

WYROK
z dnia 20 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Bud-Invent Sp. z o.o., I. G. prowadzący działalność gospodarczą pn. "ZUB Inżynier I. G.", CEKOM Sp. z o.o., ul. Żupnicza 17/5, 03-821 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowy Bank Polski, ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: T. P., prowadzący działalność gospodarczą pn. BICO Group T. P., BICO Group Sp. z o.o., ul. Św. Jacka Odrowąża 15, 03-310 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Bud-Invent Sp. z o.o., I. G. prowadzącego działalność gospodarczą pn. "ZUB Inżynier I. G.", CEKOM Sp. z o.o., ul. Żupnicza 17/5, 03-821 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Bud-Invent Sp. z o.o., I. G. prowadzącego działalność gospodarczą pn. "ZUB Inżynier I. G.", CEKOM Sp. z o.o., ul. Żupnicza 17/5, 03-821 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) w z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 2020) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Narodowy Bank Polski - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na nadzór inwestycyjny przy realizacji inwestycji obejmującej remont i przebudowę bloku A w obiekcie Centrali NBP w Warszawie. Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 6 lipca 2020r. pod poz. 2020/S 128-313620.

W dniu 18.12.2020r. Odwołujący - Konsorcjum: Bud-Invent Sp. z o.o., I. G. prowadzący działalność gospodarczą pn. "ZUB Inżynier I. G.", CEKOM Sp. z o.o. - wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegających na nieprawidłowej ocenie oferty konsorcjum: T. P., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „BICO Group T. P.” oraz BICO Group sp. z o.o. (dalej Konsorcjum BICO), w zakresie spełniania przez konsorcjum BICO następujących warunków udziału w postępowaniu:

1. dot. zdolności technicznej i zawodowej, zgodnie z rozdziałem 8 ust. 2 pkt 1) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ),

2. dot. zdolności technicznej i zawodowej, zgodnie z rozdziałem 8 ust. 2 pkt 2), 3), 5) i 8) SIWZ oraz nieodtajnieniu oferty Konsorcjum BICO w zakresie wykazu usług i referencji oraz odpowiedzi udzielonej przez Konsorcjum BICO wraz z załącznikami, tj. pliki Wykonawcy:

„2_Załącznik_nr_I-do_Zastrzeżenia_Tajemnicy_Przedsiębiorstwa.pdf”,

„5_Wykaz_usług_Tajemnica_Przedsiębiorstwa.pdf,

„6 Referencje_Tajemnica_Przedsiębiorstwa.pdf ’

„4 Wyjaśnienie_informacji_Tajemnica_przedsiębiorstw_a_NBP.pdf”,

„5 Referencje_Tajemnica_Przedsiębiorstwa_NBP.pdf”

a także nieodtajnieniu wezwania do wyjaśnień skierowanego przez Zamawiającego do Konsorcjum BICO, a w konsekwencji dopuszczeniu do udziału w postępowaniu Konsorcjum BICO i wyborze oferty Konsorcjum BICO jako najkorzystniejszej w postępowaniu

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp poprzez dopuszczenie wykonawcy Konsorcjum BICO do udziału w postępowaniu i wybór oferty Konsorcjum BICO jako najkorzystniejszej, podczas gdy Konsorcjum BICO nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określonych w rozdziale 8 ust. 2 pkt 1), 2), 3), 5), 8) SIWZ;

2. art. 24 ust. 1 pkt 16) w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1) Pzp, poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum BICO i wybór oferty Konsorcjum BICO jako najkorzystniejszej, podczas gdy Zamawiający powinien wykluczyć Konsorcjum BICO z postępowania jako wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w rozdziale 8 ust. 2 pkt 1), 2), 5) SIWZ;

3. art. 24 ust. 1 pkt 17) w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1) Pzp, poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum BICO i wybór oferty Konsorcjum BICO jako najkorzystniejszej, podczas gdy Zamawiający powinien wykluczyć Konsorcjum BICO z postępowania jako wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu określone w rozdziale 8 ust. 2 pkt 1), 2), 5) SIWZ;

4. art. 8 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2003r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm. dalej: „ustawa znk”, poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów złożonych przez Konsorcjum BICO - w zakresie wykazu usług i referencji oraz odpowiedzi udzielonej przez Konsorcjum

BICO wraz z załącznikami, tj. pliki Wykonawcy:

„2_Załącznik_nr_i-do_Zastrzeżenia_Tajemnicy_Przedsiębiorstwa.pdf”,
„5_Wykaz_usług_Tajemnica_Przedsiębiorstwa.pdf”,
„6_Referencje_Tajemnica_Przedsiębiorstwa.pdf”,
„4_Wyjasnienie_informacji_Tajemnica_przedsiębiorstwa_NBP.pdf”,
„5_Referencje_Tajemnica_Przedsiębiorstwa_NBP.pdf”.

a także nieodtajnieniu wezwania do wyjaśnień skierowanego przez Zamawiającego do Konsorcjum BICO, pomimo że informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy znk;

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby unieważnił czynność badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 8 grudnia 2020r., nakazanie Zamawiającemu odtajnienia wezwania do wyjaśnień skierowanego przez Zamawiającego do Konsorcjum BICO, a także wykazu usług i referencji oraz odpowiedzi udzielonej przez Konsorcjum BICO wraz z załącznikami, tj. pliki Wykonawcy:

„2_Załącznik_nr_i-do_Zastrzeżenia_Tajemnicy_Przedsiębiorstwa.pdf”, „5_Wykaz_usług_Tajemnica_Przedsiębiorstwa.pdf”,
„6_Referencje_Tajemnica_Przedsiębiorstwa.pdf”,
„4_Wyjasnienie_informacji_Tajemnica_przedsiębiorstwa_NBP.pdf”,
„5_Referencje_Tajemnica_Przedsiębiorstwa_NBP.pdf”

Odwolujący wniósł o wykluczenie Konsorcjum BICO z postępowania i powtórzenie badania i oceny ofert oraz dokonanie powtórnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odnosząc zarzut niespełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych usług (warunek z pkt 8 ust. 2 pkt 1 SIWZ) Odwołujący podniósł, że przedmiot wykonanego przez konsorcjum Bico zamówienia „Nadzór nad realizacją inwestycji budowlanej polegającej na budowie budynku biurowego „Mareckie Centrum Edukacyjno - Rekreacyjne w Markach” nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i jest informacją wprowadzającą Zamawiającego w błąd. Już sama treść listu referencyjnego z dnia 19 lutego 2020r. wskazuje na inną charakterystykę ww. inwestycji aniżeli budynek biurowy zdefiniowany przez Zamawiającego w SIWZ „Kompleks budynków o przeznaczeniu edukacyjnym (podstawowa oraz ścieżki edukacyjne), biurowym, widowiskowym (sala kinowa/teatralna), sportowym (zespół sal sportowych wraz z salą widowiskową do rozgrywek ligowych piłki ręcznej, koszykówki, siatkówki i innych), rekreacyjnym (kompleks basenowy wraz ze spa)”. Podobne informacje zostały zawarte na stronie internetowej członka konsorcjum BICO, którą Odwołujący przywołał w treści odwołania. Odwołujący wskazał, że przez budynek biurowy rozumie się budynek wykorzystywany jako miejsce pracy dla działalności biura, sekretariatu lub inny o charakterze administracyjnym np. budynek banków, urzędów pocztowych, urzędów miejskich, gminnych, ministerstw oraz budynek centrów konferencyjnych i kongresów, sądów i parlamentów. Treść listu referencyjnego zaprzecza spełnieniu przez konsorcjum BICO warunku udziału w postępowaniu. Co więcej, Odwołujący zauważył, że Konsorcjum BICO wskazało na spełnienie wymogu dot. budynku biurowego w sytuacji, gdy posiadało pełną wiedzę, że budynek „Mareckie Centrum Edukacyjno - Rekreacyjne”, nie jest budynkiem biurowym, a jest kompleksem budynków szkolnych wraz z rozbudowaną infrastrukturą sportową. Konsorcjum BICO dopuściło się zatem w sposób zamierzony, wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Ponadto, w skład kompleksu „Mareckie Centrum Edukacyjno - Rekreacyjne” wchodzi kilka budynków, w tym obiektów sportowych. Konsorcjum BICO nie wykazało, iż chociażby jeden z budynków wchodzących w skład kompleksu - ma powierzchnię nie mniejszą niż 10.000 m² w zakresie budowy jako budynek biurowy.

Kolejnym elementem potwierdzającym, iż Konsorcjum BICO nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 8 ust. 2 pkt 1) SIWZ jest fakt, iż Konsorcjum BICO nie świadczyło „nadzoru nad realizacją inwestycji budowlanej od etapu opracowania Dokumentacji projektowej do etapu realizacji robót budowlanych wraz z odbiorami”, o czym mowa wprost w treści rozdziału 8 ust. 1 pkt 2) SIWZ. Referencje wystawione przez Mareckie Inwestycje Miejskie sp. z o.o. z dnia 19 lutego 2020r. wskazując jedynie, że świadczone przez członka konsorcjum BICO usługi dotyczyły „projektowania BIM”. Wymagania dotyczące modelu BIM dla tej inwestycji opracowane przez projektanta P. K. nie są dokumentacją projektową w rozumieniu Prawa Budowlanego.

W zakresie zarzutu dotyczącego niespełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wykazu osób, Odwołujący podniósł, że p. J. P., który został wskazany przez konsorcjum BICO celem potwierdzenia spełnienia warunku z rozdz. 8 ust. 2 pkt 5 SIWZ, nie posiada certyfikatu EBI z okresu 3 lat. Odwołujący wyjaśnił, że jedyną firmą na terenie Polski, która posiada uprawnienia do wystawienia certyfikatu EBI jest firma Honeywell sp. z o.o.

Ponadto, Odwołujący podniósł, że p. T. P., który został wskazany przez konsorcjum BICO celem potwierdzenia spełnienia warunku z rozdz. 8 ust. 2 pkt 2 SIWZ, nie posiada opisanego w tym warunku doświadczenia, bowiem nie można uznać, że Mareckie Centrum Edukacyjno-Rekreacyjne, którego realizację wykazano, jest budynkiem biurowym w świetle definicji podanej przez Zamawiającego. Ponadto powierzchnia budynku 18 000m², odnosi się do całego kompleksu budynku, w skład którego wchodzi hala basenowa i pływalnia.

Odwolujący podniósł także, iż osoby wskazane przez konsorcjum BICO na stanowiska Inżynierów projektu nie spełniają warunku, określonego w rozdz. 8 ust. 2 pkt 3 SIWZ dotyczącego posiadania min. 5 letniego ciągłego doświadczenia w projektowaniu tzn. nie wykazano doświadczenia każdej z wymienionych osób. Identycznie nie wykazano doświadczenia zespołu Inżynierów nadzoru inwestorskiego – zgodnie z rozdz. 8 ust. 2 pkt 8 SIWZ. Odwołujący wskazał, że podobna sytuacja dotyczy A. K. – wskazanego na stanowisko Inżyniera projektu w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych niskoprądowych oraz Inspektora nadzoru inwestorskiego instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, zgodnie z rozdz. 8 ust. 2 pkt 8 SIWZ.

Zdaniem Odwołującego powyższe okoliczności wypełniają dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 16 i art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp i winny skutkować wykluczeniem konsorcjum BICO z udziału w postępowaniu, bez możliwości uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku doświadczenia.

W zakresie zarzutu nieodtajnienia wezwania do wyjaśnień oraz dokumentów konsorcjum BICO, Odwołujący podniósł, że w dniu 14 grudnia 2020r. Zamawiający przekazał Odwołującemu ofertę oraz dokumenty złożone przez konsorcjum BICO oraz korespondencję z tym wykonawcą, z wyłączeniem wykazu usług i referencji oraz odpowiedzi udzielonej przez konsorcjum BICO wraz z załącznikami a także bez wezwania do wyjaśnień skierowanego przez Zamawiającego do konsorcjum BICO. Zamawiający nie przekazał swojego stanowiska / uzasadnienia dotyczącego braku odtajnienia tych dokumentów.

Zamawiający nie uwzględnił wyjątkowego charakteru możliwości zastrzeżenia tajemnicy przez Konsorcjum BICO nie zbadał, ani specyfiki informacji zastrzeżonych, ani nie odniósł się do poszczególnych wymogów ustawy znk (przewidzianych dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa). Można wręcz stwierdzić, że nie dokonał żadnej oceny w tym zakresie.

Niewątpliwie dalece lakoniczne uzasadnienie działania Konsorcjum BICO, jak i brak uzasadnienia ze strony Zamawiającego należy uznać za nieprawidłowe, albowiem w szczególności utrudnia sformułowanie konkretnych zarzutów stawianych zaskarżonemu rozstrzygnięciu.

Odwołujący podkreślił, że w rozpoznawanej sprawie tajemnicy przedsiębiorstwa, w błędnej ocenie Konsorcjum BICO, ma podlegać nazwa i zakres współpracy z podmiotem - w celu wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Przy czym ranga ww. podmiotu dla oceny spełnienia warunków przewidzianych w SIWZ, możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego, jest kluczowa i dalece większa niż rola podwykonawcy, czy kontrahenta, którego zamówienie Konsorcjum BICO podaje w wykazach usług/dostaw, referencjach wskazując na spełnienie warunków udziału w Postępowaniu. Ma ona bowiem w pierwszym rzędzie decydujący wpływ na rozstrzygnięcie o uzyskaniu zamówienia i jest to jedna z podstawowych danych zawartych w ofercie. Jeśli bowiem wykonawca nie posiada odpowiedniego doświadczenia, potencjału oczekiwanego przez zamawiającego, potrzebnego dla wykonania danego - nie może złożyć oferty zgodnej z SIWZ, co stanowi zagadnienie badane *a priori*.

Regulacja art. 8 ust. 3 ustawy Pzp jednoznacznie stanowi o obowiązku wykazania, czyli udowodnienia istnienia przesłanek uznania konkretnej informacji za informację niejawną w rozumieniu ustawy znk. Twierdzenie, iż wystarczające jest w tym zakresie bazowanie tylko na oświadczeniach wykonawcy, niepopartych żadnymi dowodami, stanowi wykładnię *contra legem*, sprzeczną z jasnym, literalnym brzmieniem przepisu.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych oraz zostało uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Odnosnie zarzutu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdz. 8 ust.2 pkt 1 SIWZw zakresie posiadanego doświadczenia, Izba ustaliła, że zgodnie z tym wymaganiem wykonawca musi spełniać warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej, tj. musi wykazać, że: „nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał co najmniej 3 zamówienia (umowy) polegające na prowadzeniu:

a.nadzoru nad realizacją inwestycji budowlanej od etapu opracowania Dokumentacji projektowej do etapu realizacji robót budowlanych wraz z odbiorami; lub

b.zastępstwa inwestycyjnego,

c.w zakresie budowy lub przebudowy budynku biurowego lub jego części (przez „budynek biurowy” rozumie się budynek wykorzystywany jako miejsce pracy dla działalności biura, sekretariatu lub inny o charakterze administracyjnym np. budynek banków, urzędów pocztowych, urzędów miejskich, gminnych, ministerstw oraz budynek centrów konferencyjnych i kongresów, sądów i parlamentów) o powierzchni nie mniejszej niż 10.000 m2 w zakresie budowy lub nie mniejszej niż 5.000 m2 w zakresie przebudowy budynku lub jego części.

Izba ustaliła, że wykonawca konsorcjum BICO celem potwierdzenia powyższego wymagania złożył wykaz usług, gdzie w części jawnej wskazał na realizację wykonaną na rzecz Mareckich Inwestycji Miejskich sp. z o.o. polegającą na nadzorze nad realizacją inwestycji budowlanej od etapu opracowania dokumentacji projektowej do etapu realizacji robót budowlanych wraz z odbiorami. W wykazie podano, że powierzchnia budynku wyniosła 18 000m2. Z treści załączonego listu referencyjnego Mareckich Inwestycji Miejskich sp. z o.o. wynika, że firma BICO Group była wykonawcą inwestycji budowa szkoły gimnazjalnej i ponadgimnazjalnej w Markach, której przedmiotem były m.in. usługi doradcze i koordynacyjne, zastępstwa inwestorskiego, w tym projektowanie BIM. Ponadto wskazano jako najważniejsze parametry inwestycji, że jest to „kompleks budynków o przeznaczeniu edukacyjnym (podstawowa oraz ścieżki edukacyjne), biurowym, widowiskowym (sala kinowa/teatralna), sportowym (zespół sal sportowych wraz z salą widowiskową do rozgrywek ligowych piłki ręcznej, koszykówki, siatkówki i innych), rekreacyjnym (kompleks basenowy wraz ze spa)”.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego co do tego, że budynek Mareckiego Centrum Edukacyjno - Rekreacyjnego nie spełnia wymagań określonych w rozdz. 8 ust.2 pkt 1 SIWZZ uwagi na to, że nie jest budynkiem biurowym i nie spełnia wymagań co do minimalnej powierzchni.

Po pierwsze, wskazać należy, iż w treści warunku udziału w postępowaniu zamawiający dopuścił inwestycje w zakresie budowy lub przebudowy budynku biurowego lub jego części, co oznacza, że dopuścił realizację budynków, które jedynie w części były budynkami biurowymi. Ponadto, definiując pojęcie budynku biurowego, zamawiający podał, że jest to budynek wykorzystywany jako miejsce pracy dla działalności biur, sekretariatów lub inny o charakterze administracyjnym. Oznacza to, że istotnym z punktu widzenia spełniania warunku było to czy w budynku wykonywana jest działalność biurowa, przy czym nie zostało określone w jakiej części budynek ma być wykorzystany jako miejsce pracy dla działalności biura. Zamawiający w treści warunku podał przykładowe budynki biurowe, wskazując, że są to: budynki

banków, urzędów pocztowych, urzędów miejskich, gminnych, ministerstw oraz centrów konferencyjnych i kongresów, sądów i parlamentów. Niezależnie między stronami jest, że definicja budynku biurowego, przytoczona przez Zamawiającego ma charakter otwarty. Jak słusznie zauważył Odwołujący, definicja budynku biurowego jest zbliżona do definicji podanej w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych pod poz. 1220.

Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego (referencji, fotografii) oraz wyjaśnień stron, wynika, że budynek Mareckiego Centrum Edukacyjno - Rekreacyjnego jest kompleksem dwóch budynków A i B, które stanowią jedną całość i są połączone łącznikiem. Z pisma Mareckich Inwestycji Miejskich sp. z o.o. z dnia 13 stycznia 2021r. (inwestora) podpisanego przez Prezesa Zarządu P. G. wynika, że „budynek B jest wykorzystywany jako miejsce pracy Mareckich Inwestycji Miejskich Sp. z o.o.”, co stanowi jednoznaczne potwierdzenie tego, że budynek wykorzystywany jest jako miejsce pracy dla działalności biur, a zatem jest budynkiem biurowym spełniającym wymagania podane przez Zamawiającego.

W zakresie wymagania co do minimalnej powierzchni budynku biurowego, określonej w warunku udziału na poziomie 10.000m², Izba ustaliła, że wymóg ten został potwierdzony przez wykonawcę w treści wykazu usług, a następnie w piśmie z dnia 13 stycznia 2021r. Mareckich Inwestycji Miejskich sp. z o.o., w którym inwestor wskazał, że powierzchnia budynku B wynosi ponad 10 790 m². Powierzchnia całkowita budynku B, wynosząca 10 773,16m² została także potwierdzona we fragmencie projektu wykonawczego Sierpień 2017, złożonego w toku postępowania odwoławczego przez wykonawcę Bico.

Odwołujący, na którym spoczywał ciężar wykazania, że kwestionowana przez niego usługa nie spełnia wymagań Zamawiającego, nie przedstawił żadnych wiarygodnych dowodów na twierdzenia przeciwnie.

Złożone jako dowód w sprawie przez Odwołującego: specyfikacja istotnych warunków zamówienia na budowę Mareckiego Centrum Edukacyjno - Rekreacyjnego Budowa Gimnazjum i Szkoły Ponadgimnazjalnej, ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z dnia 7.07.2016r. na nadzór inwestorski nad realizacją robót budowlanych związanych z wykonaniem inwestycji oraz decyzja Starosty Wołomińskiego nr 140pR/2013 z dnia 18.03.2014r. zatwierdzająca projekt budowlany, nie stanowią wystarczającego dowodu na twierdzenie, że nie został spełniony wymóg co do charakteru budynku (obiekt biurowy) oraz jego wymaganej powierzchni.

Po pierwsze, sama nazwa postępowania „Kompleksowy nadzór nad realizacją robót budowlanych związanych z wykonaniem inwestycji pod nazwą „Budowa szkoły gimnazjalnej i szkoły ponadgimnazjalnej przy ul. Wspólnej w Markach Etap I” podana w złożonych przez Odwołującego dokumentach nie oznacza, że inwestycją nie był objęty także budynek biurowy czyli wykorzystywany na miejsce pracy dla działalności biura.

Brak dowodu na twierdzenie, iż nie został spełniony wymóg co do minimalnej powierzchni obiektu. Decyzja nr 140pR/2013 z dnia 18.03.2014 Starosty Wołomińskiego, na którą powołał się Odwołujący, wykazując niespełnienie wymagań co do powierzchni budynku, nie może stanowić wiarygodnego dowodu na tę okoliczność, bowiem jest ona decyzją nieaktualną, która nie była podstawą do realizacji inwestycji Mareckiego Centrum Edukacyjno - Rekreacyjnego. Jak wynika choćby z wykazu załączników do specyfikacji istotnych warunków zamówienia na budowę Mareckiego Centrum Edukacyjno- Rekreacyjnego Budowa Gimnazjum i Szkoły Ponadgimnazjalnej (str. 20) decyzja ta została dwukrotnie zmieniona: decyzją z dnia 23.08.2017r. nr 808pR/2017 WAB.6740.13.120.2017r. o zmianie decyzji Starosty Wołomińskiego oraz decyzją z dnia 20 maja 2016r. nr 344pR/2016 WAB.6740.27.58.2016.

Niezależnie od istniejącego między stronami sporu co do powierzchni budynku B, wchodzącego w skład Mareckiego Centrum Edukacyjno - Rekreacyjnego, Izba zauważa, że referencyjny obiekt stanowi kompleks połączonych ze sobą budynków, których łączna powierzchnia (czy to użytkowa czy całkowita) przekracza wymagane 10. 000 m². Z tych względów należy uznać, że uzasadnionym jest przyjęcie łącznej powierzchni budynków, wchodzących w skład jednej inwestycji i stanowiących jedną całość. Zatem, nawet przy przyjęciu powierzchni użytkowej budynków: A- 5 901,11m², B- 8 113,53 m², wynikającej ze złożonej przez Odwołującego decyzji nr 140pR/2013 z dnia 18 marca 2014r., zatwierdzającej projekt budowlany, powierzchnia budynku, będącego przedmiotem umowy przekracza 10 000 m². Oznacza to, że wykonawca nabył doświadczenie w nadzorze nad realizacją inwestycji budowlanej w zakresie budowy budynku biurowego lub jego części o powierzchni nie mniejszej niż 10.000 m², który to budynek w części jest wykorzystywany na działalność biura.

Odwołujący nie przedstawił także żadnego wiarygodnego dowodu podważającego oświadczenie Prezesa Zarządu P. G. z dnia 13 stycznia 2021r., że zakres usługi firmy Bico Group obejmował również nadzór nad opracowaniem kompleksowej wielobranżowej dokumentacji projektowej a nie tylko nadzór nad projektowaniem BIM, jak pierwotnie wskazano w treści referencji. Jak wynika z wyjaśnień wykonawcy przystępującego BICO Group pierwotnie umowa z inwestorem nie obejmowała pełnienia nadzoru od etapu opracowania dokumentacji projektowej, jednak na skutek zmian w systemie edukacji (likwidacja gimnazjum) zlecono przygotowanie nowej dokumentacji projektowej (dokumentacji zamiennej). W wyniku tych działań wykonawca pełnił nadzór od etapu opracowania dokumentacji projektowej do etapu realizacji robót budowlanych wraz z odbiorami, co zostało wprost potwierdzone w piśmie inwestora z dnia 13 stycznia 2021r.

Niezasadnym jest zarzut dotyczący niespełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykazu osób. Zgodnie z wymaganiem z rodz. 8 ust. 2 pkt 5 SIWZ, Zamawiający wymagał, aby osoba skierowana na stanowisko Inżyniera projektu w zakresie instalacji automatyki (w tym automatyki i wentylacji) oraz systemów BMS posiadała m.in. imienny certyfikat potwierdzający ukończenie w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, specjalistycznego szkolenia w zakresie projektowania BMS w oparciu o licencjonowane oprogramowanie Enterprise Building Integrator (EBI). Celem potwierdzenia powyższego warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej Zamawiający wymagał potwierdzenia przez wykonawcę w wykazie osób spełnienia wymagań. Konsorcjum Bico wskazało w wykazie osób, iż p. J. P. posiada imienny certyfikat potwierdzający ukończenie w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, specjalistycznego szkolenia w zakresie projektowania BMS w oparciu o licencjonowane oprogramowanie Enterprise Building Integrator (EBI) (podanie „TAK”). Twierdzenia Odwołującego, iż p. J. P. nie posiada stosownego certyfikatu opierają się na błędnym przyjęciu, że jedyną firmą, która posiada uprawnienia do wydania tego rodzaju

certyfikatu jest firma Honeywell, działająca na terenie Polski. Odwołujący powołał się w tym zakresie na prowadzoną z firmą Honeywell korespondencję mailową, z której wynika, że firma ta jest jedną na terenie Polski, która posiada uprawnienia do wystawienia certyfikatu oraz, że p. J. P. nie posiada imiennego certyfikatu Honeywell EBI.

Z treści rodz. 8 ust. 2 pkt 5 SIWZ, wynika, że Zamawiający nie wymagał, aby certyfikat był wystawiony przez konkretną firmę, czy też firmę działającą na terenie Polski. Zamawiający w toku rozprawy złożył jako dowód w sprawie przedstawiony mu przez wykonawcę BICO w dniu 21.12.2020r., w związku z planowanym zawarciem umowy, certyfikat szkolenia EBI dla p. J. P. . Dokument ten został objęty tajemnicą przedsiębiorstwa, która nie została przez Zamawiającego uchylona. Nie ulega zatem żadnym wątpliwości, że osoba wskazana na stanowisko Inżyniera projektu posiada wymagany przez Zamawiającego certyfikat szkolenia EBI.

W zakresie doświadczenia p. T. P. na stanowisku koordynatora inspektorów nadzoru Inwestorskiego, który pełnił tę funkcję podczas budowy Mareckiego Centrum Edukacyjno-Rekreacyjnego, z uwagi na zbieżność zarzutów z zarzutami odnoszącymi się do niespełnienia wymaganego doświadczenia, Izba podtrzymuje argumentację jak wyżej.

W zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu z rodz. 8 ust. 2 pkt 3 SIWZ dotyczącego dysponowania zespołem osób, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia, w charakterze Inżynierów projektu, Izba ustaliła, że konsorcjum BICO przedstawiło wykaz osób, gdzie podano „TAK”, potwierdzając tym samym spełnienie wymagań odnośnie osób: p. R. S., p. M. S., p. J. Z. . Twierdzenia Odwołującego, iż wykonawca nie wykazał, że osoby skierowane do realizacji zamówienia w charakterze Inżynierów projektu nie wykazały minimum 5 letniego ciągłego doświadczenia w projektowaniu tzn. nie wykazano doświadczenia każdej z wymienionych osób, pozostały gołosłowne. Podkreślić należy, że celem potwierdzenia spełniania wymagań, określonych w rodz. 8 ust. 2 pkt 3 SIWZ Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia w wykazie osób i nie wymagał potwierdzenia tych wymagań za pomocą żadnych dodatkowych dokumentów. Analogiczne stanowisko dotyczy osoby p. A. K., wskazanej na stanowisko Inżyniera projektu.

Wobec oddalenia zarzutów dotyczących niespełnienia wymagań w zakresie doświadczenia oraz zdolności technicznej i zawodowej i nie potwierdzenia faktu podania przez wykonawcę informacji niezgodnych z rzeczywistością, Izba uznała za niezasadne zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Odnosnie zarzutu dotyczącego niezasadnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa części wykazu usług, referencji oraz wezwania Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień tj.

„2_Załącznik_nr_1-do_Zastrzeżenia_Tajemnicy_Przedsiębiorstwa.pdf”, „5_Wykaz_usług_Tajemnica_Przedsiębiorstwa.pdf”,

„6_Referencje_Tajemnica_Przedsiębiorstwa.pdf”

„4_Wyjaśnienie_informacji_Tajemnica_przedsiębiorstwa_NBP.pdf”

„5_Referencje„Tajemnica_Przedsiębiorstwa_NBP.pdf”

Zdaniem Izby, konsorcjum BICO wykazało w złożonych wyjaśnieniach z dnia 16 listopada 2020r., że informacje zastrzeżone stanowią wartość gospodarczą, co do której wykonawca podjął działania celem zachowania jej w poufności. Tym samym informacje te spełniają przesłanki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2019r, poz. 1010 ze zm.) - *dalej uznk*. Wykonawca w złożonym uzasadnieniu objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wskazał, że informacja dotycząca kontrahenta, na rzecz którego wykonawca realizował usługi, stanowi wartość gospodarczą. Wyjaśnił jakie poniósł nakłady, aby pozyskać tego kontrahenta oraz jaką mógłby ponieść szkodę, gdyby te informacje zostały ujawnione. Wykazał, że podjął szereg środków mających na celu ochronę tych informacji m.in. zawarł umowę z klientem o zachowaniu w poufności, wprowadził regulamin ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Dowody te wykonawca załączył do złożonych wyjaśnień. Ponadto wykonawca podjął działania organizacyjne oraz informatyczne celem zachowania w poufności tych informacji.

Zdaniem Izby, nieujawnione do wiadomości publicznej informacje o kontrahentach mogą stanowić wartość gospodarczą, bowiem mają istotne znaczenie dla prowadzonej działalności gospodarczej i pozycji danego podmiotu na rynku konkurencyjnym.

Izba przeanalizowała złożony przez Odwołującego jako dowód w wydruk ze strony internetowej BICO Group, gdzie wskazano inwestycje w ramach kompleksowego nadzoru inwestorskiego i stwierdziła, że na wydruku tym brak informacji dotyczącej kontrahenta, na rzecz którego wykonawca zrealizował usługę, objętą tajemnicą przedsiębiorstwa. Z tych względów niezasadnym jest twierdzenie Odwołującego, że informacja nie może zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem wynika ze strony internetowej BiCO Group.

W konsekwencji, zdaniem Izby, okoliczności podane w złożonych wyjaśnieniach dowodzą tego, że wykonawca, zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp zastrzegł, że podane informacje nie mogą być udostępnione oraz skutecznie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 1 uznk.

Zgodnie z art. 190 ust 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Z uwagi na powyższą regulację Izba nie uwzględniła przy wyrokowaniu pisemnych wyjaśnień Odwołującego oraz Przystępującego z dnia 18 i 19 stycznia 2021r. i odmówiła przeprowadzenia dodatkowych dowodów, które zostały złożone po zamknięciu rozprawy dnia 15 stycznia 2021r.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w

postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Przewodniczący: