i Pani E. N., którzy są architektami i nie posiadają wymaganych kompetencji, w tym uprawnień do sporządzenia opracowań w zakresie dokumentacji projektowej branży konstrukcyjnej, elektrycznej czy sanitarnej.

31. Kolejnym pośrednim dowodem wskazującym, że Opracowanie nie spełnia warunków określonych w SIWZ, jest wysokość wynagrodzenia przewidzianego za jego wykonanie. Umowa zawarta pomiędzy WSSK a N+ określa wynagrodzenie na kwotę 97.561 zł netto. Obiekt DOMI jest tylko nieznacznie mniejszy od obiektu będącego przedmiotem niniejszego Postępowania. Biorąc pod uwagę wysokość oferty Konsorcjum i zakładając (niezwykle korzystnie dla Konsorcjum), że tylko 75% wynagrodzenia przypada na część dotyczącą opracowania PFU wraz koncepcją wielobranżową, otrzymujemy wynagrodzenie w wysokości ponad 2 mln zł netto. Opracowanie dla DOMI kosztowało ok. 5% tej kwoty. Logika i zdrowy rozsądek każą wysnuć wniosek, że gdyby Opracowanie dla DOMI miało spełniać wymagania SIWZ musiałoby kosztować wielokrotność wynagrodzenia określonego w zawartej przez konsorcjanta umowie. Z powyższych okoliczności można wysnuć wniosek. Konsorcjum w Wykazie Usług (Załącznik 25) nie podało ich wartości, choć formularz Wykazu zawierał takie pole, a pkt. 5.5.2.1 SIWZ wprost takiej informacji wymagał. Odwołujący może jedynie przypuszczać, że działanie takie nie było przypadkowe, a miało na celu nieujawnianie absurdalnie niskiej jak na wymogi stawiane dla doświadczenia wykonawcy przez SIWZ w niniejszym Postępowaniu - wartości usług dla DOMI.

32. Tak więc, jako że zamawiający WSSK w projekcie na DOMI nie zawarł w umowie warunku sporządzenia PFU (w rozumieniu nadanym mu przez definicje objęte punktem 5.1. SIWZ in fine) wraz z koncepcją architektoniczną i koncepcją wielobranżową (w zakresie co najmniej branży konstrukcyjnej, sanitarnej, elektrycznej), a sporządzenie tego rodzaju dokumentacji nie wynika z wglądu przeprowadzonego przez osoby kompetentne do Opracowania, doświadczenie to nie spełnia wymogów pkt 5.1.2.1. a) SIWZ i jako takie nie mogło zostać uznane przez Zamawiającego w przedmiotowym Postępowaniu.

33. W oparciu o dokumenty Konsorcjum trudno ocenić, jaka była finalna powierzchnia, której dotyczyły prace w ramach projektu DOMI, i tak:

- a) W ofercie wskazano: 17.500 m²
- b) W Wykazie Usług wskazano 35.000 m²
- c) W Wykazie Osób wskazano: 17.500 m²

d) W referencjach z 5 listopada 2020 r.: 15.000 m²

ii. niezgodność doświadczenia Konsorcjum nabytego w ramach projektu na Nowy Szpital Powiatowy w Żywcu

34. Konsorcjum złożyło dwa dokumenty referencji w odniesieniu do doświadczenia polegającego na opracowaniu Projektu Nowego Szpitala Powiatowego w Żywcu. (Załącznik 26 i 27).

Pierwszy został wystawiony przez InterHealth Canada Limited i wskazuje, iż szpital został zaprojektowany przez Biuro Architektoniczne N+ parametric design z/s w Warszawie, Polska. Zgodnie z nim prace projektowe objęły:

- projekt budowlany - październik 2012;
- projekt budowlany zamienny - luty 2015;
- projekt wykonawczy - maj 2017;
- budowa - nadzory autorskie - grudzień 2014.

Planowe zakończenie budowy przewidziano na grudzień 2018 r.

35. W drugim piśmie Starosty Żywieckiego wskazuje się, że w ramach projektu, firma N+ parametric design z siedzibą w Warszawie wykonała:

- projekt budowlany, przetargowy i wykonawczy - 5.09.2012 r. wydano pozwolenie na budowę;
- projekt budowlany zamienny - zatwierdzony zmianą pozwolenia na budowę z 26.02.2015 r.
- projekt budowlany zamienny - zatwierdzony zmianą pozwolenia na budowę z 02.09.2019 r.

36. Konsorcjum przedstawiło to doświadczenie, jako mające spełniać wymóg Zamawiającego z 5.1.2.1.a) SIWZ - doświadczenie winno obejmować wykonanie co najmniej 1 usługi polegającej na wykonaniu PFU wraz z koncepcją architektoniczną i koncepcją wielobranżową (w zakresie co najmniej branży konstrukcyjnej, sanitarnej, elektrycznej) z wymogiem BIM lub projektu budowlanego z wymogiem BIM w okresie ostatnich 5 lat.

37. Z dokumentów Konsorcjum wynika, iż wskazane nimi doświadczenie jest starsze niż wymagane. Projekt budowlany został bowiem zakończony 2012 r., a więc 7 lat przed terminem składania ofert. Fakt, iż pomiędzy 2012 a 2019 r. wykonywane były przez konsorcjanta projekty budowlane zamienne nie może być utożsamiany z wykonaniem projektu budowlanego. Nie ma podstaw, by „projekt budowlany zamienny” uznać jako tożsamy zakresowo z „projektem budowlanym”. Projekt, jako element doświadczenia, był sporządzony (i stanowił podstawę do wydania decyzji o pozwoleniu na budowę) wcześniej niż 5 lat przed terminem składania ofert.

38. Okoliczności powyższych nie zmienia oświadczenie Pana M. G., działającego w imieniu PUI „INBUD” z 6 lutego 2020 r., w którym wskazuje on daty przeprojektowania Szpitala w Żywcu. Oświadczenie to - jako wydane przez inny podmiot - nie może stanowić „uzupełnienia” potwierdzenia wykonania usługi wydanego przez Starostę Żywieckiego i nie

może stanowić dokumentu referencji, wystawionych przez podmiot, na którego rzecz usługi były wykonywane, o którym mowa w pkt. 5.5.2.1 SIWZ, ani tym bardziej „oświadczenia wykonawcy”. Nie może on zmieniać, czy też „uzupełniać” dokumentu wystawionego przez podmiot, na którego rzecz wykonano usługę. W związku z czym nie ma podstaw do uznania, że doświadczenie konsorcjanta zostało nabyte w ramach cezury czasowej określonej przez Zamawiającego.

39. Nawet w wypadku uznania, że oświadczenie Pana G. stanowi dokument z pkt 5.5.2.1. SIWZ, wciąż wskazuje on na przygotowanie projektu budowlanego zamiennego. Dokument dalej nie wyjaśnia, jaki był dokładnie zakres prac objęty projektami zamiennymi.

40. Konkludując, że doświadczenie konsorcjanta w zakresie Nowego Szpitala Powiatowego w Żywcu nie mieści się w ramach czasowych przewidzianych pkt. 5.1.2.l.a) SIWZ. Zamawiający wprost ustosunkował się do możliwości wydłużania okresów, w których zdobyte ma być doświadczenie wymagane w SIWZ, odpowiadając na pytanie 1 pismem z 7 listopada 2019 r. odmawiając uznania doświadczenia starszego niż 5 lat od terminu składania ofert. W ocenie Wykonawcy niezasadne byłoby dopuszczenie możliwości rozciągnięcia doświadczenia konsorcjanta na okres dłuższy niż 5 lat wstecz, tylko dlatego, że zakończone przez niego przed tym terminem prace nad projektem budowlanym w technologii BIM podległy następnie - być może drobnym zaledwie zmianom. Wprowadzenie zmiany do projektu nie może być utożsamiane z jego wykonaniem. Nie sposób więc uznać doświadczenia jako spełniającego warunki udziału w Postępowaniu.

41. Na niwie wskazanych referencji dot. doświadczenia N+ M. N. pojawiają się wątpliwości co do rzetelności przygotowanych przez Konsorcjum materiałów jako całości.

42. Już pobieżna lektura dwóch analizowanych dokumentów wskazuje na rozbieżności w datach oraz zakresach prac, za jakie odpowiedzialny był konsorcjant. Według dokumentu InterHealth Canada Limited zakres prac obejmować miał „projekt budowlany”, był zakończony w październiku 2012 roku, podczas gdy dokument Starosty Powiatu Żywieckiego wymienia „projekt budowlany, przetargowy i wykonawczy”, uwieńczony pozwoleniem na budowę z 5.09.2012 r., a więc wcześniej niż wynikałoby to z pierwszego dokumentu.

43. Projekt budowlany szpitala w Żywcu miał więcej autorów. Zgodnie z doniesieniami medialnymi, w tworzenie projektu zaangażowana była również firma Arup Engineers: „Budynek szpitala, zaprojektowany przez firmę architektoniczną N+ Parametric Design oraz firmę inżynierską Arup Engineers, będzie liczył cztery kondygnacje o powierzchni netto ok. 18 000 m z możliwością rozbudowy.”² „M. m H., dyrektor usług medycznych w Inter Health Canada, odpowiedzialna za planowanie medyczne PPP w Żywcu mówi, że razem z N+parametric i Arup udało się stworzyć wysoko wydajny projekt, który pozwoli na realizację planu medycznego.”

44. Informacje o tym, jaki zakres prac spoczywał na N+ , a jaki na innym podmiocie, nie zostały przez Konsorcjum wskazane.

45. Konsorcjum podaje w przedstawianych przez siebie dokumentach sprzeczne informacje dotyczące metrażu, którego dotyczą wykonane prace:

- a) w ofercie wskazano: 20.240 m²
- b) w wykazie usług (zał. 6): 13,460 m²
- c) w oświadczeniu z 6 lutego 2020 r.: 13.460 m²

46. Odwołujący świadomość, z czego ta rozbieżność może wynikać. W ofercie wskazano na doświadczenie dotyczące sporządzenia projektu budowlanego, który obejmował przeszło 20 tys. m², zaś gdy zorientowano się, że doświadczenie to może nie mieścić się w cezurze czasowej SIWZ, dostosowano narrację do nowych okoliczności i już w Wykazie Usług złożonym po wezwaniu z art. 26 ust. 1 PZP oraz wyjaśnieniach po wezwaniu z art. 26 ust. 4 PZP wskazano wartość mniejszą, odpowiadającą być może części obiektu podlegającej projektowi budowlanemu zamiennemu. Powyższy schemat działań potwierdza jedynie że Konsorcjum nabrało świadomości - już po złożeniu oferty- że projekt budowlany został wykonany wcześniej, niż wymagany zakres dat. Obecnie Konsorcjum próbuje uzasadnić prawidłowość tego doświadczenia, przez przywoływanie projektu zamiennego, który nie jest tożsamy z wymaganym w SIWZ projektem budowlanym,

47. To świadczy o tym, że dokumenty przedstawiane przez Konsorcjum nie są jednoznaczne i podlegają negatywnej weryfikacji, zderzone z powszechnie dostępnymi informacjami.

iii. niezgodność doświadczenia Konsorcjum nabytego w ramach projektu budowy „King Saud University Endowment Private Hospital”

48. Kolejną kwestią, która budzi wątpliwości jest dokument referencji udzielony N+ przez InterHealth Canada Limited w związku z wykonaniem Projektu „King Saud University Endowment Private Hospital” - złożony na okoliczność posiadania doświadczenia w zakresie wykonania PFU wraz z koncepcją architektoniczną i koncepcją wielobranżową (w zakresie co najmniej branży konstrukcyjnej, sanitarnej, elektrycznej) z wymogiem BIM (Załącznik nr 29).

49. Odwołujący zastrzega, iż nie jest jego intencją kwestionowanie kompetencji tłumacza przysięgłego, jednak wątpliwości, które pojawiają się po lekturze tłumaczenia i dokumentu oryginalnego wskazują, iż mogło dojść do omyłki istotnej dla Postępowania.

50. W oryginalnym tekście angielskim doświadczenie konsorcjanta jest określone następująco:

„N+ parametric design Warsaw, Poland provided the initial fit out/feasibility study and schematic design options for the facility.”

51. W tłumaczeniu dostarczonym przez Konsorcjum fragment ten brzmi następująco:

„Biuro N+ parametric design z Warszawy w Polsce zapewniło początkowe PFU z projektem wyposażenia oraz opcje koncepcji projektu dla szpitala

52. W treści angielskiej pojawiają się następujące elementy wykonanych przez konsorcjanta prac:

- initial fit out/feasibility study,
- schematic design options.

53. O ile to drugie wydaje się słusznie przetłumaczone jako „opcje koncepcji projektu”, o tyle trudno wywnioskować, skąd w tłumaczeniu pierwszego elementu pojawiło się sformułowanie „PFU. Niewątpliwie „fit out” można rozumieć jako „wykończenie” lub „wyposażenie”, pozostające jednak sformułowanie „feasibility study” , należało przetłumaczyć jako „studium wykonalności”. Brak jest w oryginalnym brzmieniu dokumentu przesłanek, by uznać, że chodzi tam o PFU, który jest czymś więcej niż studium wykonalności. Tłumaczenie z 2014 r. sporządzono 20 stycznia 2020 r., tj. zapewne na cele Postępowania.

54. Odwołujący skontaktował się z tłumaczem przysięgłym, który dokonał tłumaczenia, nie uzyskał jednak odpowiedzi na zastrzeżenia (Załącznik 30). Odwołujący zlecił równoległe tłumaczenie przysięgłe, które potwierdza wskazane wyżej rozumienie przedstawionych terminów (Załącznik 31).

55. Nawet przyjmując, że tłumaczenie wolne jest od omyłek, o dokument w brzmieniu angielskim nie odnosi się do PFU w rozumieniu SIWZ, tzn., zgodnego z art. 31 ust. 2 i 3 PZP oraz przepisami wykonawczymi lub w innych krajach UE. Analiza nie wymaga specjalistycznej wiedzy językowej, a ocena Zamawiającego, w razie pojawienia się istotnych wątpliwości co do tłumaczenia, powinna opierać się również o oryginalny tekst referencji, który na pewno nie odnosi się do PFU w rozumieniu nadanym mu przez SIWZ.

56. Referencje - już w obu wersjach językowych - nie wskazują, by wykonywany projekt wymagał technologii BIM, trudno więc założyć, że taki wymóg w tym projekcie istniał.

57. Referencje zostały udzielone 4 czerwca 2014 r., tzn. wcześniej niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert. Oznacza to, iż nie mogą one realnie poświadczać doświadczenia, którego wymaga w Postępowaniu Zamawiający, tj. uzyskanego „w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert”. Samo stwierdzenie w referencjach, że szpital miał być ukończony w 2016 r. nie może poświadczać, że w tym okresie (wówczas jeszcze przyszłym) konsorcjant wykonał swoje obowiązki prawidłowo. Referencje potwierdzają więc doświadczenie nabyte w okresie, który nie jest uznawany. Pozostawiając więc nawet na boku spór lingwistyczny, wskazana okoliczność winna doprowadzić do uznania, iż referencje udzielone przez InterHealth Canada nie potwierdzają doświadczenia konsorcjanta wskazanego w załączniku nr 6 do SIWZ (tabela Wykaz Usług).

58. W tabeli Wykaz Usług w kolumnie „data wykonania” Konsorcjum nie wpisało żadnej daty odnośnie tego doświadczenia, co jednocześnie uchybia wymogowi z pkt. 5.5.2.1 SIWZ, który wymaga podania „wykazu usług (...) wraz z podaniem ich (...) dat wykonania”. Z oferty Konsorcjum wynika natomiast, że usługa była wykonana w roku 2016. Istnieje więc sprzeczność między: referencjami, ofertą a Wykazem Usług.

59. Po wezwaniu w trybie art. 26 ust. 4 PZP, Konsorcjum przedstawiło dodatkowy dokument w postaci oświadczenia Pana M. N., dotyczącego opisywanego wyżej doświadczenia. Dokument sporządzono 7 lutego 2020 r. tj. w związku z Postępowaniem. Autor powołuje się na wątpliwą okoliczność, że w dniu wystawiania dokumentu odbywa się muzułmańskie święto religijne. Prześledzenie stron internetowych wskazuje, że dni 6-8 lutego 2020 r. nie stanowiły dni świątecznych ani z perspektywy kalendarza świąt muzułmańskich, ani dni wolnych w Arabii Saudyjskiej (Załącznik 34). Co więcej, Odwołujący wskazuje, że zamawiającym i podmiotem wystawiającym referencje wcześniejsze dla konsorcjanta była spółka InterHealth Canada z siedzibą w Toronto, Kanada. Okoliczność ta pokazuje skalę nieścisłości, którymi Konsorcjum posługuje się w Postępowaniu, byle tylko obronić zasadność wykorzystania doświadczeń, które w rzeczywistości nie spełniają wymogów SIWZ.

60. W konsekwencji omawiane doświadczenie nie spełnia wymogów z pkt. 5.1.2,1a SIWZ.

iv. niezgodność doświadczenia Konsorcjum nabytego w ramach projektu Budowa Nowej Siedziby Muzeum Śląskiego w Katowicach oraz Budowy Szpitala Pediatrycznego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego

61. Celem wykazania spełnienia warunku udziału z pkt 5.1.2.1.c Konsorcjum przedstawiło doświadczenie ECM Group S.A. polegające na:

- „zarządzaniu - jako inżynier kontraktu - projektem inwestycyjnym polegającym na budowie obiektu budowlanego w wartości robót 168.975.805,05 mln PLN netto (205 mln brutto) - Budowa Nowej Siedziby Muzeum Śląskiego w Katowicach” - zrealizowane we wrześniu 2015 r.
- „zarządzaniu - jako inwestor zastępczy - projektem inwestycyjnym polegającym na budowie obiektu budowlanego o wartości robót 364.919.866,11 PLN brutto - Budowa Szpitala Pediatrycznego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego” - zrealizowane w sierpniu 2015 r.

62. Na potwierdzenie doświadczenia Konsorcjum przedstawiło referencje od podmiotów udzielających powyższych zleceń i tak przedstawiono:

- List referencyjny z 30.09. 2015 r. Muzeum Śląskiego, który stwierdza, że zakończenie okresu zgłaszania wad, który był obsługiwany przez konsorcjanta, nastąpiło 29.09.2015 r. (Załącznik nr 35);

- Dokument Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego, że ECM Group S.A. realizowało usługę przez okres od dnia 27 lutego 2012 r. do dnia 10 sierpnia 2015 r. (Załącznik nr 36).

63. Zgodnie z SIWZ Zamawiający akceptuje, jako warunek udziału, takie doświadczenie, które mieści się w określonych ramach czasowych, tzn. wykonawca powinien wykazać, że usługę, która stanowi o jego doświadczeniu, wykonywał: „w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (...) przez okres co najmniej kolejnych 12 miesięcy”.

64. Ani PZP, ani Kc nie przewidują wprost zasad obliczania terminu wstecz, jednak wydaje się, że powinny zostać przyjęte w tym celu per analogiam zasady obliczania terminu tj. regulacje z art. 112 KC w zw. z art. 14 ust. 1 PZP. Konsekwentnie okres 5 lat, o którym mowa w SIWZ powinien być rozumiany jako rozpoczynający się 29 listopada 2014 r. i upływający w dniu 29 listopada 2019 r.

65. Brzmienie pkt 5.1.2.1.c SIWZ oznacza, że usługa powinna mieć charakter ciągły i być wykonywana przez co najmniej 12 miesięcy, a ponadto co najmniej ten minimalny okres musi mieścić się w „w okresie ostatnich 5 lat” przed terminem składania ofert. Z dokumentów złożonych przez Konsorcjum nie wynika, by warunek był spełniony. Doświadczenie z budowy Muzeum Śląskiego zakończyło się 29 września 2015 r., a zatem potwierdza świadczenie usług przez konsorcjanta przez okres jedynie 10 m-cy w okresie uznawanym przez Zamawiającego (od 29.11.2014 r. do 29.09.2015 r.). Natomiast datą końcową dla doświadczenia nabytego w ramach Szpitala Pediatrycznego jest 10.08.2015 r., a zatem potwierdza świadczenie usług przez konsorcjanta przez okres niecałych 9 m-cy (od 29.11.2014 do 10.08.2015 r.).

66. Standardowym rozwiązaniem w zakresie wymogów odnośnie doświadczenia wykonawców jest wskazanie wykonania (forma trybu dokonanego) jakiejś usługi w określonym czasie, bez podkreślania jej ciągłości. Sformułowanie więc wymogu przez Zamawiającego w taki sposób, który jednoznacznie stanowi o 12 miesiącach świadczenia usługi w okresie ostatnich 5 lat przed termin składania ofert potwierdza, że wymóg ten dla Zamawiającego ma charakter istotny i powinien być traktowany inaczej niż wymóg prostego zaistnienia doświadczenia w okresie 5 letnim. Interpretacja, która dopuszczałaby przyjęcie omawianych tu doświadczeń Konsorcjum, jako spełniających wymóg pkt. 5.1.2.1.c SIWZ, tj. pozwalająca nawet na to (w ujęciu ekstremalnym), by tylko jeden dzień z 12 miesięcznego okresu zawierał się w 5 letnim przedziale sprowadzałaby się w istocie do zrównania tego wymogu z wymogiem „standardowym”, zupełnie pomijając jego „kwalifikowany” charakter, jaki Zamawiający postawił w niniejszym Postępowaniu.

67. Z uwagi na brak ciągłego 12 miesięcznego doświadczenia w okresie wskazanym Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunku, o którym mowa w pkt. 5.1.2.1.c) SIWZ.

v. Podsumowanie części dotyczącej spełnienia warunku posiadania zdolności technicznej lub zawodowej objętego pkt. 5.1.2.1.a) i 5.1.2.1.c) SIWZ.

68. W ocenie Odwołującego, żadne z doświadczeń Konsorcjum wskazanych w celu wykazania spełnienia warunków udziału z pkt 5.1.2.1.a) oraz 5.1.2.1.c) SIWZ tych warunków nie spełnia. *

69. Dodatkowo Konsorcjum uchybiło wymaganiu z pkt. 5.5.2.1 SIWZ, gdzie wskazane jest, iż wykonawca powinien przedstawić „wykaz usług (...) wraz z podaniem ich wartości”. W tabeli Wykaz Usług - zał 6 do SIWZ Konsorcjum w kolumnie „wartość usługi” wpisało we wszystkich pozycjach „informacja nie wymagana w SIWZ”, zamiast podać wartość usługi.

B. NIE WYKAZANIE BRAKU PODSTAW WYKLUCZENIA

70. Celem wykazania braku podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15, w ślad za wezwaniem z art. 26 ust. 1 PZP Konsorcjum przedstawiło trzy oświadczenia tożsame dla każdego konsorcjanta w zakresie braku zaległości podatkowych lub składkowych.

71. Odwołujący wskazuje, że oświadczenia Konsorcjum są niezrozumiałe i przez to nie można uznać, że złożono oświadczenia w zgodzie z ww przepisem.

72. Powyższej konkluzji nie zmieniają wyjaśnienia z 10 lutego 2020 r. do pytania Zamawiającego, ani też oświadczenie ECM Group S.A. z 10 lutego 2020 r. ECM Group S.A. nie skorygowało swojego oświadczenia, więc dalej pozostaje ono pozbawione logicznego sensu, pozostali konsorcjanci w ogóle nie odnieśli się do braku sensu w ich oświadczeniach.

73. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, Konsorcjum nie wypełniło w terminie zobowiązania, o którym mowa w pkt. 5.5.1.3 SIWZ oraz art. 26 ust. 1 PZP.

74. Jeden z konsorcjantów - ECM Group S.A. dopuścił się wcześniej składania nieprawidłowych oświadczeń w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co zostało stwierdzone wyrokiem KIO. Wyrok był przedmiotem pism Odwołującego do Zamawiającego z 10.12. 2019 r. oraz 27.01. 2020 r. Istnieje uzasadnione podejrzenie, że decyzja, która była podstawą do orzekania przez KIO w sprawie 899/18 (Załącznik 40) uprawomocniła się, a zatem ECM Group S.A. winna byłaby przedstawić nie tyle oświadczenie o braku prawomocnej decyzji, co dowód uiszczenia należnego zobowiązania publicznoprawnego lub porozumienia o jego spłacie.

75. Nawet jeśli decyzja rzeczona nie stała się nigdy prawomocna, oświadczenia konsorcjantów, ze względu na ich zupełnie niejednoznaczną treść, nie można uznać za czyniące zadość zobowiązaniom opisanym w pkt. 5.5.1.3 SIWZ oraz art. 26 ust. 1 PZP.

C. NIEPRAWIDŁOWOŚCI W ZAKRESIE ZŁOŻONEGO DOŚWIADCZENIA OSÓB WSKAZANYCH DO WYKONANIA ZAMÓWIENIA

i. niezgodność doświadczenia Kierownika Zespołu z wymogami SIWZ

76. W ofercie Konsorcjum pkt IV, wierszu 3, kol. 3 wskazano doświadczenie Kierownika Zespołu - Pana M. G.: „ (...) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił przez okres od października 2018 do chwili obecnej pełni funkcję inżyniera projektu w zespole inżyniera kontraktu przy realizacji projektu inwestycyjnego z wykorzystaniem BIM (...)”

77. Powyższe wskazuje na rozbieżność z wymaganiami postawionymi w SIWZ, gdzie w punkcie 5.1.2.1.d) wskazano, iż Kierownik Zespołu winien legitymować się doświadczeniem obejmującym co najmniej 12 miesięczne pełnienie funkcji kierownika projektu w zespole inwestora zastępczego lub inżyniera kontraktu lub w zespole o podobnej funkcji.

78. Tymczasem, w przedłożonym przez Konsorcjum za wezwaniem z art. 26 ust. 1 PZP, Wykazie Osób (Załącznik nr 41) doświadczenie Kierownika Zespołu zostało ujęte następująco (odmiennie niż wcześniej): „(...) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił przez okres od października 2018 do chwili obecnej, pełni funkcję kierownika projektu i głównego inżyniera projektu w zespole inżyniera kontraktu przy realizacji projektu inwestycyjnego z wykorzystaniem BIM (...)”

79. Doświadczenie wskazujące na spełnianie przez Konsorcjum wymagań SIWZ w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania przedmiotu zamówienia w odniesieniu do Kierownika Zespołu zostało wykazane dopiero w dokumentach złożonych w trybie art. 26 ust. 1 PZP.

80. W ślad za wezwaniem w trybie art. 26 ust. 4 PZP, Konsorcjum przedstawiło wyjaśnienia powyższej sytuacji (z 11 lutego 2020 r - Załącznik 42), wskazując, że „Oba stwierdzenia są prawdziwe i względem siebie komplementarne, tym bardziej, że SIWZ dopuszcza obie funkcje i przez stwierdzenie „.....lub w zespole o podobnej funkcji” działa rozszerzająco.” Powyższe analizy Konsorcjum są jednak wadliwe, gdyż odwołanie do zespołów o innej funkcji w żaden sposób nie odnosi się do stanowiska, jakie ma pełnić w takich zespołach osoba wskazana jako Kierownik Zespołu. Za każdym razem, jakkolwiek zespół by to był, osoba ta winna była być w zespole KIEROWNIKIEM PROJEKTU. Tylko taki wniosek jest uprawniony w kontekście pkt 5.1.2.1.d) SIWZ. Inna interpretacja świadczy o niestarannym zapoznaniu się z SIWZ (niedbalstwo), a być może nawet celowym działaniu (zamiar).

81. Do pisma z 11 lutego 2020 r. Konsorcjum załączyło dokument dotyczący realizacji projektu - Szpital w Żywcu - na którym widnieje pieczęć Pana M. G. (pismo z 6 lutego 2020 r.) ze stanowiskiem „inżynier rezydent”, z czego nie można wywodzić, iż pełnił on którąkolwiek z funkcji, o których mowa w punktach poprzedzających.

82. Warunek wskazany w pkt 5.1.2.1.d) określa wymaganie wobec Kierownika Zespołu polegające na pełnieniu funkcji kierownika projektu we wskazanej inwestycji przez okres 12 miesięcy. Z informacji Odwołującego wynika, że M. G. uczestniczy w projekcie budowy

Szpitala w Żywcu od końca lutego 2019 r, a nie jak wskazuje oferta Konsorcjum od października 2018r.

83. Warunek określony w pkt 5.1.2.1.d1) określa wymaganie wobec Kierownika Zespołu polegające na pełnieniu funkcji kierownika projektu przy realizacji inwestycji z wykorzystaniem BIM, co, zgodnie z UWAGAMI na końcu pkt. 5.1, oznacza inwestycję, w której umowa na roboty budowlane zawierała obowiązki wykonawcy robót w zakresie wykorzystania modeli BIM. Z informacji Odwołującego wynika, że umowa zawarta ICZ Properties sp. z o.o. a WODPOL sp. z o.o. w Żywcu nie zawierała żadnych obowiązków wykonawcy robót dotyczących BIM, w umowie w ogóle nie pojawia się sformułowanie BIM lub podobne.

84. Powyższe wskazuje, że oferta w zakresie przedstawionego doświadczenia Pana M. G., nie jest zgodna z pkt. 5.1.2.1.d1) SIWZ.

ii. niezgodność doświadczenia Głównego Projektanta z wymogami SIWZ

85. Konsorcjum w ofercie wskazało na zamiar powołania architekta M. N. na stanowisko Głównego Projektanta w Postępowaniu.

86. Zgodnie z pkt 5.1.2.1.d2 SIWZ, stanowisko Głównego Projektanta mogło zostać powierzone osobie legitymującej się doświadczeniem polegającym na pełnieniu funkcji głównego projektanta przy wykonaniu PFU wraz z koncepcją architektoniczną i wielobranżową z wymogiem BIM lub projektu budowlanego z wymogiem BIM dla budowy 1 obiektu szpitala.

87. W odniesieniu do M. N., powołano doświadczenie nabyte przez tego architekta w ramach projektu na DOMI (opisane powyżej w pkt 10 i nast. Odwołania).

88. Mając na uwadze okoliczności ustalone przez Odwołującego z informacji WSSK, Odwołujący podkreśla, że doświadczenie to nie spełnia wymogów pkt 5.1.2.1.d2) SIWZ.

89. Zamawiający wymagał od Głównego Projektanta doświadczenia obejmującego projekt budowlany w formie modeli BIM lub PFU wraz z koncepcją architektoniczną i wielobranżową w formie modeli BIM.

90. Doświadczenie M. N. w ramach projektu na Dolnośląski Ośrodek Medycyny Innowacyjnej, jak wykazano w pkt. 10-22 Odwołania, nie obejmowało wymogu stosowania technologii BIM.

91. „Koncepcja medycznego programu funkcjonalno-użytkowego” stworzona na potrzeby WSSK była niezgodna z wymogami stawianymi dla PFU przez obowiązujące przepisy prawa, przez co nie spełnia wymogów postawionych przez Zamawiającego w Postępowaniu.

92. Również doświadczenie M. N. w ramach projektu Szpitala w Żywcu nie spełnia wymagań z SIWZ. Powody tożsame z pkt 34-47. Doświadczenie to obejmowało okres starszy niż 5 lat od terminu składania ofert, zaś prace wykonane w okresie krótszym niż 5 lat przed terminem składania ofert nie mogą być poczytane, na podstawie przedstawionych

referencji za „pełnienie funkcji głównego projektanta przy wykonywaniu projektu budowlanego”, jeśli projekt budowlany został zakończony w październiku 2012 r., zaś zakres prac późniejszych nie jest znany i nie może być równoznaczny z pkt. 5.1.2.1.d2) tiret 2 SIWZ.

93. Podobnie w przypadku trzeciego z przedstawionych doświadczeń M. N., tj. pełnienia funkcji głównego projektanta przy projekcie budowy „King Saud University Endowment Private Hospital” (pkt 48-60), doświadczenie poza ramy czasowe.

94. Zamawiający zdecydował się na określenie 5 letnich okresów wstecznych dla doświadczenia i, w odpowiedzi z 7 listopada 2019 r. (pyt 1), wskazał następująco:

„Zamiarem Zamawiającego jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz premiowanie w trakcie oceny ofert wykonawców, którzy legitymują się zespołem, który nabył doświadczenie przy różnych projektach inwestycyjnych na przestrzeni ostatnich lat. W ocenie Zamawiającego wykonawca z takim doświadczeniem daje rękojmię należytej realizacji zamówienia, a złożona przez niego oferta jest korzystniejsza dla Zamawiającego, który chce współpracować z czynnymi specjalistami z określonych branż, co może mieć znaczący wpływ na jakość wykonania przez nich zamówienia.”

96. Przedstawiane przez Głównego projektanta doświadczenie nie spełnia wymogów Zamawiającego, wyraźnie sprecyzowanych w powyższej odpowiedzi.

97. Również i doświadczenie architekta M. N. w zakresie dokumentacji dla Royal London Hospital oraz St. Bartholomew's Hospital, nie spełnia warunków. Zamawiający wymaga, aby Główny Projektant legitymował się doświadczeniem w pełnieniu funkcji głównego projektanta w projektach przedstawionych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

98. Z informacji Odwołującego, wynika, że za wykonanie projektów Royal London Hospital oraz St. Bartholomew's Hospital odpowiedzialne było biuro architektoniczne HOK z siedzibą w Londynie. Odwołujący otrzymał od tego podmiotu informację, że architekt M. N. nie pełnił w ramach powyższych projektów funkcji Głównego Projektanta, a jedynie należał do zespołu architektów. W dowód powyższego, Odwołujący załączył korespondencję z Panią A. W., będącą w HOK osobą odpowiedzialną za dział Healthcare (opieka zdrowotna) wraz z tłumaczeniem (Załącznik nr 43) oraz materiały reklamowe samego konsorcjanta, które identyfikują jako Gł. Projektanta na powołanych projektach E. N., zaś M. N. wymieniają jako Projektanta Architektury i Dyrektora Technologii BIM (s. 16 i 21) (Załącznik nr 44).

99. Powyższe potwierdza również brak wpisania M. N. do rejestru architektów brytyjskich, z którym zapoznać się można pod adresem: <http://www.arb.org.uk/>. Zgodnie z obowiązującymi w Wielkiej Brytanii przepisami, wpis do rejestru jest obligatoryjny, w celu posługiwania się tytułem architekta (w celu pełnienia roli architekta głównego/ prowadzącego) na obszarze GB (art. 20 ustawy Architects Act 1997, z którą zapoznać się

można pod adresem: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/22/section/20> . Tym samym, stanowisko Głównego Projektanta nie mogło zostać powierzone osobie, która nie posiadała statusu architekta w rozumieniu prawa brytyjskiego, tzn. osobie niewpisanej na listę czynnych architektów brytyjskich. Odwołujący skontaktował się z Królewskim Instytutem Architektów Brytyjskich (RIBA), celem potwierdzenia, że Pan M. N. takich uprawnień nie posiada (Załącznik 45).

100. Powyższe wskazuje, że oferta Konsorcjum, w zakresie przedstawionego doświadczenia Pana M. N. nie jest zgodna z pkt. 5.1.2.1.d2) SIWZ.

iii. niezgodność doświadczenia Specjalisty ds. efektywności energetycznej i odnawialnych źródeł energii z wymogami SIWZ

101. Zamawiający wymagał uwzględnienia w zespole projektowym Specjalisty ds. efektywności energetycznej i odnawialnych źródeł energii legitymującego się świadczeniem usługi polegającej na wykonaniu z wykorzystaniem oprogramowania CFD przepływowego modelu obiektu budowlanego o sumarycznym zapotrzebowaniu na energię elektryczną i ciepłą w wysokości min. 7 GWh rocznie. Konsorcjum na wskazaną funkcję zaproponowało J. K. z doświadczeniem obejmującym wykonanie modeli dla:

- Kompleksu biurowo-handlowo-usługowego inwestycji HB Reavis przy ul. Burakowskiej w Warszawie (rok 2016),
- Budynku biurowo-usługowego Oliwia 7 przy Al. Grunwaldzkiej w Gdańsku (rok 2017).

102. Drugie z podanych doświadczeń nie jest zgodne z wymogami Postępowania. Odwołujący zaznacza, że oszczędność energetyczną i izolacyjność cieplną budynków użyteczności publicznej (w tym budynków biurowych) określa się według przepisów Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. 2015 poz. 1422). Określone w R.10. Rozporządzenia w sprawie warunków technicznych wartości wskaźnika EP [kWh/(m²*rok)] wyznaczają maksymalne dopuszczalne wskaźniki efektywności energetycznej EP, powyżej których budynki nie spełnią wymagań, a więc nie kwalifikują się do wydania decyzji pozwolenia na budowę i nie mogą zostać dopuszczone do użytkowania.

103. Rozporządzenie podaje wartości wskaźnika EP umożliwiające określenie maksymalnego sumarycznego wskaźnika EP dla określonej powierzchni użytkowej budynku i jego odpowiednich części. Wg danych projektanta obiektu firmy BJK Architekci z Gdyni (Załącznik 46), pow. całkowita obiektu Oliwia 7 wynosi 37.212,8 m², a powierzchnia biur i usług wynosi 24.427 m². Wyciąg szczegółowego zestawienia powierzchni został przedstawiony poniżej:

Dane według projektu budowlanego pow. całkowita [w m²]

Winda 954,1, Klatka schodowa 732,7, Hol windy 2253,2, Przedsiónek/komunikacja 851,7
Miejsce na WC damskie 221,4, Miejsce na WC męskie 320,5, Pomieszczenia Sanitarne NP

/ miejsce na WC NP. 222,5, Biura/usługi 24427,Pom.techniczne752,5,Pomieszczenia gospodarcze/pomocnicze 129,8, Magazyny poz. -1, -2 i -3 6347,4,pow. łącznie37212,8 m².

104. Przyjmując za Rozporządzeniem, maks. wartość wskaźnika EP określającego "roczne obliczeniowe zapotrzebowanie na nieodnawialną energię pierwotną w zakresie ogrzewania, wentylacji, chłodzenia oraz przygotowania ciepłej wody użytkowej i oświetlenia wbudowanego" i całkowitą powierzchnię uzyskujemy wartość maksymalnego wskaźnika EP = 6,9 kWh. To oznacza, że gdyby obiekt Olivia 7 posiadał roczny wskaźnik deklarowany w ofercie jako nie mniejszy niż 7GWh to nie spełniałby warunków Rozporządzenia.

105. Ponadto wg informacji ze strony internetowej administratora kompleksu Olivia Business Centre, budynek Olivia Prime, uzyskał certyfikat BREEAM na poziomie EXCELLENT, co oznacza znacznie większą efektywność energetyczną oraz większą oszczędność energetyczną niż ta, która wynika ze standardów Rozporządzenia. Nie dokonując szczegółowych obliczeń w zakresie tzw. kredytów w procesie certyfikacji, referencyjnym podstawowym poziomem rocznego zużycia energii dla certyfikacji BREEAM jest 135kWh/m² powierzchni obliczeniowej przy najniższym poziomie certyfikatu (poziom GOOD). Gdyby przyjąć tylko ten poziom wskaźnika jako dopuszczalny to dla powierzchni całkowitej obiektu Olivia 7 uzyskujemy całkowity roczny wskaźnik EP = 5,0 GWh. Uzyskanie poziomu BREEAM Excellent oznacza uzyskanie przez obiekt jeszcze niższych (lepszych) wskaźników.

106. Odwołujący uzyskał informacją, że sporządzony dla budynku Olivia został sporządzony jedynie model cyrkulacji powietrza, a nie jak wymagała tego SIWZ model energetyczny.

107. Reasumując, obiekt Olivia 7 nie spełnia warunku SIWZ, jako iż jego sumaryczne zapotrzebowanie na energią elektryczną i ciepłą jest niższe niż wymagane min 7GWh rocznie, a zatem oferta w zakresie doświadczenia J. K. nie jest zgodna z pkt. 5.1.2.1.d4) SIWZ

iv. niezgodność doświadczenia Technologa Medycznego z wymogami SIWZ

108. W ofercie Konsorcjum wskazano, iż stanowisko Technologa Medycznego w ramach realizowanego zamówienia będzie powierzone Pani E. N. . Celem wykazania, iż spełnia ona wymogi powołano następujące doświadczenie:

- Projekt technologii medycznej szpitala Nowego Powiatowego Szpitala w Żywcu - wykonany w 2019 roku,
- Projekt technologii Medycznej obiektu Szpitala King Saud University Endowment Private Hospital wykonany w 2016 roku,
- Projekt technologii medycznej obiektu szpitala „St. Bartholomew's Hospitla" w Londynie - wykonany w 2016 roku;

- Projekt technologii medycznej obiektu szpitala „Royal London Hospitar w Londynie - wykonany w 2016 roku;

109. Dwa pierwsze nie powinny zostać uznane za spełniające wymogi SIWZ w zakresie daty ich uzyskania.

110. W odniesieniu do Szpitalu w Żywcu, aktualne pozostają tezy wskazane w pkt 37 Odwołania odnośnie nieścisłości w zakresie dat wykonania prac na projekcie. Zgodnie z dobrą praktyką wykonywania tego rodzaju prac projekt technologii medycznej powinien być zawsze jednym z pierwszych branżowych projektów w szpitalu i na pewno powinien wyprzedzać rozpoczęcie budowy, czyli projekt wykonawczy obiektu. Analizując referencje od Starosty Powiatu Żywieckiego oraz firmą InterHealthCanada, można stwierdzić że taki projekt technologii medycznej musiał być wykonywany przed 2014 rokiem. Nawet jeśli był on modyfikowany, to takie zmiany nie mogą być pochytywane jako samodzielnie spełniające wymóg SIWZ. Wymóg wskazuje, iż projekt ma być opracowany w okresie 5 lat.

ni. Również w odniesieniu do projektu technologii medycznej przy szpitalu King Saud University Endowment Private Hospital wątpliwości budzi treść referencji na okoliczność spełniania wymogów, posiadanego doświadczenia. Jak wskazano w pkt 57 Odwołania referencje zostały wystawione wcześniej niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert. Referencje wskazują że już w momencie ich wystawiania prace N+ wykonywane przez M. N. oraz E. N. były ukończone (o tym stanowi użycie czasownika „provided” i w tłumaczeniu „dostarczyli” - w formie czasu przeszłego). W konsekwencji, nawet jeśli prace były potem zmieniane lub uzupełniane, to aktualny również w tym przypadku pozostaje pogląd wyrażony w pkt 109 Odwołania in fine.

112. Należy uznać, że przynajmniej dwa z doświadczeń Pani E. N. nie spełniają wymogów pkt. 5.1.2.1.d3) SIWZ. Należy rozważyć, czy przedstawione w Ofercie informacje dotyczące tych doświadczeń, w kontekście przekazanych następnie referencji, nie stanowią umyślnego lub przynajmniej lekkomyślnego wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

II. UZASADNIENIE PRAWNE ZARZUTÓW ODWOŁANIA

A. ZARZUT NARUSZENIA ART. 24 UST, I PKT 12 PZP - BRAK WYKAZANIA SPEŁNIENIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

113. Zgodnie art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia; stanowi to samodzielną podstawę wykluczenia wykonawcy z przetargu.

114. Zaistnienie każdej okoliczności z osobna w postaci braku wykazania spełnienia warunków udziału postępowania w postaci legitymowania się doświadczeniem z 5.1.2.1.a oraz z 5.1.2.1.c) SIWZ obligowało Zamawiającego do wykluczenia Konsorcjum z Postępowania.

115. Aż pięć z sześciu doświadczeń konsorcjantów wskazanych w tabeli Wykaz Usług - Zał 6 do SIWZ (a wcześniej część z nich także w JEDZ konsorcjantów) nie spełnia warunków przewidzianych w pkt 5.1.2.1 lit a)-c) SIWZ, dotyczy to:

- PFU dla projektu rozbudowy i rozwoju DOMI (5.1.2.1.a SIWZ) - brak wymogu BIM, nie spełnianie warunków PFU w rozumieniu SIWZ;
- Projektu Nowego Szpitala Powiatowego w Żywcu (5.1.2.1.a SIWZ) - brak udokumentowanego stosowania BIM jako wymogu oraz czas realizacji projektu wykraczający poza ramy akceptowane przez Zamawiającego, tj. 5 lat od terminu składania ofert;
- PFU dla projektu budowy „King Saud University Endowment Private Hospital” (5.1.2.1.a SIWZ) - brak udokumentowanego stosowania BIM jako wymogu, nie spełnianie warunków PFU w rozumieniu SIWZ oraz czas realizacji projektu wykraczający poza ramy akceptowane przez Zamawiającego, tj. 5 lat od terminu składania ofert;
- Budowa Nowej Siedziby Muzeum Śląskiego w Katowicach (5.1.2.1.c SIWZ) - okres realizowania usługi w ramach czasowych akceptowanych przez Zamawiającego krótszy niż 12 miesięcy;
- Budowa Szpitala Pediatrycznego Warszawskiego Uniwersytetu medycznego (5.1.2.1.c SIWZ) - okres realizowania usługi w ramach czasowych akceptowanych przez Zamawiającego krótszy niż 12 miesięcy.

116. Również zaistnienie okoliczności, o których mowa w cz I pkt C ppkt i Odwołania - dotyczącej doświadczenia M. G. oraz w części I pkt C ppkt ii Odwołania - dotyczącej doświadczenia M. N., w postaci braku wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w postaci dysponowania osobami, posiadającym doświadczenie, o którym mowa w pkt. 5.1.2.1.d1 oraz d2 SIWZ obligowało Zamawiającego do wykluczenia Konsorcjum z Postępowania.

B. ZARZUT NARUSZENIA ART. 24 UST. 1 PKT 16 LUB 17 PZP - w ZAKRESIE WPROWADZENIA W BŁĄD CO DO POSIADANEGO DOŚWIADCZENIA

117. Dla zaistnienia przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP wystarczające jest samo przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, które to informacje mogą mieć, nawet wyłącznie potencjalnie, istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Zamierzone działanie ma miejsce wtedy, kiedy wykonawca wie, że nie spełnia jednego z warunków udziału w postępowaniu, a pomimo tego składa wprowadzające w błąd oświadczenie, że ten warunek spełnia.

118. Oświadczenia Konsorcjum w zakresie posiadanego doświadczenia, a także w zakresie doświadczenia poszczególnych członków zespołu nie są zgodne z prawdą, co Odwołujący był w stanie zweryfikować i wyżej wykazać.

119. W odniesieniu do doświadczenia na projekcie DOMI - zarówno pismo WSSK jak i treść umowy zawartej pomiędzy WSSK a N+ parametrics design wskazują, iż doświadczenie przy realizacji projektu DOMI przez konsorcjanta nie spełnia wymogów. Konsorcjant musiał zdawać sobie sprawę z tej okoliczności, a informacje podane tak w Ofercie, jak i w Wykazie Usług, w doprowadziły do wprowadzenia w błąd Zamawiającego co do spełniania warunków udziału w Postępowaniu.

120. Znamienny jest schemat działania Konsorcjum, który może ujawniać tok rozumowania osób sporządzających ofertę i uzupełniających oświadczenia Konsorcjum. Schemat ten można przedstawić następująco:

- w JEDZ N+ parametric design M. N. przedstawia doświadczenie DOMI jako jedyne mające spełniać wymogi pkt 5.1.2.1.a) SIWZ
- w trakcie Postępowania, wskutek działań Odwołującego i korespondencji z Zamawiającym, Konsorcjum, być może nawet od pracowników WSSK, uzyskuje wiedzę o tym, że doświadczenie to jest obarczone wadą (vide: informacje z dostępu do informacji publicznej),
- w Wykazie Usług pojawiają się dwa kolejne doświadczenia,
- po wezwaniu od Zamawiającego do wyjaśnienia doświadczenia DOMI pojawia się nowy dokument WSSK, który wyraźnie wycofuje się z jednoznacznego poparcia tezy, że wymogiem w projekcie było stosowanie technologii BIM

121. Powyższe może świadczyć o celowym działaniu Konsorcjum, a na pewno wskazuje na to, że w pewnym momencie Postępowania uzyskało ono świadomość tego, że w ofercie podało informację nieprawdziwą.

122. Również w odniesieniu do doświadczenia nabytego przez tego konsorcjanta przy budowie King Saud University Endowment Private Hospital, Konsorcjum wprowadziło Zamawiającego w błąd. W ofercie Konsorcjum wskazano, że doświadczenie to N+ nabył w roku 2016, podczas gdy dla potrzeb wykazania spełniania warunków udziału przedstawione zostały referencje (wraz z tłumaczeniem przysięgłym), wedle których zadanie wykonywane przez M. N. już w 2014 r. było ukończone (o czym w pkt. 38).

123. Tożsame uwagi należy podnieść również do doświadczenia z budowy Nowego Szpitala w Żywcu. W ofercie, Konsorcjum oświadczyło, iż doświadczenie to Pan M. N. nabył w roku 2019. W obliczu przedstawionych równolegle referencji, taka teza również wydaje się dalece niewiarygodna. Powyższego nie może zmieniać dokument dołączony do pisma Konsorcjum z 10.02.2020 r., które nie zostało wydane ani przez podmiot, na którego rzecz wykonano usługi, ani przez samego konsorcjanta.

124. Także doświadczenie M. G. dot. Nowego Szpitala w Żywcu obarczone jest poświadczeniem nieprawdy. Okoliczności te wykazano w pkt. 83 Odwołania. Doświadczenie

to nie obejmowało żadnych obowiązków wykonawcy robót, które dotyczyłyby BIM. W ofercie zaś, jak i w Wykazie Osób, Konsorcjum na istnienie takiego obowiązku wskazało.

125. Odwołujący podnosi zarzut podania informacji nieprawdziwych także co do doświadczenia M. N. w zakresie projektów na St. Bartholomew's Hospital oraz The Royal London Hospital (pkt 5.1.2.1. d2) SIWZ, które, okazały się niezgodne z prawdą. Niezgodność z prawdą przedmiotowych doświadczeń potwierdziła korespondencja z Pani A. W., a także materiały reklamowe samego konsorcjanta N+ , załączone do Odwołania. Problematykę wprowadzenia Zamawiającego w błąd opisano w pkt. 99 Odwołania.

126. Powołane wyżej uwagi znajdują zastosowanie również w stosunku do doświadczenia J. K. nabytego w ramach projektu Olivia 7, które służyło spełnieniu warunków pkt 5.1.2.1. d4) SIWZ. Konsorcjum zawarło w dokumentach informacje, które nie mogły być uznane za zgodne z prawdą w świetle przepisów Rozporządzenia w sprawie usytuowania budynków. Odwołujący przedstawia argumenty w pkt. 104-105 Odwołania.

127. W konsekwencji spełnione zostały przesłanki art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP, a w obliczu tego Zamawiający był obowiązany wykluczyć Konsorcjum z Postępowania.

128. Nawet jednak, jeśliby uznać, że Konsorcjum nie sposób przypisać zamiaru bezpośredniego, czy rażącego niedbalstwa w momencie przedstawiania oświadczeń o spełnianiu warunków udziału w Postępowaniu, czy w zakresie doświadczeń osób wskazanych do wykonania zamówienia, to działaniu temu można postawić zarzut lekkomyślności lub niedbalstwa. Na pewno również działanie to wprowadziło Zamawiającego w błąd i mogło mieć istotny wpływ na jego decyzje; wypełniły się znamiona art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP.

133. Nawet jakby tylko jedna z licznych nieprawdziwych informacji podanych przez Konsorcjum w trakcie Postępowania faktycznie została za taką uznana, to nie uprawnionym byłoby twierdzenie, że zamawiający mógłby mimo wszystko ocenić ofertę z pominięciem doświadczeń obciążanych „nieprawdą”, a opierając się na innych wskazanych przez wykonawcę, które spełniają warunki udziału w Postępowaniu. Przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt. 17 zmaterializuje się bowiem za każdym razem gdy podana informacja może mieć chociażby potencjalny wpływ na decyzje zamawiającego.

134. Również Sąd Okręgowy we Wrocławiu (sygn. XI Ga 733/19): „Przepis art. 24 ust 1 pkt 17 p.z.p z jednej strony nie ogranicza zakresu podawanych przez wykonawcę informacji, albowiem nie precyzuje (odmiennie niż w przypadku przesłanki wynikającej z art 24 ust 1 pkt 16 p.z.p.) o jakie informacje chodzi. Z drugiej strony obejmuje on także informacje wymienione w art. 24 ust 1 pkt 16 p.z.p. a zatem informację, że wykonawca: nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, spełnia obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria selekcji - albowiem te informacje zawsze mogą mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego. /.../

135. Wszystkie kwestionowane oświadczenia Konsorcjum były składane w JEDZ lub Wykazie Usług - na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu, lub też w Ofercie lub Wykazie Osób - na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu oraz otrzymania punktów w kryterium pozacenowym. Wszystkie więc miały potencjalny wpływ na decyzje Zamawiającego w postępowaniu.

C. ZARZUT NARUSZENIA ART. 24 UST. 1 PKT 15 PZP w zw. z ART. 24 UST. 1 PKT 12 PZP - BRAK WYKAZANIA BRAKU PODSTAW DO WYKLUCZENIA

136. Zgodnie z poglądem wyrażanym w doktrynie, każdy, nawet przeszły prawomocny wyrok lub decyzja o zaleganiu z uiszczeniem podatków może stanowić podstawę do wykluczenia.

137. Tym samym, istnienie zaległości w zakresie danin publicznych wykonawcy, które zostały stwierdzone prawomocnym wyrokiem czy ostateczną decyzją, a nie zostały uregulowane w dacie składania ofert, stanowią podstawę nakazującą zamawiającemu wykluczyć danego wykonawcę z postępowania.

138. Zamawiający wymagał, by wykonawca przedstawił oświadczenie, o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo - w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji - dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności.

139. Z brzmienia oświadczeń konsorcjantów wynika, że:

- Nie wydano prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu

albo Nie wydano dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności.

140. W ocenie Odwołującego, zaistniały podstawy do wykluczenia Konsorcjum z Postępowania, jako że w dacie składania ofert, Konsorcjum nie spełniało warunku określonego w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP, tzn. Oświadczenia konsorcjantów są zupełnie niejasne, i nie mogą być poczytywane jako poświadczające brak podstawy do wykluczenia.

141. Pomimo wezwania z zastosowaniem trybu art. 26 ust. 3 lub 4 PZP, dokumenty przedłożone w ramach składania wyjaśnień nie pozwalają uznać, iż Konsorcjum należycie wykazało brak przesłanek do jego wykluczenia. Szczególnie, że dokument złożyła jedynie spółka ECM Group S.A., która dodatkowo nalega, że brzmienie dotychczasowego oświadczenia jest jasne i zgodne z SIWZ i przepisami, podczas gdy nie jest (Załącznik nr 47).

D. ZARZUT NARUSZENIA ART. 24 UST. 1 PKT 17 PZP - w ZAKRESIE WPROWADZENIA W BŁĄD W OŚWIADCZENIACH JEDZ:

142. okolicznościami obligującymi do wykluczenia wykonawcy jest przedstawienie, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, informacji wprowadzających w błąd, mogących mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

143. Dla uznania, że wykonawca złożył informacje wprowadzające w błąd wystarczy zwykła lekkomyślność lub niedbalstwo. Zawsze, jeśli dochodzi do nieumyślnego złożenia nieprawdziwej informacji, wykonawca powinien być wykluczony z postępowania (art. 24, komentarz do ustawy PZP, red. Jaworska 2020, wyd. 10/J. Jarnicka, Legalis).

144. Z taką sytuacją mamy do czynienia w zakresie oświadczeń składanych w JEDZ przez EMC Group S.A. Nawet w wypadku, gdyby należność, o której mowa w wyjaśnieniach spółki ECM Group S.A., została spłacona, spółka ECM Group S.A. niewątpliwie oświadczyła nieprawdę w JEDZ poprzez zaznaczenie odpowiedzi „NIE” w zakresie części III punkt C, dot. pytania: [czy wykonawca] „był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji”.

145. W wyroku KIO, dotyczącym ECM Group S.A., KIO stwierdziło: „W ocenie Izby odwołujący, nie informując o fakcie istnienia decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczeniem podatków, dopuścił się co najmniej zamierzonego działania.(...) Zamierzone działanie ma miejsce wtedy, kiedy wykonawca wie, że nie spełnia jednego z warunków udziału w postępowaniu a pomimo tego składa wprowadzające w błąd oświadczenie, że ten warunek spełnia. Odwołujący w treści JEDZ - część III punkt B (Podstawy związane z płatnością podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne) na pytanie: „Czy wykonawca wywiązał się ze wszystkich obowiązków dotyczących płatności podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, zarówno w państwie, w którym ma siedzibę, jak i w państwie członkowskim instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego, jeżeli jest ono inne niż państwo siedziby?”, zaznaczył opcje „TAK”, co było niezgodne z prawdą. Odwołujący zaznaczył tę odpowiedź mimo jasnej treści formularza oraz instrukcji jego wypełnienia. Zwrócić należy uwagę, iż treść formularza wyraźnie wskazuje, iż należy tam wskazać wszystkie zobowiązania podatkowe, ustalone na podstawie choćby decyzji nieostatecznej.”

146. Następstwem zamierzonego wprowadzenia zamawiającego w błąd winno być wykluczenie wykonawcy i uznanie jego oferty za odrzuconą. Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 PZP nie precyzują, do jakiego okresu się odnoszą, dlatego powinno przyjmować się, że oświadczenie wykonawcy dotyczące zawinionego wprowadzenia w błąd znajduje zastosowanie także do działań podejmowanych przed danym (bieżącym) postępowaniem. W wyroku wskazano także, że: „błędne wpisanie wyrazu »nie« zamiast wyrazu »tak« nie jest

blahe, bo zamawiający badając JEDZ i ofertę musi brać pod uwagę całość zawartości dokumentów.

W niniejszym Postępowaniu, spółka ECM Group S.A.:

1) oświadczyła, że nie była winna poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji o braku podstaw wykluczenia i spełnianiu kryteriów selekcji (III. pkt C. JEDZ), podczas gdy,

2) w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego organizowanego przez Miejskie PWiK w m.st. Warszawie dopuściła się zamierzonego podania nieprawdy, co do braku podstaw wykluczenia i przez to wprowadziła zamawiającego w błąd (wyrok KIO 899/18),

3) zgodnie ze stanowiskiem KIO 1470/18, winna zostać wykluczona z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP.

147. Zgodnie z utrwalonym poglądem, dokument zawierający nieprawdziwe informacje nie podlega uzupełnieniu poprzez przedstawienie w jego miejsce innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań określonych w SIWZ (tak KIO/UZP 1223/09; KIO 177/15). Powyższej sytuacji w żaden sposób nie tłumaczy oświadczenie ECM Group S.A., które w swej treści odnosi się jedynie do punktu JEDZ mówiącego w „wydaniu prawomocnego wyroku sądu...”, zupełnie zaś pomija kwestie oświadczenia o tym, że konsorcjant „był winny poważnego wprowadzenia w błąd(...). Co wydaje się zrozumiałe, gdyż w obliczu jednoznacznego orzeczenia KIO w tym zakresie trudno bronić tezy, że prawidłowym było wskazanie w tym punkcie odpowiedzi „NIE”

148. Konsorcjum powinno zostać wykluczone z Postępowania za podanie nieprawidłowych informacji, które mogły mieć wpływ na decyzje Zamawiającego.

E. ZARZUT NARUSZENIA ART. 89 UST. 1 PKT 2 PZP

149. W art. 89 ust. 1 PZP określony został zamknięty katalog przesłanek skutkujących odrzuceniem oferty.

150. Treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ.

151. Norma art 89 ust. 1 pkt 2 PZP odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, ceny, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, w tym wyznaczonych parametrów technicznych wyrobu. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (Wyrok 2440/16).

152. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust 1 pkt 2 PZP polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie

na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w SIWZ i którego przyjęcia oczekuje.

153. KIO 2698/17: „zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego - co do zasady - porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ-jest z nią zgodna.

154. Oferta Konsorcjum nie odpowiada treści SIWZ albowiem doświadczenie osób - Pana M. G., Pana M. N. - którym Konsorcjum zamierza powierzyć wykonanie zamówienia nie odpowiada wymogom, co wykazano w pkt. 76-100 Odwołania.

155. Zagadnienie, czy niespełniające wymogów SIWZ doświadczenie osób, które wykonawca przedstawił do wykonania zamówienia, może stanowić o niezgodności oferty z SIWZ było przedmiotem rozważki KIO. Krytyce został poddany pogląd, iż treść art. 91 ust. 3 PZP („Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej”) stanowi przeszkodę w uznaniu doświadczenia personelu delegowanego do wykonania zamówienia za kryterium jakościowe oceny oferty.

156. Zgodnie z wyrokiem KIO 763/17 „Prawo unijne, jak i orzecznictwo TSUE, wskazuje, że nie narzuca ono tak rygorystycznego zakazu, jak dotychczas przyjmowano. Wynika to bezpośrednio z dwóch przepisów dyrektyw, tj. art. 67 ust 2 lit b) dyrektywy 2014/24/UE i art. 82 ust 2 lit b) dyrektywy 2014/25/UE. Przepisy te mają analogiczne brzmienie - istotne elementy przepisu: «2. (...) Kryteria takie mogą np. obejmować: (...) b) organizację, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia, w przypadku gdy właściwości wyznaczonego personelu mogą mieć znaczący wpływ na poziom wykonania zamówienia; (...)» Zatem, „organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia” zostały wskazane jako jedno z przykładowych kryteriów oceny ofert - kryterium o charakterze jakościowym. Na gruncie wskazanych dyrektyw - oficjalnie i jednoznacznie przesądzone, że kryterium odnoszące się do jakości personelu (zespołu) mającego wykonywać przedmiot zamówienia nie dotyczy i nie łamie zakazu zawartego w art. 91 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych - przy założeniu, że kryterium to zostanie prawidłowo sformułowane, tj. będzie się odnosiło do konkretnego personelu (zespołu) wyznaczonego do realizacji zamówienia, a nie ogólnie

personelu wykonawcy bez wskazania jego powiązania z przedmiotem zamówienia i jego jakością."

157. Powołanie się na personel wyznaczony do realizacji danego zamówienia jest bezpośrednim odniesieniem się do jednej z podstawowych zasad ustanowienia kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli powiązania kryterium z przedmiotem zamówienia. TSUE wyjaśnił, że zdolność do wykonania zamówienia publicznego może zależeć w znacznym stopniu od zawodowej wartości osób zobowiązanych do wykonania, na którą to wartość składają się: doświadczenie zawodowe i wykształcenie tych osób. Jeżeli więc zamówienie ma być wykonywane przez pewien zespół ludzi, to kompetencje i doświadczenie jego członków mają determinujące znaczenie dla oceny zdolności zawodowej tego zespołu jako całości (np. TSUE w wyroku z 17 września 2002 r. sygn. C-513/99 Concordia Bus Finland OY Ab, czy w wyroku z 26 marca 2015 r. sygn. C-601/13 Abisig).

158. Oferta Konsorcjum winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, jako że osoby, których usługi zostały zaoferowane Zamawiającemu nie wykazują doświadczenia, którego Zamawiający wymaga, nie stanowią więc dla Zamawiającego gwarancji prawidłowego wykonania umowy. Osoby wskazane są to również osoby, które na podstawie § 2 Umowy (Załącznik 4 do SIWZ) będą umowę wykonywać, a ich poziom musi gwarantować prawidłowe wykonanie zadania. Konsorcjum nie wykazało, że wskazane przez nie osoby taką gwarancję dają. W konsekwencji oferta Konsorcjum w tym zakresie nie spełnia wymogów SIWZ.

F. ZARZUT NARUSZENIA ART. 91 UST. 1 PZP

159. W razie nieuwzględnienia przez KIO zarzutów skutkujących odrzuceniem oferty Konsorcjum, z daleko idącej ostrożności procesowej należy wskazać, że Zamawiający w sposób błędny dokonał obliczenia punktów w kategorii „doświadczenie zespołu”. Prawidłowe zaś obliczenie punktów powinno prowadzić do przyznania Konsorcjum:

- a. 0 punktów za doświadczenie Kierownika Zespołu,
- b. 0 punktów za Głównego Projektanta,
- c. 3 punktów za Technologa Medycznego,
- d. 0 punktów za Specjalistę ds. efektywności energetycznej i odnawialnych źródeł energii,
- e. 3 punktów za Specjalistę BIM.

160. Argumenty wskazane wyżej każą bowiem przyjąć że:

- a. w ramach doświadczenia Głównego Projektanta:
 - doświadczenie Żywiec - zostało ewentualnie przyjęte jako spełnienie warunków udziału;
 - doświadczenie DOMI - brak PFU w rozumieniu Rozporządzenia, brak koncepcji wielobranżowej, brak BIM - należy przyznać 0 punktów (o czym w pkt 87-91 Odwołania);

- doświadczenie King Saud - brak PFU w rozumieniu Rozporządzenia- należy przyznać 0 punktów (o czym w pkt 93 Odwołania);
 - doświadczenie St. Bartholomew's Hospital - brak pełnienia funkcji głównego projektanta- należy przyznać 0 punktów (o czym w pkt 97 Odwołania);
- b. w ramach doświadczenia Specjalisty ds. efektywności energetycznej i odnawialnych źródeł energii,
- doświadczenie Kompleks HB Reavis - zostało przyjęte jako spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
 - doświadczenie Budynek Olivia - brak spełnienia wymogu zapotrzebowania na energię elektryczną i ciepłą powyżej w wysokości min. 7 GWh rocznie - należy przyznać 0 punktów (o czym w pkt. 101-107 Odwołania).

161. W konsekwencji finalna punktacja przyznana Konsorcjum winna wynosić 6 punktów, co przekładałoby się na 18,18 punktów w kryterium doświadczenie zespołu, a zatem na 68,18 punktów łącznie w Postępowaniu. Podczas gdy Odwołujący uzyskał punktów 77.91. Załączono dokumenty powołane w treści pisma.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, że zarzuty są bezzasadne i powinny zostać oddalone w całości.

Wyjaśnił, że dokonał oceny oferty Konsorcjum zgodnie z Ustawą i przedmiotowym SIWZ. Oferta Konsorcjum była przez Zamawiającego oceniana na podstawie złożonych w Postępowaniu przez Wykonawcę dokumentów i oświadczeń. Również argumenty przedstawione w Odwołaniu (a wcześniej w kilku pismach odwołującego do Zamawiającego. a dotyczących zauważonych „nieprawidłowości”). były przedmiotem dokładnej analizy ze strony Zamawiającego i przedmiotem korespondencji z Konsorcjum. Konsorcjum złożyło w ich sprawie wyczerpujące oświadczenia wraz z potwierdzeniami (Referencjami) wcześniejszych zamawiających.

Na podstawie dokumentów i udzielonych odpowiedzi — oświadczeń Konsorcjum, Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Jednocześnie podkreślił, że Zamawiający nie ma wielu narzędzi prawnych do weryfikacji oświadczeń złożonych przez Konsorcjom, czy standardowo innych wykonawców w innych postępowaniach, które prowadzi. Zgodnie bowiem z przepisami Ustawy, wiarygodność oferentów opiera się na przedłożonych dokumentach i ich oświadczeniach, a zamawiający nie mają możliwości „procesowej” ich weryfikacji, poprzez np. słuchanie świadków. Obrót gospodarczy opiera się na zaufaniu i podmioty (profesjonalni przedsiębiorcy) pouczone o odpowiedzialności i konsekwencjach, składając takie, a nie inne dokumenty i oświadczenia, mają tego świadomość. Przedłożone przez Konsorcjum dokumenty w ocenie

Zamawiającego, były na tamten moment wiarygodne i spełniały wymogi SIWZ. Z drugiej zaś strony Odwołujący, kwestionując ww. dokumenty, skutecznie ich nie podważył. Nie przedłożył też żadnych wiarygodnych dowodów, które Pozwalająby Zamawiającemu na podjęcie innej decyzji. Oczekiwanie zaś, że Zamawiający przeprowadzi pełne postępowanie dowodowe jest błędne i nie znajduje żadnej podstawy prawnej. W ocenie Zamawiającego, podjął on wszelkie dozwolone kroki, mające na celu pełne wyjaśnienie wątpliwości i wybranie oferty najkorzystniejszej.

Wobec powyższego, podtrzymał swoją decyzję i wniósł jak w petitum,

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł wykonawca – konsorcjum, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą i zgłosił wniosek o odrzucenie odwołania jako wniesionego z przekroczeniem terminu o 1 dzień, względnie o oddalenie odwołania.

Strony i uczestnik postępowania odwoławczego przedstawili na rozprawie stanowiska.

Odwołujący złożył kolejne dokumenty na poparcie swojego stanowiska tj.:

1. Korespondencja z panem Al Sabti dotycząca budowy szpitala w Emiratach King Saud ze wskazaniem informacji wskazanych na str. 1 i 2 tłumaczenia.

2. W zakresie dotyczącym budowy szpitala w Żywcu złożył treść umowy bez tłumaczenia, oświadczenie p. W. o wymogach co do sporządzenia projektów nie w technologii BIM, oświadczenie starosty żywieckiego na potwierdzenie braku szczegółowej wiedzy o warunkach kontraktu, w tym prac projektowych i protokoły z narad budowlanych z 27 listopada 2018 r. i 18 grudnia 2018 r., gdzie wykonawcą odpowiedzialnym był Arup.

3. Ekspertyza opisująca pojęcia „BIM” oraz „parametric design”.

Złożył również odpowiedzi Zamawiającego z 6 listopada 2019 r. na pytanie nr 12 i 13 dotyczące wymogu BIM, pismo E. P. – firma Inbud w sprawie pełnienia funkcji przez pana M. G., z którego wynika, iż ww. nie mógł pełnić funkcji w październiku ani w listopadzie 2018 r., jak wskazano w wykazie osób jako kierownik zespołu inżyniera kontraktu zauważając, że w tej dacie funkcja taka nie była pełniona. Data 20 listopada w piśmie dotyczyła umowy warunkowej co do pełnienia funkcji w przyszłości. Przedmiotowa kwestia była podniesiona w pierwszej kolejności w treści odwołania. Ponadto tłumaczoną korespondencję z panią L. W. i RIBA (instytut architektów brytyjskich oraz rejestr architektów).

Zauważył, że dla DOMI w SIWZ nie było wymogu technologii BIM, a także treść w umowie była ogólna przez wskazanie jedynie na współczesne rozwiązania, a tym samym brak określenia BIM lub chociażby projektowanie parametryczne. Także z dokumentacji dotyczącej WSSK nie wynika, by istniał wymóg BIM. Podkreśla kompetencje pani

wicedyrektor, która nadzorowała realizację i wystawiła protokół odbioru oraz firmowała odpowiedzi na zapytania Odwołującego wykorzystane w argumentacji odwołania.

Odnośnie szpitala w Arabii podkreślił zarzut z pkt 115 co do okresu realizacji.

Złożył kolejne pismo Inbud z 27 listopada 2019 r. o funkcji pana G. stwierdzając, iż jedynym, w jego ocenie, wiarygodnym dokumentem z tej firmy jest złożone na rozprawie oświadczenie w oryginale. Przypomniął wymóg 5.1.2.1c SIWZ i podtrzymał tezę, że nie wystarczy dla potwierdzenia spełnienia wymogu tzw. „zahaczenie w czasie”, a okres realizacji musi zawierać się w okresie wymaganym.

Podkreślił, że Przystępujący wadliwie wypełnił JEDZ, w tym pkt 3c nieprawidłowo odpowiadając na pytanie „czy był winien wprowadzenia w błąd...”. Zauważył, że już samo to jest samodzielną podstawą wykluczenia.

Wskazał na zał. 44 do odwołania, gdzie na str. 1 wskazano, jakie funkcje pełnili państwo E. i M. N. w tym projekcie. Przypomniął, że każdoczesne stwierdzenie przesłanki wykluczenia obliguje Zamawiającego do zastosowania takiego skutku. Przypomniął treść pytania z odpowiedziami 12 i 13 stwierdzając, że realizacja dotycząca szpitala w Żywcu nie potwierdza spełnienia tak sprecyzowanego wymogu.

Stwierdził, że N+ był podwykonawcą projektu, gdy wykonawcą była firma Arup.

Dodatkowo wskazał treść JEDZ 3c i wyrok KIO 1470/18 co do okoliczności zastosowania art. 24 do wcześniejszych postępowań. Przypomniął treść odp. na pytanie 12 dotyczące BIM.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania podtrzymując stanowisko przedstawione w złożonej odpowiedzi.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Złożył do akt szereg dokumentów:

Opinia techniczna wskazująca, że projektowanie parametryczne jest projektowaniem w technologii BIM. Na tę okoliczność przedstawił kolejne dokumenty opisujące technologię BIM oraz Revit jako program służący do opracowania projektów w technologii BIM, ekspertyzy KPMG o możliwości wdrożenia metodyki BIM ze wskazanymi przykładami na str. 63 poz. 4. W konsekwencji wskazał na tożsamość pojęcia projektowanie parametryczne z określeniem BIM, do którego prowadzi zastosowanie programu Revit.

Zakwestionował kompetencje autora pana S. oraz tezy opracowania przedstawionego przez odwołującego, w tym brak stosownych dowodów i przykładów. Wskazał na treść referencji dyrektora Szpitala we Wrocławiu oraz jego oświadczenia złożone (referencja z 16 czerwca 2015 r. potwierdzająca projektowanie parametryczne nazwane jako BIM.

Także oświadczeniem z 6 marca 2020 r. potwierdzono wykonanie modeli parametrycznych BIM. Okazał wydruki wyników tych prac w złożonych dokumentach.

Zauważył, że określenie BIM nie musi być wprost używane przy opisywaniu przedmiotu zamówienia, np. w umowie stron. Wskazał na zał. 15 do odwołania, gdzie umowa z firmą N+ nie zawiera takiego określenia, natomiast z opisu w par. 1 ust. 3 pkt 3b należy wywieść, iż chodzi o projektowanie parametryczne (rozwiązania organizacyjne, przestrzenne i techniczne).

W zakresie projektu DOMI złożył PFU z wyciągiem z rozporządzenia dotyczącego PFU ze wskazaniem wymogów rozporządzenia uwzględnionych w opracowaniu, a także oświadczenia uczestników opracowania PFU.

Odnosnie projektu szpitala w Żywcu złożył projekt z lipca 2012 r., projekt zamienny z grudnia 2014 i projekt zamienny z czerwca 2019 r. (we wszystkich opracowaniach jako projektanci wskazani są pan M. N. i E. N. oraz N+). Dla tych projektów złożył decyzje administracyjne zatwierdzające projekty.

Zakwestionował treść oświadczenia pana W. złożonego przez Odwołującego na rozprawie co do rozumienia pojęcia BIM i Revit.

Zauważył, że złożone przez Odwołującego protokoły z 2 narad nie zaprzeczają udziału firmy N+ w pracach oraz stosowania technologii BIM.

Zauważył, że nawet jeśli powyższe stwierdzenie jest prawdziwe, to nie zmienia faktu, że N+ wykonywał projekt jako generalny projektant, co wynika z wyżej opisanych złożonych dokumentów.

Odnosnie szpitala King Saud stwierdził, iż złożył wymagane dokumenty Zamawiającemu w trybie art. 26 ust. 1. Dodatkowo złożył wykonane w programie Revit opracowania projektowe do tej inwestycji wskazując na rok 2016 na większości wydruków. Zauważył przy tym, że Odwołujący nie znał całości opracowań w zastosowanej technologii, lecz zapewne dysponował tylko wydrukami dwuwymiarowymi. Zauważył, że zarzut opisany w pkt 48-60 odnosi się do treści referencji przypominając, iż treść takiego dokumentu nie wynika z żadnych przepisów, lecz jest wynikiem doświadczenia.

Podał w wątpliwość treść korespondencji z panem A. S. stwierdzając, iż niektóre okoliczności nie zostały poprawnie zapamiętane.

Wskazał na treść dokumentu referencji uznając go za poprawny. Zauważył, że dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału wymagane jest potwierdzenie spełnienia przez wskazanie tylko jednej z podanych inwestycji. Stwierdził jednak, iż wszystkie przedstawione prace były sporządzone w wymaganej technologii BIM. Uznał, że dla zachowania wymaganego terminu wystarczające jest stwierdzenie, że usługa, choćby w części, była wykonywana w wymaganym okresie (zahaczała się w okresie wymaganym). Przypomniał, że takie rozumienie nie było kwestionowane w omawianym zakresie przez Zamawiającego, który nie wzywał do uzupełnienia dokumentów na taką okoliczność.

Odnosnie zarzutów dotyczących ECM wskazał, że w dokumencie z 21 listopada 2019 r. potwierdził brak zaległości podatkowych, złożył dokumenty potwierdzające tę okoliczność (Zamawiający również dysponuje tym dokumentem, uprzednio złożonym). W konsekwencji dalsze zarzuty wywodzone z tego stanu rzeczy są niezasadne. Również stwierdzenie w JEDZ kwestionowane przez Odwołującego było poprawne i zgodne z instrukcją UZP.

Odnosnie doświadczenia pana G. wskazał na treść oświadczenia Inbud z 5 marca 2020 r. oraz oświadczenie pana G. i kopię protokołu przekazania dokumentacji z 18 grudnia 2019 r. między Wodpol a N+. Podkreślił treść oświadczenia Inbud o terminie wykonywania czynności. Stwierdził, że pan G. pełnił funkcję kierownika projektu u inwestora zastępczego, którym był Inbud od listopada 2018 r. z powyższego wywodzi, że ww. wykazał się doświadczeniem w wymaganym okresie 12 miesięcy. Potwierdził wymagane doświadczenie wskazanego głównego projektanta zauważając, że taka funkcja nie jest opisana w prawie, nie jest również jednoznaczna i może prowadzić do nieporozumień. Złożone dokumenty, w tym referencje wystawione przez Skanska potwierdzają pełnienie przez wskazaną osobę obowiązków mających charakter głównego projektanta odpowiedzialnego za implementację BIM. Uprawnienia projektowe stosowne do prawa polskiego tej osoby potwierdzają np. decyzje administracyjne starosty żywieckiego.

Odnosnie pkt 101 i n. odwołania dotyczące specjalisty ds. energetyki zakwestionował zarzut i jego uzasadnienie, w tym zasadność wyliczenia określonego wskaźnika i użytej przez Odwołującego metody jako nieadekwatnej dla celów oczekiwanego efektu i nie uwzględniającej niezbędnych do uwzględnienia czynników w zakresie budowy. W dokumentacji złożył analizę, z której wynika potwierdzenie wymogu SIWZ dla kwestionowanego obiektu.

Odnosnie zarzutów zawartych w uzasadnieniu prawnym zauważył, że wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu i nawet w sytuacji, gdyby jakaś usługa nie została zaakceptowana, to pozostałe dwie potwierdzałyby spełnienie wymogu. W konsekwencji, aby doprowadzić do wykluczenia wykonawcy, Odwołujący musiałby wykazać, że żadna z wykazanych usług referencyjnych nie potwierdza postawionego wymogu.

Odnosnie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 stwierdził, że doświadczenie personelu nie stanowi treści oferty opisującej zakres świadczenia wykonawcy. Uznał, że Zamawiający prawidłowo ocenił ofertę i przyznał punkty zgodnie z SIWZ w ocenianych kryteriach.

Przypomniał, że pierwszy projekt zamienny w Żywcu mieści się w wymaganych ramach czasowych i zauważył, że pozwolenie na użytkowanie zostało wydane w ostatnim czasie, na początku stycznia. Zauważył, że w treści decyzji jednoznacznie wskazano osoby projektantów. Zauważył, że projekt w całości wykonano w technologii BIM. Wskazał ponadto skalę i charakter opracowań.

Podkreślił spełnienie warunku co do wymaganego czasu wykonywania usług. Z ostrożności wskazał, że jego stanowisko zostało uwzględnione i nie był wzywany do składania dokumentów w tej sprawie. Przypomniał, że nie ma zaległości podatkowych, co potwierdził dokumentem. Wskazał na treść formularza JEDZ, w tym nagłówek w części, w której figuruje pkt 3c podnoszony przez Odwołującego. Wskazał na art. 24 ust. 7 Pzp, gdzie wskazane są okresy, których dotyczą określone okoliczności zauważając, że dla zdarzeń z art. 24 ust. 2 pkt 15 i 16 takich okresów się nie formułuje, co oznacza, iż zdarzenia dotyczą postępowania. Stwierdził, że naturalne jest, iż w umowach referencyjnych nie używa się tożsamego nazewnictwa co w przedmiotowym zamówieniu, a ocena spełnienia warunków wynika z porównania przedmiotu zamówienia referencyjnego. W SIWZ w warunkach udziału odmiennie niż w OPZ, opisano wymogi z użyciem określenia BIM, w tych pierwszych oznaczało to tylko wymóg 3d, a w OPZ szczegółowe wymogi co do sporządzania dokumentacji.

Wskazał także na różnice w treści dyrektywy zamówieniowej w części odnoszącej się do przedmiotu, w tym użycie w wersji angielskiej określenia „BIM”, a w wersji polskiej jako narzędzia elektronicznego modelowania danych budowlanych; znalazło odzwierciedlenie w treści art. 10e ustawy, gdzie także nie używa się określenia skrótowego BIM.

Podkreślił, że osoby zgłoszone do pełnienia funkcji w zamówieniu mają kompetencje merytoryczne i formalne. Kolejno składane oświadczenia Inbud ocenił jako niesprzeczne i potwierdzające sekwencję zdarzeń, w tym funkcje pełnione przez pana G. oraz fakt, iż ten pan pełnił funkcję od listopada 2018 r., co potwierdza spełnienie warunku.

Stwierdził, iż w art. 24 chodzi o wprowadzenie w błąd mające wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w tym konkretnym postępowaniu.

Wskazał, iż w umowach N+ zawartych wcześniej nie używano określenia BIM, lecz wykonywano projekty w technologii parametrycznego projektowania (modelowania), co jest spełnieniem wymogu SIWZ. Zauważył, że przedmiotowa technologia ulega stałemu rozwojowi.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia określającej warunki udziału w postępowaniu, oferty złożonej zamawiającemu przez przystępującego, treść wyjaśnień, jak również stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odnosząc się do wniosku formalnego o odrzucenie odwołania jako wniesionego z przekroczeniem terminu o 1 dzień, skład orzekający stwierdził, że jest to wniosek

bezzasadny, gdyż z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w powiązaniu z dokumentacją postępowania odwoławczego wynika, iż odwołanie zostało złożone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w terminie określonym przepisami Działu VI ustawy pzp.

W zakresie merytorycznym Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Zarzut, w sytuacji potwierdzenia, wskazałby na możliwość uzyskania zamówienia i jego realizacji przez odwołującego, a tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody w sytuacji udzielenia przez zamawiającego zamówienia innemu niż On wykonawcy.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie artykułów: 24 ust. 1 pkt. 12, 24 ust. pkt. 16, 24 ust. 1 pkt. 15, 24 ust. 2 pkt. 17, 89 ust. 1 pkt. 2 i art. 91 ust. 1 Pzp. i wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie Konsorcjum z Postępowania oraz odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum, a ewentualnie odrzucenie oferty Konsorcjum jako niezgodnej z SIWZ, powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a ewentualnie powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przy zastosowaniu właściwych ocen złożonych ofert w kryterium pozacenowym - doświadczenie zespołu oraz przyznanie Konsorcjum punktacji wg wyliczenia wskazanego w uzasadnieniu odwołania.

Analiza dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawionej przez zamawiającego oraz dowodów złożonych przez uczestników w ramach postępowania odwoławczego prowadzi, w ocenie składu orzekającego, do wniosku, że zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Powyższe oznacza, że w ocenie Izby Zamawiający prawidłowo dokonał oceny oferty Konsorcjum zgodnie z Ustawą i przedmiotowym SIWZ. Oferta Konsorcjum była przez Zamawiającego oceniana na podstawie złożonych w Postępowaniu przez Wykonawcę dokumentów i oświadczeń. Również argumenty przedstawione w Odwołaniu, a wcześniej w kilku pismach kierowanych przez odwołującego do Zamawiającego, dotyczących zauważonych przez odwołującego nieprawidłowości nie dały podstaw do ich uznania za poprawne. Jak wynika z informacji zamawiającego potwierdzonej dokumentacją postępowania, kwestie sporne były przedmiotem analizy ze strony Zamawiającego i przedmiotem korespondencji z Konsorcjum przystępującego. Konsorcjum złożyło w ich sprawie szereg oświadczeń wraz z potwierdzeniami stanowiącymi dokumenty referencyjne wystawione przez wcześniejszych zamawiających.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził, że nie ma wielu narzędzi prawnych do weryfikacji oświadczeń złożonych przez Konsorcjum, czy standardowo innych wykonawców w innych postępowaniach, które prowadzi, gdyż zgodnie z przepisami Ustawy, wiarygodność oferentów opiera się na przedłożonych dokumentach i ich oświadczeniach, a zamawiający nie mają możliwości „procesowej” ich weryfikacji, poprzez np. słuchanie świadków. Obrót gospodarczy opiera się na zaufaniu i podmioty (profesjonalni przedsiębiorcy) pouczone o odpowiedzialności i konsekwencjach, składając takie, a nie inne dokumenty i oświadczenia, mają tego świadomość. Przedłożone przez Konsorcjum dokumenty w ocenie Zamawiającego, były na tamten moment wiarygodne i spełniały wymogi SIWZ. Z drugiej zaś strony Odwołujący, kwestionując ww. dokumenty, skutecznie ich nie podważył. Nie przedłożył też żadnych wiarygodnych dowodów, które Pozwalałyby Zamawiającemu na podjęcie innej decyzji. Oczekiwanie zaś, że Zamawiający przeprowadzi pełne postępowanie dowodowe jest błędne i nie znajduje żadnej podstawy prawnej. W ocenie zamawiającego, podjął on wszelkie dozwolone kroki, mające na celu pełne wyjaśnienie wątpliwości i wybranie oferty najkorzystniejszej.

W przedstawionej wyżej kwestii Izba co do zasady przyznaje rację zamawiającemu co najmniej w zakresie wyniku dokonanej oceny dokumentów ofertowych oraz wyjaśnień wykonawcy. Zauważyć należy jednak, że zamawiający prowadzący postępowanie ma obowiązek rzetelnej i szczegółowej oceny przedstawianych informacji, a także ich weryfikacji, zwłaszcza w sytuacji, gdy wiarygodność informacji jest podważana przez konkurującego wykonawcę. Bezkrytyczne przyjmowanie otrzymanych wyjaśnień w sytuacjach wątpliwych nie może być podstawą decyzji w postępowaniu.

W odniesieniu do poszczególnych zarzutów odwołania, ujętych przez skład orzekający w sposób w miarę możliwości skumulowany, Izba uznała za prawidłowe ustalenie, oparte na opinii technicznej wskazującej, że projektowanie parametryczne jest projektowaniem w technologii BIM. Za przekonujące uznano dokumenty przedstawione przez przystępującego opisujące technologię BIM oraz Revit jako program służący do opracowania projektów w technologii BIM, ekspertyzy KPMG o możliwości wdrożenia metodyki BIM ze wskazanymi przykładami na str. 63 poz. 4. W konsekwencji uznać można tożsamość pojęcia projektowanie parametryczne z określeniem BIM, do którego prowadzi zastosowanie programu Revit. Należy zauważyć, że wymagana technologia i modele BIM są stosunkowo młode w branży projektowania obiektów budowlanych, a jednocześnie ulegają istotnym zmianom w sytuacji ogólnych zmian w dziedzinie wszelkich elektronicznych narzędzi w tym modelowania danych budowlanych. W takim stanie rzeczy wobec braku normatywnego zdefiniowania pojęcia użytego w postanowieniach siwz, zasadnym jest przyjęcie za spełniające warunki udziału opracowania wykonane w przedmiotowej technologii także, gdy

nie zostały one literalnie nazwane jako modele BIM. W tym miejscu należy wskazać na ogólny opis narzędzi w art. 10e ustawy pzp.

W konsekwencji oceny, która może być określona jako stosunkowo względna dla wykonawcy, a także przyznana przez zamawiającego, treść opracowania na rzecz Szpitala we Wrocławiu potwierdza projektowanie parametryczne nazwane jako BIM.

Wymagane doświadczenie potwierdza także projekt szpitala w Żywcu opracowywany począwszy od projektu z lipca 2012 r., przez projekt zamienny z grudnia 2014 i projekt zamienny z czerwca 2019 r. gdzie jako projektanci wskazani są pan M. N. i E. N. oraz N+ tj. obecny konsorcjant przystępującego.

Za wiarygodne uznano wyjaśnienia odnośnie szpitala King Saud, co którego wykonawca złożył wymagane dokumenty Zamawiającemu w trybie art. 26 ust. 1. Dodatkowo złożył wykonane w programie Revit opracowania projektowe do tej inwestycji wskazując na rok 2016 na większości wydruków.

Za istotne dla uznania statusu wykonawcy w tym postępowaniu jest wskazanie, że dla potwierdzenia spełniania warunku udziału wymagane był potwierdzenie spełnienia przez wskazanie tylko jednej z podanych inwestycji niezależnie od faktu, że wykonawca przedstawił więcej realizacji w wymaganej technologii BIM.

Uznano także, że dla zachowania wymaganego terminu wystarczające jest stwierdzenie, że usługa, choćby w części, była wykonywana w wymaganym okresie (zahaczała się w okresie wymaganym). Takie rozumienie nie było kwestionowane w omawianym zakresie także przez Zamawiającego, który w tym zakresie nie znalazł podstaw do wzywania do uzupełnienia dokumentów na tę okoliczność.

Odnośnie zarzutów dotyczących ECM w świetle jednoznacznych dokumentów, pismo z 21 listopada 2019 r. brak zaległości podatkowych wykonawcy jest oczywisty i dowiedziony. W konsekwencji dalsze zarzuty wywodzone z tego stanu rzeczy są niezasadne. Również stwierdzenie w JEDZ kwestionowane przez Odwołującego było poprawne.

Odnośnie doświadczenia pana G. przedstawione dokumenty, w tym treść oświadczenia Inbud z 5 marca 2020 r. oraz oświadczenie pana G. i kopia protokołu przekazania dokumentacji z 18 grudnia 2019 r. między Wodpol a N+ potwierdzają poprawność stanowiska. Istotna przy tym jest treść oświadczenia Inbud o terminie wykonywania czynności. Potwierdzono wymagane doświadczenie wskazanego głównego projektanta, a co warte zauważenia, że taka funkcja nie jest opisana w prawie, nie jest zatem jednoznaczna i może prowadzić do nieporozumień. Złożone dokumenty, w tym referencje wystawione przez Skanska potwierdzają pełnienie przez wskazaną osobę obowiązków mających charakter głównego projektanta odpowiedzialnego za implementację BIM.

Oдноśnie zarzutów odwołania dotyczących specjalisty ds. energetyki i wyliczenia określonego wskaźnika oraz metody za wiarygodne skład orzekający uznał złożoną do akt analizę, z której wynika potwierdzenie wymogu SIWZ dla kwestionowanego obiektu.

W konsekwencji wybrany wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Doprowadzenie do wykluczenia wykonawcy wymagałoby wykazania, że żadna z usług referencyjnych nie potwierdza postawionego wymogu, co jak wynika z dokonanych ustaleń, nie nastąpiło.

Oдноśnie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 należy stwierdzić, że doświadczenie personelu nie stanowi treści oferty opisującej zakres świadczenia wykonawcy.

W takim stanie rzeczy zamawiający prawidłowo ocenił ofertę i przyznał punkty zgodnie z SIWZ w ocenianych kryteriach.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b), rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

.....