

WYROK

z dnia 9 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozP. na rozprawie w dniu 6 listopada 2017 roku w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **T. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., T. G. E. S.L. w M.** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółkę Akcyjną w W.**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **B. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P., I. Inżynieria, Architektura i Doradztwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we W(1)** oraz **I. C. E. A. S.A.U. w B.**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **T. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., T. G. E. S.L. w M.** 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: **T. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., T. G. E. S.L. w M.** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **T. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., T. G. E. S.L. w M.** na rzecz **PKP Polskich Linii Kolejowych Spółki Akcyjnej w W.** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w **W**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Linie Kolejowe SA w W. – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na opracowanie dokumentacji projektowej na roboty budowlane wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu „Prace na obwodnicy towarowej Poznania”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2017 roku, poz. 1579), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 23 października 2017 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia : T. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., T. G. E. S.L. w M. (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec:

1. zaniechania odtajnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia B. Sp. z o.o., I. Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. i I. C. E. A. S.A.U. (dalej „Konsorcjum B.” lub przystępujący):

a) Wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa,

b) Wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryterium oceny ofert „Dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego”,

c) Wykaz osób wg załącznika 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), dołączony do pisma Konsorcjum B. z dnia 25 września 2017 roku,

d) Uzupełniony załącznik nr 4 do s.i.w.z. - wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia aktualny na dzień składnia ofert, dołączony do pisma z dnia 9 października 2017 roku,

ponimo iż informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa zaś wykonawca ten nie zastrzegł skutecznie objęcia tych części ofert jako tajemnicy przedsiębiorstwa;

2. zaniechania wykluczenia Konsorcjum B., pomimo iż Konsorcjum B. nie posiada wymaganych zdolności, ponieważ zaangażowanie zasobów zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze będzie miało negatywny wpływ na realizację zamówienia, a w konsekwencji - zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum B.;

3. z ostrożności procesowej - zaniechanie wystąpienia do Konsorcjum B. o złożenie wyjaśnień w zakresie posiadania wymaganych zdolności, pomimo iż wskazane zasoby zawodowe są zaangażowane w inne przedsięwzięcia gospodarcze;

4. z ostrożności procesowej - zaniechanie wystąpienia do Konsorcjum B. o uzupełnienie lub poprawienie dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganych zdolności, o ile w tym zakresie nie było już uprzednio wystosowane wezwanie o uzupełnienie.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu:

1. naruszenie art. 8 ust. 1 i 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie udostępnienia ww. dokumentów złożonych przez Konsorcjum B., pomimo iż informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, zaś Konsorcjum B. nie zastrzegło skutecznie objęcia tych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa;

2. naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22d ust. 2 oraz w związku z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum B. z postępowania, pomimo iż Konsorcjum B. nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż Konsorcjum B. nie posiada wymaganych zdolności, ponieważ zaangażowanie zasobów zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze będzie miało negatywny wpływ na realizację zamówienia;

3. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum B.;

4. z ostrożności procesowej - naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wystąpienia do Konsorcjum B. o złożenie wyjaśnień w zakresie posiadania wymaganych zdolności, pomimo iż wskazane zasoby zawodowe są zaangażowane w inne przedsięwzięcia gospodarcze;

5. z ostrożności procesowej - naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wystąpienia do Konsorcjum B. o uzupełnienie lub poprawienie dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganych zdolności, o ile w tym zakresie nie było już uprzednio wystosowane wezwanie o uzupełnienie.

W związku z powyższym odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności oceny ofert,

2. Odtajnienia wskazanych w odwołaniu dokumentów złożonych przez Konsorcjum B., a zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa,

3. Wykluczenia Konsorcjum B.,
4. Odrzucenia oferty Konsorcjum B.,
5. Z ostrożności procesowej - wystąpienie do Konsorcjum B. o złożenie wyjaśnień i/lub uzupełnienie oferty w zakresie posiadania wymaganych zdolności, o ile w tym zakresie nie było już uprzednio wystosowane wezwanie o uzupełnienie,
6. Dokonania ponownej oceny ofert,
7. Wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy P.z.p.), odwołujący zażądali od zamawiającego dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

Odwołujący podnieśli, że posiadają interes we wniesieniu odwołania. Wskazali, że mają interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy P.z.p. oraz ponieśli lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy P.z.p. Odwołujący są wykonawcami w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy P.z.p. i ubiegają się o udzielenie zamówienia. W wyniku bezprawnych czynności zamawiającego wskazanych powyżej odwołujący zostali pozbawieni możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący złożyli wniosek o dopuszczenie dowodu z akt postępowania KIO 1072/17, KIO 1076/17, KIO 1078/17 i KIO 1090/17 w zakresie: protokołu, dokumentów przedłożonych przez zamawiającego do sprawy KIO 1090/17 oraz wyroku Krajowej Izby Odwoławczej — na okoliczność, że osoby wskazane w ofercie Konsorcjum B. realizują już na rzecz zamawiającego 7 innych projektów.

W zakresie zaniechania odtajnienia dokumentów złożonych przez Konsorcjum B., odwołujący wskazali, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa jakichkolwiek informacji jest możliwe jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia, łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykazania, że dana informacja:

1. ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
2. nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

W ocenie odwołujących, dokonane przez Konsorcjum B. zastrzeżenie jawności części oferty oraz składanych później wykazów było i jest bezpodstawne. Zawarte w tych dokumentach informacje nie realizują bowiem łącznie ww. przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym, zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku (sygn. akt: III CZP 74/05), zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy ustawy, w szczególności zasadę jawności postępowania jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji. Odwołujący wskazali, że zamawiający nie dokonał rzeczywistego badania wykazania przez Konsorcjum B. spełnienia się w/w przesłanek definicji ustawowej, a jedynie formalnie uznał zastrzeżenie za prawidłowe na podstawie samego złożenia oświadczenia przez Konsorcjum B..

Wykonawca Konsorcjum B. zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa:

- a) Wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa,
- b) Wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryterium oceny ofert „Dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego”,
- c) Wykaz osób wg załącznika 4 do s.i.w.z., dołączony do pisma Konsorcjum B. z dnia 25 września 2017 roku,
- d) Uzupełniony załącznik nr 4 do s.i.w.z. - wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia aktualny na dzień składania ofert, dołączony do pisma z dnia 9 października 2017 roku.

Odwołujący stwierdzili, że nie mogli zapoznać się z uzasadnieniem uznania informacji zawartych w dokumentach jako tajemnicy przedsiębiorstwa, niemniej znają treść takich uzasadnień zamieszczanych przez spółkę B. Sp. z o.o. w innych postępowaniach. Zdaniem odwołujących, Konsorcjum B. zamieściło w ofercie analogiczne uzasadnienie, które ma takie same braki, jak poprzednie uzasadnienia. Wskazali, że uzasadnienie to nie wykazuje następujących okoliczności, niezbędnych do skutecznego zastrzeżenia jawności części oferty:

- brak wykazania posiadania przez zastrzeżoną informację, tj. wykazy osób wartości gospodarczej;
- brak wskazania jakichkolwiek dowodów w zakresie rzeczywistego istnienia klauzul poufności w umowach (czy to o pracę, czy też cywilnoprawnych);
- brak wskazania jakichkolwiek dowodów w zakresie polityki prywatności;

- brak wskazania, które elementy wykazu osób są indywidualne, dobrane w sposób specyficzny dla przedmiotowego postępowania.

Dodatkowo odwołujący wskazali, że w piśmie z dnia 9 października 2017 roku w ogóle nie ma żadnego odniesienia się do zastrzeżenia przedkładanego dokumentu „Uzupełniony załącznik nr 4 do s.i.w.z - wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia aktualny na dzień składnia ofert” jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy zatem uznać, że Konsorcjum B. w ogóle nie zastrzegło przedmiotowego dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a brak udostępnienia całości dokumentu przez zamawiającego jest oczywistym naruszeniem prawa.

Odwołujący podnieśli, że nie ma potwierdzenia w stanie faktycznym wskazywana okoliczność, że lista pracowników nie jest upubliczniana. Odwołujący nie mieli żadnych problemów z zidentyfikowaniem nazwisk (por. pkt 2 uzasadnienia) wskazywanych przez Konsorcjum B.. Zarówno Krajowa Izba Odwoławcza, jak i sam zamawiający wielokrotnie odtajniali już wykazy osób, stąd też powszechnie znana jest już lista specjalistów, za pomocą których Konsorcjum B. planuje wykonać zamówienie.

Odwołujący powołali się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 13 marca 2017 roku, sygn. akt KIO 385/17, z dnia 12 stycznia 2015 roku, sygn. akt KIO 2784/14, z dnia 13 marca 2017 roku, sygn. akt KIO 385/17, z dnia 26 lutego 2013 roku, sygn. akt KIO 297/13 i inne.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy Konsorcjum B. z postępowania, odwołujący stwierdzili, że nie znają treści (wobec niezasadnego zaniechania odtajnienia tych informacji - por. zarzut 1 odwołania powyżej) następujących dokumentów:

- Wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryterium oceny ofert „Dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego”,
- Wykaz osób wg załącznika 4 do s.i.w.z., dołączony do pisma Konsorcjum B. z dnia 25 września 2017 roku,
- Uzupełniony załącznik nr 4 do s.i.w.z. - wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia aktualny na dzień składnia ofert, dołączony do pisma z dnia 9 października 2017 roku.

Opierając się jednak za wiedzy pozyskanej w innych toczących się równolegle postępowaniach oraz wynikającej z umów zawieranych przez firmę B. Sp. z o.o., odwołujący zauważyli, że w ww. dokumentach wskazano następujące osoby: Annę T., Sebastiana P., Marka W., Pawła B. i Marka M..

Odwołujący wskazali, że jednocześnie firma B. Sp. z o.o. z udziałem ww. osób realizuje już następujące projekty na rzecz zamawiającego:

1. prace projektowe wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla projektu „Poprawa infrastruktury kolejowego dostępu dla portu Gdańsk”,
2. opracowanie Studium Wykonalności dla projektu - rewitalizacja linii kolejowych nr 140/169/179/885/138 połączenie O., J. - T. B. - KWK Piast – N. – O.,
3. nadzór nad modernizacją linii kolejowej E59, odcinek granica woj. Dolnośląskiego - Czempin w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E 59 na odcinku W. - P., Etap IV, odcinek granica województwa dolnośląskiego – C.”,
4. opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla Projektu „Rewitalizacja linii kolejowej nr 207 na odcinku T.– C.”,
5. Pełnienie nadzoru autorskiego nad dokumentacją projektową w ramach następujących zadań:
 - a. Kontrakt nr 1 - modernizacja odcinka J.- T.,
 - b. Kontrakt nr 2 - modernizacja odcinka T. – K.,
6. Opracowanie SW w ramach projektu „Prace przygotowawcze dla projektów RPO Rewitalizacja linii kolejowej nr 33 K. – P.,
 1. Poprawa dostępu kolejowego do portów w S. i Ś..

Odwołujący wskazali, że Konsorcjum B. wskazało w ofercie ewentualnie inne osoby, które realizują na rzecz zamawiającego już inne projekty. Możliwość podniesienia zarzutu w tym zakresie aktualizuje się jednak dopiero po unieważnieniu czynności oceny ofert i odtajnieniu przez zamawiającego ww. części ofert. Niemniej jednak, sam zamawiający może dokonać prawidłowej oceny oferty Konsorcjum B. w powyższym zakresie, z uwzględnieniem brzmienia dyspozycji art. 22d ust. 2 ustawy P.z.p., czego zamawiający jednak nie uczynił.

Odwołujący wskazali, że kwestia zatrudnienia ww. osób w realizację ww. projektów była badana przez Krajową Izbę Odwoławczą w toku postępowania o sygnaturze KIO 1072/17, KIO 1076/17, KIO 1078/17 i KIO 1090/17, w oparciu o dowody przedstawione przez zamawiającego (Wyciąg z s.i.w.z. dla „Opracowanie Studium Wykonalności dla projektu - rewitalizacja linii kolejowych nr 140/169/179/885/138 połączenie O., J. - T.- KWK Piast - N.- O.” - z którego wynika, że Koordynator Projektu, Zastępca Koordynatora Projektu oraz Koordynator branżowy ds. linii, węzłów i stacji kolejowych nie będą zaangażowani przy realizacji innych projektów do momentu zakończenia umowy, wyciąg z s.i.w.z. dla

„Opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla Projektu „Rewitalizacja linii kolejowej nr 207 na odcinku Toruń Wschodni - Chełmża” - z którego wynika, że Koordynator Projektu, Zastępca Koordynatora Projektu oraz Koordynator branżowy ds. linii, węzłów i stacji kolejowych nie będą zaangażowani przy realizacji innych projektów do momentu zakończenia umowy; wyciąg z s.i.w.z. dla „Nadzór nad modernizacją linii kolejowej E59, odcinek granica woj. Dolnośląskiego - Czempień w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E 59 na odcinku Wrocław - P., Etap IV, odcinek granica województwa dolnośląskiego - Czempień” - z którego wynika, że osoby wymienione w ofercie w Stałym Zespole Inżyniera będą do pełnej dyspozycji zamawiającego oraz że Personel nie zaangażuje się w trakcie obowiązywania Umowy w żadną działalność, która stałaby w sprzeczności z obowiązkami ciążącymi na nich na podstawie umowy; - odpowiedź Zamawiającego na odwołanie z dnia 22 czerwca 2017 roku, w którym przedstawione jest stanowisko Zamawiającego odnośnie personelu wskazywanego przez B. Sp. z o.o., w tym w szczególności zestawienie tabelaryczne sporządzone przez Zamawiającego, a wykazujące zaangażowanie tego personelu na innych kontraktach realizowanych na rzecz Zamawiającego).

Odwołujący wniesli o dopuszczenie dowodu z akt postępowania KIO 1072/17. KIO 1076/17. KIO 1078/17 i KIO 1090/17 w zakresie: protokołu, dokumentów przedłożonych przez Zamawiającego do sprawy KIO 1090/17 oraz wyroku Krajowej Izby Odwoławczej - na okoliczność, że osoby wskazane w ofercie Konsorcjum B. realizują już na rzecz zamawiającego 7 innych projektów.

Odwołujący podkreślili, że stan faktyczny wynikający z ww. dokumentów nie był sporny pomiędzy zamawiającym a B. Sp. z o.o. Firma B. Sp. z o.o. ograniczyła się jedynie do próby interpretowania zapisów s.i.w.z., czy też zakresów obowiązków poszczególnych członków personelu. Jednakże nie były kwestionowane wskazywane przez zamawiającego fakty, tj. fakt realizacji 7 projektów oraz fakt zatrudnienie tych samych osób na tych 7 projektach. Tym samym także w ramach niniejszego postępowania ani zamawiający, ani Konsorcjum B. nie mogą kwestionować faktów, którym wcześniej nie przeczyli ani też nie są uprawnieni do uchylania się od skutków prawnych oświadczeń złożonych już uprzednio. W szczególności zamawiający zobowiązany jest traktować równo wykonawców nie tylko w ramach jednego postępowania, ale także w ramach wszystkich prowadzonych przez siebie postępowań. Nie jest bowiem zrozumiałe, dlaczego w ramach postępowania na „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu „prace na linii kolejowej nr 202 na odcinku Gdynia Chylonia - Słupsk” - część II” (w którym zapadł wyrok KIO 1072/17, KIO 1076/17, KIO 1078/17 i KIO 1090/17) inaczej ocenił posiadanie wymaganych zdolności i zastosował art. 22d ust. 2 ustawy P.z.p., a w ramach niniejszego postępowania w ogóle nie dokonał oceny oferty w tym zakresie. Krajowa Izba

Odwoławcza wyraźnie wskazała, że wykluczenie było zasadne: „W ocenie Izby zamawiający wykazał, że zatrudnienie wskazanych osób na innych kontraktach jest na tyle absorbujące, że może mieć negatywny wpływ na realizację przedmiotowego zadania. ”

Odwołujący wskazali, że jeśli Konsorcjum B. nie było wzywane do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie, to zamawiający powinien co najmniej wezwać do złożenia takich wyjaśnień. Odwołujący nie mają całkowitej pewności, czy takie wezwanie nie miało już miejsca, gdyż w przypadku zastrzeżenia wykazu osób jako tajemnica przedsiębiorstwa zamawiający mógł uznać, że zarówno wezwanie, jak i odpowiedź nie powinny być udostępnione odwołującym. W dokumentacji udostępnionej odwołującemu takiego wezwania nie było. Już samo to stanowi naruszenie przepisów ustawy P.z.p. Zamawiający dysponując wiedzą, jak wskazano powyżej oraz mając na uwadze, iż Krajowa Izba Odwoławcza uznała za prawidłowe wykluczenie w analogicznym stanie faktycznym wykonawcy B. Sp. z o.o., powinien co najmniej wystąpić o wyjaśnienia, a w przypadku, gdy potwierdzi się zatrudnienie wskazanych osób na innych kontraktach, Zamawiający powinien wykluczyć Konsorcjum B., ewentualnie wtedy zastosować przepis art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. i wystąpić o odpowiednie uzupełnienia oferty, o ile oferta nie była już uzupełniana w tym zakresie.

Odwołujący podnieśli, że posiadają interes we wniesieniu odwołania. Zaniechania zamawiającego objęte odwołaniem skutkują tym, że odwołujący nie uzyskali zamówienia, pomimo iż jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Analogiczna kwestia była badana przez Krajową Izbę Odwoławczą w ww. wyroku z dnia 17 maja 2017 roku, sygn. akt: KIO 864/17 i 872/17, w którym Izba stwierdziła:

„Natomiast zaniechanie ujawnienia całej treści złożonej przez wykonawcę, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą utrudnia odwołującemu weryfikację prawidłowości oceny przez zamawiającego tej oferty i formułowanie ewentualnych zarzutów dotyczących informacji zawartych w części niejawnej. Uwzględnienie odwołania skutkowałoby nakazaniem zamawiającemu odtajnienia zastrzeżonych informacji, co może umożliwić odwołującemu kwestionowanie prawidłowości oceny oferty wybranej. (...) Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.”

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 6 listopada 2017 roku wniósł o

1. odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. a w pozostałym zakresie oddalenie odwołania lub ewentualnie oddalenie odwołania w całości;
2. oddalenie wniosku dowodowego w postaci dowodu z akt postępowania KIO 1072/17, KIO 1076/17, KIO 1078/17 i KIO 1090/17 w zakresie: protokołu, dokumentów przedłożonych przez Zamawiającego do sprawy KIO 1090/17 oraz wyroku Krajowej Izby Odwoławczej na

okoliczność, że osoby wskazane w ofercie Konsorcjum B. realizują już na rzecz zamawiającego 7 innych projektów jako niemających znaczenia dla niniejszej sprawy z uwagi na zmianę okoliczności faktycznych istniejących na kanwie ww. postępowania oraz towarzyszących przedmiotowemu postępowaniu;

3. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołujących, w tym zasądzenie od odwołujących na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W zakresie zarzutów dotyczących niezasadnego utajnienia wykazu personelu w ofercie B. odwołujący wskazali, że argumentacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający zauważył, iż odwołujący nie przytaczają - pomimo formułowanych twierdzeń - nazw postępowań, w których B. rzekomo posłużył się takimi samymi wyjaśnieniami jak na potrzeby niniejszego postępowania. Odwołujący nie złożyli w tym zakresie również żadnych dowodów dających podstawę do przyjęcia zasadności prezentowanych twierdzeń. W świetle powyższego zamawiający nie ma możliwości wejścia w polemikę z odwołującymi w zakresie powyższego zarzutu.

W następnej kolejności zamawiający wskazał, iż jest zobowiązany do badania przesłanek objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa w ramach konkretnych informacji zawartych w ofercie danego wykonawcy oraz w ramach konkretnego postępowania, w związku z tym fakt posługiwania się podobnymi wyjaśnieniami przez wykonawcę w ramach kilku postępowań jest okolicznością pozostającą bez wpływu na wynik ww. badania.

Odnosząc się do uzasadnienia odwołania, zamawiający wskazał, iż złożone przez B. wyjaśnienia w ocenie zamawiającego dają podstawy do przyjęcia, iż wykonawca ten skutecznie zastrzegł informacje dotyczące personelu jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca wykazał w sposób dostateczny na stronie 119 i 120 oferty, iż zastrzegane przez niego informacje spełniają cechy „tajemnicy przedsiębiorstwa”, zgodnie z definicją zawartą w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający wskazał, iż uzasadnienie utajnienia informacji przez B. nie sprowadza się jedynie do głoślowego opisanie okoliczności towarzyszących nadaniu informacjom charakteru niejawnych, ale do oferty dołączono dowody mające potwierdzać m.in. fakt, że wykonawca podjął działania celem zachowania przez ww. informacje charakteru poufnych. Na stronie 122 i 124 oferty znajduje się oświadczenie pracowników wykonawcy, iż jako osoby dysponująca danymi dotyczącymi pracowników wykonawcy zobowiązują się do zachowania poufności w ww. zakresie. W związku z tym nie są prawdziwym twierdzenia

jakoby B. nie dochował ciężącego na nim obowiązku wykazania, że zastrzegane informacje posiadają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający poddał pod wątpliwość zachowanie przez odwołującego terminu do wniesienia odwołania w ww. zakresie. Zamawiający wskazał, iż odwołujący już w dniu 20 września 2017 r. powzięli informację o przyjęciu przez zamawiającego skuteczności zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym dniu bowiem zamawiający udostępnił odwołującemu jawną część oferty B.. Jako potwierdzenie powyższego zamawiający w załączeniu przedłożył korespondencję pomiędzy zamawiającym a odwołującym w kwestii odtajnienia oferty BFF.

Zamawiający zwrócił uwagę na treść następujących orzeczeń KIO, które potwierdzają okoliczność, iż termin na wniesienie odwołania w zakresie zarzutu art. 8 ust. 3 Pzp powinien być liczony od dnia udostępnienia odwołującemu jawnej części oferty B.: KIO 1401/15; KIO 1403/15, KIO 165/13, KIO 2714/13, KIO 1817/13, KIO 1442/12.

Zamawiający stwierdził, że w świetle przytoczonego orzecznictwa KIO istnieje możliwość sformułowania stanowiska, iż zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 P.z.p. jest zarzutem spóźnionym a odwołanie w powyższym zakresie odrzucone. Z ostrożności procesowej zamawiający wskazał, iż w przypadku niepodzielenia przez Izbę stanowiska zamawiającego w ww. zakresie, odwołanie powinno zostać oddalone z uwagi fakt, iż B. w sposób skuteczny dokonał zastrzeżenia informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W zakresie zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia B. z postępowania zamawiający poinformował, iż nie podziela w całości argumentacji odwołującego wskazując, iż etap realizacji ww. projektów (zrealizowane, końcowa faza realizacji) dają możliwość przyjęcia, iż osoby wskazane przez B. w ofercie dają gwarancję realności zaangażowania w przedmiotowe przedsięwzięcie bez ryzyka uszczerbku na jakości czy terminowości realizacji świadczenia usługi.

Odpowiadając na zarzuty odwołującego zamawiający wskazał, co następuje:

a) Zaangażowanie personelu B. w przedsięwzięcie pn. Prace projektowe wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla projektu „Poprawa infrastruktury kolejowego dostępu dla portu Gdańsk”.

Zamawiający poinformował, iż obecnie trwają ostatnie prace nad opracowaniem dokumentacji projektowej. Przewidywana data przekazania Projektu Budowlanego to 23 listopada 2017 r., Projektu wykonawczego to 17 stycznia 2018 r. W związku z powyższym, zamawiający stoi na stanowisku, iż brak jest podstaw do uznania, iż fakt zaangażowania personelu BFF w ww. inwestycję nie będzie utrudniał wykonywania przedmiotowego

zamówienia. Zamawiający wskazał, iż ww. projekt zakończy się przed przystąpieniem do właściwych prac związanych z realizacją niniejszego zamówienia.

b) Zaangażowanie personelu B. w przedsięwzięcie pn. Opracowanie Studium Wykonalności dla projektu rewitalizacja linii kolejowych nr 140/169/179/885/138 połączenie O., J. - T.- KWK

Piast - N.- O.

W dniu 10.10.2017 r. odebrano etap IV (z V) „Dokumentacja dla dalszych etapów realizacji przedsięwzięcia”. W chwili obecnej realizowany jest etap V (ostatni) „Postanowienie o (braku) konieczności przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko”. W dniu 13.10.2017 r. złożono w RDOŚ w K. wniosek o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Planowany termin zakończenia umowy to 12.02.2018 r. Analogicznie jak powyżej, zamawiający wskazał, iż inwestycja znajduje się w ostatnim etapie realizacji. Zakres zaangażowania personelu w tym okresie jest niewielki i ogranicza się jedynie do ostatnich prac związanych z nadaniem studium właściwego kształtu. Zamawiający nie widzi podstaw do uznania, iż realizacja ww. zamówienia może zakłócić w jakikolwiek sposób wykonanie przedmiotowego zamówienia.

c) Zaangażowanie personelu B. w przedsięwzięcie pn. Nadzór nad modernizacją linii kolejowej E59, odcinek granica woj. Dolnośląskiego – C. w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E 59 na odcinku W. - P., Etap IV, odcinek granica województwa dolnośląskiego - Czempin ”

Zamawiający wskazał, iż ww. inwestycja dotyczy świadczenia usługi nadzoru nad robotami budowlanymi, natomiast przedmiotowe zamówienie dotyczy opracowania dokumentacji projektowej. Zamawiający zauważył, iż zakres czynności podejmowanych w ramach nadzoru inwestorskiego oraz opracowania dokumentacji projektowej różnią się zakresem, charakterem a przede wszystkim stopniem intensywności. Nadzór autorski rozliczany w ramach umowy o świadczenie usług (umowa zlecenie) obejmuje jednostkowe pobyty na placu budowy oraz udział w naradach koordynacyjnych. Opracowywanie dokumentacji projektowej rozliczane jest w ramach tzw. umowy rezultatu (umowy o dzieło), którym jest przekazanie Zamawiającego kompleksowej oraz zgodnej z oczekiwaniami zamawiającego dokumentacji.

Zamawiający wskazał, iż umowa na realizację ww. zamówienia obejmowała jedynie udzielenie wsparcia merytorycznego (etap zrealizowany) oraz zarządzanie i pełnienie nadzoru nad wykonaniem dokumentacji projektowej, realizacją robót oraz w okresie

zgłaszania wad (aktualny etap). W ww. inwestycji bierze udział personel B. zaangażowany jako projektanci przeglądu dokumentacji.

Zamawiający poinformował, że z uwagi na to, że nie od razu było potrzebne pełne zaangażowanie całego składu, B. udzielono czasowej zgody na zatrudnienie Personelu Inżyniera na innych kontraktach. Zgoda obowiązuje do 31.12.2017 r.

W świetle powyższego zamawiający wskazał, iż nie sposób uznać, aby zaangażowanie członków personelu B. w obie inwestycje w jakikolwiek sposób kolidowało z prawidłową ich realizacją.

d) Zaangażowanie personelu B. w przedsięwzięcie pn. Opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla Projektu „Rewitalizacja linii kolejowej nr 207 na odcinku T.- C.

W dniu 25.04.2017 r. wybrano wariant, w dniu 09.08.2017 r. KIP został przedłożony do RDOŚ, w dniu 20.10.2017 r. Wykonawca przedłożył do zaopiniowania Etap VII Wniosek do Prezesa UTK Planowany termin zakończenia umowy to 20.12.2017 r. Brak podstaw do przyjęcia, iż zakończenie umowy ulegnie przesunięciu. Zamawiający stwierdził brak kolizji pomiędzy obiema inwestycjami.

e) Zaangażowanie personelu B. w przedsięwzięcie pn. Pełnienie nadzoru autorskiego nad dokumentacją projektową w ramach następujących zadań: a, Kontrakt nr 1 - modernizacja odcinka J. - T.b.

Kontrakt nr 2 - modernizacja odcinka T. – K.

Patrz: pkt c powyżej. Zgodnie z OPZ dla ww. postępowania wynagrodzenie wykonawcy za realizację ww. inwestycji rozliczanie jest na podstawie pobytów rozumianych jako fizyczne pojawienie się na placu budowy lub sporządzanie opracowania lub dokumentacji (opracowanie tekstowe, szkice, rysunki, obliczenia, analizy, itp.) przy czym zakładana liczba ok. 6-godzinnych pobytów na placu budowy to 1 do maksymalnie 8 dni w skali miesiąca (*vide*: pkt 4.3. OPZ). Umowa w sprawie ww. zamówienia publicznego nie nakłada zakazu zaangażowania personelu w inne przedsięwzięcia.

W świetle powyższego, w ocenie zamawiającego, nie istnieją podstawy dające możliwość przyjęcia, iż zaangażowanie pracowników B. w ww. zamówienie będzie kolidować z realizacją prac podejmowanych na potrzeby przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający wskazał, iż zakres zaangażowania personelu w ww. przedsięwzięcie jest niewielki. Wykonawca wystawił w lipcu fakturę na kwotę 12.000 zł netto, co przy stawce za jeden pobyt w kwocie 2.000 zł netto daje 6 pobytów w miesiącu.

Trudnym zatem jest przyjęcie, iż realizacja ww. zamówienia może negatywnie wpływać na wykonanie niniejszego zamówienia.

f) Zaangażowanie personelu B. w przedsięwzięcie pn. Opracowanie SW w ramach projektu „Prace przygotowawcze dla projektów RPO Rewitalizacja linii kolejowej nr 33 K. - P.

Ww. zamówienie zostało zrealizowane w dniu 26.05.2017 r. W związku z tym brak możliwości stwierdzenia, że personel B. jest jeszcze zaangażowany w jego realizację.

g) Zaangażowanie personelu B. w przedsięwzięcie pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: "Poprawa dostępu kolejowego do portów morskich w S. i Ś."

Zamawiający wskazał, iż ww. przedsięwzięcie obejmuje wykonanie „Opracowania dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego" i jest na etapie opracowywania koncepcji programowo-przestrzennej (Faza I). Zauważenia wymaga, iż dla realizacji ww. inwestycji nie wprowadzono zakazu podejmowania się przez członków personelu innego zatrudnienia czy też podejmowania się dodatkowych prac. W § 9 ust. 4 umowy został wprowadzony zakaz podejmowania przez wykonawcę działań konkurencyjnych. Paragraf ten odnosi się do jednak obowiązków samego wykonawcy, a nie jego pracowników. Co więcej, zauważenia wymaga, iż w pkt 7.4 OPZ dla ww. przedsięwzięcia wskazano, że: „Po zakończeniu Fazy I zamówienia Wykonawca będzie uprawniony do zmniejszenia ilości członków Zespołu

Wykonawcy na czas trwania Fazy II - pełnienie nadzoru autorskiego.”

Zamawiający wskazał również, iż całość prac projektowych w ramach przedmiotowego zamówienia zostanie zakończona w pierwszym półroczu 2018 r.

Zamawiający przedłożył w załączeniu dokumenty potwierdzające ww. okoliczności.

Zamawiający stwierdził, że w świetle przedstawionych powyżej okoliczności nie sposób uznać, iż w niniejszym stanie faktycznym zachodzą przesłanki wykluczenia B. z postępowania 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22d ust. 2 ustawy P.z.p. Zamawiający podkreślił, iż dokumentacja przetargowa przedmiotowego postępowania nie nakłada na wykonawcę zakazu angażowania się personelu wykonawcy w inne zamówienia. W związku z tym fakt, iż część personelu B. będzie brać udział w realizacji zamówień, nie będzie uchybiać dyspozycji umowy zawartej z zamawiającym. Zatem zamawiający nie widzi podstaw do uwzględnienia odwołania.

Zamawiający wskazał, iż odwołujący, wbrew ciężącemu na nim obowiązkowi wynikającemu z art. 6 Kodeksu cywilnego oraz art. 22d ust. 2 ustawy P.z.p., w nie wykazali

w uzasadnieniu odwołania, w jaki sposób zaangażowanie personelu B. w przedmiotowe przedsięwzięcia będzie rzutować na możliwość realizacji niniejszego zamówienia w sposób prawidłowy, w tym nie wykazali, że jednoczesne wykonywanie kilku inwestycji jednocześnie jest niemożliwe do wykonania. Poczyniona przez odwołujących argumentacja opiera się tylko i wyłącznie na argumentach podniesionych przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 1090/17. Okoliczności towarzyszące ww. sprawie straciły na aktualności na kanwie niniejszego postępowania.

Odnosząc się do sprawy KIO 1090/17, zamawiający wskazał, że odwołujący budują uzasadnienie odwołania na podstawie argumentów zawartych w odpowiedzi zamawiającego na odwołanie w sprawie o sygn. KIO 1090/17. Przedmiotowe odwołanie złożone przez B. dotyczyło wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania w związku z niewykazaniem, iż personel wykonawcy zaangażowany w inne przedsięwzięcia będzie w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienia na zasadach przewidzianych w dokumentacji przetargowej.

Zamawiający wskazał, iż okoliczności towarzyszące ww. sprawie oraz związane z prowadzeniem przedmiotowego zamówienia nie są jednakowe. Nie bez znaczenia pozostaje również okoliczność, iż sprawa KIO 1090/17 toczyła się na przełomie czerwca 2017 r., a więc prawie pół roku temu. Jak wynika z powyższych rozważań, część kontraktów, które były w toku ww. okresie uległy zakończeniu lub weszły w fazę realizacyjną, gdzie zakres zaangażowania poszczególnych członków personelu jest niewielki. Pamiętać bowiem należy, iż przedmiotem zamówienia nie jest wykonanie robót budowlanych czy świadczenie usług o charakterze ciągłym, ale wykonanie dokumentacji projektowej. Tego rodzaju zamówienia charakteryzują się kondensacją prac w pierwszej fazie przy jednoczesnym ich ograniczeniu w kolejnych fazach wykonania zamówienia (np. przy świadczeniu nadzoru autorskiego).

Dokonując porównania obu spraw zamawiający zauważył - co nie zostało uwzględnione przez odwołujących w przedmiotowym odwołaniu - iż wykluczenie B. z ww. postępowania było wynikiem złożonych wyjaśnień oraz dwukrotnego uzupełnienia wykazu osób w sposób niewłaściwy, a nie związane z samym faktem posiadania przez zamawiającego informacji o zaangażowaniu personelu w inne przedsięwzięcia. W związku z powyższym, zachowując jednolitość przyjmowanej przez zamawiającego procedury wyjaśniającej, ewentualne wykluczenie B. z niniejszego postępowania powinno zostać poprzedzone procedurą wyjaśniającą. Niemniej jednak z uwagi na informacje przedstawione przez zamawiającego powyżej w odpowiedzi na odwołania w zakresie aktualnych etapów realizacji poszczególnych inwestycji kierowanie do B. wezwania do wyjaśnień wydaje się być bezprzedmiotowe i prowadzące jedynie do przedłużenia postępowania.

Przystępujący wniesli o:

1 . pozostawienie bez rozpoznania zarzutów odwołujących w zakresie braku odtajnienia zastrzeżonej przez przystępujących części oferty ewentualnie oddalenie odwołania w tym zakresie,

2. o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

W zakresie zarzutu braku odtajnienia oferty przystępujących, przystępujący podnieśli, że zarzut ten jest spóźniony.

Zamawiający dnia 19.09.2017 r. wysłał odwołującym wiadomość e-mail z informacją, że przeglądanie ofert możliwe jest w siedzibie zamawiającego, w określonych godzinach. W konsekwencji 19.09.2017 r. jest więc dniem, o którym mowa w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy P.z.p., tj. dniem, w którym odwołujący powzięli informację o okolicznościach do wniesienia odwołania na zaniechanie odtajnienia części oferty przystępującego. Od dnia 19.09.2017 r. odwołujący mogli bowiem zapoznać się z ofertą przystępujących i ustalić, że część tej oferty została zastrzeżona jako zawierająca tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazali, że odwołujący są profesjonalistami, a niniejsze postępowanie jest postępowaniem o znacznej wartości. Tym samym, zachowanie odwołujących należy oceniać podług miary należytej staranności wymaganej od profesjonalistów. Nie ma więc znaczenia, w jakim terminie odwołujący zapoznali się z ofertą przystępujących. Skoro bowiem od dnia 19.09.2017 r. mieli możliwość zapoznania się z tą ofertą, to dokonanie tego w późniejszym terminie stanowi ryzyko odwołujących.

W ocenie przystępujących, odwołanie wniesione przez odwołujących jest w zakresie zarzutu braku odtajnienia oferty przystępujących spóźnione. Odwołujący powinni bowiem wnieść odwołanie od rzekomego zaniechania zamawiającego w terminie 10 dni od momentu uzyskania informacji (względnie dnia, w którym przy zachowaniu należytej staranności powinien być się o tym dowiedzieć), że oferta przystępującego została częściowo zastrzeżona i nie zostanie mu udostępniona w pełnym zakresie. Skoro o tym dowiedzieli się (albo powinni byli się o tym dowiedzieć) w dniu 19.09.2017 r. (tego bowiem dnia mogli się zapoznać z ofertą Konsorcjum B.), to ostatnim dniem wniesienia odwołania w tym zakresie był dzień 29.09.2017 r.

Przystępujący podnieśli, iż nawet jednak, gdyby zarzut w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa nie był spóźniony, to i tak podlega oddaleniu, albowiem jest bezzasadny. Samo pismo zastrzegające tajemnicę przedsiębiorstwa określonych informacji zawiera wskazanie stosowanych przez przystępujących środków ochrony tych informacji. Jest to informacja ściśle chroniona. Ujawnienie do publicznej wiadomości środków ochrony stosowanych przez przystępujących odnośnie ich informacji poufnych mogłoby narazić te

informacje na ujawnienie. Podmioty zainteresowane uzyskaniem tych informacji, miałyby bowiem do nich ułatwiony dostęp.

Przystępujący podkreślili, że nie chodzi tutaj tylko o bezpośrednich konkurentów przystępujących w niniejszym postępowaniu. Nie są oni bowiem jedynymi podmiotami, które mogą uzyskać dostęp do dokumentów i korespondencji składanych w niniejszym postępowaniu przez przystępującego. Znaczna większość tych dokumentów, w razie ich odtajnienia, mogłaby bowiem zostać udostępniona osobom postronnym w trybie dostępu do informacji publicznej - z uwagi na fakt, że zamawiający jest podmiotem publicznym, a dokumenty składane są w przetargu publicznym. Tymczasem zastrzeżenie ich tajemnicy chroni ujawnienie tych dokumentów zarówno wobec podmiotów uczestniczących w niniejszym postępowaniu, jak i wobec innych potencjalnie zainteresowanych ich treścią.

Odnosząc się do zarzutów odwołujących, tj. rzekomych braków w zakresie zastrzeżenia tajemnicy, przystępujący wskazali, że niektóre z nich są całkowicie chybione (przystępujący załączyli bowiem określone dowody do zastrzeżenia tajemnicy), a inne są nieuzasadnione merytorycznie. Do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy nie trzeba bowiem dołączać wszelkich możliwych dowodów, w tym szczegółowych procedur określających stosowane rozwiązania. Siłą rzeczy, przedłożenie takich dokumentów każdorazowo osłabia bowiem skuteczność stosowanych środków ochrony, zwiększa się bowiem ilość źródeł, z jakich osoby zainteresowane mogą te informacje pozyskać. Nie ma też konieczności wskazywania, które elementy wykazu osób są indywidualne, dobrane w sposób specyficzny dla przedmiotowego postępowania. Wykaz osób nie musi bowiem wykazywać cech utworu w rozumieniu prawa autorskiego, by móc go zastrzec. Wartość gospodarczą przedstawia bowiem już sama informacja o tym, że określone osoby są zatrudnione u przystępujących, a także jakie doświadczenie i kwalifikacje posiadają. Informacje takie mogą zostać wykorzystane przez konkurentów przystępujących, którzy mogą być zainteresowani zatrudnieniem pracowników przystępujących, których charakteryzuje tak wysoki stopień profesjonalizmu i kompetencji zawodowych. Odwołujący na potwierdzenie zasadności swojego zarzutu wskazali, że w tym zakresie mają tylko pewne przypuszczenia, ale nie wiedzą kto rzeczywiście został wskazany. W szczególności, czy te osoby, które wskazali, czy inne, nie znają też ich doświadczenia zawodowego ani kwalifikacji zawodowych. Ten fakt także potwierdza, że informacja ta nie jest dostępna do publicznej wiadomości i posiada dla przystępujących określoną wartość gospodarczą.

W ocenie przystępujących, nie ma znaczenia ewentualne odtajnienie przez KIO dokumentów składanych przez inne konsorcja z udziałem B. sp. z o.o. Każde postępowanie

jest bowiem inne, inaczej też formułowane są określone dokumenty, jak i warunki odnośnie personelu.

Przystępujący powołali się na wyrok Sądu Okręgowego w W. (sygn. akt V Ca 421/07), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 5 września 2008 r., sygn. KIO/UZP 874/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. KIO 2040/10 i inne.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia przystępujących z postępowania, przystępujący wskazali, że ze względu na fakt, iż dane osób wskazanych przez niego zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie potwierdza ani nie zaprzecza przypuszczeniom odwołujących co do wskazanych osób. Zauważył, że odwołujący, choć spoczywa na nich ciężar dowodu, w żaden sposób nie udowodnili, aby zaangażowanie wskazanych przez przystępujących osób (jakie osoby by to nie były) nie pozwalało im na właściwą realizację przedmiotu niniejszego zamówienia. Nie jest bowiem udowodnieniem powołanie się jedynie na wyrok KIO z dnia 26.06.2017 r. sygn. akt KIO 1090/17 i to bez względu na to, czy osoby wskazane w tym wyroku występują również w niniejszym postępowaniu czy nie. Oczywiście jest to, że wyrok KIO jest wiążący tylko w konkretnej sprawie i w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nie ma natomiast mocy wiążącej w innych postępowaniach toczących się z udziałem innych uczestników. W konsekwencji wyrok ten nie wiąże składów orzekających w innych postępowaniach, ani nie tworzy w niniejszej sprawie powagi rzeczy osądzonej.

Przystępujący podnieśli, że określone rozstrzygnięcia częstokroć zapadają ze względów *stricte* procesowych, w tym np. ustaleń faktycznych dokonanych w oparciu o zaferowane przez strony dowody i odpowiednio do udźwignięcia rozkładu ciężaru dowodu, a także do treści złożonych w danym postępowaniu wyjaśnień. W postępowaniu KIO 1090/17 ciężar dowodu spoczywał na ówczynie odwołującym tj. konsorcjum z udziałem B. sp. z o.o., podczas gdy w niniejszej sprawie spoczywa na odwołującym Konsorcjum T.. Nie jest zatem prawnie dopuszczalne postępowania odwołujących, którzy próbują na zasadzie pewnego automatyzmu przenieść rozstrzygnięcie ws. KIO 1090/17 do niniejszej sprawy. Wydanie wyroku KIO 1090/17 nie zwalnia Konsorcjum T. z ciężaru dowodu w niniejszej sprawie. Przystępujący wskazali też, że wyrok ten został wydany już kilka miesięcy temu, a w tym czasie wiele okoliczności faktycznych uległo zmianie, albo mogło ulec. Sytuacja ulega bowiem dynamicznym zmianom. Automatyzm przekładania sytuacji z tamtego wyroku do niniejszego postępowania byłby więc błędny.

Przystępujący zauważyli, że odwołujący, aby udowodnić podnoszone przez siebie twierdzenia powinni:

- po pierwsze, wskazać osoby, których dotyczą jego zarzuty,
- po drugie, wskazać przy realizacji jakich zadań są one zaangażowane,
- po trzecie, wskazać jaki jest zakres ich obowiązków na kontraktach przy realizacji których są zaangażowane,
- po czwarte, co chyba najistotniejsze, wskazać w jaki sposób zaangażowanie tych osób na konkretnych kontraktach wpływa negatywnie na realizację niniejszego zamówienia; w tym zakresie w szczególności analizie należy poddać nie tylko samo zaangażowanie i zakres obowiązków, ale i ich rozkład w czasie oraz wzajemną konkurencję obowiązków na różnych kontraktach.

Odwołujący z tych wszystkich elementów odniósł się jedynie do dwóch pierwszych (zresztą przystępujący znów ani nie potwierdzają, ani nie zaprzeczają w tym zakresie trafności), ale całkowicie pominieli dwa kolejne, kluczowe elementy. Tymczasem choćby upływ czasu od daty wydania wyroku KIO, na jaki się powołuje, wymagałby z jego strony analizy, jak się on ma do niniejszego postępowania i to zarówno w odniesieniu do czasowej konkurencji wszystkich kontraktów jak i ewentualnych zmian personalnych w tym zakresie. Powyższe uniemożliwia uwzględnienie odwołania.

Przystępujący stwierdzili, że zarzuty odwołujących w zakresie konieczności wykluczenia przystępujących są w całości bezzasadne. Kadra przystępujących jest zaangażowana w realizację różnych kontraktów, jednakże w takim stopniu, który nie koliduje z realizacją niniejszego kontraktu i nie odbiega to od standardów rynkowych.

Przystępujący wskazali, że szersze omówienie odpowiedzi na zarzuty odwołujących zawarli w utajnionej części niniejszego pisma (załączniku do pisma), do której załączono szereg dowodów jednoznacznie potwierdzających oczywistą bezzasadność odwołania.

Jeżeli chodzi o szczegółowe uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, to przystępujący powołali się na zastrzeżenie dokonane w ofercie, a odnoszące się do wykazu osób.

Izba ustaliła, co następuje:

Przystępujący zastrzegli jako tajemnicę przedsiębiorstwa:

- a) Wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa,
- b) Wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryterium oceny ofert „Dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego”,

c) Wykaz osób wg załącznika 4 do s.i.w.z., dołączony do pisma Konsorcjum B. z dnia 25 września 2017 roku,

d) Uzupelniony załącznik nr 4 do s.i.w.z. - wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia aktualny na dzień składania ofert, dołączony do pisma z dnia 9 października 2017 roku.

W dniu 20 września 2017 r. odwołujący powzięli informację o przyjęciu przez zamawiającego skuteczności zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie przystępujących jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym dniu bowiem zamawiający udostępnili odwołującym jawną część oferty B..

Przystępujący aktualnie biorą udział w realizacji następujących zadań na rzecz zamawiającego:

1) Prace projektowe wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla projektu „Poprawa infrastruktury kolejowego dostępu dla portu Gdańsk”.

2) Opracowanie Studium Wykonalności dla projektu rewitalizacja linii kolejowych nr 140/169/179/885/138 połączenie O., J. - T.– KWK Piast - N.- O.

3) Nadzór nad modernizacją linii kolejowej E59, odcinek granica woj. Dolnośląskiego - Czempin w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E 59 na odcinku Wrocław - P., Etap IV, odcinek granica województwa dolnośląskiego – C. ”

4) Opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla Projektu „Rewitalizacja linii kolejowej nr 207 na odcinku T. – C.”

5) Pełnienie nadzoru autorskiego nad dokumentacją projektową w ramach następujących zadań: a. Kontrakt nr 1 - modernizacja odcinka J. - Trzebinia, b. Kontrakt nr 2 - modernizacja odcinka T. – K.

6) Opracowanie SW w ramach projektu „Prace przygotowawcze dla projektów RPO Rewitalizacja linii kolejowej nr 33 K. – P.

7) Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: "Poprawa dostępu kolejowego do portów morskich w S. i Ś.

Izba zważyła, co następuje:

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut dotyczące nieuprawnionego zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów wskazanych w treści odwołania. W pozostałym zakresie Izba uznała zarzuty za bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący są uprawnieni do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

W ocenie Izby zarzut dotyczący nieuprawnionego zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów wskazanych w treści odwołania został podniesiony z naruszeniem terminu wskazanego w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy P.z.p., zgodnie z którym odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Co do wskazanych przez odwołujących dokumentów znajdujących się w ofercie przystępujących, t.j. wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazu osób na potrzeby weryfikacji kryterium oceny ofert „Dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego”, odwołujący powzięli wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia najpóźniej w dniu 20 września br., kiedy to zamawiający udostępnił im ofertę przystępujących. W tym zakresie Izba przeprowadziła dowód z dołączonej do odpowiedzi na odwołanie korespondencji mailowej przeprowadzonej pomiędzy odwołującymi a zamawiającym. Ponadto zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie oraz na posiedzeniu Izby w dniu 6 listopada 2017 roku podnosił tę okoliczność. Odwołujący nie zaprzeczyli, iż w dniu 20 września 2017 roku oferta przystępujących została im udostępniona. Tym samym, z uwagi na treść art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy P.z.p., termin na wniesienie odwołania na zaniechanie ujawnienia zastrzeżonej części oferty przystępujących kończył się w dniu 30 września br.

Co do dokumentów składanych przez przystępujących w wyniku wezwania ich przez zamawiającego, tj. wykazu osób wg załącznika 4 do s.i.w.z. oraz uzupełnionego załącznika nr 4 – wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia aktualny na dzień składania ofert oraz dołączony do pisma Konsorcjum B. z dnia 25 września 2017 roku, dokumenty te zostały przez przystępujących złożone – odpowiednio – w dniach 25 września i 9 października 2017 roku. Jednocześnie ich treść została przez przystępujących zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa (okoliczność bezsporna).

Wskazać należy, że art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy P.z.p. stanowi, iż 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. Nowelizacja ustawy P.z.p. z dnia 29 sierpnia 2014 roku (Dz. U. poz. 1232) wprowadziła zasadniczą zmianę do treści art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p., nakładając na wykonawców zastrzegających informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa, obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia jednocześnie ze złożeniem zastrzeżonego dokumentu. Zmieniło to sytuację prawną o tyle, iż wcześniej zamawiający dopiero po otrzymaniu zastrzeżonego dokumentu wszczynał postępowanie wyjaśniające w zakresie zasadności dokonanego zastrzeżenia. Wykazanie zasadności zastrzeżenia jednocześnie ze złożeniem dokumentu powoduje, iż wykonawcy od dnia złożenia zastrzeżonych dokumentów mają możliwość powziąć wiadomość o dokonany zastrzeżeniu, co implikuje rozpoczęcie biegu terminu na wniesienie odwołania w tym zakresie. Tym samym terminy to zakończyły się – odpowiednio – w dniach 5 i 19 października br. Wniesienie odwołania w dniu 23 października 2017 roku wskazuje na uchybienie wskazanego w ustawie terminu.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22d ust. 2 oraz w związku z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie wykluczenia przystępujących z postępowania, pomimo iż Konsorcjum B. nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż Konsorcjum B. nie posiada wymaganych zdolności, ponieważ zaangażowanie zasobów zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze będzie miało negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z dopuszczenie dowodu z akt postępowania KIO 1072/17, KIO 1076/17, KIO 1078/17 i KIO 1090/17 w zakresie: protokołu, dokumentów przedłożonych przez zamawiającego do sprawy KIO 1090/17 oraz wyroku Krajowej Izby Odwoławczej na okoliczność, że osoby wskazane w ofercie Konsorcjum B. realizują już na rzecz zamawiającego 7 innych projektów, o którego przeprowadzenie wnosili odwołujący. W zakresie przeprowadzenia dowodu z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w części ograniczonej do postępowania o sygn. akt KIO 1090/17, Izba wskazuje, iż moc wiążąca prawomocnego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej nie rozciąga się na dokonane przez Izbę ustalenia faktyczne. Wywody Izby zawarte w uzasadnieniu orzeczenia nie są bowiem ani oświadczeniami, ani zaświadczeniami urzędowymi Izby, lecz jej wnioskowaniem o prawdziwości faktów na tle całokształtu okoliczności sprawy.

Odnosząc się do wniosku dowodowego z protokołu oraz dokumentów składanych przez zamawiającego do sprawy KIO 1090/17, Izba wskazuje, iż ilość i rodzaj zadań realizowanych przez przystępujących na rzecz zamawiającego nie są pomiędzy stronami i

uczestnikiem postępowania sporne. Jeśli zaś chodzi o zaangażowanie przystępujących w realizację zadań, dowody składane podczas rozprawy w czerwcu 2017 roku, z uwagi na upływ czasu, są nieaktualne i ich wartość dowodowa nie ma znaczenia w przedmiotowej sprawie.

Izba stwierdza, iż odwołujący, poza wskazanymi wyżej wnioskami dowodowymi, nie wykazali inicjatywy dowodowej. W szczególności nie wykazali, na jakim etapie realizacji znajdują się obecnie wykonywane przez przystępujących zadania oraz jaki jest stopień zaangażowania w ich realizację osób stanowiących kluczowy personel przystępujących. Podkreślenia wymaga, że to na odwołujących, zgodnie z art. 190 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy P.z.p., spoczywał ciężar wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzili skutki prawne. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał natomiast, na jakim etapie znajdują się poszczególne zadania i stwierdził, że nie ma zagrożenia dla realizacji przedmiotowego zadania z powodu zaangażowania personelu przystępujących w realizację zadań już wykonywanych. Odwołujący, poza gołosłownym zanegowaniem podanych przez zamawiającego terminów, nie przedłożyli żadnych dowodów na poparcie prezentowanych tez.

Tym samym Izba uznała za bezpodstawny zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępujących.

Izba uznała za bezpodstawne podniesione z ostrożności procesowej zarzuty naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wystąpienia do przystępujących o złożenie wyjaśnień w zakresie posiadania wymaganych zdolności, pomimo iż wskazane zasoby zawodowe są zaangażowane w inne przedsięwzięcia gospodarcze oraz naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wystąpienia do przystępujących o uzupełnienie lub poprawienie dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganych zdolności, o ile w tym zakresie nie było już uprzednio wystosowane wezwanie o uzupełnienie.

Zgodnie z art. 22d ust. 2 ustawy P.z.p., zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Wskazany przepis nie nakazuje zamawiającemu przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego we wskazanym zakresie, tym bardziej, że w tym konkretnym przypadku zamawiający ma najlepszą wiedzę na temat zaangażowania personelu przystępujących, gdyż wszystkie wskazane przez odwołujących zadania realizowane są na rzecz tego samego

zamawiającego. Tym samym nie można zamawiającemu stawiać skutecznego zarzutu zaniechania przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....