

Sygn. akt XXIII Zs 22/21

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 kwietnia 2021 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień
Publicznych w składzie:

Przewodniczący: SSO Andrzej Sobieszczański

Sędziowie: SSO Magdalena Nałęcz

SSO Bolesław Wadowski

po rozpoznaniu w dniu 24 marca 2021 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy ze skargi Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) spółki akcyjnej
w W.,

(...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.,

(...) w W. (Austria),

przeciwko zamawiającym:

Szpitalowi (...) w P.,

Uniwersytetowi (...) w P.

z udziałem Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) spółki akcyjnej w W.,

(...) w V. (Francja)

na wyrok Krajowej Izby odwoławczej z dnia 18 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3222/20

I. oddala skargę;

II. zasądza od skarżącego Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) spółki
akcyjnej w W., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W., (...) w W. (Austria) na rzecz zamawiających:
Szpitala (...) w P. i Uniwersytetu (...) w P. 12 500 zł
(dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego;

III. zasądza od Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie
zamówienia: (...) spółki akcyjnej w W., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W., (...) w W. (Austria) na rzecz
uczestnika Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) spółki akcyjnej w W. i
(...) w V. (Francja) 12 500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego

SSO Magdalena Nałęcz SSO Andrzej Sobieszczański SSO Bolesław Wadowski

Sygn. akt XXIII Zs 22/21

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 18 stycznia 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza w połączonych sprawach o sygn. akt KIO 3222/20 oraz KIO 3252/20 po rozpoznaniu odwołań wniesionych przez:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm:

(...) S.A. w W., (...) sp. z o.o. w W. i (...)

(...) w W. (Austria);

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: (...) S.A. w W. i (...) w V. (Francja)

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiających: Szpital (...) w P. i Uniwersytet (...) w P. przy udziale

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako konsorcjum firm:

(...) S.A. w W., (...) sp. z o.o. w W. i (...)

(...) w W. (Austria);

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako konsorcjum firm: (...) S.A. w W. i (...) w V. (Francja)

1.

A. Oddaliła odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3222/20.

B. Oddaliła odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3252/20.

2. Kosztami postępowania obciążyła: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. (...) S.A. z siedzibą w W., 2. (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W., 3. (...) z siedzibą w W., Austria (sygn. akt KIO 3222/20) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. (...) S.A. z siedzibą w W., 2. (...)

(...) z siedzibą w V., Francja (sygn. akt KIO 3252/20)

i:

2.1 zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł uiszczoną odpowiednio przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. (...) S.A. z siedzibą w W., 2. (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W., 3. (...) z siedzibą w W., Austria (sygn. akt KIO 3222/20) w kwocie 20 000 zł oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. (...) S.A. z siedzibą w W., 2. (...) z siedzibą w V., Francja (sygn. akt KIO 3252/20) w kwocie 20 000 zł, tytułem wpisów od odwołań;

2.2 zasądziła od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. (...) S.A. z siedzibą w W., 2. (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W., 3. (...) z siedzibą w W., Austria (sygn. akt KIO 3222/20) na rzecz zamawiającego: 1. Szpital (...) w P. z siedzibą w P., 2. Uniwersytet (...) w P. z siedzibą w P. kwotę 2 135 zł, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę;

2.3 zasądziła od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. (...) S.A. z siedzibą w W., 2. (...) z siedzibą w V., Francja (sygn. akt KIO 3252/20) na rzecz zamawiającego: 1. Szpital (...) w P. z

siedzibą w P., 2. Uniwersytet (...) w P. z siedzibą w P. kwotę 2 135 zł, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Skargę od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3222/20 wniósł wykonawca Konsorcjum firm wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: (...) S.A. w W., (...) sp. z o.o. w W. i (...) w W. (Austria) zaskarżając w całości punkt 1 A sentencji wyroku.

Wyrokowi Krajowej Izby Odwoławczej skarżący zarzucił:

1. naruszenie przepisów postępowania art. 190 ust. 1, art. 190 ust. 5 i art. 190 ust. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 65 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U.2020.1740 t.j.), które miało istotny wpływ na wynik sprawy, poprzez błędną wykładnię treści postanowienia pkt 6.2.2. lit. c ppkt IV Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej "SIWZ"), błąd w ustaleniach faktycznych wynikający z niewłaściwej oceny dowodów, przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów, brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie poczynienie ustaleń sprzecznych z treścią zgromadzonego materiału dowodowego polegające na przyjęciu, że:

a. Skarżący nie wykazał, że Pan P. L. wskazany na stanowisko Menedżera BIM spełnia wymagania określone w pkt 6.2.2. lit. c ppkt IV SIWZ gdyż rzekomo Pan L. nie koordynował wykonania w modelu BIM kompletnej dokumentacji projektowej i w konsekwencji Skarżący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w tym punkcie SIWZ, co doprowadziło do wykluczenia Skarżącego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, podczas gdy ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że Pan L. posiada wiedzę i doświadczenia wymagane w pkt. 6.2.2. lit c ppkt IV SIWZ w tym także koordynował wykonanie w technologii BIM kompletnej dokumentacji projektowej dla budowy co najmniej jednego budynku użyteczności publicznej, a zatem Skarżący wykazał spełnianie wskazanego warunku udziału w postępowaniu;

b. Skarżący na etapie składania ofert nie dochował należytej staranności przy ustalaniu czy Pan P. L. posiada doświadczenie, o którym mowa w pkt 6.2.2. lit. c ppkt IV SIWZ, do czego był zobowiązany, a zatem działał co najmniej lekkomyślnie lub niedbale i wprowadził Przeciwnika Skargi w błąd, co do spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 6.2.2. lit. c ppkt IV SIWZ i podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, podczas gdy ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, że Skarżący dochował należytej staranności w weryfikacji doświadczenia Pana L., a ewentualne rozbieżności pomiędzy stwierdzeniem czy wskazane przez Skarżącego doświadczenie Pana L. spełnia kryteria określone w pkt 6.2.2. lit. c ppkt IV SIWZ wynika z możliwości różnego (uzasadnionego literalną treścią) rozumienia tego warunku, a zatem nie można Skarżącemu przypisać lekkomyślności lub rażącego niedbalstwa i zatem nie podlega on wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp;

c. wobec Przeciwnika Skargi nie ma zastosowania dyspozycja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązująca go do wezwania Skarżącego w tym trybie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez Skarżącego określonego w pkt. 6.2.2. lit.c ppkt IV SIWZ warunku udziału w postępowaniu, gdyż Skarżący w wyniku lekkomyślności lub rażącego niedbalstwa wprowadził Przeciwnika Skargi w błąd w zakresie spełniania przez niego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 6.2.2. lit c ppk IV SIWZ, podczas gdy z materiału dowodowego wynika, że Skarżący przed przystąpieniem do udziału w postępowaniu pozyskał informacje i dokumenty, które dały mu możliwość przyjęcia, że Pan P. L. spełnia wymagania określone w pkt 6.2.2. lit. c ppkt IV SIWZ, zatem nie można przypisać mu lekkomyślności lub niedbalstwa i w konsekwencji nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp i winien być (wobec obligatoryjnego charakteru procedury uzupełniającej) wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez Przeciwnika Skargi do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez Skarżącego powyżej wskazanego warunku udziału w postępowaniu.

2. a w konsekwencji naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

- a. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie skutkujące przyjęciem, że Skarżący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 6.2.2 lit. c ppkt IV SIWZ;
- b. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie skutkujące błędnym przyjęciem, że Skarżący przedstawił, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, informacje wprowadzające w błąd Przeciwnika Skargi, co mogło mieć istotny wpływ na podejmowane przez niego decyzje w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
- c. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię skutkującą przyjęciem, że w sprawie nie zachodzą przesłanki zobowiązujące Przeciwnika Skargi do wezwania Skarżącego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez Skarżącego określonego w pkt. 6.2.2. lit. c ppkt IV SIWZ warunku udziału w postępowaniu.

W oparciu o powyższe zarzuty skarżący wniósł o

1. uwzględnienie Skargi i orzeczenie wyrokiem co do istoty sprawy oraz zmianę Wyroku KIO w całości poprzez uwzględnienie Odwołania w całości i nakazanie Przeciwnikowi Skargi:

a) unieważnienie czynności wykluczenia Skarżącego z postępowania na podstawie art.

24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp;

b) dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Skarżącego;

c) dokonanie wyboru oferty Skarżącego, jako oferty najkorzystniejszej.

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania odwoławczego prowadzonego przed Krajową Izbą Odwoławczą;

2. rozpoznanie skargi na rozprawie;

3. zasądzenie od Przeciwnika Skargi na rzecz Skarżącego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów postępowania skargowego.

W swoim stanowisku zamawiający Szpital (...) w P. oraz Uniwersytet (...) w P. wnieśli o:

1. oddalenie skargi w całości

2. zasądzenie od skarżących kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) S.A. w W. i (...) w V. wnieśli o:

1. oddalenie skargi w całości jako bezzasadnej,

2. obciążenie skarżącego kosztami postępowania, w tym zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pismem złożonym na rozprawie w dniu 24 marca 2021 r. skarżący, w związku z zawarciem w dniu 2 marca 2021 r. przez przeciwnika skargi - zamawiającego oraz uczestnika postępowania umowy w sprawie zamówienia, która dotyczy przedmiotu wniesionej skargi, zmodyfikował wniosek skargi w ten sposób, że wniósł o uwzględnienie skargi i orzeczenie wyrokiem co do istoty sprawy oraz zmianę wyroku KIO w całości poprzez uwzględnienie odwołania w całości i orzeczenie na podstawie art. 554 ust. 3 ustawy z dnia 19 września 2019 r.

— Prawo zamówień publicznych, że przeciwnik skargi — zamawiający naruszył przepisy ustawy poprzez niezasadne wykluczenie skarżącego - odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29

stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, względnie naruszył przepisy ustawy także poprzez niezasadne zaniechanie wezwania skarżącego - odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez skarżącego warunków udziału w postępowaniu określonego w pkt 6.2.2 lit. c ppkt IV SIWZ.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Przed przystąpieniem do dalszych rozważań wyjaśnić należy, że skarga w niniejszej sprawie wniesiona została już po wejściu w ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019), a co za tym idzie podlega ona rozpoznaniu na podstawie przepisów tej właśnie ustawy. Wynika to wprost z treści art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020).

Niemniej zasadność skargi oceniona być musi na podstawie przepisów obowiązujących do dnia 31 grudnia 2020 r., tj. na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (tj. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zmianami). Postępowanie o udzielenie zamówienie publicznego prowadzone było, jak i odwołanie inicjujące postępowanie, w którym wydany został będący przedmiotem skargi wyrok, wniesione zostało pod rządami starej ustawy.

Skarga nie zasługiwała na uwzględnienie.

Ponieważ Sąd Okręgowy nie prowadził postępowania dowodowego, ani nie zmienił ustaleń faktycznych Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 387 § 2¹ k.p.c. (który na podstawie art. 198a ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. / art. 579 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych znajduje odpowiednie zastosowanie również w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi) ograniczy się do przedstawienia jedynie wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Pismem z dnia 27 listopada 2020 r. Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) S.A. w W., (...) sp. z o.o. w W. i (...) w W. poinformowane zostało o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 1 pzp z 2004 r. wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia (pkt 12); 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 (pkt 17).

Zdaniem zamawiającego Konsorcjum (...) S.A. nie wykazało, że wskazany przez nie jako menadżer BIM P. L. spełnia kryteria określone w pkt 6.2 ppkt 2) lit. c) IV Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W szczególności Konsorcjum nie wykazało doświadczenia w zakresie koordynowania wykonania kompletnej dokumentacji projektowej i z pewnością nie spełnia warunków stawianych w SIWZ takiej osobie. Zamawiający dokonał wnikliwej analizy dokumentów jakie zostały mu przedłożone w toku postępowania i z ich treści wynika niezbicie, że Pan P. L. nie wykonywał projektów budowlanych i wykonawczych w technologii BIM dla inwestycji wskazanych przez Konsorcjum.

W konsekwencji powyższego, zamawiający uznał, że:

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

Uzasadniało to wykluczenie Konsorcjum (...) S.A. z postępowania na podstawie art. 24 ust.1 pkt 12) pzp.

Co więcej zamawiający stanął na stanowisku, że został przez Konsorcjum (...) S.A. wprowadzony w błąd w oświadczeniach składanych zamawiającemu przez Konsorcjum o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Żaden z przedstawionych przez Konsorcjum dokumentów, jak umowy, faktury i protokoły odbiorów projektów, których treść (...) S.A. zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa nie potwierdzają, że były one wykonane w technologii BIM. To z kolei uzasadniało wykluczenie Konsorcjum (...) S.A. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) pzp.

Z powyższego wynika, że decydujące znaczenie dla oceny czy Konsorcjum wykonawców (...) S.A. w W., (...) sp. z o.o. w W. oraz (...) w W. słusznie zostało wykluczone z postępowania, ma analiza czy wskazany przez Konsorcjum jako menadżer BIM P. L. spełniał wymogi przewidziane w SIWZ dla osoby, która funkcję ta miała sprawować. Gdyby się bowiem okazało, że P. L. wymogi te spełniał wykluczenie Konsorcjum z postępowania musiałoby być uznane za bezzasadne.

Kluczowe zaś znaczenie dla zdefiniowania wymogów jakie powinien spełniać menadżer BIM ma treść pkt 6.2 ppkt 2) lit. c) IV SIWZ Zgodnie z tym zapisem Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje osobą, którą zamierza skierować do realizacji niniejszego zamówienia w funkcji Menedżera BIM, posiadającą wykształcenie wyższe, która posiada wiedzę na temat wykorzystywania technologii BIM do wykonywania kompletnej dokumentacji projektowej obiektów budowlanych oraz doświadczenie w praktycznym wykorzystywaniu tej technologii, a w szczególności koordynowała wykonanie w technologii BIM kompletnej dokumentacji projektowej dla budowy co najmniej dwóch budynków użyteczności publicznej w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 12.000 m² każdy.

Przechodząc już wprost do oceny zasadności podniesionych w skardze zarzutów zwrócić należy uwagę, że skarżący wiele miejsca poświęcił próbie przekonania Sądu Okręgowego, że pkt 6.2 ppkt 2) lit. c) IV SIWZ sformułowany został w sposób niejasny i nieprecyzyjny, co pozwalało na jego różnorodną interpretację. W ocenie skarżącego głównym, a wręcz jedynym elementem warunku udziału w postępowaniu było dysponowanie przez wykonawcę Menadżerem BIM posiadającym wiedzę na temat wykorzystywania technologii BIM do wykonywania kompletnej dokumentacji projektowej obiektów budowlanych oraz doświadczenie w praktycznym wykorzystywaniu tej technologii. Skarżący zdaje się wskazywać, że wykazanie faktu koordynowania wykonania przez osobę wskazaną jako menadżer BIM kompletnej dokumentacji projektowej w technologii BIM nie jest konieczne. Jego zdaniem wykazanie wiedzy i doświadczenia menadżera BIM nastąpić może w dowolny sposób, „w szczególności” poprzez wykazanie koordynowania wykonania w technologii BIM kompletnej dokumentacji projektowej dla budowy co najmniej dwóch budynków o określonych w SIWZ parametrach.

Z zaprezentowanym stanowiskiem nie sposób się jednak zgodzić. Analiza treści pkt 6.2 ppkt 2) lit. c) IV SIWZ w żadnym razie nie może prowadzić do wniosku, że poprzez użycie sformułowania "w szczególności" dalsza treść warunku jest jedynie przykładowa, a wykonawcy mogli dowolnie wykazać spełnienie wymagania również przedstawiając inne, alternatywne w stosunku do opisanego, doświadczenie. Postanowienia SIWZ należy rozumieć zgodnie z jej literalnym brzmieniem, w sposób powszechnie rozumiany. Określenie „w szczególności” oznacza: „szczególnie, zwłaszcza”. Gdyby intencją Zamawiającego było posłużenie się alternatywą lub przykładowym wyliczeniem, to nie ulega wątpliwości, że w dokumentacji posłużyłby się sformułowaniem „np.” albo „lub”. Gdyby Konsorcjum (...) faktycznie interpretowało warunek w sposób opisany w skardze, tj. jako przykładowe wykazanie wiedzy i doświadczenia menadżera BIM, to w złożonym wykazie nie oświadczałoby konsekwentnie, że doświadczenie Pana P. L. obejmuje koordynację prac w zakresie wykorzystania technologii BIM do wykonania dokumentacji projektowej obejmującej "w szczególności: projekty budowlane oraz projekty wykonawcze". Co więcej, przyjmując stanowisko Konsorcjum (...) doświadczenie nie musiałoby dotyczyć budynku użyteczności publicznej, rodzaju doświadczenia - budowy oraz mogłoby obejmować powierzchnię użytkową mniejszą niż wskazane w SIWZ 12.000 m² - wymagania te znajdują się bowiem po sformułowaniu "w szczególności". Mimo to, skarżący w treści wykazu

wskazał doświadczenie dotyczące budynków użyteczności, oświadczył, że dotyczyło dokumentacji projektowej obejmującej budowę, jak również zadeklarował powierzchnię większą niż wskazana w rzekomo fakultatywnej części warunku udziału w postępowaniu. Powyższe potwierdza, że argumentacja o posłużeniu się w treści warunku przez zamawiającego jedynie przykładem nie ma jakiegokolwiek uzasadnienia.

W analogiczny sposób jak opisane w pkt 6.2 ppkt 2) lit. c) IV kryterium udziału w postępowaniu sformułowane zostało kryterium oceny ofert. Doświadczenie Menadżera BIM było bowiem nie tylko kryterium udziału w postępowaniu, ale było również punktowane w ramach kryteriów wyboru oferty. Stosownie do pkt 14.2 pkt 3 SIWZ na potrzeby przypisania punktów w ramach tego kryterium uwzględniane jest doświadczenie wskazane w załączniku "Wykaz osób ..." na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dot. doświadczenia i oceny oferty Wykonawcy". Z powyższego jednoznacznie wynika, że w ramach kryterium było oceniane doświadczenie opisane w ramach warunku udziału w postępowaniu z tym, że spełnione w sposób wyższy niż poziom minimalny. Zgodnie z pkt 14.2 pkt 3 ppkt 3b SIWZ Zamawiający przyznawał punkty w przypadku posiadania przez ww. osobę: „doświadczenia polegającego na koordynowaniu prac w zakresie wykorzystania technologii BIM do wykonania kompletów dokumentacji projektowej (obejmujących w szczególności projekt

budowlany i projekt wykonawczy) dla następującej liczby budynków użyteczności publicznej (w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie) o powierzchni użytkowej co najmniej 12.000 m² każdy: dwa budynki: o pkt trzy budynki: 1,5 pkt cztery budynki i więcej: 3 pkt.

Zamawiający w kryterium oceny ofert powielił zatem wymaganie opisane w treści warunku udziału w postępowaniu i określił, że będzie punktował doświadczenie w wykonaniu kompletu dokumentacji projektowej obejmującej w szczególności projekt budowlany i wykonawczy dla większej ilości budynków. W ramach kryterium wymaganie dotyczące doświadczenia Menadżera BIM było zatem powtórzone i w żaden sposób nie wskazuje na jedynie przykładowe wyliczenie, do którego wykonawcy nie musieli się stosować. Przy czym podkreślenia wymaga, iż Zamawiający nie punktował bliżej nieskonkretyzowanego doświadczenia i wiedzy osoby wskazanej na stanowisko Managera BIM, lecz tylko i wyłącznie doświadczenie, które Konsorcjum (...) próbuje określić jedynie jako przykładowe.

Zwrócić należy przy tym wymaga, iż Konsorcjum (...) w taki sam sposób (zgodnie z pełną treścią wymagań SIWZ) opisało projekty referencyjne wskazywane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak również na dodatkowe punkty w ramach oceny ofert.

Nie powinno budzić wątpliwości, że warunki udziału w postępowaniu muszą wyznaczać minimalny poziom zdolności potencjalnego wykonawcy. Warunki służą bowiem możliwości dokonania wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia i muszą być możliwe do zweryfikowania. Powyższe wynika wprost z art. 22a ust. 1 pzp, zgodnie z którym zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Co istotne, powołany przepis stanowi nie tylko dyrektywę dla zamawiającego w formułowaniu treści warunku na etapie przygotowania SIWZ, ale również wyznacza kierunek jego interpretacji. Dotyczy to również kryteriów oceny ofert. Kryteria muszą być możliwe do zweryfikowania (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt XXIII Ga 1350/20), a tylko „skonkretyzowane” doświadczenie posiada taką cechę. Gdyby bowiem przyjął za właściwą argumentację skarżącego, to zamawiający nie miałby w ogóle możliwości przyznania punktów w tym kryterium, gdyż poziom wiedzy i doświadczenia - bez wskazania udziału w określonej ilości skonkretyzowanych projektów - byłby niemierzalny.

W konsekwencji, skoro warunek wyznacza minimalny poziom zdolności, to nie można jego treści interpretować jako jedynie egzemplifikacji czy fakultatywnego wymagania. Uwzględnienie argumentów skarżącego prowadziłoby do uznania, że jakakolwiek wiedza i doświadczenie na temat wykorzystywania technologii BIM będzie podlegała

ocenie. Nie sposób tak interpretować jasnego, i jednoznacznego warunku oraz kryterium sformułowanych w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu. Wskazanie w treści warunku jego minimalnego poziomu nie jest bowiem, wbrew twierdzeniu skarżącego, jedynie „egzemplifikacją”, lecz jego konkretyzacją. Bez dokonanej przez Zamawiającego konkretyzacji, ocena spełniania warunku (i ocena punktowa oferty w ramach kryterium oceny ofert) byłaby niemożliwa.

Tym samym, wbrew twierdzeniu skarżącego, to odstąpienie od literalnej treści wymagania na etapie oceny ofert stanowiłoby naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 pzp wyrażającego zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Konsorcjum (...) na etapie publikacji dokumentacji przetargowej nie miało wątpliwości co do treści warunku/kryterium nie kwestionując tych postanowień SIWZ w drodze pytań czy z wykorzystaniem środków ochrony prawnej. Nie budzi wątpliwości pogląd, że treść SIWZ jest wiążąca dla wszystkie uczestników postępowania przetargowego, a precyzyjne i jasne sformułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wskazując na powyższe stwierdzić należy, iż zamawiający, na etapie oceny ofert, nie jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy nadawania jego zapisom innego znaczenia niż wynikająca z ich oczywistego brzmienia. Postanowienia specyfikacji są dla niego wiążące i wyłącznie na ich podstawie może on oceniać treść złożonych ofert.

Nakaz rozpatrywania wszelkich niejasności w SIWZ na korzyść wykonawców nie oznacza, że należy je rozpatrywać na korzyść jednego z wykonawców (skarżącego). W istocie bowiem proponuje tutaj skarżący interpretację SIWZ która jest oderwana od ich literalnego brzmienia i przedmiotu zamówienia, a ponadto jest korzystna jedynie dla jego samego z naruszeniem praw innych wykonawców (por. wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 2016-11-22, X Ga 457/16).

Trafnie też w odpowiedzi na skargę zauważył uczestnik postępowania - Konsorcjum (...) S.A., że działania i argumenty skarżącego pozostają we wzajemnej ze sobą sprzeczności. Z jednej bowiem strony Konsorcjum (...) zarzuca KIO dokonanie błędnej wykładni warunku poprzez przyjęcie, że jego część powinna być traktowana jako treść fakultatywna (brak konieczności koordynowania wykonania kompletnej dokumentacji w technologii BIM), po czym usiłuje wykazać, że Pan P. L. spełnia całość warunku udziału w postępowaniu (tj. także w zakresie jego "egzemplifikacji"), a KIO również w tym obszarze dokonała błędnej oceny dowodów. Gdyby doświadczenie P. L. spełniało całą treść sformułowanego warunku, to skarżący nie miałby potrzeby wykazywania, że SIWZ jest niejednoznaczna i przykładowa.

Reasumując dotychczasowe rozważania zgodzić się należy ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, że zamawiający w treści postawionego warunku udziału w postępowaniu, który odnosił się do menadżer BIM wprost i szczegółowo opisał swoje wymagania w omawianym zakresie. Zamawiający wskazał, że wymaga nie tylko posiadania wiedzy w zakresie wykorzystania technologii BIM do wykonania kompletnej dokumentacji projektowej obiektów budowlanych, ale jednocześnie doświadczenia w praktycznym wykorzystaniu tej technologii, a w szczególności doświadczenia w koordynowaniu wykonania w technologii BIM kompletnej dokumentacji projektowej dla budowy konkretnej ilości i rodzaju budynków rozumieniu określonych w specyfikacji przepisów. Wymóg ten należy czytać w taki sposób, że wykonawca ubiegający się o udzielenie tego zamówienia powinien być legitymować się osobą, która wraz z posiadaną wiedzę w zakresie wykorzystania technologii BIM do wykonania kompletnej dokumentacji projektowej obiektów budowlanych posiada również doświadczenie praktyczne w wykorzystaniu tej technologii, które powinno się przejawiać zwłaszcza w posiadaniu doświadczenia w koordynowaniu wykonania w technologii BIM kompletnej dokumentacji projektowej dla budowy powołanych powyżej budynków. Oznacza to, że w zakresie doświadczenia w praktycznym wykorzystaniu technologii BIM istotne było doświadczenie związane z koordynacją tego rodzaju czynności jak wykonanie w technologii BIM, nie wybranych elementów (np. branży instalacji sanitarnych i elektrycznych) a kompletnej dokumentacji projektowej dla określonej liczby i rodzaju budynków. Wobec tego Izba uznała, że osoba wskazana na to stanowisko musiała uczestniczyć w procesie projektowym i koordynować prace związane z przygotowaniem dokumentacji w oparciu o modele BIM. Biorąc pod uwagę powyższe Izba słusznie nie

podzieliła argumentacji Konsorcjum (...), że postanowienia specyfikacji w tym zakresie były niejednoznaczne i pozwalały na przyjęcie stanowiska prezentowanego przez Konsorcjum (...).

W dalszej kolejności odnieść się należy do zarzutów i argumentów skarżącego, w których podnosił on błąd w ustaleniach faktycznych wynikający z niewłaściwej oceny dowodów, przekroczenia zasady swobodnej oceny dowodów, brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, poczynienie ustaleń sprzecznych z treścią zgromadzonego w materiale dowodowego. Formułując te zarzuty skarżący twierdził, że wskazany przez niego jako menadżer BIM P. L. posiadał wymagane przez pkt 6.2 ppkt 2) lit. c) IV SIWZ doświadczenie, tj. że koordynował wykonanie w technologii BIM kompletnej dokumentacji projektowej dla budowy co najmniej dwóch budynków użyteczności publicznej w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 12.000 m² każdy.

Podkreślić należy, że Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśniła wszystkie okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Przede wszystkim w sposób wyczerpujący i bardzo szczegółowo rozważyła zgromadzony w sprawie materiał dowodowy. Jednocześnie przedstawiła tok rozumowania i umotywowała wnioski, do których doszła. Reasumując brak jest podstaw by dokonaną przez Izbę ocenę dowodów uznać za naruszającą zasadę swobodnej oceny dowodów, w szczególności za naruszającą zasady logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego.

Doświadczenie P. L. potwierdzać miał jego udział w realizacji dokumentacji projektowej: 1) Centrum Handlowego (...), 2) Centrum Handlowego w Z., 3) Centrum Handlowego (...) oraz 4) Centrum Handlowego (...).

Na wstępie podkreślić należy, że sam udział P. L. w opracowaniu kompletnej dokumentacji projektowej (projekt budowlany i wykonawczy) wymienionych obiektów nie wystarcza by przyjąć, że może się on wylegitymować doświadczeniem, którego wymaga pkt 6.2 ppkt 2) lit. c) IV SIWZ. By przyjąć, że warunek udziału w postępowaniu opisany w tym zapisie został spełniony skarżący musiałby wykazać, że P. L. koordynował wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej dla budowy co najmniej dwóch budynków o wskazanych parametrach, nie w ogóle, a w technologii BIM. Dlatego nawet gdyby przyjąć (co nie do końca znajduje oparcie w zgromadzonym w toku postępowania materiale dowodowym), że P. L. brał udział przygotowaniu kompletnej dokumentacji projektowej wymienionych obiektów, nie wystarcza to jeszcze by uznać, że jest on osobą spełniającą wymogi by pełnić funkcje menadżera BIM.

Nie miał też racji skarżący podnosząc, że Krajowa Izba Odwoławcza ustalając stan faktyczny sprawy nie uwzględniła całości zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego opierając się jedynie na dwóch arbitralnie dobranych rodzajach dowodów jakimi są umowy o dzieło na podstawie których P. L. koordynował wykonanie dokumentacji BIM oraz wystawionych z tego tytułu fakturach VAT. Już samo sformułowanie tego zarzutu wskazuje na jego bezzasadność, skarżący zdaje się bowiem twierdzić, że umowy o dzieło i wystawione na ich podstawie faktury VAT nie odpowiadają i nie obejmują całości dokumentacji projektowej, w której przygotowaniu uczestniczył P. L.. Wydaje się on godzić z oceną Izby, że umowy o dzieło i wystawione faktury nie dotyczą kompletnej dokumentacji projektowej wykonanej w technologii BIM. Niemniej zdaniem Skarżącego wykonana na podstawie tych umów dokumentacja spełnia wymogi przewidziane w pkt 6.2 ppkt 2) lit. c) IV SIWZ. Innymi słowy twierdzi on, że P. L. wykonał więcej i to daleko więcej niż to, do czego był na podstawie tych umów zobowiązany i za co otrzymał wynagrodzenie.

Jest to nie tylko mało prawdopodobne i wprost sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, ale nie znajduje absolutnie żadnego oparcia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym, w tym przedłożonej przez skarżącą dokumentacji projektowej zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wśród dokumentów przedstawionych przez skarżącego w odpowiedzi na Zarządzenie Sądu Okręgowego wydane na rozprawie w dniu 24 marca 2021 r. znalazły się umowy o dzieło oraz faktury VAT obejmujące wynagrodzenie za ich wykonanie, dotyczące wszystkich realizacji P. L. wskazanych w wykazie, tj. Centrum Handlowego w Z., Centrum Handlowego (...), Centrum Handlowego (...), Centrum Handlowego (...). Umowy te oraz faktury są tymi samymi,

które skarżący złożył już wcześniej na etapie postępowania przetargowego i odwoławczego zastrzegając jako tajemnice przedsiębiorstwa. Lektura § 1 tych umów wskazuje, że wykonawca, którym był P. L. zobowiązał się do wykonania dla zlecającego dzieła :

1. wykonania modeli BIM (3D) na podstawie dostarczonych przez Zlecającego rysunków 2D w zakresie:
 - a. architektury,
 - b. konstrukcji,
 - c. instalacji elektrycznych i sanitarnych, dotyczących projektu budowlanego i wykonawczego obiektu
2. koordynacji przebiegu instalacji elektrycznych i sanitarnych, polegającej na:
 - a. wskazaniu w modelu zaistniałych kolizji w modelu,
 - b. zaproponowaniu zmian przebiegu instalacji elektrycznych i sanitarnych,
 - c. wprowadzeniu do modelu zmian przebiegu instalacji w uzgodnieniu Generalnym Projektantem Instalacji - P. W.

Porównanie przedstawionej przez skarżącego i przez niego opisanej dokumentacji projektowej, w której opracowaniu brał udział P. L. (choć nie wszędzie widnieje on jako autor projektów) z przedmiotem umów o dzieło, potwierdza, że projekty te w żadnym razie nie wykraczają poza ramy wskazane w umowach o dzieło. Nie do końca zrozumiał jest zatem zarzut skarżącego, że Krajowa Izba Odwoławcza poprzestając na analizie treści umów i faktur VAT zawartych przez P. L. dokonała niewłaściwej oceny dowodów, czy nie dość wszechstronnie oceniła materiał dowodowy. Analiza pozostałych dowodów w zestawieniu z umowami o dzieło i fakturami VAT nie mogła zdaniem Sądu Okręgowego doprowadzić do ustalenia, że P. L. wykonał jakiegokolwiek prace projektowe wykraczające poza zakres określony w umowach o dzieło, a co więcej ocena tych dowodów na etapie postępowania skargowego nie pozwoliła na odmienne ustalenie niż te poczynione w toku postępowania odwoławczego. Nie sposób zatem przyjąć, by Izba pominęła, czy też nie uwzględniła jakichkolwiek dowodów przedstawionych przez odwołującego. Zarzut w tym zakresie opiera skarżący na założeniu, że gdyby wszystkie dowody przez niego przedstawione zostały wzięte pod uwagę, ustalenia Izby byłyby zgodne z jego oczekiwaniami. W orzecznictwie, na gruncie art.

233 § 1 k.p.c. powszechnie aprobowany jest pogląd, że „Skuteczne postawienie %ar%utu naruszenia prspz sąd art. 233 § 1 kp.c. wymaga wykazania, że sąd uchybił z^{asac^om} logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej niż pnKzjdl sąd wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ^{ocena} sądu.” (tak np. Sądu Najwyższy w wyroku z dnia 8 kwietnia 2009 r., sygn. akt II PK 261/08, niepubl.).

Słusznie zatem Krajowa Izba Odwoławcza oceniła, że doświadczenie Pana P. L. wskazane w § 1 pkt 1 powołanych Umów o dzieło dotyczących obiektów w P., S., Z. i T. nie jest wystarczające do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt 6.2. ppkt 2) lit. c) IV SIWZ. Izba trafnie podkreśliła, że treść ww. warunku udziału wprost odwoływała się do doświadczenia w zakresie koordynacji wykonania w technologii BIM kompletnej dokumentacji projektowej, podczas, gdy pkt 1 ww. paragrafu umowy odwołuje się jedynie do wykonania modeli BIM (3D) na podstawie dostarczonych przez Zlecającego rysunków 2D, w zakresie: architektury, konstrukcji, instalacji elektrycznych i sanitarnych. Nie zostało przez Odwołującego w toku rozprawy wykazane, że powyższe może być utożsamiane z doświadczeniem w zakresie koordynacji wykonania w technologii BIM kompletnej dokumentacji projektowej. Wydaje się nawet, że takie zrównywanie ww. czynności jest nieuprawnione skoro strony umowy w jej treści je celowo rozdzieliły.

Oceny tej nie zmienia podnoszona przez skarżącego argumentacja, że na gruncie obowiązującego prawa dokumentacja projektowa 3D lub w modelu BIM nie umożliwia uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę, a następnie decyzji o

pozwoleniu na użytkowanie obiektu. Podstawą wydania stosownych zgód i zezwoleń jest dokumentacja tradycyjna, której zakres i charakter określono w stosowanych przepisach. Model wykonany w BIM nie stanowi zatem celu samego w sobie, którego produkt finalny (model BIM) umożliwi realizację inwestycji, ale jest narzędziem pozwalającym na określenie obszarów, w których dokumentacja wykonana w formie 2D wymaga poprawy lub opracowania, stanowi element pomocniczy dla wykonania dokumentacji w formie tradycyjnej.

Przedmiotem postępowania jest budowa (...) w P. (...) w formule zaprojektuj i wybuduj. Jednym z dwóch zasadniczych elementów wykonania zadania jest zatem sporządzenie projektu, przy czym nie tylko z treści SIWZ, ale przede wszystkim projektu umowy wynika, że projekt 3D jeżeli nawet nie jest ważniejszy, to przynajmniej równie ważny jak projekt w formie tradycyjnej 2D. Zamawiające zarówno w toku postępowania odwoławczego, jak i skargowego eksponował, że istotną częścią realizacji zamówienia jest projekt 3D, którego funkcja jest daleko ważniejsza niż tylko pomoc w uniknięciu kolizji poszczególnych instalacji w projektowanym obiekcie. Z odpowiedzi na skargę, co wynika również z projektu umowy wynika wręcz, że to projekt w formacie 3D jest podstawowym, który nie tylko ma być podstawą realizacji obiektu, ale służyć przez cało okres jego funkcjonowania i umożliwić, a na pewno ułatwić prawidłową jego eksploatację. Dlatego to menadżer BIM od początku będzie wykonywać modelowanie BIM dla wszystkich instalacji, konstrukcji oraz architektury w tym koordynować powstawanie kompletnej dokumentacji projektowej w ww. zakresie, a tak wykonana dokumentacja następnie zostanie przedłożona Zamawiającemu (por. § 6 ust. 2 wzoru umowy). Zgodnie z tiretem 3 ze str. 116 PFU technologia BIM będzie miała zastosowanie m.in. w zakresie „Opracowanie projektów w technologii BIM 3D oraz generowanie dokumentacji projektowej na podstawie modeli BIM”. Tymczasem, doświadczenie Pana P. L., wynikające ze złożonych umów o dzieło, dotyczy doświadczenia odwrotnego i potwierdza, że w trakcie realizacji wskazanych w wykazie zadań nie była wykorzystywana technologia BIM do wykonania dokumentacji projektowej, a modelowanie BIM (nawet jeśli było wykonane w ściśle oznaczonym zakresie) było realizowane na podstawie procesu odtwórczego, tj. w zakresie gotowych projektów 2D, a nie na potrzeby wykonania „kompletnej dokumentacji projektowej”.

Stosownie do warunku udziału w postępowaniu z pkt 6.2.2 lit. c pkt IV SIWZ elementem doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Menadżera BIM miało być doświadczenie w koordynowaniu wykonania w technologii BIM kompletnej dokumentacji projektowej dotyczącej budowy określonego obiektu użyteczności publicznej. Nie ulega wątpliwości fakt, że wykonanie modeli BIM na podstawie dostarczonych projektów 2D i ewentualne skoordynowanie przebiegu instalacji elektrycznych i sanitarnych nie jest tożsame z treścią warunku, w którym Zamawiający wymagał od ww. osoby aby "w szczególności koordynowała wykonanie w technologii BIM kompletnej dokumentacji projektowej dla budowy co najmniej jednego budynku użyteczności publicznej Ustalenia KIO w tym zakresie, tj. że wykonanie modeli BIM 3D na podstawie rysunków 2D nie jest równoznaczne z doświadczeniem w zakresie koordynacji wykonania w technologii BIM kompletnej dokumentacji projektowej są zatem prawidłowe i spójne z materiałem dowodowym.

Potwierdzeniem faktu, że P. L. nie posiada doświadczenia w koordynowaniu kompletnej dokumentacji projektowej (tj. czynnym koordynowaniu wszystkich branż, a nie tylko jednej) jest również okoliczność, że Główni Projektanci dokumentacji nie posiadają jakiegokolwiek wiedzy na temat wykonanych przez P. L. prac. Mógł on realizować ograniczone prace na rzecz podwykonawcy, tj. projektanta instalacji (w zakresie skoordynowania jednej branży), natomiast takie doświadczenie nie odpowiada treści warunku oraz istocie wykorzystania technologii BIM przy wykonywaniu prac projektowych. Należy przy tym podkreślić, że przedmiotem zarzutów sformułowanych przez KIO nie jest sam fakt, że doświadczenie P. L. dotyczyło umowy z podwykonawcą głównego projektanta tylko faktycznego zakresu doświadczenia w wykonaniu domniemanego modelowania BIM. Ponownie należy podkreślić, że ewentualne wykonanie kilku modeli 3D (których celem miało być koordynowanie przebiegu instalacji elektrycznych i sanitarnych na podstawie dostarczonych projektów dokumentacji 2D nie potwierdza udziału Pana P. L. w koordynowaniu wykonania w technologii BIM kompletnej dokumentacji projektowej.

Odnosząc się do oświadczenia z dnia 16 listopada 2020 r. stanowiącego załącznik nr 1a do wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum (...) w przetargu (18 listopada 2020 r.) wystawionego na rzecz podwykonawcy głównego projektanta, w zakresie jego przytoczonej w skardze treści, należy stwierdzić, że dokument ten również nie potwierdza wymaganego

zakresu udziału Pana P. L. w koordynowaniu dokumentacji projektowej. Przytoczony w uzasadnieniu skargi fragment referencji wskazuje, iż w treści dokumentu zostało wymienionych kilka projektów oraz wszystkie uzyskały pozwolenie na budowę i zostały zrealizowane. Z dokumentu tego nie wynika jednak przy których, w wymienionych, projektach firma (...) wykorzystywała technologię 3D-BIM, i w jakim zakresie. Treść oświadczenia w tym zakresie nie odnosi się już do „wszystkich projektów” ale do bliżej nieokreślonego „toka projektowania”, a technologia BIM jest wymieniona jako jedna z wielu, które zostały użyte. Oświadczenie to, w żaden sposób nie potwierdza zatem, że wszystkie, wskazane w niej, projekty zostały wykonane w technologii BIM, a jedynie, że była ona użyta „w toku projektowania”. W referencji nie wiadomo jednak w jakim zakresie i charakterze technologia została użyta. Z dokumentu tego nie wynika zatem, że osoba wskazana przez Konsorcjum (...) na stanowisko Menadżera BIM koordynowała wykonanie w technologii BIM kompletnej dokumentacji projektowej - jak wynika z umów o dzieło doświadczenie Pana P. L. obejmuje co najwyżej określoną część dokumentacji i miało charakter odtwórczy.

Nie jest również prawdą twierdzenie przez Konsorcjum (...), że „członkowie zarządu (...) sp. z o.o. pełniący funkcje zarządcze w spółce w dacie wykonania projektów aktualnie z nią nie współpracują”. Członkiem zarządu, który pełnił ww. funkcję w dacie realizacji umów o dzieło przez P. L. oraz pełni tę funkcję do dzisiaj jest J. S., który był dodatkowo autorem projektu budowlanego z ramienia głównego projektanta w zakresie inwestycji dotyczących Centrum Handlowego (...) oraz Centrum Handlowego (...) (Oświadczenia J. S. k. 71 i 72 akt).

Analogiczne wnioski należy wysnuć w odniesieniu do przytoczonej treści referencji z dnia 16 listopada 2020 r., z której wynika, że Pan P. L. jest osobą posiadającą „imponującą wiedzę na temat wykorzystywania technologii BIM” w tym w zakresie koordynowania wykonania ww. technologii dokumentacji projektowej dla budowy wielu obiektów użyteczności publicznej. Zawarte w tej referencji oświadczenie nie jest wystarczające dla wykazania spełniania wymagań SIWZ, które odnosiły się do konkretnego doświadczenia w zakresie modelowania BIM. Niezależnie od umiejętności i doświadczenia jakie Menadżer BIM zdobył na innych projektach -osoba powinna w każdym przedstawionym w wykazie projekcie spełnić w pełni wymagania określone w przetargu. Zakres wymaganego doświadczenia przy posłużeniu się przez Zamawiającego określeniem, że ma ono dotyczyć koordynacji wykonania w technologii BIM kompletnej dokumentacji projektowej dla podmiotów świadczącym tego typu usługi na rynku nie budzi wątpliwości. Stwierdzenie, że P. L. na innych projektach wykonywał komplet dokumentacji i/ lub je koordynował jest bezprzedmiotowe dla oceny oświadczeń składanych w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Należy zauważyć, że w latach 2008, 2009 i 2010 Pan P. L. był studentem architektury na Politechnice (...). Nie kwestionując doświadczenia Pana P. L. nabytego od tego czasu, nie sposób przyjąć za wiarygodne stwierdzenie, że w okresie, którego dotyczy podane w ofercie przez Konsorcjum (...) doświadczenie P. L. koordynował wykonanie w technologii BIM kompletnej dokumentacji projektowej tak złożonych projektów. Dodatkowo w tamtym okresie realizacja projektów w technologii BIM była na terenie Polski dopiero na etapie wdrażania.

Chybione są też wywody skarżącego, w których kwestionuje on dowody będące podstawą ustaleń Krajowej Izby Odwoławczej tylko dlatego, że zostały one przedstawione przez Konsorcjum (...) będące konkurencyjnym wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Okoliczność ta sama w sobie nie może stanowić wystarczającego powodu dla odmówienia im wiarygodności. Podkreślenia wymaga fakt, że P. W. oraz Pan P. L. także współpracują/ współpracowali ze sobą w przeszłości. Próba zatem wytworzenia przez Konsorcjum (...) wrażenia, że dowody złożone przez Uczestnika postępowania są nieobiektywne w sytuacji, gdy taka sytuacja dotyczy przede wszystkim dowodów Skarżącego całkowicie podważa zasadność jego argumentacji. Co więcej, P. W., w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą był pełnomocnikiem Konsorcjum (...), tym samym nie jest osobą bezstronną (str. 4 protokołu z posiedzenia i rozprawy przed KIO).

Każdy z dowodów przedłożonych przez Konsorcjum (...) pochodzi od głównych projektantów dokumentacji projektowej dla Centrum Handlowego w Z., Centrum Handlowego (...), Centrum Handlowego (...), Centrum Handlowego (...). Główny projektant, ma największą wiedzę w zakresie tego, w jaki sposób tworzona jest cała dokumentacja projektowa, za którą bierze odpowiedzialność, oraz tego czy w procesie jej wykonania było wykorzystywane modelowanie BIM. W przypadku, gdy w procesie wytworzenia kompletnej dokumentacji projektowej

jest wykorzystywane modelowanie BIM uczestnicy procesu projektowego w tym w szczególności główny projektant, z całą pewnością mają tego świadomość.

Łączna ocena dowodów potwierdza, że P. L. mógł wykonać częściowe modelowanie 3D na podstawie otrzymanych projektów 2D i wykonać ewentualnie na potrzeby Pana P. W. koordynację przebiegu instalacji elektrycznych i sanitarnych. Takie doświadczenie nie jest jednak wystarczające w kontekście sformułowane w pkt 6.2.2 lit. c pkt IV SIWZ warunku.

Podsumowując miał rację zamawiający, z czym zgodziła się również Krajowa Izba Odwoławcza, że w stosunku do Konsorcjum (...) wystąpiły przesłanki wykluczenia z postępowania, o których mówi art. 24 ust. 1 pkt 12) pzp.

Zgodzić się też należy z oceną Krajowej Izby Odwoławczej, że Konsorcjum (...) na etapie składania ofert nie dochowało należytej staranności przy ustalaniu czy P. L. posiada doświadczenie, o którym mowa w pkt 6.2 ppkt 2) lit. c) IV SIWZ, do czego było zobowiązany, a zatem działało co najmniej lekkomyślnie lub niedbale i wprowadziło zamawiającego w błąd, co do spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w tym zapisie, a co za tym idzie w stosunku do niego wystąpiły przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego opisane w art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp.

Niewątpliwie przedstawiane przez wykonawcę informacje wprowadzają w błąd zamawiającego. Konsorcjum (...) w złożonym wykazie wskazało bowiem, że Pan P. L. „koordynował wykonanie w technologii BIM kompletnej dokumentacji projektowej” - takie oświadczenie wynika wprost ze złożonego wykazu, natomiast postępowanie dowodowe wykazało, że jest to informacja sprzeczna ze stanem faktycznym. Inna byłaby sytuacja, w której Skarżący prawidłowo opisałby posiadane przez osobę wskazaną na stanowisko Menadżera BIM doświadczenie. Gdyby Skarżący przedstawił informacje odpowiadające rzeczywistości, to dałby szansę Zamawiającemu na ich ocenę. Wówczas nawet gdyby Zamawiający doszedł do wniosku, że są to informacje niepotwierdzające spełniania wymagań, to byłby zobligowany do zastosowania art. 26 ust. 3 pzp. Natomiast w niniejszej sprawie mamy do czynienia z podaniem informacji nieprawdziwych, a następnie prezentowaniem argumentacji o niejasności warunku udziału w postępowaniu. Należy przy tym wskazać, że za wprowadzające w błąd zamawiającego należy uznać wszystkie informacje nieprawdziwe, czyli nie mające odzwierciedlenia w rzeczywistości. Zgodzić należy się ze stanowiskiem uczestnika postępowania, że zamawiający, oceniając czy informacje podane przez wykonawcę wprowadzają go w błąd, powinien się ograniczyć wyłącznie do jednoznacznego ustalenia, czy dana informacja jest prawdziwa, czy nieprawdziwa. Aby uznać informację za wprowadzającą w błąd nie jest istotne ustalenie, jaka przyczyna spowodowała, że wykonawca taką informację przedstawił.

Przedstawienie informacji wprowadzających w błąd mogło mieć wpływ na decyzje Zamawiającego - informacje podane przez Konsorcjum (...) dotyczyły wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 6.2.2. lit. c pkt IV SIWZ oraz analogicznego kryterium oceny ofert, w związku z czym, wprowadzenie zamawiającego w błąd w ww. zakresie mogło mieć wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu. Należy zwrócić uwagę, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 17) pzp posługuje się sformułowaniem „mogące mieć wpływ”, istotna jest zatem sama możliwość, a nie skutek co prowadzi z kolei do wniosku, iż dla zastosowania sankcji przewidzianej w tym przepisie wystarczającym jest aby zaistniała możliwość takiego wpływu. W przedmiotowym postępowaniu dodatkowe punkty uzyskane za doświadczenie P. L. przez Konsorcjum (...) miałyby wpływ na kolejność ofert w postępowaniu. W niniejszym postępowaniu Zamawiający powziął informacje o niezetelności informacji przekazanych przez Konsorcjum (...) w wyniku dowodów przedstawionych w toku przetargu przez uczestnika postępowania, następnie Zamawiający wezwał Skarżącego do udzielenia wyjaśnień i w oparciu o tak zgromadzony materiał zdecydował o jego wykluczeniu. Fakt, iż zamawiający nie dokonał wyboru oferty Konsorcjum (...) nie ma znaczenia, gdyż przedstawienie informacji wprowadzających w błąd mogło mieć wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu (z uwagi na charakter błędnych informacji). Informacje podawane w postępowaniu o udzielenie zamówienia są oświadczeniami wiedzy składanymi w sposób celowy, w odpowiedzi na warunki określone przez zamawiającego, zatem ich podanie winno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego, zawodowego charakteru powadzonej przez wykonawców działalności.

Przedstawienie informacji wprowadzających w błąd nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy - Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 października 2019 r. sygn. akt XXIII Ga 1392/18 „Podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 17 może być zastosowana wtedy, gdy działanie wykonawcy cechuje wina nieumyślna. Należy uważać pod uwagę obydwie postaci winy nieumyślnej, czyli niedbalstwo i lekkomyślność. Z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Natomiast lekkomyślność występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, iż ich uniknie”. Postępowanie dowodowe przed KIO wykazało, że K. P. nie było uprawnione do złożenia oświadczeń zawartych w wykazie potwierdzających posiadanie przez Pana P. L. doświadczenia wymaganego w SIWZ. Zwłaszcza w kontekście twierdzenia, że Skarżący dysponował dowodami potwierdzającymi zakres doświadczenia już na etapie składania oferty (por. pkt 84 skargi). Na powyższe zwróciła również uwagę KIO na str. 30 wyroku w sprawie KIO 3222/20 („(...) brak należytej staranności wykonawcy przejawiający się lekkomyślnością związaną z brakiem weryfikacji oświadczeń, w których posiadaniu był wykonawca z materiałami źródłowymi w postaci umowy i protokołów zdawczo - odbiorczych, których treść wskazywała jednoznacznie na określoną niespójność z treścią złożonych oświadczeń”). Co więcej, Konsorcjum (...) konsekwentnie w toku postępowania przetargowego, odwoławczego, jak i skargowego próbowało przekonywać, że P. L. koordynował wykonanie w technologii BIM całej dokumentacji projektowej. Uzyskanie w tym zakresie informacji od głównych projektantów nie było trudne do przeprowadzenia. Skarżący wskazując, że inwestycje były realizowane na rzecz inwestorów prywatnych oraz zarzucając rzekomą stronniczość wszystkich głównych projektantów nawet nie podjęło próby wystąpienia do tych podmiotów o uzyskanie informacji w celu ich porównania z informacjami uzyskanymi od P. L.. Tym samym skarżącemu należy przypisać lekkomyślność lub niedbalstwo w składaniu oświadczeń w celu uzyskania zamówienia publicznego.

Nie można też zgodzić się z argumentacją skarżącego, że brak było podstaw do jego wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp w związku z rzekomą niejednoznacznością warunku określonego w pkt 6.2.2 lit. c pkt IV SIWZ. Skarżący w celu wykazania zasadności tak sformułowanej tezy odwołuje się do definicji „kompletu” dokumentacji projektowej sformułowanej w odniesieniu do doświadczenia projektantów w pkt 6.2.2 lit. c pkt II SIWZ. Argumentacja ta jest bezzasadna, gdyż definicja ta odnosi się do zupełnie innych osób przewidzianych w zespole projektowym niż Menadżer BIM, w odniesieniu do których Zamawiający określił, że dokumentacja ma obejmować projekt budowlany i wykonawczy. Formułując natomiast warunek dotyczący Menadżera BIM, Zamawiający niezależnie od wspomnianej definicji, wymagał aby osoba ta posiadała doświadczenie w koordynowaniu wykonania w technologii BIM kompletnej dokumentacji projektowej. Prawdą jest, że dokumentacja projektowa wykonana w technologii BIM nie może stanowić podstawy do uzyskania prawomocnego pozwolenia na budowę, natomiast bez związku z takim stwierdzeniem jest argument, że definicja ta uniemożliwiła określenie rzeczywistych intencji Przeciwnika skargi w zakresie oczekiwanego doświadczenia Menadżera BIM. Warunek udziału w postępowaniu w odniesieniu do Menadżera BIM posługuje się sformułowaniem „koordynowanie wykonania w technologii BIM kompletnej dokumentacji projektowej dla budowy co najmniej dwóch budynków użyteczności publicznej”. Gdyby rzeczywiście P. L. koordynował wykonanie w technologii BIM kompletnej dokumentacji projektowej skarżący z całą pewnością nie podnosiłby zarzutu niejednoznaczności warunku udziału w postępowaniu.

W konsekwencji słusznie Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zamawiający nie miał obowiązku wezwania skarżącego w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez Konsorcjum (...) określonego w pkt 6.2 ppkt 2) lit. c) IV SIWZ warunku udziału w postępowaniu.

Co prawda zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. W rozpoznawanej sprawie jednak, jak to już zostało wyżej wyjaśnione

Konsorcjum (...) w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a co za tym idzie w takiej sytuacji przepis art. 26 ust. 3 pzp nie znajduje zastosowania. W przeciwnym razie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp byłby w istocie przepisem martwym. Zamawiający zawsze mógłby bowiem dostać szansę zastąpienia w trybie art. 26 ust. 3 pzp informacji wprowadzających w błąd informacjami prawdziwymi. W tym zakresie zaakceptować należy ugruntowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pogląd, że możliwość uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień, o której mówi art. 26 ust. 3 pzp jest wyłączona jeżeli złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa (por. wyrok KIO z dnia 7 marca 2019 r. KIO271/19, wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2020 r. KIO 600/20).

Wymaganie SIWZ, którego dotyczy doświadczenie P. L. jest jasne, natomiast Konsorcjum (...) podało w wykazie wprowadzające w błąd informacje. W przypadku, gdyby Skarżący nie podał niezgodnych ze stanem rzeczywistym informacji dotyczących Menadżera BIM zastosowanie art. 26 ust. 3 pzp byłoby obligatoryjne, jednakże w niniejszej sprawie wypełnienie przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp wyklucza możliwość skorzystania z ww. przepisu.

Powyższe rozważania przesądzają o bezzasadności podniesionych w skardze zarzutów naruszenia przepisów prawa materialnego.

Wskazany przez Konsorcjum (...) jako menadżer BIM P. L. nie spełniał wymogów określonych w pkt 6.2 ppkt 2) lit. c) IV Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, co na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Prawo zamówień publicznych uzasadniało wykluczenie tego wykonawcy z postępowania.

Co więcej i to też zostało wyżej opisane, Konsorcjum (...) zmierzając do wykazania wymaganego doświadczenia P. L. przedstawiło informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu i było to wynikiem co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa. Oznacza to wypełnienie przez skarżącego kolejnej przesłanki wykluczenia z postępowania, tym razem tej opisanej w art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie miał też racji skarżący wskazując, że powinnością zamawiającego było wezwania go do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie określonego w pkt 6.2 ppkt 2) lit. c)

IV Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia warunku udziału w postępowaniu. Jak to zostało wyżej wyjaśnione obowiązek nałożony na zamawiającego dezaktualizuje się w sytuacji kiedy obok przesłanek wykluczenia z postępowania zdefiniowanych w art. 24 ust. 1 pkt 12), wystąpiły również te przewidziane w art. 24 ust. 1 pkt 17) pzp. Z taką zaś sytuacją mieliśmy do czynienia w niniejszej sprawie.

Z przedstawionych względów, uznając podniesione w skardze Konsorcjum (...) zarzuty i argumenty za bezzasadne, Sąd Okręgowy na podstawie art. 588 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (z 2019 r.), skargę tą oddalił.

O kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 589 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych obciążając obowiązkiem ich zwrotu wykonawcę — Konsorcjum (...), którego skarga została w całości oddalona. Zgodnie z tym przepisem strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku.

Koszty postępowania wywołanego wniesieniem skargi, poniesione przez przeciwnika skargi - zamawiających Szpital (...) w P. oraz Uniwersytetowi (...) w P. sprowadzają się do wynagrodzenia reprezentujących ich radców prawnych w kwocie 12 500 zł ustalonego od wartości przedmiotu zaskarżenia na podstawie § 2 pkt 9 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz.U z 2018 r., poz. 265 ze zm.), z uwzględnieniem okoliczności, iż pełnomocnicy zamawiającego prowadzili sprawę również przed Krajową Izbą Odwoławczą, tj. 50% stawki minimalnej.

Wypada zauważyć, że żaden przepis w/w rozporządzenia nie określa wysokości wynagrodzenia radcy prawnego w sprawach ze skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej. Brak jest również podstaw by poszukiwać dalekich analogi z innymi przepisami określającymi wysokość stawki w poszczególnych rodzajach spraw. Dlatego zdaniem Sądu zastosowanie powinny tu znaleźć postanowienia § 2 rozporządzenia określającego w sposób najbardziej ogólny stawki minimalne uzależniającego ich wysokość od wartości przedmiotu sprawy (tu zaskarżenia).

Koszty postępowania wywołanego wniesieniem skargi, poniesione przez przystępującego Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) S.A. w W. i (...) w V. również prowadzą się do wynagrodzenia reprezentujących ich pełnomocników w kwocie 12 500 zł ustalonego od wartości przedmiotu zaskarżenia na podstawie § 2 pkt 9 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz.U z 2018 r., poz. 265 ze zm.) oraz § 2 pkt 9 w zw. z §10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (t.j. Dz.U z 2015 r., poz. 1800 ze zm.), z uwzględnieniem okoliczności, iż pełnomocnicy przystępującego prowadzili sprawę również przed Krajową Izbą Odwoławczą, tj. 50% stawki minimalnej.

Andrzej Sobieszkański Magdalena Nałęcz Bolesław Wadowski