

WYROK
z dnia 24 maja 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Irmina Pawlik**
 Anna Chudzik
 Małgorzata Rakowska

Protokolant: **Marcin Jakóbczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Thales Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Thales Deutschland GmbH z siedzibą w Ditzingen, Niemcy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych nr 2 i 3, dotyczących zaniechania udostępnienia dokumentów zastrzeżonych przez Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz zaniechania udostępnienia szczegółowego uzasadnienia dla oceny oferty ww. wykonawcy w kryterium „Doświadczenie personelu wykonawcy” i nakazuje zamawiającemu PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w następujących dokumentach złożonych przez Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością: „Załącznik nr 11 - wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert”, „Zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów”, „Załącznik nr 9 – wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia”;
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie;

3. kosztami postępowania obciąża w części 1/2 zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, a w części 1/2 odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Thales Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Thales Deutschland GmbH z siedzibą w Ditzingen, Niemcy i:
- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **27 200 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy).

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Projekt i zabudowa systemu ERTMS/ETCS na linii E75 na odcinku Warszawa Rembertów - Białystok” w ramach projektów CEF I „Prace na linii E75 ha odcinku Sadowne - Czyżew wraz z robotami pozostałymi na odcinku Warszawa Rembertów - Sadowne” i CEFII „Prace na linii E75 na odcinku Czyżew – Białystok,” (nr postępowania 9090/IRZR1/16965/05764/18/P). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 października 2018 r. pod numerem 2018/S 199-452707. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z dnia 3 października 2018 r., Dz. U. z 2018 r. poz. 1986., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 10 maja 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Thales Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Thales Deutschland GmbH z siedzibą w Ditzingen, Niemcy (dalej jako „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

- zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu „Załącznika nr 11 - wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert”, „Zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów-zgodnie z Załącznikiem nr 3”, „Załącznika nr 9 - wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia” złożonych przez wykonawcę Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. (dalej jako „Bombardier”) wraz z ofertą i na wezwanie Zamawiającego,
- zaniechaniu odrzucenia oferty Bombardiera, mimo że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”),
- zaniechaniu udostępnienia szczegółowego uzasadnienia oceny oferty Bombardier w ramach kryterium dotyczącego doświadczenia personelu,
- wyborze jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Bombardiera, mimo iż treść oferty tego wykonawcy pozostaje niezgodna z treścią SIWZ w zakresie, w jakim Bombardier powierzył podwykonawstwo prac przedprojektowych

i projektowych Bombardier Transportation (Rail Engineering) Poland Sp. z o.o., w sytuacji gdy Zamawiający zastrzegł w SIWZ obowiązek osobistego wykonania przez wykonawców zamówienia w części obejmującej roboty z zakresu przygotowania oprogramowania i jego instalacji w elementach ERTMS/ETCS oraz uruchomienia i testów systemu ERTMS/ETCS;

2. art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419; dalej jako „u.z.n.k”) oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niezasadnione przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez Bombardiera, tj. zobowiązanie do udostępnienia potencjału przez Bombardier Transportation (Rail Engineering) Poland Sp. z o.o. oraz wykazy personelu, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i w ślad za tym zaniechanie udostępnienia wskazanych dokumentów Odwołującemu, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania, a także utrudnia pozostałym wykonawcom udział w postępowaniu, pozbawiając ich możliwości weryfikacji poprawności oferty złożonej przez Bombardiera;
3. art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia i udostępnienia Odwołującemu szczegółowego uzasadnienia faktycznego dla dokonanej oceny oferty Bombardier w kryterium „Doświadczenie personelu wykonawcy”, co utrudnia Odwołującemu skorzystanie ze środków ochrony prawnej, a, nadto stanowi naruszenie zasady przejrzystości;
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty Bombardiera ze względu na niezgodność treści oferty tego wykonawcy z SIWZ w zakresie opisanym w odwołaniu, powtórne badanie i ocenę pozostałych ofert;
2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej również w przypadku uwzględnienia przez Izbę jedynie zarzutu zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Bombardiera jako tajemnica przedsiębiorstwa (Odwołujący w tym miejscu podkreślił za wyrokiem KIO z dnia 22 lutego 2018 r., KIO 272/18, iż badanie zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści oferty uznanej za najkorzystniejszą jest elementem wyboru ofert. Wskazał, że nie jest w stanie sformułować dalej idących zarzutów dotyczących wyboru oferty Bombardiera jako oferty najkorzystniejszej, ponieważ nie ma

dostępu do utajnionych informacji związanych z oceną oferty Bombardiera w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert i pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Dopiero po rozstrzygnięciu przez Izbę zarzutów dotyczących niezasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnieniu przez Zamawiającego informacji nieskutecznie zastrzeżonych, Odwołujący będzie w stanie zapoznać się z okolicznościami faktycznymi mogącymi stanowić podstawę nowych zarzutów i ocenić, czy na ich podstawie zasadne jest wnoszenie odwołania. Wymóg, aby Odwołujący wyprzedzająco formułował zarzuty, nie znając okoliczności faktycznych leżących u ich podstaw, byłby nie do pogodzenia z podstawowymi zasadami ustanowienia środków odwoławczych w przepisach Pzp. W celu realizacji uprawnień procesowych Odwołującego konieczne jest więc nakazanie przez Izbę Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej także w przypadku uwzględnienia odwołania jedynie w zakresie zarzutu zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Bombardiera jako tajemnica przedsiębiorstwa. Uwzględnienie tego zarzutu może więc mieć zdaniem Odwołującego wpływ na wynik postępowania, niezależnie od zarzutu niezgodności treści oferty Bombardiera z treścią SIWZ);

3. udostępnienie informacji zawartych w „Załączniku nr 11 - wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert”, „Zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów - zgodnie z Załącznikiem nr 3” oraz „Załączniku nr 9 - wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia”, złożonych Zamawiającemu przez Bombardiera, jako niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów u.z.n.k.;
4. udostępnienie szczegółowej punktacji w kryterium „Doświadczenie personelu wykonawcy” dotyczącej Bombardiera, stanowiącej załącznik nr 1 do informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej;
5. dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia, Odwołujący wskazał, iż jego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu tzw. listy rankingowej. Uwzględnienie odwołania może więc doprowadzić do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, co może doprowadzić do zawarcia umowy między Odwołującym a Zamawiającym. Ponadto, nieodtajnienie informacji, które w ocenie Odwołującego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa z przyczyn obiektywnych, uniemożliwia Odwołującemu zapoznanie się z pełnymi danymi na temat wykonawcy Bombardier, a bez tego Odwołujący ma utrudnioną możliwość zbadania i wykazania naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Nie ma przy tym znaczenia dla stwierdzenia interesu Odwołującego, że cena jego oferty

przekracza kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. W tym kontekście Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2440/18.

Uzasadniając zarzut dotyczący niezgodności oferty Bombardier z treścią SIWZ, Odwołujący wyjaśnił, iż w ramach zamówienia wykonawca ma m.in. wykonać dokumentację projektową niezbędną do prawidłowego wykonania wszystkich wykonanych robót, opracowanej na geodezyjnej dokumentacji do celów projektowych, projektu budowlanego, projektu wykonawczego i uzyskania dla niej wszystkich wymaganych prawem opinii, uzgodnień, warunków i decyzji (pkt I.2 lit. b PFU, str.7). Podniósł, iż zgodnie z pkt. 2 IDW, przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie m. in. następujących elementów:

- a) dokumentacji wstępnej w skład, której wchodzi: Scenariusze Operacyjne (aktualizacja), Przypadki Testowe, Koncepcja wyposażenia linii, Zasady przygotowania danych projektowych,
- b) dokumentacji projektowej niezbędnej do prawidłowego wykonania wszystkich wymaganych robót, opracowanej na geodezyjnej dokumentacji do celów projektowych, projektu budowlanego, projektu wykonawczego i uzyskania dla niej wszystkich wymaganych prawem opinii, uzgodnień, świadectw, dopuszczeń, warunków, decyzji i pozwoleń,
- c) dokumentacji techniczno-ruchowej urządzeń zabudowanych w ramach realizacji przedmiotowego zadania, opracowanej zgodnie z wymaganiami zawartymi w Instrukcji Zamawiającego le-100a „Warunki bezpiecznej instalacji i eksploatacji urządzeń sterowania ruchem kolejowym zarządzanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.”.

Dalej Odwołujący wskazał na pkt. 3.6.1 ppkt 2 PFU („Dokumentacja wykonawcza”, „Zakres”), gdzie Zamawiający zawarł odesłanie, zgodnie z którym „projekt wykonawczy należy opracować zgodnie z Wytycznymi technicznymi budowy urządzeń sterowania ruchem kolejowym le-4 (WTB-E10)”, obowiązującymi u Zamawiającego (dalej jako „Wytyczne”). W § 78 ust. 13 pkt 10 Wytycznych wskazano, że projekt wykonawczy urządzeń srk powinien podstawowo zawierać dokumentację dla sprzętu komputerowego i oprogramowania, z kolei zgodnie z § 88 Wytycznych „Dokumentacja dla sprzętu komputerowego”, dokumentacja dla sprzętu komputerowego i oprogramowania w komputerowych systemach srk (komputerowych pulpitych nastawczych) powinna zawierać: [...] 5) określenie parametrów konfiguracji dla poszczególnych elementów systemu, 6) instrukcję obsługi zawierającą zestawienia poleceń, komunikatów, zdarzeń rejestrowanych przez system oraz symboli zobrazowania stanu urządzeń, 7) dokumentację oprogramowania, 9) instrukcję testowania urządzeń oraz wytyczne odbioru technicznego i uruchomienia (WOTiU), które powinny również zawierać sposoby

sprawdzania obwodów i urządzeń redundantnych i protekcyjnych.

Z powyższego, w ocenie Odwołującego, wynika, iż przedmiotem zamówienia objęte są prace projektowe, które obejmują również przygotowanie oprogramowania.

Następnie Odwołujący odniósł się do kwestii podwykonawstwa, przywołując brzmienie pkt. 24.1IDW, gdzie zastrzeżono, że „(...) Wykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania następujących kluczowych części Zamówienia: - roboty z zakresu przygotowania oprogramowania i jego instalacji w elementach systemu ERTMS/ETCS oraz uruchomienia i testów systemu ERTMS/ETCS. Zamawiający dopuszcza powierzenie pozostałych części Zamówienia podwykonawcom.” Odwołujący wskazał, iż przygotowanie oprogramowania zostało w sposób wyraźny zastrzeżone do osobistego wykonania przez wykonawców, przy czym jest to jeden z elementów prac projektowych dla tego zamówienia.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie wprowadził w SIWZ definicji „przygotowanie oprogramowania”, w szczególności go nie zawęził. Zdaniem Odwołującego należy więc posługiwać się - dla wykładni pojęcia „przygotowania oprogramowania” - dyrektywą języka potocznego, wedle której interpretator powinien nadawać pojęciom języka prawnego takie znaczenie, jakie mają one w języku potocznym. Wyrazy „przygotowywać” i „projektować” stanowią synonimy, pojęcia te mogą być używane zamiennie. Projektowanie oprogramowania stanowi w istocie punkt wyjścia w jego przygotowaniu. Biorąc więc pod uwagę wskazane powyżej zapisy PFU, zakres przedmiotowy zamówienia, zasady wykładni SIWZ, w ocenie Odwołującego pod pojęciem „przygotowanie oprogramowania” mieszczą się także wszelkie prace przedprojektowe i projektowe dotyczące oprogramowania. Oznacza to, że w przedmiotowym zamówieniu zgodnie z SIWZ nie można powierzyć podwykonawcom wykonania prac przedprojektowych i projektowych dotyczących oprogramowania. Tymczasem w pkt. 14 formularza oferty Bombardiera, wykonawca ten jednoznacznie wskazał, że powierzy wykonanie prac przedprojektowych i projektowych podwykonawcy - Bombardier Transportation (Rail Engineering) Polska Sp. z o.o., nie dokonując tu jakiegokolwiek wyłączenia, ograniczenia zleczanych prac, w szczególności z zakresu przygotowania oprogramowania. Bombardier więc - wbrew wymaganiom SIWZ - w sposób nieuprawniony powierzył podwykonawcy do wykonania zakres prac zastrzeżonych przez Zamawiającego do osobistego wykonania przez wykonawców. Stanowi to o niezgodności treści oferty Bombardiera z treścią SIWZ, co na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp powinno skutkować odrzuceniem oferty Bombardiera.

Odwołujący wskazał, iż do rozpatrywanego stanu faktycznego odnoszą się przepisy art. 36a ust. 1, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Następnie przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące kwestii niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, w tym

wyroki KIO z dnia 9 marca 2010 r., o sygn. akt. KIO 24/10, z dnia 20 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 236/17, z dnia 22 sierpnia 2016 r., KIO 1453/16, z dnia 5 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2420/18. Zdaniem Odwołującego nie może budzić wątpliwości, że oferta Bombardier podlega odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający określił merytoryczne wymagania w SIWZ co do sposobu wykonania zamówienia - pkt 24.1 IDW stanowi o konieczności osobistego wykonania robót z zakresu m.in. przygotowania oprogramowania. Tymczasem w ofercie Bombardier wskazał, iż wszelkie prace przedprojektowe i projektowe, obejmujące także (biorąc pod uwagę zakres przedmiotowy zamówienia) projektowanie oprogramowania, powierzy podwykonawcy. Przywołując wyrok KIO z dnia 5 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2420/18, Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający wprost przewidział zakres osobistego wykonawstwa określonego zakresu zamówienia, co wskazuje na jego kluczowe znaczenie dla tego zamówienia, wręcz stanowi jego istotę. Wynika to już z samej treści art. 36a ustawy Pzp, który jako zasadę ustanawia możliwość powierzania wykonania części zamówienia podwykonawcy, jednak zamawiający mają możliwość zastrzeżenia osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi. W tym postępowaniu Zamawiający skorzystał z możliwości zastrzeżenia osobistego wykonania części zamówienia, co tylko uwypukla fakt, że wykonawcy byli zobowiązani dochowac podwyższonej staranności przy określaniu zakresu powierzenia części zamówienia podwykonawcom.

Z tego też względu, w ocenie Odwołującego, nie sposób dopuścić możliwości potraktowania niezgodności w ofercie Bombardiera jako innej omyłki, którą można by poprawić w sposób przewidziany w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jeśli Bombardier chciałby „poprawić” treść oferty, musiałby na nowo zdefiniować zakres podwykonawstwa zleconego Bombardier Transportation (Rail Engineering) Polska Sp. z o.o., co jednak wiązałoby się z niedozwoloną zmianą treści oferty po terminie składania ofert i niosłoby za sobą dalej idące skutki, biorąc pod uwagę fakt, iż Bombardier Transportation (Rail Engineering) Polska Sp. z o.o. jest podmiotem udostępniającym swój potencjał. Innymi słowy, oferta Bombardier w zakresie pkt 14, dotyczącego podwykonawcy Bombardier Transportation (Rail Engineering) Polska Sp. z o.o. ma charakter „nienaprawialny” przy zastosowaniu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Zmiana zakresu podwykonawstwa (tu: wyłączenie z zakresu prac przedprojektowych projektowych projektowania oprogramowania) musiałaby się wiązać ze zmianą treści oferty po upływie terminu składania ofert, czego przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zakazuje. Uzupełnianie czy wyjaśnienia oferty nie może prowadzić do naruszenia norm odnoszących się do niezmienności zobowiązania zawartego w ofercie (za wyrokiem KIO z dnia 20 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 236/17). Odwołujący podniósł, iż w orzecznictwie podkreśla się również, że poprawienie omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może prowadzić do dostosowania

treści oferty do wymagań zamawiającego wyartykułowanych w treści SIWZ, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na podstawie wymogów zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw (wyrok KIO z dnia 19 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 204/18). Oświadczenie Bombardiera jest tu jasne, niebudzące wątpliwości, a jakakolwiek zmiana w tym zakresie stanowiłaby „wpasowanie się” w wymogi Zamawiającego, co po terminie składania ofert jest niedozwolone.

Ponadto Odwołujący zauważył, iż jest w zasadzie faktem notoryjnym, że w ramach grupy Bombardier, to właśnie Bombardier Transportation (Rail Engineering) Polska Sp. z o.o. jest jednostką projektującą oprogramowanie, więc sama już struktura grupy Bombardier wymusza na Bombardierze podział zadań, który w niniejszym postępowaniu stoi wbrew postanowieniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dlatego też wskazywana niezgodność treści oferty z SIWZ nie stanowi omyłki, rozumianej jako niezamierzona niedokładność, lecz jest standardowym działaniem Bombardiera.

Uzasadniając zarzuty dotyczące skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Bombardier, Odwołujący przywołał brzmienie art. 11 ust. 2 u.z.n.k. oraz wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 466/19 wskazujący, iż podstawą uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest posiadanie przez nią wartości gospodarczej. Podniósł, iż w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Bombardier wskazał, że zastrzeżone przez niego informacje mają charakter informacji organizacyjnych o istotnej (znacznej i realnej) wartości gospodarczej dla tego wykonawcy. Ma to wynikać z faktu, że uzyskanie danych na temat osób zatrudnionych przez Bombardier lub podmiot udostępniający zasoby - Bombardier Transportation (Rail Engineering) Poland Sp. z o.o. - może doprowadzić do sytuacji, w której konkurenci uzyskają wiedzę na temat danych osobowych tych osób, ich doświadczenia zawodowego oraz posiadanych uprawnień. Ma to skutkować zjawiskiem podkupowania personelu, co może hipotetycznie doprowadzić nawet do pozbawienia Bombardiera możliwości startowania w przetargach publicznych.

Na tej podstawie Odwołujący wywiódł, że Bombardier nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Jego zdaniem treść zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa informacji służy jedynie wykreowaniu wrażenia, że Zamawiający ma do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa, mimo że zastrzeżone informacje takiego waloru nie posiadają i posiadać nie powinny. Zastrzeżone informacje należało więc odtajnić, czego Zamawiający nie uczynił. W ocenie Zamawiającego, jak wynika z udostępnionej Odwołującemu w dniu 7 maja 2019 r. opinii biegłego, tak lakoniczne uzasadnienie wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, okazało się wystarczające dla wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. We wskazanej opinii biegły podnosi, że zastrzeżone informacje: mają charakter informacji

organizacyjnych o istotnej wartości gospodarczej (pkt. 4.4.3. opinii), są informacjami posiadającymi dla Bombardiera wartość gospodarczą (ekonomiczną), m. in. informacje o jego potencjale organizacyjnym i kadrowym, informacje o wiedzy i doświadczeniu jego zasobów osobowych (pkt. 4.8.1. opinii).

Odwołujący podniósł także, iż opinia biegłego nie uwzględnia „Załącznika nr 9 - wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia”, który to załącznik również został przez Bombardiera utajniony. W ocenie Odwołującego świadczy to o pobieżnej ocenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Zamawiającego, który nie dokonał w istocie weryfikacji prawdziwości stanowiska Bombardiera, lecz bezrefleksyjnie zaaprobował wyjaśnienia tego wykonawcy, apriorycznie przyjmując wartość gospodarczą zastrzeganych informacji. Analiza Zamawiającego winna być poparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy (por. wyrok KIO z dnia 10 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1185/15 i nast.).

Dalej Odwołujący wskazał, iż zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Bombardier jest przy tym w dużej mierze gołosłowne. Bombardier powinien bowiem sprecyzować i wykazać już w ramach uzasadnienia załączonego do oferty, w jaki sposób odtajnienie konkretnych informacji osłabiłoby jego pozycję rynkową (wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 466/19). Tymczasem wykonawca temu zadaniu nie sprostał, nie powołał bowiem żadnych przekonujących argumentów ani tym bardziej dowodów, aby spotkał się ze zjawiskiem „podkradania” personelu przez innych wykonawców. Nie została więc wykazana kluczowa okoliczność, że zastrzegane informacje posiadają wartość gospodarczą. W ocenie Odwołującego zastrzegane informacje nie posiadają wartości gospodarczej. Na potwierdzenie tej tezy Odwołujący przywołał wyroki KIO z dnia 4 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1538/15, KIO 1548/15, KIO 1549/16, z dnia 13 marca 2017 r., sygn. akt KIO 385/17, gdzie akcentuje się obowiązek „wykazania”, który oznacza coś więcej, niż samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za takie wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Odwołujący dodał, iż Bombardier zwraca przy tym uwagę na hermetyczność rynku kolejowego, co w ocenie Odwołującego stoi w sprzeczności z możliwością zastrzegania tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Skoro, w ocenie Bombardiera, rynek kolejowy jest „hermetyczny”, a więc „dostępny tylko dla niewielkiego kręgu wtajemniczonych” (www.sjp.pwn.pl). to siłą rzeczy na tym rynku te informacje są dostępne dla podmiotów w nim uczestniczących. Trudno więc przyjąć, aby zastrzeżone informacje nie były powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób.

Odwołujący podkreślił, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest, co do zasady, jawne. Przepis art. 8 ust. 3 Pzp, dający wykonawcy możliwość zastrzeżenia pewnych informacji zawartych w ofercie za tajemnicę przedsiębiorstwa, jest wyjątkiem od tej zasady, a co za tym idzie powinien on być stosowany tylko w wyjątkowych i uzasadnionych okolicznościach (wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2014 r., sygn. akt: KIO 1535/14). Nadmieniał, że jednym, z obowiązków Zamawiającego - w toku udzielania zamówienia - jest zweryfikowanie, czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę rzeczywiście posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. u.z.n.k. (por. uchwała SN z dnia 21 października 2005 r., III CZP 74/05). Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie wywiązał się z tego obowiązku, skoro *de facto* powtórzył (w opinii biegłego) lakoniczne sformułowania użyte przez Bombardiera w treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, których nie można uznać za wykazanie wartości gospodarczej tych informacji.

Dalej Odwołujący wskazał, że informacje chronione przez Bombardiera mają znaczenie wyłącznie w tym postępowaniu i brak jest uzasadnienia dla zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, które ukrywane są tylko przed innymi wykonawcami w postępowaniu, a zostaną ujawnione po podpisaniu umowy z zamawiającym. Tajemnica przedsiębiorstwa jest bowiem wartością chronioną przez cały czas, a nie tylko na etapie od dnia złożenia oferty do zawarcia umowy (por. wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 879/16). Tym samym, jeżeli Bombardier skomponował zespół wyłącznie na potrzeby tylko tego zamówienia, informacje te nie mają charakteru uniwersalnego, a więc nie mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący wyjaśnił także, iż w przypadku wyboru oferty Bombardiera będzie jednym z podwykonawców przy realizacji tego zamówienia, więc już choćby z tego powodu uzyska wiedzę na temat zastrzeżonych w tym piśmie informacji.

Odwołujący podkreślił, iż z uwagi na obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasadę jawności, możliwość zastrzeżenia danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa należy traktować jako wyjątek, a w ślad za tym konieczne jest bardzo rygorystyczne podejście do wymogu wykazania przez wykonawcę, że zastrzegane przez niego informacje mogą być - właśnie na zasadzie wyjątku - wyłączone z udostępnienia pozostałym wykonawcom Tymczasem z uzasadnienia utajnienia informacji w żaden sposób nie wynika, że ujawnienie zastrzeżonych informacji mogłoby spowodować jakkolwiek szkodę po stronie Bombardiera. W tym zakresie powołał się na wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2784/15, wywodząc, iż tajemnica przedsiębiorstwa nie może stanowić substytutu innych działań podejmowanych przez wykonawcę w celu zabezpieczenia swoich interesów, jak również, iż nie ma również znaczenia, że wśród zastrzeganych informacji znalazły się dane osobowe pracowników Bombardiera i podmiotów udostępniających zasoby, informacje na temat ich doświadczenia zawodowego oraz opis ich uprawnień. Odnośnie

danych osobowych wskazał, iż podstawą ich przetwarzania są przepisy ustawy Pzp, które przewidują wyjątki od zasady jawności (por. art. 8 ust. 4 ustawy Pzp), jednak w tej sytuacji wyjątki te nie znajdują zastosowania. Zamawiający powinien wziąć również pod uwagę art. 6 ust. 1 lit. f) RODO, zgodnie z którym przetwarzanie jest niezbędne do celów wynikających z prawnie uzasadnionych interesów realizowanych przez administratora lub przez stronę trzecią. W ocenie Odwołującego, Bombardier usiłuje dokonać konfuzji dwóch odrębnych reżimów prawnych - dotyczących ochrony danych osobowych oraz tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca ten, aby uczynić zadość przepisom o ochronie danych osobowych, powinien odebrać od osób, które wskazał w ofercie, niezbędne oświadczenia i zgody na przetwarzanie danych osobowych tych osób, w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego (do czego jest również zobowiązany na podstawie postanowień rozdziału 28 IDW). Tajemnica przedsiębiorstwa nie jest instytucją ochrony danych osobowych, nie może więc stanowić podstawy utajnienia imion i nazwisk, lecz ma chronić informacje obiektywnie posiadające wartość gospodarczą. Innymi słowy, wypełnianie obowiązków w zakresie danych osobowych nie wpływa na to, czy konkretne informacje są tajemnicą przedsiębiorstwa lub nie, więc Bombardier nie może uzasadniać w ten sposób zasadności zastrzeżenia informacji.

W ocenie Odwołującego istotne jest przy tym, iż zastrzeżone informacje w części odnoszą się do kryterium oceny ofert, co oznacza, że dotyczą kluczowej sfery postępowania, mającej bezpośrednio przełożenie na wybór oferty najkorzystniejszej i potencjalnie sferę skuteczności środków ochrony prawnej, czyli fundamentalnej reguły zamówień publicznych. Utajnienie kluczowych elementów oferty pozbawia pozostałych wykonawców możliwości weryfikacji prawidłowości innych ofert. Konkurenci mają prawo zweryfikować personel pozostałych wykonawców, żeby ustalić, czy odpowiada to wymogom Zamawiającego i czy ten prawidłowo przyznał punkty. Potwierdziła to Izba w wyroku z dnia 19 sierpnia 2015 r., sygn. akt 1697/15. Powyższe nabiera szczególnego znaczenia w związku z objęciem tajemnicą treści zobowiązanie do udostępnienia potencjału. Oświadczenie to zawiera również szereg innych informacji, niż imiona i nazwiska personelu. Wzór zobowiązania został narzucony przez Zamawiającego i należało w nim podać nie tylko zakres udostępnianych zasobów, ale również sposób ich wykorzystania, charakter stosunku między wykonawcą a podmiotem udostępniającym, zakres udziału przy wykonywaniu zamówienia i jego okres (por. załącznik nr 3 do IDW). Nie sposób więc uznać, że zobowiązanie do udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego w całości zawierało informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Niezależnie więc od faktu, że Bombardier nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, to z całą pewnością niektórych z nich nie sposób nawet rozważać w kategoriach tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ obiektywnie jej nie stanowią. Zamawiający powinien więc te

informacje odtajnić.

Biorąc pod uwagę powyższe argumenty, zdaniem Odwołującego, zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do powyższych Załączników (nr 3, 9 i 11) przez Bombardiera jest nieuprawnione, a zastrzeżone dokumenty, informacje powinny więc podlegać upublicznieniu, stosownie do zasady jawności postępowania wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzut odnoszący się do nieudostępnienia przez Zamawiającego uzasadnienia punktacji oferty Bombardier w kryterium „Doświadczenie personelu wykonawcy,” Odwołujący przywołał treść art. 92 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, dodając, iż zgodnie z orzecznictwem obowiązek wskazania punktacji przyznanej wykonawcom w każdym kryterium ocen ofert, obejmuje także obowiązek przedstawienia wyczerpującego uzasadnienia dla przyjętej przez Zamawiającego oceny. Nieujawnienie przez Zamawiającego w kwestii wyczerpującego uzasadnienia swojej decyzji narusza naczelne zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady jawności i przejrzystości postępowania. Nieudostępnienie merytorycznego uzasadnienia oceny ofert utrudnia wykonawcom wnoszenie środków ochrony prawnej i polemikę z Zamawiającym. Odwołujący podkreślił, że z samej informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej nie jest w stanie poznać informacji, czy nawet wywnioskować, z jakich przyczyn Zamawiający przyznał poszczególnym wykonawcom określoną liczbę punktów. Dostępność wykonawców do informacji i dokumentów przedstawionych Zamawiającemu przez innych wykonawców, jest jedyną możliwością na zakwestionowanie treści oferty konkurencyjnego wykonawcy, a ponadto może przyczynić się do prawidłowego wyboru oferty, która w sposób obiektywny jest najkorzystniejsza (por. wyrok KIO z dnia 30 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1567/18). Tyczy się to również nieodtajnienia przez Zamawiającego „Załącznika nr 11 - wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert”, „Zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów - zgodnie z Załącznikiem nr 3”, „Załącznika nr 9 - wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia”. Utrzymywanie w tajemnicy informacji tak kluczowych z punktu widzenia oceny oferty Bombardiera ma z pewnością istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania, ponieważ bezprawnie uniemożliwia Odwołującemu zweryfikowanie treści oferty Bombardiera. W tym zakresie Odwołujący powołał się na wyroki KIO z dnia 26 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1072/17, KIO 1076/17, KIO 1078/17, KIO 1090/17, 13 września 2017 r. sygn. akt KIO 1785/17, z dnia 20 grudnia 2015 r. sygn. akt KIO 2697/15.

Zamawiający w dniu 22 maja 2019 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzutu niezgodności oferty Bombardier z treścią SIWZ, Zamawiający wskazał, iż projekt jest realizowany w formule projektuj i buduj, co jest okolicznością bezsporną. Bezspornym jest również, że zgodnie z pkt. 24.1 IDW, Zamawiający zastrzegł do osobistego wykonania „roboty z zakresu przygotowania oprogramowania”. Podkreślił przy tym, że słowo roboty wyraźnie wskazuje na część wykonawczą (buduj) i w tym kontekście przygotowanie oprogramowania jest synonimem opracowania oprogramowania. Następnie Zamawiający wskazał, iż zgodnie z PFU zakres prac dotyczących dokumentacji wstępnej i dokumentacji projektowej został określony odpowiednio w pkt. 3.1. Wymagania ogólne, pkt. 3.2. Dokumentacja wstępna i pkt. 3.3. Dokumentacja projektowa. W zakresie pkt. 3.1. Wymagania ogólne Zamawiający zwrócił uwagę na wymagania dotyczące formy dokumentacji zarówno w wersji papierowej, jak i elektronicznej oraz wymagania w zakresie opracowania: 3.1.3. Harmonogramu prac projektowych; 3.1.4. Inwentaryzacji obiektów. W zakresie pkt. 3.2. Dokumentacja wstępna, Zamawiający wyróżnił następujące części dokumentacji: 3.2.1. Koncepcja wyposażenia linii; 3.2.2. Zasady przygotowania danych dla systemu ERTMS/ETCS; 3.2.3. Scenariusze operacyjne dla systemu ERTMS/ETCS; 3.2.4. Przypadki Testowe dla systemu ERTMS/ETCS. Wszystkie powyższe dokumenty są dokumentami opisowymi z ewentualnymi grafikami stanowiącymi ilustracje lub wyjaśnienie opisów. W zakresie pkt. 3.3. Dokumentacja projektowa Zamawiający zwrócił uwagę na postanowienia, że dokumentacja musi być opracowana w zakresie niezbędnym do prawidłowego wykonania wszystkich robót przewidzianych w zamówieniu, wraz z uzyskaniem wszelkich niezbędnych decyzji administracyjnych oraz „Projekty powinny zostać wykonane na aktualnych mapach do celów projektowych”. W dokumentacji projektowej można wyróżnić następujące części dokumentacji: 19a) geodezyjna dokumentację do celów projektowych; 19b) szczegółowe założenia organizacji ruchu kolejowego; 19c) projekty wykonawcze; 19d) dokumentację powykonawczą, w tym regulaminy techniczne i załączniki do regulaminów technicznych, geodezyjna dokumentację powykonawczą, dokumentację do aktualizacji regulaminów technicznych posterunków ruchu; 19e) projekty specjalistyczne; 19f) dokumenty wymagane Prawem budowlanym. Również i w tym przypadku brak jest w zakresie prac „wykonania/opracowania” oprogramowania, czyli robót „z zakresu przygotowania oprogramowania”.

Uwzględniając powyższe Zamawiający podkreślił, że w zakresie wykonania prac przedprojektowych i projektowych, które tożsame są z pkt. 3.1.3. (harmonogram prac projektowych), pkt. 3.1.4. (inwentaryzacja obiektów), pkt. 3.2. (dokumentacja wstępna) i pkt. 3.3. (dokumentacja projektowa) OPZ i z następującymi pozycjami RCO: 2 - wykonanie prac przedprojektowych i 3 - projekty, nie ma robót z zakresu przygotowania oprogramowania. Tym samym w ramach powyższych etapów tworzona jest dokumentacja, która jest podstawą do

późniejszego przygotowania (wykonania/opracowania) stosownego oprogramowania. Samo więc oprogramowanie zostanie opracowane i dostarczone na etapie robót budowlanych oraz w ramach dostarczanego operatu kolaudacyjnego (patrz pkt. 3.7.3., ppkt. 1, ust. cc), jeśli chodzi o kopie zapasowe oprogramowania. Tym samym, zdaniem Zamawiającego należy uznać, że oferta Bombardiera jest zgodna z treścią specyfikacji i nie podlega odrzuceniu. Zamawiający podkreślił, że kwestia ta nie budziła żadnych wątpliwości Odwołującego na etapie poprzednich postępowań jak np. na opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót w zakresie ERTMS/ETCS na linii E59, gdzie Zamawiający postawił identyczny warunek, Bombardier identycznie wskazał w swojej ofercie, że powierzy prace przedprojektowe i projektowe podwykonawcy, a mimo to Odwołujący, który był uczestnikiem tamtego postępowania nie składał odwołania w tym zakresie.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 odwołania związanego z tajemnicą przedsiębiorstwa Bombardier, Zamawiający podniósł, iż w przedmiotowym zakresie, na potrzeby postępowania, w dniu 28 lutego 2019 r., sporządzona została opinia 101-25404-18/19, w której wskazano, że wykonawca dochował wymogów określonych w pkt 14.8 SIWZ. Co więcej, wskazano w niej, że wymaganie dotyczące wskazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa zostało przez wykonawcę spełnione. Opiniujący wskazał ponadto, że zastrzeżenie tajemnicy przez Bombardier wypełnia wytyczne zawarte w pkt 14.11 SIWZ. Z uwagi na powyższe Opiniujący nie znalazł podstaw do odtajnienia przedmiotowych informacji. Zamawiający przywołał brzmienie art. 11 ust. 2 u.z.n.k. oraz art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i wskazał, iż w jego ocenie Bombardier skutecznie zastrzegł przedmiotowe informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz sprostował ciężarowi wykazania, że stanowią one wartość chronioną. Powołał on zarówno dowody na potwierdzenie procedur obowiązujących w spółce (Regulamin postępowania z informacjami służbowymi i poufnymi w Spółce Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o., Oświadczenia pracowników, Umowa o zachowaniu poufności) jak też kompleksowo odniósł się do poszczególnych dokumentów wyjaśniając ich charakter w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający nie zgodził się z argumentacją Odwołującego, jakoby powołania dowodów wymagało potwierdzenie istnienia zjawiska „podkupowania” pracowników. Skuteczność powyższego działania potwierdza najnowsze orzecznictwo KIO, jako przykład Zamawiający podał wyrok z dnia 27 listopada 2018, sygn. akt KIO 2325/18. Dalej Zamawiający podkreślił, że nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że zastrzeżone informacje mają znaczenie wyłącznie w tym postępowaniu. Zarówno wiedza i doświadczenie osób, jak też informacja o podmiotach, z którymi współpracuje Bombardier należy ocenić jako jego unikalny, wartościowy zasób. Powyższe stanowisko zaaprobowala Izba w wyroku z dnia 17 stycznia 2018, sygn. akt KIO 2745/17. Zamawiający dodał, że wartością chronioną przez wykonawcę jest informacja o podmiotach,

z którymi współpracuje, w tym o pracownikach, których zatrudnia. Jak wskazano wyżej, jest to podyktowane zamiarem ochrony przed nieuczciwymi praktykami konkurencji, mogącymi w szczególności prowadzić do przejęcia współpracowników lub pracowników przez firmy konkurencyjne. Oczywistym jest zatem, że takie dane jak imię, nazwisko, wykształcenie, doświadczenie danej osoby czy jej kwalifikacje, są danymi dotyczącymi tej konkretnej osoby. Ochronie nie podlega jednak informacja, że dana osoba nazywa się w określony sposób, czy też - że ma ona takie bądź inne doświadczenie, lecz informacja, że wykonawca dysponuje taką właśnie, doświadczoną bądź wykwalifikowaną osobą.

Nie ulega wątpliwości Zamawiającego, że wykonawca ma prawo chronić dostępu do wartościowych zasobów. Ponieważ w tym przypadku zasobem takim są poszczególni pracownicy/współpracownicy, do których dostęp można uzyskać posiadając wiedzę o ich imieniu i nazwisku, dane te winny być z pewnością objęte ochroną jako informacja posiadająca dla wykonawcy wartość gospodarczą. Ochroną winny być objęte również wszelkie inne informacje, które w jakikolwiek sposób umożliwiają identyfikację takiej osoby (w szczególności konkretne dane dotyczące projektów, w których ta osoba brała udział). Ponadto Zamawiający wskazał, że nawet gdyby przyjąć, że powyższe informacje mają charakter czasowy, posiadający przymiot tajemnicy jedynie w przedmiotowym postępowaniu to tego typu działanie zostało zaaprobowane przez Izbę (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lutego 2018, sygn. akt KIO 197 /18). Zamawiający wskazał ponadto, że Odwołujący sam zastrzegł m.in. wykaz osób podając dokładnie takie samo uzasadnienie tajemnicy, jak Bombardier.

Odnosząc się do zarzutu nr 3 odwołania, dotyczącego nieudostępnienia przez Zamawiającego uzasadnienia punktacji w ramach kryterium oceny ofert Zamawiający wskazał, iż wypełnił ciążący na nim obowiązek poprzez wskazanie w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 30 kwietnia 2019 r. informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, danych wykonawcy, punktacji przyznanej ofertom w każdym z kryteriów oceny ofert, łącznej punktacji. Zamawiający uzasadnił ponadto wybór oferty poprzez wskazanie, iż uzyskała ona najwyższą liczbę punktów w wyniku oceny ofert na podstawie precyzyjnie określonych kryteriów oceny ofert wskazanych w pkt 21.7 Tomu I SIWZ - IDW. Zamawiający wskazał, że wykonawca Bombardier spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania, a treść oferty odpowiada treści SIWZ. Podał także ceny, które wskazali wykonawcy w swoich ofertach - związane zarówno z kryterium CP - Cena brutto za realizację zakresu podstawowego jak też CO - Cena brutto za realizację Opcji. Ponadto Zamawiający podał liczbę punktów przyznanych na podstawie kryterium Doświadczenie personelu wykonawcy (na podstawie Załącznika nr 11 - wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert zgodnie z pkt. 21.7.3 IDW). Przedmiotowy załącznik w obu ofertach zastrzeżono jako tajemnicę przedsiębiorstwa, stąd koniecznym było

ograniczenie informacji w informacjach przekazywanych do wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający uważa za wystarczające przedstawienie powyższych informacji w treści powołanego pisma. W tym zakresie Zamawiający powołał się na wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2015 r., sygn. akt KIO 2697/15.

Przystępujący w złożonym w dniu 22 maja 2019 r. piśmie procesowym wniosk o oddalenie odwołania w całości.

W odniesieniu do pierwszego zarzutu odwołania wskazał, iż Odwołujący dokonał nieuprawnionego (niewynikającego z treści SIWZ) zrównania ze sobą pojęć „projektowania” z „przygotowaniem oprogramowania”. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, w dokumentacji wykonawczej (projektach wykonawczych) nie zawiera się danych dot. przygotowania oprogramowania. „Roboty z zakresu przygotowania oprogramowania”, o których mowa w pkt. 24.1 IDW stanowią bowiem etap wykonawstwa (realizacji) zamówienia, nie zaś etap projektowania. W pracach tych nie uczestniczą projektanci, a są to czynności realizowane przez aplikatorów i programistów. Niezależnie od tego, wbrew twierdzeniom Odwołującego, Przystępujący nie wskazał w ofercie, jakoby powierzył podmiotowi trzeciemu wykonanie „przygotowania oprogramowania”. Z żadnego elementu oferty Przystępującego nie wynika, ażeby powierzył on bądź zamierzał powierzyć Bombardier Transportation (Rail Engineering) Polska sp. z o.o. jakiegokolwiek roboty z zakresu przygotowania oprogramowania, jego instalacji w elementach systemu ERTMS/ETCS, bądź uruchomienia i testów systemu ERTMS/ETCS. Odwołujący nie udowodnił swych twierdzeń w przedmiotowym zakresie.

Ustosunkowując się do zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa, Przystępujący podniósł, iż zarzut Odwołującego należy uznać za spóźniony w zakresie dotyczącym zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego dokumentów dołączonych do oferty Przystępującego, jako podniesiony z naruszeniem terminu wskazanego w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. W tym zakresie Przystępujący powołał się na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2013 r., III CZP 107/12. Zdaniem Przystępującego Odwołujący, przy zachowaniu należytej staranności, mógł poznać wiadomość o tym, że Przystępujący zastrzegł informacje zamieszczone w ww. części oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa, po dokonaniu przez Zamawiającego otwarcia ofert, kiedy to Odwołujący uprawniony stał się do zapoznania z ofertą Przystępującego (i posiadał możliwość zwrócenia się do Zamawiającego o udostępnienie mu stosownych dokumentów składających się na treść oferty). Z tym też momentem, rozpoczął dla Odwołującego bieg termin na ewentualnie wniesienie odwołania w ww. zakresie, który bezskutecznie upłynął na dzień wniesienia odwołania w niniejszej sprawie.

Dalej Przystępujący wskazał, iż przedmiotowy zarzut jest również niezasadny ze względów merytorycznych. Zamawiający należycie ocenił zasadność i prawidłowość

dokonanych przez Przystępującego (a także Odwołującego) zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności korzystając w tym celu z instytucji biegłego (w osobie Dyrektora Biura Bezpieczeństwa Informacji i Spraw Obronnych). Nie polega na prawdziwe twierdzenie Odwołującego o rzekomej „pobieżnej ocenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Zamawiającego”, co Odwołujący wywodzi z tego, jakoby „opinia biegłego nie uwzględnia „Załącznika nr 9 - wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia” opinia biegłego sporządzona została 28.02.2019 r., zaś ww. wykaz stanowił dokument składany przez wykonawcę dopiero na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp (które wystosowane było do Przystępującego dnia 11.03.2019 r.). Wbrew twierdzeniom Odwołującego, przedstawione przez Przystępującego uzasadnienie dla zastrzeżenia informacji zawartych we wskazanych dokumentach jako tajemnicy przedsiębiorstwa, spełnia wszystkie wymagania przewidziane w art. 11 ust. 2 u.z.n.k., jak i art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Przystępujący wskazał i wyjaśnił należycie, że: informacje zastrzegane mają charakter informacji organizacyjnych przedsiębiorstwa Przystępującego; informacje zastrzegane posiadają wartość gospodarczą - wyjaśniając w szczególności, w jaki sposób ewentualne ujawnienie tych informacji naruszałoby interesy Przystępującego oraz wpływałoby niekorzystnie na pozycję konkurencyjną Przystępującego w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Nie jest w związku z tym prawdziwe twierdzenie Odwołującego, jakoby informacje zastrzeżone miały znaczenie wyłącznie w tym postępowaniu. Przystępujący zaznaczył, że sam Odwołujący w swoich wyjaśnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa potwierdza również istnienie i niebezpieczeństwo zjawiska „podkupowania” personelu kluczowego przez konkurencję wykonawcy - którego istnienie i wykazanie podważa z kolei w odwołaniu. Przystępujący wskazał także w jaki sposób i z jakich względów informacje te nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób - Odwołujący nie wykazał swego twierdzenia, jakoby z uwagi na wąski krąg wykonawców działających na rynku kolejowym informacje zastrzeżone przez Przystępującego były dostępne dla podmiotów w nim uczestniczących. Zarzuty Odwołującego w tym zakresie podważa jego własne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w którym wskazuje on, iż „na rynku SRK istnieje powszechna praktyka zastrzegania nazwisk osób dedykowanych do realizacji danego zamówienia”. Ponadto, zdaniem Przystępującego, nie polega na prawdziwe twierdzenie Odwołującego, jakoby miał on poznać informacje zastrzeżone przez Przystępującego z uwagi na świadczenie usług podwykonawczych na rzecz Przystępującego takich informacji (np. co do personaliów, konkretnego doboru osób czy szczegółów, w tym konfiguracji, doświadczenia osób wskazanych przez Przystępującego w ofercie na potrzeby uzyskania punktacji w kryterium oceny ofert czy wykazania spełnienia warunków udziału) Odwołujący bowiem nie pozyska przy realizacji ograniczonego zakresu zamówienia, w jakim powierzone zostanie mu podwykonawstwo. Przystępujący wskazał także

jakie adekwatne działania podjął w celu utrzymania informacji w poufności - czego Odwołujący nie kwestionuje w odwołaniu. Okoliczności powyższe zostały wykazane przez Przystępującego w terminie składania ofert, tj. w zgodzie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Analogiczny zakres informacji został również zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa przez samego Odwołującego, który w przedstawionym z ofertą uzasadnieniu zastrzeżenia powołał się na okoliczności i argumenty analogiczne do Przystępującego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego nie udostępnienia przez Zamawiającego uzasadnienia punktacji w ramach kryterium oceny ofert, Przystępujący wskazał, iż dokonane przez Przystępującego zastrzeżenie informacji załączonych do oferty było prawidłowe, w przypadku zatem nawet uwzględnienia niniejszego zarzutu, Odwołujący mógłby co najwyżej uzyskać informację o punktacji przyznanej Przystępującemu w kryterium „Doświadczenie Personelu Wykonawcy” na zasadzie „spełnia” / „nie spełnia” , bez ujawniania danych co do ocenionego przez Zamawiającego doświadczenia personelu. Informacje takie, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie umożliwiałyby zatem zakwestionowania treści oferty Przystępującego w zakresie punktacji w kryterium. Niezależnie od merytorycznej niezasadności ww. zarzutu, podlega on w związku z tym również oddaleniu z uwagi na brzmienie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, albowiem jego uwzględnienie nie będzie miało wpływu na wynik postępowania.

Ustosunkowując się do zarzutu dotyczącego przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, Przystępujący podniósł, iż przedmiotowy zarzut wyartykułowany został przez Odwołującego jako odrębny wyłącznie w pkt 4 (str. 3) odwołania. Odwołujący nie uzasadnił go natomiast w szerszy sposób, w szczególności poprzez podniesienie okoliczności faktycznych tworzących ośnowę zarzutu.

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

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 15 maja 2019 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez ww. wykonawcę przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i dopuściła go do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba dokonała oceny czy Odwołujący był legitymowany, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z ww. przepisem środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Należy zauważyć, iż w przypadku potwierdzenia się zarzutów podniesionych w odwołaniu, skutecznie zakwestionowana zostałaaby czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, a jego uwzględnienie mogłoby prowadzić do nakazania Zamawiającemu przez Izbę odrzucenia oferty wybranego wykonawcy. W konsekwencji nie sposób odmówić Odwołującemu, który był jednym z dwóch wykonawców, którzy złożyli oferty, posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia, skoro powtórzenie czynności badania i oceny ofert powodowałoby, że miał on by realną szansę uzyskać zamówienie. Nie budzi także wątpliwości, iż w takiej sytuacji na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący mógłby także ponieść szkodę związaną z nieuzyskaniem zamówienia. W tym stanie rzeczy Izba uznała, iż materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp zostały przez Odwołującego wypełnione.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła akta sprawy odwoławczej, w tym dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej modyfikacje, informację z otwarcia ofert, ofertę Przystępującego, w tym „Załącznik nr 11 - wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert,” zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów oraz uzasadnienie zastrzeżenia ww. dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, pismo Przystępującego z dnia 28 marca 2019 r. zawierające „Załącznik nr 9 – wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia”, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 30 kwietnia 2019 r.

Izba uwzględniła także stanowiska Stron i Uczestnika postępowania złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 22 maja 2019 roku, a także dopuściła dowody z dokumentów złożonych przez Strony i Uczestnika postępowania na rozprawie w postaci:

- Wytycznych technicznych budowy urządzeń sterowania ruchem kolejowym Ie-4 (WTB-E10) - dalej jako „Wytyczne” (dowód złożony przez Odwołującego);
- Projektu Aplikacyjnego sporządzonego w ramach zadania „projekt i zabudowa systemu

ERTMS/ETCS poziom 2 i ERTMS/GSM-R wraz z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy nadrzędnej dla 8-LCS-ów na linii E-65 Warszawa – Gdynia (dowód złożony przez Odwołującego);

- oświadczenia Bombardier Transportation (Rail Engineering) Polska Sp. z o.o. z dnia 16 maja 2019 r. (dowód złożony przez Przystępującego);
- dokumentu JEDZ złożonego przez Przystępującego w postępowaniu na opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn. Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E59 na odcinku Wrocław – Poznań w ramach projektu Zabudowa ERTMS/ETCS na liniach sieci bazowej TEN-T (dowód złożony przez Zamawiającego).

Izba nie uwzględniła podczas orzekania pisma Odwołującego z dnia 23 maja 2019 r. stanowiącego załącznik do protokołu rozprawy, które zawierało uzupełnienie argumentacji Odwołującego przedstawionej na rozprawie w odniesieniu do interpretacji postanowień § 88 Wytucznych, z uwagi na fakt, iż pismo to złożone zostało po zamknięciu rozprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż przedstawiony przez Strony i Uczestnika postępowania stan faktyczny sprawy jest zgodny z dokumentacją postępowania. W jego uzupełnieniu Izba ustaliła, co następuje:

W pkt 2.1 Tomu I SIWZ – IDW Zamawiający przedstawił krótki opis przedmiotu zamówienia, wskazując zakres podstawowy i zakres prawa opcji (ppkt 1). Zamawiający wskazał m.in., iż całość przedmiotu zamówienia obejmuje wykonanie następujących elementów (ppkt 3):

- a) dokumentacji wstępnej, w skład której wchodzi: Scenariusze Operacyjne (aktualizacja), Przypadki Testowe, Koncepcja wyposażenia linii, Zasady przygotowania danych projektowych,
- b) dokumentacji projektowej niezbędnej do prawidłowego wykonania wszystkich wymaganych robót, opracowanej na geodezyjnej dokumentacji do celów projektowych, projektu budowlanego, projektu wykonawczego i uzyskania dla niej wszystkich wymaganych prawem opinii, uzgodnień, świadectw, dopuszczeń, warunków, decyzji i pozwoleń,
- c) dokumentacji techniczno-ruchowej urządzeń zabudowanych w ramach realizacji przedmiotowego zadania, opracowanej zgodnie z wymaganiami zawartymi w Instrukcji Zamawiającego Ie-100a „Warunki bezpiecznej instalacji i eksploatacji urządzeń sterowania ruchem kolejowym zarządzanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.”,

- d) wszystkich robót budowlanych zgodnie z zakresem zamówienia na podstawie opracowanej przez Wykonawcę i zatwierdzonej przez Zamawiającego dokumentacji i wszystkich niezbędnych robót przygotowawczych potrzebnych do wykonania powierzonego zamówienia oraz wykonania wszelkich czynności wymaganych przepisami ustawy Prawo budowlane (tekst jednolity – Dz.U.2018 poz.1202), zwanej dalej Prawem budowlanym,
- e) wykonanie kompleksowej dokumentacji powykonawczej zgodnie z Prawem Budowlanym, a w tym m.in. geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej,
- f) przygotowanie i przekazanie wystąpienia do Prezesa UTK zgodnie z wymaganiami określonymi w art. 25k ust. 2 ustawy o transporcie kolejowym wraz z dokumentacją opisującą projekt i oceną znaczenia wprowadzonej zmiany wraz z uzyskaniem decyzji zgodnie z art. 25k ust.4 wydanej przez Prezesa UTK.
- g) uzyskanie pośrednich certyfikatów WE podsystemu „Sterowanie - urządzenia przytorowe”, zgodnie z zakresem zamówienia na etapie projektowania i budowy.
- h) wystawienie pośrednich deklaracji weryfikacji WE podsystemu „Sterowanie - urządzenia przytorowe”, zgodnie z zakresem zamówienia na etapie projektowania i budowy,
- i) uzyskanie certyfikatu WE podsystemu „Sterowanie-urządzenia przytorowe,” zgodnie z zakresem zamówienia na etapie prób końcowych podsystemu,
- j) wystawienie deklaracji weryfikacji WE podsystemu „Sterowanie-urządzenia przytorowe”, zgodnie z zakresem zamówienia na etapie końcowych prób podsystemu,
- k) uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji podsystemu strukturalnego Sterowanie-urządzenia przytorowe wydanego przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego na czas nieokreślony.

Jednym z dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z pkt 9.7.4 IDW, był wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (wzór wykazu stanowił załącznik nr 9 do IDW).

W pkt 21.7 IDW (w brzmieniu zmienionym w dniu 6 grudnia 2018 r.) Zamawiający wskazał, iż w celu oceny ofert przyjmuje następujące kryteria: a) cena brutto za realizację zakresu podstawowego – 45%, b) cena brutto za realizację Opcji – 35%, c) doświadczenie personelu Wykonawcy – 20%.

W pkt 21.7.3 IDW Zamawiający wyjaśnił, iż kryterium doświadczenie personelu Wykonawcy będzie rozpatrywane na podstawie doświadczenia poszczególnych członków personelu Wykonawcy, według zasad opisanych poniżej. Na wagę kryterium składają się wagi przypisane do poszczególnych członków personelu, wskazane w pkt a) – b) poniżej. Za skierowanie do pełnienia funkcji wymienionych w pkt a) – b) poniżej, osób posiadających większe doświadczenie niż wymagane w warunku zdolność techniczna lub zawodowa, Zamawiający przyzna następującą ilość punktów:

a) Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS – waga 10 %

Za wskazanie każdego pełnych 12 miesięcy doświadczenia na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym lub Inspektora Nadzoru w zakresie sterowania ruchem kolejowym (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane):

a) na robotach związanych z Budową lub Przebudową komputerowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym (stacyjnych i liniowych) oraz systemu zdalnego sterowania, położonych na magistralnej lub pierwszorzędnej linii kolejowej, przystosowanych do sterowania co najmniej 1 (jedną) stacją – wykonawca otrzyma 1 punkt;

b) na robotach związanych z budową systemu ERTMS/ETCS – wykonawca otrzyma 1 punkt;

Maksymalnie wykonawca może otrzymać do 5 punktów w zakresie poszczególnych podpunktów a) i b).

b) Projektant w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS – waga 10 %

Za wskazanie każdego pełnych 12 miesięcy doświadczenia na stanowisku projektanta związanym z:

a) opracowaniem dokumentacji projektowej w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym (stacyjnych, blokad liniowych, urządzeń przejazdowych, zdalnego sterowania - LCS) – wykonawca otrzyma 1 punkt;

b) opracowaniem dokumentacji projektowej w zakresie systemu ERTMS/ETCS – wykonawca otrzyma 1 punkt.

Maksymalnie wykonawca może otrzymać do 5 punktów w zakresie poszczególnych podpunktów a) i b).

Doświadczenie personelu Wykonawcy zostanie ocenione na podstawie złożonego przez Wykonawcę wraz z ofertą Załącznika nr 11 do IDW – Wykaz personelu na potrzeby kryterium

oceny ofert zgodnie z pkt. 21.7.3. (wykaz nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ani wyjaśnieniom w trybie art. 26 ust. 4 i art. 87. ust. 1 Ustawy). Personel wykonawcy wskazany w Załączniku nr 11 będzie musiał wykonywać przewidziane dla nich czynności osobiście. W przypadku, jeżeli wykonawca nie załączy do oferty wyżej wymienionego Załącznika nr 11, w kryterium doświadczenie personelu wykonawcy otrzyma 0 pkt. Zamawiający zastrzegł, iż wskazanie niepełnych informacji lub samo powielenie brzmienia kryterium bez wskazania szczegółowych danych będzie skutkowało nieprzyznaniem ofercie punktów. Ponadto wskazał, iż wyklucza możliwość pozyskiwania informacji na temat doświadczenia członków personelu na podstawie posiadanych informacji w związku z realizowanymi inwestycjami, jak również poprzez analizę innych dokumentów przedkładanych wraz z ofertą lub na wezwanie Zamawiającego. Podstawą badania i oceny ofert w ramach ww. kryterium będzie tylko i wyłącznie Załącznik nr 11.

W pkt 24.1 IDW Zamawiający zastrzegł, że wykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania następujących części zamówienia: roboty z zakresu przygotowania oprogramowania i jego instalacji w elementach systemu ERTMS/ETCS oraz uruchomienia i testów systemu ERTMS/ETCS. Zamawiający wskazał, iż dopuszcza powierzenie pozostałych części Zamówienia podwykonawcom. Wykonawca zobowiązany jest wskazać w Jednolitym Dokumencie części Zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podać (o ile jest to wiadome) firmy tych podwykonawców.

W pkt I.2 lit. b) PFU, przywoływanym w odwołaniu, powtórzono treść pkt 2.1. ppkt 3 lit. b) IDW. W pkt 3.6.1.2 PFU wskazano zaś, iż projekt wykonawczy należy opracować zgodnie z Wytycznymi technicznymi budowy urządzeń sterowania ruchem kolejowym le-4 (WTB-E10). Zgodnie z § 78 ust. 13 Wytycznych projekt wykonawczy urządzeń srk powinien podstawowo zawierać m.in. dokumentację dla sprzętu komputerowego i oprogramowania (pkt 10). Jak wskazano w § 88 Wytycznych dokumentacja dla sprzętu komputerowego i oprogramowania w komputerowych systemach srk (komputerowych pulpitych nastawczych) powinna zawierać m.in. określenie parametrów konfiguracji dla poszczególnych elementów systemu (pkt 5), instrukcję obsługi zawierającą zestawienie poleceń, komunikatów, zdarzeń rejestrowanych przez system oraz symboli zobrazowania stanu urządzeń (pkt 6), dokumentację oprogramowania (pkt 7), instrukcję testowania urządzeń oraz wytyczne odbioru technicznego i uruchomienia (WOTiU), które powinny również zawierać sposoby sprawdzenia obwodów i urządzeń redundantnych i protekcyjnych (pkt 9).

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty: oferta Odwołującego z całkowitą ceną brutto za realizację zakresu podstawowego i zakresu opcji 146 348 078,12 PLN (cena brutto za realizację zakresu podstawowego 108 317 524,15 PLN, cena brutto za realizację zakresu opcji

38 030 553,97 PLN) oraz oferta Przystępującego z całkowitą ceną brutto za realizację zakresu podstawowego i zakresu opcji 120 822 900,00 PLN (cena brutto za realizację zakresu podstawowego 79 276 692,61 PLN, cena brutto za realizację zakresu opcji 41 546 207,39 PLN).

Przystępujący w pkt 14 formularza ofertowego oświadczył, iż zamówienie zrealizuje z udziałem podwykonawców. Polegając na zasobach Bombardier Transportation (Rail Engineering) Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, na zasadach określonych w art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, Przystępujący wskazał, iż powierzy temu podmiotowi wykonanie prac przedprojektowych i projektowych. Natomiast podwykonawcom, na zasobach których Przystępujący nie polega, powierzy on wykonanie następujących części zamówienia: Voestalpine SIGNALING Sopot Sp. z o.o. – urządzenia diagnostyki taboru; Thales Polska Sp. z o.o. – dostosowanie istniejących urządzeń do współpracy z urządzeniami systemu ETCS L2. Dodatkowo Przystępujący wskazał, iż zamierza powierzyć podwykonawcom roboty budowlano – montażowe, branże towarzyszące, certyfikację oraz obsługę geodezyjną, przy czym w tych zakresach nie wskazał nazw podwykonawców.

Przystępujący do oferty załączył m.in. zobowiązanie podmiotu trzeciego Bombardier Transportation (Rail Engineering) Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów, a także wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert. Oba te dokumenty zostały zastrzeżone przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa. W tym celu Przystępujący przedstawił uzasadnienie, w którym wskazał, iż informacje oznaczone w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa nigdy nie zostały przez niego ujawnione do wiadomości publicznej. Wykonawca w żaden pośredni lub bezpośredni sposób nie ujawniał tych informacji, przez co nie są one znane ogółowi, nie są powszechnie dostępne, ani też nie stanowią przedmiotu domeny publicznej. Ponadto, informacje te nie są również powszechnie znane - jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów - osobom zajmującym się tym rodzajem informacji oraz nie są one łatwo dostępne dla takich osób. Tym samym, ewentualne ujawnienie lub odtajnienie przedmiotowych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego szkodzi jego interesom, narusza normy uczciwej konkurencji, pogarsza jego pozycje biznesową w stosunku do konkurencji. Uzupełnieniem i potwierdzeniem powyższego są realne działania Przystępującego zapobiegające ewentualnemu ujawnieniu przedmiotowych informacji.

Dalej Przystępujący wskazał, iż zastrzeżone informacje stanowiące jego tajemnice przedsiębiorstwa, mają charakter informacji organizacyjnych o istotnej wartości gospodarczej. Wśród przedmiotowych informacji znajdują się dane osobowe pracowników Przystępującego

i pracowników mu udostępnionych przez podmioty trzecie oraz informacje dotyczące doświadczenia zawodowego tych osób, w szczególności dotyczące projektów, w których osoby te brały udział, stanowisk jakie zajmowały, a także opis wymaganych przez Zamawiającego uprawnień. Ponadto zostały tam określone stanowiska, które poszczególne osoby będą zajmować w przy realizacji niniejszego zamówienia. Zdaniem Przystępującego bezsprzecznym zatem jest, że informacje na temat osób zatrudnionych przez wykonawcę oraz mu udostępnionych, a także dane dotyczące posiadanego przez te osoby doświadczenia zawodowego oraz uprawnień do wykonywania poszczególnych funkcji w trakcie realizacji zamówienia są informacjami szczególnie wrażliwymi i z punktu widzenia u.z.n.k. mają charakter ściśle poufnych. Przemawia za tym między innymi fakt, że w żaden sposób, w drodze zwykłego dostępu inne podmioty (w tym osoby zwykle zajmujące się tym rodzajem informacji) nie będą w stanie ustalić konfiguracji przedstawionych tam danych, na które składają się informacje o doświadczeniu zawodowym, zgodności kandydatury z wymaganiami Zamawiającego oraz faktu, że osoby te zgodziły się na realizację zadania dla Przystępującego. Ewentualne uzyskanie danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorcy wykonawcy prowadzi do możliwości poznania zasobów osobowych wykonawcy oraz danych osobowych, doświadczenia zawodowego i uprawnień pracowników wykonawcy lub osób mu udostępnionych. Taka zaś wiedza daje konkurencji nieuzasadnioną w świetle u.z.n.k. przewagę.

Przystępujący powołał się na dotychczasowe orzecznictwo potwierdzające, że wykaz osób może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, w tym wyrok KIO z dnia 14 maja 2013 roku o sygn. KIO 908/13, wyrok z dnia 6 czerwca 2014 roku o sygn. KIO 1032/14. Wskazał także, iż utartą i powszechną praktyką na rynku kolejowym (a zwłaszcza w tzw. branży sterowania ruchem kolejowym) jest utrzymywanie danych (personaliów) zasobów osobowych jakim dysponuje wykonawca (zarówno w odniesieniu do własnego jak i udostępnionego personelu) w tajemnicy. Powyższe w pełni koreluje ze stanowiskiem Sądu Najwyższego zajęтым w wyroku z dnia 5.09.2001 roku I CKN 1159/00. Zdaniem Przystępującego nie powinien budzić zastrzeżeń fakt, iż wiedza co do informacji zastrzeżonych przez niego ma znaczną i realną wartość gospodarczą. Uzyskanie przez konkurencję danych dotyczących m.in osób zatrudnionych przez Przystępującego lub podmiot udostępniający zasoby może doprowadzić do sytuacji, w której podmioty te zdobędą wiedzę na temat danych osobowych poszczególnych osób, ich doświadczenia zawodowego oraz posiadanych uprawnień. Wiedza taka może doprowadzić do sytuacji nagannych na rynku pracy, dotyczących wrogiego podkupowania kluczowego personelu Przystępującego, czy też wpływania na podmioty z nim współpracujące. Sytuacja taka - która zważywszy na hermetyczność rynku kolejowego niestety występuje - przekładać się może na pozbawienie

Przystępującego kluczowego personelu i tym samym pozbawieniem go możliwości startowania w przetargach publicznych z uwagi na brak niezbędnego personelu koniecznego do wykonania zamówienia. Przystępujący dodał, iż powyższa zależność została również powzięta przez KIO w wyroku z dnia 28 marca 2017 o sygn. KIO 484/17.

Następnie Przystępujący podkreślił, że celem utrzymania zastrzeżonych informacji w tajemnicy podjął szereg celowych działań. Po pierwsze, wiedzę o zastrzeżonych informacjach i dokumentach posiada jedynie wyselekcjonowana grupa pracowników Przystępującego, którzy zajmują się przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego lub poszczególnych pracowników podmiotu udostępniającego zasoby na rzecz Przystępującego. W tym zakresie wskazano na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt: I CKN 304/00). Po drugie Przystępujący podniósł, iż dostęp do zastrzeżonych informacji i dokumentów został przez niego znacznie ograniczony. W tym celu przechowuje on zastrzeżone informacje i dokumenty w pomieszczeniach do których dostęp nie jest powszechny, a klucze są w posiadaniu wyłącznie imiennie wyznaczonych pracowników. Po trzecie Przystępujący wskazał, iż stworzył dla personelu Regulamin (stanowiący dowód nr 1). Zgodnie z jego treścią dane osobowe są informacjami poufnymi. Jednocześnie, w myśl definicji zamieszczonej w pkt 2.8 wyżej wskazanego Regulaminu informacją poufną jest każda nieujawniona do wiadomości publicznej informacja, posiadająca wartość gospodarczą, która została w sposób trwały utrwalona, co do której spółka podjęła niezbędne działania w celu zachowania jej poufności. Po czwarte, Przystępujący zawarł z podmiotem udostępniającym zasoby stosowną umowę (stanowiącą dowód nr 4), zgodnie z którą strony zobowiązały się do zachowania informacji dotyczących osób jakie zostaną udostępnione jako poufnych. Jednocześnie, Przystępujący zobowiązał się do zastrzeżenia części oferty, w której zostaną określone dane dotyczące udostępnianych osób w ramach przedmiotowego zamówienia publicznego jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący podkreślił, że podmiot udostępniający nie przekazał do wiadomości publicznej informacji o swoich zasobach, dane te nie są znane ani łatwo dostępne osobom zwykle takim rodzajem informacji się zajmującym, a nadto podmiot udostępniający podjął środki mające na celu utrzymanie informacji o swoich zasobach jako poufnych - uchwalił wewnętrzny regulamin dotyczących ochrony informacji poufnych oraz zawarł z Przystępującym stosowną umowę mającą na celu utrzymanie w poufności danych osobowych udostępnionych pracowników. Do uzasadnienia Przystępujący załączył dowody, których treść także została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Na wezwanie Zamawiającego, wystosowane na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, Przystępujący wraz z pismem z dnia 28 marca 2019 r., złożył wymagane oświadczenia i dokumenty, w tym m.in. wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia,

zgodny ze wzorem zawartym w załączniku nr 9 do IDW. Przystępujący w piśmie wskazał, iż część informacji zawartych w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia została zastrzeżona w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa, wobec czego strony z tymi informacjami zostały odpowiednio oznaczone i umieszczone w oddzielnej kopercie. Powyższy wykaz został uzupełniony przez Przystępującego i złożony wraz z pismem z dnia 15 kwietnia 2019r. stanowiącym odpowiedź na wezwanie wystosowane przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Również w tym piśmie Przystępujący wskazał, iż informacje zawarte w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia została zastrzeżona w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa, wobec czego strony z tymi informacjami zostały odpowiednio oznaczone i umieszczone w oddzielnej kopercie.

Dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia zawiera także opinię w sprawie zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa części dokumentów złożonych przez Przystępującego, sporządzoną przez Dyrektora Biura Bezpieczeństwa Informacji i Spraw Obronnych. We wnioskach tej opinii (pkt 5.2) wskazano, iż informacje zawarte w dokumentach ww. wykonawcy, tj. „Załącznik nr 11 – wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert,” i „zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów - zgodnie z załącznikiem nr 3,” w opinii biegłego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

W dniu 30 kwietnia 2019 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o., która otrzymała łącznie 92,03829 pkt. Drugą w kolejności była oferta Odwołującego, która otrzymała łącznie 84,93512 pkt. W treści uzasadnienia wyboru oferty Zamawiający wskazał, iż kierował się kryteriami oceny ofert określonymi w Tomie I SIWZ, a punkty zostały obliczone zgodnie z pkt 21.7 oraz 21.8 Tomu I SIWZ – IDW. W treści zawiadomienia Zamawiający udostępnił informację o liczbie punktów przyznanych wykonawcom w kryterium „Doświadczenie personelu wykonawcy” (Odwołujący – 17 pkt, Przystępujący – 15 pkt), natomiast szczegółowa ocena każdej z ofert została przez Zamawiającego utajniona i przesłana wyłącznie do wykonawców, których ofert dotyczyła.

Pismem z dnia 30 kwietnia 2019 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami, w tym stanowiska Zamawiającego dotyczącego zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa ofert Bombardier oraz szczegółowej punktacji w kryterium „Doświadczenie personelu wykonawcy.” Zamawiający przekazał Odwołującemu dokumentację postępowania w dniu 7 maja 2019 r. z wyłączeniem dokumentów uznanych za tajemnicę przedsiębiorstwa, objętych zarzutami

odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp (zarzut nr 1 odwołania), Izba uznała za bezzasadny.

W ocenie składu orzekającego brak było podstaw do uznania, iż oferta Przystępującego pozostaje niezgodna z treścią SIWZ w zakresie, w jakim powierzył on podwykonawstwo prac przedprojektowych i projektowych Bombardier Transportation (Rail Engineering) Poland sp. z o.o., w sytuacji gdy Zamawiający zastrzegł w SIWZ obowiązek osobistego wykonania przez wykonawców zamówienia w części obejmującej roboty z zakresu przygotowania oprogramowania i jego instalacji w elementach ERTMS/ETCS oraz uruchomienia i testów systemu ERTMS/ETCS.

Przedmiotem sporu pomiędzy Stronami był sposób interpretacji pojęcia „robót z zakresu przygotowania oprogramowania”. Pojęcie to nie zostało zdefiniowane przez Zamawiającego w treści SIWZ. Nie oznacza to jednak, iż w takiej sytuacji winno ono być interpretowane w sposób możliwie szeroki, a takie stanowisko prezentuje Odwołujący zrównując roboty z zakresu przygotowania oprogramowania z zaprojektowaniem oprogramowania. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż wyrazy „przygotowywać” i „projektować” stanowią synonimy, a pojęcia te mogą być używane zamiennie. W ocenie składu orzekającego twierdzenia Odwołującego stanowią nadinterpretację postanowień SIWZ, z której nie da się wywieść wniosku stawianego przez Odwołującego, że prace projektowe i przedprojektowe, będące przedmiotem podwykonawstwa obejmują swym zakresem także prace związane z przygotowaniem oprogramowania, które Zamawiający zastrzegł do osobistego wykonania. Przywoływane przez Odwołującego postanowienia PFU i Wytocznych okoliczności tej nie potwierdzają, wskazują jedynie na fakt, iż w ramach projektu wykonawczego opracowywana jest m.in. dokumentacja projektowa dla oprogramowania. Treść SIWZ w żadnym miejscu nie zrównuje pojęcia zaprojektowania oprogramowania z przygotowaniem oprogramowania ani nie wskazuje na to, że w zakresie znaczeniowym pojęcia „roboty z zakresu przygotowania oprogramowania i instalacji” mieści się sporządzenie dokumentacji projektowej dla oprogramowania.

Okoliczność, iż elementem prac projektowych jest m.in. wykonanie dokumentacji projektowej dla oprogramowania, w ocenie Izby nie świadczy o tym, że prace projektowe

obejmują roboty z zakresu przygotowania oprogramowania. Jak wynika z dowodu złożonego przez Odwołującego na rozprawie zatytułowanego „Projekt aplikacyjny” przedmiotem dokumentacji projektowej dla oprogramowania jest przygotowanie danych wejściowych niezbędnych do wykonania aplikacji - jest to zatem (jak słusznie wskazywał Zamawiający i co było w zasadzie bezsporne) dokument poprzedzający przygotowanie oprogramowania, dający wskazówki, wytyczne dla programistów niezbędne podczas jego tworzenia. Izba przyznała rację Zamawiającemu i Przystępującemu, iż w pkt 24.1 IDW jest mowa o „robotach z zakresu przygotowania oprogramowania” co wskazuje, iż chodzi tu o prace składające się już na etap wykonywania, a nie projektowania inwestycji. Takie rozumienie treści SIWZ jest spójne z twierdzeniami Zamawiającego podnoszonymi na rozprawie, iż celem zastrzeżenia do osobistego wykonania części zamówienia obejmującej przygotowanie oprogramowania była potrzeba posiadania bezpośredniego kontaktu z wykonawcą (producentem systemu), z uwagi na to, że system ERTMS/ECTS jest systemem nowym. Natomiast przygotowywanie danych wejściowych do oprogramowania (obejmujących np. informacje co do odległości poszczególnych punktów lokalizacji urządzeń systemu) może wykonać każdy projektant, stąd nie było konieczne zastrzeżenie tej części zamówienia do osobistego wykonania.

Niezależnie od powyższego, mając na względzie, iż Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „robót z zakresu przygotowania oprogramowania,” wskazać należy, iż zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych, wszelkie niejasności, nieścisłości treści SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawcy. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Nowym Sączu w wyroku z dnia 18 marca 2015 r. (sygn. akt III Ca 70/15): „Zapisy w SIWZ (...) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu.” Z treści oferty Przystępującego oraz załączonych do niej dokumentów, przy tak skonstruowanej treści SIWZ, nie da się wywieść wniosku, aby zakresem podwykonawstwa objęta była ta część zamówienia, którą Zamawiający zastrzegł do osobistego wykonania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał również swoich twierdzeń jakoby w ramach grupy Bombardier, to właśnie Bombardier Transportation (Rail Engineering) Polska Sp. z o.o. był jednostką projektującą oprogramowanie, z czego wywodził, iż już sama struktura grupy Bombardier wymusza na Bombardierze podział zadań, który w przedmiotowym postępowaniu stoi wbrew postanowieniom SIWZ. W tym zakresie Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów.

Mając powyższe na uwadze, Izba oddaliła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp.

Na uwzględnienie, w ocenie Izby, zasługiwał natomiast zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem, iż prawidłową podstawą prawną był w tym przypadku art. 11 ust. 2 u.z.n.k., na który Odwołujący powoływał się w uzasadnieniu odwołania, nie zaś wskazany w *petitum* odwołania art. 11 ust. 4 u.z.n.k.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego jakoby przedmiotowy zarzut był zarzutem częściowo spóźnionym, które Przystępujący opierał na tym, że Odwołujący przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o zastrzeżeniu przez Przystępującego informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa już po otwarciu ofert. Czym innym jest bowiem powzięcie wiedzy o zastrzeżeniu przez wykonawcę części informacji w poufności, a czym innym dokonanie przez Zamawiającego oceny skuteczności takiego zastrzeżenia, która jest elementem procesu badania i oceny ofert. W przedmiotowym przypadku należało uznać, iż Zamawiający proces ten zakończył z chwilą wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. w dniu 30 kwietnia 2019 r., czemu dał wyraz nie udostępniając Odwołującemu szczegółowej oceny oferty Przystępującego w kryterium „Doświadczenie personelu wykonawcy” a następnie odmawiając wglądu do części dokumentów złożonych przez Przystępującego. Odwołanie na tę czynność zostało zatem wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

Przechodząc do meritum Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (ust. 2). Z kolei w myśl art. 8 ust. 3 ustawy Pzp 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.

Jak wynika z powyższych przepisów kluczową zasadą systemu zamówień publicznych jest jawność postępowania, która stanowi jedno z narzędzi i gwarancji zachowania w postępowaniu zarówno uczciwej konkurencji, jak i jego przejrzystości, a tym samym narzędzie budowania zaufania do systemu zamówień publicznych (por. m.in. wyrok KIO z 20 marca 2017 r., sygn. akt KIO 2113/16). Jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie przez wykonawcę, że informacje te w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią, co ma istotne znaczenie z perspektywy zasady jawności postępowania. W konsekwencji informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca

wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony przepisy ustawy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, a brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Innymi słowy to nie jakiegokolwiek wyjaśnienia złożone przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek, które warunkują skuteczność takiego zastrzeżenia. W konsekwencji rolą Zamawiającego w toku badania ofert czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał wykazując, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przy czym podkreślić trzeba, iż obowiązek „wykazania,” o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oznacza coś więcej niż jedynie wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. W ocenie Izby pod tym pojęciem należy rozumieć nie tylko złożenie samego oświadczenia, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również, w okolicznościach konkretnej sprawy, udowodnienie czy co najmniej uprawdopodobnienie takiego stanu rzeczy.

Aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Przystępujący zobowiązany był wykazać wystąpienie wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Zgodnie z tym przepisem, w brzmieniu obowiązującym od dnia 4 września 2018 r., 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. W konsekwencji Przystępujący zobowiązany był w uzasadnieniu zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazać, że po pierwsze dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie że informacja ta 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, a po trzecie, że podjęto w stosunku do tej informacji działania w celu utrzymania jej w poufności. Wyżej wskazane przesłanki muszą wystąpić łącznie.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy, w ocenie składu orzekającego Izby, Przystępujący nie wykazał, aby informacje dotyczące personelu, jaki został przez niego wskazany w celu oceny oferty w kryterium „Doświadczenie personelu wykonawcy,” a także w oświadczeniu podmiotu udostępniającego zasoby i wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia, stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k., w szczególności, aby informacje te posiadały wartość gospodarczą. Izba wskazuje, iż na gruncie u.z.n.k. ochronie podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się wartością gospodarczą, a w konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa. Konsekwencją powyższego jest to, że nie wystarczy stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Zgodnie z zasadą jawności wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, iż ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego oraz w ramach kryteriów oceny ofert. Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające.

Jak wynika z treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionego przez Przystępującego wraz z ofertą, wartość gospodarczą informacji dotyczących personelu, którym dysponuje on bezpośrednio czy też pośrednio (poprzez korzystanie z udostępnionych przez podmiot trzeci zasobów) Przystępujący upatrywał jedynie w okoliczności, że ujawnienie tych informacji konkurencyjnym wykonawcom mogłoby prowadzić do wrogiego podkupowania personelu Przystępującego czy też wpływania na podmioty współpracujące.

Stawiana przez Przystępującego teza o istnieniu praktyki przejmowania personelu przez konkurencję i związanym z tym ryzyku nie została jednak w żaden sposób udowodniona. Jeżeli Przystępujący wywodził podstawy do zastrzeżenia informacji dotyczących personelu, którym dysponuje, jako tajemnicy przedsiębiorstwa z ryzyka podkupienia tego personelu, to nie powinien poprzestać na powołaniu się na tę okoliczność, lecz wykazać, że takie ryzyko faktycznie występuje - wyjaśnić czy w ogóle zetknął się z taką praktyką, jakiej liczby osób w jego firmie to dotyczyło, a także czy wskazany w dokumentach składanych wraz z ofertą i na wezwanie Zamawiającego personel oraz jego doświadczenie miało charakter unikalny, wyjątkowo specjalistyczny, usprawiedliwiający przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób, czy istotnie ograniczona na rynku jest liczba osób z doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego i punktowanym dodatkowo w ramach

kryterium oceny ofert (por. m.in. wyrok KIO z dnia 19 maja 2017 r., sygn. akt KIO 863/17). Powyższemu obowiązkowi Przystępujący w ocenie Izby nie sprostał. Praktyki takiej, wbrew twierdzeniom Zamawiającego i Przystępującego, nie potwierdza to, że sam Odwołujący utajniając własny wykaz osób również powołał się na zjawisko podkupowania personelu. Okoliczność, iż konkurencyjni wobec siebie wykonawcy podejmują próby zastrzeżenia poufności wykazów osób składanych na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub oceny ofert w kryteriach związanych z doświadczeniem personelu, w żaden sposób nie przesądza o tym, że informacje zawarte w takich wykazach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Co więcej, jak wskazuje doświadczenie życiowe, niejednokrotnie takie działania zmierzają jedynie do utrudnienia konkurencyjnym wykonawcom możliwości zweryfikowania prawidłowości złożonych oświadczeń i dokumentów i ich zgodności z wymaganiami Zamawiającego.

Dostrzeżenia także wymagało, że w wykazach osób składanych według wzoru stanowiącego załącznik nr 9 i 11 do IDW, wykonawcy zobowiązani byli ujawnić jedynie ograniczoną ilość informacji, tj. imię i nazwisko osób, ich doświadczenie zawodowe, ale z ograniczeniem do kilku konkretnych (spełniających wymagania Zamawiającego) inwestycji, zajmowane stanowisko, posiadane uprawnienia, informację o stanowisku, na które dana osoba jest proponowana i podstawę do dysponowania tą osobą. Ujawnieniu nie ulegało całe doświadczenie zawodowe kandydata, ale wyłącznie opis jego doświadczenia w zakresie wymaganym przez Zamawiającego w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu czy punktacji w ramach kryterium oceny ofert. Dodatkowo składane wykazy ograniczały się do kilku osób, a nie do całego personelu, którym dysponuje Przystępujący. W ocenie Izby, jeżeli Przystępujący wskazywał na wartość gospodarczą informacji dotyczących doświadczenia własnego personelu, określanego przez niego jako „kluczowy”, winien był wykazać jego wyjątkowość, specjalistyczny charakter, tudzież inne okoliczności uprawdopodobniające istnienie na rynku praktyki agresywnego pozyskiwania takich osób czy chociażby unikalność zestawienia danych dotyczących personelu w takim kształcie, w jakim zostały przedstawione Zamawiającemu. Tymczasem Przystępujący nie wykazał nawet czy na rynku faktycznie istnieje ograniczony krąg osób z doświadczeniem zawodowym wymaganym przez Zamawiającego. Okoliczność taka może budzić wątpliwość, skoro Zamawiający realizuje wiele postępowań mających za przedmiot projekt i zabudowę systemu ERTMS/ECTS dla kilku tysięcy kilometrów linii kolejowych. Sam Zamawiający na rozprawie powoływał się na inne postępowania (dla innych linii), w których uczestniczył Odwołujący i Przystępujący .

Ponadto nie można tracić z oczu okoliczności, iż co do zasady informacje o posiadanych przez daną osobę uprawnieniach budowlanych są informacjami jawnymi, podobnie jak dokumenty potwierdzające te uprawnienia, trudno tutaj zatem w ogóle mówić o ich poufnym

charakterze. Z kolei doświadczenie, jakim legitymują się wskazane osoby, to doświadczenie zdobyte w inwestycjach publicznych, w związku z czym wątpliwa jest poufność danych takich jak okres trwania danej roboty budowlanej czy zajmowane przez daną osobę stanowisko. Należy także wskazać, iż wykaz osób przewidzianych do realizacji zamówienia (zawierający także dane wskazane w wykazie składanym na potrzeby oceny ofert w kryterium „Doświadczenie personelu wykonawcy”) zawiera informacje, które zostaną ujawnione na późniejszym etapie zamówienia, najpóźniej w chwili podpisania umowy. Przystępujący w żaden sposób nie wykazał w czym, w takim przypadku, należy ewentualnej przewagi gospodarczej, jaką uzyskaliby konkurencyjni wykonawcy wchodząc w posiadanie wiedzy na temat personelu, którym Przystępujący dysponuje. Przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa poprzestał na lakonicznym stwierdzeniu, iż pozyskanie przez konkurencję wiedzy o jego zasobach osobowych da innym wykonawcom przewagę, nie tłumacząc w ogóle dlaczego i w czym ta przewaga będzie się przejawiać.

Przedstawione przez Przystępującego uzasadnienie dla zastrzeżenia poufności informacji dotyczących posiadanych zasobów osobowych, Izba uznała za ogólne, możliwe do sporządzenia w zasadzie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia i przez każdego wykonawcę. Na jego podstawie nie sposób uznać, aby poufność zastrzeżonych informacji została wykazana w sposób, w jaki tego wymaga art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Izba wskazuje, iż Zamawiający nie może doszukiwać się w złożonym przez wykonawcę uzasadnieniu spełnienia łącznie przesłanek uprawniających do zastrzeżenia danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności nie może bezkrytycznie przyjmować, że skoro pewne informacje co do zasady mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, to wykonawca może być zwolniony z obowiązku wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony, na co zwrócono uwagę już powyżej, przepisy ustawy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, a niewywiązanie się z tego ciężaru należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji. Zamawiający nie jest uprawniony do utajnienia informacji, które ze swej istoty czy charakteru mogłyby faktycznie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, skoro wykonawca nie wykazał, że one taką tajemnicę stanowią. Takie działanie przeczyłoby zasadzie jawności postępowania, jak również zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie negując zatem ogólnej możliwości posiadania przez informacje wskazywane w wykazach osób wartości gospodarczej dla danego wykonawcy i waloru tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k., to Przystępujący nie wykazał, aby w przedmiotowym przypadku taka sytuacja wystąpiła.

Mając powyższe na względzie Izba uwzględniła zarzut nr 2 odwołania i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w następujących dokumentach złożonych przez Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością: „Załącznik nr 11 - wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert”, „Zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów”, „Załącznik nr 9 - wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia”.

Za zasadny Izba uznała także zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu szczegółowego uzasadnienia faktycznego dla dokonanej oceny oferty Bombardier w kryterium „Doświadczenie personelu Wykonawcy.” Nieudostępnienie Odwołującemu przedmiotowego dokumentu było niczym innym, jak efektem uznania przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia przez Przystępującego informacji dotyczących doświadczenia personelu jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Skoro Przystępujący nie wykazał, aby informacje podlegające ocenie w kryterium „Doświadczenie personelu wykonawcy” stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa, również i uzasadnienie dokonanej przez Zamawiającego oceny w tym kryterium powinno być jawne. Przekazanie wykonawcom przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny ofert stanowi gwarancję realizacji wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady przejrzystości, która obejmuje między innymi możliwość prześledzenia procesu decyzyjnego Zamawiającego. W przedmiotowym przypadku, na skutek zaniechania Zamawiającego, Odwołujący został takiej możliwości pozbawiony. Dlatego też, w ocenie Izby, dokonując ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, Zamawiający winien udostępnić wykonawcom szczegółowe uzasadnienie dla punktacji przyznanej w kryterium „Doświadczenie personelu wykonawcy”.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oznaczonego nr 4 w *petitum* odwołania, mając na uwadze, iż Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie odrębnego uzasadnienia faktycznego, natomiast powoływał się na tę właśnie podstawę prawną w ramach zarzutów nr 1 - 3 odwołania, Izba uznała, iż zarzut ten został skonsumowany przez pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu. Zarzut ten dotyczył przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości i był wywodzony z okoliczności faktycznych będących przedmiotem pozostałych trzech zarzutów. W tym stanie rzeczy zbędnym było dokonywanie jego odrębnej oceny.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

W kwestii kosztów postępowania Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Izba podziela pogląd ugruntowany w orzecznictwie sądów powszechnych, jak i w orzecznictwie Izby, iż w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek (por. m.in. postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 830/18, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 630/18, wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 525/18, KIO 526/18, wyrok KIO z dnia 5 października 2018 r., sygn. akt KIO 1894/18).

W przedmiotowej sprawie Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 1/2 (zarzuty związane z zaniechaniem udostępnienia dokumentów Przystępującego uznanych za tajemnicę przedsiębiorstwa i w efekcie zaniechaniem udostępnienia uzasadnienia oceny oferty ww. wykonawcy w kryterium doświadczenie personelu) i bezzasadne w pozostałej części (zarzuty związane z zaniechaniem odrzucenia oferty Przystępującego z powodu niezgodności z treścią SIWZ). Kosztami postępowania obciążono zatem Zamawiającego i Odwołującego po połowie. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 20 000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izba w kwocie 3 600 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izba w kwocie 3 600 zł (łącznie 27 200 zł). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 23 600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (20 000 zł + 3.600 zł), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 13 600 zł (27 200 zł x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 10 000 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

.....

.....