

Sygn. akt: KIO 484/21

WYROK
z dnia 22 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Agata Mikołajczyk

Aneta Mlącka

Protokolant: Klaudia Kwadrans

Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 i 17 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2021 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Porr Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Vamed Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Vamed Standortentwicklung und Engineering GmbH z siedzibą w Wiedniu (Austria)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Szpital Kliniczny im. Heliodora Świącickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu oraz Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, w imieniu których działa Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Citinea Société par actions simplifiée (Société à associé unique) z siedzibą w Villeurbanne (Francja) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Citinea Société par actions simplifiée (Société à associé unique) z siedzibą w Villeurbanne (Francja) w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami, które wykonawca zamierza skierować do realizacji zamówienia, na stanowisko Kierownika/Dyrektora projektu oraz Technologa medycznego uznaje za uzasadnione i stwierdza w tym zakresie naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.
2. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
3. Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za nieuzasadnione.
4. Kosztami postępowania obciąża odwołującego w części 3/5 oraz zamawiającego w części 2/5, i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 1 340 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc trzysta czterdzieści złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę;
 - 4.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 6 476 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy czterysta siedemdziesiąt sześć złotych zero groszy).

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu oraz Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, w imieniu których działa Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Budowa Centralnego Zintegrowanego Szpitala Klinicznego w Poznaniu - centrum medycyny interwencyjnej (etap I CZSK) w zakresie modułów 1, 2a, 2b i 3b w formule zaprojektuj i wybuduj (nr ref.: PN-52/20). Wartość ww. zamówienia przekracza kwotę, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 29 lipca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 145-356162. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020, ze zm.), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy Pzp.

I. W dniu 15 lutego 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Porr Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Vamed Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Vamed Standortentwicklung und Engineering GmbH z siedzibą w Wiedniu (Austria) (odwołujący) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

1. czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Citinea Société par actions simplifiée (Société à associé unique) z siedzibą w Villeurbanne (Francja) (dalej także jako „Konsorcjum Warbud”) jako oferty najkorzystniejszej pomimo tego, że wykonawca ten podlega wykluczeniu, a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą;
2. zaniechania czynności wykluczenia Konsorcjum Warbud z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w sytuacji, w której wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził

zamawiającego w błąd co do spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 6.2.2. lit. c pkt I, pkt II tiret czwarte oraz pkt IV SIWZ, tj. w zakresie doświadczenia osób wskazanych na stanowisko Kierownika/Dyrektora projektu, Technologa medycznego oraz Menedżera BIM;

3. zaniechania czynności wykluczenia Konsorcjum Warbud z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w sytuacji, w której wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, co do spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 6.2.2. lit. c pkt I, pkt II tiret czwarte oraz pkt IV SIWZ, tj. w zakresie doświadczenia osób wskazanych na stanowisko Kierownika/Dyrektora projektu, Technologa medycznego oraz Menedżera BIM, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu (w tym na wynik postępowania);
4. zaniechania czynności wykluczenia Konsorcjum Warbud z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w sytuacji, w której wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 6.2.2. lit. c pkt I, pkt II tiret czwarte oraz pkt IV SIWZ, tj. nie wykazał, że dysponuje osobami na stanowisko Kierownika/Dyrektora projektu, Technologa medycznego oraz Menedżera BIM spełniającymi wymagania określone w SIWZ;
5. zaniechania czynności wykluczenia Konsorcjum Warbud z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp z uwagi na to, że osoby dedykowane do realizacji niniejszego zamówienia z ramienia tego wykonawcy, którymi konsorcjum Warbud dysponuje w sposób bezpośredni na podstawie umowy cywilno - prawnej, tj. M. A., M. M., J. S., brały udział w przygotowaniu postępowania, co powoduje zakłócenie konkurencji w postępowaniu, które nie może być wyeliminowane w inny sposób niż poprzez wykluczenie Konsorcjum Warbud z postępowania;
6. zaniechania przez zamawiającego czynności polegającej na nieodtajnieniu treści części wyjaśnień z dnia 23 grudnia 2020 r. oraz załączników do wyjaśnień, pomimo dokonania przez Konsorcjum Warbud zastrzeżenia bezskutecznego, nie spełniającego przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa określonych w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2020.1913 t.j.; dalej "uznk") oraz w konsekwencji zaniechania czynności udostępnienia odwołującemu tej części dokumentacji postępowania, pomimo tego, że Konsorcjum Warbud nie wykazało ziszczenia się

przesłanek uznania tej dokumentacji za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum Warbud z postępowania w sytuacji, w której wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd co do spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 6.2.2. lit. c pkt I, pkt II tiret czwarte oraz pkt IV SIWZ, tj. w zakresie doświadczenia osób wskazanych na stanowisko Kierownika/Dyrektora projektu, Technologa medycznego oraz Menedżera BIM;
2. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum Warbud z postępowania w sytuacji, w której wykonawca ten wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego co do spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 6.2.2. lit. c pkt I, pkt II tiret czwarte oraz pkt IV SIWZ, tj. w zakresie doświadczenia osób wskazanych na stanowisko Kierownika/Dyrektora projektu, Technologa medycznego oraz Menedżera BIM, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu (w tym na wynik postępowania);
3. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum Warbud z postępowania w sytuacji, w której wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 6.2.2. lit. c pkt I, pkt II tiret czwarte oraz pkt IV SIWZ, tj. nie wykazał, że dysponuje osobami na stanowisko Kierownika/Dyrektora projektu, Technologa medycznego oraz Menedżera BIM spełniającymi wymagania określone w SIWZ;
4. art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum Warbud z postępowania w sytuacji, w której osoby dedykowane do realizacji niniejszego zamówienia z ramienia tego wykonawcy, którymi Konsorcjum Warbud dysponuje w sposób bezpośredni na podstawie umowy cywilno - prawnej, tj. M. A., M. M., J. S., brały udział w przygotowaniu postępowania, co powoduje zakłócenie konkurencji, które nie może być wyeliminowane w inny sposób niż poprzez wykluczenie konsorcjum Warbud z postępowania;
5. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk poprzez uznanie dokonanego przez Konsorcjum Warbud zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa treści części

wyjaśnień z dnia 23 grudnia 2020 r. oraz załączników do wyjaśnień, gdy tymczasem zastrzeżenie to jest bezskuteczne, nie spełnia przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa określonych w art. 11 ust. 2 uznk oraz w konsekwencji zaniechania czynności udostępnienia odwołującemu tej części dokumentacji postępowania, pomimo tego, że Konsorcjum Warbud nie wykazało ziszczenia się przesłanek uznania tej dokumentacji za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie wyboru oferty Konsorcjum Warbud jako oferty najkorzystniejszej;
2. dokonania powtórnego badania i oceny ofert;
3. wykluczenia Konsorcjum Warbud z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, pkt 16 oraz pkt 17 ustawy Pzp;
4. udostępnienia odwołującemu dokumentów Konsorcjum Warbud, tj. utajnionej części wyjaśnień z dnia 23 grudnia 2020 r. oraz załączników do tych wyjaśnień.

Dodatkowe stanowisko w sprawie odwołujący przedstawił w piśmie z dnia 16 marca 2021 r.

II. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 4 marca 2021 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Citinea Société par actions simplifiée (Société à associé unique) z siedzibą w Villeurbanne (Francja).

Stanowisko w sprawie Konsorcjum Warbud przedstawiło w piśmie z dnia 9 marca 2021 r. Konsorcjum Warbud wniósł o oddalenie odwołania.

Dodatkowe stanowisko w sprawie Konsorcjum Warbud przedstawiło w piśmie z dnia 16 marca 2021 r.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Mając na uwadze, że odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2021 r., do przedmiotowego postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020, ze zm.), mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp z 2019 r.”.

Izba ustaliła, że odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 528 pkt 3 ustawy Pzp z 2019 r. Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Zgodnie z przepisem art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp z 2019 r. w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Na gruncie ww. przepisu za czynność zamawiającego stanowiącą podstawę podniesienia ww. zarzutu i wyznaczającą bieg 10-dniowego terminu na wniesienie w tym zakresie odwołania należy uznać czynność polegającą na odmowie udostępnienia części wnioskowanej dokumentacji, zastrzeżonej przez Konsorcjum Warbud jako tajemnica przedsiębiorstwa. W ten sam sposób należy liczyć termin na gruncie art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp z 2019 r. - 10 dni od dnia, w którym powzięto wiadomość o okoliczności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania (odmowa udostępnienia zastrzeżonych dokumentów) wobec zaniechań, których zdaniem odwołującego dopuścił się zamawiający (tj. zaniechania czynności polegającej na uznaniu bezskuteczności zastrzeżenia treści części wyjaśnień z dnia 23 grudnia 2020 r. oraz załączników do wyjaśnień oraz w konsekwencji zaniechania czynności udostępnienia odwołującemu tej części dokumentacji postępowania). Jak wynika z dokumentacji postępowania zamawiający pismem z dnia 26 stycznia 2021 r. poinformował odwołującego o odmowie udostępnienia mu części dokumentów zastrzeżonych przez Konsorcjum Warbud, do których odnosił się ww. zarzut odwołania. Z treści tego pisma wynika, że stanowi ono odpowiedź na wniosek odwołującego z dnia 15 stycznia 2021 r. dotyczący udostępnienia korespondencji pomiędzy zamawiającym a Konsorcjum Warbud prowadzonej w okresie od 10 grudnia 2020 r. do 14 stycznia 2021 r. Zamawiający poinformował odwołującego, że „*nie może przekazać do wglądu utajnionej części dokumentacji – część niejawną wyjaśnień 23.12.2020 r. wraz z załącznikami.*”.

Zamawiający zatem w sposób wyraźny poinformował odwołującego, że nie udostępni mu zastrzeżonej części dokumentacji, przez co należy rozumieć, że uznał za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Konsorcjum Warbud. Zamawiający nie poinformował, że jest jeszcze na etapie oceny tego zastrzeżenia, a informacje w tym zakresie przekaze w późniejszym terminie. Odmowa udostępnienia odwołującemu części dokumentacji objętej wnioskiem była jednoznaczna. Uznając zatem, że przekazanie odwołującemu ww. informacji miało miejsce w dniu 26 stycznia 2021 r., termin na wniesienia odwołania upłynął w dniu 5 lutego 2021 r., natomiast odwołanie zostało wniesione dopiero w dniu 15 lutego 2021 r. Data przekazania odwołującemu ww. informacji została przez Izbę przyjęta na podstawie daty ww. pisma zamawiającego, albowiem przeciwna okoliczność nie została przez odwołującego wykazana. Należy bowiem wskazać, że odwołujący podnosząc ww. zarzut obowiązany był w treści odwołania przedstawić również informacje potwierdzające zachowanie terminu do wniesienia odwołania w tym zakresie. Odwołujący tego zaniechał nie tylko w treści odwołania, ale informacje te nie zostały przez niego podane również w trakcie dwóch kolejnych terminów rozprawy. Niedołożenie w tym zakresie należytej staranności obciąża zatem odwołującego. Mając zatem na uwadze wszystkie przedstawione powyżej okoliczności Izba uznała, że w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk termin na wniesienie odwołania nie został dochowany, co stanowi podstawę do odrzucenia w tym zakresie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp z 2019 r.

Izba ustaliła, że odwołujący posiadał legitymację do wniesienia odwołania.

Izba za zasadne uznała w tym zakresie stanowisko przedstawione przez odwołującego. Po pierwsze, legitymacja, o której mowa w 505 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r. (tak samo jak miało to miejsce na gruncie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp) badana jest na dzień złożenia odwołania. Z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE”) wynika, że legitymacja ta może być również oparta o dążenie wykonawcy do unieważnienia postępowania i uzyskania zamówienia w kolejnym postępowaniu dotyczącym tego samego przedmiotu. Tytułem przykładu należy wskazać na orzeczenie TSUE z dnia 5 kwietnia 2016 r. C-689/13, w którym Trybunał odwołał się do stanowiska przedstawionego we wcześniejszym w wyroku z dnia 4 lipca 2013 r. C-100/12 stwierdzając, co następuje: „24. W pkt 33 wyroku *Fastweb (C- 100/12, EU:C:2013:448)* Trybunał uznał, że odwołanie wzajemne wybranego oferenta nie może prowadzić do odrzucenia odwołania oferenta, którego oferta nie została wybrana, w sytuacji gdy prawidłowość oferty każdego z podmiotów jest zakwestionowana w ramach

tego samego postępowania, gdyż w takiej sytuacji każdy z konkurentów może powołać się na równoważny uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych, co może prowadzić instytucję zamawiającą do stwierdzenia niemożności dokonania wyboru prawidłowej oferty.

25. W pkt 34 tego samego wyroku Trybunał dokonał zatem wykładni art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 w ten sposób, że przepis ten sprzeciwia się temu, aby odwołanie oferenta, którego oferta nie została wybrana, zostało uznane za niedopuszczalne w wyniku uprzedniego zbadania zarzutu niedopuszczalności podniesionego w ramach odwołania wzajemnego wybranego oferenta, bez rozstrzygnięcia w przedmiocie zgodności obydwu ofert z wymogami wskazanymi w specyfikacji warunków zamówienia.

26. Wyrok ów konkretyzuje przywołane w pkt 23 niniejszego wyroku wymogi sformułowane w przepisach prawa Unii w warunkach, w których w wyniku przeprowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego dwóch oferentów wnosi odwołania zmierzające do ich wzajemnego wykluczenia.

27. W takiej sytuacji każdy z dwóch oferentów ma interes w uzyskaniu odnośnego zamówienia. Po pierwsze wykluczenie jednego z oferentów może bowiem doprowadzić do tego, że drugi uzyska zamówienie bezpośrednio w ramach tego samego postępowania. Po drugie, jeśli miałyby nastąpić wykluczenie obu oferentów i wszczęcie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, to każdy z oferentów mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie.”

Po drugie, słusznie wskazywał odwołujący, że braku legitymacji do wniesienia odwołania nie można wywodzić z faktu zawarcia przez zamawiającego z Konsorcjum Warbud umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp z 2019 r. uwzględniając odwołanie, Izba może, jeżeli umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie, stwierdzić naruszenie przepisów ustawy. Analogiczne brzmienie miał przepis art. 192 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp. Regulacja ta ma zastosowanie w sytuacji, w której doszło do zawarcia umowy w wyniku uchylecia przez Izbę zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w przepisie art. 577 ustawy Pzp z 2019 r. Taka sytuacja wystąpiła w niniejszej sprawie. Skoro ustawodawca zdecydował się na uregulowanie sposobu uwzględnienia przez Izbę odwołania w sytuacji, w której doszło do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, to nie jest uprawnione twierdzenie, że okoliczność zawarcia umowy skutkuje utratą po stronie odwołującego legitymacji, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r.

W odniesieniu do zarzutów naruszenia przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12, pkt 16 oraz pkt 17 ustawy Pzp:

Izba za uzasadnione uznała zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Warbud w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami, które wykonawca zamierza skierować do realizacji zamówienia na stanowisko Kierownika/Dyrektora projektu oraz Technologa medycznego.

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, że jedna z inwestycji podana przez Konsorcjum Warbud w wykazie osób jako doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Kierownika/Dyrektora projektu, tj. inwestycja pn. „Budowa nowej siedziby Szpitala w Libourne we Francji w formule zaprojektuj i wybuduj” /poz.1 wykazu osób/ nie spełniała wymogu zamawiającego w zakresie pełnienia wskazanej funkcji przy realizacji inwestycji od początku do końca, tj. od zawarcia umowy do pozwolenia na użytkowanie i protokołu odbioru zakończonego wynikiem pozytywnym /pkt 6.2.2 lit. c) pkt I SIWZ/ – wyjaśnienia Konsorcjum Warbud z dnia 23 grudnia 2020 r., w tym załącznik do wyjaśnień w postaci oświadczenia Pana M. G. z 21 grudnia 2020 r., pismo inwestora (ośrodek szpitalny Libourne) z 2 grudnia 2020 r., stanowiące załącznik do pisma odwołującego z 10 grudnia 2020 r. Jakkolwiek istnieją rozbieżności w przedstawianych przez odwołującego i Konsorcjum Warbud informacjach co do okresu pełnienia funkcji dyrektora projektu przez Pana M. G., to jednak istotne znaczenia ma sama okoliczność, że funkcja ta nie była pełniona do końca inwestycji zgodnie z wymogiem postawionym przez zamawiającego. Z uwagi na fakt, że treść ww. wyjaśnień została zastrzeżona jako stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa Izba pomija w ramach niniejszego uzasadnienia szczegółową treść wyjaśnień przedstawionych w tym zakresie w piśmie Konsorcjum Warbud z dnia 23 grudnia 2020 r. Należy jednak podkreślić, że okoliczność podania przez Konsorcjum Warbud informacji niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy jest oczywista i została również potwierdzona w treści odpowiedzi na odwołanie. Z pewnością nie jest prawdziwe twierdzenie zawarte w tym zakresie w wykazie osób: „*Funkcja i zakres prac: Dyrektor projektu – od początku do końca*”. Została zatem spełniona przesłanka przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego. Ponadto, skoro są to informacje mające znaczenie dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, jak również oceny oferty wykonawcy w ramach ustalonych kryterium oceny ofert, należy je uznać za informacje mogące mieć

istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia – czyli właśnie decyzje o uznaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu czy przyznaniu określonej ilości punktów, które to informacje mają fundamentalne znaczenie dla decyzji zamawiającego co do udzielenia zamówienia konkretnemu wykonawcy. Powyższe stanowi o spełnieniu kolejnej przesłanki składającej się na podstawę wykluczenia z postępowania wskazaną w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Treść wyjaśnień Konsorcjum Warbud z dnia 23 grudnia 2020 r. Izba oceniła w ten sposób, że uznała, że podanie ww. nieprawdziwych informacji nastąpiło na skutek niedołożenia należytej staranności, co na gruncie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp podlega kwalifikacji jako niedbalstwo. Należy bowiem podkreślić, że wykonawca składający ofertę w postępowaniu obowiązany jest do dokonania uprzedniej weryfikacji informacji przekazywanych w postępowaniu zamawiającemu, także w przypadku gdy informacje te pochodzą od innych podmiotów, i ponosi w tym zakresie odpowiedzialność. W powyższym zakresie wystąpiły zatem wszystkie przesłanki składające się na podstawę wykluczenia z postępowania wskazaną w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Warbud na tej podstawie stanowi zatem naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, co Izba stwierdziła w sentencji wyroku.

Dodatkowo, odnosząc się do stanowiska przedstawianego przez zamawiającego oraz Konsorcjum Warbud, należy podkreślić, iż bez znaczenia jest okoliczność, że nawet przy nieuwzględnieniu ww. inwestycji Budowa nowej siedziby Szpitala w Libourne wykonawca wskazał wystarczającą ilość pozostałych inwestycji, pozwalających na stwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu czy też przyznania mu maksymalnej ilości punktów w ustanowionym przez zamawiającego kryterium oceny ofert. W przepisie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp mowa jest o informacjach mogących (potencjalnie) mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego, a nie informacjach, które taki wpływ miały w konkretnych okolicznościach postępowania. Ratio legis tego przepisu jest między innymi zapobieganie działaniom wykonawców, które cechuje brak dołożenia należytej staranności. Postępowanie o udzielenie zamówienia powinno przebiegać szybko i sprawnie. W związku z tym wykonawcy obowiązani są do starannego sprawdzenia przekazywanych w postępowaniu informacji, a w szczególności tak istotnych jak informacje dotyczące warunków udziału w postępowaniu czy kryterium oceny oferty. Ponadto, mając na uwadze wielokrotne powoływanie się przez Konsorcjum Warbud na stanowisko Izby przedstawione w uzasadnieniu wyroku wydanego w sprawie KIO 2213/20, wymaga zauważenia, że treść tego stanowiska została przez Konsorcjum Warbud błędnie odczytana. Przytoczony przez

Konsorcjum w piśmie procesowym fragment uzasadnienia ze str. 10 nie dotyczy zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, lecz zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp dotyczył fragment uzasadnienia w poprzednim akapicie, gdzie Izba wskazała, że wykonawca mógł pozostawać w usprawiedliwionym okolicznościami przekonaniu co do dokonanej kwalifikacji wskazanych budynków jako budynków użyteczności publicznej, co oznacza że Izba nie stwierdziła wystąpienia przesłanki dotyczącej strony podmiotowej (lekkomyślność lub niedbalstwo). Z tego zatem powodu w tamtej sprawie Izba nie stwierdziła zaistnienia podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania wskazanej art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, do czego konieczne jest wystąpienie wszystkich przesłanek składających się na tę podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Przechodząc do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w odniesieniu do informacji dotyczących osoby wskazanej na stanowisko Technologa medycznego należy wskazać, że jednym z wymogów zawartych w przewidzianym w tym zakresie warunku udziału w postępowaniu był wymóg posiada doświadczenia polegającego na udziale jako technolog medyczny w wykonaniu – co najmniej w zakresie technologii medycznej – co najmniej 1 kompletu dokumentacji projektowej (składającego się w szczególności z projektu budowlanego i wykonawczego), dotyczącego budowy obiektu budowlanego w postaci jednego Szpitala o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 12.000 m² (pkt 6.2.2 c) II. tiret czwarte SIWZ). Definicje budowy i przebudowy zawarte w SIWZ nie różnią się od definicji tych pojęć zawartych w ustawie Prawie budowlanym (definicje zawarte w pkt 6.2.2) c) V SIWZ, art. 3 pkt 6 oraz 7a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane). Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 6.2.2 c) II. tiret czwarte SIWZ Konsorcjum Warbud wskazało w wykazie osób Pana M. M., a w ramach jego doświadczenia wskazało m.in. inwestycję pod nazwą „Budowa, przebudowa oraz modernizacja Budynku Szpitala (D, E i A) wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą techniczną dla Szpitala przy ul. Barskiej 16/20 w Warszawie”, powierzchnia użytkowa: 14 087,60 m². Jak natomiast wynika z oficjalnych dokumentów dotyczących tej inwestycji w przypadku budynku A roboty budowlane polegały na przebudowie tego budynku, a nie jego budowie czy odbudowie. W tym zakresie należy w szczególności wskazać na treść decyzji w sprawie zatwierdzenia projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia na rozbiórkę i budowę (decyzja Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 24 listopada 2020 r. nr 106/2020 – dowód złożony przez odwołującego). Także w legendzie zamieszczonej na rzucie kondygnacji –

etap projektu budowlanego (dowód złożony przez Konsorcjum Warbud) została wskazana przebudowa budynku A, a nie budowa czy odbudowa. Z ww. dokumentami koresponduje również treść koncepcji programowo- przestrzennej rozbudowy i przebudowy istniejącego budynku szpitala (dowód złożony przez odwołującego). Natomiast Konsorcjum Warbud nie przedstawiło przekonujących i jednoznacznych dowodów na potwierdzenie tego, że wbrew oficjalnej i urzędowej kwalifikacji robót budowlanych dotyczących budynku A jako przebudowa uprawnione jest dokonywanie w tym zakresie odmiennej kwalifikacji. Za taki dowód nie może być uznana złożona przez Konsorcjum Warbud opinia rzeczoznawcy budowlanego, gdyż złożona przez stronę lub uczestnika postępowania odwoławczego opinia prywatna nie jest traktowana jako dowód z opinii biegłego, lecz jedynie wzmocnienie stanowiska strony. Jedynie dodatkowo należy zauważyć, że sam autor opinii nie postawił precyzyjnego wniosku, czy jest to budowa czy odbudowa. Za dowody potwierdzające zasadność stanowiska Konsorcjum Warbud nie mogą być również uznane złożone przez niego rysunki, gdyż nic konkretnego z nich nie wynika, a w odniesieniu do części tych rysunków nie jest wiadome przez kogo zostały sporządzone i w jakich okolicznościach.

W związku z powyższym powierzchnia budynku A nie podlegała wliczeniu do powierzchni użytkowej Szpitala, co oznacza że podana inwestycja dotycząca Szpitala przy ul. Barskiej w Warszawie nie odpowiadała wymaganiom zamawiającego – zgodnie z zestawieniem powierzchni przedstawionym przez Konsorcjum Warbud powierzchnia użytkowa pozostałych budynków była niewystarczająca dla uznania ww. inwestycji za potwierdzającą spełnienie wymogu postawionego przez zamawiającego w ramach opisu warunku udziału w postępowaniu (ok. 8 000 m²). Wskazanie ww. inwestycji w wykazie osób stanowiło wprowadzenie w błąd zamawiającego co do okoliczności mogącej mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, skoro jest to informacja mogąca mieć znaczenia dla uznania spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz oceny oferty. W tym zakresie należy wskazać na stanowisko przedstawione uprzednio w odniesieniu do zarzutu dotyczącego doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Kierownika/Dyrektora projektu. Konsorcjum Warbud obowiązane było do zweryfikowania ww. informacji przez przekazaniem jej zamawiającemu. Zaniechanie powyższego świadczy co najmniej o niedołożeniu przez tego wykonawcę należytej staranności, co podlega kwalifikacji na gruncie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp jako niedbalstwo. Mając na uwadze jednoznaczność w tym zakresie treść warunku udziału w postępowaniu oraz treść oficjalnych dokumentów dotyczących ww. inwestycji nie sposób przyjąć, że pozostawanie przez Konsorcjum Warbud w błędnym przekonaniu co do

kwalifikacji tej inwestycji w zakresie budynku A jako (od)budowy było usprawiedliwione zaistniałymi w sprawie okolicznościami. Należy również podkreślić, że Konsorcjum Warbud nie wykazało, aby na etapie przygotowania oferty poczyniło stosowne analizy, uzyskało opinie ekspertów w przedmiocie tego, że uprawnione było uznanie ww. inwestycji w zakresie budynku A – wbrew jej oficjalnej kwalifikacji – jako budowy zgodnie z brzmieniem opisu warunku udziału w postępowaniu i w związku z tym przekazanie tej informacji zamawiającemu w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przedstawiona opinia rzeczoznawczy została sporządzona dopiero w dniu 4 marca 2021 r., a zatem na potrzeby toczącego się postępowania odwoławczego. Informacje w powyższym zakresie (wyjaśnienia co do odmiennej od oficjalnej kwalifikacji) nie zostały również przekazane wraz ze złożeniem wykazu osób. Mając na uwadze wszystkie wskazane powyżej okoliczności, Izba uznała, że również w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego stanowiska Technologa medycznego wystąpiły wszystkie przesłanki składającego się na podstawę wykluczenia z postępowania wskazaną w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Warbud na tej podstawie stanowi zatem naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, co Izba stwierdziła w sentencji wyroku.

Natomiast za nieuzasadnione Izba uznała twierdzenia odwołującego co do tego, że dokumentacja, w wykonaniu której brał udział Pan M. M., nie obejmowała projektu wykonawczego – okoliczność przeciwną potwierdza złożony przez Konsorcjum Warbud dowód w postaci umowy PN 66/17 z dnia 4 września 2018 r. Zarzut dotyczący nieuprawnionego uwzględnienia powierzchni budynku E Izba uznała za niezasadny w świetle szerokiej interpretacji wymogu w zakresie powierzchni użytkowej, dokonanej przez Izbę w wyroku wydanym w sprawie KIO 3252/20, którą to interpretację przyjmuje również skład orzekający rozpoznający niniejszą sprawę.

W powyższym zakresie, tj. w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osoby wskazanej na stanowisko Kierownika/Dyrektora projektu oraz Technologa medycznego Izba nie stwierdziła natomiast naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz pkt 16 ustawy Pzp. W ramach zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp nie została wykazana przesłanka zamierzonego działania lub niedbalstwa w stopniu rażącym. Natomiast przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp stanowi odrębną od art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp podstawę wykluczenia z postępowania i znajduje zastosowanie w przypadku niepotwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunku udziału

w postępowaniu – np. w przypadku przedstawienia niewystarczającej ilości inwestycji potwierdzających wymagania zamawiającego. Tego rodzaju sytuacja nie miała miejsca w powyższym zakresie, natomiast podstawa do wykluczenia z postępowania wystąpiła z związku ze stwierdzonymi przypadkami wprowadzenia w błąd zamawiającego przez Konsorcjum Warbud.

Za nieuzasadnione Izba uznała zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 oraz 17 ustawy Pzp w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobą, którą wykonawca zamierza skierować do realizacji zamówienia na stanowisko Menedżera BIM.

Zarzuty podniesione w tym zakresie przez odwołującego dotyczyły zawartego w ramach opisu warunku udziału wymogu dotyczącego posiadania przez osobą wskazaną na stanowisko Menedżera BIM doświadczenia w praktycznym wykorzystaniu technologii BIM, a w szczególności polegającego na koordynowaniu wykonania w technologii BIM kompletnej dokumentacji projektowej dla budowy co najmniej jednego budynku użyteczności publicznej odpowiadającego wymaganiom wskazanym przez zamawiającego (pkt 6.2.2) c) V SIWZ). Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobą na stanowisko Menedżera BIM Konsorcjum Warbud przedstawiło osobę Pana M. A. i wskazało cztery inwestycje na potwierdzenie posiadania przez tę osobę wymaganego przez zamawiającego doświadczenia. Trzy inwestycje – wskazane pod pozycją 1, 3 i 4 (1. Rozbudowa i Przebudowa Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 1 SPZOZ w Lublinie – Budowa nowego budynku H-11, G-16 wraz z instalacjami wewnętrznymi i zewnętrznymi (w zakresie budynku G-16); 3. Budowa Wielkopolskiego Centrum Zdrowia Dziecka w Poznaniu – Szpitala Pediatrycznego – wraz z jego wyposażeniem; 4. Budowa nowej siedziby Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie w Prokocimiu w formule zaprojektuj i wybuduj) zostały zakwestionowane przez odwołującego jako niepotwierdzające spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do materiału dowodowego przedstawionego w odniesieniu do ww. zarzutu Izba wskazuje, że przesądzające znaczenie przypisała złożonym przez Konsorcjum Warbud dowodom w postaci oświadczeń projektantów, w treści których osoby te potwierdzają spełnienie przez Pana M. A. ww. wymogu odnośnie doświadczenia. Są to: w odniesieniu do inwestycji dotyczącej Szpitala w Lublinie – oświadczenia: głównego projektanta branży architektonicznej; projektanta sprawdzającego branży sanitarnej; projektanta branży

sanitarnej; projektanta branży konstrukcyjnej; dyrektora Kontraktu (częściowo); w odniesieniu do inwestycji dotyczącej Szpitala w Poznaniu – oświadczenia: głównego projektanta branży architektonicznej; projektanta sprawdzającego branży architektonicznej; projektanta sprawdzającego branży sanitarnej; projektanta branży konstrukcyjnej (x2); projektanta sprawdzającego branży elektrycznej; w odniesieniu do inwestycji dotyczącej Szpitala w Krakowie – oświadczenia: głównego projektanta branży architektonicznej, projektanta sprawdzającego branży konstrukcyjnej; Dyrektora Biura oraz koordynatora prac architektonicznych; koordynatora prac projektowych; koordynatora prac sanitarnych; projektanta branży sanitarnej; projektanta branży instalacji wentylacji i klimatyzacji; projektanta branży architektonicznej. Ww. osoby oświadczyły, że wykonana w ramach danego zadania kompletna wielobranżowa dokumentacja projektowa, obejmująca projekt budowlany i wykonawczy, od początku do końca powstała z wykorzystaniem technologii BIM, a w toku prowadzonych prac projektowych Pan M. A. pełnił funkcję BIM Managera dla wskazanego zadania oraz koordynował w technologii BIM wykonanie kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowej (składającej się w szczególności z projektu budowlanego i projektu wykonawczego). Izba nie podstaw, żeby stwierdzić, aby ww. osoby przedstawiły nieprawdziwe oświadczenia. Izba wzięła również pod uwagę, że osoby które złożyły ww. oświadczenia pełniły kluczowe funkcje dla opracowania dokumentacji projektowej w ramach ww. inwestycji. Treść ww. dowodów nie została również zakwestionowana przez odwołującego. Jeżeli zaś chodzi o pozostałe dowody złożone przez Konsorcjum Warbud w odniesieniu do ww. zarzutu, Izba uznała, że o ile nie można je uznać za mające przesądzające znaczenie dla oceny tego zarzutu, to jednak dodatkowo potwierdzają stanowisko Konsorcjum Warbud (lub co najmniej nie stanowią dowodów potwierdzających okoliczności przeciwne). W szczególności należy wskazać na: oświadczenie złożone w imieniu Industria sp. z o.o. z dnia 18 grudnia 2020 r., pliki z modelami BIM, korespondencję z inwestorem Szpitale Wielkopolskie Sp. z o.o. oraz pismo tego inwestora z 8 grudnia 2020 r., materiały z konferencji branżowych, wyciąg z umowy o przekazaniu modelu BIM – załącznik do wyjaśnień z dnia 23 grudnia 2020 r., przykładowy raport z kolizji, listę sprawdzeń dokumentacji projektowej, korespondencję emailową, wyciąg z umowy o prace projektowe zawartej pomiędzy Warbud S.A. a Industrią Project sp. z o.o. – załącznik do wyjaśnień z dnia 23 grudnia 2020 r., prezentację na rozprawie modeli BIM.

Odnosząc się do dowodów przedstawionych w tym zakresie przez odwołującego należy wskazać, że mogą one wywoływać pewne wątpliwości co do spełnienia przez P. M. A. wymogu w zakresie doświadczenia w praktycznym wykorzystaniu technologii BIM zgodnie z

treścią ustanowionego warunku udziału w postępowaniu, niemniej jednak Izba uznała, że nie mają one przesądzającego znaczenia dla niniejszej sprawy z następujących powodów: W odniesieniu do inwestycji dotyczącej Szpitala w Lublinie: Izba za nie mające istotnego znaczenia dla sprawy uznała dowody mające potwierdzać okoliczność braku umownego obowiązku wykorzystania technologii BIM, albowiem taki wymóg nie został zawarty w opisie warunku udziału w postępowaniu (umowa zawarta pomiędzy Vamed Polska Sp. z o.o. a Samodzielnym Publicznym Szpitalem Klinicznym nr 1 SPZOZ w Lublinie oraz oświadczenie z 26 października 2020 r. złożone w imieniu tego inwestora). Organigram oraz zestawienie personelu Industria Projekt Sp. z o.o. nie stanowi jednoznacznego dowodu przeczącego twierdzeniom Konsorcjum Warbud, skoro funkcja Menedżera BIM nie była formalnie wymagana postanowieniami umowy, a z treści innych dowodów (w szczególności oświadczenia projektantów) wynika udział p. M. A. w realizacji tego zadania. Oświadczenie złożone w imieniu Vamed Polska Sp. z o.o. oraz oświadczenie Pana J. K. Izba nie potraktowała jako dowody w sprawie, lecz stanowisko strony – Vamed Polska Sp. z o.o. jest członkiem konsorcjum będącym odwołującym, natomiast Pan J. K. występował w ramach postępowania odwoławczego jako pełnomocnik odwołującego. Z dowodu w postaci umowy pomiędzy Vamed Polska Sp. z o.o. a podwykonawcą Industria Project Sp. z o.o. (pkt 1.1 lit a) wynika, że do zadań Industria Project Sp. z o.o. należało wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej (dodatkowo ww. umowa potwierdza wiodącą rolę Industria Project Sp. z o.o. jako podwykonawcy). W treści korespondencji emailowej z dnia 24 sierpnia 2019 r. mowa jest o wykorzystaniu modelu 3D, co może oznaczać technologię BIM. Co do wskazanego w treści Analizy poziomu koordynacji sformułowania „brak stosowania technologii BIM” nie jest wiadome, czy chodzi tutaj o faktyczny brak stosowania technologii BIM, czy formalny brak stosowania tej technologii wynikający z umowy zawartej w inwestorem. W odniesieniu do inwestycji dotyczącej Szpitala w Poznaniu: w treści pisma z 8 grudnia 2020 r. inwestor wskazuje, że udostępnione materiały projektanta świadczą o zastosowaniu technologii BIM (załącznik nr 8 i 9 do pisma odwołującego z dnia 10 grudnia 2020 r., pismo stanowiące załącznik nr 11 do odwołania z dnia 7 stycznia 2021 r. znajduje się w aktach sprawy KIO 3222/20 przekazanych wraz z skargą na wyrok Izby do Sądu Okręgowego). W odniesieniu do inwestycji dotyczącej Szpitala w Krakowie: umowy dotyczące zaprojektowania Szpitala nie stanowią dowodu przesądzającego o braku spełnienia przez Pana M. A. wymogu dotyczącego koordynacji wykonania dokumentacji projektowej, a nie jej wykonania. Natomiast oświadczenie złożone przez P. I. Z. nie stanowi zaprzeczania prowadzenia koordynacji wykonania dokumentacji projektowej w technologii

BIM. W treści tego oświadczenia P. I. Z. stwierdza jedynie, że nie jest jej znana osoba Pana A. . Jednakże w ocenie Izby jedno oświadczenie o tej treści nie stanowi wystarczającego zaprzeczenia dla znacznie większej liczby oświadczeń złożonych jako dowody w sprawie przez Konsorcjum Warbud. Przyczyny braku identyfikacji Pana A. przez Panią Z. mogą być rozmaite.

Należy podkreślić, że rozpoznając ww. zarzut Izba wzięła pod uwagę treść uzasadnienia wyroku wydanego w sprawie KIO 3222/20. W związku z tym Izba stwierdziła, że okoliczności dotyczące powołania się przez Konsorcjum Porr na doświadczenia osoby wskazywanej na stanowisko Menedżera BIM (Pan P. Ł.) w sposób istotny różnią się od okoliczności stwierdzonych w niniejszej sprawie, tj. w szczególności w zakresie: treści oświadczeń kluczowych projektantów, pełnienia funkcji z ramienia głównego projektanta bądź jednego z projektantów branżowych czy potwierzonego ograniczonego zakresu koordynacji dokumentacji projektowej (str. 26 – 28 uzasadnienia wyroku z dnia 18 stycznia 2021 r. KIO 3222/20, KIO 3252/20). Mając to na uwadze Izba stwierdziła, że uznanie braku zasadności zarzutów dotyczących Menedżera BIM podniesionych w obecnie rozpoznanym odwołaniu nie prowadzi do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp Izba uznała za nieuzasadniony.

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp 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. Ponadto zgodnie z przepisem art. 24 ust. 10 ustawy Pzp w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 19, przed wykluczeniem wykonawcy, zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Zamawiający wskazuje w protokole sposób zapewnienia konkurencji. Z ww. przepisów wynika zatem, że udział wykonawcy w przygotowaniu zamówienia co do zasady uznaje się za zakłócenie konkurencji w postępowaniu, skutkujące koniecznością wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania, chyba że zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane

w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z postępowania. Jeżeli zamawiający uzna, że zakłócenie konkurencji spowodowane (potencjalnym) udziałem w postępowaniu jednego z wykonawców biorących udział w przygotowaniu postępowania może zostać wyeliminowane w inny sposób niż wykluczenie tego wykonawcy, jest on obowiązany podjąć odpowiednie działania, a informacje o tych działaniach winien przedstawić w protokole postępowania. W takiej sytuacji zarzut konkurencyjnego wykonawcy powinien być nakierowany nie tyle na zaistnienie okoliczności udziału innego wykonawcy w przygotowaniu postępowania czy brak zasadności wyjaśnień przedstawionych przez tego wykonawcę, lecz na niewystarczający charakter działań podjętych przez zamawiającego celem wyeliminowania zakłócenia konkurencji. W części 3 protokołu postępowania przy pkt 2 *„Istnieje możliwość, że o udzielenie zamówienia będzie ubiegał się podmiot, który uczestniczył w przygotowaniu postępowania o udzielenie tego zamówienia:”* zamawiający zaznaczył odpowiedź „tak”, a poniżej przedstawił *„środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji”*. W tym stanie faktycznym uzasadnienie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp powinno odnosić się do środków podjętych przez zamawiającego w celu wyeliminowania konkurencji. Takie uzasadnienia nie zostało przez odwołującego przedstawione, a zatem już z tego powodu podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp należy uznać za chybiony. Niezależnie od tego Izba stwierdziła, że okoliczności, na które powołał się odwołujący w uzasadnieniu odwołania, nie zostały przez niego wykazane. Odwołujący nie udowodnił swoich twierdzeń, że *„wykonane przez Industria Project Sp. z o.o. projekty nie stanowią całkowicie innego rozwiązania projektowego względem tego, które stanowi przedmiot niniejszego zamówienia. Oba projekty różnią się wyłącznie nieznaczną modyfikacją układu funkcjonalnego (ok. 10%) przy zachowaniu tej samej architektury, konstrukcji i większości instalacji.”*. Odwołujący nie wykazał, że dokumenty, które nie zostały przekazane przez Industria Project Sp. z o.o. miały znaczenie dla przygotowania ofert w postępowaniu, a następnie będą mieć znaczenie dla realizacji zamówienia. Odwołujący nie wykazał na czym polega przewaga konkurencyjna Konsorcjum Warbud. Twierdzenia zawarte w pkt 158 uzasadniania odwołania mają wysoce ogólny charakter i nie wyjaśniają na czym konkretnie ta przewaga konkurencyjna polega. Uzasadnienie ww. zarzutu opiera się na ogólnikowych i gołosłownych twierdzeniach, jak np. dotyczących kalkulacji ryzyka. Ponadto, skoro odwołujący nie był w posiadaniu części informacji i dokumentów mających znaczenie dla przygotowania oferty, to powinien zwrócić się do zamawiającego z zapytaniem w tym przedmiocie na etapie poprzedzającym termin składania ofert. Okoliczność, że nie miało to miejsca (a co najmniej nie zostało wykazane

przez odwołującego, co ma tożsame skutki) każe Izbie uznać stanowisko odwołującego za bardzo mało wiarygodne.

Biorąc pod uwagę powyższe, jak również okoliczność zawarcia przez zamawiającego z Konsorcjum Warbud umowy w sprawie zamówienia publicznego (zgodnie z oświadczeniem złożonym przez zamawiającego na rozprawie w dniu 9 marca 2021 r.), co miało miejsce w okolicznościach dopuszczonych w ustawie, tj. po uchyleniu przez Izbę zakazu zawarcia umowy postanowieniem z dnia 22 marca 2021 r. (KIO/W 13/21), Izba orzekła, jak w punktach 1 - 3 sentencji, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp z 2019 r.

Zgodnie z przepisami art. 557, 574 oraz 575 ustawy Pzp z 2019 r. w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron i uczestników postępowania odwoławczego wnoszących sprzeciw. Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Zgodnie z przepisem § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in.: koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę, wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych. Zgodnie z przepisem § 7 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą: odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części. Zgodnie z przepisem § 7 ust.3 ww. rozporządzenia w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela: 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego

wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła; 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

Izba uznała, iż mając na uwadze wynik postępowania odwołujący obowiązany jest ponieść koszty postępowania w części 3/5, natomiast zamawiający w części 2/5 – za uzasadnione (w istotnej części) Izba uznała zarzuty dotyczące osoby wskazanej na stanowisko Kierownika/Dyrektora projektu oraz Technologa medycznego (2/5), natomiast za nieuzasadnione Izba uznała zarzuty dotyczące Menedżera BIM oraz naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp, a ponadto odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk podlegało odrzuceniu (3/5).

Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 1 340 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc trzysta czterdzieści złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania w wysokości 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), a odpowiada za nie do kwoty 17 124 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy sto dwadzieścia cztery złote zero groszy). Różnica pomiędzy wysokością kosztów dotychczas poniesionych przez odwołującego a wysokością kosztów, za które odwołujący odpowiada stosownie do wyniku postępowania wynosi: 6 476 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy czterysta siedemdziesiąt sześć złotych zero groszy), co stanowi kwotę podlegającą zasądzeniu od zamawiającego na rzecz odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, o kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie ww. przepisów ustawy Pzp z 2019 r. oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....