

Wrocław, dnia 27 lutego 2020 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej  
Krajowa Izba Odwoławcza  
ul. Postępu 17 A  
02-676 Warszawa

**Zamawiający:** Dolnośląskie Centrum Onkologii,  
pl. Hirszfelda 12, 54-413 Wrocław  
e-mail: dzp@dco.com.pl

**Odwołujący:** Miastoprojekt Wrocław sp. z o.o.  
*reprezentowana przez:*  
**r.pr. Grzegorza Rutkowskiego**  
SQUARE Kancelarii Prawna  
ul. Piłsudskiego 13, lok. 506, 50-048 Wrocław  
tel: 516 822 671  
e-mail: grzegorz.rutkowski@ps-legal.pl

**Nr ref. zamówienia:** ZP/PN/56/19/NPR/JG

#### ODWOŁANIE

**w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o nr ref. ZP/PN/56/19/NPR/JG**

Działając w imieniu Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Snopkowa 2B, 52-225 Wrocław (dalej: **Odwołujący**), będąc należycie umocowanym do jego reprezentacji na podstawie pełnomocnictwa (w załączeniu), na podstawie art. 180 ust. 1 i ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) Prawo zamówień publicznych (dalej: **PZP**), **wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami PZP czynności Dolnośląskiego Centrum Onkologii z siedzibą we Wrocławiu, pl. Hirszfelda 12, 54-413 Wrocław (dalej: Zamawiający) podjętych oraz zaniechanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Opracowanie Programu Funkcjonalno-Użytkowego oraz świadczenie usług doradztwa technicznego podczas postępowania o zamówienie publiczne na budowę nowego szpitala onkologicznego”, prowadzonego pod znakiem: ZP/PN/56/19/NPR/JG (dalej: Postępowanie), tj. wyboru oferty najkorzystniejszej, pomimo zaistnienia podstaw do jej odrzucenia oraz zaistnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy, który ofertę tę złożył, jak również dokonania błędnej oceny ofert.**

Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 PZP Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone wobec następujących czynności Zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w toku Postępowania, a polegających na:

- 1) niewykluczeniu konsorcjum: Graph'it Sp. z o.o., ECM Group S.A., N+ parametric Design Mieszko Niedźwiecki (dalej: **Konsorcjum**) pomimo zaistnienia przesłanek do dokonania tej czynności;

- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: **SIWZ**);
- 3) wyborze oferty złożonej przez Konsorcjum jako najkorzystniejszej pomimo okoliczności, o których mowa w punkcie 1 i 2 powyżej;
- 4) wyborze oferty złożonej przez Konsorcjum, pomimo iż była ona mniej korzystna niż oferta Odwołującego.

Wyżej wymienionym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący stawia następujące zarzuty:

- 1) zarzut naruszenia **art. 24 ust. 1 pkt 12) PZP** poprzez jego niezastosowanie, wyrażające się w zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum, podczas gdy Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. posiadania doświadczenia, o którym mowa w pkt. 5.1.2.1.a oraz 5.1.2.1.c SIWZ oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, o których mowa w pkt. 5.1.2.1.d1-d4 SIWZ.
- 2) zarzut naruszenia **art. 24 ust. 1 pkt 16) PZP** poprzez jego niezastosowanie, wyrażające się w zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum, podczas gdy Konsorcjum - w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, tj. posiada doświadczenie, o którym mowa w pkt 5.1.2.1.a) oraz pkt. 5.1.2.1.c) SIWZ, a także, że członkowie zespołu Konsorcjum posiadają doświadczenie, o którym mowa w pkt 5.1.2.1.d1) SIWZ, w pkt. 5.1.2.1. d2) SIWZ oraz w pkt. 5.1.2.1. d4) SIWZ oraz ewentualnie: art. 24 ust. 1 pkt 17) PZP, jeśli Konsorcjum nie można będzie przypisać działania zamierzonego lub rażącego niedbalstwa, gdyż działanie to nosi znamiona co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, a przedstawione informacje wprowadziły Zamawiającego w błąd i mogły mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w Postępowaniu;
- 3) zarzut naruszenia **art. 24 ust. 1 pkt 12) PZP** w zw. z **art. 24 ust. 1 pkt 15) PZP** poprzez jego niezastosowanie, wyrażające się w zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum podczas gdy oświadczenia złożone przez konsorcjantów nie spełniają wymogu, o którym mowa w pkt. 5.5.1.3 SIWZ a przez to nie mogą stanowić dokumentu, na mocy którego wykazano skutecznie brak podstaw do wykluczenia po stronie Konsorcjum;
- 4) zarzut naruszenia **art. 24 ust. 1 pkt 17) PZP** poprzez jego niezastosowanie, wyrażające się w zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum, podczas gdy jeden z konsorcjantów – ECM Group S.A. - w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informację wprowadzającą w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, poprzez zaznaczenie w JEDZ odpowiedzi „nie” w polu odnoszącym się do „bycia winnym poważnego wprowadzenia w błąd” (str. 13 JEDZ);
- 5) zarzut naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP** poprzez jego niezastosowanie, wyrażające się w zaniechaniu odrzucenia przez Zamawiającego oferty Konsorcjum, która nie odpowiada treści SIWZ w zakresie w jakim Konsorcjum przedstawiło do wykonania zamówienia osoby niespełniające wymogów, o których mowa w pkt. 5.1.2.1.d1)-d4) SIWZ w zw. z pkt 13.2.2 SIWZ oraz § 2 ust. 1 lit. a-d Załącznika nr 4 do SIWZ – wzór Umowy;
- 6) zarzut naruszenia **art. 91 ust. 1 PZP** poprzez błędną ocenę ofert skutkującą przyznaniem niewłaściwej ilości punktów w pozacenowym kryterium oceny oferty Konsorcjum, tj. w zakresie

doświadczenia Głównego Projektanta oraz Specjalisty ds. efektywności energetycznej i odnawialnych źródeł energii.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 180 ust. 3 PZP, Odwołujący **wnosi o:**

- 1) merytoryczne rozpoznanie oraz uwzględnienie Odwołania w całości;
- 2) przeprowadzenie dowodów z dokumentów przedstawionych w formie załączników do Odwołania, jak również z zeznań świadków wskazanych w Odwołaniu, których obecność Odwołujący zobowiązuje się zapewnić na posiedzeniu KIO;
- 3) nakazanie Zamawiającemu:
  - a. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
  - b. wykluczenia Konsorcjum z Postępowania oraz odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum;
  - c. ewentualnie – w braku podstaw do wykluczenia Konsorcjum z Postępowania- odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum, jako niezgodnej z SIWZ;
  - d. powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego;
  - e. ewentualnie - z daleko idącej ostrożności procesowej - powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przy zastosowaniu właściwych ocen złożonych ofert w kryterium pozacenowym - doświadczenie zespołu oraz przyznanie Konsorcjum:
    - i. 0 punktów za doświadczenie Kierownika Zespołu,
    - ii. 0 punktów za Głównego Projektanta,
    - iii. 9 punktów za Technologa Medycznego,
    - iv. 0 punktów za Specjalistę ds. efektywności energetycznej i odnawialnych źródeł energii,
    - v. 3 punktów za Specjalistę BIM.
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów wpisu oraz uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł wg. norm przepisanych.

## UZASADNIENIE

### I. STAN FAKTYCZNY

1. Zamawiający w dniu 15 października 2019 r. na swojej platformie zakupowej opublikował ogłoszenie o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o nr referencyjnym ZP/PN/56/19/NPR/JG na opracowanie Programu Funkcjonalno-Użytkowego oraz świadczenie usług doradztwa technicznego podczas postępowania o zamówienie publiczne na budowę nowego szpitala onkologicznego. Termin na składanie ofert określony został ostatecznie na dzień 29 listopada 2019 r.
2. Przedmiot zamówienia publicznego w ramach ogłoszonego Postępowania został przez Zamawiającego podzielony na 2 części, tj.:
  - a) część pierwsza – świadczenie kompleksowej usługi doradztwa technicznego przy wyborze wykonawcy inwestycji;
  - b) część druga – sporządzenie dokumentacji technicznej wymaganej do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na zaprojektowanie i budowę nowego szpitala onkologicznego we Wrocławiu;i precyzyjnie określony zarówno w SIWZ, jak i załącznikach do niego. W załączeniu Odwołujący przedkłada treść SIWZ (**Załącznik nr 5**).
3. Zamawiający w dniu 29 listopada 2019 r. poinformował oferentów o złożeniu 2 ofert w Postępowaniu. **Oferty zostały złożone przez Odwołującego oraz Konsorcjum (Załącznik nr 6)**.
4. W trakcie Postępowania, Odwołujący kilkakrotnie występował do Zamawiającego z wnioskiem o uzyskanie wglądu do ofert i korespondencji między Zamawiającym a Konsorcjum, w tym w dniu 2 grudnia 2019 r., 20 grudnia 2019 r., 14 stycznia 2020 r., 18 lutego 2020 r., 24 lutego 2020 r. oraz 25 lutego 2020 r.
5. Wskutek uzyskania informacji o ofercie Konsorcjum, a jeszcze przed rozstrzygnięciem Postępowania, Odwołujący wielokrotnie zwracał uwagę Zamawiającego na występujące nieścisłości, błędy, czy wręcz nieprawdziwe informacje zawarte przez Konsorcjum w ofercie oraz w jej załącznikach. Informacje te Odwołujący przekazał w pismach z dnia 10 grudnia 2019 r., 27 stycznia 2020 r., 6 lutego 2020 r. (Załączniki nr 7, 8, 9). We wskazanych pismach Odwołujący zwracał uwagę na zdecydowaną większość naruszeń, których dotyczy niniejsze Odwołanie, a zatem należy przyjąć, że Zamawiający uzyskał świadomość ich istnienia.
6. W dniu 18 lutego 2020 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej (Załącznik nr 10).



7. Wobec powyższego, Odwołujący w następstwie powziętych wątpliwości, wniósł niniejsze Odwołanie kwestionując zgodność z prawem wyboru oferty Konsorcjum w Postępowaniu.

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

8. Celem wykazania spełnienia warunku, o którym mowa w pkt. 5.1.2.1.a) SIWZ<sup>1</sup>, Konsorcjum przedstawiło trzy doświadczenia:
- sporządzenie programu funkcjonalno użytkowego (dalej: **PFU**) wraz z wielobranżową koncepcją dla projektu rozbudowy i Rozwoju Dolnośląskiego Ośrodka Medycyny Innowacyjnej (dalej: **DOMI**),
  - sporządzenie projektu budowlanego Nowego Szpitala Powiatowego w Żywcu,
  - sporządzenie PFU wraz z wielobranżową koncepcją dla projektu budowy „King Saud University Endowment Private Hospital”.
9. Doświadczenia powyższe, by spełniać wymogi SIWZ musiały być **wykonane z wymogiem BIM**. Wymóg BIM zgodnie z SIWZ, pkt 5.1 w części „UWAGA” oznacza obowiązek wykonania koncepcji lub projektu budowlanego w formie modeli BIM i obowiązek ten musiał być zawarty w zamówieniu, tj. umowie, kontrakcie z wykonawcą, a także obejmować wykonanie **PFU wraz z koncepcją architektoniczną i koncepcją wielobranżową lub projekt budowlany**.
- i. **niezgodność doświadczenia Konsorcjum nabytego w ramach projektu na Dolnośląski Ośrodek Medycyny Innowacyjnej z wymogami SIWZ**

### **a) niewykazanie spełnienia wymogu BIM w doświadczeniu Konsorcjum**

10. W załączonym do oferty Konsorcjum oświadczeniu JEDZ wykonawcy N+ parametric design Mieszko Niedźwiecki, w cz. IV, pkt C, dotyczącej zdolności technicznej i zawodowej, wykonawca ten wskazał, że: *wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert [...] co najmniej 1 (jedną) usługę polegającą na wykonaniu programu funkcjonalno-użytkowego wraz z koncepcją architektoniczną i koncepcją wielobranżową (w zakresie co najmniej branży konstrukcyjnej, sanitarnej, elektrycznej) z wymogiem BIM lub projektu budowlanego z wymogiem BIM dla budowy obiektu szpitala o następujących parametrach: powierzchnia użytkowa co najmniej 10 000 m<sup>2</sup>; obiekt składający się co najmniej z: dwóch sal operacyjnych, części diagnostycznej i części łóżkowej. (Dolnośląski Ośrodek Medycyny Innowacyjnej (DOMI), o powierzchni użytkowej 17500m<sup>2</sup>, 10 sal operacyjnych, części diagnostycznej i części łóżkowej, rok wykonania zamówienia 2017) (Załącznik nr 11 – JEDZ wszystkich konsorcjantów). Konsorcjum wskazało również na tę okoliczność referencje (Załącznik nr 12).*

---

<sup>1</sup> *wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), co najmniej 1 (jedną) usługę polegającą na wykonaniu programu funkcjonalno-użytkowego wraz z koncepcją architektoniczną i koncepcją wielobranżową (w zakresie co najmniej branży konstrukcyjnej, sanitarnej, elektrycznej) z wymogiem BIM lub projektu budowlanego z wymogiem BIM dla budowy obiektu szpitala o następujących parametrach:*

- *powierzchnia użytkowa co najmniej 10 000 m<sup>2</sup>;*
- *obiekt składający się co najmniej z: dwóch sal operacyjnych, części diagnostycznej i części łóżkowej.*

11. Celem weryfikacji doświadczenia N+ parametric design Mieszko Niedźwiecki wskazanego w cz. IV, pkt C oświadczenia JEDZ tego podmiotu, Odwołujący zwrócił się w dniu 12 grudnia 2019 r. z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej (Załącznik nr 13) do Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego z siedzibą we Wrocławiu (dalej: **WSSK**), będącego zamawiającym w projekcie na DOMI.
12. W odpowiedzi przesłanej Odwołującemu przez WSSK w dniu 20 grudnia 2019 r. (Załącznik nr 14) WSSK wprost stwierdził, że **nie było wymogu zastosowania technologii projektowania BIM** w ramach projektu na DOMI. Do przedmiotowej odpowiedzi WSSK załączył skan umowy zawartej między WSSK, a N+ parametric design w dniu 10 sierpnia 2017 r. (Załącznik nr 15), który **potwierdza brak sformułowania przez WSSK obowiązku zastosowania BIM**.
13. Analiza umowy prowadzi do wniosku, że nie zobowiązywała ona wykonawcy do wykonania usługi w technologii BIM. Powyższe wynika zarówno z treści zobowiązania objętego § 1 ust. 1 umowy – opisującego przedmiot zamówienia, z Załącznika nr 1 do umowy – stanowiącego szczegółowy „zakres rzeczowy opracowania”, a także z § 2 ust. 1 pkt. 2) umowy, który stanowi o formie, w jakiej opracowanie miało zostać dostarczone, przy czym w zakresie formy elektronicznej wymienia jedynie pliki z rozszerzeniem PDF, DOC lub DOCX. Powyższe w sposób jednoznaczny wyklucza obowiązek (a nawet uprawnienie) wykonawcy do sporządzenia i przekazania dokumentacji w innej niż przewidziana (tj. papierowa, PDF, DOC lub DOCX) formie. Zastosowanie technologii BIM wymagałoby zaś przedstawienia co najmniej plików w formacie IFC (tak jak wymagane w OPZ niniejszego Postępowania). Co znamienne, sama umowa **w żadnym miejscu nie wspomina** o technologii BIM. Zamawiający, który oczekiwałby opracowania dokumentacji w postaci modeli BIM określiłby umownie co najmniej podstawowe parametry, np. tak, jak zrobił to Zamawiający w Postępowaniu, określając w Opisie Przedmiotu Zamówienia (stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ) czego oczekuje. W dowód powyższego, Odwołujący przytacza fragment Opisu Przedmiotu Zamówienia z Postępowania (Załącznik 16). W dziale I punkt 2.2, dziale IV punkt 2. oraz dziale IX wskazane są bardzo szczegółowe postanowienia w zakresie technologii BIM.
14. Ewentualne zastosowanie technologii BIM w postępowaniu prowadzonym przez WSSK mogło mieć więc miejsce wyłącznie z własnej, dobrowolnej inicjatywy wykonawcy N+ parametric design Mieszko Niedźwiecki. W dokumentach posiadanych przez WSSK brak jednak śladu takiego działania konsorcjanta, co znajduje potwierdzenie w treści notatki, o której mowa w pkt. 21 Odwołania.
15. Powyższych wniosków nie zmieniają przesłane przez N+ parametric design Mieszko Niedźwiecki referencje wystawione przez WSSK w dniu 10 lutego 2020 r., stanowiące załącznik do pisma Konsorcjum z tego samego dnia (Załącznik nr 17) Zgodnie z informacją tam zawartą „PFU [...] autorstwa N+ parametric design, został wykonany zgodnie z wymogiem parametric design (projektowanie parametryczne) w 2017 roku”. Trudno ocenić, co autor dokumentu miał na myśli, używając sformułowania „projektowanie parametryczne. Sformułowanie „projektowanie parametryczne” nie jest na pewno tożsame z pojęciem projektowanie w technologii BIM.
16. Znamienne jest, że w dokumencie z 10 lutego 2020 r., **Dyrektor WSSK zupełnie wycofał się z wcześniejszego wskazania, że w zamówieniu DOMI istniał wymóg sporządzenia dokumentacji w technologii BIM**. Nie da się oprzeć wrażeniu, że ma to związek z zapytaniami o udzielenie informacji

publicznej, które na rzecz Odwołującego zostały skierowane do WSSK, celem wyjaśnienia niejasności, co do tego, czy wymóg BIM w projekcie tym istniał, czy też nie. Na te zapytania WSSK udzieliło bowiem bardzo jednoznacznej odpowiedzi- że takiego wymogu nie było.

17. W związku z powyższym, nowe referencje nadal nie precyzują z jakiej technologii projektowania korzystało N+ parametric design Mieszko Niedźwiecki w ramach projektu na DOMI. **W obliczu powstałych wątpliwości, nie można uznać, iż N+ parametric design zrealizowało usługę z wykorzystaniem BIM. Co więcej, powstałe wątpliwości i załączoną odpowiedź WSSK z 20 grudnia 2019 r. należy interpretować jako jednoznacznie potwierdzającą, iż brak było w projekcie DOMI wymogu stosowania technologii BIM.**
18. Tym samym, w ocenie Odwołującego, doświadczenie tu omawiane **nie może zostać uznane za spełniające wymogi SIWZ**. Zauważyć należy, że Zamawiający wprost wskazał w odpowiedziach na pytania oferentów (dokument z dnia 6 listopada 2019 r. znak: EZP/1616/19, odpowiedź nr 15; Załącznik nr 18), że nie uzna doświadczenia, jeśli w danym zamówieniu mającym potwierdzać warunki SIWZ Postępowania, zamawiający nie przewidywał wprost **obowiązku** zastosowania technologii BIM. Pytanie dotyczy co prawda spełniania warunku w postaci doświadczenia Głównego Projektanta (pkt 5.1.2.1.d2 SIWZ), jednak treść tego warunku jest tożsama z treścią warunku dla wykonawcy (pkt 5.1.2.1.a SIWZ).
19. Nie ulega wątpliwości, że odpowiedzi Zamawiającego na pytania oferentów zadane do treści SIWZ, w świetle dotychczasowego ugruntowanego orzecznictwa zarówno KIO, jak też sądów okręgowych, mają status **bezwzględnie wiążący** (tak KIO w wyroku z dnia 11 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 929/18).
20. Dla porównania Odwołujący pragnie przytoczyć treść wzoru umowy, przyjętego jako załącznik nr 4 do SIWZ w niniejszym Postępowaniu, w której zawarty został wymóg projektowania w technologii BIM. W umowie tej postanowienia zobowiązujące do zastosowania rzeczzonej technologii brzmią następująco:  
*3.1. Głównym celem zastosowania BIM jest uzyskanie jak najlepszej pod kątem rozwiązań funkcjonalnych koncepcji wielobranżowej w postaci trójwymiarowego modelu oraz części rysunkowej dokumentacji technicznej, które będą stanowić część materiałów Zamawiającego udostępnionych podczas postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wyłonienie Wykonawcy Inwestycji.*
21. Odwołujący wskazuje ponadto, że w odpowiedzi na złożony przez niego wniosek o udostępnienie informacji publicznej z dnia 30 grudnia 2019 r. (Załącznik nr 19) WSSK umożliwił mu wgląd do opracowania wykonanego przez N+ parametric design w ramach projektu na Dolnośląski Ośrodek Medycyny Innowacyjnej. Po przeprowadzeniu weryfikacji opracowania wykonanego przez N+ parametric design przez mgr. inż. budownictwa Piotra Wachulca oraz mgr. inż. architekta Grzegorza Czausa, należy zdecydowanie stwierdzić, iż nie nosi ono znamion sporządzenia go w technologii BIM. W szczególności brak jest tam jakichkolwiek odwołań do dokumentacji sporządzonej w formie elektronicznej – co wiązałoby się ze sporządzeniem dokumentacji w technologii BIM. Z powyższego wglądu sporządzona została notatka (Załącznik nr 20), załączona do niniejszego Odwołania.
22. Tak więc, jako że zamawiający WSSK w projekcie na Dolnośląski Ośrodek Medycyny Innowacyjnej nie zobowiązał N+ parametric design do zastosowania wymogu BIM, a zastosowanie tej technologii nie

wynika ani z informacji udzielonej w ramach dostępu do informacji publicznej, ani z wglądu do rezultatu prac konsorcjanta, doświadczenie to nie spełnia wymogów pkt 5.1.2.1. a) SIWZ i jako takie nie mogło zostać uznane przez Zamawiającego w przedmiotowym Postępowaniu.

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

23. Wskutek wskazanego wyżej wglądu do opracowania wykonanego przez N+ parametric design w ramach projektu na DOMI, Odwołujący stwierdza również, że opracowanie to nie stanowi PFU, które jest zgodne z definicją przewidzianą przez SIWZ. Wskazać bowiem należy, że Zamawiający w SIWZ (s. 4) zdefiniował pojęcie programu funkcjonalno-użytkowego poprzez odwołanie się do art. 31 ust. 2 i 3 ustawy PZP oraz przepisów wykonawczych do tej ustawy. Tym samym, spełnienie warunków udziału w Postępowaniu wymagało od oferentów legitymowania się doświadczeniem, w którego zakres wchodziło wykonanie programu funkcjonalno-użytkowego zgodnego z przepisami ustawy PZP, a także wydanego na jej podstawie Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (t.j. Dz.U. 2013 poz. 1129) (dalej: **Rozporządzenie**).
24. Brak zgodności pomiędzy sporządzonym opracowaniem, a przepisami Rozporządzenia wskazuje już treść umowy zawartej przez N+ parametric design z WSSK we Wrocławiu, której tytuł mówi o **KONCEPCJI MEDYCZNEGO PFU** DLA DOMI. Już samo użycie słowa „koncepcja medycznego PFU” zawęża charakter opracowania, podczas gdy SIWZ wyraźnie stanowi, iż winien być to „*program funkcjonalno-użytkowy wraz z koncepcją architektoniczną i koncepcją wielobranżową (w zakresie co najmniej branży konstrukcyjnej, sanitarnej, elektrycznej)*”. Przytoczone wyżej sformułowanie opisujące treść przedmiotu umowy pomiędzy WSSK a N+ parametric design potwierdza ponadto, że opracowanie architekta Mieszka Niedźwieckiego nie miało od początku stanowić kompletnej dokumentacji PFU, a samą jego „koncepcję”. Bezsprzeczne jest więc, iż Zamawiający w SIWZ wymaga doświadczenia w opracowaniu o wiele szerszym, niż to dokonane dla WSSK. Przyjęcie innego wniosku sprzeciwiałoby się celom, dla których sporządzane jest PFU, tj. określeniu kompletnych wymagań i oczekiwań zamawiającego dotyczących danego zadania budowlanego, w zakresie ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, które umożliwi także oferentom (wykonawcom robót budowlanych) przygotowanie ofert (zwłaszcza w zakresie obliczenia ceny każdej oferty). Tym samym, przytoczony wyżej indywidualny sposób definiowania „PFU” zastosowany w projekcie DOMI nie może zostać uznany za odpowiadający rozumieniu terminu PFU w Postępowaniu. Powyższe potwierdza tak tytuł umowy, jej treść, jak i notatka z wglądu do samego Opracowania.
25. Na uwagę zasługuje ponadto okoliczność, że w żadnym miejscu umowy nie odsyła ona do obowiązku sporządzenia PFU zgodnie z przepisami Rozporządzenia. Z powyższego należy wysnuć jednoznaczny wniosek, iż takiego zobowiązania w umowie nie było. Jak wskazano zaś wyżej, PFU zostało zdefiniowane na potrzeby SIWZ przez Zamawiającego, jako zgodne z przepisami Rozporządzenia, a zatem ta definicja powinna również obowiązywać w zakresie interpretacji postanowień pkt 5.1.2.1.a) SIWZ wskazujących na zakres wymaganego doświadczenia od wykonawcy.



26. Trzeba też podkreślić, że w umowach w których zamawiający wymagają zgodności PFU z Rozporządzeniem takie **postanowienie standardowo pojawia się bezpośrednio w treści umowy** (wzoru umowy). Odwołujący przywołuje przykładowe treści takich wzorów umów, które zawierają sporządzenie PFU zgodnego z Rozporządzeniem (Załącznik nr 21, 22, 23, 24), czyli takich, jakie wymagane są w SIWZ przedmiotowego Postępowania. Postanowienia te przyjmują następujące treści:

Przykład 1

2. Do podstawowych obowiązków Wykonawcy należy:

- 1) *Opracowanie mapy do celów projektowych.*
- 2) ***Opracowanie PFU w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami, a w szczególności: normami, warunkami technicznymi i techniczno-pożarowymi, przepisami prawa budowlanego oraz Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2013 r. poz. 1129).***
- 3) *Opracowanie PFU w sposób zgodny z wstępnymi ustaleniami, o których mowa w ust. 1*
- 4) *pkt. 1.*
- 5) *Uzyskanie od właściwych instytucji technicznych warunków i opinii w zakresie niezbędnym do opracowania PFU,*
- 6) *Opracowanie PFU przy zastosowaniu najkorzystniejszych rozwiązań technicznych i ekonomicznych;*
- 7) *Szczegółowa wizja lokalna;*
- 8) *Ponoszenie wszelkich kosztów związanych z opracowaniem PFU i innych niezbędnych opracowań, w tym w szczególności kosztów zakupu map, wypisów i wyrysów z ewidencji gruntów, kosztów uzyskania opinii, decyzji, kosztów związanych z przeprowadzeniem prac geotechnicznych itp.8) Uzyskanie w niezbędnym zakresie wszelkich wymaganych opinii branżowych oraz wykonanie niezbędnych opracowań związanych z wykonaniem PFU.*
- 9) *Wykonanie opinii geotechnicznej.*

Przykład 2

1. Wykonawca przyjmuje do realizacji w ramach zadania budżetowego pn.: „Modernizacja Stadionu Żużlowego” opracowanie kompletnego „Programu Funkcjonalno – Użytkowego” wraz z:

- b. *mapą do celów projektowych;*
- c. *dokumentacją z badań geologicznych gruntu;*
- d. *wszystkimi rzutami oraz przekrojami i elewacjami niezbędnymi do przedstawienia zakresu inwestycji;*
- e. *inwentaryzacją stanu istniejących;*
- f. *wizualizacją obiektów budowlanych – min. 5 ujęć;*

*dla planowanej inwestycji na terenie obiektu Stadionu Żużlowego w Opolu, zwanego dalej jako „przedmiot zamówienia” lub „przedmiot umowy”.*

2. ***Opracowany Program Funkcjonalno – Użytkowy powinien być wykonane zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie***

*szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 1129) oraz dodatkowo powinien zawierać:*

- a. *Przedmiar robót remontowych – 3 egz.,*
- b. *Szacunkowy kosztorys inwestorski – 3 egz.,*
- c. *Zbiornicze zestawienie kosztów – 3 egz.,*
- d. *Informację dotyczącą bezpieczeństwa i ochrony zdrowia – 3 egz.,*
3. *Przedmiot zamówienia powinien być wykonany w stanie kompletnym, niezbędnym do realizacji celu, któremu ma służyć.*
4. *Przedmiot umowy powinien być wykonany zgodnie z Umową, obowiązującym przepisami, zasadami wiedzy technicznej i normami.*
5. *Program Funkcjonalno – Użytkowy powinien zawierać możliwość etapowania prac.*
6. *Program Funkcjonalno - Użytkowy (PFU) powinien obejmować opis zadania budowlanego, o którym mowa w ust. 1 Umowy, z podaniem przeznaczenia ukończonych robót budowlanych oraz stawiany im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne zgodnie z art. 31 ust. 3 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1579).*

#### Przykład 3

1. *Przedmiotem Umowy jest opracowanie programu funkcjonalno-użytkowego (zwanego dalej „PFU”) dla zadania pod nazwą „Przebudowa budynku Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji przy ul. Stefana Batorego 5 w Warszawie związana ze zmianą aranżacji bufetu”.*
2. *Przedmiot Umowy obejmuje także:*
  - 1) *wykonanie ekspertyzy konstrukcyjno-budowlanej fragmentu IV i V piętra budynku,*
  - 2) *wykonanie projektu technologicznego kuchni jako rozwinięcie koncepcji aranżacji,*
  - 3) *przeprowadzenie badań geotechnicznych dla potrzeb PFU,*
  - 4) *obliczenie planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych,*
  - 5) *wspomaganie Zamawiającego w procesie wyboru wykonawcy dokumentacji projektowej i robót budowlanych oraz pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją PFU.*
3. *PFU powinien zostać opracowany we współpracy z Zamawiającym i musi być wykonany zgodnie z obowiązującymi przepisami, w szczególności rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2013 r. poz. 1129) oraz rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. Nr 130 poz. 1389).*
4. *PFU ma służyć m.in. jako opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane, zgodnie z art. 31 ustawy, do przygotowania oferty przez wykonawcę robót budowlanych, w szczególności w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.*

5. Wykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu Umowy, określonego w ust. 1 i 2, zgodnie z zakresem i wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 1 do Umowy oraz zgodnie z obowiązującymi w tej mierze przepisami prawa.
6. Wykonawca sporządzi przedmiot Umowy, określony w ust. 1 i 2, w całości w języku polskim.

#### Przykład 4

3. Zakres i forma Programu funkcjonalno-użytkowego winna być zgodna z warunkami określonymi w rozdziale 4 **Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2.09.2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno - użytkowego** (Dz. U. nr 202 poz. 2072 z późniejszymi zmianami).

Próżno szukać tego rodzaju postanowień w umowie zawartej przez N+ parametric design Mieszko Niedźwiecki.

27. Opracowanie wykonane przez architekta Mieszka Niedźwieckiego jest niezgodne z wymogami Postępowania. Na dowód powyższego, do niniejszego Odwołania Odwołujący przedłożył powołaną wcześniej notatkę z czynności wglądu mających miejsce w dniach 9 stycznia 2020 r. i 6 lutego 2020 r. oraz kopię umowy uzyskanej od WSSK.
28. Odwołujący, po przeprowadzeniu analizy przedmiotowego Opracowania (w wyniku wglądu, o którym mowa wyżej) pod kątem zgodności z treścią Rozporządzenia zidentyfikował następujące niezgodności:
  - a. **§ 15 Rozporządzenia** przewiduje, że: Program funkcjonalno-użytkowy służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych.  
**Wedle Odwołującego, Opracowanie nie umożliwi określenia ceny ofert oraz zakresu prac projektowych;**
  - b. niezgodność z **§ 18 Rozporządzenia**, w postaci braku określenia w Opracowaniu:
    - wskaźników powierzchniowo-kubaturowych, w tym wskaźnika określającego udział powierzchni ruchu w powierzchni netto, zgodnie z ust. 2 pkt 4)b),
    - określenia wielkości możliwych przekroczeń lub pomniejszenia przyjętych parametrów powierzchni i kubatur lub wskaźników, zgodnie z ust. 2 pkt 4)d),
    - wymagań dotyczących przygotowania terenu budowy w związku z przedmiotem zamówienia, zgodnie z ust. 3 pkt 1),
    - braku precyzyjnego ujęcia wymagań w stosunku do przedmiotu zamówienia, zgodnie z ust. 3 pkt 3-5), obejmujących i) konstrukcję, ii) instalację, iii) wykończenia,
    - braku opisu wymagań, zgodnie z ust. 4 pkt 1) i 2) dotyczących odpowiednio: cech obiektu w zakresie rozwiązań budowlano-konstrukcyjnych i wskaźników ekonomicznych, a także warunków wykonania i odbioru robót;
  - c. niezgodność z **§ 19 Rozporządzenia**, w postaci braku określenia w Opracowaniu:
    - dokumentów potwierdzających zgodność zamierzenia budowlanego z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów, zgodnie z pkt 1),

- przepisów prawa i norm związanych z projektowaniem i wykonaniem zamierzenia budowlanego, zgodnie z pkt 3),
  - dokumentów, o których mowa w pkt 4) a)-f), a także pkt h) oraz i),
  - szczegółowych danych w zakresie inwentaryzacji lub dokumentacji obiektów, zgodnie z pkt 4) g).
29. Powyższe potwierdzać mają zeznania osób, które zapoznały się z Opracowaniem:  
**Dowód:** zeznania Pana Grzegorza Czausa – mgr inż. architekta,  
zeznania Pana Piotra Wachulca – mgr inż. budownictwa.
30. Należy w tym miejscu również zwrócić uwagę, iż **Opracowanie w żadnym wypadku nie może być uznane za tzw. „koncepcję wielobranżową”**, do której również wprost odnosi się pkt. 5.1.2.1.a) SIWZ. Z umowy, ani zawartości Opracowania taka wielobranżowość absolutnie nie wynika. Co więcej sam tytułu umowy wskazuje, iż koncepcja ma jedynie charakter medyczny, **nie miała więc zawierać i nie zawiera koncepcji w branży konstrukcyjnej, sanitarnej czy elektrycznej**. Wskazuje na to również zawarta w badanym Opracowaniu informacja o jego autorach. Wskazane są wyłącznie osoby Pana Mieszka Niedźwieckiego i Pani Elżbiety Niedźwieckiej, którzy są architektami i **nie posiadają wymaganych kompetencji**, w tym uprawnień do sporządzenia opracowań w zakresie dokumentacji projektowej branży konstrukcyjnej, elektrycznej czy sanitarnej.
31. Kolejnym pośrednim dowodem wskazującym, że Opracowanie nie spełnia warunków określonych w SIWZ, jest **wysokość wynagrodzenia przewidzianego za jego wykonanie**. Umowa zawarta pomiędzy WSSK a N+ parametric desing określa **wynagrodzenie na kwotę 97.561 zł netto**. Obiekt DOMI jest tylko nieznacznie mniejszy od obiektu będącego przedmiotem niniejszego Postępowania. Biorąc pod uwagę wysokość oferty Konsorcjum i zakładając (niezwykle korzystnie dla Konsorcjum), że tylko 75% wynagrodzenia przypada na część dotyczącą opracowania PFU wraz koncepcją wielobranżową, otrzymujemy wynagrodzenie w wysokości ponad 2 mln zł netto. **Opracowanie dla DOMI kosztowało ok. 5% tej kwoty**. Logika i zdrowy rozsądek każą wysnuć wniosek, że gdyby Opracowanie dla DOMI miało spełniać wymagania SIWZ musiałyby kosztować wielokrotność wynagrodzenia określonego w zawartej przez konsorcjanta umowie. Z powyższych okoliczności można wysnuć jeszcze jeden wniosek. Konsorcjum w Wykazie Usług (Załącznik nr 25) nie podało ich wartości, choć formularz Wykazu zawierał takie pole, a pkt. 5.5.2.1 SIWZ wprost takiej informacji wymagał. Odwołujący może jedynie przypuszczać, że działanie takie nie było przypadkowe, a miało na celu nieujawnianie absurdalnie niskiej – jak na wymogi stawiane dla doświadczenia wykonawcy przez SIWZ w niniejszym Postępowaniu - wartości usług dla DOMI.
32. Tak więc, jako że zamawiający WSSK w projekcie na DOMI nie zawarł w umowie warunku sporządzenia PFU (w rozumieniu nadanym mu przez definicje objęte punktem 5.1. SIWZ *in fine*) wraz z koncepcją architektoniczną i koncepcją wielobranżową (w zakresie co najmniej branży konstrukcyjnej, sanitarnej, elektrycznej), a sporządzenie tego rodzaju dokumentacji nie wynika z wglądu przeprowadzonego przez osoby kompetentne do Opracowania, **doświadczenie to nie spełnia wymogów pkt 5.1.2.1. a) SIWZ i jako takie nie mogło zostać uznane przez Zamawiającego w przedmiotowym Postępowaniu.**

33. Na marginesie należy dodać, że w oparciu o dokumenty przedstawiane przez Konsorcjum trudno ocenić, jaka była finalna powierzchnia, której dotyczyły prace w ramach projektu DOMI, i tak:
- W ofercie wskazano: 17.500 m<sup>2</sup>
  - W Wykazie Usług wskazano 35.000 m<sup>2</sup>
  - W Wykazie Osób wskazano: 17.500 m<sup>2</sup>
  - W referencjach z 5 listopada 2020 r.: 15.000 m<sup>2</sup>
- ii. **niezgodność doświadczenia Konsorcjum nabytego w ramach projektu na Nowy Szpital Powiatowy w Żywcu**
34. Konsorcjum złożyło dwa **dokumenty referencji w odniesieniu do doświadczenia polegającego na opracowaniu Projektu Nowego Szpitala Powiatowego w Żywcu**. (Załącznik 26 i 27). Pierwszy z dokumentów został wystawiony przez InterHealth Canada Limited i wskazuje, iż szpital został zaprojektowany przez Biuro Architektoniczne N+ parametric design z siedzibą w Warszawie, Polska. Zgodnie z tym dokumentem prace projektowe objęły:
- projekt budowlany – październik 2012;
  - projekt budowlany zamienny – luty 2015;
  - projekt wykonawczy – maj 2017;
  - budowa-nadzory autorskie – grudzień 2014.
- Planowe zakończenie budowy przewidziano na grudzień 2018 r.
35. W drugim piśmie, sporządzonym przez Starostę Powiatu Żywieckiego wskazuje się, że w ramach projektu, firma N+ parametric design z siedzibą w Warszawie wykonała:
- projekt budowlany, przetargowy i wykonawczy - w dniu 5.09.2012 r. wydano pozwolenie na budowę;
  - projekt budowlany zamienny - zatwierdzony zmianą pozwolenia na budowę z dnia 26.02.2015 r.
  - projekt budowlany zamienny - zatwierdzony zmianą pozwolenia na budowę z dnia 02.09.2019 r.
36. Konsorcjum przedstawiło to doświadczenie, jako mające spełniać wymóg Zamawiającego wymieniony w punkcie 5.1.2.1.a) SIWZ. Zgodnie z tym punktem doświadczenie winno obejmować wykonanie co najmniej 1 usługi polegającej na wykonaniu PFU wraz z koncepcją architektoniczną i koncepcją wielobranżową (w zakresie co najmniej branży konstrukcyjnej, sanitarnej, elektrycznej) z wymogiem BIM lub **projektu budowlanego z wymogiem BIM w okresie ostatnich 5 lat**.
37. Na bazie załączonych przez Konsorcjum dokumentów, należy stwierdzić, iż **dokumentowane nimi doświadczenie jest starsze niż wymagane przez Zamawiającego**. Projekt budowlany został bowiem zakończony w roku 2012, a więc 7 lat przed terminem składania ofert. Fakt, iż pomiędzy rokiem 2012 a rokiem 2019 wykonywane były przez konsorcjanta **projekty budowlane zamienne** nie może być utożsamiany z wykonaniem projektu budowlanego. Wskazać należy przede wszystkim, że nie ma podstaw, by „projekt budowlany zamienny” uznać jako tożsamy zakresowo z „projektem budowlanym”. Jest to bowiem dokument, który, znajdując oparcie w art. 51 ust. 1 pkt 3) ustawy z dnia 7 lipca 1994 - Prawo budowlane (t.j. Dz. U. Dz.U. 2019 poz. 1186), może *de facto* w minimalnym zakresie korygować istniejący projekt budowlany, uwzględniając jedynie tzw. zmiany istotne w rozumieniu ustawy prawo budowlane i np. polegające na zmianie lokalizacji studzienek kanalizacyjnych

sieci w zakresie planu zagospodarowania terenu. Odwołujący podkreśla więc, iż projekt budowlany, który został wskazany jako element doświadczenia, jakim może legitymować się Konsorcjum, był sporządzony (i stanowił podstawę do wydania decyzji o pozwoleniu na budowę) **wcześniej niż 5 lat przed terminem składania ofert.**

38. **Okoliczności powyższych nie zmienia oświadczenie Pana Marka Gawła, działającego w imieniu PUI „INBUD” z dnia 6 lutego 2020 r., w którym wskazuje on daty przeprojektowania Szpitala w Żywcu (Załącznik nr 28).** Po pierwsze należy podkreślić, że oświadczenie to – jako wydane przez inny podmiot – nie może stanowić „uzupełnienia” potwierdzenia wykonania usługi wydanego przez Starostę Żywieckiego. W konsekwencji nie może stanowić dokumentu referencji, **wystawionych przez podmiot, na którego rzecz usługi były wykonywane**, o którym mowa w pkt. 5.5.2.1 SIWZ, ani tym bardziej „oświadczenia wykonawcy”. Trudno więc ustalić, czym jest i na jaką okoliczność dokument ten został przywołany. Nie może one jednak na pewno zmieniać, czy też „uzupełniać” dokumentu wystawionego przez podmiot, na którego rzecz wykonano usługę. W związku z czym, nawet w obliczu przedstawionego dokumentu, nie ma podstaw do uznania, że doświadczenie konsorcjanta zostało nabyte w ramach cezury czasowej określonej przez Zamawiającego.
39. Nawet jednak w wypadku uznania, że oświadczenie Pana Marka Gawła z dnia 6 lutego 2020 r. stanowi dokument, o którym mowa w pkt. 5.5.2.1. SIWZ, wciąż **wskazuje on na przygotowanie projektu budowlanego zamiennego**, który nie może być utożsamiany z projektem budowlanym. Dokument dalej bowiem nie wyjaśnia, jaki był dokładnie zakres prac objęty projektami zamiennymi.
40. Konkludując, trzeba przyjąć, że doświadczenie konsorcjanta w zakresie Nowego Szpitala Powiatowego w Żywcu nie mieści się w ramach czasowych przewidzianych pkt. 5.1.2.1.a) SIWZ. Dodać w tym miejscu należy, że Zamawiający wprost ustosunkował się do możliwości wydłużania okresów, w których zdobyte ma być doświadczenie wymagane w SIWZ, odpowiadając na pytanie 1 pismem z dnia 7 listopada 2019 r. i odmawiając uznania doświadczenia starszego niż 5 lat od terminu składania ofert. W konsekwencji, Zamawiający dał wyraz temu, że jest to dla niego czynnik ważny. Dlatego też, w ocenie Wykonawcy niezasadne byłoby dopuszczenie możliwości rozciągnięcia doświadczenia konsorcjanta na okres dłuższy niż 5 lat wstecz, tylko dlatego, że zakończone przez niego przed tym terminem prace nad projektem budowlanym w technologii BIM podległy następnie – być może drobnym zaledwie, nawet jeśli dotyczącym znacznej powierzchni – zmianom. **Wprowadzenie zmiany do wykonanego projektu nie może być utożsamiane z jego wykonaniem. Nie sposób więc uznać doświadczenia poświadczanego przez rzeczzone referencje jako spełniającego warunki udziału w Postępowaniu.**
41. Na niwie wskazanych referencji dotyczących doświadczenia N+ parametric design Mieszko Niedźwiecki **pojawiają się również dalsze wątpliwości**, które mogą mieć istotny wpływ na ocenę rzetelności przygotowanych przez Konsorcjum materiałów jako całości.
42. Po pierwsze, już pobieżna lektura dwóch analizowanych dokumentów wskazuje na rozbieżności w datach oraz zakresach prac, za jakie odpowiedzialny był konsorcjant. Według dokumentu sporządzonego przez InterHealth Canada Limited zakres prac obejmować miał „projekt budowlany”, który był zakończony w październiku 2012 roku, podczas gdy dokument przygotowany przez Starostę Powiatu Żywieckiego wymienia „projekt budowlany, przetargowy i wykonawczy”, który uwieńczony

został pozwoleniem na budowę wydanym 5 września 2012 roku, a więc wcześniej niż wynikałoby to z pierwszego dokumentu.

43. Po drugie, sam projekt budowlany szpitala w Żywcu miał bez wątpienia więcej niż jednego autora. Zgodnie z powszechnie dostępnymi doniesieniami medialnymi, w tworzenie projektu budowlanego zaangażowana była również firma Arup Engineers:

*„Budynek szpitala, zaprojektowany przez firmę architektoniczną N+ Parametric Design oraz firmę inżynierską Arup Engineers, będzie liczył cztery kondygnacje o powierzchni netto ok. 18 000 m<sup>2</sup> z możliwością rozbudowy.”<sup>2</sup>*

*„Mariam Hasan, dyrektor usług medycznych w InterHealth Canada, odpowiedzialna za planowanie medyczne PPP w Żywcu mówi, że razem z N+parametric i Arup udało się stworzyć wysoko wydajny projekt, który pozwoli na realizację planu medycznego.”<sup>3</sup>*

44. Informacje o tym, jaki zakres prac spoczywał na N+ parametric design Mieszko Niedźwiecki, a jaki na innym podmiocie, nie zostały przez Konsorcjum wskazane.
45. Odwołujący zwraca również uwagę, iż Konsorcjum podaje w przedstawianych przez siebie dokumentach sprzeczne informacje dotyczące metrażu, którego dotyczą wykonane prace:
- a) w ofercie wskazano: 20.240 m<sup>2</sup>
  - b) w wykazie usług (zał. 6): 13.460 m<sup>2</sup>
  - c) w oświadczeniu z 6 lutego 2020 r.: 13.460 m<sup>2</sup>
46. Odwołujący ma oczywiście świadomość, z czego ta rozbieżność może wynikać. W ofercie wskazano na doświadczenie dotyczące sporządzenia projektu budowlanego, który obejmował przeszło 20 tys. m<sup>2</sup>, zaś gdy zorientowano się, że doświadczenie to **może nie mieścić się w cezurze czasowej**, o której mowa w SIWZ, dostosowano narrację do nowych okoliczności i już w Wykazie Usług złożonym po wezwaniu z art. 26 ust. 1 PZP oraz wyjaśnieniach po wezwaniu z art. 26 ust. 4 PZP wskazano wartość mniejszą, odpowiadającą być może części obiektu podlegającej projektowi budowlanemu zamiennemu. Powyższy schemat działań potwierdza jedynie że Konsorcjum nabrało świadomości – już po złożeniu oferty- że projekt budowlany został wykonany wcześniej, niż wymagany przez Zamawiającego zakres dat. Obecnie zaś Konsorcjum próbuje uzasadnić prawidłowość tego doświadczenia, poprzez przywoływanie jedynie projektu zamiennego, który nie może być utożsamiany z wymaganym w SIWZ projektem budowlanym,
47. **Powyższe świadczy o tym, że dokumenty przedstawiane przez Konsorcjum nie są jednoznaczne i podlegają negatywnej weryfikacji, gdy zderzone z powszechnie dostępnymi informacjami.** Jako takie, nie mogą zaś stanowić dla Zamawiającego podstawy dla uznania, iż Konsorcjum spełnia warunki udziału w Postępowaniu.

<sup>2</sup> <https://bbfan.pl/artykul/rusza-budowa-szpitala-w-zywcu/868790>.

<sup>3</sup> <https://zywiec.naszemiasto.pl/szpital-w-zywcu-bedzie-wygladal-jednak-inaczej-niz/ar/c3-1530785>.

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

48. Kolejną kwestią, która według Odwołującego budzi wątpliwości jest dokument referencji udzielony N+ parametric design przez InterHealth Canada Limited w związku z **wykonaniem Projektu „King Saud University Endowment Private Hospital”** – złożony na okoliczność posiadania doświadczenia w zakresie wykonania PFU wraz z koncepcją architektoniczną i koncepcją wielobranżową (w zakresie co najmniej branży konstrukcyjnej, sanitarnej, elektrycznej) z wymogiem BIM (Załącznik nr 29).
49. Odwołujący zastrzega, iż nie jest jego intencją kwestionowanie kompetencji tłumacza przysięgłego, jednak wątpliwości, które pojawiają się po lekturze tłumaczenia i dokumentu oryginalnego wskazują, iż mogło dojść do omyłki, która może mieć ważne konsekwencje dla Postępowania.
50. W oryginalnym tekście angielskim doświadczenie konsorcjanta jest określone następująco:  
| *„N+ parametric design Warsaw, Poland provided the **initial fit out/feasibility study and schematic design options for the facility.**”*
51. W treści tłumaczenia dostarczonego przez Konsorcjum fragment ten brzmi następująco:  
| *„Biuro N+ parametric design z Warszawy w Polsce zapewniło **początkowe PFU z projektem wyposażenia oraz opcje koncepcji projektu dla szpitala.**”*
52. W treści angielskiej pojawiają się następujące elementy wykonanych przez konsorcjanta prac:
- initial fit out/feasibility study,
  - schematic design options.
53. O ile więc to drugie wydaje się słusznie przetłumaczone jako „*opcje koncepcji projektu*”, o tyle trudno wywnioskować, skąd w tłumaczeniu pierwszego elementu pojawiło się sformułowanie „PFU”. Niewątpliwie „*fit out*” można rozumieć jako „*wykończenie*” lub „*wyposażenie*”, pozostające jednak sformułowanie „*feasibility study*”<sup>4</sup>, należało przetłumaczyć jako „*studium wykonalności*”. Brak jest w oryginalnym brzmieniu dokumentu jakichkolwiek przesłanek, by uznać, że chodzi tam o PFU, który jest na pewno czymś więcej niż studium wykonalności danego przedsięwzięcia. Nie sposób przy tym nie dostrzec, że tłumaczenie dokumentu z 2014 roku zostało sporządzone w dniu 20 stycznia 2020 r., to jest zapewne właśnie na cele Postępowania.
54. W związku z zaistniałymi rozbieżnościami, Odwołujący skontaktował się z tłumaczem przysięgłym, który dokonał rzeczowego tłumaczenia, do dnia złożenia niniejszego Odwołania nie uzyskał jednak odpowiedzi na przekazane zastrzeżenia (Załącznik nr 30) Niezależnie od powyższego, Odwołujący zlecił równoległe tłumaczenie przysięgłe, które potwierdza wskazane wyżej rozumienie przedstawionych w referencjach terminów (Załączniki nr 31).

---

<sup>4</sup> zgodnie ze słownikiem Cambridge «<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/feasibility-study>» oznacza: „an examination of a situation to decide if a suggested method, plan, or piece of work is possible or reasonable”, czyli: „badanie sytuacji w celu podjęcia decyzji, czy sugerowana metoda, plan lub praca jest możliwa lub uzasadniona.”



55. Nawet jednak przyjmując, że tłumaczenie przedstawione przez Konsorcjum wolne jest od omyłek, na pewno **dokument w brzmieniu angielskim nie odnosi się do PFU w rozumieniu, jakiego wymaga SIWZ**, tzn., zgodnego z art. 31 ust. 2 i 3 PZP oraz przepisami wykonawczymi do tej ustawy lub zgodnego z odpowiadającymi im przepisami obowiązującymi w innych krajach członkowskich UE. Powyższa analiza nie wymaga specjalistycznej wiedzy językowej, a ocena Zamawiającego, w razie pojawienia się istotnych wątpliwości co do dokumentu tłumaczenia, powinna opierać się również o oryginalny tekst referencji, który na pewno nie odnosi się do PFU w rozumieniu nadanym mu przez SWIZ.
56. Na marginesie zaś należy wskazać, że referencje – tym razem już w obu wersjach językowych przedstawionych przez Konsorcjum- **nie wskazują, by wykonywany projekt wymagał zastosowania technologii BIM, trudno więc założyć, że taki wymóg w tym projekcie istniał.**
57. Dodatkowo, Odwołujący zauważa, iż referencje zostały udzielone w dniu 4 czerwca 2014 r., tzn. wcześniej niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym Postępowaniu. Oznacza to, **iż nie mogą one realnie poświadczać doświadczenia, którego wymaga w niniejszym Postępowaniu Zamawiający, tj. uzyskanego „w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert”.** Samo stwierdzenie w referencjach, że szpital miał być ukończony w 2016 roku nie może poświadczać, że w tym okresie (wówczas jeszcze przyszłym) konsorcjant wykonał swoje obowiązki w sposób prawidłowy. Referencje potwierdzają więc doświadczenie konsorcjanta nabyte w okresie, który nie jest uznawany przez Zamawiającego na podstawie postanowień SIWZ. Pozostawiając więc nawet na boku spór dotyczący kwestii lingwistycznych, wskazana okoliczność winna doprowadzić do uznania,  **iż referencje udzielone przez InterHealth Canada nie potwierdzają doświadczenia konsorcjanta wskazanego w załączniku nr 6 do SIWZ (tabela Wykaz Usług).**
58. Co zresztą warte uwagi, w tabeli Wykaz Usług w kolumnie „data wykonania” Konsorcjum nie wpisało żadnej daty odnośnie tego doświadczenia, co jednocześnie należy uznać za uchybienie wymogowi, o którym mowa w pkt. 5.5.2.1 SIWZ, który wymaga podania „*wykazu usług (...) wraz z podaniem ich (...) dat wykonania*”. Z oferty Konsorcjum (Załącznik nr 32) wynika natomiast, że usługa była wykonana w roku 2016. Istnieje więc wyraźna sprzeczność pomiędzy: referencjami, ofertą a Wykazem Usług.
59. Po wezwaniu w trybie art. 26 ust. 4 PZP, Konsorcjum przedstawiło dodatkowy dokument w postaci oświadczenia Pana Mieszko Niedźwieckiego, dotyczącego opisywanego wyżej doświadczenia (Załącznik nr 33). Dokument ten został sporządzony 7 lutego 2020 r., a więc w związku z niniejszym Postępowaniem. Znamienne pozostaje zaś, że już na wstępie w dokumencie autor powołuje się na wątpliwą okoliczność,  **że w dniu wystawiania dokumentu odbywa się muzułmańskie święto religijne.** Prześledzenie powszechnie dostępnych stron internetowych wskazuje, że dni 6-8 lutego 2020 r. nie stanowiły dni świątecznych ani z perspektywy kalendarza świąt muzułmańskich, ani dni wolnych w Arabii Saudyjskiej (Załącznik 34). Co więcej, Odwołujący wskazuje, że zamawiającym i podmiotem wystawiającym referencje wcześniejsze dla konsorcjanta była spółka InterHealth Canada z  **siedzibą w Toronto, Kanada.** Okoliczność ta, pozornie błaha, pokazuje skalę nieścisłości i półprawd, którymi Konsorcjum posługuje się w niniejszym Postępowaniu, byle tylko obronić zasadność wykorzystania doświadczeń, które w rzeczywistości nie spełniają wymogów SIWZ.

60. W konsekwencji powyższego, w ocenie Odwołującego wyżej omawiane doświadczenie konsorcjanta **nie spełnia wymogów stawianych w pkt. 5.1.2.1a) SIWZ.**
- iv. niezgodność doświadczenia Konsorcjum nabytego w ramach projektu Budowa Nowej Siedziby Muzeum Śląskiego w Katowicach oraz Budowy Szpitala Pediatrycznego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego**
61. Celem wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.2.1.c) SIWZ Konsorcjum przedstawiło doświadczenie ECM Group S.A. polegające na:
- „zarządzaniu - jako inżynier kontraktu – projektem inwestycyjnym polegającym na budowie obiektu budowlanego w wartości robót 168.975.805,05 mln PLN netto (205 mln brutto) – Budowa Nowej Siedziby Muzeum Śląskiego w Katowicach” – zrealizowane we wrześniu 2015 r.
  - „zarządzaniu - jako inwestor zastępczy – projektem inwestycyjnym polegającym na budowie obiektu budowlanego o wartości robót 364.919.866,11 PLN brutto – Budowa Szpitala Pediatrycznego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego” – zrealizowane w sierpniu 2015 r.
62. Na potwierdzenie posiadania doświadczenia Konsorcjum przedstawiło referencje od podmiotów udzielających powyższych zleceń i tak przedstawiono:
- List referencyjny z 30 września 2015 r. wystawiony przez Muzeum Śląskie, który stwierdza, że zakończenie okresu zgłaszania wad, który był obsługiwany przez konsorcjanta, nastąpiło **29 września 2015 r.** (Załącznik nr 35);
  - Dokument wystawiony przez Warszawski Uniwersytet Medyczny, który stwierdza, że ECM Group S.A. realizowało usługę przez okres od dnia 27 lutego 2012 r. **do dnia 10 sierpnia 2015 r.** (Załącznik nr 36).
63. Zgodnie z wymaganiem SIWZ Zamawiający akceptuje, jako warunek udziału w Postępowaniu, tylko takie doświadczenie, które mieści się w **określonych ramach czasowych**, tzn. wykonawca powinien wykazać, że usługę, która stanowi o jego doświadczeniu, wykonywał: „**w okresie ostatnich 5 lat** przed upływem terminu składania ofert (...) **przez okres co najmniej kolejnych 12 miesięcy**”.
64. Ani PZP, ani Kodeks cywilny nie przewidują wprost zasad obliczania terminu wstecz, jednak wydaje się, że powinny zostać przyjęte w tym celu *per analogiam* standardowe zasady obliczania terminu tj. w szczególności regulacje z art. 112 KC w zw. z art. 14 ust. 1 PZP. Konsekwentnie okres 5 lat, o którym mowa w SIWZ powinien być rozumiany jako rozpoczynający się w dniu **29 listopada 2014 r. i upływający w dniu 29 listopada 2019 r.**
65. Literalne brzmienie punktu 5.1.2.1.c) SIWZ nie pozostawia wątpliwości, że usługa powinna mieć charakter ciągły i być wykonywana przez co najmniej 12 miesięcy, a ponadto co najmniej ten minimalny okres **musi mieścić się w ramach ostatnich 5 lat** („w okresie ostatnich 5 lat”) przed terminem składania ofert. Z dokumentów złożonych przez Konsorcjum nie wynika natomiast, by warunek powyższy był spełniony. Doświadczenie w ramach budowy nowej siedziby Muzeum Śląskiego zakończyło się w dniu 29 września 2015 r., a zatem potwierdza świadczenie usług przez konsorcjanta przez okres **jedynie 10 miesięcy** w okresie uznawanym przez Zamawiającego (od dnia 29 listopada 2014 r. do dnia 29 września 2015 r.). Natomiast datą końcową dla doświadczenia nabytego w ramach Szpitala Pediatrycznego jest

dzień 10 sierpnia 2015 r., a zatem potwierdza świadczenie usług przez konsorcjanta przez okres **niecałych 9 miesięcy** w okresie uznawanym przez Zamawiającego (od dnia 29 listopada 2014 r. do dnia 10 sierpnia 2015 r.).

66. W tym miejscu, Odwołujący pragnie podkreślić, że standardowym rozwiązaniem w zakresie wymogów odnośnie doświadczenia wykonawców jest wskazanie na wykonanie (forma trybu dokonanego) jakiejś usługi w określonym czasie, bez podkreślania jej ciągłości. Sformułowanie więc wymogu przez Zamawiającego w taki sposób, który jednoznacznie stanowi o 12 miesiącach świadczenia usługi w okresie ostatnich 5 lat przed termin składania ofert potwierdza, że wymóg ten dla Zamawiającego ma charakter istotny i powinien być traktowany inaczej niż wymóg prostego zaistnienia doświadczenia w okresie 5 letnim. Ma on charakter kwalifikowany. Interpretacja, która dopuszczałaby przyjęcie omawianych tu doświadczeń Konsorcjum, jako spełniających wymóg pkt. 5.1.2.1.c) SIWZ, tj. pozwalająca nawet na to (w ujęciu ekstremalnym), by tylko jeden dzień z 12 miesięcznego okresu zawierał się w 5 letnim przedziale sprowadzałby się w istocie do zrównania tego wymogu z wymogiem „standardowym”, zupełnie pomijając jego „kwalifikowany” charakter, jaki Zamawiający postawił w niniejszym Postępowaniu.
67. **Tym samym, nie jest uprawnione wywodzenie, że jakakolwiek usługa, która, tak jak doświadczenie Konsorcjum wskazane wyżej, tylko częściowo pokrywa się z cezurą czasową określoną przez Zamawiającego, spełnia warunek udziału w Postępowaniu.** W konsekwencji powyższego, z uwagi na brak ciągłego 12 miesięcznego doświadczenia w okresie, który wskazał Zamawiający, należy uznać, że **Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt. 5.1.2.1.c) SIWZ.**
- v. **Podsumowanie części dotyczącej spełnienia warunku posiadania zdolności technicznej lub zawodowej objętego pkt. 5.1.2.1.a) i 5.1.2.1.c) SIWZ.**
68. Mając na względzie powyższe, w ocenie Odwołującego, żadne z doświadczeń Konsorcjum wskazanych w celu wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu z pkt 5.1.2.1.a) oraz pkt 5.1.2.1.c) SIWZ tych warunków nie spełnia. Nie sposób więc stwierdzić, że Konsorcjum wykazało spełnienie warunków udziału w Postępowaniu.
69. Dodatkowo trzeba wskazać, iż Konsorcjum uchybiło wymaganiu określonemu w pkt. 5.5.2.1 SIWZ, gdzie wskazane jest, iż wykonawca powinien przedstawić „*wykaz usług (...) wraz z podaniem ich wartości*”. W tabeli Wykaz Usług – załącznik nr 6 do SIWZ Konsorcjum w kolumnie „wartość usługi” wpisało we wszystkich pozycjach „*Informacja nie wymagana w SIWZ*”, zamiast podać wartość usługi.

## **B. NIEWYKAZANIE BRAKU PODSTAW WYKLUCZENIA**

70. Celem wykazania braku podstaw do wykluczenia Konsorcjum z Postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15) PZP, w ślad za wezwaniem z art. 26 ust. 1 PZP Konsorcjum przedstawiło oświadczenia (trzy tożsamo brzmiące dla każdego z konsorcjantów) w zakresie braku zaległości podatkowych lub składkowych (Załącznik nr 37, 38, 39).

71. Odwołujący wskazuje, że oświadczenia Konsorcjum w zakresie braku podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust.1 pkt 15) PZP oraz w pkt. 5.5.1.3 SIWZ są zupełnie niezrozumiałe i przez to nie można uznać, że:
- każdy z członków Konsorcjum złożył oświadczenie, że nie wydano wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne,
- albo, jeśli taki wyrok lub decyzję wobec któregoś konsorcjanta wydano:
- dany członek Konsorcjum złożył dokument potwierdzający płatność tych zobowiązań lub zawarł porozumienie w sprawie ich spłaty.
72. Powyższej konkluzji nie zmieniają wyjaśnienia z dnia 10 lutego 2020 r. do pytania nr 4 Zamawiającego, ani też oświadczenie ECM Group S.A. z dnia 10 lutego 2020 r. Po pierwsze ECM Group S.A. nie skorygowało swojego oświadczenia, więc dalej pozostaje ono pozbawione logicznego sensu, pozostali zaś konsorcjanci w ogóle nie odnieśli się do braku sensu w ich oświadczeniach.
73. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, Konsorcjum nie wypełniło w terminie zobowiązania, o którym mowa w pkt. 5.5.1.3 SIWZ oraz art. 26 ust. 1 PZP.
74. Opisane wyżej zastrzeżenie ma tym donioślejszy wymiar, że jeden z konsorcjantów – ECM Group S.A. **dopuszczył się wcześniej składania nieprawidłowych oświadczeń w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co zostało stwierdzone wyrokiem KIO. Ta okoliczność pozostaje więc bezsporna.** Wyrok i objęty nim stan faktyczny był przedmiotem pism Odwołującego kierowanych do Zamawiającego dnia 10 grudnia 2019 r. oraz 27 stycznia 2020 r. Na obecnym etapie istnieje uzasadnione podejrzenie, że decyzja, która była podstawą do orzekania przez KIO w sprawie 899/18 (Załącznik nr 40) uprawomocniła się, a zatem spółka ECM Group S.A. winna byłaby przedstawić nie tyle oświadczenie o braku prawomocnej decyzji, co dowód uiszczenia należnego zobowiązania publicznoprawnego lub porozumienia o jego spłacie.
75. Nawet jednak, jeśli decyzja rzeczona nie stała się nigdy prawomocna, oświadczenia konsorcjantów, ze względu na ich zupełnie niejednoznaczną treść, nie można uznać za czyniące zadość zobowiązaniom opisanym w pkt. 5.5.1.3 SIWZ oraz art. 26 ust. 1 PZP.

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

##### **i. niezgodność doświadczenia Kierownika Zespołu z wymogami SIWZ**

76. Na wstępie należy zauważyć, że w dokumencie oferty Konsorcjum w punkcie IV, wierszu trzecim, kolumnie trzeciej wskazano następujące doświadczenie Kierownika Zespołu - Pana Marka Gawel:
- „ (...) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił przez okres od października 2018 do chwili obecnej **pełni funkcję inżyniera projektu w zespole inżyniera kontraktu przy realizacji projektu inwestycyjnego z wykorzystaniem BIM (...)**”

77. Powyższe wskazuje na wyraźną rozbieżność z wymaganiami postawionymi w tym zakresie w SIWZ, gdzie w punkcie 5.1.2.1.d1) wskazano, iż Kierownik Zespołu winien legitymować się doświadczeniem obejmującym co najmniej **12 miesięczne pełnienie funkcji kierownika projektu w zespole inwestora zastępczego lub inżyniera kontraktu lub w zespole o podobnej funkcji.**
78. Tym czasem, w przedłożonym przez Konsorcjum w ślad za wezwaniem z art. 26 ust. 1 PZP, Wykazie Osób (Załącznik nr 41) doświadczenie Kierownika Zespołu zostało ujęte w sposób następujący (zgoła odmienny niż wcześniej):
- „ (...) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił przez okres od października 2018 do chwili obecnej, **pełni funkcję kierownika projektu i głównego inżyniera projektu w zespole inżyniera kontraktu przy realizacji projektu inwestycyjnego z wykorzystaniem BIM (...)**”*
79. Doświadczenie, które wskazuje na spełnianie przez Konsorcjum wymagań SIWZ w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania przedmiotu zamówienia w odniesieniu do Kierownika Zespołu **zostało wykazane dopiero w dokumentach złożonych w trybie art. 26 ust. 1 PZP.**
80. W ślad za wezwaniem w trybie art. 26 ust. 4 PZP, Konsorcjum przedstawiło wyjaśnienia powyższej sytuacji (z dnia 11 lutego 2020 r - Załącznik nr 42), wskazując, że *„Oba stwierdzenia są prawdziwe i względem siebie komplementarne, tym bardziej, że SIWZ dopuszcza obie funkcje i przez stwierdzenie „...lub w zespole o podobnej funkcji” działa rozszerzająco.”* Powyższe analizy Konsorcjum są jednak wadliwe, gdyż odwołanie do zespołów o innej funkcji w żaden sposób nie odnosi się do stanowiska, jakie ma pełnić w takich zespołach osoba wskazana jako Kierownik Zespołu. Za każdym razem, jakkolwiek zespół by to nie był, osoba ta winna była być w takim zespole **KIEROWNIKIEM PROJEKTU**. Tylko taki wniosek jest uprawniony w kontekście brzmienia punktu 5.1.2.1.d1) SIWZ. Wszelka inna interpretacja świadczy albo o niestarym zapoznaniu się przez Konsorcjum z SIWZ (niedbalstwo), a być może nawet celowym działaniu (zamiar).
81. Co znamienne, do pisma z dnia 11 lutego 2020 r. Konsorcjum załączyło dokument dotyczący realizacji rzeczonego wyżej projektu – Szpital w Żywcu - na którym widnieje pieczęć Pana Marka Gawła (pismo z 6 lutego 2020 r.) ze stanowiskiem „**inżynier rezydent**”, **z czego nie można wywodzić, iż pełnił on którąkolwiek z funkcji, o których mowa w punktach poprzedzających.**
82. Co również istotne, warunek wskazany w pkt 5.1.2.1.d1) określa wymaganie wobec Kierownika Zespołu polegające na pełnieniu funkcji kierownika projektu we wskazanej inwestycji przez okres 12 miesięcy. Z uzyskanych przez Odwołującego informacji wynika, że **Pan Marek Gawel uczestniczy w projekcie budowy Szpitala w Żywcu od końca lutego 2019 roku, a nie jak wskazuje oferta Konsorcjum od października 2018r.**
83. Warunek określony w pkt 5.1.2.1.d1) określa wymaganie wobec Kierownika Zespołu polegające na pełnieniu funkcji kierownika projektu przy realizacji inwestycji z wykorzystaniem BIM, co, zgodnie z UWAGAMI na końcu pkt. 5.1, oznacza inwestycję, w której umowa na roboty budowlane zawarta pomiędzy inwestorem (zamawiającym) a wykonawcą robót zawierała obowiązki wykonawcy robót w zakresie wykorzystania modeli BIM. Z informacji uzyskanych przez Odwołującego wynika natomiast, że

umowa zawarta pomiędzy ICZ Properties sp. z o.o. a WODPOL sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu **nie zawierała żadnych obowiązków wykonawcy robót dotyczących BIM, co więcej w umowie w ogóle nie pojawia się sformułowanie BIM, Building Information Modelling lub podobne.**

84. Powyższe wskazuje, że **oferta Konsorcjum, w zakresie przedstawionego doświadczenia Pana Marka Gawła, nie jest zgodna z pkt. 5.1.2.1.d1) SIWZ.**

**ii. niezgodność doświadczenia Głównego Projektanta z wymogami SIWZ**

85. Bezsprzecznym jest, że Konsorcjum w ofercie wskazało na zamiar powołania architekta Mieszka Niedźwieckiego na stanowisko Głównego Projektanta w Postępowaniu.
86. Zgodnie z SIWZ (pkt 5.1.2.1.d2) , stanowisko Głównego Projektanta mogło zostać powierzone wyłącznie osobie legitymującej się doświadczeniem polegającym na pełnieniu funkcji **głównego projektanta przy wykonaniu PFU wraz z koncepcją architektoniczną i wielobranżową z wymogiem BIM lub projektu budowlanego z wymogiem BIM dla budowy 1 (jednego) obiektu szpitala.**
87. Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku w odniesieniu do Mieszka Niedźwieckiego, powołano doświadczenie nabyte przez tego architekta **w ramach projektu na DOMI** (opisane powyżej w pkt 10 i nast. Odwołania).
88. Mając na uwadze okoliczności ustalone przez Odwołującego w toku postępowania o udostępnienie informacji publicznej posiadanej przez WSSK, Odwołujący pragnie podkreślić, że doświadczenie to **nie spełnia wymogów pkt 5.1.2.1.d2) SIWZ.**
89. Zamawiający wymagał bowiem od Głównego Projektanta, aby ten legitymował się doświadczeniem obejmującym projekt budowlany w formie modeli BIM lub PFU wraz z koncepcją architektoniczną i wielobranżową w formie modeli BIM.
90. Doświadczenie nabyte przez architekta Mieszka Niedźwieckiego w ramach projektu na Dolnośląski Ośrodek Medycyny Innowacyjnej, jak zostało to już wykazane w pkt. 10-22 niniejszego Odwołania, nie obejmowało wymogu stosowania technologii BIM.
91. Co więcej, „koncepcja medycznego programu funkcjonalno-użytkowego” stworzona na potrzeby WSSK była **niezgodna z wymogami stawianymi dla PFU przez obowiązujące przepisy prawa,** przez co nie spełnia wymogów postawionych przez Zamawiającego w przedmiotowym Postępowaniu.
92. Również doświadczenie pana Mieszka Niedźwieckiego zdobyte w ramach projektu **Nowego Szpitala w Żywcu** nie spełnia minimalnych wymagań Zamawiającego postawionych w SWIZ. Powody ku temu są tożsame do tych wskazanych w pkt 34-47 Odwołania. Doświadczenie to obejmowało bowiem okres starszy niż 5 lat od terminu składania ofert, zaś prace wykonane w okresie krótszym niż 5 lat przed terminem składania ofert nie mogą być poczytane, na podstawie przedstawionych referencji za „pełnienie funkcji głównego projektanta przy wykonywaniu projektu budowlanego”, jeśli projekt

budowlany został zakończony w październiku 2012 r., zaś zakres prac późniejszych nie jest znany i nie może być równoznaczny z tym wymaganym w pkt. 5.1.2.1.d2) tiret 2 SIWZ.

93. Podobnie w przypadku trzeciego z przedstawionych w ofercie Konsorcjum doświadczeń pana Mieszka Niedźwieckiego, a mianowicie pełnienia funkcji głównego projektanta przy projekcie budowy „**King Saud University Endowment Private Hospital**” (szerzej opisane w pkt 48-60 Odwołania), doświadczenie wychodzi poza ramy czasowe określone w SIWZ.
94. Odnosząc się do powyższego, należy zwrócić uwagę, że Zamawiający za kluczowe uznał, by doświadczenie zespołu oddelegowanego do realizacji zamówienia było relatywnie aktualne. Stąd też Zamawiający zdecydował się na określenie 5 letnich okresów wstecznych dla doświadczenia. Co więcej, w odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 7 listopada 2019 r. (pytanie nr 1), Zamawiający wskazał następująco:
- „Zamiarem Zamawiającego jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz premiowanie w trakcie oceny ofert wykonawców, którzy legitymują się zespołem, który **nabył doświadczenie przy różnych projektach inwestycyjnych na przestrzeni ostatnich lat tj. w aktualnych warunkach gospodarczych, rynkowych i prawnych**, przy wykorzystaniu aktualnego zasobu wiedzy technicznej w tym względzie. W ocenie Zamawiającego wykonawca z takim doświadczeniem daje rękojmię należytej realizacji zamówienia, a złożona przez niego oferta jest korzystniejsza dla Zamawiającego, który chce współpracować z czynnymi specjalistami z określonych branż, co może mieć znaczący wpływ na jakość wykonania przez nich zamówienia.”*
96. W ocenie Odwołującego, przedstawiane przez Głównego projektanta doświadczenie nie spełnia wymogów Zamawiającego, wyraźnie sprecyzowanych w powyższej odpowiedzi.
97. Niezależnie od powyższego, należy zauważyć, że również i doświadczenie wskazane przez architekta Mieszka Niedźwieckiego w zakresie opracowania dokumentacji dla **Royal London Hospital oraz St. Bartholomew’s Hospital**, nie spełnia warunków SIWZ. W Postępowaniu Zamawiający wymagał bowiem od oferentów, aby Główny Projektant legitymował się doświadczeniem w pełnieniu funkcji głównego projektanta w projektach przedstawionych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.
98. Z informacji pozyskanych przez Odwołującego, wynika, że za wykonanie projektów Royal London Hospital oraz St. Bartholomew’s Hospital odpowiedzialne było biuro architektoniczne HOK z siedzibą w Londynie. Odwołujący otrzymał od tego podmiotu informację, że **architekt Mieszko Niedźwiecki nie pełnił w ramach powyższych projektów funkcji Głównego Projektanta, a jedynie należał do zespołu architektów**. W dowód powyższego, do niniejszego Odwołania Odwołujący załączył korespondencję między nim, a Panią Allison Wagner, będącą w HOK osobą odpowiedzialną za dział Healthcare (opieka zdrowotna) wraz z tłumaczeniem (Załącznik nr 43) oraz materiały reklamowe samego konsorcjanta, które identyfikują jako Głównego Projektanta na powołanych wyżej projektach Panią Elżbietę Niedźwiecką, zaś Pana Mieszka Niedźwieckiego wymieniają jako Projektanta Architektury i Dyrektora Technologii BIM (s. 16 i 21) (Załącznik nr 44).

99. Okoliczności powyższe potwierdza również brak wpisania architekta Mieszka Niedźwieckiego do rejestru architektów brytyjskich, z którym zapoznać się można pod adresem: <http://www.arb.org.uk/>. Zgodnie bowiem z obowiązującymi w Wielkiej Brytanii przepisami prawa, wpis do rejestru jest obligatoryjny, w celu posługiwania się tytułem architekta (w celu pełnienia roli architekta głównego/prowadzącego) na obszarze Wielkiej Brytanii (art. 20 ustawy Architects Act 1997, z którą zapoznać się można pod adresem: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/22/section/20>). Tym samym, stanowisko Głównego Projektanta nie mogło zostać powierzone osobie, która nie posiadała statusu architekta w rozumieniu prawa brytyjskiego, tzn. osobie niewpisanej na listę czynnych architektów brytyjskich. W zakresie powyższego Odwołujący skontaktował się z Królewskim Instytutem Architektów Brytyjskich (RIBA), celem potwierdzenia, że Pan Mieszko Niedźwiecki takich uprawnień nie posiada (Załącznik 45).

**Dowód:** zeznania Pana Piotra Wachulca – mgr inż. budownictwa.

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

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

101. Zamawiający wymagał na potrzeby Postępowania uwzględnienia w zespole projektowym Specjalisty ds. efektywności energetycznej i odnawialnych źródeł energii legitymującego się świadczeniem usługi polegającej na wykonaniu z wykorzystaniem oprogramowania CFD przepływowego modelu obiektu budowlanego o sumarycznym zapotrzebowaniu na energię elektryczną i ciepłą w wysokości min. 7 GWh rocznie. Konsorcjum na wskazaną funkcję zaproponowało Pana Jerzego Kwiatkowskiego, który legitymował się doświadczeniem obejmującym wykonanie modeli dla:
- Kompleksu biurowo-handlowo-usługowego inwestycji **HB Reavis** przy ul. Burakowskiej w Warszawie (rok 2016),
  - Budynku biurowo-usługowego **Olivia 7** przy Al. Grunwaldzkiej w Gdańsku (rok 2017).
102. Drugie z podanych wyżej doświadczeń nie jest zgodne z wymogami Postępowania. W tym miejscu Odwołujący pragnie bowiem zaznaczyć, że oszczędność energetyczną i izolacyjność cieplną budynków użyteczności publicznej (w tym budynków biurowych) określa się według przepisów Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (t.j. Dz.U. 2015 poz. 1422) (dalej: **Rozporządzenie w sprawie warunków technicznych**). Określone w Rozdziale 10. Rozporządzenia w sprawie warunków technicznych wartości wskaźnika EP [ $kWh/(m^2*rok)$ ] wyznaczają maksymalne dopuszczalne wskaźniki efektywności energetycznej EP, powyżej których budynki nie spełnią wymagań Rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, a więc nie kwalifikują się do wydania decyzji pozwolenia na budowę i w konsekwencji, nie mogą zostać dopuszczone do użytkowania.
103. Rozporządzenie w sprawie warunków technicznych podaje maksymalne cząstkowe wartości wskaźnika EP umożliwiające określenie maksymalnego sumarycznego wskaźnika EP dla określonej powierzchni użytkowej budynku i jego odpowiednich części. Według danych uzyskanych od projektanta obiektu



firmy BJK Architekci z Gdyni (Załącznik nr 46), powierzchnia całkowita obiektu Olivia 7 wynosi **37.212,8 m<sup>2</sup>**, a powierzchnia biur i usług wynosi **24.427 m<sup>2</sup>**. Wyciąg szczegółowego zestawienia powierzchni przedstawiony został poniżej:

Dane według projektu budowlanego	pow. całkowita [w m2]
Winda	954,1
Klatka schodowa	732,7
Hol windy	2253,2
Przedsiónek/komunikacja	851,7
Miejsce na WC damskie	221,4
Miejsce na WC męskie	320,5
Pomieszczenia Sanitarne NP / miejsce na WC NP	222,5
Biura/ usługi	24427
Pomieszczenia techniczne	752,5
Pomieszczenia gospodarcze/ pomieszczenia pomocnicze	129,8
Magazyny w poziomie -1, -2 i -3	6347,4
<b>powierzchnia łącznie</b>	<b>37212,8</b>

104. Przyjmując za Rozporządzeniem w sprawie warunków technicznych, maksymalną wartość wskaźnika EP określającego "roczne obliczeniowe zapotrzebowanie na nieodnawialną energię pierwotną w zakresie ogrzewania, wentylacji, chłodzenia oraz przygotowania ciepłej wody użytkowej i oświetlenia wbudowanego", a także nawet całkowitą powierzchnię jako powierzchnię użytkową ogrzewaną/chłodzoną i wentylowaną (łącznie z trzema poziomami kondygnacji podziemnych, całą powierzchnią komunikacji oraz wszystkimi pomieszczeniami i przestrzeniami), uzyskujemy wartość maksymalnego **wskaźnika EP = 6,9 kWh**. To oznacza, że zgodnie z przepisami Rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, gdyby obiekt Olivia 7 posiadał roczny wskaźnik deklarowany przez Wykonawcę w ofercie jako nie mniejszy niż 7GWh to nie spełniałby warunków Rozporządzenia w sprawie warunków technicznych.
105. Ponadto według oficjalnych informacji ze strony internetowej administratora kompleksu Olivia Business Centre, budynek Olivia Prime, w skład którego wchodzi budynek Olivia 7 **uzyskał certyfikat BREEAM na poziomie EXCELLENT**, co oznacza znacznie większą efektywność energetyczną oraz większą oszczędność energetyczną niż ta, która wynika ze standardów Rozporządzenia w sprawie warunków technicznych. Nie dokonując szczegółowych obliczeń w zakresie tzw. kredytów w procesie certyfikacji, referencyjnym podstawowym poziomem rocznego zużycia energii dla certyfikacji BREEAM jest 135kWh/m2 powierzchni obliczeniowej przy najniższym poziomie certyfikatu (poziom GOOD). Gdyby przyjąć tylko ten poziom wskaźnika jako dopuszczalny to dla powierzchni całkowitej obiektu Olivia 7 uzyskujemy całkowity roczny wskaźnik EP = 5,0 GWh. Uzyskanie poziomu BREEAM Excellent oznacza uzyskanie przez obiekt jeszcze niższych (lepszych) wskaźników.

**Dowód:** zeznania Pana Piotra Wachulca – mgr inż. budownictwa.

106. Ponadto Odwołujący uzyskał informację, że sporządzony dla budynku Olivia został sporządzony jedynie model cyrkulacji powietrza, a nie jak wymagała tego SIWZ model energetyczny.
107. Reasumując, obiekt Olivia 7 w Gdańsku nie spełnia warunku SIWZ, jako iż jego sumaryczne zapotrzebowanie na energię elektryczną i ciepłą jest niższe niż wymagane minimum 7GWh rocznie, a zatem **oferta Konsorcjum, w zakresie przedstawionego doświadczenia Pana Jerzego Kwiatkowskiego nie jest zgodna z pkt. 5.1.2.1.d4) SIWZ**

**iv. niezgodność doświadczenia Technologa Medycznego z wymogami SIWZ**

108. W ofercie Konsorcjum wskazano, iż stanowisko Technologa Medycznego w ramach realizowanego zamówienia będzie powierzone Pani Elżbiecie Niedźwieckiej. Celem wykazania, iż spełnia ona wymogi Zamawiającego przewidziane dla tego stanowisko powołano następujące doświadczenie:
- Projekt technologii medycznej szpitala **Nowego Powiatowego Szpitala w Żywcu** – wykonany w 2019 roku,
  - Projekt technologii Medycznej obiektu Szpitala **King Saud University Endowment Private Hospital** wykonany w 2016 roku,
  - Projekt technologii medycznej obiektu szpitala „**St. Bartholomew’s Hospitla**” w Londynie – wykonany w 2016 roku;
  - Projekt technologii medycznej obiektu szpitala „**Royal London Hospital**” w Londynie – wykonany w 2016 roku;
109. W tym miejscu należy wskazać, że dwa pierwsze z powołanych doświadczeń nie powinny zostać przez Zamawiającego uznane za spełniające wymogi przewidziane w SIWZ w zakresie daty ich uzyskania.
110. W odniesieniu do Szpitalu w Żywcu, aktualne pozostają tezy wskazane w pkt 37 Odwołania odnośnie nieścisłości w zakresie dat wykonania prac na tym projekcie. Dodać należy, że zgodnie z dobrą praktyką wykonywania tego rodzaju prac projekt technologii medycznej powinien być zawsze jednym z pierwszych branżowych projektów w szpitalu i na pewno powinien wyprzedzać rozpoczęcie budowy, czyli projekt wykonawczy obiektu. Analizując natomiast referencje przedstawione przez Konsorcjum od Starosty Powiatu Żywieckiego oraz firmę InterHealthCanada, można stwierdzić że taki projekt technologii medycznej **musiał być wykonywany przed 2014 rokiem**. Nawet zaś, jeśli był on w trybie ciągłym modyfikowany lub wprowadzono w tym projekcie zmiany, to takie zmiany nie mogą być poczytywane jako samodzielnie spełniające wymóg postawiony w pkt. 5.1.2.1.d3) SIWZ, który brzmi: **„w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert opracował projekt technologii medycznej zgodnie z wytycznymi zawartymi w Rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 26 marca 2019 r.”**. Tak sformułowany wymóg SIWZ wyraźnie wskazuje, iż projekt ma być opracowany w okresie ostatnich 5 lat. Zmiany do projektu nie oznaczają zaś jego opracowania.
111. Również w odniesieniu do projektu technologii medycznej przy szpitalu King Saud University Endowment Private Hospital wątpliwości Odwołującego budzi treść referencji przedstawionych równoległe przez Konsorcjum na okoliczność spełniania wymogów, posiadanego doświadczenia. Jak

wskazano w punkcie 57 Odwołania referencje te zostały wystawione wcześniej niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert. Referencje wskazują zaś, że już w momencie ich wystawiania prace N+ parametric design wykonywane przez Mieszko Niedźwieckiego oraz Elżbietę Niedźwiecką były ukończone (o tym stanowi użycie czasownika „*provided*” i w tłumaczeniu „*dostarczyli*” – w formie czasu przeszłego). W konsekwencji, nawet jeśli prace wykonane przez Technolog Medyczną były potem zmieniane lub uzupełniane, to aktualny również w tym przypadku pozostaje pogląd wyrażony w pkt 109 Odwołania in fine.

112. Mając na uwadze powyższe, należy uznać, że przynajmniej dwa z doświadczeń powołanych przez Panią Elżbietę Niedźwiecką **nie spełniają wymogów określonych w pkt. 5.1.2.1.d3) SIWZ**. Co więcej, należy rozważyć, czy przedstawione w Ofercie informacje dotyczące tych doświadczeń, w kontekście przekazanych następnie referencji, nie stanowią umyślnego lub przynajmniej lekkomyślnego wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

## II. UZASADNIENIE PRAWNE ZARZUTÓW ODWOŁANIA

### A. ZARZUT NARUSZENIA ART. 24 UST. 1 PKT 12) PZP – BRAK WYKAZANIA SPEŁNIENIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

113. Za utrwalony w orzecznictwie należy uznać pogląd, iż przepis art. 24 ust. 1 pkt 12) PZP, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia, stanowi samodzielną podstawę prawną do wykluczenia wykonawcy z przetargu (wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1444/19).
114. Wobec powyższego, zaistnienie każdej okoliczności z osobna, o których mowa w cz. I A. Uzasadnienia w postaci **braku wykazania spełnienia warunków udziału postępowania w postaci legitymowania się doświadczeniem, o którym mowa w pkt. 5.1.2.1.a) SIWZ oraz doświadczeniami, o których mowa w 5.1.2.1.c) SIWZ** obligowało Zamawiającego do wykluczenia Konsorcjum z Postępowania.
115. Należy bowiem podkreślić i podsumować, że aż pięć z sześciu doświadczeń konsorcjantów wskazanych w tabeli Wykaz Usług – Załącznik nr 6 do SIWZ (a wcześniej część z nich także w JEDZ konsorcjantów) nie spełnia warunków przewidzianych w pkt 5.1.2.1 lit a)-c) SIWZ, dotyczy to:
- **PFU dla projektu rozbudowy i rozwoju DOMI (5.1.2.1.a SIWZ)** – brak wymogu BIM, nie spełnianie warunków PFU w rozumieniu SIWZ;
  - **Projektu Nowego Szpitala Powiatowego w Żywcu (5.1.2.1.a SIWZ)** – brak udokumentowanego stosowania BIM jako wymogu oraz czas realizacji projektu wykraczający poza ramy akceptowane przez Zamawiającego, tj. 5 lat od terminu składania ofert;
  - **PFU dla projektu budowy „King Saud University Endowment Private Hospital” (5.1.2.1.a SIWZ)** – brak udokumentowanego stosowania BIM jako wymogu, nie spełnianie warunków PFU w rozumieniu SIWZ oraz czas realizacji projektu wykraczający poza ramy akceptowane przez Zamawiającego, tj. 5 lat od terminu składania ofert;
  - **Budowa Nowej Siedziby Muzeum Śląskiego w Katowicach (5.1.2.1.c SIWZ)** – okres realizowania usługi w ramach czasowych akceptowanych przez Zamawiającego krótszy niż 12 miesięcy;
  - **Budowa Szpitala Pediatrycznego Warszawskiego Uniwersytetu medycznego (5.1.2.1.c SIWZ)** – okres realizowania usługi w ramach czasowych akceptowanych przez Zamawiającego krótszy niż 12 miesięcy.
116. Również zaistnienie okoliczności, o których mowa w części I punkt C podpunkt i Odwołania – dotyczącej doświadczenia Pana Marka Gawła oraz w części I punkt C podpunkt ii Odwołania – dotyczącej doświadczenia Pana Mieszka Niedźwieckiego, w postaci **braku wykazania spełnienia warunków udziału Postępowania w postaci dysponowania osobami, posiadającym doświadczenie, o którym mowa w pkt. 5.1.2.1.d1) ora d2) SIWZ** o obligowało Zamawiającego do wykluczenia Konsorcjum z Postępowania.



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

117. Dla zaistnienia przesłanki określonej w art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP wystarczające jest samo **przedstawienie** informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, które to informacje mogą mieć, nawet wyłącznie potencjalnie, istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. **Zamierzone** działanie ma miejsce wtedy, kiedy wykonawca wie, że nie spełnia jednego z warunków udziału w postępowaniu, a pomimo tego składa wprowadzające w błąd oświadczenie, że ten warunek spełnia. Jednocześnie, przez przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego (jak i przez wprowadzenie w błąd zamawiającego przy przedstawieniu informacji) należy rozumieć w szczególności **przekazanie przez wykonawcę informacji, w wyniku których zamawiający pozostaje w błędnym przekonaniu co do rzeczywistego stanu rzeczy.**
118. Jak wskazano w niniejszym Odwołaniu, oświadczenia Konsorcjum w zakresie posiadanego doświadczenia, a także w zakresie doświadczenia poszczególnych członków zespołu nie są zgodne z prawdą, co Odwołujący był w stanie zweryfikować i wyżej wykazać.
119. W odniesieniu do doświadczenia na **projekcie DOMI** - zarówno pismo WSSK jak i treść umowy zawartej pomiędzy WSSK a N+ parametrics design Mieszko Niedźwiecki wskazują, iż doświadczenie przy realizacji projektu DOMI przez konsorcjanta nie spełnia wymogów SIWZ. Co więcej, konsorcjant musiał zdawać sobie sprawę z tej okoliczności, a informacje podane przez Konsorcjum, tak w Ofercie, jak i w Wykazie Usług, w ocenie Odwołującego, **doprowadziły do wprowadzenia w błąd Zamawiającego, co do spełniania warunków udziału w Postępowaniu.**
120. Znamienny jest tutaj schemat działania Konsorcjum, który może ujawniać tok rozumowania osób sporządzających ofertę i uzupełniających oświadczenia Konsorcjum. Schemat ten można przedstawić następująco:
- w JEDZ N+ parametric design Mieszko Niedźwiecki przedstawia doświadczenie DOMI jako jedyne mające spełniać wymogi pkt 5.1.2.1.a) SIWZ
  - w trakcie Postępowania, wskutek działań Odwołującego i korespondencji z Zamawiającym, Konsorcjum, być może nawet od pracowników WSSK, uzyskuje wiedzę o tym, że doświadczenie to jest obarczone wadą (vide: informacje z dostępu do informacji publicznej),
  - w Wykazie Usług pojawiają się dwa kolejne doświadczenia,
  - po wezwaniu od Zamawiającego do wyjaśnienia doświadczenia DOMI pojawia się nowy dokument WSSK, który wyraźnie wycofuje się z jednoznacznego poparcia tezy, że wymogiem w projekcie było stosowanie technologii BIM
121. Powyższe może świadczyć o celowym działaniu Konsorcjum, a na pewno wskazuje na to, że w pewnym momencie Postępowania uzyskało ono świadomość tego, że w ofercie podało informację nieprawdziwą.

122. Również w odniesieniu do doświadczenia nabytego przez tego konsorcjanta przy budowie „**King Saud University Endowment Private Hospital**”, Konsorcjum dopuściło się wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Tak bowiem w ofercie Konsorcjum wskazano, że doświadczenie to N+ parametric design Mieszko Niedźwiecki nabył w roku 2016, podczas gdy dla potrzeb wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu przedstawione zostały referencje (wraz z tłumaczeniem przysięgłym), wedle których zadanie wykonywane przez Mieszko Niedźwieckiego już w 2014 r. było ukończone (o czym w pkt. 38).
123. Tożsame uwagi należy podnieść również do doświadczenia nabytego w ramach budowy **Nowego Szpitala w Żywcu**. W ofercie, Konsorcjum oświadczyło bowiem, iż doświadczenie to Pan Mieszko Niedźwiecki nabył w roku 2019. W obliczu przedstawionych równolegle referencji, taka teza również wydaje się dalece niewiarygodna. Powyższego nie może zmieniać dokument dołączony do pisma Konsorcjum z 10 lutego 2020 r., które nie zostało wydane ani przez podmiot, na którego rzecz wykonano usługi, ani przez samego konsorcjanta.
124. Także doświadczenie Pana Marka Gawła w zakresie **Nowego Szpitala w Żywcu obarczone jest poświadczeniem nieprawdy**. Okoliczności te wykazano w pkt. 83 Odwołania. Doświadczenie to nie obejmowało bowiem na pewno żadnych obowiązków wykonawcy robót, które dotyczyłyby BIM. W ofercie zaś, jak i w Wykazie Osób, Konsorcjum na istnienie takiego obowiązku wskazało.
125. W dalszej kolejności, Odwołujący podnosi zarzut podania informacji nieprawdziwych także co do doświadczenia Pan Mieszko Niedźwieckiego w zakresie projektów na **St. Bartholomew’s Hospital oraz The Royal London Hospital** (odpowiadające dyspozycji pkt 5.1.2.1. d2) SIWZ), które, jak zostało wykazane w niniejszym Odwołaniu, okazały się niezgodne z prawdą. Niezgodność z prawdą przedmiotowych doświadczeń potwierdziła korespondencja z Pani Allison Wagner, a także materiały reklamowe samego konsorcjanta N+ parametric design Mieszko Niedźwiecki, załączone do niniejszego Odwołania. Szerzej problematykę wprowadzenia Zamawiającego w błąd w ramach tych doświadczeń opisano w pkt. 99 Odwołania.
126. Powołane wyżej uwagi znajdują zastosowanie również w stosunku do doświadczenia Pana Jerzego Kwiatkowskiego nabytego w ramach projektu **Olivia 7 w Gdańsku**, które służyło spełnieniu warunków pkt 5.1.2.1. d4) SIWZ. Jak bowiem wykazano w Odwołaniu, Konsorcjum zawarło w przedłożonych dokumentach informacje, które nie mogły być uznane za zgodne z prawdą w świetle obowiązujących przepisów Rozporządzenia w sprawie usytuowania budynków. Odwołujący przedstawia argumenty na podparcie tych okoliczności w pkt. 104-105 Odwołania.
127. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, **spełnione zostały przesłanki art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP, a w obliczu tego Zamawiający był obowiązany wykluczyć Konsorcjum z Postępowania**.
128. Nawet jednak, jeśliby uznać, że Konsorcjum nie sposób przypisać zamiaru bezpośredniego, czy nawet rażącego niedbalstwa w momencie przedstawiania niezgodnych z prawdą oświadczeń o spełnianiu warunków udziału w Postępowaniu, czy w zakresie doświadczeń osób wskazanych do wykonania zamówienia, to niewątpliwie działaniu temu można postawić zarzut **lekkomyślności lub niedbalstwa**. Na pewno również działanie to wprowadziło Zamawiającego w błąd i mogło mieć istotny wpływ na jego decyzje. W rezultacie wypełniły się znamiona art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP.

129. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO (wyrok KIO z dnia 18 września 2018 r. sygn. akt KIO 1747/18):  
*„Do stwierdzenia faktu wprowadzenia w błąd zamawiającego, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. wystarczy, że podana została nieprawdziwa, tj. niezgodna z rzeczywistością informacja, bez względu na to, czy zamawiający opierając się na własnej wiedzy był ją w stanie zweryfikować, czy też nie”*
130. Za Sądem Okręgowym we Wrocławiu (sygn. XI Ga 733/19) trzeba zaś wskazać, że:  
*„Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób **odbiegający od właściwego dla niej miernika staranności** (...) Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu. (...) Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. W tym wypadku wzorzec należytej staranności nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości; bowiem te, składane w toku przetargu, zmierzają do udzielenia zamówienia publicznego temu właśnie wykonawcy i **mają wpływ na decyzję podejmowane przez zamawiającego.**”*
131. W judykaturze podzielana jest teza, że nawet możliwość weryfikacji danych przez zamawiającego i ustalenie, że podane informacje przez wykonawcę są nie prawdziwe, nie pozwala wykonawcy uwolnić się z konsekwencji płynących z art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP. Konkluzja taka znajduje uzasadnienie na gruncie obowiązujących przepisów PZP, gdzie oświadczenia oferentów mają ważkie znaczenie dla rozstrzygnięć zapadłych w trakcie postępowań zamówieniowych, a zamawiający mają niewielką możliwość ich weryfikacji.
132. W obliczu stwierdzenia, że wykonawca wprowadza zamawiającego w błąd nie można także doszukiwać się podstaw do sanowania takiej sytuacji poprzez nałożenie na zamawiającego obowiązku wezwania wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 lub 4. Tezę taką KIO podzieliło w wyroku z dnia 7 marca 2019 r., sygn. KIO 271/19:  
*„Nie pozostawia wątpliwości redakcja przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, gdyż norma ta stanowi, że w przypadku, gdy wykonawca złożył w ofercie informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mające wpływ na wynik, zamawiający ma bezwzględny obowiązek wykluczenia tego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia. Jednolita jest również w tym zakresie linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej, która w swoich wyrokach podkreśla, że **możliwość uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień w tym trybie w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji jest wyłączona** (tak między innymi w wyroku z dnia 20 marca 2017 r., sygn. akt KIO 382/17). Również w doktrynie przyjmuje się, że podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w ofercie nie można uznać za „błąd” podlegający uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp”*
133. Finalnie trzeba zauważyć, że nawet jakby tylko jedna z licznych nieprawdziwych informacji podanych przez Konsorcjum w trakcie Postępowania faktycznie została uznana, to nie uprawnionym byłoby twierdzenie, że zamawiający mógłby mimo wszystko ocenić ofertę z pominięciem doświadczeń obciążanych „nieprawdą”, a opierając się na innych wskazanych przez wykonawcę, które spełniają

warunki udziału w Postępowaniu. **Przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt. 17 zmaterializuje się bowiem za każdym razem gdy podana informacja może mieć chociażby potencjalny wpływ na decyzje zamawiającego.**

134. W tym tonie wypowiada się również Sąd Okręgowy we Wrocławiu (sygn. XI Ga 733/19):

*„Przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p z jednej strony nie ogranicza zakresu podawanych przez wykonawcę informacji, albowiem nie precyzuje (odmiennie niż w przypadku przesłanki wynikającej z art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p.) o jakie informacje chodzi. Z drugiej strony obejmuje on także informacje wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. a zatem informacje, że wykonawca: nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, spełnia obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria selekcji – albowiem te informacje zawsze mogą mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego. **A zatem informacje przedstawione przez skarżących na potwierdzenie spełnienia warunków udziału są informacjami istotnymi w rozumieniu pkt 17. Trzeba podkreślić, że przepis wskazuje na skutek wykluczenia nawet w przypadku gdy informacja wprowadzająca w błąd mogła wyłącznie hipotetycznie lub potencjalnie wpłynąć na decyzje i czynności podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Przy czym badanie tego wpływu należy dokonywać na moment przedstawienia nieprawdziwych informacji tj. w niniejszej sprawie na moment złożenia oferty przez skarżących (...)***

*Na moment składania oferty przez skarżącego, informacje dotyczące spełnienia warunku w odniesieniu do każdej z przedstawionych inwestycji, w tym i do tej spornej, mogły potencjalnie decydować o udziale skarżącego w postępowaniu. **W momencie składania ofert nie było wiadomo czy wszystkie inwestycje zostaną zaakceptowane przez zamawiającego i która okaże się tą nadprogramową i nieznaczącą dla postępowania. (...)***

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

**C. ZARZUT NARUSZENIA ART. 24 UST. 1 PKT 15) PZP W ZW. Z ART. 24 UST. 1 PKT 12) PZP – BRAK WYKAZANIA BRAKU PODSTAW DO WYKLUCZENIA**

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

*„Wykluczeniu podlegają wykonawcy, wobec których wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Tym samym nie jest już wystarczające potwierdzenie, że w określonym okresie przed składaniem ofert (lub wniosków) wykonawca nie zalegał z opłacaniem składek. Ustawodawca nie wskazuje bowiem, kiedy taki prawomocny wyrok lub ostateczna decyzja miałyby zostać wydane, tym samym zaświadczenie z US i ZUS nie mogą potwierdzać braku istnienia przedmiotowej przesłanki wykluczenia, ponieważ odnoszą się*



*jedynie do bieżącego opłacania podatków i składek. Dlatego – zgodnie z § 5 pkt 5 RodzDokR – wykonawca składa oświadczenie o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, a w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji – dokumenty potwierdzające dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności. Na potwierdzenie braku wystąpienia komentowanej przesłanki wykluczenia, wykonawcy składają ww. oświadczenie.<sup>5</sup>*

137. Tym samym, istnienie zaległości w zakresie danin publicznych wykonawcy, które zostały stwierdzone prawomocnym wyrokiem czy ostateczną decyzją, a nie zostały uregulowane w dacie składania ofert, stanowią podstawę nakazującą zamawiającemu wykluczyć danego wykonawcę z postępowania.
138. Zamawiający w Postępowaniu wymagał, by celem wykazania braku istnienia przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15) PZP, wykonawca przedstawił **oświadczenie, o braku wydania** wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne **albo** – w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji – **dokumentów potwierdzających dokonanie płatności** tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności.
139. Z brzmienia oświadczeń konsorcjantów (*wobec ww. wykonawcy nie wydano prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo – w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji – dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności*) wynika jedynie, że:
- **Nie wydano** prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu
- ALBO**
- **Nie wydano** dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności
- Spełnienie drugiej z alternatyw jest wystarczające by całość zdania logicznego była prawdziwa. Zdecydowanie jednak nie o taką alternatywę chodziło ustawodawcy, a w konsekwencji Zamawiającemu.
140. Mając na uwadze okoliczności wskazane przez Odwołującego w cz. I uzasadnienia, pkt B. (Niewykazanie braku podstaw wykluczenia przez Konsorcjum) w ocenie Odwołującego, zaistniały w przedmiotowym Postępowaniu podstawy do wykluczenia Konsorcjum z Postępowania, jako że w dacie składania ofert, **Konsorcjum nie spełniało warunku określonego w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 12) PZP, tzn. nie wykazało braku podstawy do wykluczenia w postaci braku spełnienia się przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 15 PZP.** Oświadczenia złożone przez konsorcjantów są bowiem w swej treści zupełnie niejasne, a

<sup>5</sup> Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak

więc nie mogą być poczytywane, jako poświadczające brak podstawy do wykluczenia Konsorcjum z Postępowania.

141. Należy zauważyć, że pomimo wezwania Konsorcjum przez Zamawiającego do złożenia prawidłowych – nieobarczonych wadą - dokumentów, z zastosowaniem trybu art. 26 ust. 3 lub 4 PZP, dokumenty przedłożone w ramach składania wyjaśnień nie pozwalają uznać, iż Konsorcjum należycie wykazało brak przesłanek do jego wykluczenia z Postępowania. Szczególnie, że dokument złożyła jedynie spółka ECM Group S.A., która dodatkowo nalega, że brzmienie dotychczasowego oświadczenia jest jasne i zgodne z SIWZ i przepisami, podczas gdy w sposób oczywisty nie jest (Załącznik nr 47).

**D. ZARZUT NARUSZENIA ART. 24 UST. 1 PKT 17) PZP – W ZAKRESIE WPROWADZENIA W BŁĄD W OŚWIADCZENIACH JEDZ:**

142. Zgodnie z ustawą PZP (art. 24 ust. 1 pkt 17), okolicznościami obligującymi Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy jest przedstawienie, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, informacji wprowadzających w błąd, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
143. Dla uznania, że wykonawca złożył informacje wprowadzające w błąd wystarczy zwykła lekkomyślność lub niedbalstwo. Praktycznie zawsze, jeśli dochodzi do nieumyślnego złożenia nieprawdziwej informacji, wykonawca powinien być wykluczony z postępowania (art. 24, komentarz do ustawy PZP, red. Jaworska 2020, wyd. 10/J. Jarnicka, Legalis).
144. W opinii Odwoływającego z taką sytuacją mamy do czynienia w zakresie oświadczeń składanych w JEDZ przez EMC Group S.A. Nawet w wypadku, gdyby należność, o której mowa w wyjaśnieniach spółki ECM Group S.A., została sptacona, spółka **ECM Group S.A. niewątpliwie oświadczyła nieprawdę w JEDZ** poprzez zaznaczenie odpowiedzi „NIE” w zakresie części III punkt C, dot. pytania: *[czy wykonawca] „był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji”*.
145. W wyroku KIO, dotyczącym ECM Group S.A., KIO jednoznacznie stwierdziło:

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

*Zwrócić należy uwagę, iż treść formularza wyraźnie wskazuje, iż należy tam wskazać wszystkie zobowiązania podatkowe, ustalone na podstawie choćby decyzji nieostatecznej.”*

146. Następnym zamierzonego wprowadzenia zamawiającego w błąd winno być wykluczanie danego wykonawcy z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy PZP. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem KIO (KIO 1470/18), przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 PZP nie precyzują, do jakiego okresu się odnoszą, dlatego powinno przyjmować się, że oświadczenie wykonawcy dotyczące zawinonego wprowadzenia w błąd znajduje zastosowanie także do działań podejmowanych przed danym (bieżącym) postępowaniem. Przywoływanym wyroku KIO wskazało także, że:

*„błędne wpisanie wyrazu »nie« zamiast wyrazu »tak« nie jest błahę, bo zdaniem Izby, zamawiający badając JEDZ i ofertę musi brać pod uwagę całość zawartości treściowej dokumentów, a także ich poszczególnych elementy.”*

Z sytuacją taką mamy do czynienia w niniejszym Postępowaniu, gdzie spółka ECM Group S.A.:

- 1) oświadczyła, że nie była winna poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji o braku podstaw wykluczenia i spełnianiu kryteriów selekcji (tak część III. pkt C. JEDZ), podczas gdy,
  - 2) w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego organizowanego przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie dopuściła się zamierzonego podania nieprawdy, co do braku podstaw wykluczenia i przez to wprowadziła tego zamawiającego w błąd (tak: wyrok KIO z 22 maja 2018 r., KIO 899/18),
  - 3) zgodnie ze stanowiskiem KIO (1470/18), winna zostać wykluczona z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP.
147. Co istotne, zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem, dokument zawierający nieprawdziwe informacje nie podlega uzupełnieniu poprzez przedstawienie w jego miejsce innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań określonych w SIWZ (tak np. wyrok KIO z 12 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1223/09; tak samo KIO 177/15).

Powyższej sytuacji w żaden sposób nie tłumaczy oświadczenie ECM Group S.A., które w swej treści odnosi się jedynie do punktu JEDZ mówiącego w „wydaniu prawomocnego wyroku sądu...”, **zupelnie zaś pomija kwestię oświadczenia o tym, że konsorcjant „był winny poważnego wprowadzenia w błąd(...). Co wydaje się zrozumiałe, gdyż w obliczu jednoznacznego orzeczenia KIO w tym zakresie trudno bronić tezy, że prawidłowym było wskazanie w tym punkcie odpowiedzi „NIE”**

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

#### **E. ZARZUT NARUSZENIA ART. 89 UST. 1 PKT 2) PZP**

149. Za utrwalony w doktrynie uznaje się pogląd, zgodnie z którym w art. 89 ust. 1 PZP określony został **zamknięty katalog przesłanek** skutkujących odrzuceniem oferty. Przepis ma charakter **obligatoryjny**, co oznacza, że zaistnienie chociażby jednej z wymienionych w przepisie

przesłanek musi skutkować odrzuceniem oferty. **Zamawiający nie może odstąpić od odrzucenia oferty w przypadku zaistnienia określonych okoliczności**, nie może też odrzucić oferty z innych powodów niż podane w art. 89 ust. 1 PZP (art. 89, komentarz do ustawy PZP, red. Jerzy Pieróg, wyd. 15, 2019, Legalis).

150. Jak wynika z treści art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP **zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia**, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. W tym miejscu należy zauważyć, iż *przepis ten jest skorelowany z art. 82 ust. 3 PZP, zgodnie z którym **treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wtedy, kiedy treść oferty (jej zawartość merytoryczna) nie odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w SIWZ w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji.** Innymi słowy: niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, zaoferowania którego oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ* (Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz do art. 89, red. M. Jaworska, wyd. 7, 2019, LEGALIS).
151. W orzecznictwie przyjmuje się, że:  
**przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia**, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, ceny, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, w tym wyznaczonych **parametrów technicznych** wyrobu. *Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego* (Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2017 r., sygn. akt 2440/16).
152. Jak słusznie wskazała KIO w wyroku z dnia 5 kwietnia 2017 r. (sygn. akt 501/17):  
*niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w SIWZ i którego przyjęcia oczekuje.*
153. Za wyrokiem KIO z dnia 5 stycznia 2018 r. (sygn. akt 2698/17) należy dodatkowo zauważyć, iż:  
*„zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – **porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ – jest z nią zgodna.***
154. Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy w pierwszej kolejności zauważyć, iż przedstawiona przez Konsorcjum oferta nie odpowiada treści SIWZ sporządzonego na potrzeby

niniejszego Postępowania przez Zamawiającego, albowiem doświadczenie osób – Pana Marka Gawęł, Pana Mieszko Niedźwieckiego - którym Konsorcjum zamierza powierzyć wykonanie zamówienia nie odpowiada wymogom i oczekiwaniom Zamawiającego, co zostało wykazane w pkt. 76-100 niniejszego Odwołania.

155. Zagadnienie, czy niespełniające wymogów SIWZ doświadczenie osób, które wykonawca przedstawił do wykonania zamówienia, może stanowić o niezgodności oferty z SIWZ było przedmiotem rozprawy KIO. W szczególności krytyce został poddany pogląd, iż treść art. 91 ust. 3 PZP („Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.”) stanowi przeszkodę w uznaniu doświadczenia personelu delegowanego do wykonania zamówienia za kryterium jakościowe oceny oferty.
156. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 4 maja 2017 r. (sygn. KIO 763/17)
- „Prawo unijne, jak i orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE), wskazuje, że nie narzuca ono tak rygorystycznego zakazu, jak dotychczas przyjmowano. Wynika to bezpośrednio z dwóch przepisów dyrektyw, tj. art. 67 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2014/24/UE i art. 82 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2014/25/UE. Przepisy te mają analogiczne brzmienie – istotne elementy przepisu:*
- «2. (...) Kryteria takie mogą np. obejmować: (...) b) organizację, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia, w przypadku gdy właściwości wyznaczonego personelu mogą mieć znaczący wpływ na poziom wykonania zamówienia; (...).»*
- Zatem, „organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia” zostały wskazane jako jedno z przykładowych kryteriów oceny ofert – kryterium o charakterze jakościowym.*
- Na gruncie wskazanych dyrektyw – oficjalnie i jednoznacznie przesądzone, że kryterium odnoszące się do jakości personelu (zespołu) mającego wykonywać przedmiot zamówienia nie dotyczy i nie łamie zakazu zawartego w art. 91 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – przy założeniu, że kryterium to zostanie prawidłowo sformułowane, tj. będzie się odnosiło do konkretnego personelu (zespołu) wyznaczonego do realizacji zamówienia, a nie ogólnie personelu wykonawcy bez wskazania jego powiązania z przedmiotem zamówienia i jego jakością.”*
157. Powyższa teza potwierdzona została również w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który podkreślił, że powołanie się na personel wyznaczony do realizacji danego zamówienia jest **bezpośrednim odniesieniem się do jednej z podstawowych zasad ustanowienia kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej**, czyli powiązania kryterium z przedmiotem zamówienia. TSUE wyjaśnił też, że zdolność do wykonania zamówienia publicznego może zależeć w znacznym stopniu od zawodowej wartości osób zobowiązanych do wykonania, na którą to wartość składają się: doświadczenie zawodowe i wykształcenie tych osób. Jeżeli więc zamówienie ma być wykonywane przez pewien zespół ludzi, to kompetencje i doświadczenie jego członków mają determinujące znaczenie dla oceny zdolności zawodowej tego zespołu jako całości (tak np. TSUE w wyroku z dnia 17

września 2002 r. sygn. C-513/99 Concordia Bus Finland OY Ab, czy w wyroku z dnia 26 marca 2015 r. sygn. C-601/13 Abisig).

158. Z uwagi na powyższe, w tym stanie rzeczy **oferta przedstawiona przez Konsorcjum winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP**, jako że osoby, których usługi zostały zaoferowane Zamawiającemu nie wykazują doświadczenia, którego Zamawiający wymaga, nie stanowią więc dla Zamawiającego gwarancji prawidłowego wykonania umowy. Należy zwrócić bowiem uwagę, że osoby wskazane przez Konsorcjum w Ofercie są to również osoby, które na podstawie § 2 Umowy (Załącznik nr 4 do SIWZ) będą te umowę wykonywać, a ich poziom merytoryczny musi gwarantować prawidłowe wykonanie zadania. W niniejszym postępowaniu Konsorcjum nie wykazało, że wskazane przez nie osoby taką gwarancję dają. W konsekwencji oferta Konsorcjum w tym zakresie nie spełnia wymogów SIWZ.

#### **F. ZARZUT NARUSZENIA ART. 91 UST. 1 PZP**

159. W razie nieuwzględnienia przez KIO zarzutów skutkujących odrzuceniem oferty Konsorcjum, z daleko idącej ostrożności procesowej należy wskazać, że Zmawiający w sposób błędny dokonał obliczenia punktów w kategorii „doświadczenie zespołu”. Prawidłowe zaś obliczenie punktów powinno prowadzić do przyznania Konsorcjum:
- a. 0 punktów za doświadczenie Kierownika Zespołu,
  - b. 0 punktów za Głównego Projektanta,
  - c. 3 punktów za Technologa Medycznego,
  - d. 0 punktów za Specjalistę ds. efektywności energetycznej i odnawialnych źródeł energii,
  - e. 3 punktów za Specjalistę BIM.
160. Argumenty wskazane wyżej każą bowiem przyjąć że:
- a. w ramach doświadczenia Głównego Projektanta:
    - doświadczenie Żywiec – zostało ewentualnie przyjęte jako spełnienie warunków udziału;
    - doświadczenie DOMI – brak PFU w rozumieniu Rozporządzenia, brak koncepcji wielobranżowej, brak wymogu BIM – należy przyznać 0 punktów (o czym w pkt 87-91 Odwołania);
    - doświadczenie King Saud - brak PFU w rozumieniu Rozporządzenia– należy przyznać 0 punktów (o czym w pkt 93 Odwołania);
    - doświadczenie St. Bartholomew's Hospital – brak pełnienia funkcji głównego projektanta– należy przyznać 0 punktów (o czym w pkt 97 Odwołania);
  - b. w ramach doświadczenia Specjalisty ds. efektywności energetycznej i odnawialnych źródeł energii,
    - doświadczenie Kompleks HB Reavis – zostało przyjęte jako spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
    - doświadczenie Budynek Olivia – brak spełnienia wymogu zapotrzebowania na energię elektryczną i ciepłą powyżej w wysokości min. 7 GWh rocznie – należy przyznać 0 punktów (o czym w pkt. 101-107 Odwołania).



161. W konsekwencji finalna punktacja przyznana Konsorcjum w ramach postępowania winna wynosić 6 punktów, co przekładałoby się na 18,18 punktów w kryterium doświadczenie zespołu, a zatem na **68,18** punktów łącznie w Postępowaniu. Podczas gdy Odwołujący uzyskał punktów **77,91**.

### III. ZAGADNIENIA FORMALNE

#### A. DOPUSZCZALNOŚĆ WNIESIENIA ODWOŁANIA

162. Odwołujący wskazuje, iż w myśl art. 180 ust. 1 PZP *Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. W niniejszym Postępowaniu zaniechanie wykluczenia Konsorcjum przez Zamawiającego, a w następstwie także wybór oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej zostało dokonane z naruszeniem przepisów PZP. Z tego względu niniejsze odwołanie uznać należy za w pełni dopuszczalne.*

#### B. INTERES PRAWNY

163. *Zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 PZP środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.*
164. *Odwołujący wskazuje, iż posiada on interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, albowiem w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP może ponieść szkodę. Wybór przez Zamawiającego oferty Konsorcjum z naruszeniem przepisów PZP doprowadzi do sytuacji, w której zamówienie na rzecz Zamawiającego będzie realizował wykonawca, którego oferta z mocy prawa na etapie jej oceny i badania winna podlegać odrzuceniu. Tym samym Odwołujący utraci szansę na uzyskanie zamówienia, albowiem poza Konsorcjum, stanowi on jedyny podmiot, który złożył ofertę w Postępowaniu.*
165. *Powyższe w ocenie Odwołującego stanowi przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 PZP.*

#### C. TERMIN DO WNIESIENIA ODWOŁANIA

166. *Odwołujący wskazuje, iż wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia niniejszego odwołania Odwołujący powziął w dniu 18 lutego 2020 r., tj. w dniu przekazania za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej informacji o wyborze oferty Konsorcjum przez Zamawiającego.*
167. *Z uwagi na powyższe, termin na wniesienie odwołania wynikający z art. 182 ust. 1 pkt. 1) PZP został zachowany.*

#### D. OBOWIĄZEK DORECZENIA ODWOŁANIA ZAMAWIAJĄCEMU

168. *Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 5 PZP wskazuję, iż kopia niniejszego odwołania została przesłana Zamawiającemu w formie i terminie odpowiadającej obowiązującym przepisom prawa (Załącznik 48).*




**E. ROSZCZENIE O ZWROT KOSZTÓW POSTĘPOWANIA**

169. Żądanie zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 3.600,00 zł uzasadnia treść art. 192 ust. 9 i 10 PZP w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. 2018 poz. 972) oraz przedstawiona faktura za usługę prawną polegającą na doradztwie prawnym i reprezentacji Odwołującego w niniejszym postępowaniu (zostanie przedstawiona na rozprawie).

**IV. PODSUMOWANIE**

170. Mając na względzie powyższe przyjąć należy, że decyzja Zamawiającego polegająca na wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej wydana została z naruszeniem przepisów PZP, albowiem spełnione zostały przesłanki do wykluczenia Konsorcjum z Postępowania oraz odrzucenia przedłożonej przez Konsorcjum oferty.
171. Tym samym niniejsze odwołanie jest w pełni zasadne i zasługuje na uwzględnienie.



---

r.pr. Grzegorz Rutkowski  
SQUARE Kancelaria Prawna

**Załączniki:**

1. Pełnomocnictwo udzielone r. pr. Grzegorzowi Rutkowskiemu;
2. Opłata skarbową od udzielonego pełnomocnictwa w wysokości 17,00 zł;
3. Wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł;
4. Wyciąg odpowiadający odpisowi pełnemu z Krajowego Rejestru Sądowego dla Odwołującego.
5. Załączniki powołane w treści pisma.

