

Sygn. akt: KIO 310/19

Sygn. akt: KIO 317/19

WYROK
z dnia 18 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Dagmara Gałczewska-Romek**
 Ryszard Tetzlaff
 Paweł Trojan

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 marca 2019r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2019r. przez:

- A. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Warbud S.A.; Warbud PPP 1 Sp. z o. o.; Vinci Facilities Polska Sp. z o. o.; VINCI Facilites SKE GmbH; VINCI Construction Grands Projets SAS, ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa (dalej zwanych konsorcjum Warbud)** (Sygn. akt KIO 310/19),
- B. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hemswell Investments Sp. z o. o.; Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş.; Pessina Costruzioni SpA; Pessina Gestioni Srl, ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa, (dalej zwanych konsorcjum Hemwell)** (Sygn. akt KIO 317/19),

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Tarnowa - Urząd Miasta Tarnowa, ul. A. Mickiewicza 2, 33-100 Tarnów.**

przy udziale:

- A. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Budimex H Sp. z o. o.; Budimex S.A.; FBSerwis S. A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 310/19 i KIO 317/19 po stronie zamawiającego ((dalej zwanych konsorcjum Budimex),**

- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hemswell Investments Sp. z o. o.; Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş.; Pessina Costruzioni SpA; Pessina Gestioni Srl, ul. Grzybowska 80/82,00-844 Warszawa, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 310/17 po stronie zamawiającego,
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Warbud S.A.; Warbud PPP 1 Sp. z o. o.; Vinci Facilities Polska Sp. z o. o.; VINCI Facilites SKE GmbH; VINCI Construction Grands Projets SAS, ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 317/19 po stronie zamawiającego.

orzeka:

- 1A. uwzględnia odwołanie konsorcjum Warbud o Sygn. akt KIO 310/19 i nakazuje unieważnienie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w zakresie kryteriów selekcji i przyznanej punktacji: konsorcjum Warbud i konsorcjum Budimex oraz nakazuje dokonanie powtórnej czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału.**
- 1B. uwzględnia odwołanie konsorcjum Hemswell o Sygn. akt KIO 317/19 i nakazuje unieważnienie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału i nakazuje uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu usług złożonego przez konsorcjum Budimex, w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.**
- 2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miasta Tarnowa - Urząd Miasta Tarnowa, ul. A. Mickiewicza 2, 33-100 Tarnów i:**
- 1.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Warbud S.A.; Warbud PPP 1 Sp. z o. o.; Vinci Facilities Polska Sp. z o. o.; VINCI Facilites SKE GmbH; VINCI Construction Grands Projets SAS, ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hemswell Investments Sp. z o. o.; Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş.; Pessina Costruzioni SpA; Pessina Gestioni Srl, ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa, tytułem wpisów od odwołań,**

- 1.2. zasądza od **Gminy Miasta Tarnowa - Urząd Miasta Tarnowa, ul. A. Mickiewicza 2, 33-100 Tarnów** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Warbud S.A.; Warbud PPP 1 Sp. z o. o.; Vinci Facilities Polska Sp. z o. o.; VINCI Facilities SKE GmbH; VINCI Construction Grands Projets SAS, ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.
- 1.3. zasądza od **Gminy Miasta Tarnowa - Urząd Miasta Tarnowa, ul. A. Mickiewicza 2, 33-100 Tarnów** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hemsell Investments Sp. z o. o.; Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş.; Pessina Costruzioni SpA; Pessina Gestioni Srl, ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Tarnowie**.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Miasta Tarnowa Urząd Miasta Tarnowa - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wybór partnera prywatnego, którego obowiązkiem będzie zaprojektowanie, sfinansowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z budową budynku Tarnowskich gniazd Innowacyjnych Specjalizacji (skrót TGIS) wraz z dostawą części wyposażenia, a następnie świadczenie usług utrzymania technicznego nowo powstałej infrastruktury TGIS przez pozostały okres obowiązywania umowy o partnerstwie publiczno- prywatnym. Postępowanie prowadzone jest w na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm., *zwanej dalej Pzp*) w związku z art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 19 grudnia 2008r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (tj. Dz.U. z 2017r., poz. 1834 ze zm.) w trybie dialogu konkurencyjnego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 24.07.2018r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2018/S 143- 325990 z dnia 27.07.2018r.

W dniu 22.02.2019r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania od wykonawców, biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Warbud S.A.; Warbud PPP 1 Sp. z o. o.; Vinci Facilities Polska Sp. z o. o.; VINCI Facilites SKE GmbH; VINCI Construction Grands Projets SAS, ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa (*dalej zwanych konsorcjum Warbud*) (Sygn. akt KIO 310/19),
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hemswell Investments Sp. z o. o.; Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş.; Pessina Costruzioni SpA; Pessina Gestioni Srl, ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa, (*dalej zwanych konsorcjum Hemswell*) (Sygn. akt KIO 317/19).

Odwołanie konsorcjum Warbud (Sygn. akt KIO 310/19),

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 60d ust. 3 Pzp w związku z art. 48 ust. 2 pkt 6 Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej i niezgodnej z zasadami opisanymi w Ogłoszeniu o zamówieniu oceny spełniania kryteriów selekcji w zakresie oceny wniosku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Hemswell Investments Sp. z o.o. - pełnomocnik, Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.S., Pessina Costruzioni SpA i Pessina Gestioni Srl dalej „Konsorcjum Hemswell”, co skutkowało przyznaniem temu Wykonawcy zawyżonej liczby punktów w tym zakresie i bezzasadnym zakwalifikowaniem Konsorcjum Hemswell do dalszego

udziału w postępowaniu;

2. art. 60d ust. 3 Pzp w związku z art. 48 ust. 2 pkt 6) Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej i niezgodnej z zasadami opisanymi w Ogłoszeniu o zamówieniu oceny spełniania kryteriów selekcji w zakresie oceny wniosku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Budimex H Sp. z o.o. - pełnomocnik, Budimex S.A., FB Serwis S.A., dalej „Konsorcjum Budimex”, co skutkowało przyznaniem temu Wykonawcy zawyżonej liczby punktów w tym zakresie i bezzasadnym zakwalifikowaniem Konsorcjum Budimex do dalszego udziału w postępowaniu;
3. art. 60d ust. 3 Pzp w związku z art. z art. 48 ust. 2 pkt 6) Pzp poprzez zaniechanie zakwalifikowania Odwołującego do dalszego udziału w postępowaniu, ewentualnie
4. art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Hemswell do wyjaśnień dotyczących powierzchni użytkowej budynków wykonanych w ramach wskazanych we wniosku.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny wniosków Konsorcjum Hemswell i Konsorcjum Budimex w zakresie kryteriów selekcji, a także unieważnienia zaproszenia tych Wykonawców do dialogu, jeżeli nastąpiło;
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny wniosków Konsorcjum Hemswell i Konsorcjum Budimex w zakresie kryteriów selekcji, w tym dokonania ponownej oceny punktowej tych wniosków;
3. obniżenia punktacji przyznanej Konsorcjum Hemswell w zakresie pierwszego kryterium selekcji i przyznania temu Wykonawcy maksymalnie 5 pkt w tym kryterium;
4. ewentualnie wezwanie tego Wykonawcy do wyjaśnień dotyczących faktycznej powierzchni użytkowej budynków wykonanych w ramach wszystkich inwestycji obejmujących podziemne stacje metra i przyznanie odpowiedniej liczby punktów wyłącznie za wykazaną powierzchnię wykonanych budynków;
5. obniżenia punktacji przyznanej Konsorcjum Budimex w zakresie pierwszego kryterium selekcji i przyznania temu Wykonawcy 9 pkt, a następnie dokonanie oceny tego wniosku w drugim kryterium selekcji;
6. dokonania oceny punktowej wniosku Odwołującego w zakresie drugiego kryterium selekcji i przyznanie Odwołującemu co najmniej 33 punktów w tym kryterium;
7. zaproszenia Odwołującego do dalszego udziału w Postępowaniu.

Odwołujący wskazał, iż podstawę prawną do wniesienia odwołania powziął w dniu 12.02.2019r. tj. w wyniku otrzymanie informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanej punktacji w ramach kryterium selekcji.

Odwołujący, po zapoznaniu się z treścią wniosku o dopuszczenie do udziału złożonym przez konsorcjum Hemswell stwierdził, że dokonana przez Zamawiającego ocena wniosku w pierwszym kryterium selekcji jest nieprawidłowa i znaczenie zawyżona. Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum Hemswell wykazało 6 realizacji spełniających warunek udziału w postępowaniu i kryteria selekcji, za które powinno uzyskać 5 punktów. Są to realizacje wskazane w pozycjach 6, 38-5-42. Pozostałe inwestycje, tj. inwestycje wskazane w pozycjach 1-5 oraz 7-37 nie spełniają wymagań określonych przez Zamawiającego, ponieważ nie są to obiekty budowlane w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1332 ze zm., dalej: „Prawo budowlane”) należące do jednej ze wskazanych kategorii obiektów budowlanych załącznika do ustawy Prawo budowlane: IX, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII lub XVIII. Wskazane przez konsorcjum Hemswell przedsięwzięcia referencyjne to podziemne stacje metra, które to obiekty nie mieszczą się z żadnej z dopuszczonych przez Zamawiającego kategorii. Wg Odwołującego stacje metra należy zakwalifikować do kategorii jak: Kategoria VIII - inne budowle; Kategoria XXV - drogi i kolejowe drogi szynowe; Kategoria XXVIII - drogowe i kolejowe obiekty mostowe, jak: mosty, estakady, kładki, przejścia podziemne, wiadukty, przepusty, tunele i węzły, wjazdy, zjazdy, przejazdy, perony, rampy. Żadna z tych kategorii nie została dopuszczona przez Zamawiającego w ramach warunków udziału w postępowaniu i kryteriów selekcji. Z ostrożności, Odwołujący wskazał, że jedyną z wymienionych przez Zamawiającego kategorii, do której można byłoby rozważać przypisanie stacji metra jest kategoria XVII obejmująca m.in.: budynki dworcowe. Jednak podziemna stacja metra nie może być uznana za budynek.

Powołując definicję linii metra, stacji metra i peronu pasażerskiego, zawarte w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 17 czerwca 2011. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać obiekty budowlane metra i ich usytuowanie (Dz.U. 2011, nr 144, poz. 859) oraz definicję legalną budynku i budowli zawartą w art. 3 pkt 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (tj. Dz.U z 2018r., poz. 1202 ze zm.), Odwołujący stwierdził, że podziemne stacje metra należy uznać za budowle a nie budynki w rozumieniu prawa budowlanego, a tym samym nie można ich zakwalifikować do Kategorii XVII obejmującej budynki dworcowe. Różnica pomiędzy budynkiem a budowlą jest taka, że budowle to obiekty, które nie posiadają wszystkich niezbędnych cech budynków przewidzianych w Prawie budowlanym, czyli nie muszą posiadać dachu, fundamentów, czy być trwale wydzielone z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych. Stacja metra nie może zostać uznana za budynek zgodnie z definicją zawartą w Prawie budowlanym,

ponieważ nie posiada jednego z wymienionych w tej definicji elementów, a mianowicie dachu. Podziemne stacje metra przykryte są bowiem stropem, który nie posiada funkcji dachu. Brak dachu eliminuje dany obiekt z kategorii budynków w rozumieniu przepisów prawa budowlanego. Ponadto odnosząc się do Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych, dzieli ona obiekty budowlane na dwie sekcje: Sekcja 1: Budynki, Sekcja 2: Obiekty Inżynierii lądowej i wodnej. Metro wraz ze stacjami zostało sklasyfikowane w PKOB w klasie 2122, tj. Drogi szynowe na obszarach miejskich, drogi kolei napowietrznych lub podwieszanych. Klasa 2122 obejmuje bowiem:

-Drogi szynowe na obszarach miejskich: - metro, - sieć miejska (linie tramwajowe), w tym na wydzielonej trasie, - Drogi kolei napowietrznych lub podwieszanych, - Budowle i urządzenia przeznaczone do prowadzenia ruchu: stacje, stacje postojowe, zajezdnie, itp., - Urządzenia i instalacje do sterowania ruchem: teletechniczne, informatyczne, energetyczne, oświetleniowe, bezpieczeństwa, przeciwpożarowe, itp

Na marginesie, Odwołujący wskazał, iż nawet w sytuacji zakwalifikowania części stacji metra jako budynku, to przy ocenie wielkości powierzchni tej stacji nie można brać pod uwagę powierzchni peronu, gdyż w świetle jednoznacznej definicji zawartej w rozporządzeniu, peron jest budowlą. Tym samym, aby Konsorcjum Hamswell mogło wykazać, na spełnienie kryteriów selekcji, stacje metra, musiałoby udowodnić, że w ramach każdej stacji wykonało budynek o powierzchni użytkowej co najmniej 4 500 m². Zamawiający zaniechał wezwania konsorcjum Hamswell do udzielenia wyjaśnień w tym zakresie.

Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że gdyby Konsorcjum Hamswell nie otrzymało maksymalnej liczby punktów w pierwszym kryterium, to Odwołujący zostałby zaproszony do dalszego udziału w postępowaniu.

Odnośnie zawyżenia punktacji konsorcjum Budimex w pierwszym kryterium selekcji, Odwołujący wskazał, że wykazana w wykazie inwestycja „Zaprojektowanie i budowa parkingu podziemnego dwukondygnacyjnego na terenie Zespołu Hali Stulecia” nie należy to żadnej z kategorii wymienionych przez Zamawiającego. Parkingi sklasyfikowane zostały w kategorii XXII -plac składowe, postojowe, składowiska odpadów, parkingi.

Ponieważ, Odwołujący otrzymał w pierwszym kryterium 9 punktów, nieprzyznanie Konsorcjum Budimex punktów za parking podziemny może skutkować koniecznością dokonania oceny wniosków w drugim kryterium, w którym Odwołujący powinien uzyskać co najmniej 33 punkty. Ponieważ Konsorcjum Budimex może w tym kryterium uzyskać maksymalnie 4 punkty, to wniosek Odwołującego będzie w rankingu wyżej niż wniosek Konsorcjum Budimex.

Jednocześnie Odwołujący nie zakwestionował punktacji przyznanej Odwołującemu

w pierwszym kryterium selekcji. Żądanie dokonania oceny wniosków w drugim kryterium selekcji i przyznania wnioskowi Odwołującego 33 punktów w tym kryterium uaktualni się w przypadku, gdyby dwóch lub więcej wykonawców uzyskało 9 punktów w pierwszym kryterium selekcji i nie można byłoby wyłonić trzech wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do dialogu na podstawie tego kryterium.

Odwołanie konsorcjum Hemswell (Sygn. akt KIO 317/19)

Odwołujący wniósł odwołanie od dokonanej przez Zamawiającego oceny wniosków o dopuszczenie do udziału złożonych przez konsorcjum Budimex, konsorcjum Warbud oraz konsorcjum UNIBEP.

W odniesieniu do wniosku o dopuszczenie do udziału złożonego przez konsorcjum Budimex, Odwołujący wskazał na:

1. niesłuszne uznanie przez Zamawiającego, iż roboty budowlane:

- a. zaprojektowanie i budowa zajezdni tramwajowej w Olsztynie,
- b. zaprojektowanie i budowa budynku Gdyńskiej Szkoły Filmowej wraz z parkingiem podziemnym w Gdyni,
- c. zaprojektowanie i rozbudowa Zakładu Produkcyjnego Mondelez w Skarbimierzu

nie spełniają kryterium selekcji opisanego w sekcji II.2.9 ust. 6 w zw. z sekcją III. 1.3 Ogłoszenia, w konsekwencji konsorcjum Budimex niezasadnie otrzymało za każdy ww. projekt 1 dodatkowy punkt, w sumie 10 pkt na potrzeby preselekcji.

2. niesłuszne uznanie przez Zamawiającego, że zawarte w wykazie usług informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa konsorcjum Budimex, a także iż konsorcjum Budimex wykazało, iż zawarte w wykazie usług informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co skutkowało brakiem ich ujawnienia przez Zamawiającego i naruszeniem choćby zasady jawności i przejrzystości postępowania.

W odniesieniu do wniosku o dopuszczenie do udziału złożonego przez konsorcjum Warbud, Odwołujący wskazał na:

1. niesłuszne uznanie przez Zamawiającego, iż konsorcjum Warbud wykazało należyte wykonanie następujących robót budowlanych:

- a. „Budowa szkoły Siandort Holzkirchen, Niemcy, powiat Miesbach”,
- b. „Budowa szkoły Siandort Gmund, Niemcy, powiat Miesbach”,
- c. „Budowa budynku straży pożarnej w Krefeld, Niemcy”,
- d. „Budowa budynku rządu Turkmenistanu w Aszchabadzie”

w sytuacji, w której konsorcjum Warbud nie przedłożyło stosownych referencji potwierdzających, iż którykolwiek z członków konsorcjum w sposób poprawny i zgodny

z umową zrealizował ww. przedsięwzięcia lub też przedłożone referencje nie potwierdzają należytego i zgodnego z umową oraz przepisami prawa wykonania inwestycji, a mimo to Zamawiający uznał, iż rzeczony Wykonawca wykazał spełnienie kryterium selekcji opisane w sekcji II.2.9) ust. 6 w zw. z sekcją III. 1.3 Ogłoszenia (pkt 1.5.2 lit. A pkt 1) Opisu potrzeb i wymagań), co skutkowało niezasadnym przyznaniem konsorcjum Warbud czterech dodatkowych punktów na potrzeby prekwalfikacji;

2. niesłuszne wezwanie przez Zamawiającego konsorcjum Warbud do uzupełnienia dokumentów niezbędnych celem wykazania spełnienia kryteriów selekcji, ewentualnie - w przypadku przyjęcie odmiennej ocenie przez Izbę - niesłusznym uznaniu przez Zamawiającego, iż konsorcjum Warbud zgodnie z przepisami prawa i skutecznie uzupełniło dokumenty potwierdzające należyte wykonanie poszczególnych przedsięwzięć czy też tłumaczenie złożonych wcześniej referencji, co skutkowało przyjęciem, iż Wykonawca ten wykazał spełnienie kryteriów selekcji opisanych w sekcji ust. 6 w zw. z sekcją III. 1.3 Ogłoszenia (pkt 1.5.2 lit. A pkt 1) Opisu potrzeb i wymagań), w wyniku czego uzyskał on dodatkowe punkty na potrzeby prekwalfikacji.

W odniesieniu do wniosku o dopuszczenie do udziału złożonego przez konsorcjum Unibep, Odwołujący wskazał na:

1. niesłuszne uznanie, iż roboty budowlane „Zespół budynków mieszkalnych z usługami i parkingiem przy ul. Heweliusza/ Palacza w Poznaniu”, wskazane przez Unibep w wykazie robót budowlanych na potrzeby prekwalfikacji spełniają kryterium selekcji opisane w sekcji II.2.9) ust. 6 w zw. z sekcją III. 1.3 Ogłoszenia (pkt 1.5.2 lit. A pkt 1) Opisu potrzeb i wymagań), w konsekwencji czego konsorcjum Unibep otrzymało niezasadnie za wymieniony powyżej projekt 1 dodatkowy punkt na potrzeby prekwalfikacji.

Odwołujący zarzucił wskazanym czynnościom Zamawiającego naruszenie:

1. art. 60d ust. 2 i 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1PZP oraz w zw. z postanowieniami sekcji n.2.9) ust. 6 w zw. z sekcją ni.1.3 Ogłoszenia (pkt 1.5.2 lit. A pkt 1) Opisu potrzeb i wymagań) poprzez wadliwą ocenę wniosku i niezasadne przyznanie konsorcjum Budimex dodatkowych trzech punktów na etapie prekwalfikacji z uwagi na fakt, iż:
 - inwestycja „Zaprojektowanie i rozbudowa Zakładu Produkcyjnego Mondelez w Skarbimierzu” nie spełnia kryterium selekcji, bowiem nie polegała na „wykonaniu obiektu budowlanego” o powierzchni min. 4500m², jak oczekiwał Zamawiający, a jedynie na „adaptacji istniejącej części hali, co nie spełnia wymogów określonych w kryterium selekcji,
 - inwestycje „Zaprojektowanie i budowa zajezdni tramwajowej w Olsztynie” oraz „Zaprojektowanie i budowa budynku Gdyńskiej Szkoły Filmowej wraz z parkingiem podziemnym w Gdyni” nie spełniają opisanych w ogłoszeniu kryteriów selekcji —

wykonane obiekty budowlane mają bowiem mniejszą niż oczekiwana przez Zamawiającego minimalną powierzchnię użytkową (4500 m²),

2. art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 PZP poprzez niesłuszne uznanie (ocenę), iż zawarte w wykazie usług złożonym przez konsorcjum Budimex informacje stanowią tajemnicę FB Serwis S. A., a także, iż przedsiębiorca ten „wykazał” wraz ze złożeniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa, w wyniku czego Zamawiający nie udostępnił treści przedmiotowych dokumentów Odwołującemu, mimo iż był do tego zobowiązany treścią art. 96 ust. 3 Pzp in fine czy zasadą jawności i przejrzystości postępowania.
3. art. 60d ust. 2 i 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP oraz w zw. z postanowieniami sekcji II. 2.9 ust. 6 w zw. z sekcją III.1.3 Ogłoszenia (pkt 1.5.2 lit. A pkt 1) Opisu potrzeb i wymagań) oraz sekcją V1.3 pkt 6) Ogłoszenia, art. 25 ust. 1 i 2 PZP oraz art. 4 pkt 1) rozporządzenia poprzez wadliwą ocenę wniosku i niezasadne przyznanie konsorcjum Warbud dodatkowych punktów na etapie prekwalifikacji z uwagi na fakt, iż następujące roboty budowlane:
 - „Budowa szkoły Siandort Holzkirchen, Niemcy, powiat Miesbach”,
 - „Budowa szkoły Siandort Gmund, Niemcy, powiat Miesbach”,
 - „Budowa budynku straży pożarnej w Krefeld, Niemcy”,
 - „Budowa budynku rządu Turkmenistanu w Aszchabadzie”

nie spełniają opisanych w ogłoszeniu kryteriów selekcji - konsorcjum Warbud albo nie przedłożyło dowodów, z których wynikałoby, iż roboty te zostały wykonane należycie, albo też, że członek konsorcjum, który miał je wykonywać, wywiązał się należycie ze swoich zobowiązań, czego brak powinien skutkować przyjęciem przez Zamawiającego, iż Wykonawca ten nie wykazał spełnienia kryteriów selekcji i brak jest podstaw do przyznania dodatkowych punktów na etapie prekwalifikacji.

4. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 60d ust. 2 i 3 PZP oraz w zw. z postanowieniami sekcji V1.3 pkt 6) Ogłoszenia, poprzez wezwanie konsorcjum Warbud do uzupełnienia wniosku i dokumentów, a to celem potwierdzenia spełnienia kryteriów selekcji i przyznania temu Wykonawcy dodatkowych punktów w prekwalifikacji, mimo iż wraz z wnioskiem - odmiennie niż inni Wykonawcy biorący udział w postępowaniu - nie złożył on wszystkich wymaganych dokumentów, do czego był zobowiązany zgodnie z treścią Ogłoszenia (sekcja V1.3 pkt 6), a co więcej, jak wynika z analizy dat widniejących na uzupełnionych dokumentach, w czasie składania wniosku tymi dokumentami nie dysponował, co winno skutkować nieprzyznaniem punktów w zakresie do jakiego

odnoszą się te dokumenty, a czego brak wskazuje na nierówne traktowanie przez Zamawiającego uczestników Postępowania, uprzywilejowanie konsorcjum Warbud i naruszenie podstawowej zasady PZP, tj. uczciwej konkurencji;

5. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 1 w zw. z § 16 ust. 1 rozporządzenia ws. dokumentów w zw. z postanowieniami sekcji II.2.9) ust. 6 w zw. z sekcją III.1.3 Ogłoszenia oraz art. 60d ust. 2 i 3 PZP poprzez niesłuszne uznanie, że konsorcjum Warbud skutecznie uzupełniło dokumenty, do których uzupełnienia zostało przez Zamawiającego wezwane (tłumaczenia referencji), w sytuacji w której Wykonawca ten nie poświadczył poprzez złożenie podpisu pod treścią tłumaczenia jego prawidłowości, do czego jest zobowiązany choćby z uwagi na zasadę pisemności postępowania, a czego brak winien skutkować uznaniem braku wykazania spełnienia kryteriów selekcji i nieotrzymaniem dodatkowych punktów na etapie prekwalfikacji;
6. art. 60d ust. 2 i 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP oraz w zw. z postanowieniami sekcji 11.2.9) ust. 6 w zw. z sekcją III.1.3 Ogłoszenia (pkt 1.5.2 lit. A pkt 1) Opisu potrzeb i wymagań) oraz sekcją V1.3 pkt 6) Ogłoszenia, art. 25 ust. 1 i 2 PZP oraz art. 4 pkt 1) w zw. z § 14 ust. 2-4 rozporządzenia poprzez wadliwą ocenę wniosku i niezasadne przyznanie konsorcjum Warbud dodatkowych punktów na etapie prekwalfikacji z uwagi na fakt, iż konsorcjum to nie wykazało należytego wykonania zgłaszanych przez siebie robót budowlanych, a to z uwagi na brak przedłożenia poświadczonych za zgodność referencji potwierdzających należyte wykonanie poszczególnych prac;
7. art. 60d ust. 2 i 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP oraz w zw. z postanowieniami sekcji 11.2.9)ust. 6 w zw. z sekcją III. 1.3 Ogłoszenia (pkt 1,5.2 lit. A pkt 1) Opisu potrzeb i wymagań) poprzez wadliwą ocenę wniosku i niezasadne przyznanie konsorcjum Unibep dodatkowego punktu na etapie prekwalfikacji z uwagi na błędne przyjęcie, iż roboty budowlane pn.: „Zespół budynków mieszkalnych z usługami i parkingiem przy ul Heweliusza/Palacza w Poznaniu ” wskazane przez Unibep w wykazie robót budowlanych spełniają kryterium selekcji opisane w sekcji II.2.9) ust. 6 w zw. z sekcją III. 1.3 Ogłoszenia (pkt 1.5.2 lit. A pkt 1) Opisu potrzeb i wymagań), przy czym żaden z 6 wykonanych w ramach tej inwestycji budynków nie ma powierzchni użytkowej minimum 4500 m2, jak oczekiwał tego Zamawiający.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności dokonania oceny wniosków o dopuszczenie udziału w postępowaniu w zakresie przyznanych punktów w ramach prekwalfikacji, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny wniosków o dopuszczenie udziału w postępowaniu pod kątem przyznania wykonawcom punktów w ramach ich wstępnej

kwalfikacji, a w konsekwencji obniżenia liczby punktów przyznanych konsorcjum Budimex, Warbud i Unibep o punkty niesłusznie przyznane. Wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu wg norm przepisanych.

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

Odwołania nie zawierają braków formalnych oraz został uiszczony od nich wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań. Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazali przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Odwołanie konsorcjum Warbud (Sygn. akt KIO 310/19).

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Zamawiający określił następujące warunki udziału w postępowaniu i kryteria selekcji: Zgodnie z pkt II.2.9) ppkt 6 Ogłoszenia - Informacje o ograniczeniu liczby zaproszonych kandydatów:

Pierwszym kryterium selekcji jest doświadczenie wykonawcy w budowie obiektów budowlanych. Za każde przedsięwzięcie, spełniające wymogi, o których mowa w pkt. 1.5.2 lit. A pkt 1) Opisu potrzeb i wymagań, wykazane w załączonym do wniosku wykazie robót budowlanych, o którym mowa w pkt 1.5.2 lit. B pkt 1) Opisu potrzeb i wymagań, ponad warunki udziału w postępowaniu (tj. więcej niż 1), wykonawca otrzyma 1 pkt, przy czym maksymalnie wykonawca może otrzymać 10 punktów w ramach pierwszego kryterium selekcji.

W przypadku, gdy nie będzie można wyłonić 3 wykonawców zgodnie z punktem 6 powyżej, z uwagi na fakt, że dwóch lub więcej wykonawców uzyska taką samą liczbę punktów w sposób uniemożliwiający wyłonienie 3 wykonawców o najwyższej punktacji, o kolejności tych wykonawców zdecyduje drugie kryterium selekcji - doświadczenie w świadczeniu usług utrzymania technicznego. Za każdą usługę utrzymania technicznego obiektu budowlanego, spełniającą wymogi, o których mowa w pkt. 1.5.2 lit. A pkt 2) Opisu potrzeb i wymagań, wykazaną w załączonym do wniosku wykazie usług, o którym mowa w pkt. 1.5.2 lit. B pkt 2) Opisu potrzeb i wymagań, ponad warunki udziału w postępowaniu (tj. więcej niż 1), wykonawca otrzyma 1 pkt.

Zgodnie z pkt 1.5.2 lit. A pkt 1) Opisu potrzeb i wymagań w ramach pierwszego kryterium. Zamawiający punktował następujące doświadczenie: w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie Wykonawca zrealizował co najmniej jedno przedsięwzięcie obejmujące zaprojektowanie i wykonanie obiektu budowlanego w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1332 z późn. zm.) o powierzchni użytkowej minimum 4 500 m² należącego do którejś ze wskazanych kategorii obiektów budowlanych załącznika do ustawy Prawo budowlane: IX, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII lub XVIII;

Zgodnie z pkt 1.5.2 lit. A pkt 2) Opisu potrzeb i wymagań, w ramach drugiego kryterium. Zamawiający punktował doświadczenie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, Wykonawca zakończył realizację co najmniej jednej usługi trwającej co najmniej 24 miesiące, polegającej na utrzymaniu technicznym obiektu budowlanego w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy Prawo budowlane o powierzchni użytkowej minimum 4 500 m², należącego do wskazanej kategorii obiektów budowlanych załącznika do ustawy Prawo budowlane: IX, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII lub XVIII;

W wykazie robót budowlanych, o których mowa w pkt 1.5.2 lit a pkt 1 Opis potrzeb i wymagań, w poz. 1-5 oraz 7-37 konsorcjum Hemsell ujęło realizacje dotyczące zaprojektowania i wykonania poszczególnych podziemnych stacji metra w Warszawie, Ankarze i Stambule.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, iż wykazane realizacje nie spełniają wymagań określonych przez Zamawiającego, ponieważ nie są to obiekty budowlane w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlanego (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1332 ze zm., dalej: „Prawo budowlane”), należące do jednej z kategorii obiektów budowlanych wymaganej przez Zamawiającego tj. IX, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII lub XVIII.

Na wstępie należy odnieść się do ustalonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu - kryterium selekcji. Mimo, iż intencją Zamawiającego, jak twierdził w toku rozprawy, było opisanie kryterium selekcji w sposób możliwie szeroki, to jednak zauważyć trzeba, że Zamawiający zawęził to kryterium do przedsięwzięć obejmujących zaprojektowanie i wykonanie obiektu budowlanego w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy Prawo budowlane o określonej powierzchni użytkowej (minimum 4 500 m²) należących do jednej z

enumeratywnie wymienionych dziewięciu kategorii obiektów budowlanych (IX, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII lub XVIII).

Warunki udziału w postępowaniu, w tym także kryteria selekcji, z jednej strony - mają na celu dokonanie wyboru wykonawców spełniających w sposób najlepszy wymagania Zamawiającego i dających gwarancję należytego wykonania zamówienia publicznego, z drugiej strony - stanowią one swego rodzaju barierę w dostępie do zamówienia przez wykonawców nie posiadających takiego doświadczenia. W oparciu o treść warunków udziału w postępowaniu/kryteriów selekcji wykonawcy podejmują decyzję o ubieganiu się o udzielenie danego zamówienia publicznego. Z tych względów ustalone przez Zamawiającego kryteria selekcji nie mogą następnie, na etapie badania i oceny ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału, być zmieniane lub podlegać interpretacji rozszerzającej.

W analizowanym stanie faktycznym, skoro Zamawiający określił precyzyjnie kategorie obiektów budowlanych, jakimi mają wykazać się wykonawcy celem uzyskania dodatkowej punktacji, to treść tak sformułowanego kryterium selekcji podlega interpretacji ścisłej. Twierdzenia Zamawiającego wyrażone w toku rozprawy, iż jego celem było dopuszczenie do udziału wykonawców, którzy zrealizowali jakiegokolwiek obiekty kubaturowe nie znajduje oparcia w treści kryterium selekcji, gdzie wyliczono wprost jedynie dziewięć kategorii obiektów budowlanych, którymi mógł wykazać się wykonawca.

Izba, oceniając inwestycje wykazane przez konsorcjum Hemswell w poz.1-5 i 7-37 podzieliła stanowisko Odwołującego, iż podziemne stacje metra nie należą do żadnej z kategorii wymienionych przez Zamawiającego. Izba uznała za wiarygodne dowody w sprawie, złożone przez Odwołującego - pozwolenia na budowę poszczególnych stacji metra, wydane przez niezależny organ administracji, który dokonał kwalifikacji tych inwestycji do konkretnych kategorii obiektów budowlanych. W pozwoleniach dotyczących zatwierdzenia projektu i udzielenia pozwolenia na budowę stacji warszawskiego metra (stacje: Rondo ONZ, Świętokrzyska, Dworzec Wileński i inne) wskazano na kategorie obiektu IV, XXV, XXVI, XXVIII. Żadna z tych kategorii nie została dopuszczona przez Zamawiającego.

Niezależnie do powyższego, zdaniem Izby samej „stacji metra”, która obejmuje tunele, perony wraz z całą infrastrukturą towarzyszącą nie można uznać za „budynek dworcowy”, który został wymieniony w Kategorii XVII. Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 17 czerwca 2011r. w sprawie warunków technicznych, jakimi powinny odpowiadać obiekty budowlane metra i ich usytuowanie (Dz.U 2011 nr 144, poz. 859) w § 3 wskazuje na odrębne definicje linii metra, stacji metra i peronu pasażerskiego. Zgodnie z przywołanymi definicjami budynkiem jest jedynie stacja metra obejmująca budynki przeznaczone dla obsługi

pasażerów, na których zatrzymują się pojazdy metra, natomiast sam peron pasażerski przeznaczony do wsiadania i wysiadania pasażerów podobnie jak również linia metra jest już budowlą w rozumieniu prawa budowlanego.

Powyższą okoliczność potwierdza złożona przez Odwołującego, opinię Instytutu Badawczego Dróg i Mostów z marca 2019r. prof. IBDiM dr hab. inż. B. R., z której wynika, że podziemne stacje metra jak i parkingi podziemne nie należą do żadnej z kategorii wymienionej przez Zamawiającego w kryterium selekcji.”

W zakresie inwestycji wykazanej przez konsorcjum Budimex, polegającej na zaprojektowaniu i budowie parkingu podziemnego dwukondygnacyjnego na terenie Zespołu Hali Stulecia we Wrocławiu, Izba uznała, że inwestycja ta nie należy do żadnej z kategorii obiektów budowlanych wymienionych przez Zamawiającego w kryterium selekcji. Również w tym przypadku, Izba oparła się na złożonej jako dowód w sprawie decyzji nr 227/2018 z dnia 14.01.2013r. pozwoleniu na budowę, w której inwestycja ta została przypisana do kategorii XXII (plac składowe, postojowe, składowiska odpadów, parkingi) a nie jak wskazał we wniosku o dopuszczenie do udziału wykonawca do kategorii XVII. Kategoria XVII obejmuje m.in: budynki handlu, gastronomii i usług: sklepy, centra handlowe, domy towarowe, stacje obsługi pojazdów, myjnie samochodowe, garaże powyżej dwóch stanowisk, budynki dworcowe. Izba uznała, że decyzja wydana przez niezależny organ administracji, który dokonał klasyfikacji tej inwestycji do kategorii XXII stanowi wiarygodny dowód w sprawie. Inwestycja, obejmująca dwukondygnacyjny parking podziemny nie może być zakwalifikowana jako garaż powyżej dwóch stanowisk, który został wymieniony w kategorii XVII, co potwierdza opinia Instytutu Badawczego Dróg i Mostów z marca 2019r. prof. IBDiM dr hab. inż. B. R., w której uznano, iż garaż podziemny, jaki był przedmiotem tego przedsięwzięcia nie jest budynkiem, gdyż nie spełnia warunków, jakie są określone w definicji budynku.

Odwołanie konsorcjum Warbud (Sygn. akt KIO 310/19).

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie uznania za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu usług złożonego przez konsorcjum Budimex, w pozostałym zakresie zarzuty odwołania podlegają oddaleniu.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego co do niesłusznego przyznania dodatkowych punktów konsorcjum Budimex za inwestycje budowlane p.n. „Zaprojektowanie i rozbudowa Zakładu Produkcyjnego Mondelez w Skarbimierzu”, „Zaprojektowanie i budowa zajezdni

tramwajowej w Olsztynie”, „Zaprojektowanie i budowa budynku Gdyńskiej Szkoły Filmowej wraz z parkingiem podziemnym w Gdyni”.

Odnośnie „Zaprojektowania i rozbudowy Zakładu Produkcyjnego Mondelez w Skarbimierzu” Izba uznała, że wbrew temu co twierdzi Odwołujący, inwestycja ta nie była jedynie adaptacją istniejącej części hali. Z treści referencji, złożonych na str. 39 wniosku o dopuszczenie do udziału wynika, że inwestycja obejmowała nie tylko adaptację istniejącej hali, ale także dobudowę nowych budynków wraz z infrastrukturą, które funkcjonalnie tworzą jedną całość. Zdaniem Izby zakres prac, który został wykonany w ramach tej inwestycji potwierdza, że doszło do budowy obiektu budowlanego, pod którego pojęciem zgodnie z art. 3 pkt 6 ustawy Prawo budowlane rozumie się odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Oznacza to, że zarówno wybudowanie nowego obiektu jak i jego rozbudowa prowadząca do powstania nowego obiektu budowlanego spełnia wymagania Zamawiającego, które zostały określone w kryterium selekcji jako „wykonanie obiektu budowlanego”. powierzchni i wynika

Co do zajezdni tramwajowej w Olsztynie oraz Gdyńskiej Szkoły Filmowej, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż inwestycje te nie spełniają minimalnych wymagań co do powierzchni użytkowej obiektu. Jak słusznie wskazał Przystępujący Budimex zarówno zajezdnia tramwajowa w Olsztynie jak i Gdyńska Szkoła Filmowa mimo, iż składają się z kilku budynków to jednak tworzą funkcjonalnie jeden obiekt budowlany.

Obiekt zajezdni tramwajowej w Olsztynie składa się z trzech części: budynku administracyjnego, hali naprawczej oraz hali postojowej o łącznej powierzchni powyżej 7 000 m². Wszystkie trzy budynki są technicznie i funkcjonalnie połączone, co zostało potwierdzone w treści referencji z dnia 5 lutego 2016r. Ponadto wszystkie trzy części obiektu zostały zrealizowane w ramach jednego pozwolenia na budowę. Niezależnie od dopuszczalności sumowania powierzchni tych trzech budynków, słusznym jest stanowisko Przystępującego, który powołując się na rysunek, złożony jako dowód do akt sprawy, wskazał, że powierzchnia samej hali postojowej przekracza wymagane przez Zamawiającego min. 4500m².

W przypadku Gdyńskiej Szkoły Filmowej z części opisowej projektu, złożonej przez Przystępującego wynika, że jest to obiekt czterokondygnacyjny z trzema kondygnacjami naziemnymi i jedną podziemną. Zdaniem Izby, mimo iż w skład tej inwestycji wchodzi kilka budynków, to stanowią one jedną całość, połączoną podziemnym parkingiem, stąd jako jeden obiekt budowlany dopuszczalne jest sumowanie ich powierzchni. Niezależnie do tego sam garaż podziemny (garaż główny +garaż szkoły) spełnia minimalne wymagania w zakresie powierzchni, która wynosi 5 148,8m², co wynika wprost z treści referencji złożonej na str. 29 wniosku o dopuszczenie do udziału.

Izba uznała, że dowód złożony przez Odwołującego Hemsewill, pochodzący ze strony internetowej wykonawcy Budimex, gdzie wskazano na mniejszą niż w treści referencji powierzchnię użytkową budynku szkoły zrealizowanej w ramach tej inwestycji, jest mniej wiarygodny niż wystawione przez inwestora referencje.

Izba uznała za zasadny zarzut bezpodstawnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu usług złożonego przez konsorcjum Budimex. Na wstępie wskazać trzeba, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątki od zasady jawności określa art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Istotne jest to, że ciężar wykazania skuteczności zastrzeżonych informacji spoczywa na wykonawcy, który takie informacje zastrzega a wykazanie skuteczności zastrzeżenia musi nastąpić nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału i nie może ono budzić żadnych wątpliwości. Z tych też względów, Izba oceniając skuteczność poczynionego zastrzeżenia bierze pod uwagę przedstawioną nie później niż w terminie składania ofert/wniosków o dopuszczenie do udziału treść uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa pewnych informacji.

Aby skutecznie wyjaśnić zastrzeżenie informacji, wykonawca musi wykazać łączne spełnienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. 2018r, poz. 419 ze zm.). Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter techniczny, technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja organizacyjna obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych

bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa”, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kręgów odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna.

Zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu z dnia 22 lutego 2018 r. II SA/Op 4/18 „na tajemnicę przedsiębiorstwa składają się należące do tego podmiotu takie informacje, których przekazanie, ujawnienie lub wykorzystanie albo nabycie od osoby nieuprawnionej zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy. Warunkiem respektowania tej tajemnicy jest uprzednie złożenie w odniesieniu do konkretnych informacji zastrzeżenia, że nie mogą być one udostępnione”. Informacja organizacyjna to taka, która ma pewną wartość ekonomiczną, dotyczy organizacji przedsiębiorstwa i jej wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę może prowadzić do poniesienia strat lub zwiększenia zysków.

Izba uznała, że wykonawca, na którym spoczywa ciężar wykazania skuteczności zastrzeżonych informacji nie wykazał w złożonym uzasadnieniu, iż informacje objęte tajemnicą zasługują na taką ochronę. W przedstawionym uzasadnieniu wskazano, iż powodem uzasadniającym poczynione zastrzeżenie jest to, że wykazane usługi dotyczą współpracy członka konsorcjum - FB Serwis z prywatnymi kontrahentami, w tym bankami. Twierdzenie konsorcjum Budimex o wiążącym strony umowy zastrzeżeniu poufności pozostało jednak bez dowodu. Niezależnie od tego, zdaniem Izby zakres informacji zawartych w wykazie usług oraz w treści referencji, ograniczający się jedynie do podania: ogólnej nazwy usługi, lokalizacji, zleceniobiorcy, okresu trwania usługi oraz nazwy podmiotu, który te usługi realizował nie uzasadnia zastrzeżenia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Brak w tych danych jakichkolwiek bliższych informacji o charakterze, sposobie świadczenia usługi utrzymania technicznego budynków a sam fakt, że są one realizowane na rzecz prywatnych kontrahentów nie uzasadnia poczynionego zastrzeżenia. Co istotne, wykonawca nie wykazał także, że ujawnienie zastrzeżonych przez niego informacji zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy. W złożonym uzasadnieniu brak jakichkolwiek wyjaśnień w tym zakresie.

Zdaniem Izby, uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zostało zastosowane w tym przypadku jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców a nie jako prawo wykonawcy zapewniające ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa ściśle w granicach definicji zawartej w art. 11 ust. 2 uznk.

Z tych względów Izba doszła do przekonania, że zarzut dotyczący naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp oraz art. 11 ust. 2 i 4 uznk polegający na uznaniu wykazu usług oraz referencji za skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa potwierdził się. W tej sytuacji, Zamawiający winien uznać bezskuteczność poczynionego zastrzeżenia.

Izba nie przychyliła się do stanowiska Przystępującego, iż uwzględnienie tego zarzutu nie ma wpływu na wynik postępowania o zamówienie publicznego. Zgodnie z art. 192 ust.2 Pzp Izba zobligowana jest uwzględnić odwołanie, jeśli stwierdzi naruszenie przepisów, które nawet hipotetycznie może mieć wpływ na wynik postępowania. Niezasadne objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa elementów wniosku o dopuszczenie do udziału, ocenianych przez Zamawiającego, jako naruszające fundamentalną zasadę jawności postępowania o zamówienie publiczne może mieć potencjalny wpływ na wynik postępowania, stąd Izba uwzględniła odwołanie w tym zakresie.

W zakresie zarzutów dotyczących wniosku o dopuszczenie do udziału złożonego przez Warbud Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że referencje załączone przez Warbud nie potwierdzają należytego wykonania prac dotyczących: „Budowy szkoły Standort Holzkirchen Niemcy, powiat Miesbach”, „Budowy szkoły Standort Gmund Niemcy, powiat Miesbach”, „Budowa budynku straży pożarnej w Krefeld, Niemcy”, „Budowy budynku rządu Turkmenistanu w Aszchabadzie”.

Referencje ze swej istoty i z samego faktu ich wystawienia stanowią potwierdzenie, że prace zostały wykonane należyście. Zatem, nawet w sytuacji braku podania w treści referencji jasnego sformułowania co do „należytego wykonania prac”, należy uznać że skoro wystawiono referencje, które potwierdzają ukończenie prac to dokument taki stanowi wystarczające potwierdzenie należytego wykonania robót. Ponadto, potwierdzeniem należytego wykonania robót mogą być nie tylko referencje ale także inne dokumenty np. protokoły odbioru nawet w sytuacji, jeśli wskazują one na usterki. W zakresie inwestycji z poz. 7 wykazu „Budowy budynku rządu Turkmenistanu w Aszchabadzie” załączony protokół odbioru potwierdza, że roboty budowlane będące przedmiotem inwestycji zostały ukończone w dniu 10.12.2013r. Odnośnie inwestycji z poz.10 wykazu „Budowa budynku straży pożarnej w Krefeld, Niemcy” załączona do wniosku o dopuszczenie do udziału kopia listu referencyjnego z dnia 15.06.2018r. potwierdza, że Vinci Facilities SKE GmbH realizuje inwestycję zgodnie z umową. Ponadto potwierdzenie należytego wykonania prac zawierają referencje z dnia 12.09.2018r., złożone w wyniku wezwania do wyjaśnień. Z ich treści wynika, że Vinci Facilities SKE GmbH zaprojektował i wybudował także obiekt w ramach tego projektu, a wszystkie roboty zostały wykonane należyście zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Odnośnie inwestycji z poz. 11 i 12 wykazu dotyczących budowy szkoły w Niemczech, potwierdzeniem należytego wykonania prac są referencje z dnia 11.11.2015r., w których wskazano, że Vinci Facilities SKE GmbH zrealizowało zgodnie z umową obie inwestycje dotyczące budowy szkoły. W treści referencji wskazano m.in. że wszystkie związane z tymi projektami prace budowlane zostały odebrane a obiekty obecnie są użytkowane przez szkoły. Sformułowania typu „z przyjemnością potwierdzamy, że spółka

SKE Facilities Management GmbH (..) zrealizowała budowę nowego budynku Szkoły Realnej” oznacza, że inwestor nie ma zastrzeżeń do zrealizowanych robót i współpracy z wykonawcą.

Nie zasługuje na uznanie także zarzut dotyczący wykonania zamówień przez spółkę SKE Facility Management GmbH, która nie jest członkiem konsorcjum Warbud. Istotnie z treści referencji dotyczących budowy szkoły w Niemczech wynika, że inwestycje realizowała SKE Facility Management GmbH, zaś w wykazie wskazano na Vinci Facilities SKE GmbH, która jest członkiem konsorcjum Warbud. Izba uznała w tym zakresie za wystarczający dowód w sprawie rejestry złożone przez Przystępującego z których wynika, że doszło do zmiany nazwy firmy SKE Facility Management GmbH, na Vinci Facilities SKE GmbH. (rejestr handlowy B Sądu Rejonowego Mannheim , wydruk z dnia 4.01.2019r., HRB 700300).

Niezasadny jest zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp przez wezwanie konsorcjum Warbud do uzupełnienia wniosku o dopuszczenie do udziału. W tym zakresie Izba ustaliła, że w dniu 4.12.2018r. Zamawiający, w oparciu o art. 26 ust. 3 Pzp wezwał konsorcjum Warbud do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25ust. 1Pzp, bowiem stwierdził, że:

1. z poz. 10 wykazu nie wynika, że przedsięwzięcie obejmowało zarówno zaprojektowanie, jak i wykonanie obiektu budowlanego,
2. brak jest tłumaczeń na język polski dokumentów, zawartych na str. 48-83, 87, 88 wniosku
3. brak dokumentów poświadczających należyte wykonanie usług wykazanych w poz. 23, 30-34 wniosku.

Wykonawca, w wyniku wykonania powyższego wezwania, przedłożył tłumaczenia na język polski referencji, które były złożone pierwotnie wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału. Ponadto wyjaśnił, iż przedsięwzięcie dotyczące budowy budynku straży pożarnej w Krefeld, Niemcy obejmowało zaprojektowanie i wykonanie obiektu budowlanego, co dodatkowo zostało potwierdzone złożoną referencją. W zakresie poz. 23, 30-34 wykazu usług – konsorcjum przedłożyło stosowne referencje.

Izba wskazuje, że w świetle aktualnie obowiązujących przepisów Pzp brak wymagań, aby uzupełniane referencje czy inne dokumenty lub oświadczenia składane w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, były wystawione przed datą składania ofert/wniosków o dopuszczenie do udziału czy też potwierdzały stan najpóźniej na dzień składania ofert/wniosków o dopuszczenie do udziału. Przyjmuje się, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień składania ofert i muszą trwać przez cały okres postępowania, natomiast same dowody potwierdzające spełnienie wymagań mają być aktualne na dzień ich złożenia. W związku z możliwością wykluczenia wykonawcy na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co wynika z art. 26 ust.

2f Pzp, aktualnie dla oceny prawidłowości złożenia uzupełnionych oświadczeń lub dokumentów nie jest istotna sama data składania wniosków o dopuszczenie do udziału lub ofert, ale data złożenia zamawiającemu danego dokumentu.

W kontekście powyższego, w analizowanym stanie faktycznym, nie można uznać, iż złożenie referencji wystawionych nawet po dacie składania wniosków o dopuszczenie do udziału stanowi naruszenie przepisów Pzp. Niezasadnym jest także stanowisko Odwołującego, iż w wyniku złożenia tłumaczeń referencji doszło do wytworzenia czy złożenia dokumentów, potwierdzających nowe okoliczności. Przedstawione w wyniku wezwania do uzupełnienia tłumaczenia dotyczą referencji, które były pierwotnie złożone wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału. Tłumaczenie jedynie umożliwia zapoznanie się w języku polskim z treścią złożonego pierwotnie dokumentu. Nie doszło zatem do uzupełnienia wykazu o nowe, nie wskazane wcześniej przedsięwzięcia, a jedynie do uzupełnienia, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp dokumentów „niekompletnych, zawierających błędy” dotyczących robót wymienionych w wykazie złożonym wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału. Wskazać też trzeba, że art. 26 ust. 3 Pzp dopuszcza wezwanie do uzupełniania nie tylko oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu ale także kryteriów selekcji, co zostało przewidziane wprost w art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp. Przytoczone w odwołaniu orzecznictwo dotyczyło poprzedniego stanu prawnego sprzed nowelizacji z 2016 r.

Za bezpodstawny Izba uznała zarzut dotyczący braku właściwego potwierdzenia za zgodność z oryginałem dokumentów załączonych do wniosku konsorcjum Warbud oraz tłumaczeń, przedstawionych w wyniku uzupełnienia. Na dokumentach tych widnieje nieczytelny podpis umieszczony na imiennej pieczęci wraz z adnotacją „za zgodność z oryginałem”. Skład orzekający stanął na stanowisku, iż podpis taki musi obejmować co najmniej nazwisko, przy czym powołany przepis nie wymaga, aby podpis był czytelny. Podpis nieczytelny powinien jednak być złożony w formie zwykle używanej przez wystawcę.

Izba uwzględniła w tym zakresie argumentację Sądu Najwyższego w uchwale Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 30 grudnia 1993 r. , sygn. akt III CZP 146/93. Zdaniem Izby, nie ma żadnych wątpliwości co do tego od kogo pochodzi ten podpis (Piotr Szewczyk) oraz w jakim charakterze osoba ta podpis złożyła („poświadczenie za zgodność z oryginałem”). Zauważyć trzeba , że p. P. S. jest osoba umocowaną do podpisywania, poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów składanych w toku postępowania i poświadczania tłumaczeń, co wynika z pełnomocnictwa z dnia 13.09.2018r. załączonego do wniosku konsorcjum Warbud.

Odnosnie zarzutów dotyczących wniosku o dopuszczenie do udziału złożonego przez Unibep, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że inwestycja pn. „Zespół budynków mieszkalnych wraz z usługami i parkingami przy ul. Heweliusza Palacza w Poznaniu”, nie spełnia wymagań co do minimalnej wymaganej powierzchni użytkowej. Jak wynika choćby ze zdjęcia złożonego przez samego Odwołującego 6 budynków, wykonanych w ramach tej inwestycji zostało połączonych jednym parkingiem podziemnym, przez co tworzą one jedną zwartą całość, jeden obiekt budowlany i z tych względów dopuszczalne jest sumowanie ich powierzchni.

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. 1 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:

.....

.....