

Sygn. akt: KIO 233/18, KIO 234/18

WYROK

z dnia 22 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**
Anna Osiecka
Aleksandra Patyk

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 7 lutego 2018 r. przez wykonawcę **Graph'it Studio Sp. z o.o., ul. Stępińska 22/30/424, 00-739 Warszawa**, (KIO 233/18),
- B. w dniu 7 lutego 2018 r. przez wykonawcę **INDUSTRIA PROJECT Sp. z o.o., ul. Azymutalna 9, 80-298 Gdańsk**, (KIO 234/18),

w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Wielkopolski sp. z o.o., ul. Lutycka 34, 60-415 Poznań**,

przy udziale:

- A. wykonawcy **INDUSTRIA PROJECT Sp. z o.o., ul. Azymutalna 9, 80-298 Gdańsk**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 233/18 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **Graph'it Studio Sp. z o.o., ul. Stępińska 22/30/424, 00-739 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 234/18 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. A. uwzględnia odwołanie wniesione przez **Graph'it Studio Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz czynności wykluczenia z postępowania odwołującego **Graph'it Studio Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**.

B. oddała odwołanie wniesione przez **INDUSTRIA PROJECT Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**.

2. Kosztami postępowania obciąża **Industria Project sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** oraz **Szpital Wielkopolski sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Graph'it Studio Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** oraz **INDUSTRIA PROJECT Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** tytułem wpisów od odwołań,
 - 2.1. zasądza od **Szpital Wielkopolski sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** na rzecz **Graph'it Studio Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.2. zasądza od **INDUSTRIA PROJECT Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** na rzecz **Szpital Wielkopolski sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017, poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 233/18, KIO 234/18

Uzasadnienie

Zamawiający: „Szpitale Wielkopolski” Sp. z o.o. w Poznaniu działający w imieniu i na rzecz: Samorządu Województwa Wielkopolskiego Poznaniu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Wykonanie modelu BIM oraz weryfikacji dokumentacji wykonawczej i przedmiaru robót w pełnym zakresie, przy użyciu modelu BIM w związku z realizacją przedsięwzięcia „Budowa Wielkopolskiego Centrum Zdrowia Dziecka (szpitala pediatrycznego) wraz z jego wyposażeniem”.

Sygn. akt KIO 233/18

Odwołujący: Graph'IT Studio Sp. z o.o. Warszawa wniósł odwołanie od czynności wykluczenia go z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji wykluczenie Odwołującego z Postępowania na tej podstawie pomimo tego, że Odwołujący nie brał udziału w przygotowywaniu Postępowania o udzielenie zamówienia, a także w przygotowaniu Postępowania nie brał udziału pracownik lub osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług związana z Odwołującym, udział Odwołującego w Postępowaniu nie spowodował zakłócenia konkurencji, której Zamawiający nie mógł wyeliminować w inny sposób niż wykluczenie Odwołującego z Postępowania.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania,
2. w konsekwencji unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania,
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący otrzymał informację o czynności wykluczenia w dniu 2.02.2018 r.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia, w ramach którego Wykonawca zobowiązany jest między innymi do:

1. wykonania modelu BIM przedmiotowego projektu na podstawie udostępnionego przez Zamawiającego Projektu Wykonawczego dla przedmiotowego przedsięwzięcia. Przez

Model BIM należy tu rozumieć parametryczny, wirtualny model projektowanego obiektu budowlanego, sieci i terenu, tworzący wirtualny prototyp projektowanego obiektu poprzez umieszczenie w wirtualnej przestrzeni poszczególnych składowych Komponentów Modelu BIM. Model BIM może być swobodnie uzupełniany o informacje pozwalające m.in. na wykonanie i kontrolę przedmiaru robót budowlanych oraz harmonogramowanie, analizy energetyczne lub statyczne. /.../ Model BIM powinien być wykonany w sposób umożliwiający jego dalsze wykorzystanie, po jego aktualizacji powykonawczej, do zarządzania eksploatacją ukończonego obiektu np. poprzez integrację z platformą informatyczną CAFM i systemem BMS.

2. wykonania weryfikacji koordynacji projektów wykonawczych w pełnym zakresie, przy użyciu wykonanego Modelu BIM. W ramach tego zadania Wykonawca będzie zobowiązany przedstawić szczegółowy „Raport Weryfikacji Koordynacji Projektowej”, zawierający opis ew. kolizji, jej lokalizację z linkiem w modelu i wizualizację.

3. wykonania weryfikacji przedmiaru robót projektów wykonawczych w pełnym zakresie, przy użyciu wykonanego Modelu BIM. W ramach tego zadania Wykonawca będzie zobowiązany przedstawić szczegółowy „Raport Weryfikacji Przedmiaru Projektowego”.

Zamawiający w załączniku Nr 1 do SIWZ zawarł opis zadania inwestycyjnego - etap projekt wykonawczy, przy którym ma być realizowana usługa modelowania metodą BIM.

Przed upływem terminu składania ofert dwaj wykonawcy złożyli swoje oferty:

1 INDUSTRIA PROJECT Sp. z o.o. Gdańsk wartość netto: 395 000,00 zł wartość brutto: 485 850,00 zł skrócenie terminu o 4 tygodnie

2 GRAPH'IT STUDIO Sp. z o.o. Warszawa wartość netto: 730 000,00 zł wartość brutto: 897 900,00 zł skrócenie terminu o 4 tygodnie

Dnia 29.01.2018 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z prośbą o udzielenie wyjaśnień i na podstawie art. 24 ust. 10 pzp do udowodnienia, że udział odwołującego w przygotowywaniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie zakłóci konkurencji.

Zgodnie z uzyskanymi przez Zamawiającego informacjami, zawartymi w piśmie przesłanym w dniu 25.01.2018 r., i w treści Odwołania złożonego przez INDUSTRIA PROJECT Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, Pełnomocnik Pan P. W. brał udział w naradach koordynacyjnych m.in. 6.10.2017 r. dotyczących omówienia projektu WCZD. „Z uwagi na powyższe, posiadali Państwo wiedzę na temat ilości oraz zakresu ewentualnych kolizji, co może rzutować na zakłócenie konkurencji w niniejszym postępowaniu poprzez możliwość realizacji zamówienia jeszcze przed przekazaniem przez Zamawiającego dokumentacji zgodnie z § 2 ust. 2 wzoru umowy w myśl którego „Zamawiający oświadcza, iż w dniu zawarcia umowy przekaże dokumentację wykonawczą przedsięwzięcia stanowiącą podstawę do realizacji przedmiotu zamówienia” Dodać trzeba, że uczestnictwo Pana P. W., w naradach, mogło dać Państwu

również możliwość skrócenia terminu realizacji zamówienia bez ryzyka, iż będzie to termin niewystarczający Zamawiający zwraca uwagę że na m. in. ww naradzie oprócz Zamawiającego przebywał przedstawiciel Inwestora, z którym Zamawiający ma podpisaną umowę na świadczenie usług wspomagających projektowanie z wykorzystaniem programowania BIM (Building Information Modeling), tj. Pan A. W. reprezentujący „PRIB ENGINEERING” Sp. z o.o., z siedzibą w Poznaniu. W ramach tej umowy Wykonawca - Inżynier Konsultant zobowiązany był w szczególności do m.in: działania w sposób pozwalający na realizację Zadania inwestycyjnego przy uwzględnieniu założonych kosztów i standardów jakościowych, zgodnie z przepisami prawa, otrzymaną od Zamawiającego dokumentacją, zmianami podjętymi w trakcie realizacji prac uzgodnionymi z Zamawiającym, a także przy zachowaniu należytej staranności uwzględniającej profesjonalny charakter prowadzonej działalności, szczegółowy nadzór nad zagadnieniami BMS oraz technikami SIM przekazywanej przez Projektanta dokumentacji wykonawczej opiniowanie sporządzonych koncepcji projektowych.

W związku z pismem, jakie wpłynęło do Zamawiającego 25.01.2018 r, odwołaniem - gdzie również treść wspomnianego pisma stanowi załącznik oraz obecnością Pana P. W. Zamawiający chcąc zachować pełną transparentność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i rozwiązać wszelki wątpliwości zwraca się z prośbą o wyjaśnienie w jakim charakterze i kogo reprezentował na wspomnianej naradzie koordynacyjnej Pan P. W., ponieważ zgodnie z zawartymi umowami Zamawiający nie posiada żadnej umowy z ww. Panem.”

Odwołujący udzielił następujących wyjaśnień.

Szanowni Państwo, w odpowiedzi na Państwa wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 29.01.2018r., dot. uczestnictwa p. P. W. w spotkaniu dnia 06.10.2017r. niniejszym wyjaśniamy, że ww nie reprezentował na spotkaniu Graph’it Studio Sp. z o.o.

Według oświadczenia odebranego od p. P. W., brał on udział w ww. spotkaniu jako osoba prywatna - uznany autorytet, wykładowca, ekspert eccBIM oraz PZiTb, oraz autor wielu publikacji dot. innowacyjnych technologii informatycznych w budownictwie, w celu ogólnego omówienia możliwości i światowych przykładów zastosowania innowacyjnych metod integracji systemów BMS i modeli BIM na etapie eksploatacji (a nie projektowania) obiektów budowlanych. Tematyka ta leży całkowicie poza zakresem przedmiotowego projektu, wykonanego przez firmę Industria Project Sp. z o.o. - umowa Projektanta dot. przedmiotowego projektu nie obejmuje modelowania BIM, ani integracji BMS z modelami parametrycznymi.

Według oświadczenia odebranego od p. P. W., podczas przedmiotowego spotkania Projektant nie przedstawił przedmiotowej dokumentacji, gdyż w tym czasie dopiero rozpoczynał pracę na projektem wykonawczym (więc ew. wspomniane przez Państwa

„kolizje" w tym czasie jeszcze nie istniały). Należy również zwrócić uwagę, że wg informacji prasowych („PROJEKT GOTOWY! Jesteśmy coraz bliżej budowy WCZD", <http://www.szpitalewielkopolski.pl/>) przedmiotowy projekt został przekazany Zamawiającemu dopiero 16.01.2018, co jest kolejnym argumentem przeczącym logice twierdzeń Industria Project Sp. z o.o. Pan P. W. również oświadczył, że nigdy nie otrzymał od żadnego z uczestników spotkania jakiegokolwiek nawet fragmentu dokumentacji aut. Industria Project Sp. z o.o., w jakiegokolwiek formie. Ponadto, działając również w imieniu Graph'it Studio Sp. z o.o. oświadczam, że nasza firma nie dysponowała żadną częścią przedmiotowego projektu, poza załączoną do SIWZ, dokumentacją przygotowaną przez biorącą udział w przygotowaniu o postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Wykonanie modelu BIM oraz weryfikacji koordynacji i przedmiaru robót projektów wykonawczych iv pełnym zakresie, przy użyciu uprzednio stworzonego modelu BIM w związku z realizacją przedsięwzięcia „Budowa Wielkopolskiego Centrum Zdrowia Dziecka (szpitala pediatrycznego) wraz z jego wyposażeniem" - znak sprawy: SzW//2018 - firmę Industria Project Sp. z o.o. i nie otrzymała od nikogo - w tym p. P. W.ego żadnych informacji dot. projektu wykonawczego lub innych mogących zakłócić warunki uczciwej konkurencji, a skrócenie terminu w ofercie wynika z tego, że Graph'it Studio Sp. z o.o. jest liderem usług BIM i posiada duże możliwości produkcyjne i doświadczenie.

Dowód: pismo Odwołującego z dnia 29.01.2018 r.

Pomimo tego, Zamawiający wykluczył Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że:

Podstawa faktyczna: Wskazać trzeba, że Zamawiający w dniu 1 lutego otrzymał od Wykonawcy wyjaśnienia przekazane na podstawie art. 24 ust. 10 Pzp, w których Wykonawca winien udowodnić, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Zamawiający uznał, że ww wyjaśnienia nie czynią zadość dyspozycji powyższego przepisu. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż Zamawiający w wezwaniu do udzielenia wyjaśnień zawarł informacje, iż Pan P. W. „brał udział w naradach koordynacyjnych m.in. 6.10.2017 r. dot. omówienia projektu WCZD. Wykonawca odniósł się wyłącznie do wyraźnie wskazanej przez Zamawiającego narady, zupełnie pomijając udział Pana W. w innych spotkaniach. Z informacji uzyskanych przez pracowników i współpracowników Zamawiającego wynika, iż Pan P. W. uczestniczył w co najmniej dwóch naradach aktywnie zabierając głos w zakresie wad dokumentacji oraz zasadności wykonania modelu BIM. Podkreślenia wymaga, iż p. W. nie był zapraszany przez Zamawiającego do udziału w ww. naradach. Jak już zaznaczono w spotkaniach ze strony Zamawiającego uczestniczył również Pan A. W., który reprezentował „PRIB ENGINEERING" Sp. z o.o., z siedzibą w Poznaniu, a zatem podmiot, który świadczył usługi wspomagające projektowanie z wykorzystaniem programowania BIM (Building Information Modeling). Wedle

wiedzy Zamawiającego Pan W. uczestniczył w naradach jako wsparcie Pana W.(2), tj. osoby która przygotowywała opis przedmiotu zamówienia, ustalała wartość szacunkową, a ponadto warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert. W ocenie Zamawiającego wsparcie jakiego udzielał Pan W. Panu A. W., który co istotne jest jedną z osób wskazanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, powoduje iż uzyskał on nieuzasadnioną przewagę umożliwiającą skrócenie terminu realizacji zamówienia, a także bardziej precyzyjne ustalenie wysokości swojego wynagrodzenia.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający niewłaściwie dokonał czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania z uwagi na to, że nie zaktualizowały się przesłanki wynikające z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp.

- Zarzuty

Aby Zamawiający mógł wykluczyć z Postępowania Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp musi wykazać zaistnienie następujących przesłanek:

- a) udział Odwołującego w przygotowywaniu Postępowania; lub
- b) udział w przygotowywaniu Postępowania pracownika Odwołującego; lub
- c) udział w przygotowywaniu Postępowania osoby wykonującej na rzecz Odwołującego pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług; oraz
- d) spowodowane tym zakłócenie konkurencji; i
- e) brak możliwości wyeliminowania zakłócenia konkurencji w inny sposób niż przez wykluczenie Odwołującego z Postępowania;

Udowodnienie wystąpienia wszystkich powyższych przesłanek obciąża Zamawiającego (KIO 1523/15), a brak wystąpienia chociażby jednej z powyższych przesłanek uniemożliwia wykluczenie Odwołującego z Postępowania. Jak wynika z utrwalonego orzecznictwa, obowiązkiem Zamawiającego jest podanie w informacji o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania wszystkich okoliczności będących podstawą wykluczenia go z Postępowania, tak aby Odwołujący miał pełną informację o podstawie podjętej przez Zamawiającego decyzji i mógł się do niej w pełni odnieść. W niniejszej sprawie podstawa faktyczna wykluczenia Odwołującego z Postępowania pozbawiona jest faktów, ale opiera się jedynie na przypuszczeniach, domniemaniach i „zasłyszanych” informacjach.

Ad. a) do c)

Odwołujący stanowczo zaprzecza, iż rzekomo:

- a) brał udział w przygotowywaniu Postępowania; lub
- b) pracownik Odwołującego brał udział w przygotowywaniu Postępowania; lub

c) osoby wykonujące na rzecz Odwołującego pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług brały udział w przygotowywaniu Postępowania.

Odwołujący wskazuje, że pan W. nie jest pracownikiem Odwołującego, ani nie ma obecnie zawartej z Odwołującym - ani nie miał zawartej w dacie ogłoszenia Postępowania do dnia dzisiejszego - umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług na rzecz Odwołującego. Pan W. w przeszłości pracował i wykonywał funkcje w przedsiębiorstwie Odwołującego i w razie otrzymania zamówienia objętego Postępowaniem może być zaangażowany przez Odwołującego w wykonywanie zamówienia, ale obecnie nie jest bezpośrednio związany z Odwołującym umową, której przedmiotem byłoby świadczenie na rzecz Odwołującego usług lub pracy. Pan W. jest pełnomocnikiem Odwołującego, ale nie jest związany umową o pracę lub umową której przedmiotem jest świadczenie usług. Pan W. jest członkiem zarządu spółki Graph'IT Survey Sp. z o.o., w której Odwołujący ma udziały.

Nadto należy wskazać, że p. P. W. nie brał udziału w przygotowywaniu Postępowania. Sam fakt udziału p. W. w spotkaniu organizowanym w dniu 6.10.2018 r., podczas którego omawiany był projekt WCZD wcale nie świadczy o udziale p. W. w czynnościach przygotowywania Postępowania (tj. czynnym opracowaniu opisu przedmiotu zamówienia lub dokumentów będących podstawą dokonania takiego opisu, oszacowaniu wartości zamówienia, ustalenia kryteriów oceny ofert, SIWZ itp.). Udział i wypowiedzi miały wyłącznie charakter edukacyjny - jako eksperta Europejskiego Centrum Certyfikacji BIM, doradzającemu GDDKiA w implementacji BIM w zam. publ. W szczególności Zamawiający nie wykazał, a Odwołujący temu zaprzecza, że p. W. miał jakąkolwiek wiedzę dotyczącą ilości oraz zakresu ewentualnych „kolizji”, które wykonawca w ramach wykonania zamówienia objętego Postępowaniem musiałby zidentyfikować. Jak wyjaśnił już Odwołujący, a p. W. zapewnia, podczas rzeczonego spotkania nie otrzymał nawet do wglądu, ani nie przygotowywał dokumentacji Postępowania. Odwołujący zaprzecza, a Zamawiający tego nie udowodnił, że p. W. rzekomo „uczestniczył w co najmniej dwóch naradach aktywnie zabierając głos w zakresie wad dokumentacji oraz zasadności wykonania modelu BIM”. Nie wiadomo, o jakie spotkania Zamawiającemu chodzi (daty, zakres udziału, przedmiot, uczestnicy), ani jaka miałyby być rzekoma rola p. W. w tych spotkaniach. Zamawiający nie wskazał także, o jakie rzekome wady dokumentacji chodzi, które to wady rzekomo nie zostały wskazane w udostępnionej wykonawcom dokumentacji Postępowania. Jak już wskazał Odwołujący, p. W., według uzyskanych od niego informacji, nie znał treści dokumentacji Postępowania, ani dokumentacji projektu wykonawczego, który miał być poddany weryfikacji, a więc nie mógł i zapewne nie wypowiadał się na temat rzekomych wad tejże dokumentacji. Pan W. mógł co najwyżej wskazywać, co jest wiedzą powszechną w branży budowlanej, że każda dokumentacja projektowa, bez jej zweryfikowania metodą BIM,

jest obarczona znacznym ryzykiem błędów i niezidentyfikowanych kolizji - które wykrywa się właśnie dzięki modelowaniu metodą BIM. Jako ekspert w dziedzinie projektowania metodą BIM, p. W. z pewnością mógł wskazywać na zasadność jej użycia w tym projekcie i wskazywać na jej zalety. Pan W. nie wskazywał przy tym na konkretne - bowiem jemu nieznanne - wady dokumentacji projektu wykonawczego, które dzięki projektowaniu metodą BIM można usunąć. Należy nadmienić, że w tym czasie projekt wykonawczy był dopiero w fazie koncepcyjnej, a projekt będący przedmiotem Postępowania jeszcze nie istniał.

Okoliczność, iż dokumentacja Postępowania była znana p. W.(2), który jednak nie jest i nigdy nie był zaangażowany przez Odwołującego i nie jest z odwołującym w jakikolwiek sposób powiązany, nie może stanowić podstawy do wykluczenia Odwołującego z Postępowania. W szczególności, jeżeli p. W.(2) nie przekazał i nie udostępnił dokumentacji Postępowania p. W., co nie zostało wykazane przez Zamawiającego.

Stwierdzenie w tej sytuacji przez Zamawiającego, że „wsparcie jakiego udzielał Pan W. Panu A. W., który co istotne jest jedną z osób wskazanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, powoduje iż uzyskał on nieuzasadnioną przewagę umożliwiającą skrócenie terminu realizacji zamówienia, a także bardziej precyzyjne ustalenie wysokości swojego wynagrodzenia” jest niczym nieudowodnione i błędne. Po pierwsze, wbrew twierdzeniu Zamawiającego p. A. W. nie jest wskazany do realizacji zamówienia przez Odwołującego i nie jest obecnie oraz nigdy nie był w jakikolwiek sposób związany jakąkolwiek umową z Odwołującym czy z p. W. i jest dla Odwołującego jak i Pana W. osobą całkowicie obcą. Po drugie, że nawet skrócony termin realizacji zamówienia objętego Postępowaniem jest zupełnie wystarczający do jego wykonania - o czym świadczą obie złożone oferty - a Odwołujący nie potrzebowałby jakiegokolwiek wiedzy dotyczącej dokumentacji Postępowania, aby zaoferować skrócenie terminu wykonania zamówienia, gdyż zaoferowany termin jedynie wynika z dużego potencjału produkcyjnego i znaczącego doświadczenia Odwołującego. Po trzecie, Odwołujący nie wiedząc, czy zamówienie ostatecznie uzyska, nie mógłby podejmować się jego realizacji przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia - twierdzenia przeciwne Zamawiającego są absurdalne i niczym nieudowodnione. Także twierdzenie o rzekomej możliwości dokładniejszego określenia przez Odwołującego swojego wynagrodzenia przy wcześniejszej znajomości dokumentacji Postępowania jest błędne, o czym świadczy rozbieżność złożonych w niniejszym Postępowaniu ofert cenowych.

Tylko Projektant - Industria Project Sp. z o.o. ma wiedzę o faktycznej o liczbie błędów w swojej dokumentacji projektowej, a Odwołujący, nawet gdyby teoretycznie wszedł w posiadanie tego projektu wcześniej, to nie mógłby ocenić faktycznej liczby błędów projektowych przed wykonaniem będącej przedmiotem Postępowania weryfikacji z użyciem technologii BIM. Ponadto całkowicie niemożliwe jest zweryfikowanie i przez to oszacowanie liczby błędów w tak dużym i skomplikowanym projekcie w okresie 3 dni roboczych - od 16.01

kiedy Zamawiający otrzymał będącą przedmiotem weryfikacji dokumentację od Industria Projekt Sp. z o.o. do dnia złożenia ofert. Obie złożone oferty wskazują, że konieczne jest 8 tygodni na wykonanie takiej weryfikacji.

Ad. d) i e)

Aby Zamawiający mógł wykluczyć Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp musiałby wykazać, że wskutek rzekomego udziału p. W. w przygotowaniu Postępowania, faktycznie Odwołujący uzyskał przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami - Zamawiający winien więc wykazać jakie dokumenty i kiedy faktycznie zostały przekazane Odwołującemu i dlaczego dały mu przewagę konkurencyjną - a następnie wykazać, że jedyną możliwością usunięcia tej przewagi Odwołującego jest wykluczenie go z Postępowania. Przypomnienia wymaga jednak, że wystarczyłoby, aby Zamawiający udostępnił takie dokumenty wraz z dokumentacją Postępowania, aby wszyscy wykonawcy mogli się z nimi zapoznać i wówczas nie doszłoby z pewnością do rzekomego zakłócenia konkurencji przez udział Odwołującego. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający udostępniając dokumentację projektu wykonawczego mógł z pewnością wyeliminować rzekomą przewagę konkurencyjną podmiotów znających tę dokumentację. Innymi słowy, istniały inne i mniej restrykcyjne możliwości wyeliminowania wystąpienia potencjalnego zakłócenia konkurencji spowodowanego wcześniejszym zapoznaniem się przez wykonawców z dokumentacją Postępowania, co powoduje, że wykluczenie Odwołującego z Postępowania jest niezasadne i niedopuszczalne w świetle art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp.

Przepis stanowi implementację art. 57 ust. 4 lit. f) dyrektywy 2014/24/UE i winien być interpretowany zgodnie z tą dyrektywą i mającym zastosowanie *acquis communautaire*. W wyroku ETS z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 *Fabricom SA v. Państwo Belgijskie*, zwrócono uwagę, na brak automatyzmu przy wykluczeniu wykonawcy, który brał udział w przygotowaniu danego postępowania. ETS stwierdził, że udział danego wykonawcy w niektórych pracach przygotowawczych może prowadzić do zakłócenia konkurencji pomiędzy oferentami, uznał jednak również, że istnieją przypadki, w których wykluczenie z procedury przetargowej osób wykonujących niektóre prace przygotowawcze jest nieuzasadnione, bowiem ich uczestnictwo w procedurze nie stanowi żadnego niebezpieczeństwa dla konkurencji między oferentami. Tym samym, zamawiający jest obowiązany wykluczyć wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania tylko i wyłącznie wtedy, gdy jest w stanie wykazać, iż jego udział w tym postępowaniu utrudnił konkurencję, tj. jego pozycja była korzystniejsza od innych wykonawców w nim uczestniczących oraz, że spowodowanego tym zakłócenia konkurencji nie da się wyeliminować w inny sposób niż poprzez wykluczenie wykonawcy z postępowania (jak ma to miejsce w przypadku wykluczenia Industria w tym Postępowaniu).

Wszelkie dokumenty niezbędne do przygotowania oferty i wyceny przedmiotu zamówienia przez wykonawców zostały udostępnione wraz z dokumentacją Postępowania, a wykonawcy mieli wystarczająco dużo czasu na przygotowanie swoich ofert, nie można w żadnej mierze mówić w ogóle o zakłóceniu konkurencji udziałem Odwołującego w Postępowaniu, nawet jeżeli teoretycznie Zamawiający wykazałby, iż p. W. i konsekwentnie Odwołujący mieli wcześniejszy dostęp do tej dokumentacji niż inni potencjalni wykonawcy. Przy czym rzekomemu zakłóceniu konkurencji przez udział Odwołującego w Postępowaniu przeczy okoliczność złożenia oferty przez drugiego z wykonawców oferującego dwukrotnie niższą od Odwołującego cenę - co wynika z tej okoliczności, że wykonawca ten jest jednocześnie projektantem inwestycji i będzie w imieniu Zamawiającego weryfikował efekty własnej pracy objętej zamówieniem w ramach Postępowania. O ile Industria Project sp. z o.o. będąc zaangażowana w przygotowanie Postępowania i będąc w pozycji weryfikatora realizacji zamówienia objętego Postępowaniem znała wcześniej od Odwołującego dokumentację Postępowania i miała wpływ na jej kształt, a wreszcie będzie wpływać na ocenę realizacji zamówienia, co z pewnością skutkuje zakłóceniem konkurencji - możliwość znacznego obniżenia ceny - to Odwołujący takiej pozycji nie ma i jego udział w Postępowaniu nie zakłóca konkurencji. Nadto, o ile stanu rzeczy w postaci roli Industria Project Sp. z o.o. jako projektanta nie da się usunąć i tym samym zniwelować spowodowanego tym zakłócenia konkurencji - a więc wykluczenie Industria Project Sp. z o.o. w trybie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp było zasadne - to w przypadku Odwołującego, taka sytuacja nie ma miejsca. W konsekwencji, Zamawiający bezpodstawnie i z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp wykluczył Odwołującego z Postępowania.

Odwołujący wskazuje przy tym, że uwzględnienie przez Zamawiającego całości zarzutów niniejszego odwołania stosownie do art. 186 ust. 2 ustawy Pzp przed otwarciem rozprawy, umożliwi usunięcie występującej wady postępowania, a KIO będzie uprawniona do umorzenia postępowania odwoławczego. Zamawiający, zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt. 2 lit. b) ustawy Pzp nie będzie zaś obciążony kosztami postępowania odwoławczego. Zasadne byłoby więc uwzględnienie zarzutów niniejszego odwołania przez Zamawiającego w całości w odpowiedzi na odwołanie, jeszcze zanim KIO merytorycznie rozpatrzy sprawę na rozprawie.

Załączniki:/.../

Wyciąg z SIWZ; pismo Zamawiającego z dnia 29.01.2018 r.; pismo Odwołującego z dnia 29.01.2018 r.; pismo Zamawiającego z dnia 02.02.2018 r.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Industria Project sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku oponując przeciwko zarzutom odwołania wnosząc o oddalenie odwołania w całości, jako odwołania oczywiście bezzasadnego, a w

szczegółności o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia przez zamawiającego prawa materialnego tj. art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy pzp.

Sygn. akt KIO 234/18

Odwołujący: INDUSTRIA PROJECT Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 19 PZP oraz na odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 1 PZP, co w efekcie doprowadziło do przedwczesnego unieważnienia postępowania.

I. Odwołujący podnosi, iż czynności Zamawiającego naruszają następujące przepisy:

1. Art. 24 ust 1 pkt. 19 PZP poprzez wykluczenie Odwołującego w oparciu o ten przepis, pomimo niespełnienia przesłanek do jego zastosowania;
2. Art. 89 ust. 1 pkt. 1 PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo, iż jej treść jest zgodna z treścią ustawy;
3. Art. 7 ust 1 PZP poprzez nierówne traktowanie wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, polegające na wykluczeniu Odwołującego oraz odrzuceniu jego oferty mimo, iż nie zachodziły ku temu przesłanki.

Ewentualnie, w wyniku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą powyższych zarzut naruszenia w efekcie końcowym art. 93 ust 1 pkt 1 poprzez przedwczesne unieważnienie postępowania.

II. Wnioski

W przypadku uwzględnienia zarzutów Odwołującego, wnosi o :

Unieważnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania, odrzucenia oferty Odwołującego, czynności unieważnienia postępowania.

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców - INDUSTRIA PROJECT Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku oraz GRAPH'IT STUDIO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Obaj wykonawcy zaoferowali termin skrócenia realizacji przedmiotu zamówienia o 4 tygodnie, co spowodowało, iż ich oferty różniły się jedynie ceną.

Wykluczenie Odwołującego oraz odrzucenie jego oferty i przedwczesne unieważnienie postępowania, spowodowało pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia oraz naraziło Odwołującego na oczywistą szkodę.

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty

- INDUSTRIA PROJECT Sp. z o.o. Gdańsk wartość netto: 395 000,00 zł wartość brutto: 485 850,00 zł, 4 tygodnie

- GRAPH'IT STUDIO Sp. z o.o. Warszawa wartość netto: 730 000,00 zł wartość brutto: 897 900,00 zł, 4 tygodnie

Odwołujący w dniu 2 lutego 2018 r., został poinformowany przez Zamawiającego, że w wyniku wyjaśnień złożonych przez obu Wykonawców, Zamawiający wykluczył Odwołującego

z przedmiotowego postępowania i odrzucił jego ofertę, odrzucił także ofertę drugiego wykonawcy i w efekcie unieważnił postępowanie na mocy art. 93 ust. 1 pkt. 1 PZP. Wszystkie trzy czynności zostały dokonane jednym pismem.

I. Zarzut naruszenia art. 24 ust 1 pkt. 19 PZP

Zgodnie z treścią przywołanego artykułu, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Zamawiający uargumentował wykluczenie faktem, iż Odwołujący ma znaczną przewagę nad konkurencyjnym wykonawcą poprzez uprzednie przygotowanie dokumentacji, w szczególności, że jednym z kryterium ocen ofert jest skrócenie czasu realizacji zadania.

Ustawa przez „przygotowanie postępowania” rozumie czynności podejmowane przez zamawiającego, jego pracowników, jednostki organizacyjne lub osoby trzecie, którym na podstawie art. 15 ust. 2 ustawy Pzp może on powierzyć przygotowanie postępowania. Zaliczyć do nich należy:

- opis przedmiotu zamówienia, a w przypadku robót budowlanych sporządzenie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, programu funkcjonalno-użytkowego,
- oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, w przypadku robót budowlanych poprzez sporządzenie kosztorysu inwestorskiego,
- przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający jest obowiązany wykluczyć wykonawcę, który opracował np. dokumentację projektową, tylko i wyłącznie wtedy, gdy jest w stanie wykazać, iż jego udział w postępowaniu na jej wykonanie utrudni konkurencję. Stanowisko Zamawiającego w sprawie - w ocenie Odwołującego - jest oczywiście błędne i nieuzasadnione, jako iż Zamawiający w rzeczywistości nie wykazał utrudnienia konkurencji.

Odwołujący rzeczywiście przygotowywał dokumentację projektową na bazie odrębnej umowy z roku 2016, jednakże oczywistym jest, bazując na tabeli informacyjnej z otwarcia ofert, iż nie ma on przewagi nad swym konkurentem, gdyż obaj wykonawcy zaoferowali skrócenie terminu realizacji zadania o dokładnie taki sam okres - 4 tygodnie. Co więcej, konkurencyjny wykonawca skalkulował w ten sposób swoją ofertę bazując na udostępnionej dokumentacji przetargowej (składającej się z kilku rysunków), co wprost dowodzi, iż sytuacja Wykonawcy INDUSTRIA PROJECT nie jest sytuacją uprzywilejowaną w jakimkolwiek stopniu - tworzenie modelu BIM, czego żąda Zamawiający, bowiem i związany z nią koszt i czas realizacji zależą przede wszystkim od wiedzy, doświadczenia; posiadanych bibliotek elementów BIM,

wdrożonych procedur i skryptów i kosztów wykonania modelu - wobec czego kalkulację oferty można wykonać bez jakiegokolwiek problemu w oparciu o udostępnione przez Zamawiającego rysunki i dokumenty.

Dalej, wyjaśnić należy, Wykonawca realizując ww. umowę z roku 2016 na wykonanie dokumentacji projektowej przekazywał pliki w formatach dwg. (wektorowe oprogramowanie CAD), pdf (nieedytowalna wersja oprogramowania dokumentów stworzonych w środowisku CAD) - a żaden z wymienionych plików nie jest plikiem który w jakikolwiek sposób stanowiłby cel ogłoszonego postępowania. W SIWZ stworzonym przez Zamawiającego jest jasno i napisane, iż nie dopuszcza się tworzenia jakichkolwiek składowych Modeli BIM poza natywnym środowiskiem oprogramowania BIM i całkowicie zabrania się wprowadzania do modelu BIM elementów stworzonych w wektorowym oprogramowaniu CAD. Stąd też Wykonawca nie ma żadnej przewagi z tego, iż wcześniej realizowała umowę, w której celem było dostarczenie dokumentacji opracowanej w technologii CAD.

Model CAD używa punktów, linii, płaszczyzn z których składamy model CAD, wymienione elementy przypominają wyglądem realne obiekty - samo przygotowanie projektu w technologii CAD nie stanowi żadnej przewagi konkurencyjnej - stosowane tam elementy mają inną budowę inne cechy i inną filozofię i w modelu BIM są kompletnie nieprzydatne.. Co więcej w treści SIWZ wprost stoi: „Nie dopuszcza się tworzenia Komponentów Modelu BIM poza natywnym środowiskiem oprogramowania BIM i całkowicie zabrania się wykorzystywania do tworzenia bibliotek Komponentów Modelu BIM wektorowego oprogramowania CAD.” Biorąc pod uwagę rzeczywistą niekompatybilność formatów, oczywistym jest, iż przy tworzeniu Modelu BIM zgodnie z przedmiotem niniejszego postępowania, nie będzie możliwe kopiowanie wklejanie modyfikowanie itp. operacje na plikach które były przedmiotem umowy z 2016 roku.

Na podstawie książki dr inż. Andrzeja Tomany „BIM - Innowacyjna technologia w budownictwie. Podstawy, standardy, narzędzia” rozdział „Od CAD do BIM”: W istocie pomiędzy danymi w systemach CAD i BIM istnieje taka jakościowa różnica, że nie ma między nimi możliwości wymiany pełnej informacji; nie da się danych z modelu BIM wczytać w całości do uboższego i w zasadzie tylko geometrycznego modelu CAD. Praktycznie wszystkie systemy CAD posługują się danymi geometrycznymi takimi jak punkty, linie proste, krzywe, dwuwymiarowe powierzchnie, trójwymiarowe bryły itp. do tworzenia modeli konstrukcji. (...) Systemy BIM działają na całkiem innej zasadzie. W tej technologii użytkownik nie posługuje się danymi geometrycznymi na takim poziomie jak to opisano powyżej (linia, płaszczyzna itp.). Poziom, na którym odbywa się Modelowanie Informacji o Budowli korzysta z wirtualnych elementów, które są odzwierciedleniem rzeczywistych elementów budowlanych. Systemy BIM są wynikiem doskonalenia systemów CAD, ale powstały już jako całkowicie nowe narzędzia, utworzone od początku według nowych zasad.”

Podkreślenia wymaga wobec tego okoliczność, iż na projektowanie BIM nie ma jednego, jedynie słusznego sposobu - jest tylko jasno określony cel, a wszystkie elementy mają być wirtualnymi elementami, które to później będą realnymi elementami budynku. Stosowane na rynku jest wiele środowisk pracy Revit, Sketchup, Archicad itp. dla których tworzone są wirtualne modele elementów które to pozwalają na tworzenie kompletnych projektów.

Główne przewagi jakie tworzą firmy specjalizujące się w projektowaniu BIM to

- posiadanie kompletnych sparametryzowanych bibliotek pojedynczych elementów z których buduje się cały model w poszczególnych branżach
- stosowanie skryptów, które pozwalają na przyspieszenie modelowania całości, numerowania pozycji, wykrywania kolizji, rozwiązywania problemów itp.
- ułożony proces powstawania modelu BIM
- posiadanie w zespole BIM menagerów

W przedmiotowym postępowaniu powyższe umiejętności i doświadczenia są okolicznościami, które powodują że coś można zrobić szybciej i taniej. Wykonawca Industria swoją przygodę z BIM zaczął już w 2006 roku, projektując w BIM obiekty mieszkaniowe, przemysłowe, magazynowe - od tego czasu upłynęło wiele lat i nasze biblioteki elementów BIM (w tym właśnie o elementy dotyczące szpitali), nasze skrypty i procedury są na wysokim poziomie, co pozwala nam na oferowanie atrakcyjnych cen jak i pozwala na skrócenie czasu powstawania modelu. Wynika to tylko i wyłącznie z rozbudowanych baz danych i doświadczenia Wykonawcy, szczególnie biorąc pod uwagę iż Wykonawca od wielu lat propaguje projektowanie BIM na licznych konferencjach branżowych.

Konkludując powyższy wywód, podkreślić należy, iż Zamawiający - biorąc pod uwagę brzmienie umowy łączącej go z Wykonawcą z 2016 roku - łącznie wymaga dwóch równoległych modeli w różnych środowiskach projektowych (CAD na umowie 2016, oraz BIM w przedmiotowym zamówieniu), wobec czego w sposób oczywisty nie można na tej podstawie wyeliminować Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia.

Dobitnie zaznaczyć należy, iż w wyroku ETS z 3 marca 2005 r. (w sprawach połączonych sygn. C-21/03 i C-34/03), podkreślono powinny brak automatyzmu przy wykluczeniu wykonawcy, który brał udział w przygotowaniu danego postępowania. Trybunał stwierdził, iż udział danego wykonawcy w niektórych pracach przygotowawczych może prowadzić do zakłócenia konkurencji pomiędzy oferentami (akapit 29 i 30). Uznał również, że istnieją przypadki, w których wykluczenie z procedury przetargowej osób wykonujących niektóre prace przygotowawcze, jest nieuzasadnione, albowiem ich uczestnictwo w procedurze nie stanowi żadnego niebezpieczeństwa dla konkurencji między oferentami (akapit 35).

Tym samym, stwierdzić należy, „(...) iż wykonawca, który przygotowywał postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego może mieć przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami w tym postępowaniu. Jednakże istnienia takiej zależności zamawiający nie

może domniemywać, lecz musi ją niezbicie ustalić w okolicznościach konkretnego przypadku. Tym samym, zamawiający jest obowiązany wykluczyć wykonawcę, który opracował np. dokumentację projektową, tylko i wyłącznie wtedy, gdy jest w stanie wykazać, iż jego udział w tym postępowaniu utrudnił konkurencję, tj. jego pozycja konkurencyjna w postępowaniu - z uwagi na opracowanie projektu i kosztorysów inwestorskich - była korzystniejsza od innych wykonawców w nim uczestniczących, którzy informacje o nim czerpali ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jeżeli więc nie wykazano przesłanki utrudniania uczciwej konkurencji, a przede wszystkim nie udokumentowano jej dowodami, to z samego faktu udziału określonego wykonawcy w przygotowaniu postępowania nie wynika, że wykonawca ten miał przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami postępowania. A zatem zamawiający jest uprawniony do udzielenia zamówienia takiemu wykonawcy, który brał udział w przygotowaniu postępowania poprzez opracowanie dokumentacji projektowej w przypadku, gdy jego oferta została uznana za najkorzystniejszą na gruncie tego postępowania".

Podkreślić należy, iż to na zamawiającym ciąży obowiązek ustalenia i wykazania, czy wykonawca bezpośrednio wykonywał czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania albo posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, a także w jaki sposób powyższe narusza konkurencję w postępowaniu. To zamawiający z zaistnienia tych okoliczności wywodzi skutki prawne i tym samym na nim spoczywa ciężar dowodu związany z ich wykazaniem. Oczywistym jest jednakże, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wykazał, żeby Odwołujący w sposób realny posiadał jakkolwiek przewagę nad drugim wykonawcą.

Zgodnie z art. 24 ust. 8 PZP wykonawca, który podlega wykluczeniu m.in. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 PZP może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności wyczerpująco wyjaśnić, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie spowoduje naruszenia zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 PZP. (wyrok KIO 2344/17) Zgodnie zaś z art. 24 ust. 10 PZP w przypadkach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 PZP przed wykluczeniem wykonawcy Zamawiający jest obowiązany zapewnić temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. W konsekwencji należy uznać, że naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 19 PZP nie jest możliwe bez uprzedniego umożliwienia wykonawcy przedstawienia dowodów na to, że jego udział w postępowaniu nie zakłóci konkurencji oraz zastosowania instytucji self-cleaning. (por. wyrok KIO 1363/17]. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wezwał co prawda Odwołującego na wykazanie, że jego udział w postępowaniu nie narusza zasad konkurencji, jednakże jak wprost wynika z treści pisma z dnia 2 lutego 2018, to Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego praktycznie

nie ustosunkował się do złożonych przezeń wyjaśnień, posługując się ogólnymi stwierdzeniami (które już raz Zamawiający podnosił i potem unieważniał w trakcie postępowania przetargowego) ani nie przedstawił dowodów, ażeby udział wykonawcy w rzeczywistości naruszał zasady konkurencji.

Dowód: pismo Zamawiającego z 29 stycznia 2018 r. wzywające do złożenia wyjaśnień
Pismo Zamawiającego z 29 stycznia 2018 r. unieważniającego czynności wykluczenia i odrzucenia Odwołującego, Wyjaśnienia wykonawcy z dnia 1 lutego 2018 r.

II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 1 PZP

Przepis art. 89 ust. 1 PZP wymienia przesłanki odrzucenia oferty. Ma on charakter katalogu zamkniętego, co oznacza, że zamawiający nie może z innych powodów odrzucić oferty złożonej przez wykonawcę. Z uwagi na restrykcyjny charakter tego przepisu, wskazane w nim przesłanki nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej. Jednocześnie w przypadku ustalenia okoliczności skutkujących koniecznością odrzucenia oferty zamawiający nie może odstąpić od dokonania tej czynności. Takie działanie byłoby sprzeczne z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, w szczególności zasadą równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania.

Odrzucenie oferty na podstawie jej niezgodności z ustawą następuje w przypadku niezgodności oferty z wymaganiami określonymi w przepisach PZP, a nie jakichkolwiek innych ustaw (arg. z art. 1 PZP). Przepisy odrębnych ustaw mogą stanowić o nieważności oferty, co jest wypełnieniem przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 8 PZP. Niezgodność oferty z ustawą dotyczy również jej niezgodności z przepisami aktów wykonawczych wydanych na podstawie przepisów PZP.

Przykładowo niezgodność oferty z PZP będzie zachodzić w sytuacji złożenia dwóch ofert, jeżeli zamawiający nie dopuścił złożenia oferty wariantowej (wbrew możliwości złożenia tylko jednej oferty, przewidzianej w art. 82 ust. 1 PZP); złożenia tylko jednej oferty, jeżeli zamawiający wymagał złożenia oferty wariantowej (art. 83 ust. 1 PZP); złożenia oferty w języku obcym, chyba że zamawiający dopuści taką możliwość.

Artykuł 89 ust. 1 pkt 1 przewiduje obowiązek odrzucenia oferty niezgodnej z ustawą. Przez to pojęcie należy rozumieć ofertę, która narusza przepisy Prawa zamówień publicznych lub przepisy wykonawcze, wydane na podstawie pzp. Nie można zatem zastosować tego przepisu do odrzucenia oferty z powodu jej sprzeczności z innymi ustawami; a contrario - bezskuteczne będzie powoływanie się na taką okoliczność we wnoszonych środkach ochrony prawnej.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający umotywował odrzucenie oferty w związku z naruszeniem art. 7 ust 1. PZP, podnosząc że dopuszczenie Odwołującego narusza zasady uczciwej konkurencji. Należy tu wyraźnie wskazać, iż podstawowymi zasadami polskiego

systemu prawa zamówień publicznych zawartymi w art. 7 ust. 1 PZP są: zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zgodnie z ww. przepisem prawa zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Oznacza to, że na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający jest zobligowany do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania - wykonawcy powinni być traktowani jednakowo, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także bez środków dyskryminujących. Zamawiający nie może tworzyć i wprowadzać nieuzasadnionych barier ograniczających prawo oferentów do wzięcia udziału w przetargu, nie może również działać w sposób, który będzie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców - czego w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający się dopuścił. (VIII SA/Wa 13/17 wyrok WSA Warszawa z 25-08-2017).

Nie do przyjęcia jest ponadto argument Zamawiającego postawiony w piśmie o odrzuceniu oferty, jakoby fakt, iż Odwołujący jest jednocześnie Projektantem rodzi bezgraniczną pewność po stronie Zamawiającego, iż Odwołujący zaoferowałby produkt niepełny lub niższej jakości - który nie dość, że został podniesiony w oderwaniu od jakiegokolwiek stanu faktycznego, to ponadto jest twierdzeniem godzącym w dobre imię Odwołującego.

Przede wszystkim podkreślić trzeba, iż Zamawiający posiada de facto dwa narzędzia kontrolne w stosunku do Wykonawcy INDUSTRIA PROJECT - jeden wynikający z umowy na dokumentację projektową (z tytułu której Wykonawca ponosi odpowiedzialność jako Projektant), a drugie - w przypadku uzyskania zamówienia w omawianej sprawie - odpowiedzialność jako Wykonawca Modelu BIM. Co więcej, sam Zamawiający otrzyma plik BIM w formacie IFC i zawsze będzie mógł niezależnie stwierdzić w dowolnym oprogramowaniu BIM, po pierwsze czy Wykonawca zamodelowało wszystkie wymagane przez niego elementy budynku; a po drugie będzie sam mógł wygenerować raport kolizji - wobec czego nie ma zagrożenia o jakim mowa w piśmie. W przypadku nie usunięcia kolizji w plikach CAD nie zostanie wykonany prawidłowy Model BIM zgodny z założeniami postawionymi w SIWZ i umowie - wobec czego nie dojdzie do odbioru przedmiotu umowy, co w żaden sposób nie rodzi pozytywnych skutków po stronie Wykonawcy w postaci przede wszystkim zapłaty wynagrodzenia oraz narażenia się na konieczność zapłaty kar umownych za opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy.

Obowiązki Wykonawcy szczegółowo opisano w paragrafie 5 umowy, a rzetelnie wykonany model BIM (§ 5 ust 1a) pozwoli na automatyczne wykrycie kolizji - raport kolizji (§ 5 ust 1b) i weryfikacje przedmiaru projektowego (§ 5 ust 1c) Punkt 1a nie wskazuje iż Wykonawca dostarczy Zamawiającemu skorygowany o ewentualne kolizje model BIM.

Dalej, § 6 ust 5 mówi o tym iż Warunkiem odbioru przedmiotu Zamówienia jest uzgodnienie z Projektantem rozwiązań stwierdzonych kolizji i niezgodności. Praktyka projektowa tworzenia

BIM weryfikującego model CAD z zapisem jak wyżej sprowadza się w rzeczywistości do przedstawienia raportu kolizji i otrzymania od projektanta informacji jakie rozwiązania widzi i co zrobić, aby kolizje usunąć.

Podsumowując zakładając rzetelne i zgodne z umowa wykonanie modelu BIM będzie prowadzić zawsze do osiągnięcia celu o jakim mowa w SIWZ i umowie. Interes Zamawiającego jest zabezpieczony dodatkowo tym iż wynikiem prac jest plik IFC który pozwala na weryfikacje przez Zamawiającego wykonanych prac.

Warto przypomnieć tutaj także procedurę „projektuj i zbuduj” - jakże częstą do spotkania w polskich realiach - gdzie ten sam wykonawca jest projektantem i wykonawcą jednocześnie, godząc nadzór autorski z wykonawstwem, a co stanowi analogiczną sytuację do sytuacji Wykonawcy w przedmiotowej sprawie co w sposób dobitny podkreśla także błędne stanowisko Zamawiającego.

III. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 PZP

W wyniku powyższych naruszeń oczywistym jest, iż Zamawiający dopuścił się rażącego naruszenia jednej z podstawowych zasad udzielania zamówień, tj. zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców.

Zamawiający zobowiązany jest do respektowania zasad udzielania zamówień publicznych na każdym etapie postępowania ,a w szczególności dokonując oceny spełniania warunków podmiotowych, selekcji wykonawców, podejmując decyzję o ich wykluczeniu z udziału w postępowaniu, badając prawidłowość złożonych ofert w tym ustalając, czy nie zachodzą przesłanki skutkujące ich odrzuceniem oraz dokonując ich oceny (tak m.in. komentarz do art. 7 PZP red. Jaworska 2017, wyd. 3/M. Jaworska).

Zasada uczciwej konkurencji realizuje się również poprzez wykonanie przez zamawiającego obowiązku wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawców niezapewniających złożenia uczciwej i rzetelnej oferty (art. 24 ust. 1 i 5 PZP) oraz odrzucenia nieprawidłowych ofert (art. 89 ust. 1 PZP). Zamawiający zobowiązany jest przy tym dokonać rzetelnego badania sytuacji podmiotowej wykonawcy. W tym zakresie szczególnie należy zwrócić uwagę na obowiązek zbadania przez zamawiającego powiązań kapitałowych wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej w celu ustalenia, czy udział tych wykonawców w postępowaniu nie naruszy zasady uczciwej konkurencji - art. 24 ust. 1 pkt 23 PZP , a także zweryfikowania czy wykonawca wspólnie z innymi wykonawcami nie zawarł porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 20 PZP).

Na etapie badania i oceny ofert zamawiający w celu zapewnienia uczciwej konkurencji zobowiązany jest m.in. do wyjaśnienia treści oferty (jeśli poweźmie co do niej wątpliwości - art. 87 ust. 1 PZP), poprawienia omyłek, określonych wart. 87 ust. 2 PZP, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny lub kosztu (art. 90 PZP), a także zweryfikowania, czy występują podstawy do

odrzućenia oferty, określone wart. 89 ust. 1 PZP. jak wskazała KIO (w wyr. z 30.5.2016 r., KIO 826/16), przejawem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest dążenie do utrzymania konkurencyjności postępowania, przez podejmowanie działań zmierzających do usunięcia z ofert lub wniosków niektórych niedokładności czy błędów, które w ocenie ustawodawcy nie mają istotnego znaczenia dla wyboru oferty najkorzystniejszej.

Dalej, zasada równego traktowania wykonawców, jak wyjaśnił SO w Bydgoszczy, oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania ulg i przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości, jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców lub złożonych przez nich ofert (post. SO w Bydgoszczy z 17.3.2008 r., VIII Ga 22/08, niepubl, cyt. za wyr. KIO z 15.7.2013 r., KIO 1567/13).

Biorąc pod uwagę całość argumentacji odnośnie pierwszych dwóch zarzutów, oczywistym i jedynie słusznym jest wniosek, iż Zamawiający dopuścił się rażącego naruszenia art. 7 ust 1 PZP.

Mając na uwadze, iż na mocy przepisu art. 180 ust 2 PZP, Odwołującemu co prawda nie przysługuje odwołanie na czynność Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania, jednakże zaznaczyć trzeba, iż w ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania przedwcześnie w wyniku naruszenia przywołanych powyżej przepisów prawa.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Graph'IT Studio sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oponując przeciwko zarzutom odwołania i wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Wskazał na wniesienie własnego odwołania na czynność wykluczenia go z postępowania, co może doprowadzić do uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia publicznego.

Zamawiający uzasadniając decyzję o wykluczeniu wykonawców na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy pzp wskazał, co następuje.

1/ W odniesieniu do wykonawcy Industria Project sp. z o.o. wskazał, że otrzymał dnia 1 lutego od wykonawcy wyjaśnienia na podstawie art. 24 ust. 10 ustawy pzp, w których wykonawca winien udowodnić, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Zamawiający uznał, że wyjaśnienia nie czynią zadość dyspozycji przepisu. Za bezsporne uznał, że zamawiający zawarł dnia 29 sierpnia 2016 r. z wykonawcą Industria Project sp. z o.o. umowę w przedmiocie wykonania wielobranżowej

dokumentacji projektowej dla przedsięwzięcia „Budowa Wielkopolskiego Centrum Zdrowia Dziecka (szpital pediatryczny) wraz z jego wyposażeniem”. Powyższe wskazuje, iż Industria sp. z o.o. już na obecnym etapie posiada całość dokumentacji, na podstawie której winien zostać wykonanych przedmiot zamówienia. Sytuacja powoduje zatem zakłócenie konkurencji, skoro pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu będą mogli dopiero rozpocząć wykonywanie zamówienia wraz z zawarciem umowy oraz przekazaniem niezbędnej dokumentacji. Zgodnie z § 2 ust. 2 wzoru umowy „Zamawiający oświadcza, iż w dniu zawarcia prześle dokumentację wykonawczą przedsięwzięcia stanowiącą podstawę do realizacji przedmiotu zamówienia.”

Wykonawca wskazał, iż w jego ocenie nie ma on żadnej przewagi na swym konkurentem, skoro obaj wykonawcy zaoferowali skrócenie terminu realizacji zadania o dokładnie taki sam okres, tj. – 4 tygodnie. Abstrahując od wykluczenia tego wykonawcy również na tej samej podstawie prawnej, zauważył, iż nie można braku zakłócenia konkurencji wywodzić jedynie z faktu, że istnieje wykonawca, który zaoferował identyczny okres realizacji zamówienia. Zamawiający podkreślił, że zakłócenie konkurencji wynika z samego faktu możliwości rozpoczęcia realizacji już z datą np. wyboru oferty najkorzystniejszej, co tym samym daje wykonawcy większy czas na realizację zamówienia.

Na marginesie dodał, że, iż przyjmując argumentację wykonawcy odnoszącą się do porównania złożonych ofert, to powyższa okoliczność związana z posiadaniem dokumentacji dała w związku z tym wykonawcy możliwość korzystniejszego skalkulowania ceny, co wynika z informacji podanej na otwarciu ofert. Co istotne, oferta wykonawcy jest o prawie 50% niższa od ceny drugiego z wykonawców. Z uwagi na powyższe, uznano że wykonawca Industria Project sp. z o.o. posiada nieuzasadnioną przewagę konkurencyjną poprzez uprzednie przygotowanie dokumentacji projektowej, tj. fakt, iż dysponuje już nią na obecnym etapie.

Ponadto zamawiający wskazał na podstawie faktyczną odrzucenia oferty Industria Project sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp wskazując, że zgodnie z podglądami doktryny „Za niezgodne z prawem zamówień publicznych w pierwszej kolejności należy uznać oferty naruszające zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 7 – 9. Użyte przez ustawodawcę w art. 89 ust. 1 pkt 1 wyrażenie „niezgodna z ustawą” odnosi się zarówno do prawa zamówień publicznych (wyrok KIO/UZP 367/09) jak i przepisów wykonawczych wydanych na podstawie tej ustawy oraz przepisów aktów prawnych, do których się ona odwołuje, np. prawa budowlanego, kodeksu cywilnego (zob. wyrok SO w Warszawie z dnia 3 września 2004 r., V Ca 1738/04, niepubl.).

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy pzp „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji równe

traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.” W niniejszym stanie faktycznym zawarcie umowy z wykonawcą Industria Project naruszałoby uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Wskazania wymaga, że zgodnie z § 6 ust. 5 wzoru umowy „Warunkiem odbioru przedmiotu zamówienia jest uzgodnienie z Projektantem rozwiązań stwierdzonych kolizji i niezgodności”. Z kolei zgodnie z § 1 ust. 3 wzoru umowy „Ilekroć mowa o Projektancie należy przez to rozumieć Industria Project sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, z którą Zamawiający posiada zawartą umowę na wykonanie wielobranżowej dokumentacji projektowej”. Zatem już z samej istoty zamówienia wynika, iż musi ono zostać wykonane przez inny podmiot aniżeli Industria Project sp. z o.o. skoro wykonawca winien dokonywać na etapie realizacji zamówienia stosownych uzgodnień z Projektantem.

Odnosząc się do wyjaśnień zawartych w piśmie z dnia 1 lutego 2018 r. zamawiający wskazuje, iż powoływanie się na ewentualne mechanizmy kontrolne zawarte w umowie na wykonanie dokumentacji projektowej nie zasługują na uwzględnienie. Umowa na wykonanie dokumentacji projektowej jest stosunkiem prawnym odrębnym od umowy, która mogłaby być zawarta w ramach niniejszego postępowania. Ewentualne mechanizmy kontrolne muszą wprost dawać zamawiającemu możliwość zweryfikowania prawidłowości wykonanego zamówienia bez konieczności jego dalszej weryfikacji przez kolejny podmiot lub odnoszenia się do innego stosunku prawnego. Z treści wyjaśnień wykonawcy można wysnuć wniosek, iż w razie potrzeby, Zamawiający może jeszcze raz poddać wykonany model BIM weryfikacji przez kolejny podmiot. Z oczywistych względów taka „spirala kolejnych weryfikacji” jest dla Zamawiającego niekorzystna choćby z przyczyn ekonomicznych.

Dodatkowo zamawiający wskazał, iż ewentualna weryfikacja przez niego automatycznie będzie bazowała na stworzonym przez wykonawcę modelu BIM, a zatem to do wykonawcy będzie zależało, jakie dane zostaną do niego wprowadzone. Taki sposób postępowania nie daje zamawiającemu żadnej gwarancji, iż przekazany rezultat zamówienia w pełni odpowiada jego oczekiwaniom oraz daje pewność co do „bezkolizyjnej” realizacji robót budowlanych.

2/ w odniesieniu do wykonawcy Graph'IT Studio sp. z o.o. zamawiający wskazał, że otrzymał dnia 1 lutego 2018 r. wyjaśnienia wykonawcy przekazane na podstawie art. 24 ust. 10 pzp, w których wykonawca winien udowodnić, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Zamawiający uznał, że ww. wyjaśnienia nie czynią zadość dyspozycji powyższego przepisu.

W pierwszej kolejności zamawiający wskazał, że w wezwaniu do udzielenia wyjaśnień zawarł informacje, iż pan P. W. „brał udział w naradach koordynacyjnych m.in. 6.10.2017 r. dotyczących omówienia projektu WCZD.” Wykonawca odniósł się wyłącznie do wyraźnie

wskazanej przez zamawiającego narady, zupełnie pomijając udział pana P. W. w innych spotkaniach. Z informacji uzyskanych przez pracowników i współpracowników zamawiającego wynika, iż ww. Pan uczestniczył w co najmniej dwóch naradach aktywnie zabierając głos w zakresie wad dokumentacji oraz zasadności wykonania modelu BIM. Podkreślenia wymaga, iż pan P. W. nie był zapraszany przez zamawiającego do udziału w ww. naradach. W spotkaniach ze strony zamawiającego uczestniczył również pan A. W., który reprezentował „PRIB ENGINEERING” sp. z o.o. - podmiot, który świadczył usługi wspomagające projektowanie z wykorzystaniem programowania BIM. Wedle wiedzy zamawiającego Pan W. uczestniczył w naradach jako wsparcie Pana W.(2), tj. osoby która przygotowywała opis przedmiotu zamówienia, ustalała wartość szacunkową, a ponadto warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert. W ocenie zamawiającego wsparcie powoduje, iż uzyskał on nieuzasadnioną przewagę umożliwiającą skrócenie terminu realizacji zamówienia, a także bardziej precyzyjne ustalenie wysokości swojego wynagrodzenia.

W związku z powyższym zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp z uwagi na fakt, iż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Zgodnie z art. 24 ust. 2 ustawy pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

W trakcie rozprawy uczestnicy przedstawili stanowiska

KIO 233/18

Odwołujący nie zakwestionował swoich związków z osobą p. W. Stwierdził, iż dla zaistnienia kwestionowanej czynności Zamawiającego, istotny jest udział osoby w czynnościach przygotowania postępowania, co w tym wypadku nie miało miejsca. Zauważył, że projekt budynku był szeroko dyskutowany publicznie, omawiany w mediach i na stronie internetowej Zamawiającego. Potwierdził, że p. W. brał udział w spotkaniu 6.10.2017 i było to jedyne spotkanie z jego obecnością. Złożył do akt wydruki fotografii ze spotkań dotyczących. Wskazał na treść pkt 4 protokołu postępowania, gdzie w pkt b 5 Zamawiający wpisał osobę p. W., prawdopodobnie po terminie rozstrzygnięcia poprzedniego odwołania INDUSTRIA PROJECT Sp. z o.o. i mogło to mieć związek z pytaniami Zamawiającego, kierowanymi do Odwołującego, w trybie art. 24 ust. 10. P. W. obecny na rozprawie oświadczył, że w trakcie jedynej narady, w której brał udział, wyjaśniał metodę korzystania z modeli BIM w fazie eksploatacji obiektu. Odwołujący stwierdził, że nie uzyskał żadnej przewagi konkurencyjnej w postępowaniu. Wskazał na treść notatki, złożonej przez Przystępującego z pismem, w tym liczbę prezentowanych ilustracji na naradzie 6.10.2017 (7 sztuk), w proporcji do wielkości dokumentacji projektowej. Przypomniał, że skrócenie terminu realizacji zamówienia było

naturalne i nie wynikało z żadnej przewagi. Stwierdził, że brak jest dowodu co do innej relacji p. W. z p. W.(2), poza zaproszeniem do udziału w jednej naradzie. Podtrzymał stwierdzenie o zakresie udziału w tej naradzie i brak dowodów o jakimkolwiek udziale Odwołującego lub jego pełnomocnika w przygotowaniu zamówienia (wskazuje na zdjęcie nr 3). Stwierdził, że znajomość przedstawionych na spotkaniu schematów nie daje wykonawcy żadnej przewagi konkurencyjnej. Kwestionował wiarygodność oświadczeń o wielokrotnym udziale pełnomocnika w naradach.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, uznając podjętą decyzję za prawidłową. Podkreślił istnienie związku Odwołującego z p. W. Wskazał na zastrzeżony wykaz osób. Stwierdził, że udział wymienionego pana w naradach miał miejsce co najmniej dwa razy. Pełnomocnik, p. J., potwierdził tę okoliczność, gdyż brał udział we wszystkich naradach. Potwierdził wpisanie do protokołu nazwiska p. W. po dniu 25.01.2018. Stwierdził, że p. W. brał udział w naradach, niezaproszony przez Zamawiającego i doradzał p. W.(2), działającemu na zlecenie Zamawiającego. Stwierdził, że prace projektowe toczyły trwały od 2016 r., co oznacza, że w 4 kwartale 2017 były zaawansowane i uczestnicy narad mogli zapoznać się ze znaczącą częścią dokumentacji. Uznał, że obaj wykonawcy mieli szeroki zakres wiedzy na temat dokumentacji projektowej, stawiając ich w znacząco lepszej pozycji w stosunku do innych potencjalnych wykonawców.

Przystępujący podtrzymał stanowisko przedstawione w złożonym piśmie. Wskazał na status p. W., jako reprezentanta - pełnomocnika. Przywołał treść uzasadnienia Zamawiającego, zawartego w decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Podkreślił zasadność wpisania osoby p. W. do protokołu postępowania. Stwierdził, że Odwołujący czynnie uczestniczył w naradach, obejmujących zaawansowany stan dokumentacji projektowej, co potwierdzają złożone w sprawie oświadczenia Zamawiającego i Przystępującego. Podkreślił czynny udział p. W., szczegółową tematykę i zakres omawianych prezentacji na naradzie, stwierdzając, że przedstawione w piśmie wydruki są przykładowe.

KIO 234/18

Odwołujący stwierdził, że przeprowadził analizę co do możliwości prawnej i faktycznej skutecznego udziału w postępowaniu. Zauważył, że przedmiot postępowania jest kompletnie odrębną usługą, wykonywaną na odrębnych stanowiskach i w odrębnym oprogramowaniu. Podkreślił brak przesłanek wykluczenia go z postępowania. Zauważył, że jako autor dokumentacji projektowej technologii CAD, odmiennej od BIM, nie ma żadnej przewagi konkurencyjnej. Stwierdził, iż autorstwo dokumentacji nie ma wpływu na wysokość oferowanej ceny, która jest racjonalnie skalkulowana. Podkreślił dopuszczalność swojego

udziału w świetle przepisów ustawy PZP, w szczególności zauważył, że nie brał udziału w czynnościach przygotowania postępowania i wymienionych w art. 15 ust. 2 ustawy. Podkreślił własny profesjonalizm i doświadczenie. Stwierdził, że argumentacja Zamawiającego, dotycząca art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy, oparta na treści wzoru umowy, jest niezasadna. Zauważył, że w toku realizacji każda kolizja, niezależnie od podmiotu wykonawcy, musi się ujawnić. Wskazał, że ze stanowiska Zamawiającego wynika, iż w sprawie 233/18 wykonawca został wykluczony z uwagi na udział przedstawiciela w uzgadnianiu różnych treści w specyfikacji, obecnie Odwołujący został wykluczony wyłącznie jako autor dokumentacji projektowej. Stwierdził, że symulacje i wizualizacje, przedstawione w dokumentach, nie wskazują na dysponowanie przez niego opracowaniami w technologii BIM. Przypomniał, że w procedurach, w szczególności w trybie właściwym dla zamówień publicznych, ten sam podmiot może być autorem kolejnych etapów procesu budowlanego począwszy od koncepcji.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania z uzasadnieniem zawartym w pisemnej odpowiedzi. Uznał, że przesłanka wykluczenia Odwołującego, jako wykonawcy dokumentacji, jest bezsporna. Podmiot ten ma przewagę konkurencyjną, wynikającą z autorstwa. Zamawiający uznaje, że ocena dokumentacji jest poprawniejsza, gdy dokonuje jej inny podmiot niż autor. W takiej bowiem sytuacji wątpliwe jest istnienie elementu weryfikacji dokumentacji, co jest elementem przedmiotu zamówienia. Przypomniał, że Odwołujący nie skorzystał z możliwości zakwestionowania wzoru umowy, w zakresie postanowień powołanych jako podstawa wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego. Stwierdził, że Odwołującemu, jako radca prawny, sygnalizował o niemożności udziału, ze względu na postanowienia umowy.

Przystępujący wnosząc o oddalenie odwołania stwierdził, że udział Odwołującego w przygotowaniu postępowania jest bezsprzeczny i nieporównywalny z jednokrotną obecnością p. W. na naradzie. Podkreślił, że przedmiotem postępowania jest weryfikacja dokumentacji, a nie wyłącznie sporządzenie modelu BIM. Stwierdził, że możliwe jest użycie modelu CAD w celu transformacji do BIM, złożył przykładowe porównanie opracowań dokumentacji w technologii CAD i BIM ze wskazaniem możliwości wykrywania ewentualnych kolizji. Stwierdził, że w piśmie – notatce, złożonej w sprawie 233/18, Odwołujący wskazał, że już dysponuje określonymi opracowaniami w technologii BIM. Zauważył, że cena Odwołującego potwierdza jego przewagę konkurencyjną, wynikającą również z oszczędności możliwych do uzyskania z uwagi na tożsamość podmiotu projektanta i wykonawcy w obecnym postępowaniu. Stwierdził, że w opisie przedmiotu zamówienia zawarto opracowania

graficzne, autorstwa Odwołującego. Podtrzymał argumentację Zamawiającego o zasadach uzgadniania czynności z projektantem.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołania na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację postępowania, jak również stanowiska stron przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymują się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp; zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazałby na możliwość uzyskania zamówienia i jego realizacji, a tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody w sytuacji udzielenia zamówienia konkurującemu wykonawcy.

Sygn. akt KIO 233/18

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy pzp stanowiącym podstawę prawną czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Graph'IT Studio sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wyklucza się z postępowania wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. W ocenie Zamawiającego wskazane wyżej przesłanki zostały spełnione wobec faktu udziału pełnomocnika odwołującego, pana P. W., w co najmniej dwóch naradach koordynacyjnych, w tym dnia 6.10.2017 r., na których omawiano projekt WCZD, co mogło rzutować na zakłócenie konkurencji w postępowaniu i umożliwić skrócenie terminu realizacji zamówienia. Wskazano także, że obecność ww osoby była wynikiem zaproszenia przez reprezentanta podmiotu świadczącego na rzecz zamawiającego usługi wspomagające projektowanie z wykorzystaniem programowania BIM.

Odwołujący zaprzeczył istnieniu między nim a Panem W. jakiegokolwiek stosunku spośród wymienionych w przepisach ustawy, w tym stosunku pracy lub umowy, której przedmiotem jest świadczenie usług. Wskazał przy tym, że Pan W. jest jego pełnomocnikiem. Okoliczność ta jest niesporna i wynika m.in. z treści dokumentacji ofertowej. Skład orzekający zauważył w tym zakresie, że pełnomocnik określonego podmiotu jest reprezentantem i przedstawicielem umocowanym na podstawie udzielonego mu pełnomocnictwa. W konsekwencji czynności pełnomocnika działającego w imieniu i na rzecz mocodawcy są traktowane jak działania

samego mocodawcy, a tym samym wbrew twierdzeniu odwołującego spełniona jest przesłanka podmiotowa powołanego przepisu ustawy.

Powyższe wskazanie pozostaje jednak bez wpływu na podstawowe ustalenie dokonane w sprawie przez skład orzekający, iż wykonawca nie brał udziału w przygotowaniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Sam fakt (niesporny) uczestnictwa p. W. w spotkaniu organizowanym w dniu 6.10.2018 r., podczas którego omawiany był projekt WCZD nie świadczy o udziale p. W. w czynnościach przygotowywania postępowania np. w postaci opracowaniu opisu przedmiotu zamówienia lub dokumentów będących podstawą dokonania takiego opisu, oszacowaniu wartości zamówienia, ustalenia kryteriów oceny ofert, SIWZ. Na taką okoliczność zamawiający ani przystępujący po jego stronie wykonawca nie przedstawili przekonujących dowodów. Izba uznała za wiarygodne stanowisko, iż udział i wypowiedzi p. W. miały wyłącznie charakter informacyjny z jego strony na rzecz uczestników co do zasad technologii BIM. W toku postępowania dowodowego nie wykazano przy tym, by w wyniku uczestnictwa wykonawca – odwołujący, pozyskał od organizatora spotkania, działającego na zlecenie zamawiającego i w jego siedzibie, informacje na temat przedmiotu zamówienia lub otrzymał do wglądu albo przygotowywał dokumentację postępowania dające mu przewagę w postępowaniu, ułatwiającą przygotowanie i złożenie konkurencyjnej oferty.

Również stwierdzenie przez zamawiającego, że „wsparcie jakiego udzielał Pan W. Panu A. W., który co istotne jest jedną z osób wskazanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, powoduje iż uzyskał on nieuzasadnioną przewagę umożliwiającą skrócenie terminu realizacji zamówienia, a także bardziej precyzyjne ustalenie wysokości swojego wynagrodzenia" jest nieudowodnione. Wniosku takiego nie potwierdza również treść złożonej oferty.

Wobec powyższego, w wyniku uznania, że wobec odwołującego nie zachodzą przesłanki wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia odwołanie wniesione przez Graph'it Studio Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zostało uwzględnione, czego następstwem jest nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania z uwagi na odpadnięcie przesłanki takiej czynności przewidzianej w art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp.

Sygn. akt KIO 234/18

Skład orzekający w wyniku przeprowadzenia postępowania dowodowego uznał, że wobec odwołującego Industria Project sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku ziściła się przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia przewidziana w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy pzp.

Niesporne jest, że zamawiający zawarł dnia 29 sierpnia 2016 r. z wykonawcą – obecnym odwołującym – umowę w przedmiocie wykonania wielobranżowej dokumentacji projektowej dla przedsięwzięcia „Budowa Wielkopolskiego Centrum Zdrowia Dziecka (szpital pediatryczny) wraz z jego wyposażeniem”. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że wykonawca już na etapie przygotowania i składania oferty posiada całość dokumentacji, na której podstawie ma zostać wykonany przedmiot zamówienia.

Niekwestionowana jest okoliczność, że wykonawca brał udział w przygotowaniu postępowania, co stanowi przesłankę wykluczenia z postępowania, jeżeli spowodowanego tym zakłócenia konkurencji nie można wyeliminować inaczej niż przez wykluczenie z udziału w postępowaniu.

Izba zauważa przy tym, że sam fakt brania udziału w przygotowaniu postępowania, w tym polegającego na opracowaniu dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej, nie oznacza automatycznie zaistnienia przesłanki wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania, w którym zamawiający udzielać będzie w przyszłości zamówienia na wykonanie robót budowlanych na podstawie tej dokumentacji. W realiach rynku, w tym także funkcjonującego w ramach zamówień publicznych możliwe jest, co do zasady, wykonawstwo kolejnych etapów procesu inwestycyjnego przez tego samego wykonawcę. Sposób realizacji przedmiotu zamówienia i decyzja, czy praca zostanie wykonana na podstawie jednego zamówienia, czy w odrębnych etapach, należy do zamawiającego. Jeden z przykładów łącznego powierzenia dwóch etapów prac wskazuje np. art. 2 pkt 8 ustawy pzp definiujący roboty budowlane także jako zaprojektowanie i wykonanie tych robót.

W tym miejscu należy przypomnieć, że przedmiotem zamówienia jest „Wykonanie modelu BIM oraz weryfikacji dokumentacji wykonawczej i przedmiaru robót w pełnym zakresie, przy użyciu modelu BIM w związku z realizacją przedsięwzięcia „Budowa Wielkopolskiego Centrum Zdrowia Dziecka (szpitala pediatrycznego) wraz z jego wyposażeniem”. Oznacza to, że wykonawca ma wykonać określony model w zdefiniowanej technologii i użyć go do weryfikacji otrzymanej od zamawiającego dokumentacji sporządzonej uprzednio na zlecenie zamawiającego. Zamawiający oczekuje realizacji usługi polegającej, w ujęciu skrótowym, na sprawdzaniu poprawności istniejącej dokumentacji, z użyciem żądanego narzędzia, w związku z budową obiektu. Istotą zamówienia jest zatem także weryfikacja (kontrola, sprawdzanie) istniejącego opracowania.

W ocenie składu orzekającego zasygnalizowana specyfika przedmiotu zamówienia opartego źródłowo na dokumentacji sporządzonej przez odwołującego wskazuje na oczywiste zakłócenie konkurencji w przypadku złożenia oferty przez wykonawcę dokumentacji i brak możliwości innego wyeliminowania tego zakłócenia niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Odwołujący bez wątplenia ma przewagę konkurencyjną w stosunku do innych wykonawców. W ocenie Izby argumenty przeciwne wskazujące na odmiennosc

metodyki i technologii przy opracowaniu dokumentacji projektowej w stosunku do wymaganego modelu w technologii BIM i niemożność wykorzystania opracowania istniejącego wcześniej niż pozostali potencjalni wykonawcy, nie zasługują na uwzględnienie. Oczywiście jest, że wykonawca dysponował ze znacznym wyprzedzeniem informacjami niezbędnymi do przygotowania oferty pozwalającymi na optymalne zaoferowanie ocenianych kryteriów. Jedynie on posiadał bowiem dokumentację przewidzianą do przekazania wybranemu wykonawcy w dniu zawarcia umowy.

Jak wyżej wskazano, przewaga konkurencyjna odwołującego nie może być wyeliminowana w inny sposób niż dokonany przez zamawiającego w decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Tym samym decyzja ta jest uzasadniona pod względem faktycznym i prawnym. Wobec powyższego odwołanie oddalono.

W zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp przez jego zastosowanie wobec oferty odwołującego, Izba uznaje zarzut za zasadny wobec niezaisnienia przesłanki odrzucenia oferty. Skład orzekający stoi na stanowisku, że przedstawione przez zamawiającego w uzasadnieniu decyzji wątpliwości co do sposobu realizacji umowy z wybranym wykonawcą, nie oznaczają niezgodności oferty z ustawą. W rzeczywistości taka niezgodność nie została wykazana. Zasadność powyższego zarzutu pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania w stosunku do odwołującego, co do którego potwierdzone zostało zajście przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy pzp.

Wobec dokonanych ustaleń, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z rozporządzeniem 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

.....

.....