

**WYROK**  
**z dnia 6 lipca 2021 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 lipca 2021 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **7 czerwca 2021 roku** przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) Voessing Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy (Lider) oraz Infra Centrum Doradztwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner) - (Odwołujący)**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Centralny Port Komunikacyjny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców;

1) **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (Lider), (2) IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U. z siedzibą w Bilbao, Hiszpania (Partner), (3) Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner), (4) Transprojekt Gdański Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (Partner), Arcadis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner), zgłaszających przystąpienie po stronie Odwołującego;**

2) **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) Egis Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider), Egis Rail S.A. z siedzibą w Lyonie, Francja (Partner), Jaf-Geotechnika Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Trzciny (Partner), zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego:
  - a) art. 8 ust. 3 Pzp2004 w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odtajnienie w całości dokumentów Konsorcjum Egis w postaci: (1) Wykazu Osób złożonego na potrzeby przyjętych kryteriów oceny ofert, (2) Wykazu Osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, (3) pisma Konsorcjum Egis z dnia 30.04.2021 r., stanowiącego odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 21.04.2021 r. na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2f Pzp2004, a także wszelkich innych wyjaśnień lub uzupełnień dotyczących Wykazów Osób;
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie, to jest naruszenia przez Zamawiającego:
  - a) art. 90 ust. 1 Pzp2004 poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Egis do udzielenia wyjaśnień;
  - b) art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36a ust. 1 Pzp2004;
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) Voessing Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy (Lider) oraz Infra Centrum Doradztwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner) oraz Zamawiającego - Centralny Port Komunikacyjny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) Voessing Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy (Lider) oraz Infra Centrum Doradztwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner)** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od **Zamawiającego - Centralnego Portu Komunikacyjnego Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie**

zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) Voessing Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy (Lider) oraz Infra Centrum Doradztwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner) kwotę **3 800 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy ośmiuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem 1/3 wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający: Centralny Port Komunikacyjny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: *Opracowanie Studium Techniczno - Ekonomiczno - Środowiskowego dla Zadania „Budowa linii kolejowych nr 54 Trawniki - Krasnystaw i 56 Wólka Orłowska - Zamość - Tomaszów Lubelski - Bełżec”.*

Dnia 7 czerwca 2021 roku do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019, dalej jako „nPzp”) odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie (1) Voessing Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy (Lider Konsorcjum) oraz Infra Centrum Doradztwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner Konsorcjum) – dalej jako „Odwołujący”.

Odwołanie złożono w postępowaniu od czynności Zamawiającego oceny ofert, w tym:

1.1. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Egis Poland sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Egis Rail S.A. (Partner Konsorcjum) oraz Jaf-Geotechnika sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), dalej łącznie jako: „Konsorcjum Egis”,

1.2. zaniechania odtajnienia złożonych przez Konsorcjum Egis dokumentów, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj.:

1.2.1. Wykazu Osób na potrzeby związane z oceną ofert w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert,

1.2.2. Wykazu Osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

1.2.3. pisma Konsorcjum Egis z dnia 30.04.2021 r., stanowiącego odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 21.04.2021 r. na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2f ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019.1843 ze zm., dalej jako „Pzp2004”), a także wszelkich innych wyjaśnień lub uzupełnień dotyczących Wykazów Osób;

1.3. zaniechanie wezwania Konsorcjum Egis do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny;

1.4. zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Egis na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36a ust. 1 Pzp2004 jako niezgodnej z przepisami ustawy w związku ze złożonym oświadczeniem o możliwości zlecenia podwykonawcom prac we wszystkich branżach

z zastrzeżeniem osobistego wykonania przez Konsorcjum Egis prac związanych z zarządzaniem umową, co wskazuje na niedopuszczalne powierzenie przez wykonawcę w ramach podwykonawstwa całości prac związanych z realizacją zamówienia;

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 3 Pzp2004 w zw. z art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U.2020.1913 ze zm., dalej jako „ZNKU”, poprzez zaniechanie odtajnienia w całości przedstawionych przez Konsorcjum Egis dokumentów, wskazanych w pkt 1.2.1 - 1.2.3 odwołania, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa,
2. art. 90 ust. 1 Pzp2004 poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Egis do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny ofertowej,
3. art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36a ust. 1 Pzp2004 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Egis jako niezgodnej z przepisami ustawy w związku ze złożonym oświadczeniem o możliwości zlecenia podwykonawcom prac we wszystkich branżach z zastrzeżeniem osobistego wykonania przez Konsorcjum Egis prac związanych z zarządzaniem umową, co wskazuje na niedopuszczalne powierzenie w ramach podwykonawstwa całości prac związanych z realizacją zamówienia,

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. odtajnienia w całości przedstawionych przez Konsorcjum Egis dokumentów, wskazanych w pkt 1.2.1 - 1.2.3 odwołania, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa,
3. wezwania Konsorcjum Egis na podstawie art. 90 ust. 1 do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny,
4. odrzucenia oferty Konsorcjum Egis na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36a ust. 1 Pzp2004 jako niezgodnej z przepisami ustawy,
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dz.U. UE dnia 31.12.2020 r., pod numerem 2020/S 255-643232. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego pod rządami ustawy Pzp2004. O naruszeniu przepisów prawa Odwołujący dowiedział się dnia 28.05.2021 r., kiedy to Zamawiający powiadomił o dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej Konsorcjum Egis, natomiast w dniu 2.06.2021 r. Zamawiający poinformował o braku możliwości udostępnienia dokumentów wskazanych w pkt 1.2.1 - 1.2.3 odwołania z uwagi na skuteczne zastrzeżenie ich treści jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Termin na złożenie odwołania - stosownie do art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) nPzp został zachowany. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu.

Odwołujący oświadczył, że ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 nPzp. Złożona przez Odwołującego oferta uplasowała się bowiem na drugiej pozycji rankingu złożonych ofert, za ofertą Konsorcjum Egis. Uwzględnienie chociażby tylko zarzutów, związanych z tajemnicą przedsiębiorstwa, doprowadzi do unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i uzyskania przez Odwołującego wglądu w dokumenty, co tym samym umożliwi skorzystanie ze środków ochrony prawnej celem dalszego, ewentualnego, zaskarżenia oferty Konsorcjum Egis.

[zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp2004 zaniechanie odtajnienia wykazów osób złożonych przez Konsorcjum Egis]

Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp2004, w celu skutecznego zastrzeżenia informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest zastrzec i wykazać, że informacje te rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ZNKU „*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*”.

Krajowa Izba Odwoławcza stoi jednoznacznie na stanowisku, że skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga nie tylko ogólnego uzasadnienia, ale także wykazania, że zastrzeżona informacja jest w swej istocie tajemnicą przedsiębiorstwa (tak wyrok z dnia 26.02.2013 r., KIO 297/16). Wykonawcy powinni także wykazać, że w celu zachowania poufności informacji zastrzeżonych w ofercie podjęli szereg odpowiednich działań, polegających na zapewnieniu odpowiedniej ochrony tym informacjom. Wykonawca powinien m.in. wykazać, że dla celów ochrony informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa podjął działania o charakterze zarówno fizycznym, jak i prawnym. Zaliczyć do nich można m.in. ewentualnie wprowadzone przez wykonawcę wewnętrznych reguły obiegu dokumentów oraz dostępu do informacji, postanowienia w umowach z pracownikami oraz kontrahentami, jak również technologie zabezpieczające bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa. Okoliczności te powinny zostać poparte odpowiednimi dowodami, takimi jak m.in. polityka ochrony informacji poufnych czy polityka wewnętrznego obiegu dokumentów bądź też klauzule umowy lub umowy o zachowaniu poufności.

Ponadto można wskazać za orzecznictwem Sądu Najwyższego (por. m.in. wyroki z dn. 6.06.2003 r. IV CKN 211/01, z dn. 3.10.2000 r. I CKN 304/00, z dn. 5.09.2001 r. I CKN 1159/00), że (...) informacja staje się „tajemnicą”, kiedy przedsiębiorca wyraża wolę jej

zachowania jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań. Jednocześnie art. 11 ust 4 ZNKU uzależnia istnienie stanu tajemnicy od podjęcia przez przedsiębiorcę określonych działań zmierzających do zachowania poufności objętych nią danych. Działania te - jak trafnie podnosi się w literaturze przedmiotu - powinny zmierzać do osiągnięcia takiego stanu, w którym osoby trzecie, chcąc zapoznać się z treścią informacji, muszą doprowadzić do wyeliminowania przyjętych przez przedsiębiorcę mechanizmów zabezpieczających przed niekontrolowanym wpływem danych (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dn. 5.09.2001 r. I CKN 1159/00).

Konsorcjum Egis zastrzegło tajemnicą przedsiębiorstwa złożone przez siebie wykazy osób - załącznik nr 2 do IDW Wykaz Osób dla kryteriów oceny ofert oraz załącznik nr 5 do IDW - Wykaz Osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia.

Konsorcjum Egis wskazało w uzasadnieniu zastrzeżenia, że informacje zawarte w obu wykazach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ pokazują, jakim personelem będą obsadzone kluczowe stanowiska przy realizacji zamówienia i w jaki sposób Konsorcjum Egis będzie nawiązywać z tymi osobami stosunki umowne. Dalej Konsorcjum Egis uzasadnia, że ujawnienie tych informacji pozwoliłoby przedsięwziąć konkurencji aktywność wykonawcy na rynku zamówień publicznych, w tym prognozować, w jakich postępowaniach wykonawca złoży ofertę. Zdaniem Konsorcjum Egis konkurencyjni wykonawcy, dysponując tymi informacjami, mają ułatwioną decyzję co do tego, jaki poziom własnej marży założyć w danym postępowaniu ze względu na stopień konkurencyjności. Mają również ułatwioną drogę do „podkupienia” zasobów kadrowych Wykonawcy, które do zasoby - przy profilu działalności, związanej z usługami konsultingowymi - stanowią najważniejszy kapitał Wykonawcy i gwarantują mu pozycję konkurencyjną na rynku.

Po pierwsze Odwołujący zwrócił uwagę, że Konsorcjum Egis w żaden sposób nie wykazało związku między ujawnieniem informacji, zawartych w utajnionych wykazach osób, a prognozowaniem przez konkurencję, w jakich postępowaniach Wykonawca złoży ofertę oraz jaki poziom marży będzie stosowany w danym postępowaniu. Zarówno na decyzję o uczestnictwie w postępowaniu przetargowym, jak również na decyzję o stosowanych marżach wpływ ma tak wiele różnych czynników (zarówno wewnętrznych związanych z sytuacją danego podmiotu, jak również zewnętrznych - związanych z szeroko rozumianą sytuacją rynkową), że akurat dysponowanie określonym zespołem osób zdolnych do wykonania zamówienia niczego nie determinuje bezpośrednio - ani decyzji o złożeniu oferty w danym postępowaniu, a już na pewno nie ma bezpośredniego przełożenia ma wysokość

marży stosowanej przez konkurencję. Sam fakt ubiegania się o udzielenie zamówienia przez określony podmiot w określonych branżowo postępowaniach, jest taką samą podstawą do domysłów i domniemań o potencjalnym jego zainteresowaniu innymi podobnymi postępowaniami, jak informacja o posiadanym przez niego zespole kadrowym.

Odnosząc się do kwestii „podkupienia” pracowników przez konkurencję, Odwołujący stwierdził, że każdy przedsiębiorca dysponuje odpowiednimi instrumentami (płacowymi, organizacyjnymi i innymi), mającymi na celu utrzymanie stworzonego przez siebie zespołu eksperckiego w niezmienionym składzie. Sama obawa przed zmianami kadrowymi w tym zespole, nie może przesądzać o istnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie składu osobowego tegoż zespołu oraz na temat posiadanego przez poszczególne osoby doświadczenia. Zwłaszcza, że wbrew twierdzeniom Konsorcjum Egis, pozyskanie informacji na temat osób pracujących czy współpracujących z tym podmiotem, zajmowanych przez nich stanowiskach i posiadanym doświadczeniu zawodowym nie nastrocza większych trudności w dobie dzisiejszej skali obiegu informacji w Internecie.

Kwestia „podkupowania” pracowników przez konkurencję, nie zasługuje na ochronę również w świetle orzecznictwa KIO (tak wyrok z dn. 06.02.2017 r., KIO 102/17, KIO 110/17). Co więcej - argumentacja przedstawiona przez Konsorcjum Egis godzi wręcz w interes publiczny, ponieważ ogranicza rotację na rynku osób z wymaganymi kwalifikacjami i doświadczeniem. W szczególności odnosi się to do osób posiadających odpowiednie wykształcenie, kwalifikacje, uprawnienia zawodowe. Rotacja w zatrudnieniu osób wpisuje się z jednej strony w podnoszenie poziomu świadczenia usług przez poszczególnych wykonawców, a z drugiej strony stanowi normalny element wolności pracowniczej do zmiany pracodawcy.

A zatem informacje zawarte w zastrzeżonych przez Konsorcjum Egis wykazach osób nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, zwłaszcza że informacje te dotyczą tylko kilku pracowników/współpracowników Wykonawcy i tylko określonego zakresu ich doświadczenia zawodowego, ściśle związanego z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego w zakresie warunków udziału w postępowaniu i w zakresie kryteriów, które nie definiują szczególnie unikatowego i rzadko występującego doświadczenia w określonej specjalizacji.

Nawet gdyby dane pracowników uznać za informacje handlowe, nie można zgodzić się, jakoby Wykonawca podejmował czynności, mające zapewnić bezpieczeństwo tym informacjom czy też, aby nie zostały one ujawnione publicznie. Chociaż Wykonawca powołuje się w treści wyjaśnień na podjęte środki, mające na celu zachowanie niejawnego charakteru informacji, zastrzeżonych w postępowaniu jako tajemnica przedsiębiorstwa, to jednak nie przywołuje w tym zakresie żadnego dowodu.



Wykonawca w żaden sposób nie dowiódł również (występującego rzekomo powszechnie) zjawiska przejmowania pracowników jako bezpośredniego następstwa ujawnienia w postępowaniach przetargowych informacji nt. osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz opisu ich doświadczenia. Powoływanie się na rzekome trudności dowodowe w tej kwestii jest niewiarygodne, a argument ten służy jedynie temu, aby sprawić wrażenie, że takie zdarzenia miały rzekomo miejsce, pomimo braku jakichkolwiek dowodów. Argumentacja Wykonawcy pozostaje w tym zakresie ogólnikowa i zupełnie gołosłowna.

Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 13.03.2017 r., (KIO 385/17), w którym Izba rozstrzygała o prawidłowości objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu osób, złożonego przez wykonawcę Egis Poland w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, w przedmiocie opracowania dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn. Poprawa dostępu kolejowego do portów morskich w Szczecinie i Świnoujściu. W postępowaniu tym Egis Poland posłużył się równie ogólnikowym i pozbawionym warstwy merytorycznej uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Dlatego też Izba w przywołanym wyroku nakazała odtajnienie powyższych informacji.

Dlatego też Odwołujący uważa, że zastrzeżenie przez Konsorcjum Egis tajemnicy przedsiębiorstwa wobec obu wykazów osób jest nieskuteczne i ma na celu wyłącznie ograniczyć możliwość zweryfikowania przez konkurencję kwestii spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz zweryfikowania prawidłowości oceny oferty przez Zamawiającego w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert. W tym stanie rzeczy dokumenty te winny zostać odtajnione przez Zamawiającego w całości.

Choć Konsorcjum Egis w pkt 3) wyjaśnień dotyczących zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, opisało działania podejmowane w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji, to jednak nie jest wiadome, czy opis ten w jednolitym modelu odnosi się do wszystkich członków Konsorcjum, czy też pozostaje zróżnicowany w zależności od wewnętrznych procedur i działań każdego z tych członków. Konsorcjum Egis powołuje się na różnego rodzaju klauzule do umów o pracę, zakazy konkurencji, oświadczenia o poufności, jednak nie przedstawia żadnych dowodów w tym zakresie - tj. żadnych wzorów dokumentów, żadnych zawartych umów, czy też wewnętrznych regulacji obowiązujących u każdego z członków konsorcjum, które faktycznie potwierdzałyby wdrożenie opisywanych instrumentów, zabezpieczających przed ujawnieniem informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym zawarte w pkt 3 wyjaśnień twierdzenia Konsorcjum Egis Odwołujący uważa za nieudowodnione i gołosłowne.

[unieważnienie czynności oceny ofert w razie uwzględnienia zarzutów dotyczących zaniechania odtajnienia dokumentów]

Na koniec Odwołujący podkreślił, że uwzględnienie zarzutu zaniechania odtajnienia i udostępnienia wszystkich wyżej wskazanych dokumentów musi być połączone z unieważnieniem czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Ocena skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest jednym z elementów oceny ofert i nie może być oceniana w oderwaniu od tej właśnie czynności. Co więcej, niewątpliwie wadliwa ocena dokonana przez Zamawiającego ma wpływ na wynik postępowania, albowiem uniemożliwia innym wykonawcom zweryfikowanie prawidłowości konkurencyjnych ofert, a tym samym skuteczne korzystanie ze środków ochrony prawnej, w tym przypadku zarówno w zakresie kwestionowania ceny pod kątem jej rażąco niskiego charakteru, jak i czynu nieuczciwej konkurencji oraz w zakresie spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i przyznania złożonej przez niego ofercie punktacji w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert.

Przyjęcie przeciwnego poglądu byłoby sprzeczne z zasadą państwa prawa jak i przepisów unijnych. Podkreślenia wymaga, iż państwo polskie zobowiązane jest do zapewnienia wykonawcom realnych środków ochrony prawnej i możliwości ich składania w odpowiednich terminach (por. wyrok TSUE z dnia 28.01.2010 w sprawie Uniplex C-406/08 oraz wyrok TSUE z dnia 12.01.2002 r. ws. Universale - Bau 047). Oznaczałoby to bowiem, że pomimo bezpodstawnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, de facto nie ma możliwości skutecznego składania odwołania skierowanego przeciwko ofercie podmiotu utajniającego swoją ofertę (jej część). Nie da się bowiem składać skutecznego odwołania niejako „w ciemno”. Podobnie orzekła KIO w wyroku z dnia 11.12.2014 r. (KIO 2498/14).

[zaniechanie wezwania Konsorcjum Egis do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny]

W postępowaniu średnia arytmetyczna cen brutto wszystkich złożonych ofert wyniosła 33.946.739,80 zł. Cena brutto zaoferowana przez Konsorcjum Egis to 23 955 359,46 zł. Była ona niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert o 29,43%. W przypadku gdyby cena brutto zaoferowana przez Konsorcjum Egis wynosiła 23.763.717,90 zł (a więc gdyby była niższa niż zaoferowana o zaledwie 191.641,56 zł), obligowałoby to Zamawiającego do zastosowania przepisu 90 ust. 1a Pzp2004. Ponieważ do różnicy między ceną Konsorcjum Egis a średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert zabrakło 0,57%, sytuacja ta nie tworzyła ustawowego domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny, co zobowiązywałoby do wezwania Konsorcjum Egis do udzielenia wyjaśnień w powyższym zakresie.

Nie znaczy to jednak, że w przypadku oferty złożonej przez Konsorcjum Egis po stronie Zamawiającego nie powinny być wystąpić wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w postępowaniu. Zwrócić bowiem należy uwagę, że kolejna w rankingu oferta (tj. oferta Odwołującego zajmująca drugą pozycję z ceną brutto 29.507.700,00 zł), jest wyższa od ceny zaoferowanej przez Konsorcjum Egis o 5.552.340,54 zł, a ostatnia w rankingu oferta (oferta TPF z ceną 47.945.400,00 zł brutto) - jest wyższa od oferty Konsorcjum Egis ponad dwukrotnie (tj. o 23.990.040,50 zł).

Już sam fakt niemal 30% różnicy między ceną zaoferowaną przez Konsorcjum Egis a średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert oraz występujące różnice między ofertami w postępowaniu, powinny być wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do prawidłowego skalkulowania przez Konsorcjum Egis zaoferowanej ceny. Zamawiający powinien mieć na względzie, że w kilku ostatnich postępowaniach o udzielenie zamówienia o podobnym przedmiocie Konsorcjum Egis również składało oferty z bardzo niską ceną, co jednak było przedmiotem obligatoryjnych wyjaśnień ze strony wykonawcy (np. postępowanie nr 169/20/KRI/15/PZP/JOK/92 na Opracowanie studium techniczno - ekonomiczno - środowiskowego dla Projektu pn. „001000009 Budowa Węzła Kolejowego CPK”, czy też postępowanie nr 170/20/KRI/16/PZP/JK/94 na Opracowanie studium techniczno - ekonomiczno - środowiskowego (STES) dla Projektu „Budowa linii kolejowej na odc. Katowice - granice państwa - Ostrawa”).

Zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien był wezwać Konsorcjum Egis do udzielenia wyjaśnień i złożenia stosownych dowodów w zakresie dotyczącym wyliczenia ceny. Zamawiający winien był zbadać, jakie konkretnie elementy ceny mogły spowodować tak dużą różnicę cenową między ofertą Konsorcjum Egis a pozostałymi ofertami, w przypadku zamówienia, którego przedmiot opiera się na usługach o charakterze intelektualnym. Nie jest bowiem tak, że w sytuacji braku co najmniej 30% różnicy między ceną zaoferowaną a średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert, Zamawiający może czuć się zwolniony z jakichkolwiek obowiązków związanych z badaniem ceny, jeśli występują okoliczności, które powinny wzbudzić u Zamawiającego uzasadnione wątpliwości - a zdaniem Odwołującego tak właśnie jest na gruncie tego postępowania.

[zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36a ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 9b Pzp2004 odrzucenie oferty Egis]

Odwołujący wskazywał również na konieczność odrzucenia złożonej przez Wykonawcę oferty w związku ze złożonym w treści oferty oświadczeniem, wskazującym na możliwość powierzenia całości prac, związanych z realizacją zamówienia, podwykonawcom.

W pkt 9 formularza ofertowego Konsorcjum Egis wskazało: „(...) Nazwy firm podwykonawców na obecną chwilę nie są znane (...) Części zamówienia, które Wykonawca zamierza podzlecać: możliwość zlecenia prac we wszystkich branżach z zastrzeżeniem, że wykonawca osobiście wykona prace związane z zarządzaniem umową - zgodnie z rozdziałem VIII IDW”.

Powyższe oświadczenie oznacza, że Konsorcjum Egis przewiduje podzlecenie wszystkich prac związanych z realizacją zamówienia, a do wykonania we własnym zakresie pozostawia jedynie prace związane z zarządzaniem umową. Oświadczenie to jest jednoznaczne i nie budzące żadnych wątpliwości.

Na gruncie prawa zamówień publicznych, zarówno na poziomie prawodawstwa Unii Europejskiej, jak i regulacji krajowych, możliwe jest wykorzystanie podwykonawstwa w trakcie realizacji zamówienia publicznego - ale wyłącznie w zakresie określonej części tego zamówienia, z wykluczeniem sytuacji realizowania przez podwykonawców całości prac związanych z zamówieniem. Dyrektywa 2014/24/UE w przepisie art. 71 ust. 2 konsekwentnie posługuje się pojęciem „any share of the contract it may intend to subcontract”, nie pozostawiając alternatywy w postaci „all of the contract”, a więc nie dopuszczając możliwości wskazania, że całość zamówienia będzie realizowana przez podwykonawcę. Powyższe stanowisko potwierdza także orzecznictwo KIO, w tym wyrok z dnia 7.12.2020 r., sygn. akt: KIO 2976/20, wyrok z dnia 27.02.2020 r., sygn. akt: KIO 299/20; uchwała KIO z dnia 4.11.2016 r., KIO/KU 67/16.

Słuszność stanowiska Izby potwierdził wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5.05.2021 r. (sygn. akt: XXIII Zs 11/21), którym to wyrokiem Sąd oddalił skargę wykonawcy na wyrok KIO 2976/20. Sąd Okręgowy wskazał: „(...) W konsekwencji implementacji dyrektyw zamówieniowych z 2014 r. zarówno w przepisach ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (art. 2 pkt 9b), jak i w przepisach ustawy z dnia 11.09.2019 r. tejże ustawy (art. 7 pkt 27) wprowadzono definicję umowy o podwykonawstwo, w których wyraźnie wskazano, że są to umowy, na mocy których odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązują się wykonać część zamówienia. Co więcej - ustawodawca konsekwentnie w art. 36a ust. 1 ustawy z dnia 29.01.2004 r., jak i w nowelizacji z dnia 11.09.2019 r. w art. 462 ustawy Prawo zamówień publicznych określił, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Podkreślić należy, że wykładnia literalna obu norm nie pozostawia wątpliwości interpretacyjnych, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest możliwe. Przyjęcie odmiennej interpretacji dopuściłoby sytuację, w której poprzez zlecenie realizacji całości zamówienia publicznego podwykonawcy, zamawiający de facto udzielałby zamówienia podwykonawcy, a nie wykonawcy - pomijając w ten sposób regulację prawa zamówień

*publicznych. A taka sytuacja byłaby niezgodna zarówno z zasadą udzielania zamówienia jedynie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa jak i zasadą transparentności. Oznaczałoby to również akceptację pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego wykonawcę przedmiotu zamówienia (...)*”.

Poprzez oświadczenie o osobistym wykonywaniu czynności związanych z zarządzaniem umową, Konsorcjum Egis tak naprawdę podjęło próbę obejścia zakazu powierzenia realizacji całości prac, związanych z wykonaniem zamówienia, podwykonawcom. Można bowiem przypuszczać, że zastrzeżenie osobistego wykonania przez wykonawcę czynności związanych z zarządzaniem umową, przy jednoczesnym powierzeniu wszystkich prac branżowych innym podmiotom, ma na celu wywołanie mylnego wyobrażenia o faktycznym zaangażowaniu wykonawcy w realizację tego zamówienia. Tymczasem czynności związane z zarządzaniem umową nie są czynnościami, związanymi z realizacją zamówienia *sensu stricto*, czyli wykonaniem usług, dostaw lub robót budowlanych opisanych postanowieniach siwz. Możliwość zlecenia prac we wszystkich branżach podmiotom zewnętrznym (a więc prac przewidzianych w dokumentacji postępowania) jest tak naprawdę zleceniem całości realizacji zamówienia podwykonawcom. W tej sytuacji zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Egis prowadzi do usankcjonowania działania wykonawcy w celu obejścia prawa.

W kwestii uznania prac organizacyjnych wykonawcy, związanych z zarządzaniem umową, jako czynności niezwiązanych z realizacją zamówienia *sensu stricto*, wypowiedziała się KIO w wyroku KIO 2976/20. Izba w sposób kategoryczny stwierdziła, że realizowanie przez wykonawcę niewielkiego zakresu czynności o charakterze organizacyjnym, związanym z zarządzaniem umową, oznacza faktyczne powierzenie w całości realizacji zamówienia podwykonawcom. Izba wskazała: *„(...) podnoszone przez wykonawcę (...) czynności jak: zarządzanie realizacją umowy, organizacja i koordynacja prac podwykonawców, dbanie o prawidłową realizację prac, rozliczanie godzin usług dodatkowych, udział w czynnościach odbiorowych z Zamawiającym, organizacja spotkań projektowych, wystawianie faktur, przyjmowanie faktur od podwykonawców, dbanie o przepływy finansowe, obsługa prawna projektu, obsługa administracyjna, dochodzenie ewentualnych roszczeń nie mają bezpośredniego przełożenia na wykonywanie przedmiotu niniejszego zamówienia (...). Powyższe czynności mają charakter poboczny względem zasadniczego przedmiotu zamówienia, a ich wykonanie nie spowoduje, że wykonawca nabędzie określone doświadczenie umożliwiające mu w przyszłości udział w kolejnych zamówieniach zbliżonych rodzajowo do niniejszego (...)*”. Podobnie wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 18.05.2018 r. (KIO 862/18). Słuszność stanowiska Izby potwierdził również Sąd Okręgowy w Warszawie: *„Słusznie Izba zauważyła, iż czynności organizacyjno - koordynacyjne nie*

*stanowią wykonywania zamówienia w kontekście istotnych dla sprawy przepisów ustawy. W tym kontekście nie sposób uznać, że o wykonywaniu zamówienia można mówić w sytuacji, gdy zakres udziału ogranicza się od czynności czysto organizacyjnych (...). Nie stanowią one de facto świadczeń realizowanych na rzecz Zamawiającego, trudno zatem uznać, iż ich wykonywanie stanowi wykonywanie zamówienia w sensie faktycznym. Potwierdza to zasadność ustaleń Izby, iż zamówienie w całości realizowane będzie przez podwykonawców, a nie przez wybraną w postępowaniu spółkę (...)*”.

Bez znaczenia pozostaje kwestia hipotetycznego charakteru złożonego przez Konsorcjum Egis oświadczenia co do powierzenia wszystkich prac branżowych podwykonawcom. Co do zasady bowiem deklarowana przez wykonawców w treści oferty kwestia podwykonawstwa ma charakter hipotetyczny. Nierzadko zdarza się bowiem, że wykonawcy, którzy wstępnie zakładają udział podwykonawców w realizacji zamówienia, ostatecznie realizują zamówienia samodzielnie. Co więcej - zdarzają się również sytuacje angażowania podwykonawców do określonych zakresów prac, które pierwotnie wykonawca zamierzał zrealizować samodzielnie. Pomimo tego, że kwesta podwykonawstwa w toku realizacji zamówienia co do zasady ma charakter dynamiczny i zmienny, oświadczenie wykonawcy w tym zakresie stanowi element merytoryczny treści oferty (oferta sensu stricto) dotyczy sposobu wykonania zamówienia. W związku z powyższym, ocenie Zamawiającego podlegają wszystkie złożone przez wykonawcę oświadczenia, kształtujące treść oferty, również te wyrażone w trybie hipotetycznym, jeśli wskazują na chęć wykonawcy realizacji umowy w sposób niezgodny z treścią SIWZ lub w przypadku niezgodności z przepisami ustawy.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego odwołanie należy uznać za uzasadnione i konieczne.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości lub części, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów

ustawy Pzp2004, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia złożyli następujący wykonawcy:

1) wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **(1) IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (Lider), (2) IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U. z siedzibą w Bilbao, Hiszpania (Partner), (3) Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner), (4) Transprojekt Gdański Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (Partner), Arcadis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner),** po stronie **Odwołującego;**

2) wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **(1) Egis Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider), Egis Rail S.A. z siedzibą w Lyonie, Francja (Partner), Jaf-Geotechnika Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Trzcince (Partner),** po stronie **Zamawiającego**

Izba potwierdziła skuteczność przystąpień.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację przemawiającą za oddaleniem odwołania w całości. Przystępujący Egis w złożonym piśmie procesowym popierał stanowisko Zamawiającego i wnosił o uznanie zarzutów odwołania za bezzasadne.

Odwołujący w odwołaniu przywołał prawidłową treść dokumentów postępowania mających znaczenie dla rozstrzygnięcia Izby, nie zachodziła więc konieczność ich powtarzania.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp2004 zasługiwał na uwzględnienie.

Zasadą prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność tego postępowania wyrażona w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp2004. Co do zasady również 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 (art. 8 ust. 3 Pzp2004). Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Z legalnej definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- i) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
- ii) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odnosnie do warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.

W przypadku warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

Odnosnie do warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania powinna być interpretowana w sposób ścisły, a Zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty. Podkreślić należy, że ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło



w sposób uprawniony, zaś brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia.

Wartość gospodarcza określonej informacji poufnej przejawia się co do zasady w możliwości wykorzystania tej informacji w walce konkurencyjnej. Chodzi więc o wykazanie, że dana informacja dotyczy działalności gospodarczej określonego przedsiębiorcy i może być wykorzystana w walce konkurencyjnej. W orzecznictwie przyjmuje się, że informacje składające się na tajemnice przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczający (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia z dnia 11 września 2014 r., sygn. akt II PK 49/14).

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na grunt rozpoznawanej sprawy, w ocenie składu orzekającego Izby Przystępujący Egis nie dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji przedstawionych w ofercie oraz dodatkowych wyjaśnieniach jako tajemnica przedsiębiorstwa, a ocena skuteczności zastrzeżenia dokonana przez Zamawiającego była nieprawidłowa.

W zakresie zastrzeżenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, podlegającego ocenie w ramach kryterium oceny ofert, jak i wykazu składanego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w ocenie Izby Zamawiający niesłusznie odmówił odtajnienia informacji. Utajnienie informacji podlegających ocenie w ramach spełniania warunków i kryterium oceny ofert powinno mieć wyjątkowy charakter, gdyż uniemożliwia innym wykonawcom ocenę innych ofert złożonych w postępowaniu. W związku z powyższym brak odtajnienia takich informacji i uznanie ich jako tajemnica przedsiębiorstwa może wpłynąć na naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ze względu na brak możliwości zweryfikowania przez pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu autentyczności informacji przekazanych przez konsorcjum Egis. Obowiązkiem Zamawiającego jest przeprowadzenie starannego i kompleksowego badania i oceny złożonych ofert, co nie oznacza, że prawa do weryfikacji czynności Zamawiającego można odmówić pozostałym Wykonawcom, którzy w danym postępowaniu złożyli oferty.

W ocenie składu orzekającego Izby nie wykazano, że zastrzeżone informacje jako zbiór danych mają unikatowy i niepowtarzalny charakter, tak by stanowić mogły

organizacyjne informacje niejawne danego podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą. Dostrzeżenia wymaga, że tabele sporządzone jako załączniki nr 2 i 5 do oferty i dane tam ujęte dedykowane są do tego przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym nie zachodzi obawa, że uzyskanie tych informacji przejawia się zwiększeniem konkurencyjności innych podmiotów w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Następnie zauważyć należy, iż tabele te zawierają: imię i nazwisko osoby wskazywanej na dane stanowisko, podstawę dysponowania, wykształcenie, nazwy podmiotów, na rzecz których wykonywane były usługi, opis doświadczenia polegający na wskazaniu nazwy projektu, czasu jego trwania i pełnionej funkcji. Nawet kompleksowe zapoznanie się z informacjami w dużej mierze historycznymi, ujętymi w wykazie nie oznacza, że inny wykonawca zdoła je wykorzystać. Izba nie podziela twierdzeń odpowiedzi na odwołanie, że przedstawione informacje są bardzo szczegółowe. Tabele zawierają bardzo ogólnie odniesienia do zrealizowanych usług referencyjnych, ogólnie podano również istotne dla tych usług parametry inwestycji referencyjnych. Część informacji dotyczy doświadczenia osób zdobytego na rzecz podmiotów publicznych, działających na terenie Unii Europejskiej. Same zaś dane osobowe pracowników i współpracowników członków konsorcjum Egis dostępne są na różnego rodzaju portalach społecznościowych dedykowanych pracownikom, co wykazał Odwołujący dowodami nr 1 do 3 do pisma procesowego z dnia 1 lipca 2021 roku.

Jak słusznie zauważył w odwołaniu i na rozprawie Odwołujący, w przypadku dowodzenia wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji Przystępujący Egis wielokrotnie odwoływał się do możliwości przejęcia pracowników, współpracowników przez podmioty konkurencyjne, wskazywał na praktyki „podkupywania” pracowników. Również Zamawiający został przez Przystępującego o takich praktykach przekonany. Niemniej jednak Przystępujący ani w wyjaśnieniach, ani na rozprawie nie przywołał choćby jednej konkretnej sytuacji, w której do próby takich praktyk doszło. Wszelkie dywagacje Przystępującego Egis w tej kwestii pozostają w sferze domysłów i zdarzeń hipotetycznych. Okoliczność, że do pewnego zdarzenia może dojść nie świadczy w przekonaniu Izby, że informacja, która może pośrednio doprowadzić do takiego zdarzenia ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Całkowicie nie do zaakceptowania się twierdzenia Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że sformułowanie bardzo podobnych warunków udziału w prowadzonych równoległe postępowaniach może być uzasadnieniem dla utrzymania składu i doświadczenia zespołu w tajemnicy, co najmniej do czasu zakończenia badania ofert w poszczególnych postępowaniach. Takie oświadczenia zdają się raczej dowodzić kompletnego niezrozumienia przez Zamawiającego istotny traktowania danych jako

tajemnica przedsiębiorstwa. Jeżeli dana informacja lub zbiór informacji stanowić ma tajemnicę przedsiębiorstwa, to sytuacja taka powinna mieć w ocenie Izby walor permanentny. Nie może być tak, że zakończenie pewnego etapu prowadzonego postępowania, i to na dodatek ze strony podmiotu odrębnego od Wykonawcy może spowodować, że informacje mogą być jawne. Skład orzekający Izby uważa, że ochronie podlegają właśnie takie informacje, które bez względu na zewnętrzne i wewnętrzne do nich okoliczności muszą pozostać nieujawnione, posiadają bowiem taką uniwersalną wartość dla danego Wykonawcy, która pozwala mu budować swoją przewagę konkurencyjną nad innymi podmiotami na danym rynku i takie informacje mogą być wykorzystane w przyszłości. Jeżeli zaś na pewnym etapie zamówienia, chociażby podczas realizacji i wykonywania przedmiotu umowy, informacje utracą status niejawnych, to danych takich nie można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i określone obowiązki umowne, Przystępujący Egis nie udzielił odpowiedzi na pytanie Przewodniczącego składu Izby w jaki sposób będzie chronił informacje zastrzeżone w ofercie na etapie realizacji kontraktu. Z uwagi na charakter wykonywanych usług taka ochrona wydaje się mało prawdopodobna do utrzymania i przeprowadzenia. Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie, pozwalająca wycenić informację i ująć ją w postaci wartości o charakterze finansowym. Wartość ta ma zatem wymiar obiektywny, sięgający poza dane postępowanie, podczas gdy Przystępujący Egis wielokrotnie podkreślał znaczenie informacji dla tego postępowania.

Izba wyraża przekonanie, iż użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Pzp2004 sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek „dowiedzenia”, że informacje te mają właśnie taki charakter. Jak już zaznaczono, jawność postępowania jest zasadą o nadrzędnym znaczeniu na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorących udział w postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i – jako takie – byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Sam Zamawiający w odpowiedzi

na odwołanie podkreślał, że obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie stosowności zastrzeżenia. Izba podziela zapatrywania Zamawiającego, że wykazania nie należy utożsamiać z udowodnieniem a uprawdopodobnieniem, że mamy do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednakże z drugiej strony konieczności uprawdopodobnienia pewnych okoliczności nie można utożsamiać z twierdzeniem Strony zastrzegającej, bez przedstawienia przez nią jakichkolwiek elementów te fakty potwierdzających. Przystępujący Egis opisał w uzasadnieniu zastrzeżenia, że podejmuje szereg działań celem zachowania poufności pewnego zbioru danych. Jako przykłady podał zawieranie w umowach klauzul o poufności, kontrolę dostępu do danych, obieg dokumentów, zabezpieczenia systemu informatycznego, wewnętrzne procedury, umowy zawierające zakaz konkurencji. Podał także, że elementy te stanowią zabezpieczenia stosowane u każdego z członków konsorcjum. Żadne jednak, nawet przykładowe i zanonimizowane dokumenty potwierdzające określony sposób działania czy przykładowe zapisy nie zostały Zamawiającemu wraz z zastrzeżeniem przedstawione. Skład orzekający Izby podkreśla, że zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji. Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże. A przynajmniej jeśli istnieją określone ograniczenia co do możliwości dowodowych w tym zakresie, winny być one, tj. określone dowody także przywołane z nazwy w uzasadnieniu - np. dany dokument, regulacja, zarządzenie, polityka bezpieczeństwa - w sposób pozwalający na uznanie, że ta informacja jest wiarygodna, a dany dokument rzeczywiście istnieje. Takich informacji nie odnaleziono w uzasadnieniu zastrzeżenia złożonym przez Przystępującego Egis.

Reasumując, podkreślić należy, iż weryfikacja prawdziwości stanowiska Wykonawcy w przedmiocie zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie może odbyć się wyłącznie poprzez zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń Wykonawcy. Z tych powodów Izba uznała zasadność zarzutu odwołania i nakazała Zamawiającemu ujawnienie treści dokumentów złożonych przez Przystępującego Egis w zakresie określonym w sentencji niniejszego orzeczenia. Izba uwzględniła w tej części odwołanie bowiem niewątpliwie nieprawidłowa ocena dokonana przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa może mieć wpływ na wynik postępowania, albowiem uniemożliwia innym wykonawcom zweryfikowanie prawidłowości ofert innych wykonawców, a tym samym skuteczne korzystanie ze środków ochrony prawnej.

Przechodząc do rozpoznania kolejnego zarzutu, zauważyć należy, iż zgodnie z art. 90 ust 1 ustawy Pzp2004 jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Z dokumentacji postępowania, a także z zestawienia przedłożonego przez Odwołującego wynika, że szacunkowa wartość zamówienia została określona na kwotę 6 503 880,00 zł netto, co daje kwotę 7 999 722,40 zł brutto.

W postępowaniu złożono 4 oferty na kwoty brutto:

- |                    |                   |
|--------------------|-------------------|
| 1) konsorcjum Egis | 23 955 359,46 zł; |
| 2) Odwołujący      | 29 507 700,00 zł; |
| 3) Konsorcjum IDOM | 34 378 500,00 zł; |
| 4) TPF             | 47 945 400,00 zł. |

Biorąc pod uwagę brzmienie przepisu, poczynione ustalenia i konstrukcję zarzutu odwołania Izba doszła do przekonania, że nie zasługiwał on na uwzględnienie.

Izba zważyła, iż ceny trzech pierwszych ofert kształtują się na podobnym, zbliżonym poziomie i nie odbiegają od siebie w znaczący sposób. Tylko jeden z wykonawców złożył ofertę, w której poziom ceny odbiega od pozostałych. Kilkuprocentowej różnicy między kolejnymi w rankingu ofertami nie należy uznawać za nadzwyczajne zjawisko, niespotykane w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Nie sposób także w ocenie składu

orzekającego Izby w takiej sytuacji uznać, że większość wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – profesjonalistów, dokonało błędnej i niezgodnej z przedmiotem zamówienia wyceny ofert, czy też postąpiło wbrew zasadom doświadczenia życiowego i zawodowego, a przede wszystkim wbrew zasadom prowadzenia działalności gospodarczej, w której uzyskanie zamówienia i jego wykonanie powinno gwarantować danemu Wykonawcy zysk, celowo zaniżając cenę własnej oferty. Nie sposób również odnieść cen ofertowych do wartości szacunkowej zamówienia, ponieważ w takim zestawieniu ceny wszystkich ofert zdają się być raczej rażąco zawyżone, niż rażąco zaniżone.

W odwołaniu Odwołujący nie przedstawił żadnych konkretnych okoliczności, na podstawie których można postawić wniosek że cena oferty Przystępującego Egis ma charakter nierynkowy, zaniżony w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie gwarantujący jego należytego wykonania. Odwołujący w uzasadnieniu zarzutów odwołania oraz na rozprawie przed Izbą ograniczył się do twierdzeń, że istnieją podejrzenia co do zniżenia ceny, a w takiej sytuacji obowiązkiem Zamawiającego było wezwanie danego wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Nie przedstawiono natomiast Izbie jakichkolwiek dowodów, potwierdzających okoliczności opisane w zarzucie.

Następnie dostrzeżenia wymaga, że przywołane przepisy ustawy Pzp2004 posługują się pojęciami nacechowanymi elementami subiektywnymi, odwołują się do „wątpliwości zamawiającego”, czy wskazują, że „cena wydaje się rażąco niska”. Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie jest tak, że zamawiający w każdym przypadku zobowiązany jest do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej kalkulację oferty. Jest to konieczne w sytuacji pojawienia się wątpliwości zamawiającego, zwłaszcza jeżeli próg 30% określony przepisem ustawy Pzp nie został osiągnięty. Wnosząc odwołanie to Odwołujący winien był wykazać, że takie wątpliwości powinny u Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu wystąpić. Odwołujący nie tylko powyższego nie wykazał, ale nie wskazał chociażby jakichkolwiek elementów wyceny prac w poszczególnych branżach, czy też innych czynników, odnoszących się do istotnych części składowych oferty Przystępującego. W odwołaniu nie sposób doszukać się opisanego obszaru wyceny, które mogłyby budzić wątpliwości czy to Zamawiającego, czy Odwołującego. Nie przeprowadzono żadnej analizy istotności cen określonych obszarów dla ceny globalnej oferty.

Odwołujący nie wziął również pod uwagę, że mogą istnieć inne obiektywne czynniki właściwe innemu wykonawcy, które mogły wpłynąć na możliwość obniżenia przez niego ceny oferty, jak choćby wspomniane przez Przystępującego Egis na rozprawie dysponowanie własnym zapleczem osobowym do prowadzenia badań geologicznych. Odwołujący bazował na własnym doświadczeniu i zakładanym sposobie wykonania

przedmiotu zamówienia, który przyjął w złożonej ofercie. Nie jest wykluczone, że inni wykonawcy w odmienny sposób zamierzają zorganizować realizację przedmiotu umowy. Nie przedstawiono natomiast okoliczności, czy też materiału dowodowego, z których wynikałoby, że jakiegokolwiek inne założenia powodują nierynkowy poziom ceny ofertowej.

Badanie rażąco niskiej ceny danej oferty jest także konieczne w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Odwołujący sam przyznał, iż w stosunku do kwestionowanej przez niego w odwołaniu oferty nie zachodzi arytmetyczna przesłanka badania ceny oferty, bowiem cena oferty Przystępującego Egis nie jest niższa od wyznaczonego przepisem progu 30% wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W odwołaniu nie sformułowano zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1a ustawy Pzp2004, a więc wszelkie dywagacje i dowody odnoszące się do procentowego porównania ceny względem wartości szacunkowej i średniej arytmetycznej Izba pominęła. Odwołujący nie kwestionował także sposobu określenia wartości szacunkowej zamówienia, więc także twierdzenia odnoszące się do tego elementu musiały zostać przez Izbę pominięte.

Końcowo dostrzeżenia wymaga, iż twierdzenia Odwołującego w tym zakresie nie zasługiwały na uwzględnienie z powodu konstrukcji samych zarzutów odwołania dotyczących wystąpienia zjawiska rażąco niskiej ceny i jej badania przez Zamawiającego.

Postawienie zarzutów zaniechania wezwania określonego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie zwalnia strony twierdzącej (czyli Odwołującego), formułującej zastrzeżenia wobec działań i zaniechań Zamawiającego, z obowiązku dowiedzenia przedstawionych racji. Tymczasem Odwołujący w odwołaniu oraz na rozprawie ograniczył się do przywołania kilku przepisów prawa i uzasadnienia ujętego w kilku zdaniach, że w jego ocenie cena oferty Przystępującego Egis ma charakter zaniżony, nierynkowy, według Odwołującego różni się znacząco od cen pozostałych wykonawców. Na okoliczność tę nie przedstawiono w odwołaniu i przed Izbą nie tylko jakiegokolwiek argumentacji merytorycznej, ale nie przedstawiono również jakichkolwiek dowodów.

Reasumując, zarzut koncentrujący się na wystąpieniu rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego Egis nie zasługiwały na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby kolejny z podnoszonych w odwołaniu zarzutów, to jest zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp 2004 w związku z art. 36a ust. 1 Pzp2004 nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp2004, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą. Stosownie do treści art. 36a ust. 1 Pzp2004, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę: 1) kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi; 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy (art. 36a ust. 2 Pzp2004).

Nie było sporne między Stronami i Uczestnikami postępowania, że nie jest możliwe powierzenie wykonania całości zamówienia podwykonawcom. Zgodnie również twierdzono, że w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie wyodrębnił kluczowych części zamówienia, zastrzegając obowiązek ich osobistego wykonania przez wykonawcę. Należało więc odpowiedzieć na pytanie, czy oświadczenia złożone w ofercie przez Konsorcjum Egis wpisują się w zasady określone przepisami ustawy Pzp2004, czy też ich treść przekracza granice tych zasad.

Konsorcjum Egis w formularzu oferty wskazało, że zamierza powierzyć podmiotom trzecim/podwykonawcom wykonanie części zamówienia. Podano, że nazwy firm podwykonawców na obecnym etapie nie są znane. Oświadczone, możliwość powierzenia obejmuje wszystkie branże z zastrzeżeniem, że Wykonawca osobiście wykona prace związane z zarządzaniem umową – zgodnie z rozdziałem VIII IDW. Przystępujący w formularzu oferty, a także w wykazach nr 2 i 5 (wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia i wykaz osób na potrzeby oceny ofert w ramach przyjętych kryteriów oceny) zawarł oświadczenia o bezpośrednim dysponowaniu wymienionymi osobami, które zajmować mają stanowiska kierownika projektu, koordynatorów grup roboczych, ekspertów branży, czyli grupy personelu kluczowego.

Na wstępie rozważań Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 7 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 2971/20, KIO 2976/20 dotyczące wykładni przepisów art. 36a Pzp2004. Odnosząc się zaś do powoływanego przez Strony wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 maja 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 11/21, to choć zapadł on przy nieco odmiennym stanie faktycznym, jednakże zawiera pewne uniwersalne przemyślenia, co do istoty zagadnienia powierzenia części prac podwykonawcom oraz wykonywania części zamówienia przez wykonawcę. Sąd zauważył że *„Słusznie Izba zauważyła, iż czynności organizacyjno-koordynacyjne nie stanowią wykonywania zamówienia w kontekście istotnych dla sprawy przepisów ustawy. W tym kontekście, nie sposób uznać, że o wykonywaniu zamówienia można mówić w sytuacji, gdy zakres udziału ogranicza się do czynności czysto organizacyjnych, takich jak powoływane przez Alterstor i zakwalifikowane przez Izbę jako czynności „organizacyjno-koordynacyjne”. Nie stanowią*



*one de facto świadczeń realizowanych na rzecz Zamawiającego, trudno zatem uznać, iż ich wykonywanie stanowi wykonywanie zamówienia w sensie faktycznym.”* Zatem, by można było mówić o wykonaniu części prac przez Wykonawcę składającego ofertę, czynności przez niego wykonywane muszą zostać zakwalifikowane do czynności istotnych dla przedmiotu zamówienia.

Jak wynika z Tomu I SIWZ przedmiotem zamówienia jest opracowanie Studium Techniczno-Ekonomiczno-Środowiskowego (STES) dla Zadania „Budowa linii kolejowych: nr 54 Trawniki - Krasnystaw i 56 Wólka Orłowska - Zamość - Tomaszów Lubelski - Bełżec”. Jako cel opracowania wskazano przygotowanie dokumentacji, wraz ze wskazaniem rekomendowanego przebiegu linii kolejowej w ramach Projektu, w zakresie koniecznym do prowadzenia działań w kolejnych etapach procesu inwestycyjnego. Izba podziela zapatrywania wyrażone w piśmie procesowym Przystępującego Egis, że specyfika wykonania przedmiotu zamówienia wymaga ogromnego nakładu pracy, zakres opracowań jest bardzo szeroki, w wykonywaniu przedmiotu zamówienia uczestniczyć będzie rozbudowany zespół osób, a czynności koordynacyjne odgrywać będą niemałą rolę podczas realizacji przedmiotu umowy. Nie oznacza to jednak, że osobiste wykonywanie czynności związanych z zarządzaniem umową jest celem samym w sobie realizowanej inwestycji. W dokumentach zawierających opis przedmiotu zamówienia nacisk kładzie się na sferę techniczną i analityczną opracowań, udział osób posiadających odpowiednie uprawnienia projektowe i doświadczenie w realizacji podobnych projektów. Zrealizowanie umowy ma się zakończyć opracowaniem dokumentacji przedprojektowej i możliwością dla Zamawiającego wyboru rekomendowanego przebiegu linii kolejowej w ramach Projektu, w zakresie koniecznym do prowadzenia działań w kolejnych etapach procesu inwestycyjnego, a więc pracą (opracowaniem) o charakterze koncepcyjnym. Wobec tego podstawowe prace na zadaniu mają charakter analitycznych opracowań branżowych.

Izba wskazuje, iż podnoszone przez Przystępującego Egis czynności jak: koordynowanie międzybranżowe i koordynacja spójności opracowań z poszczególnych etapów, kontrola jakości i poprawności świadczonych usług, koordynacja personelu, rozliczanie podwykonawców, kontakty między partnerami konsorcjum, zarządzanie kontraktem pod kątem logistycznym, finansowym, prawnym, kontakty z Zamawiającym, monitoring prac, organizacja spotkań, narad nie znajdują bezpośredniego przełożenia na wykonywanie głównego przedmiotu niniejszego zamówienia obejmującego powstanie analizy zawierającej aspekty techniczne, środowiskowe i ekonomiczne przedsięwzięcia. Tego celu dla przedmiotowego postępowania nie można tracić z pola widzenia, a takie wydaje się być niejednokrotnie stanowisko Przystępującego i Zamawiającego.

Wymienione przez Przystępującego Egis czynności nie mają może charakteru pobocznego względem zasadniczego przedmiotu zamówienia. Izba określiłaby je jako czynności administracyjno-organizacyjne, które występują podczas realizacji każdej umowy (w większym lub mniejszym zakresie i natężeniu). Każde opracowanie dla wielu branż należy rozliczyć, skoordynować prace poszczególnych specjalistów lub zespołów, przygotować narady, przeprowadzić konsultacje, sprawdzić spójność dokumentacji przekazywanej zamawiającemu, itp. Bezsprzecznie zdaniem Izby wykonywanie czynności zarządzania umową nie spowoduje jednak, że dany Wykonawca nabędzie doświadczenie umożliwiające mu w przyszłości legitymowanie się doświadczeniem w opracowaniu studium STEŚ, a zakładać należy, że raczej taki cel przyświeca Przystępującemu Egis. Z profilu działalności prowadzonej przez tego przedsiębiorcę nie wynika, że kluczowym jest dla niego zdobycie doświadczenia w zarządzaniu kontraktem, ale właśnie doświadczenia o merytorycznym charakterze opracowań rodzajowo zbliżonych do niniejszego. Zlecenie podwykonawstwa „we wszystkich branżach” być może nie wyczerpuje całości przedmiotu zamówienia *sensu largo* ale z pewnością wykonywanie czynności zarządczych nie jest celem (istotą) wykonania przedmiotu zamówienia *sensu stricto*. Wykonywanie zarządzania kontraktem jest jednym z elementów wykonania przedmiotu zamówienia ale o znaczeniu marginalnym wobec przedmiotu opracowań głównych. Z tego powodu gdyby interpretować samo oświadczenie Przystępującego o zakresie prac, które zamierza powierzyć podwykonawcom a samodzielnie zamierza jedynie wykonywać prace związane z zarządzaniem umową, to w ocenie składu orzekającego Izby deklaracja taka byłaby niewystarczająca, by uznać, że prace będące istotą przedmiotu zamówienia wykonawca wykona przynajmniej w części samodzielnie, co jednocześnie nie oznaczałoby powierzenia całości prac podwykonawcom (a co Izba uznaje za sprzeczne z regulacją ustawy Pzp2004).

Na marginesie tylko dostrzeżenia zdaniem Izby wymaga, iż przywołany przez Przystępującego w piśmie procesowym pkt 4.6.1. Tomu III\_SIWZ\_OPZ, z którego wynika, że *wykonawca Studium będzie wspierał Zamawiającego w procesie zarządzania interesariuszami branżowymi, w tym przede wszystkim będzie uczestniczył w niezbędnych działaniach, wraz z przedstawicielami Zamawiającego, na wszelkich etapach procesu konsultacyjnego ze zdefiniowanymi interesariuszami. Wykonawca opracuje i uzgodni z Zamawiającym program zarządzania interesariuszami branżowymi*, w żaden sposób nie odnosi się do czynności zarządzania kontraktem. Przeprowadzenie określonego rodzaju konsultacji z podmiotami zewnętrznymi w stosunku do Zamawiającego, w tym konsultacji społecznych jest jednym z etapów koniecznym do powstania końcowego opracowania STEŚ. Wykonywanie tego typu czynności nie ma nic wspólnego z zarządzaniem umową

i czynnościami organizacyjnymi wykonywanymi w ramach takiego zarządzania, które przywołuje Przystępujący.

Odnosząc się także na marginesie do definicji prac związanych z zarządzaniem umową, podanej przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, to dostrzeżenia wymaga, iż nie została ona przedstawiona i nie wynika z dokumentów źródłowych składających się na dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jest to pojęcie, do którego Zamawiający odwołał się pierwszy raz w toku postępowania odwoławczego. Rozumienie znaczenia „zarządzania umową” nie zostało w żaden sposób wyartykułowane w prowadzonym postępowaniu. Taki sposób interpretacji zapisów SIWZ i OPZ nie został podany do wiadomości innym Wykonawcom, którzy złożyli oferty. Nie jest dopuszczalne na obecnym etapie postępowania posługiwanie się wspomnianą definicją, skoro Zamawiający nie uczynił jej częścią dokumentacji postępowania. Przed złożeniem oferty bazę dla wykonawców zainteresowanych postępowaniem stanowi całość udostępnionej dokumentacji, odpowiedzi na pytania, często zawierające wyjaśnienie istotnych zapisów SIWZ i OPZ. Dokonywanie rozszerzonej interpretacji zapisów tych dokumentów po upływie terminu na złożenie ofert jest niedopuszczalne.

Główną podstawą nieuwzględnienia zarzutu odwołania była analiza treści oferty Przystępującego Egis jako całości oświadczenia woli danego wykonawcy, w szczególności fragmenty odnoszące się do bezpośredniego dysponowania osobami mającymi pełnić funkcje personelu kluczowego i ekspertów branżowych. Odniesienie do tej kwestii zawierają wywody Przystępującego Egis i Zamawiającego przedstawione w pismach procesowych. Przystępujący w ramach oświadczeń zawartych w formularzu oferty zapewnił, że wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie będzie polegał na zasobach podmiotów trzecich. Ze złożonych Wykazów osób wynika, że Przystępujący będzie dysponował bezpośrednio osobami wchodzącymi w skład Personelu Kluczowego (dysponowanie bezpośrednio na podstawie umów o pracę lub umów cywilno-prawnych, pracownicy Przystępującego). Izba podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępującego Egis, że taka deklaracja świadczy o zamiarze osobistego wykonania tej części przedmiotu zamówienia, a także że funkcja Kierownika projektu nie została podzlecona. Wbrew twierdzeniom Odwołującego wyrażonym na rozprawie udziału w realizacji przedmiotu umowy wysoko wyspecjalizowanego zespołu specjalistów nie można marginalizować.

Dla członków Personelu Kluczowego i Kierownika Projektu obowiązki szczegółowo opisano w SIWZ i wzorze umowy, główną rolą tych osób jest udział w opracowaniu podstawowego przedmiotu zamówienia, czyli opracowania STEŚ, które ma powstać

w podczas realizacji umowy, a więc istoty udzielanego zamówienia. Zgodnie z oświadczeniem Przystępującego będą to osoby dedykowane do realizacji głównego przedmiotu zamówienia, które na potrzeby potwierdzenia spełniania warunków i kryteriów musiały legitymować się merytorycznym doświadczeniem w opracowaniu dokumentacji, a ich zmiana może mieć miejsce wyłącznie w przypadkach ściśle określonych umową. Innymi słowy, biorąc pod uwagę wszystkie oświadczenia złożone w ofercie przez Przystępującego Egis, że personel kluczowy uczestniczył będzie w wykonaniu części merytorycznej zamówienia, istotnej dla celu zawieranej między Stronami umowy. Jeżeli więc osoby te bezpośrednio w imieniu Wykonawcy będą brać udział w zadaniach o merytorycznym charakterze, to nie można w ocenie składu mówić o zamiarze całościowego zlecenia opracowania dokumentacji podwykonawcom w poszczególnych branżach. Zatem w zakres wykonywanych osobiście przez Przystępującego Egis czynności wchodziło będzie zarządzanie umową oraz czynności wykonywane przez personel kluczowy. Zdaniem składu za taką interpretacją przemawiają również zapisy wzoru umowy, przykładowo § 7 ust. 8 (*„Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia, że podmioty, na zdolnościach których polegał w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w tym kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizują usługi wchodzące w zakres Umowy, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wykonawca przedstawi Zamawiającemu dokumenty potwierdzające rzeczywisty udział takiego podmiotu w realizacji Przedmiotu Umowy (...) które zgodnie ze zobowiązaniem Wykonawcy zawartym w Ofercie powinny zostać zrealizowane przez ten podmiot”*) oraz § 16 zawierający wymagania odnośnie do pracy i zmian osobowych członków personelu kluczowego. Innymi słowy Zamawiający założył, że jeżeli dany wykonawca wskaże, że dysponuje personelem kluczowym za zasadzie bezpośredniości, to te osoby muszą być zaangażowane w realizację przedmiotu umowy. Zaangażowanie zaś oznacza, w ocenie Izby, realizacji części zamówienia. Przystępujący Egis oświadczył, że potwierdzając spełnianie warunków udziału nie będzie polegał na zasobach podmiotów trzecich, tym samym zadeklarował bezpośrednie wykonanie tej części przedmiotu zamówienia przez wskazany w Wykazach osób personel.

Konkludując, wzięwszy pod rozwagę całokształt przytoczonych okoliczności, zdaniem Izby przedmiotowy zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie. Odwołujący nie wykazał, że czynności wykonywane przez osoby, którymi wykonawca dysponuje bezpośrednio dotyczą tylko czynności „około zamówieniowych”, czynności zarządzania umową lub czynności organizacyjno-administracyjnych. Izba wyraża pogląd, iż badaniu podlegają wszystkie

oświadczenia złożone przez danego wykonawcę wraz z ofertą i treść tych oświadczeń badać należy w sposób kompleksowy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy Pzp 2019, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego (15 000,00 zł) oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego i Odwołującego (2 x 3 600,00 zł). W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia - zarówno uwzględniła odwołanie, jak również w pozostałej części je oddaliła. W tej sytuacji, kierując się zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania, obciążyła kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego i Zamawiającego.

Izba dokonała stosunkowego rozdzielenia kosztów, na podstawie § 7 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego i zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **3 800 zł 00 gr** tytułem zwrotu 1/3 części kosztów wpisu oraz zastępstwa procesowego (wpis 15 000,00 zł oraz 2 x 3 600,00 zł koszty zastępstwa, co daje łącznie 22 200,00 zł) przy uwzględnieniu 1/3 wartości tych kosztów, bowiem zasadny okazał się jeden z trzech rozpoznawanych na rozprawie zarzutów odwołania. Skoro Odwołujący poniósł koszty w wysokości 18 600 zł odpowiadając jedynie do 1/3 ich wysokości, konieczne było zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego różnicy pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

**Przewodniczący:**

.....