

Sygn. akt: KIO 1602/21
KIO 1605/21

WYROK
z dnia 8 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Magdalena Rams

Członkowie: Anna Kuszel-Kowalczyk
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 lipca 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 27 maja 2021 r. przez wykonawcę **VOESSING POLSKA sp. z o.o., z siedzibą w Bydgoszczy** (sygn. akt: KIO 1602/21),
- B. w dniu 27 maja 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Multiconsult Polska sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, Arcadis sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, Transprojekt Gdański sp. z o.o., z siedzibą w Gdańsku, IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu** (sygn. akt: KIO 1605/21),

w postępowaniu prowadzonym przez **Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Multiconsult Polska sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, Arcadis sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, Transprojekt Gdański sp. z o.o., z siedzibą w Gdańsku,**

IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1602/21 po stronie odwołującego,

B. wykonawcy **VOESSING POLSKA sp. z o.o., z siedzibą w Bydgoszczy,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1605/21 po stronie odwołującego,

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Egis Poland sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, Egis Rail S.A., z siedzibą w Lyon, Francja, Jaf-Geotechnika sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1602/21 i KIO 1605/21 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 1605/21 w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.**
2. **Uwzględnia odwołania o sygn. akt: KIO 1602/21 i KIO 1605/21 w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 – 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tj. z dnia 8 października 2020 r.; Dz.U. z 2020, poz. 1913 ze zm.) i nakazuje zamawiającemu – Centralnemu Portowi Komunikacyjnemu sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie - (i) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) odtajnienie następujących dokumentów: wyjaśnień wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Egis Poland sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, Egis Rail S.A., z siedzibą w Lyon, Francja, Jaf-Geotechnika sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie dotyczących zaoferowanej ceny za realizację zamówienia, w tym wyjaśnień z dnia 12 kwietnia 2021 (wraz z załącznikami) oraz pisma wykonawcy z dnia 22 kwietnia 2021 (wraz z załącznikami), wykazu osób skierowanych przez ww. wykonawcę do realizacji zamówienia na potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykazu osób złożonego przez ww. wykonawcę na potrzeby związane z oceną ofert w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert.**

3. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 1602/21 obciąża **zamawiającego Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie i:**
- 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę VOESSING POLSKA sp. z o.o., z siedzibą w Bydgoszczy** tytułem wpisu od odwołania;
- 3.2 zasądza od zamawiającego **Centralnego Portu Komunikacyjnego sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawcy **VOESSING POLSKA sp. z o.o., z siedzibą w Bydgoszczy** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.
4. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 1605/21 obciąża **zamawiającego Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie i:**
- 4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Multiconsult Polska sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, Arcadis sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, Transprojekt Gdański sp. z o.o., z siedzibą w Gdańsku, IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania;
- 4.2 zasądza od zamawiającego **Centralnego Portu Komunikacyjnego sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Multiconsult Polska sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, Arcadis sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, Transprojekt Gdański sp. z o.o., z siedzibą w Gdańsku, IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 1602/21
KIO 1605/21

UZASADNIENIE

Sygn. akt: KIO 1602/21

W dniu 27 maja 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Voessing Polska sp. z o.o. (dalej „**Odwołujący 1**”) zarzucając zamawiającemu Centralnemu Portowi Komunikacyjnemu (dalej „**Zamawiający**”) zaniechania odtajnienia przedstawionych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Egis Poland sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Egis Rail S.A. (Partner Konsorcjum) oraz Jaf-Geotechnika sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), zwanych dalej „Wykonawcą” lub „Konsorcjum Egis”), następujących dokumentów w postępowaniu, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj.:

- 1) wyjaśnień z dnia 12.04.2021 r. (wraz z załącznikami), stanowiących odpowiedź na wezwanie do wyjaśnienia zaoferowanej ceny oraz pisma Wykonawcy z dnia 23.04.2021 r. (wraz z załącznikami), stanowiącego odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 20.04.2021 r. do złożenia dalszych wyjaśnień;
- 2) Wykazu Osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) Wykaz Osób na potrzeby związane z oceną ofert w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert.

Odwołujący 1 zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zw. z art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U.2020.1913 z późn.zm), dalej jako „ZNKU”, poprzez zaniechanie odtajnienia w całości przedstawionych przez Wykonawcę dokumentów, wskazanych w pkt 1 - 3 niniejszego odwołania, zastrzeżonych przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący 1 wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, odtajnienia w całości przedstawionych przez Wykonawcę dokumentów, wskazanych w pkt 1 - 3 odwołania, zastrzeżonych przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego 1 kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący 1 wskazał, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w celu skutecznego zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest zastrzec i wykazać, że informacje te rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 11 ust. 2 ZNKU „przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności”. Odwołujący 1 powołał się na wyrok KIO z dnia 26.02.2013 r. o sygn. akt: KIO 297/16.

W ocenie Odwołującego 1 Wykonawcy powinni wykazać, że w celu zachowania poufności informacji zastrzeżonych w ofercie podjęli szereg odpowiednich działań, polegających na zapewnieniu odpowiedniej ochrony tym informacjom. Wykonawca powinien m.in. wykazać, że dla celów ochrony informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa podjął działania o charakterze zarówno fizycznym jak i prawnym. Zaliczyć do nich można m.in. ewentualnie wprowadzone przez wykonawcę wewnętrznych reguły obiegu dokumentów oraz dostępu do informacji, postanowienia w umowach z pracownikami oraz kontrahentami, jak również technologie zabezpieczające bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa. Okoliczności te powinny zostać poparte odpowiednimi dowodami, takimi jak m.in. polityka ochrony informacji poufnych czy polityka wewnętrznego obiegu dokumentów bądź też klauzule umowy lub umowy o zachowaniu poufności. Odwołujący 1 powołał się na orzeczenie SN z dn. 6.06.2003 r. IV CKN 211/01, z dn. 3.10.2000 r. 1 CKN 304/00, z dn. 5.09.2001 r. I CKN 1159/00, wskazując, że informacja staje się „tajemnicą”, kiedy przedsiębiorca wyraża wolę jej zachowania jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w normalnych toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań. Jednocześnie art. 11 ust. 4 ZNKU uzależnia istnienie stanu tajemnicy od podjęcia przez przedsiębiorcę określonych działań zmierzających do zachowania poufności objętych nią danych. Działania te - jak trafnie podnosi się w literaturze przedmiotu - powinny zmierzać do osiągnięcia takiego stanu, w którym osoby trzecie, chcąc zapoznać się z treścią informacji, muszą doprowadzić do wyeliminowania przyjętych przez przedsiębiorcę mechanizmów zabezpieczających przed niekontrolowanym wypływem danych.

Odwołujący 1 wskazał, że Wykonawca w piśmie z dnia 12.04.2021 r. zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia dotyczące ceny ofertowej wraz z załącznikami (dowód w postaci pisma nr 196/C/T1/CS/SU/2021 z dnia 12.04.2021 r. wraz z załącznikami). Zamawiający odtajnił wyłącznie załączony do wyjaśnień dokument pn. Polityka Bezpieczeństwa Informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w Egis Poland sp. z o.o. Niejawna pozostała zasadnicza treść wyjaśnień oraz pozostałe załączniki. W ocenie Odwołującego 1, dokonane przez Egis zastrzeżenie należy ocenić jako nieskuteczne, a tym samym Zamawiający powinien być odtajnić całość wyjaśnień i udostępnić je wykonawcom. Dowód: zastrzeżenie wyjaśnień ws. ceny ofertowej z dnia 12.04.2021 r. (załącznik do niniejszego odwołania).

Odwołujący 1 wskazał, że wyjaśnienia ws. rażąco niskiej ceny lub kosztu nie stanowią per se tajemnicy przedsiębiorstwa i w związku z tym wymagają szczegółowego i skonkretyzowanego uzasadnienia. Powyższe podkreślane jest w szeregu wyroków, KIO uznających takie zastrzeżenie za bezskuteczne, jeżeli nie jest powiązane z odpowiednim wykazaniem zasadności objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa (por. np. wyrok z dnia 23.11.2018 r., KIO 2295/18; wyrok z dnia 10.07.2015, KIO 1377/15). Także sądy okręgowe niejednokrotnie wskazywały na nieskuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wyjaśnień ws. ceny, np. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 17.06.2019 r. (XXIII Ga 148/19 - sprawa ze skargi na wyrok KIO z dnia 18.12.2018 r. ws. KIO 2366/18). Wobec tego, złożone przez Wykonawcę uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa powinno być ocenione przez Izbę pod kątem jego zasadności. W szczególności, czy jest ono konkretne i odnosi się do informacji zawartych w tych wyjaśnieniach, czy podane tam uzasadnienie zostało w jakikolwiek sposób wykazane, udowodnione lub choćby wysoko uprawdopodobnione. Ponadto zbadaniu powinno podlegać to, czy jest jakakolwiek podstawa do poczynienia tego rodzaju zastrzeżenia.

W ocenie Odwołującego 1 przedstawione przez Konsorcjum Egis uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny w żadnym wypadku nie pozwala na zachowanie ich tajności. Wykonawca nie przedstawił wystarczającego uzasadnienia, które mogłoby stanowić podstawę do uznania określonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca ograniczył się wyłącznie do ogólnikowych twierdzeń, w żaden sposób nie wykazując, że określone informacje mają jakąkolwiek wartość gospodarczą. Nie jest bowiem wystarczające jedynie formalne spełnienie przesłanek z art. 11 ust. 2 ZNKU. Z dokonanego zastrzeżenia musi jednoznacznie wynikać wykazanie, że konkretne zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego 1 z całą pewnością nie można zgodzić się z twierdzeniem Egis, jakoby ujawnione informacje mogły zostać wykorzystane przez podmioty konkurencyjne w innych (przyszłych) postępowaniach przetargowych. Należy zwrócić uwagę, że w tym przypadku mamy do czynienia ze zindywidualizowanym zamówieniem (różniącym się od innych zamówień m.in. warunkami realizacji usługi, lokalizacją, infrastrukturą, warunkami geologicznymi i geotechnicznymi czy warunkami środowiskowymi, itp.). W ocenie Odwołującego 1, wobec tego trudno uznać, że takie koszty mogą zostać wykorzystane przez te podmioty w ramach ubiegania się o realizację innej inwestycji. W każdym przypadku proces kalkulacji ceny będzie przebiegał w sposób odmienny, z uwzględnieniem uwarunkowań danego konkretnego zamówienia. Ponadto, zdaniem Odwołującego 1, całkowicie bezzasadne pozostają rozważania Wykonawcy dotyczące zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji handlowych, takich jak marża, stosowane rabaty, szczegółowe warunki umów z dostawcami. Przedmiot zamówienia stanowi wykonanie dokumentacji przedprojektowej (studium techniczno - ekonomiczno - środowiskowe) wobec tego trudno uznać, że będą miały miejsce jakiekolwiek dostawy istotnie wpływające na cenę ofertową Wykonawcy.

W ocenie Odwołującego 1, nie można również zgodzić się z Wykonawcą, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią wynagrodzenie pracowników. Stawki wynagrodzenia na rynku usług projektowych nie różnią się istotnie pomiędzy poszczególnymi wykonawcami. Dodatkowo osoby pracujące w danej branży posiadają wiedzę na temat stawek obowiązujących u innych podmiotów lub bez trudu mogą dotrzeć do takich informacji. Wykonawca, uzasadniając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, powołał się także na porozumienia oraz zniżki korporacyjne obowiązujące w grupie Egis. Poza ogólnymi twierdzeniami, nie przedstawił jednak żadnych dowodów, które mogłyby potwierdzić lub co najmniej uprawdopodobnić ten fakt. Jednocześnie, skoro Wykonawca działa w ramach międzynarodowej grupy kapitałowej, Odwołujący 1 nie powinien stanowić dla Egis istotnej konkurencji. Wobec tego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest bezprzedmiotowe. Odwołujący 1 powołał się na wyrok KIO z dnia 4.09.2019 r. o sygn. akt: KIO 1626/19; 1628/19.

Odwołujący 1 zwrócił również uwagę na to, że choć Konsorcjum Egis załączyło do wyjaśnień z dnia 12.04.2021 r. dokument pn. Polityka bezpieczeństwa informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w Egis Poland sp. z o.o., to jednak dokument ten odnosił się do zasad obowiązujących wyłącznie u Lidera Konsorcjum Egis. Wykonawca w żaden sposób nie wykazał natomiast, by podobnie środki bezpieczeństwa, co do informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zostały wdrożone przez pozostałych Partnerów Konsorcjum, tj.

Egis Rail S.A. oraz Jaf-Geotechnika sp. z o.o. Zresztą także całe zastrzeżenie de facto odnosi się tylko do Lidera i w żaden sposób nie referuje do kwestii tajemnicy przedsiębiorstwa i jej ochrony u pozostałych konsorcjantów.

W ocenie Odwołującego 1 biorąc pod uwagę, że to na Wykonawcy spoczywa ciężar dowodowy wykazania, że spełnione zostały wszystkie przesłanki art. 11 ust. 2 ZNKU, należy stwierdzić, że we wskazanym powyżej zakresie Wykonawca nie sprostał temu ciężarowi.

Ponadto Odwołujący 1 wskazał, że niemal identycznym uzasadnieniem objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny posłużył się wykonawca Egis Poland sp. z o.o. w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. Dostosowanie stacji Krzyż do parametrów sieci bazowej TEN-T w ramach projektu pn. „Prace przygotowawcze dla wybranych projektów (numer postępowania 9090/1REZA5/23421/06529/20/P), które to postępowanie prowadzone było przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Dowód: zastrzeżenie wyjaśnień ws. ceny ofertowej z dnia 15.02.2021 r. (załącznik do niniejszego odwołania). Również w tym postępowaniu zaskarżone zostało przed KIO zaniechanie odtajnienia złożonych przez Egis Poland sp. z o.o. wyjaśnień rażąco niskiej ceny (pismo z dnia 15.02.2021 r.). Wyrokiem z dnia 26.05.2021 r., wydanym w wyżej opisanej sprawie (KIO 1179/21), Izba zakwestionowała prawidłowość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedstawionych przez wykonawcę Egis Poland sp. z o.o. pismem z dnia 15.02.2021 r., nakazując ich odtajnienia w całości wraz ze wszystkimi załącznikami. W ocenie Odwołującego 1, biorąc pod uwagę skalę podobieństw między oba uzasadnieniami objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa (a właściwie niemal identyczne ich brzmienie), również na gruncie niniejszego postępowania powinno zapaść rozstrzygnięcie o odtajnieniu wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych 12.04.2021 r. (wraz z załącznikami i dalszą korespondencją w sprawie - tj. wraz z wyjaśnieniami uzupełniającymi).

W ocenie Odwołującego 1 jedynym celem utajnienia przez Wykonawcę wyjaśnień dotyczących ceny ofertowej było uniemożliwienie konkurencyjnym wykonawcom skontrolowania prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej, a tym samym weryfikacji, czy zaoferowana przez Wykonawcę cena nie jest ceną rażąco niską. W ocenie Odwołującego 1 lakoniczność merytorycznej części zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie pozwala na uznanie, że zastrzeżenie to zostało dokonane skutecznie. Odwołujący 1 wskazał jednocześnie, że w przypadku gdy wyjaśnienia z dnia 12.04.2021 r. wraz z załącznikami (dowodami) zostaną odtajnione, wówczas Odwołujący 1 powinien mieć możliwość naprowadzenia nowego środka ochrony prawnej, w zakresie w jakim informacje te będą stanowić jego podstawę.

Zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia wykazu osób — załącznik nr 2 do IDW oraz załącznik nr 5 do IDW.

Odwołujący 1 wskazał, że Konsorcjum Egis zastrzegło również tajemnicą przedsiębiorstwa złożone przez siebie wykazy osób - załącznik nr 2 Wykaz Osób dla kryteriów oceny ofert oraz załącznik nr 5 — Wykaz Osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia. Dowód: zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wykazów osób (pismo z dnia 23.03.2021 r. w załączeniu do niniejszego odwołania). Wykonawca wskazał, że informacje zawarte w obu wykazach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ pokazują, jakim personelem zamierza on obsadzić kluczowe stanowiska przy realizacji zamówienia i w jaki sposób Wykonawca nawiązuje z tymi osobami stosunki umowne. Dalej Wykonawca uzasadnia, że ujawnienie tych informacji pozwoliłoby prześledzić konkurencyjną aktywność Wykonawcy na rynku zamówień publicznych, w tym prognozować, w jakich postępowaniach Wykonawca złoży ofertę. Zdaniem Konsorcjum Egis konkurencyjni wykonawcy, dysponując tymi informacjami, mają ułatwioną decyzję np. co do tego, jaki poziom własnej marży założyć w danym postępowaniu ze względu na stopień konkurencyjności. Mają również ułatwioną drogę do „podkupienia” zasobów kadrowych Wykonawcy, które do zasoby - przy profilu działalności, związanej z usługami konsultingowymi stanowią najważniejszy kapitał Wykonawcy i gwarantują mu pozycję konkurencyjną na rynku.

Odwołujący 1 wskazał, że Konsorcjum Egis w żaden sposób nie wykazało związku między ujawnieniem informacji, zawartych w utajnionych wykazach osób, a prognozowaniem przez konkurencję, w jakich postępowaniach Wykonawca złoży ofertę oraz jaki poziom marży będzie stosowany w danym postępowaniu. Zarówno na decyzję o uczestnictwie w postępowaniu przetargowym, jak również na decyzję o stosowanych marżach wpływ ma tak wiele różnych czynników (zarówno wewnętrznych związanych z sytuacją danego podmiotu jak również zewnętrznych - związanych z szeroko rozumianą sytuacją rynkową), że akurat dysponowanie określonym zespołem osób zdolnych do wykonania zamówienia niczego nie determinuje bezpośrednio - ani decyzji o złożeniu oferty w danym postępowaniu, a już na pewno nie ma bezpośredniego przełożenia ma wysokość marży stosowanej przez konkurencję. Sam fakt ubiegania się o udzielenie zamówienia przez określony podmiot w określonych branżowo postępowaniach, jest taką samą podstawą do domysłów i domniemań o potencjalnym jego zainteresowaniu innymi podobnymi postępowaniami, jak informacja o posiadanym przez niego zespole kadrowym.

Odnosząc się do kwestii „podkupienia” pracowników przez konkurencję, Odwołujący 1 wskazał, że każdy przedsiębiorca dysponuje odpowiednimi instrumentami (płacowymi, organizacyjnymi i innymi), mającymi na celu utrzymanie stworzonego przez siebie zespołu eksperckiego w niezmiennym składzie. Sama obawa przed zmianami kadrowymi w tym zespole, nie może przesądzać o istnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie składu osobowego tegoż zespołu oraz nt. posiadanego przez poszczególne osoby doświadczenia. Zwłaszcza że wbrew twierdzeniom Konsorcjum Egis, pozyskanie informacji na temat osób pracujących czy współpracujących z tym podmiotem, zajmowanych przez nich stanowiskach i posiadanym doświadczeniu zawodowym nie nastręcza większych trudności w dobie dzisiejszej skali obiegu informacji w Internecie. Kwestia „podkupowania” pracowników przez konkurencję, nie zasługuje na ochronę również w świetle orzecznictwa KIO (por. wyrok z dn. 06.02.2017 r., KIO 102/17, KIO 110/17). Co więcej argumentacja przedstawiona przez Konsorcjum Egis godzi wręcz w interes publiczny, ponieważ ogranicza rotację na rynku osób z wymaganymi kwalifikacjami i doświadczeniami. W szczególności odnosi się to do osób posiadających odpowiednie wykształcenie, kwalifikacje, uprawnienia zawodowe. Podkreślić należy, że rotacja w zatrudnieniu osób wpisuje się z jednej strony w podnoszenie poziomu świadczenia usług przez poszczególnych wykonawców, a z drugiej strony stanowi normalny element wolności pracowniczej do zmiany pracodawcy.

W ocenie Odwołującego 1 informacje zawarte w zastrzeżonych przez Konsorcjum Egis wykazach osób nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, zwłaszcza że informacje te dotyczą tylko kilku pracowników/współpracowników Wykonawcy i tylko określonego zakresu ich doświadczenia zawodowego, ściśle związanego z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego w zakresie warunków udziału w postępowaniu, które nie definiują szczególnie unikatowego i rzadko występującego doświadczenia w określonej specjalizacji. Co więcej, nawet gdyby dane pracowników uznać za informacje handlowe, w świetle dokonanych przez Odwołującego 1 ustaleń nie można zgodzić się, jakoby Wykonawca podejmował czynności, mające zapewnić bezpieczeństwo tym informacjom czy też, aby nie zostały one ujawnione publicznie. Odwołujący 1 wskazał, że chociaż Wykonawca powołuje się w treści wyjaśnień na podjęte środki, mające na celu zachowanie niejawnego charakteru informacji, zastrzeżonych w postępowaniu jako tajemnica przedsiębiorstwa, to jednak nie przywołuje w tym zakresie żadnego dowodu. Wykonawca w żaden sposób nie dowiódł również (występującego rzekomo powszechnie) zjawiska przejmowania pracowników jako bezpośredniego następstwa ujawnienia w postępowaniach przetargowych informacji nt. osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz opisu ich doświadczenia. Powoływanie się na rzekome trudności dowodowe w tej kwestii jest niewiarygodne, a argument ten służy jedynie temu, aby sprawić wrażenie, że takie zdarzenia

miały rzekomo miejsce, pomimo braku jakichkolwiek dowodów. Argumentacja Wykonawcy pozostaje w tym zakresie ogólnikowa i zupełnie gołosłowna. Odwołujący 1 powołał się na wyrok KIO z dnia 13.03.2017 r. o sygn. akt: KIO 385/17.

W ocenie Odwołującego 1 zastrzeżenie przez Konsorcjum Egis tajemnicy przedsiębiorstwa wobec obu wykazów osób jest nieskuteczne i ma na celu wyłącznie ograniczyć możliwość zweryfikowania przez konkurencję kwestii spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz zweryfikowania prawidłowości oceny oferty przez Zamawiającego w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert. W tym stanie rzeczy dokumenty te winny zostać odtajnione przez Zamawiającego w całości.

Odwołujący 1 wskazał, że uwzględnienie zarzutu zaniechania odtajnienia i udostępnienia wszystkich wyżej wskazanych dokumentów musi być połączone z unieważnieniem czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Zauważyć bowiem należy, że ocena skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest jednym z elementów oceny ofert i nie może być oceniana w oderwaniu od tej właśnie czynności. Co więcej, niewątpliwie wadliwa ocena dokonana przez Zamawiającego ma wpływ na wynik postępowania, albowiem uniemożliwia innym wykonawcom zweryfikowanie prawidłowości konkurencyjnych ofert, a tym samym skuteczne korzystanie ze środków ochrony prawnej, w tym przypadku zarówno w zakresie kwestionowania ceny pod kątem jej rażąco niskiego charakteru, jak i czynu nieuczciwej konkurencji oraz w zakresie spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i przyznania złożonej przez niego ofercie punktacji w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert. W ocenie Odwołującego 1, przyjęcie przeciwnego poglądu byłoby sprzeczne z zasadą państwa prawa jak i przepisów unijnych. Podkreślenia wymaga, iż państwo polskie zobowiązane jest do zapewnienia wykonawcom realnych środków ochrony prawnej i możliwości ich składania w odpowiednich terminach (por. wyrok TSUE z dnia 28.01.2010 w sprawie Uniplex C-406/08 oraz wyrok TSUE z dnia 12.01.2002 r. ws. Universale - Bau C-47). Oznaczałoby to bowiem, że pomimo bezpodstawnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, de facto nie ma możliwości skutecznego składania odwołania skierowanego przeciwko ofercie podmiotu utajniającego swoją ofertę (jej część). Nie da się bowiem składać skutecznego odwołania niejako „w ciemno”.

Sygn. akt: KIO 1605/21

W dniu 27 maja 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Multiconsult Polska sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, Arcadis sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,

Transprojekt Gdański sp. z o.o., z siedzibą w Gdańsku, IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu (dalej „**Odwolujący 2**”) zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Egis Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Egis Rail S.A. z siedzibą w Lyon, Francja, Jaf-Geotechnika sp. z o.o. z siedzibą w Trzcينicy (dalej zwanych łącznie "Konsorcjum Egis"), mimo iż podmiot udostępniający Konsorcjum Egis zasoby oraz będący jego podwykonawcą w zakresie branży prognozy ruchu - Databout sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej zwana „Databout”) opracował Pasażerski Model Transportowy tj. dokument, który w sposób znaczący wpływa na realizację zamówienia, a jego opracowanie miało bezpośredni wpływ na przygotowanie postępowania i złożoną przez Konsorcjum Egis ofertę, a nie zostało udowodnione, że jego udział w Postępowaniu nie zakłóci konkurencji; ewentualnie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Egis do udowodnienia, że fakt, iż powołuje się ono na zasoby Databout i zamierza korzystać z podwykonawstwa tego podmiotu, nie zakłóci konkurencji, pomimo iż Databout opracowała Pasażerski Model Transportowy tj. dokument w sposób znaczący wpływający na realizację zamówienia i złożoną przez Konsorcjum Egis ofertę;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Konsorcjum Egis, mimo iż w dołączonym do oferty JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby Databout wskazano, że Databout nie brała udziału w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, podczas gdy opracowała ona Pasażerski Model Transportowy tj. dokument, który w sposób znaczący wpływa na realizację zamówienia, a jego opracowanie miało bezpośredni wpływ na przygotowanie postępowania i złożoną przez Konsorcjum Egis ofertę, a nie zostało udowodnione, że nie zakłóci to konkurencji, czym w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił powyższe informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny braku podstaw do wykluczenia ww. wykonawcy;
- 3) art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Egis do złożenia wyjaśnień w zakresie usługi z poz. 1 Wykazu usług z dnia 7 maja 2021 r. wykonanej na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., pomimo że usługa ta została wykonana w ramach konsorcjum, w skład którego wchodziły 4 podmioty, a z Wykazu ani z

przedstawionych referencji nie wynika zakres wykonany przez członków Konsorcjum Egis, a zatem przedłożone dokumenty nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu,

- 4) art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (dalej: „uznk”) poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami złożonych przez Konsorcjum Egis, mimo że zastrzeżone przez Konsorcjum Egis informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący 2 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Egis jako oferty najkorzystniejszej, dokonania powtórnej czynności oceny i badania ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu; wezwania Konsorcjum Egis do złożenia wyjaśnień w zakresie poz. 1 Wykazu usług; odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu 2 dokumentów objętych przez Konsorcjum Egis ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wraz z wszelkimi ewentualnymi załącznikami; wykluczenia Konsorcjum Egis z postępowania i odrzucenie jego oferty; ewentualnie, wezwanie Konsorcjum Egis do udowodnienia, że powoływanie się na zasoby Databout (która opracowała Pasażerski Modelu Transportowy) i korzystanie z niej jako podwykonawcy nie zakłóci konkurencji.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów, Odwołujący 2 wskazał, co następuje:

Zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Egis i zaniechania wezwania do udowodnienia, że nie doszło do zakłócenia konkurencji

Odwołujący 2 wskazał, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się „wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.” Przepis ten stosuje się analogicznie do podmiotów udostępniających zasoby i będących podwykonawcami. Odwołujący 2 powołał się na wyrok KIO z dnia 14 maja 2019 r., sygn., akt: KIO 765/19.

Konsorcjum Egis dołączyło do oferty m.in. Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) dot. podmiotu udostępniającego zasoby - Databout sp. z o.o. (dalej jako: „Databout”). Stosownie do Części III: Podstawa wykluczenia, sekcja C przedmiotowego JEDZ na pytanie "Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał(-o) instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był(-o) w inny sposób zaangażowany(-e) w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia? Databout udzielił odpowiedzi "Nie", przy czym informacja ta nie jest zgodna ze stanem faktycznym.

Odwołujący 2 wskazał, że zgodnie z pkt 2.1 .2.2. ppkt 2 OPZ po podpisaniu umowy Zamawiający przekaże Wykonawcy „Pasażerski Model Transportowy w formacie . ver wraz z Raportem Technicznym. Jest to czterostopniowy model makrosymulacyjny wspomagający proces planowania transportu i wykonywania analiz transportowych. Model obejmuje całe terytorium Polski oraz obszary przygraniczne (ponad 2800 rejonów komunikacyjnych). Umożliwia on wykonywanie sieciowych prognoz ruchu (dla średniodobowego ruchu rocznego) z uwzględnieniem transportu kolejowego, drogowego i lotniczego. W ramach PMT Wykonawca otrzyma również prognostyczny rozkład jazdy pociągów obejmujący przebieg linii komunikacyjnych wraz z punktami zatrzymań handlowych i godzinami odjazdów. Przekazane pliki obejmować będą model stanu istniejącego oraz modele dla horyzontów prognostycznych. Udostępnienie modelu Wykonawcy nastąpi wskazanym w Harmonogramie stanowiącym Załącznik nr 5.”

Autorem Pasażerskiego Modelu Transportowego, o którym mowa powyżej jest Databout (o czym Databout informuje na swojej oficjalnej stronie internetowej) czyli podmiot udostępniający Konsorcjum Egis zasoby i będący jego podwykonawcą w zakresie branży prognozy ruchu. O ile Pasażerski Model Transportowy nie stanowił elementu dokumentacji postępowania, o tyle jego znajomość i wiedza uzyskana na etapie jego opracowania miały znaczący wpływ na przygotowanie postępowania (w zakresie np. szacowania wartości zamówienia i opisu przedmiotu zamówienia), a także na przygotowanie oferty w Postępowaniu i dawały możliwość sporządzenia jej na bardziej korzystnych warunkach. Zgodnie z treścią ofert Konsorcjum Egis Databout będzie podwykonawcą w zakresie branży prognozy ruchu, a ze zobowiązania Databout do udostępnienia zasobów wynika, że Databout zobowiązał się do udostępniania osoby zdolnej do wykonania zamówienia i spełniającej wymagania SIWZ, która będzie pełniła funkcję Koordynatora Grupy Roboczej Prognozy Ruchu (rozdz. VI ust. 1 pkt 4 lit. b) siwz). Koordynator Grupy Roboczej Prognozy Ruchu będzie więc odpowiadał za znaczną część przedmiotu zamówienia. Co więcej, zgodnie z treścią oferty Konsorcjum Egis Databout będzie podwykonawcą w zakresie branży prognozy ruchu. Podkreślenia wymaga, że wskazany w OPZ zakres dotyczący prognozy

ruchu nierozzerwalnie wiąże się z konieczności korzystania z Pasażerskiego Modelu Transportowego.

Zdaniem Odwołującego 2, przy kalkulacji ceny oferty Konsorcjum Egis musiało więc wziąć pod uwagę cenę oferty jaką otrzymało od Databout w zakresie udostępnienia Koordynatora Grupy Roboczej Prognozy Ruchu. Cena oferty Databout była z kolei bezpośrednio powiązana z przygotowanym przez ten podmiot Pasażerskim Modelem Transportowym - podmiot ten, dokonując wyceny miał świadomość zakresu jaki będzie zobowiązany wykonać oraz jaki będzie mógł pominąć z uwagi na znajomość Pasażerskiego Modelu Transportowego (istotne jest, że wykonawcy, którym Model nie został udostępniony wycenę oferty w tym zakresie musieli oprzeć w dużej mierze na szacowaniu ryzyka). Databout jako podmiot, który przygotował Pasażerski Model Transportowy miał realną i aktualną wiedzę na temat faktycznych kosztów związanych z realizacją zakresu, za jaki będzie odpowiedzialny Koordynator Grupy Roboczej Prognozy Ruchu, w przeciwieństwie do pozostałych wykonawców, którym Zamawiający przed upływem terminu składania ofert nie udostępnił Pasażerskiego Modelu Transportowego.

Odwołujący 2 wskazał, że w doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że ocena, czy doszło do uprzywilejowania wykonawcy korzystającego przy sporządzaniu oferty z wiedzy osób uczestniczących w czynnościach na etapie przygotowania postępowania, zależy od okoliczności konkretnej sprawy. Jeżeli wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania dała przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co miał on możliwości przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiadał informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia, przez co miał możliwość głębszej analizy przedmiotu zamówienia, udział wykonawcy będzie mógł być oceniony jako naruszający zasady uczciwej konkurencji. Skoro przesłanki wykluczenia wykonawców stosuje się analogicznie do podmiotów użyczających potencjał, to tym samym uprzywilejowanie pozycji oraz posiadanie informacji dodatkowych burzących równowagę konkurencyjną powinno być badane także w odniesieniu do tych podmiotów. Oczywiście jest, że skoro podmiot trzeci ma większą wiedzę niż każdy inny podmiot biorący udział w Postępowaniu, w tym wykonawcy, to użyczenie przez niego potencjału i realizacja części zamówienia daje wykonawcy korzystającemu z takiego podmiotu przewagę w sposobie wyceny oferty i realizacji zamówienia, ograniczając ryzyka kontraktowe. Ponieważ w zamówieniach na usługi podmiot użyczający potencjał bierze udział w realizacji części zamówienia, to tym samym pośrednio wywiera wpływ na kształt i cenę oferty wykonawcy, a następnie na sposób realizacji zamówienia. Dzięki jego „nadprogramowej” wiedzy dochodzi do naruszenia konkurencji już na etapie przygotowywania oferty w postaci korzystniejszej

wyceny kosztów i ryzyka, a także na etapie samej realizacji zamówienia. Udział w realizacji zamówienia podmiotu trzeciego, który będzie realizował istotną część przedmiotu zamówienia bez wątplenia kształtuje ofertę wykonawcy (w tym zakresie ceny) i rzutuje na jego pozycję w postępowaniu, wpływa także na etap realizacji znacząco ograniczając ryzyka kontraktowe po stronie wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego 2, w przedmiotowym stanie faktycznym okoliczność, że Databout opracowała Pasażerski Model Transportowy, spowodowała, że podmiot ten miał niewątpliwą przewagę konkurencyjną nad wykonawcami, którzy złożyli oferty w Postępowaniu, w tym przede wszystkim w zakresie szacowania nakładu pracy i kosztów realizacji zamówienia. Z uwagi na to, że Databout udostępniła zasoby Konsorcjum Egis, to wykonawca ten stał się beneficjentem tej przewagi. Jeden z zasadniczych elementów prac planistycznych opartych o modelowanie ruchu stanowi etap kalibracji modelu. Zwykle zajmuje to dużą część czasu przeznaczanego na realizację projektu, związane jest to bowiem z koniecznością rozpoznania dokładności modelu, oszacowania liczby punktów pomiarowych koniecznych do wykonania pomiaru uzupełniającego oraz oszacowania czasu, jaki należy poświęcić w celu osiągnięcia wymaganej dokładności modelu. Znajomość procedur obliczeniowych oraz struktury modelu niewątpliwie ułatwia również oszacowanie czasu potrzebnego do konstrukcji wariantów inwestycyjnych. Przykładowo wykonawca, który nie ma dostępu do Pasażerskiego Modelu Transportowego musi uwzględnić podczas kalkulacji ceny oferty wynagrodzenie osób odpowiedzialnych za rozpoznanie modelu ruchu. Pomimo że jest to zakres prac, który nie wpływa na postępy prac projektowych, to jego wykonanie jest niezbędne, prace te służą bowiem poprawnemu wykorzystaniu modelu w pracach analitycznych. Brak rozpoznania modelu ruchu może przyczynić się do błędnego opracowania studium. Twórca modelu zna charakterystykę sieciowa modelu, w tym poziom szczegółowości obszaru analizy, sposób podłączenia konektorów rejonów do sieci, zna sposób wprowadzania zmiennych objaśniających, zna mechanizm obliczania generacji ruchu rejonów. Wszystko to wymaga poznania i nauki u pozostałych wykonawców, co przekłada się na dłuższy czas realizacji i większe koszty. Podmiot, który posiada wiedzę zdobytą na etapie opracowywania Pasażerskiego Modelu Transportowego oraz dysponuje tym dokumentem, nie musi ponosić kosztów związanych z tym zakresem - model ruchu jest mu bowiem znany, a co za tym idzie, w takim przypadku czas trwania prac projektowych ulega odpowiedniemu skróceniu. Analogicznie zmniejszeniu ulegają również koszty realizacji zamówienia, bowiem nie ma konieczności wliczania w cenę oferty wynagrodzenia osób, które będą zajmowały się rozpoznawaniem modelu ruchu (a nawet jeśli, to zakres ten jest nieporównywalnie mniejszy niż w przypadku wykonawców nieposiadających wiedzy wynikającej z opracowania Pasażerskiego Modelu Transportowego).

Odwołujący 2 wskazał, że zgodnie z pkt 4.2.2. OPZ „Wykonawca przeanalizuje zebrane oraz otrzymane dane od Zamawiającego i opisz je w kontekście analizowanego Projektu inwestycyjnego. Wykorzystując zaktualizowany model o zwiększonej dokładności dla obszaru prognozy Wykonawca uruchomi wszystkie procedury obliczeniowe dla stanu istniejącego. Następnie skonfrontuje uzyskane wyniki z zebranymi wcześniej danymi oraz sformułuje wnioski dotyczące charakterystyki systemu transportowego w obszarze prognozy.” W przypadku autora Modelu powyższe elementy zostały już w zasadzie wykonane, gdyż większość danych przekazywane od Zamawiającego podmiot ten już posiada, procedury obliczeniowe nie są dla niego nowością i zostaną wykorzystane w sposób biegły, niewymagający procesu poznawczego. Również charakterystyka systemu transportowego w obszarze prognozy w ujęciu modelowym jest na znacznie wyższym poziomie poznawczym niż u konkurencji.

Odwołujący 2 wskazał, że w pkt 4.2.4. OPZ wskazano, że „W modelu badane będą tzw. scenariusze, czyli kombinacje horyzontów czasowych i wariantów rozwoju infrastruktury.” Zdaniem Odwołującego 2, że scenariusze prognostyczne udostępnione przez Zamawiającego, zostały utworzone według pewnych założeń bazowych, znanych wykonawcy Modelu - Databout. Wobec tego Databout również w tym zakresie ma przewagę nad podmiotami, które nie opracowywały Pasażerskiego Modelu Transportowego. Databout nie musi poświęcać czasu na zapoznanie się z procesem tworzenia horyzontów, co jest istotne w świetle ewentualnych zmian tych horyzontów, a zatem niezbędne do wykonania przez wykonawców, którzy nie opracowywali Modelu. Databout posiada ponadto wiedzę w zakresie mechanizmu wprowadzania nowych rejonów, który polega na znajomości kluczowych zmiennych objaśniających, wrażliwych w procesie obliczeń generacji ruchu, co nie jest znane innym podmiotom (pkt 4.2.4. OPZ). Znajomość Pasażerskiego Modelu Transportowego pozwala również na precyzyjne oszacowanie ryzyka wynikającego z niedoskonałości Modelu. Model makroskopowy to bardzo istotne narzędzie w rękach projektantów, które stanowi nieocenioną pomoc we właściwym oszacowaniu wielkości potrzebnej infrastruktury transportowej. Należy mieć jednak na uwadze, że to jest jedynie „model”, a więc stanowi on obraz rzeczywistości często niedoskonały i wymagający korekt już na etapie wykonywania konkretnego projektu. Znajomość tych niedoskonałości oraz świadomość w którym miejscu mogą się one pojawić pozwala na precyzyjne oszacowanie ryzyka związanego z wydłużeniem czasu pracy nad projektem lub nawet wyeliminowanie tego zakresu z wyceny. Fakt, że Databout jest autorem Pasażerskiego Modelu Transportowego powoduje, że jego doszczegółowienie (obowiązek ten wynika z pkt 4.2.2. OPZ) podmiot ten będzie w stanie wykonać szybciej. Podmiot ten ma już bowiem wiedzę jaki

zakres wymaga uszczegółowienia (np. w zakresie jakich dróg i jakich przebiegów tras konieczne jest doszczegółowienie, co było ujęte w Modelu, a czego zabrakło, w jaki sposób zwiększyć dokładność ruchu, jak zmienić rozkład ruchu w modelu transportowym). Uszczegółowienie modelu polega na pracy iteracyjnej, czyli polegającej na wielokrotnych zmianach parametrów modelu, przeliczaniu i weryfikowaniu jak te zmiany wpływają na wynik, co jest procesem bardzo czasochłonnym. W ocenie Odwołującego 2, najbardziej czasochłonnym etapem w całym procesie analitycznym jest kalibracja. Wiedzę na temat efektów kalibracji Modelu daje ogromną przewagę nad konkurencją i pozwala z większą dokładnością oszacować cenę oferty. Odwołujący 2 wskazał, że orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza, że użyte w art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, pojęcie „przygotowanie postępowania” jest pojemne znaczeniowo i nie ogranicza się do opisu przedmiotu zamówienia. Wobec tego udział w „przygotowaniu postępowania”, jak również związek przyczynowy pomiędzy tym udziałem a zakłóceniem konkurencji powinien być badany na tle każdego stanu faktycznego odrębnie. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 maja 2020 r., sygn. akt: KIO 440/20 wskazała, że „Oceny w tym zakresie (w zakresie wpływu udziału w przygotowaniu postępowania na zakłócenie konkurencji - przyp. wł.) każdorazowo należy dokonywać ad casum z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy. W szczególności należy zbadać, czy wiedza zdobyta przez wykonawcę w związku z przygotowaniem postępowania doprowadziła do jego przewagi w stosunku do pozostałych uczestników postępowania, w szczególności do możliwości przygotowania oferty na lepszych warunkach lub uzyskania informacji mających znaczenie dla wykonania umowy, które nie wynikają z dokumentacji postępowania i nie są możliwe do uzyskania w ramach danego postępowania.”

W ocenie Odwołującego 2, w przedmiotowym stanie faktycznym przygotowanie przez Databout Pasażerskiego Modelu Transportowego, a następnie zadeklarowanie bycia podwykonawcą w zakresie branży prognozy ruchu oraz udostępnienie Konsorcjum Egis Koordynatora Grupy Roboczej Prognozy Ruchu, który zgodnie z rozdz. VI ust. 1 pkt 4 lit. b) SIWZ ma posiadać doświadczenie polegające na wykonaniu min. 2 Dokumentacji Wstępnych obejmujących prognozy ruchu dla infrastruktury liniowej z wykorzystaniem międzynarodowego modelu ruchu, bez wątplenia należy rozpatrywać w kontekście udziału w przygotowaniu postępowania prowadzącego do naruszenia konkurencji. Jak wprost wskazano w OPZ, Pasażerski Model Transportowy wspomaga planowanie transportu i wykonywanie analiz transportowych, umożliwia wykonywanie sieciowych prognoz ruchu, zawiera prognostyczny rozkład jazdy pociągów - informacja ta mają duże znaczenie z punktu widzenia opracowania studium techniczno-ekonomiczno środowiskowego, które jest przedmiotem zamówienia. Databout będąc autorem Pasażerskiego Modelu Transportowego miało informacje na temat założeń oferty przewozowej zawartej w Modelu (co pozwala

dokładniej określić czas wykonania i budżet w zakresie każdej stacji), procedur obliczeniowych, informacji na temat ogólnej architektury modelu czy prognozowanej liczby pasażerów. W ust. 4.1 .3.1. OPZ wskazano, że „W ramach udostępnionego Pasażerskiego Modelu Transportowego, Zamawiający przedstawi proponowane do ujęcia w definicji wariantu bezinwestycyjnego zmiany w systemie transportu drogowego i kolejowego o znaczeniu ponadlokalnym. ” W związku z tym, że Databout znał założenia Modelu, był w stanie z większym prawdopodobieństwem oszacować czas pracy i koszty związane ze zmiany w systemie transportu drogowego i kolejowego (a nawet je zredukować). Databout dysponowała więc dużo bardziej szczegółową wiedzą niż wykonawcy, którym Model nie został udostępniony na etapie przygotowania oferty. Z uwagi na to, że Databout będzie realizował zakres zamówienia w części związanej bezpośrednio z Pasażerskim Modelem Transportowym (z uwagi na podwykonawstwo w zakresie branży prognozy ruchu oraz udostępnienie Koordynatora Grupy Roboczej Prognozy Ruchu), należy uznać to za przewagę konkurencyjną Konsorcjum Egis względem pozostałych wykonawców. Wycena tego zakresu zamówienia została bowiem wykonana przez podmiot, który ma w tym zakresie najlepszą i najbardziej aktualną wiedzę, zna ewentualne mankamenty Modelu i będzie w stanie je szybko wyłapać, w przeciwieństwie do pozostałych wykonawców, którym Model zostanie udostępniony dopiero po zawarciu umowy (ewentualnie istniała możliwość wystąpienia do Zamawiającego o udostępnienie Modelu w trybie licencyjnym, ale proces ten był bardzo długi i nie doprowadził do udostępnienia Modelu przed upływem terminu składania ofert), a więc zapoznanie się z jego funkcjonowaniem, ewentualna aktualizacja i zlokalizowanie ewentualnych uchybień musiałby odbywać się po rozstrzygnięciu przetargu lub na etapie realizacji zamówienia, co ma wpływ nie tylko na czas, ale również na koszty realizacji zamówienia. Databout jest w stanie szybko zidentyfikować zmiany jakie należy wprowadzić w infrastrukturze, ma wiedzę na temat tego jakie efekty daje kalibracja Modelu, jakie założone przyjmowano na etapie tworzenia Modelu, zna zakres modyfikacji w obszarze prognozy.

Zdaniem Odwołującego 2, w wyniku udziału Databout w Postępowaniu (jako podmiot udostępniający Konsorcjum Egis zasoby i podwykonawca w zakresie branży prognozy ruchu) bez wątpienia doszło do zakłócenia konkurencji. Informacje, jakie Konsorcjum Egis uzyskało od Databout oraz jakie zostały wykorzystane przez Databout do przygotowania oferty dla Konsorcjum Egis miały znaczący wpływ na przygotowanie i kalkulację ceny oferty, o czym świadczy poziom zaoferowanej przez Konsorcjum Egis ceny, która jest prawie o 40% niższa od kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i o prawie 50% niższa od średniej cen wszystkich ofert. Konsorcjum Egis posiadając bardziej

szczegółową wiedzę na temat przedmiotu zamówienia mogło zrezygnować z wyceny ryzyk, których pozostali wykonawcy nie mogli pominąć.

W ocenie Odwołującego 2, art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp zawiera domniemanie prawne, zgodne z którym każdy udział wykonawcy (lub osoby, z której wykonawca korzysta) w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powoduje zakłócenie konkurencji w danym postępowaniu. Wyłączenie tego domniemania może nastąpić jedynie poprzez przedstawienie przez wykonawcę sposobu wyeliminowania zakłócenia konkurencji (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 lipca 2019 r., sygn. akt: KIO 1120/19). Domniemanie to wskazuje, że udział w przygotowaniu postępowania dał przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co ma on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach lub posiada informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia, co zaburza konkurencję. Zatem domniemanie dotyczące zaburzenia konkurencji trwać będzie tak długo, aż zostanie obalone przez wykonawcę, do czego w przedmiotowym stanie faktycznym nie doszło. Pomimo, że Zamawiający miał świadomość, że Databout przygotowywał Pasażerski Model Transportowy (został on bowiem przygotowany na jego zlecenie), nie wezwał on Konsorcjum Egis do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 24 ust. 10 Pzp, nie podjął również próby wyjaśnienia przyczyn podania przez Databout w JEDZ informacji o braku udziału w przygotowaniu postępowania.

Odwołujący 2 wskazał, że z protokołu Postępowania wynika, że Zamawiający nie brał nawet pod uwagę, że w Postępowaniu może uczestniczyć podmiot zaangażowany pośrednio w przygotowanie postępowania i nie podjął na tę okoliczność jakichkolwiek środków mających na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji (ust. 3 pkt 2 protokołu). Zamawiający nie podjął również próby wyeliminowania możliwości zakłócenia konkurencji - nie udostępnił on wszystkim wykonawcom Pasażerskiego Modelu Transportowego, pomimo że Odwołujący już od 11 grudnia 2020 r. kierował w tej sprawie wnioski do Zamawiającego (z uwagi na to, że procedowanie umów licencyjnych było procesem czasochłonnym Model został udostępniony Odwołującemu 2 dopiero po upływie terminu składania ofert). Wiedza związana z Pasażerskim Modelem Transportowym umożliwiła Databout określenie rozmiarów zamówienia i szczegółowych kosztów z nim związanych oraz potencjalnych ryzyk związanych z procesem przygotowywania studium. Podmiot zaangażowany w wykonanie Pasażerskiego Modelu Transportowego zna bowiem jego „słabe strony”, jak również posiada wiedzę na temat jego ewentualnych mankamentów. Wiedza w tym zakresie pozwoliła Databout, a w konsekwencji również Konsorcjum Egis skalkulować z większym stopniem dokładności ryzyka związane z wykonaniem zamówienia, oszacować bardziej precyzyjnie

czas niezbędny na wykonanie zamówienia i liczbę osób, które będą niezbędne do realizacji studium. Powyższe bez wątpienia ułatwiło Konsorcjum Egis przygotowanie oferty. Konsorcjum Egis było więc w pozycji uprzywilejowanej względem pozostałych wykonawców z uwagi na wpływ istotnych informacji uzyskanych w toku wykonywania czynności poprzedzających Postępowanie - przygotowania Pasażerskiego Modelu Transportowego - co dało mu możliwość sporządzenia oferty na korzystniejszych warunkach. W świetle powyższego nie sposób twierdzić, że w przedmiotowym stanie faktycznym nie doszło do zakłóca konkurencji. Konsorcjum Egis skorzystało bowiem z szerszego zakresu informacji niż wynikał z dokumentacji postępowania dostępnej dla pozostałych wykonawców.

W ocenie Odwołującego 2, mając na uwadze powyższe Konsorcjum Egis powinno zostać wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp ewentualnie Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum Egis na podstawie art. 24 ust. 10 Pzp do udowodnienia, że udział Databout w opracowaniu Pasażerskiego Modelu Transportowego nie zakłócił konkurencji w Postępowaniu.

W ocenie Odwołującego 2, niezależnie od powyższego, Konsorcjum Egis podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp. Konsorcjum Egis złożyło wraz z ofertą JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby - Databout, w którym Databout w odpowiedzi na pytanie "Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał(-o) instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był(o) w inny sposób zaangażowany(-e) w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia?" błędnie wskazał, że „Nie”. W świetle przedstawionych powyżej informacji nie ulega wątpliwości, że jest to niezgodne ze stanem faktycznym Databout przygotowała bowiem Pasażerski Model Transportowy, który miał bezpośredni wpływ na Postępowanie - szacowanie wartości zamówienia, opis przedmiotu zamówienia, wycenę oferty Konsorcjum Egis i realizację zamówienia. Jak wyżej wskazano Model ma wpływ na przygotowanie oferty przez wykonawcę, zawiera bowiem elementy, które pozwalają na obniżenie ceny oferty oraz przyjęcie krótszego czasu realizacji studium. Jak już powyżej wskazano „przygotowanie postępowania” należy rozpatrywać szeroko również jako dysponowanie informacjami, które mają wpływ na przygotowanie oferty i realizację zamówienia. Wobec tego podmiot udostępniający zasoby i Konsorcjum Egis, które dołączyło do swojej oferty JEDZ Databout, przekazały Zamawiającemu informację, która nie jest zgodna ze stanem faktycznym. Okoliczność ta nie powinna być zatajona przez podwykonawcę i wykonawcę, fakt, że Zamawiający na obowiązek stosowania art. 24 ust. 10 Pzp nie zwalnia wykonawcy z konieczności przedstawienia w ofercie rzetelnych informacji. Innymi słowy konieczność

wyczerpania procedury określonej w art. 24 ust. 10 PZP nie wyłącza stosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp.

W ocenie Odwołującego 2, gdyby się okazało, że przygotowanie przez Databout Pasażerskiego Modelu Transportowego nie miało wpływu na ofertę złożoną przez Konsorcjum Egis i nie doprowadziło do zakłócenia konkurencji, to nie ulega wątpliwości, że Databout powinien poinformować w JEDZ o okoliczności przygotowania Pasażerskiego Modelu Transportowego z uwagi na znaczenie, jakie ma on dla wyceny i realizacji przedmiotowego zamówienia. Konsorcjum Egis wypełnia znamiona co najmniej lekkomyślności i niedbalstwa w przedstawianiu informacji Zamawiającemu, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu. Obowiązkiem wykonawcy jest bowiem upewnienie się, czy informacje przekazane Zamawiającemu odpowiadają rzeczywistości, gdyż informacje składane w toku postępowania przetargowego zmierzają do udzielenia zamówienia właśnie temu wykonawcy, który je składa i w związku z tym mają wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje (por. również w wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2018 r. KIO 531/18).

Zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie Wykazu usług.

Odwołujący 2 wskazał, że zgodnie z rozdziałem VI ust. 1 pkt 3 SIWZ „W zakresie warunku określonego w Rozdziale V ust. 2 pkt 3 IDW za spełniających warunek udziału w Postępowaniu zostaną uznani Wykonawcy, którzy wykażą, że posiadają odpowiednie doświadczenie. Wykonawca musi wykazać, że w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie: opracował minimum dwie Dokumentacje Wstępne dla budowy lub przebudowy dwutorowej zelektryfikowanej linii kolejowej o:

- a) zakładanej prędkości projektowej minimum 160 km/h, oraz
- b) długości przynajmniej 50 km z minimum jedną stacją węzłową oraz co najmniej jednym obiektem inżynieryjnym takim jak: most lub tunel, lub wiadukt, oraz
- c) zakładanym obciążeniu ruchu minimum 20 par pociągów na dobę. ”

Zgodnie z rozdziałem VII ust. 8 pkt 3 SIWZ „W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia dokumenty, o których mowa w ust. 8 pkt 2) i 3), Wykonawcy składają łącznie.”

Konsorcjum Egis w celu wykazania spełniania powyższego warunku udziału w postępowaniu, złożyło w dniu 7 maja 2021 r. Wykaz usług wraz z referencjami

potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Z przedłożonych przez Konsorcjum Egis referencji wystawionych przez PKP Polski Linie Kolejowe S.A. wynika, że dokumentacja z poz. 1 Wykazu usług - „Studium wykonalności - dokumentacja przedprojektowa dla "Modernizacji linii kolejowej E 65 - Południe" odcinek Grodzisk Mazowiecki - Kraków/Katowice - Zwardoń/Zebrzydowice - granica państwa zadanie realizowane w ramach projektu nr 2006/PL/16/C/PA/002 oraz projektu "Modernizacja linii E-65/C-E-65 na odcinku Katowice - Czechowice Dziedzice - Zebrzydowice" Programu operacyjnego infrastruktura i środowisko" została wykonana przez Konsorcjum w składzie: Halcrow Group Limited, URS Infrastruktura Environment UK Limited, Egis Poland sp. z o.o. i Egis Rail S.A.

Z przedłożonego przez Konsorcjum Egis Wykazu usług i referencji nie wynika jaki zakres przedmiotowego zamówienia był wykonywany przez poszczególnych członków konsorcjum. Wobec tego na podstawie przedmiotowych dokumentów Zamawiający nie był w stanie ocenić, czy Konsorcjum Egis wykonało zakres, który był wymagany przez Zamawiającego, a co za tym idzie czy Konsorcjum Egis spełnia warunek udziału w postępowaniu. Odwołujący 2 wskazał, że jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum, to w wykazie usług powinien wyraźnie wskazać jaki zakres prac był przez niego zrealizowany, a jeżeli w wykazie usług brak jest takiej informacji, Zamawiający był zobowiązany dążyć do ustalenia faktycznego udziału wykonawcy w realizacji zamówienia. Dopiero na tej podstawie Zamawiający mógł bowiem ocenić, czy przedmiotowa usługa jest zgodna z wymaganiem Zamawiającego, a co za tym idzie czy Konsorcjum Egis spełnia przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu.

Zaniechanie odtajnienia wyjaśnień Konsorcjum Egis

Odwołujący 2 wskazał, że z udostępnionej przez Zamawiającego korespondencji wynika, że w dniu 4 maja 2021 r. Zamawiający poinformował Konsorcjum Egis o zakończeniu procedury badania skuteczności zastrzeżenia przez Konsorcjum Egis tajemnicy przedsiębiorstwa w złożonych przez ten podmiot dokumentach i braku zakwestionowana zastrzeżenia dokonanego m.in. w zakresie wyjaśnień z dnia 12, 16 i 23 kwietnia 2021 r. wraz z załącznikami (kalkulacja ceny, umowa o pracę, oferty podwykonawców). Istotne jest, że korespondencja prowadzona pomiędzy Zamawiającym, a Konsorcjum Egis w toku Postępowania, w tym przedmiotowa informacja z dnia 4 maja 2021 r. została udostępniona Odwołującemu dopiero w dniu 20 maja 2021 r. Wobec tego dopiero od tego dnia Odwołujący 2 miał możliwość kwestionowania zaniechania ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami złożonych przez Konsorcjum Egis.

Odwołujący 2 wskazał, że analiza cen brutto podanych w opublikowanej przez Zamawiającego w dniu 17 maja 2021 r. (a następnie sprostowanej w dniu 19 maja 2021 r.) Informacji z otwarcia ofert prowadzi do wniosku, że cena zaoferowana przez Konsorcjum Egis odbiega od kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia o blisko 40%, z kolei od średniej arytmetycznej złożonych ofert o prawie 50%. Cena zaoferowana przez Konsorcjum Egis odbiega o ponad 16 milionów złotych od ceny zaoferowanej przez Odwołującego 2 (2 pozycja w rankingu). Tak duża różnica cen nie jest spotykana na rynku i budzi uzasadnione podejrzenia co do nieprawidłowości kalkulacji przez Konsorcjum Egis ceny za realizację przedmiotu zamówienia.

Z uwagi na to, że Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu 2 jakiegokolwiek merytorycznej części wyjaśnień ceny złożonych przez Konsorcjum Egis, sformułowanie zarzuty odnoszącego się do braku uwzględnienia w cenie oferty wszystkich wymaganych kosztów nie jest możliwe. Tym niemniej, biorąc pod uwagę różnicę pomiędzy ceną oferty Konsorcjum Egis i cenami ofert pozostały wykonawców, oraz kwotą jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie ulega wątpliwości, że cena oferty Konsorcjum Egis została zaniżona. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 stycznia 2014 r. (sygn. akt: KIO 2875/13) wskazała, że „Prawo nie powinno nikogo zmuszać do czynienia niemożliwego, zatem - jakkolwiek nie można zwolnić odwołującego się wykonawcy od aktywności procesowej w ogóle - w sytuacji zastrzeżenia wyjaśnień ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to od zamawiającego, który uznał zastrzeżenie, należy oczekiwać wykazania w postępowaniu odwoławczym, że udzielone wyjaśnienia wskazują na rzetelne obliczenie ceny oferty.

Zamawiający udostępnił Odwołującemu 2 dokumentację postępowania, z której wynika, że w dniu 31 marca 2021 r. działając na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp zwrócił się do Konsorcjum Egis o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów i obliczeń dotyczących wyliczenia ceny złożonej oferty, w tym przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej popartej dowodami. W ramach wglądu do protokołu postępowania, jako odpowiedź na powyższe wezwanie, Odwołującemu 2 zostały udostępnione tylko dwa dokumenty - pismo przewodnie do wyjaśnień zawierające wyłącznie uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, w którym wskazano: „ Wyjaśnienia wraz z załącznikami (pismo nr 196/C/T1/CS/SW201 z dnia 12.04.2021 r.) z uwagi na fakt, iż przedstawiają strategię wyceny stosowaną przez EGIS oraz inne informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie mogą być udostępniane osobom trzecim, w szczególności innym uczestnikom postępowania oraz Politykę bezpieczeństwa informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego 2, cała treść wyjaśnień

złożonych przez Konsorcjum Egis w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 31 marca 2021 r. do przedstawienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z dowodami i wyliczeniami, została objęta ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa i nie została udostępniona Odwołującemu.

Odwołujący 2 wskazał, że zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym, przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp, Zamawiający jest uprawniony do zachowania - na wniosek wykonawcy - poufności informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 1 1 ust 2 uznk. W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest nie tylko wykazanie, iż dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 1 1 ust. 2 uznk, ale również - prawidłowe wykazanie tego faktu. Bezzasadność dokonanego zastrzeżenia, brak złożenia uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia albo niezłożenie dowodów potwierdzających podjęcie przez wykonawcę środków zmierzających do zachowania informacji w poufności musi skutkować odtajnieniem zastrzeganych informacji. Obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia spoczywa na Zamawiającym, który zgodnie z art. 8 ust. 1-3, jak również art. 7 ust. 1 Pzp, zobowiązany jest do rzetelnego przeprowadzenia tej czynności i ujawnienia informacji nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 1 1 ust. 2 uznk 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. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: (i) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą; (ii) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób; (iii) podjęto w stosunku do niej działania w celu utrzymania ich w poufności.

Zastrzeżenie przez Konsorcjum Egis całości udzielonych wyjaśnień wraz z ewentualnymi dowodami jest bezpodstawne. Odnosząc się do kwestii zastrzeżenia poufności wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum Egis należy wskazać, że z całą pewnością nie wszystkie informacje objęte przez tego wykonawcę ochroną stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa - wobec czego tak dokonane zastrzeżenie poufności jest działaniem bezpodstawnym. Działanie to jednocześnie faktycznie faworyzuje Konsorcjum Egis, bowiem niemożność zapoznania się przez Odwołującego 2 z treścią złożonych wyjaśnień i załączników do wyjaśnień znacząco utrudnia chociażby weryfikację poprawności działań Zamawiającego dotyczących oceny złożonych wyjaśnień i wyboru oferty ww. wykonawcy jako najkorzystniejszej.

W ocenie Odwołującego 2 za nieuzasadnione należy uznać zastrzeżenie całości wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Egis oraz załączników do tych wyjaśnień, w sytuacji, gdy mogą one zawierać także informacje niezasługujące na ochronę, jako tajemnica przedsiębiorstwa. w wyroku z dnia 24 lutego 2017 r., sygn. akt: KIO 242/17, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, „zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje, a nie dokumenty, a zatem wadliwe jest zastrzeganie całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Zastrzeganie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno ono mieć, możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby czy inne dane.”

Nie jest możliwe całościowe, ogólne zastrzeżenie dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, iż w jego treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem wykonawcy podlegają ochronie na podstawie art. 11 ust. 2 u.znk. Utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje, słowa/wyrażenia, które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp.

W ocenie Odwołującego 2, w świetle powyższego, Zamawiający powinien, co najwyżej zastrzec wybrane elementy z wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz załączników do wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Egis, o ile faktycznie znajdują się w nich dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Utajnienie całości wyjaśnień i załączników jest zdecydowanie zbyt daleko idącym działaniem ze strony Zamawiającego zwłaszcza, że uczynione w kontekście wyjaśnień rażąco niskiej ceny, może w praktyce uczynić przysługujące wykonawcy instrumenty prawne, w postaci prawa do odwołania, iluzorycznymi. Uznanie zastrzeżenia całości złożonych przez Konsorcjum Egis wyjaśnień ceny świadczy o braku staranności Zamawiającego i bezkrytycznym przyjęciu wyjaśnień Konsorcjum Egis, bez dokonania ich analizy pod kątem spełniania przesłanek ich zastrzeżenia.

W ocenie Odwołującego 2, przedstawione przez Konsorcjum Egis uzasadnienie objęcia informacji zawartych w wyjaśnieniach ochroną, jako tajemnica przedsiębiorstwa jest ogólne i w żaden sposób nie potwierdza zasadności poczynionego utajnienia.

Przedstawione przez tego wykonawcę wyjaśnienia są na tyle ogólne, że nie sposób na ich podstawie ustalić dlaczego konkretne informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny mają określony charakter, uprawniający do przyjęcia, że ich zastrzeżenie było uzasadnione. Ich poziom ogólności jest na tyle duży, że mogłyby one zostać przedstawione przez dowolnego wykonawcę składającego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny na dowolny przedmiot zamówienia.

Konsorcjum Egis przywołując definicję tajemnicy przedsiębiorstwa powołuje się na art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podczas gdy w 2018 r. dokonano nowelizacji ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i definicję tajemnicy przedsiębiorstwa przeniesiono do ust. 2, dodatkowo dokonując jej modyfikacji, czego Konsorcjum Egis również nie dostrzegło. Świadczy to o tym, że wyjaśnienia te stanowią powielany od lat wzór, oderwany od konkretnego stanu faktycznego, stosowany przez wykonawcę w każdym postępowaniu. W efekcie niedostrzeżenia zmiany definicji tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum Egis nie wykazało również w wyjaśnieniach wszystkich przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa - w wyjaśnieniach brak wykazania, że zastrzeżone informacje „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” , czego Zamawiający nie dostrzegł bezrefleksyjnie akceptując zastrzeżenie całości wyjaśnień ceny.

W złożonych wyjaśnieniach Konsorcjum Egis kilkakrotnie powołuje się na wartość/znaczenie gospodarcze, bez jakiegokolwiek szerszego uzasadnienia. Konsorcjum upatruje wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji w tym, że „przedstawione i zastrzeżone przez nas dane są ściśle związane z prowadzoną przez nas działalnością i mają dla naszej spółki niewątpliwą wartość gospodarczą”. Co więcej Konsorcjum Egis z nieznanymi przyczyn wskazuje również na wartość gospodarczą jaką zastrzeżone informacje mają dla konkurentów - „ujawnienie powyższych danych może zatem spowodować po stronie konkurencji możliwość śledzenia planów marketingowych, biznesowych oraz dostosowania swoich ofert do działań naszej spółki, a zatem dane te posiadają dla konkurencji niewątpliwą wartość gospodarczą. ” Wykonawca zdaje się pomijać, że 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazuje na wartość gospodarczą zastrzeganych informacji w odniesieniu do podmiotu je zastrzegającego, a nie podmiotów zainteresowanych ich odtajnieniem.

W ocenie Odwołującego 2, Konsorcjum Egis nie wykazało na czym polega unikalnych charakter wyceny oferty, z jakich powodów kalkulacja oferty stanowi zasługujące na ochronę know-how tego wykonawcy. Ujawnienie wyjaśnień dotyczących ceny zaoferowanej za realizację konkretnej usługi w ramach konkretnego postępowania nie może być automatycznie utożsamiane z ujawnieniem metodyk oraz sposobów optymalizacji wyceny. Konsorcjum Egis nie wykazało wyjątkowego czy unikalnego charakteru stosowanej polityki cenowej, której ujawnienie mogłoby narazić na szkodę. Wykonawca ten nie wykazał również istnienia związku przyczynowo skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji i ewentualną szkodą oraz nie uprawdopodobnił możliwości poniesienia szkody.

Konsorcjum Egis wskazało w wyjaśnieniach, że ustawodawca nie nałożył na wykonawcę obowiązku udowodnienia, tylko obowiązek uprawdopodobnienia - wykazania, zasadności zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W orzecznictwie KIO wskazuje się jednak, że sformułowanie użyte przez ustawodawcę, którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie/ przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. (KIO 2616/19). Zgodnie z orzecznictwem „użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Pzp sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do („wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek nie tylko jako przedstawienie pełnej argumentacji, ale też "dowiedzenia", że informacje te mają właśnie taki charakter, przy wykorzystaniu dostępnych wykonawcy środków dowodowych. Wszelkie odstępstwa od zasady jawności powinny być bowiem wykazane, co należy rozumieć, jako nie tylko uzasadnione, ale też, w przypadku, gdy rodzaj informacji na to pozwala, i udowodnione. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorących udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, na dokonywanie zastrzeżeń informacji zawartych w ofertach, bez konieczności podjęcia uprzednich konkretnych działań zapewniających zachowanie ich poufności, co mogłoby prowadzić do złamania kolejnych zasad postępowania o dzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. ” (tak KIO w wyroku z dnia 14 października 2020 sygn. akt: KIO 1747/20).

Odnosząc się do analizowanego stanu faktycznego, Odwołujący 2 wskazał, że jedyne dowody, które Konsorcjum Egis przedstawiło w celu wykazania przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji to „polityka bezpieczeństwa informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa” (w treści wyjaśnień pojawia się również umowa o pracę, ale nie została ona udostępniona Odwołującemu 2 oraz regulaminy, który nie

pojawiają się w załącznikach). Odwołujący 2 zauważył, że ww. dokumenty zostały przedstawione jedynie na okoliczność spełnienia jednej z trzech przesłanek opisanych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a mianowicie, że uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Konsorcjum Egis w żaden sposób nie udowodniło spełnienia pozostałych przesłanek w szczególności posiadania wartości gospodarczej.

Odwołujący 2 podkreślił, że Konsorcjum Egis w uzasadnianiu tajemnicy przedsiębiorstwa dołączonym do wyjaśnień ceny nie powołało się na wyjaśnienia tajemnicy i załączniki złożone w tym zakresie wraz z ofertą. Wobec tego dokumenty złożone wraz z ofertą nie powinny być rozpatrywane łącznie z tymi złożonymi w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia ceny. Konsorcjum Egis w wyjaśnienia wskazało co prawda na „wcześniejsza korespondencję”, ale bez jakichkolwiek szczegółów, wobec tego nie sposób zidentyfikować, co wykonawca miał na myśli (oferty i załączników do oferty nie sposób zakwalifikować jako korespondencji).

Odwołujący 2 podkreślił, że Konsorcjum Egis nie wykazało w żaden sposób, że podjęło w stosunku do zastrzeżonych informacji kroki mające na celu zachowanie tych informacji w poufności. W wyjaśnieniach wskazano, co prawda, że podejmowane są działania, jak ograniczenia kręgu osób, które mają dostęp do zastrzeganych informacji, zabezpieczenie sprzętu komputerowego hasłami i oprogramowaniem komputerowym, okólniki i regulaminy odnoszące się do ochrony informacji poufnych, jednakże twierdzenie to nie zostało poparte żadnymi dowodami. Do wyjaśnień nie zostały dołączone żadne dowody, w postaci chociażby wyciągów ze wspomnianego regulaminu, potwierdzające ich istnienie i realne wykorzystywanie w działalności wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum Egis.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Opracowanie studium techniczno-ekonomiczno-środowiskowego dla projektu pn.: „001000009 Budowa Węzła kolejowego CPK”.

Izba ustaliła, że w dniu 23 marca 2021 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert w postępowaniu. Zamawiający poinformował, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości 27 257 268,00 zł netto, tj. 33 526 439,64 zł brutto.

Izba ustaliła, że do upływu terminu składania ofert tj. do 23.03.2021 r. do godziny 12:00 złożone zostały 3 oferty według poniższego zestawienia:

Nr oferty	Nazwa (firma) i adres wykonawcy	Cena
1.	Egis Poland Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum ul. Domaniewska 39A 02-672 Warszawa Egis Rail S.A. – Partner Konsorcjum 168 et 170 avenue Thiers 69006 Lyon, Francja Jaf-Geotechnika Sp. z o.o. – Partner Konsorcjum ul. Krótka 5 63-620 Trzcinica	19 900 000,00 PLN plus należny podatek VAT 4 577 000,00 PLN co stanowi cenę brutto 24 477 000,00 PLN
2.	Multiconsult Polska sp. z o.o. – Lider Konsorcjum ul. Bonifraterska 17 00-203 Warszawa Arcadis sp. z o.o. – Partner Konsorcjum 1 ul. Aleje Jerozolimskie 142B 02-305 Warszawa Transprojekt Gdański sp. z o.o. – Partner Konsorcjum 2	32 973 800,00 PLN plus należny podatek VAT 7 583 974,00 PLN co stanowi cenę brutto 40 557 774,00 PLN
	ul. Zabytkowa 2 80-253 Gdańsk IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o.o. – Partner Konsorcjum 3 ul. Ślężna 104/lok. 1 53-111 Wrocław	
3.	VOESSING POLSKA SP. Z O.O. ul. Kościuszki 53 85-079 Bydgoszcz	35 770 000,00 PLN plus należny podatek VAT 8 227 100,00 PLN co stanowi cenę brutto 43 997 100,00 PLN

Izba ustaliła, że Konsorcjum Egis wraz z ofertą złożyło Załącznik nr 5 do IDW - Wzór Wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji Zamówienia (na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu) „Wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji Zamówienia (na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu) oraz Załącznik nr 2 do IDW - Wzór Wykazu osób (dla kryteriów oceny ofert) „Wykaz osób (dla kryteriów oceny ofert)”. Dokumenty ten zostały zastrzeżone przez Konsorcjum Egis jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 31 marca 2021 r. oraz 20 kwietnia 2021 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Egis do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej

ceny. Izba ustaliła, że Konsorcjum Egis w piśmie z dnia 12.04.2021 r. zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia dotyczące ceny ofertowej wraz z załącznikami (dowód w postaci pisma nr 196/C/T1/CS/SU/2021 z dnia 12.04.2021 r. wraz z załącznikami). Izba ustaliła, że Zamawiający odtajnił załączony do wyjaśnień dokument pn. Polityka Bezpieczeństwa Informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w Egis Poland sp. z o.o. Niejawna pozostała zasadnicza treść wyjaśnień oraz pozostałe załączniki. Konsorcjum Egis zastrzegło również w całości pismo z dnia 23 kwietnia 2021 r. jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że w dniu 17 maja 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum Egis jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła co następuje:

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze o sygn. akt: KIO 1605/21 w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Podczas posiedzenia z udziałem stron, pełnomocnik Odwołującego 2 złożył oświadczenie o cofnięciu ww. zarzutów.

Przedmiotem rozpoznania przez Izbę był zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK podniesiony zarówno przez Odwołującego 1 jak i Odwołującego 2. Zarzut ten dotyczył niezasadnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień Konsorcjum Egis dotyczących rażąco niskiej ceny z dnia 12 kwietnia 2021 (wraz z załącznikami), pisma wykonawcy z dnia 23 kwietnia 2021 (wraz z załącznikami), wykazu osób skierowanych przez ww. wykonawcę do realizacji zamówienia na potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykazu osób złożonego przez ww. wykonawcę na potrzeby związane z oceną ofert w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert. Zdaniem Izby, zarzut okazał się zasadny i oba odwołania podlegały uwzględnieniu.

Na wstępie Izba wskazuje, że podstawową zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności postępowania (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp). W związku z powyższym możliwość objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa stanowi wyjątek i jako taki winien być stosowany ściśle. Zasada jawności postępowania jest naczelną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wynika ona z zawartego w art. 61 Konstytucji prawa każdego obywatela do uzyskiwania informacji o działalności organów

władzy publicznej, zwłaszcza w sytuacji, w której organy te dysponują środkami publicznymi. Ograniczenie zasady jawności możliwe jest wyłącznie w ściśle określonych sytuacjach, wskazanych przez ustawodawcę. Z takim wyjątkiem mamy do czynienia w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Ustawodawca bowiem umożliwia wykonawcom zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile wykonawca taki nie później niż w terminie składania ofert zastrzegł takie informacje oraz wykazał, iż spełniają one przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ustawa Pzp w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa odsyła do UZNK. Zgodnie z art. 11 ust. 2 UZNK, 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 dotychczasowym orzecznictwie sądowym, na podstawie art. 11 ust. 2 UZNK formułuje się tezę, że na tajemnicę przedsiębiorcy składają się dwa elementy: materialny (informacja o określonej treści, mająca wartość gospodarczą) oraz formalny - wola utajnienia danych informacji. Tajemnicę przedsiębiorcy stanowią informacje znane jedynie określonej grupie osób i związane z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością, wobec których podjął on wystarczające środki ochrony w celu zachowania ich w poufności. Informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej, jako niedostępnej dla osób trzecich. Oba te elementy - przesłanki uznania określonej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa - mają charakter obiektywny. Stwierdzenie ich istnienia nie może się opierać wyłącznie na przekonaniu samego przedsiębiorcy, wymaga odwołania się do obiektywnych kryteriów i poddania ich analizie w okoliczności faktycznej konkretnej sprawy.

Należy wskazać, że celem regulacji dotyczących możliwości kwalifikowania określonych danych jako tajemnica przedsiębiorcy jest niewątpliwie ochrona informacji, które mają wartość gospodarczą - są istotne z punktu widzenia funkcjonowania na wolnym rynku w kontekście konkurencyjności względem innych podmiotów, prowadzących działalność w tym samym czy podobnym zakresie lub segmencie rynku, bądź - z innego powodu - zainteresowanych uzyskaniem określonych danych w celu ich wykorzystania w opozycji do interesu danego podmiotu gospodarczego w ramach działalności rynkowej. Jednakże pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa nie sposób odnosić do prób utajniania wszelkich informacji, które mogą mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą dla podmiotów działających na rynku, w szczególności gdy nie są one użyteczne w grze rynkowej dla podmiotów

konkurencyjnych. Stąd właśnie w judykaturze ukształtował się jednolity pogląd, że o tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko jego wola utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. Zatem, należy podkreślić jeszcze raz, że tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby - z istoty rzeczy - nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli).

Co istotne w kontekście omawianego zarzutu, tą obiektywną wartość gospodarczą zastrzeganych informacji musi wykazać wykonawca powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa względem określonych informacji. Nie sposób uznać za wykazanie spełnienia omawianej przesłanki poprzez przywoływanie subiektywnej oceny informacji dokonanej przez danego wykonawcę. Zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający obiektywną wartość gospodarczą.

Mając na uwadze powyższe, Izba wskazuje, że Konsorcjum Egis zastrzegło całą treść wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Konsorcjum Egis wskazało, że wszystkie informacje zawarte w wyjaśnieniach są zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż spełniają ustawowe wymogi ochrony wynikające z UZNK. Zdaniem Izby możliwość powoływania się na ochronę określonych informacji związanych z działalnością przedsiębiorstwa wymaga wskazania przez wykonawcę precyzyjnych informacji jakie winny zostać objęte ochroną i wykazania w stosunku do tak wyselekcjonowanych informacji przesłanek koniecznych do ochrony. Ustawodawca w art. 11 ust. 2 UZNK wskazuje, że ochronie podlega informacja mająca wartość gospodarczą. Posługiwanie się zaś przez Konsorcjum Egis twierdzeniami, że ochronie podlegają wszystkie informacje zawarte w wyjaśnieniach wymagało od wykonawcy wykazania w stosunku do takich informacji ustawowych przesłanek ochrony, w tym wykazania obiektywnej wartości gospodarczej takich informacji. Jednocześnie Izba wskazuje, że jeżeli celem Konsorcjum Egis było zastrzeżenie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oraz zestawienia osób jako autorskiego zestawienia informacji mających obiektywną wartość gospodarczą, to okoliczność taką wykonawca winien wykazać. Należy wskazać, że ochronie może podlegać określony zbiór informacji, stanowiący całość,

jednakże to wykonawca musi wykazać dlaczego taki właśnie dokument podlega ochronie. Tymczasem w treści uzasadnienia Konsorcjum Egis czytamy: *„Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa odnosi się przecież do całego dokumentu, jakim są wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, de facto, wyjaśnienia ceny i zastrzeżenie tajemnicy stanowią jeden spójny dokument. Dlatego nie można przyjąć, że którakolwiek z zastrzeżonych przez nas informacji nie posiada waloru poufności.”* Konsorcjum Egis zastrzega zatem - jak się wydaje - wszystkie informacje i jednocześnie cały dokument. Zgodzić się należy z Konsorcjum Egis, że być może żaden z konkurentów nie miał dostępu do wyjaśnień czy wykazów jako zbioru określonych informacji, ale okoliczność ta sama w sobie nie uzasadnia uznania ochrony takich dokumentów jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Oznaczałoby to możliwość zastrzegania przez wykonawców wszelkich informacji w drodze czynności kwalifikowanej poprzez zamieszczenie klauzuli „tajemnica przedsiębiorstwa”. Oczywiście ochronie może podlegać szczególnie zestawienie elementów informacji poufnej, nawet jeżeli poszczególne elementy tego zestawienia są dostępne publicznie dla osób, tyle tylko, że na wykonawcy spoczywa wówczas obowiązek wykazania, obiektywnej wartości gospodarczej takiego wykazu/wyjaśnień. Innymi słowy, Konsorcjum Egis musiałoby wykazać, że wyjaśnienia/wykazy stanowią indywidualne zestawienie informacji jawnych i poufnych (przy czym Izba stoi na stanowisku, że wykonawca musi zidentyfikować jakie informacje mają charakter jawny i poufny), są autorskim rozwiązaniem wykonawcy stosowanym przy wycenie zamówień publicznych, które może być wykorzystywane w innych postępowaniach przez konkurencję, a tym samym powodować jakieś określone straty ekonomiczne po stronie wykonawcy. Takich jednak okoliczności Konsorcjum Egis nie wykazało, wskazując ogólnie przepisy UZNK.

Zdaniem Izby o tym czy mamy do czynienia z informacją zasługującą na ochronę decyduje charakter informacji, obiektywna wartość gospodarcza, nie zaś fakt zamieszczania informacji w wyjaśnieniach i stwierdzenia, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa. Jeśli Konsorcjum Egis chciało zastrzec wyjaśnienia/wykazy jako autorskie zestawienie określonych informacji, to takich okoliczności nie wskazało w uzasadnieniu i nie wykazało w czym owe autorskie rozwiązanie miałyby się wyrażać. Zdaniem Izby, nie może być też tak, że sam fakt zestawienia określonych informacji przez wykonawcę kwalifikuje wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca musi wykazać, iż takie zestawienie ma obiektywną wartość gospodarczą, z której mogliby w sposób nieuprawniony skorzystać inni wykonawcy, poza ramami przedmiotowego postępowania przetargowego.

W ocenie Izby uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oraz wykazów jest ogólne, nie odnosi się do specyfiki zamówienia i w zasadniczej części stanowi

przywołanie przepisów prawa i orzeczeń sądowych. Wykonawca w pierwszej części przywołuje brzmienie nieaktualnych przepisów UZNK. Następnie Konsorcjum Egis przedstawia interpretację użytego przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp pojęcia „wykazania” poprzez przywołanie orzecznictwa Izby. W tym miejscu Izba wskazuje, że oczywistym jest, iż nie w każdym przypadku istnieje możliwość wykazania zasadności zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa poprzez przedstawienie dowodów. Za dopuszczalne uznać należy wykazanie zasadności ochrony określonych informacji na podstawie spójnego, logicznego i racjonalnego stanowiska wykonawcy, przy jednoczesnym zastrzeżeniu, że ów wykonawca również w sposób spójny, logiczny i racjonalny wykaże, że nie ma możliwości przedstawienia dowodów na potwierdzenie własnych twierdzeń. Tymczasem Konsorcjum Egis, nie tylko nie zawarło w treści uzasadnienia spójnego, logicznego i racjonalnego stanowiska odnośnie konkretnych informacji zwartych w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny oraz wykazach, ale również nie uzasadniło przyczyn dla jakich nie ma możliwości przedstawienia dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń.

Dalej Konsorcjum Egis wskazuje: *„zastrzeżone przez nas informacje cenowe mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż zawierają nieupubliczniane nikomu dane finansowe o realnej wartości gospodarczej i decydują o powodzeniu spółki w postępowaniach oraz przewadze konkurencyjnej na rynku. Są nimi m.in. poufne informacje handlowe takie jak marża, stosowane rabaty, szczegółowe warunki umów z dostawcami, wynagrodzenia pracowników oraz inne informacje gospodarcze przedstawiające pewną wartość dla wykonawcy, którą ma on prawo chronić przez zastrzeżenie ich poufności”*. Zdaniem Izby twierdzenia wykonawcy są tak ogólne, że na ich podstawie w żaden sposób nie można ustalić obiektywnej wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Konsorcjum Egis nie wykazało w jaki sposób wycena konkretnego przedmiotu zamówienia dokonana na potrzeby konkretnego postępowania przetargowego mogłaby być wykorzystana przez inne podmioty konkurujące z wykonawcą na rynku. W treści uzasadnienia wykonawca odnosi się do marż, rabatów, umów z dostawcami, których to - zdaniem Izby – nie ma w treści wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Informacja o rzekomych zniżkach jakie może uzyskać grupa kapitałowa jest tak ogólna, że nie sposób uznać ją za informacje podlegającą ochronie. Jest wiedzą powszechną, że grupa kapitałowa poprzez tzw. „efekt skali” ma możliwość uzyskania rabatów. Jednakże Konsorcjum Egis w żaden sposób nie wykazało, że taka możliwość będzie dostępna wykonawcy w tym konkretnym postępowaniu i w jaki sposób może ona wypłynąć na wycenę przedmiotu zamówienia. Informacje jakie koszty robocizny Konsorcjum Egis przyjęło na potrzeby wykonania zamówienia również, zdaniem Izby, nie podlegają ochronie. Koszty te są wyceniane mając na uwadze zakres obowiązków

wynikających z OPZ, przygotowanego dla konkretnego postępowania przetargowego. Konsorcjum Egis nie zawarło żadnych precyzyjnych informacji dotyczących stosowanej polityki cenowej, zasad motywacji finansowych pracowników. Określenie w Załączniku nr 1 przewidywanej stawki wynagrodzenia dla poszczególnych pracowników nie zasługuje na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Po pierwsze są to wyłącznie przewidywane przez Konsorcjum Egis koszty robocizny wykonania konkretnego zamówienia. Wykonawca w żaden sposób nie wykazał, że są to stawki, które rzeczywiście płaci pracownikom w swoim przedsiębiorstwie. Nie zostały przedłożone umowy o pracę, które potwierdzałyby, że takie stawki obowiązują w przedsiębiorstwie wykonawcy. Po drugie, Izba wskazuje, że koszty robocizny wskazane w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny są kalkulowane przez wykonawców mając na uwadze zakres wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia dla poszczególnych specjalistów w konkretnym postępowaniu przetargowym. Konsorcjum Egis w żaden sposób nie wykazało w jaki sposób ujawnienie takich informacji mogłoby być wykorzystane przez inne podmioty działające na rynku ze szkoda dla wykonawcy.

Izba podkreśla, że przywołana przez Konsorcjum Egis okoliczność, iż zastrzeżone dane są związane z prowadzonym przez wykonawcę przedsiębiorstwem i w związku z tym zasługują na ochronę nie może stanowić zasadnego argumentu potwierdzającego słuszności decyzji wykonawcy co do zakresu zastrzeżenia. Gdyby przyjąć taką logikę, to każda informacja mogłaby być subiektywnie chroniona przez przedsiębiorcę. Ustawodawca jednak zastrzega, że ochronie podlegają tylko takie informacje, które mają obiektywną wartość gospodarczą. Takiej wartości, zdaniem Izby, Konsorcjum Egis nie wykazało.

Dalej Izba wskazuje, że Konsorcjum Egis wskazało w uzasadnieniu, że: *„wszelkie kalkulacje sporządzone do celów niniejszego postępowania, oparte były na porozumieniach oraz zniżkach korporacyjnych w związku z istnieniem grupy Egis na rynku polskim i zagranicznym, a tym samym stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa całej grupy Egis. Ich ujawnienie w sposób wyraźny i bezpośredni zagroziłoby zatem interesom naszej spółki, działającej jako przedsiębiorca, a zatem istnieje realne zagrożenie wykorzystania tych informacji przez konkurencję w pozostałych postępowaniach o zamówienie publiczne, pozyskiwaniu pracowników oraz w kontaktach z innymi przedsiębiorcami, w sposób nieuzasadniony i nieuczciwy umożliwiając konkurencji zdobycie strategicznej i ekonomicznej przewagi nad naszą spółką w przypadku powzięcia wiadomości o powyższych informacjach niejawnych”*

Podkreślić należy, że oparcie, jak wskazało Konsorcjum Egis, kalkulacji sporządzonych przez Konsorcjum Egis na porozumieniach oraz zniżkach korporacyjnych związanych z

grupą kapitałową Egis, nie uzasadnienia zastrzeżenia takich informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Po pierwsze, wykonawca w żaden sposób nie wskazał do jakich konkretnie porozumień referuje (w treści wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny informacje przekazane przez wykonawcę mają charakter bardzo ogólny, nie referują do żadnych konkretnych i identyfikowanych porozumień). Po drugie, Konsorcjum Egis nie zidentyfikowało jakie konkretnie zniżki korporacyjne miałyby być ujawnione, a co więcej w jaki sposób takie zniżki miałyby być wykorzystane przez innych wykonawców ze szkodą dla wykonawcy. Po trzecie, Konsorcjum Egis nie wyjaśniło w jaki sposób ujawnienie rzekomych porozumień czy zniżek korporacyjnych zagraża interesom wykonawcy. Po raz kolejny wykonawca ogranicza się do ogólnych stwierdzeń. Konsorcjum Egis nie wyjaśniło w jaki konkretnie sposób inni przedsiębiorcy mogliby wykorzystać informacja zawarte w wyjaśnieniach w innych postępowaniach. Wykonawca powołuje się na możliwość pozyskiwania pracowników oraz możliwości wykorzystania informacji w kontaktach z innymi przedsiębiorcami, ale ponownie twierdzenia te są tak ogólne i lakoniczne, że nie mogą stanowić o zasadności zastrzeżeń dokonanych przez Konsorcjum Egis. Nie zostało wykazane, aby rodzaj postępowania, jak też jego uwarunkowania pozwalały na przyjęcie, że zastosowana w nim metoda kalkulacji ceny oferty może zostać wykorzystana przez inne podmioty w ramach ubiegania się o realizację innych zamówień ze szkodą dla wykonawcy. Za błędne uznać należy upatrywanie wartości gospodarczej zastrzeganych informacji w potencjalnej możliwości nieuzyskania zamówienia w wyniku odtajnienia dokumentów i ich weryfikacji przez innych wykonawców. Zdaniem Izby zastrzeżenie szerokiego zakresu informacji przez wykonawców, w tym Konsorcjum Egis w przedmiotowym postępowaniu, nie służy de facto ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa, ale wykorzystywane jest jako narzędzie do nieujawnienia wyjaśnień wykonawcy w obawie przed utratą możliwości uzyskania zamówienia. Takie rozumienie szkody ekonomicznej czy utraty pozycji rynkowej przez wykonawców jest niewłaściwe i nie zasługuje na ochronę.

Dalej Konsorcjum Egis stwierdza: *„Biorąc pod uwagę specyfikę rynku usług inżynieryjnych o charakterze infrastrukturalnym, związaną z uzależnieniem bytu i powodzenia na rynku od udziału w postępowaniach o zamówienie publiczne, gdzie najważniejszym kryterium oceny ofert pozostaje co do zasady najniższa cena, informacje handlowe dostarczające wiedzę m.in. o wysokości stosowanej marży, rabatach, szczegółowych warunków umów z dostawcami czy wysokości wynagrodzeń pracowników, mają istotne znaczenie gospodarcze. Dla podmiotów świadczących usługi na rynku inżynieryjnym, o sile firmy przesądza przede wszystkim kapitał ludzki wraz z informacjami handlowymi, o których mowa wyżej. Ujawnienie powyższych danych może zatem spowodować po stronie konkurencji możliwość śledzenia planów marketingowych, biznesowych oraz dostosowania swoich ofert do działań naszej*

spółki, a zatem dane te posiadają dla konkurentów niewątpliwą wartość gospodarczą. Oznacza to, że ujawnienie tych danych naruszałoby zasady uczciwej konkurencji, prowadząc tym samym do szkody o konkretnych wymiarach finansowych. Zdaniem Izby, powyższe twierdzenia wykonawcy nie uzasadniają ochrony treści wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Należy raz jeszcze podkreślić, że owe rabaty, marże czy warunki umów z dostawcami do których odwołuje się Konsorcjum Egis nie zostały w żaden sposób powiązane z tym konkretnym postępowaniem przetargowym oraz informacjami zawartymi w wyjaśnieniach. Konsorcjum Egis dalej stwierdza, że: *„(...) o sile firmy przesądza przede wszystkim kapitał ludzki wraz z informacjami handlowymi, o których mowa wyżej. Ujawnienie powyższych danych może zatem spowodować po stronie konkurencji możliwość śledzenia planów marketingowych, biznesowych oraz dostosowania swoich ofert do działań naszej spółki, a zatem dane te posiadają dla konkurentów niewątpliwą wartość gospodarczą.”* I o ile Izba co do zasady zgadza się z wykonawcą, że o sile przedsiębiorstwa decyduje kapitał ludzki, to należy zaznaczyć, że takie ogólne stwierdzenie wykonawcy nie może uzasadniać zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby wycena kosztów robocizny związanych z realizacją konkretnego zamówienia publicznego, na zasadach wskazanych w OPZ, nie może być identyfikowana z kapitałem ludzkich czy wyjątkową informacją handlową. Stanowi ona wyłącznie przewidywania wykonawcy co do kosztów robocizny konkretnego zamówienia. Konsorcjum Egis w żaden sposób nie wykazało, że wyjaśnienia zawierają autorską metodę wyceny przedmiotu zamówienia, która mogłaby być wykorzystana przez innych wykonawców poza ramami przedmiotowego postępowania przetargowego. Nie wykazało, że treści wyjaśnień można przypisać jakąś bliżej określoną obiektywną wartość gospodarczą, którą mogliby wykorzystać inni wykonawcy.

Izba stwierdza ponadto, że nie jest dla Izby jasne w jaki sposób ujawnienie treści wyjaśnień miałyby wpływać na możliwość śledzenia przez innych wykonawców planów marketingowych oraz biznesowych wykonawcy oraz umożliwić dostosowanie ofert innych wykonawców do działań Konsorcjum Egis. Okoliczność, że Konsorcjum Egis uczestniczy w przedmiotowym postępowaniu jest jawna. Na jakiej podstawie i w jaki sposób inni wykonawcy mieliby śledzić plany marketingowe czy biznesowe wykonawcy, Konsorcjum Egis nie wyjaśniło.

W zakresie zastrzeżenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, podlegającego ocenie w ramach kryterium oceny ofert, jak i wykazu składanego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w ocenie Izby, Zamawiający niesłusznie odmówił odtajnienia informacji. Ujawnienie informacji podlegających ocenie

w ramach spełniania warunków i kryterium oceny ofert powinno mieć wyjątkowy charakter, gdyż uniemożliwia innym wykonawcom ocenę innych ofert złożonych w postępowaniu. W związku z powyższym brak odtajnienia takich informacji i uznanie ich jako tajemnica przedsiębiorstwa może wpłynąć na naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ze względu na brak możliwości zweryfikowania przez pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu autentyczności informacji przekazanych przez konsorcjum Egis. Obowiązkiem Zamawiającego jest przeprowadzenie starannego i kompleksowego badania i oceny złożonych ofert, co nie oznacza, że prawa do weryfikacji czynności Zamawiającego można odmówić pozostałym wykonawcom, którzy w danym postępowaniu złożyli oferty.

W ocenie Izby Konsorcjum Egis nie wykazało, że zastrzeżone informacje jako zbiór danych mają unikatowy i niepowtarzalny charakter, tak by stanowić mogły organizacyjne informacje niejawnie danego podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą. Izba podkreśla, że tabele sporządzone jako załączniki nr 2 i 5 do oferty i dane tam ujęte dedykowane są do tego przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym nie zachodzi obawa, że uzyskanie tych informacji przejawia się zwiększeniem konkurencyjności innych podmiotów w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Następnie zauważyć należy, iż tabele te zawierają: imię i nazwisko osoby wskazywanej na dane stanowisko, podstawę dysponowania, wykształcenie, nazwy podmiotów, na rzecz których wykonywane były usługi, opis doświadczenia polegający na wskazaniu nazwy projektu, czasu jego trwania i pełnionej funkcji. Nawet kompleksowe zapoznanie się z informacjami w dużej mierze historycznymi, ujętymi w wykazie nie oznacza, że inny wykonawca zdoła je wykorzystać ze szkodą dla Konsorcjum Egis. Takich okoliczności Konsorcjum Egis nie wykazało. Izba nie podziela twierdzeń, że przedstawione informacje są bardzo szczegółowe, zawiera datyienne wykonania zamówień, a w związku z tym ich ujawnienie może narazić wykonawcę na szkodę. Tabele zawierają bardzo ogólnie odniesienia do zrealizowanych usług referencyjnych, ogólnie podano również istotne dla tych usług parametry inwestycji referencyjnych. Część informacji dotyczy doświadczenia osób zdobytego na rzecz podmiotów publicznych, działających na terenie Unii Europejskiej. Same zaś dane osobowe pracowników i współpracowników członków konsorcjum Egis dostępne są na różnego rodzaju portalach społecznościowych dedykowanych pracownikom, co wskazali odwołujący. Należy również podkreślić, że Konsorcjum Egis nie przedłożyło żadnych oświadczeń osób zamieszczonych w wykazach co do braku wyrażenia ich zgód na ujawnienie takich danych. Konsorcjum również nie wykazało, że dane te mają charakter poufny.

Jak słusznie zauważyli w odwołaniu i na rozprawie odwołujący się wykonawcy, w przypadku dowodzenia wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji Konsorcjum Egis wielokrotnie odwoływało się do możliwości przejścia pracowników, współpracowników przez podmioty konkurencyjne, wskazywał na praktyki „podkupowania” pracowników. Niemniej jednak Konsorcjum Egis ani w wyjaśnieniach, ani na rozprawie nie przywołał choćby jednej konkretnej sytuacji, w której do próby takich praktyk doszło. Wszelkie dywagacje Konsorcjum Egis w tej kwestii pozostają w sferze domysłów i zdarzeń hipotetycznych. Na pytanie Izby o dane dotyczące liczby odpływu kluczowych pracowników z przedsiębiorstwa wykonawca w ostatnich latach, Konsorcjum Egis oświadczyło, że nie dysponuje takimi informacjami. Okoliczność, że do pewnego zdarzenia może dojść nie świadczy w przekonaniu Izby, że informacja, która może pośrednio doprowadzić do takiego zdarzenia ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby wykonawcy działający na rynku zamówień publicznych mają inne narzędzia prawne w celu zabezpieczenia sobie karty niezbędnej do realizacji zamówienia. To Konsorcjum Egis przygotowując ofertę i dobierając kandydatów do wykazu winien tak ułożyć z nimi relacje, aby zapewnić sobie ich udział w realizacji zamówienia. Autonomiczną decyzją poszczególnych osób jest ich wola kontynuacji zatrudnienia u danego przedsiębiorcy czy zgoda na zamieszczenie ich danych osobowych w wykazie czy też posiadanego doświadczenia, nie zaś Konsorcjum Egis, które w ten sposób próbuje „zatrzymać” pracownika przy przedsiębiorstwie, powołując się w sposób nieuprawnione na tajemnicę przedsiębiorstwa. Takie działanie nie zasługuje, w ocenie Izby, na aprobatę.

W ocenie Izby, nie można uznać za zasadnego twierdzenia Zamawiającego i Konsorcjum Egis, że sformułowanie bardzo podobnych warunków udziału w prowadzonych równolegle postępowaniach może być uzasadnieniem dla utrzymania składu i doświadczenia zespołu w tajemnicy, co najmniej do czasu zakończenia badania ofert w poszczególnych postępowaniach. Takie oświadczenia zdają się raczej dowodzić niezrozumienia istotny traktowania danych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jeżeli dana informacja lub zbiór informacji stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, to sytuacja taka powinna mieć w ocenie Izby walor permanentny. Nie może być tak, że zakończenie pewnego etapu prowadzonego postępowania, i to na dodatek ze strony podmiotu odrębnego od wykonawcy może spowodować, że informacje mogą być jawne. Stoi to w sprzeczności z wymogiem stawianym przez ustawodawcę wykazania obiektywnej wartości gospodarczej informacji, która mogłaby być wykorzystana przez inne podmioty w działalności. Z twierdzeń Konsorcjum Egis wynika, że zastrzeżone informacje tracą swoją znaczenie po zakończeniu postępowania, a więc ich obiektywna wartość gospodarcza jest ograniczona do tego konkretnego postępowania. Nawet gdyby przyjąć takie wąskie rozumienie wartości gospodarczej informacji, to Konsorcjum Egis nie wykazało w jaki sposób ujawnienie informacji zawartych w wyjaśnieniach

i w wykazach może spowodować szkodę lub utratę pozycji rynkowej Konsorcjum Egis. Zdaniem Izby takie stanowisko wykonawcy potwierdza wyłącznie, że dokumenty zostały zastrzeżone w celu uniemożliwienia ich weryfikacji przez innych wykonawców w obawie przed utratą zamówienia. Takie pojęcie szkody nie zasługuje na ochronę.

W ocenie Izby ochronie podlegają takie informacje, które bez względu na zewnętrzne i wewnętrzne do nich okoliczności muszą pozostać nieujawnione, posiadają bowiem taką uniwersalną wartość dla danego wykonawcy, która pozwala mu budować swoją przewagę konkurencyjną nad innymi podmiotami na danym rynku i takie informacje mogą być wykorzystane w przyszłości. Sam Zamawiający wskazał, że na dalszych etapach realizacji zamówienia dojdzie do ujawnienia danych osobowych osób wskazanych w wykazie. Nie będą jawne natomiast inne informacje, w tym dotyczące dat nabycia doświadczenia posiadanego przez poszczególne osoby w wykazie. Zastrzeżenie jednak tych dat jako tajemnica przedsiębiorstwa jest bezpodstawne. Konsorcjum Egis w żaden sposób nie wykazało w jaki sposób daty czy doświadczenie posiadane przez konkretne osoby mogłyby osłabić pozycję wykonawcy na rynku. Co więcej Konsorcjum Egis nie wykazało, że informacje te mają charakter poufny. Zdaniem Izby okolicznością powszechnie znaną jest fakt zamieszczania przez wykonawców na stronach internetowych i w prasie informacji o zrealizowanych przez nich inwestycjach i posiadanym doświadczeniu. Konsorcjum Egis nie wykazało, że informacji dotyczące inwestycji wskazanych w wykazie nie były wcześniej ujawniane.

Odnosząc się do przesłanki wykazania podjęcia działań celem zachowania poufności zastrzeżonych informacji, to również zdaniem Izby Konsorcjum Egis nie wykazało, iż takie działania podjęło. Konsorcjum Egis powołało się na klauzule o poufności w umowach, kontrolę dostępu do danych, obieg dokumentów, zabezpieczenia systemu informatycznego, wewnętrzne procedury, umowy zawierające zakaz konkurencji. Podało także, że elementy te stanowią zabezpieczenia stosowane u każdego z członków konsorcjum. W tym zakresie Izba wskazuje, że Konsorcjum Egis nie wykazało jakie konkretnie działania podjęło w stosunku do zastrzeżonych dokumentów w celu utrzymania poufności informacji, o których mowa w treści wyjaśnień oraz wykazach. W piśmie zawierającym uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa twierdzenia Konsorcjum Egis mają charakter ogólny i nie zostały potwierdzone dowodami na wykazanie jakie działania zostały podjęte w tym konkretnym postępowaniu. Zdaniem Izby, jest wiedzą powszechną, że ogólne działania opisane przez Konsorcjum Egis dotyczące bezpieczeństwa informacji w przedsiębiorstwie są podejmowanymi powszechnie przez przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Każdy z podmiotów stara się chronić dane we własnej firmie przed dostępem

osób nieuprawnionych, także z uwagi na obowiązujące coraz szerzej przepisy prawa, które nakazują ochronę np. danych osobowych. Konsorcjum Egis nie wykazało natomiast w jaki szczególny sposób chroni przed dostępem poszczególnych osób te informacje, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa w niniejszym postępowaniu.

Ponadto, zdaniem Izby, na podstawie treści uzasadnienia nie sposób stwierdzić, w oparciu o ogólne podstawy uzasadniające zastrzeżenie całości wyjaśnień, które z informacji zawartych w ich treści miałyby być chronione przy użyciu przywołanych środków ochrony. Wątpliwości tych nie rozwiewa załączony do uzasadnienia zastrzeżenia dokument pn. „Polityka bezpieczeństwa informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w Egis Poland sp. z o.o.”. Dokument ten odnosił się do zasad obowiązujących wyłącznie u Lidera Konsorcjum Egis. Wykonawca w żaden sposób nie wykazał natomiast, by podobnie środki bezpieczeństwa, co do informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zostały wdrożone przez pozostałych Partnerów Konsorcjum, tj. Egis Rail S.A. oraz Jaf-Geotechnika sp. z o.o. Ponadto Izba podkreśla, że okoliczność istnienia w przedsiębiorstwie Egis Poland sp. z o.o. dokumentu o nazwie „Polityka bezpieczeństwa informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa” nie oznacza spełnienia wymogu podjęcia odpowiednich środków ochrony zastrzeżonych informacji. Kluczowe w tym zakresie było wykazanie przez Konsorcjum Egis jak owe zasady ochrony informacji stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa były wdrożone w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Takich okoliczności Konsorcjum Egis nie wykazało.

Konsorcjum Egis nie wykazało podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działań celu utrzymania w poufności zastrzeżonych informacji w zakresie wskazanym w treści uzasadnienia. Konsorcjum Egis zaniechało chociażby zidentyfikowania grupy osób mających dostęp do informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz nie wykazało jakie środki bezpieczeństwa zostały podjęte w stosunku do tej grupy osób, w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności.

Izba podkreśla, że jawność postępowania przetargowego ma istotne i fundamentalne znaczenie dla rozwoju konkurencyjności na rynku zamówień publicznych. Jest narzędziem gwarantującym możliwość weryfikacji prawidłowości wyceny ofert wykonawców, co z kolei przekłada się na późniejszą prawidłową realizację zamówienia. Zasada jawności postępowania i zasada ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na gruncie ustawy Pzp wymaga rozstrzygnięcia pomiędzy dwoma konfliktującymi wartościami. Z jednej strony prawem wykonawców do weryfikacji zasadności wyceny kosztów realizacji zamówienia, z drugiej zaś strony prawem ochrony określonego i zidentyfikowanego zakresu

informacji dotyczącego danego przedsiębiorstwa, którego ujawnienia może narazić wykonawców na utratę pozycji rynkowej czy określone i identyfikowane straty ekonomiczne. Przy czym jak Izba wskazała, ograniczenie jawności postępowania jest wyjątkiem od zasady i należy go interpretować ściśle. Praktyka zamówień publicznych pokazuje, że zastrzeżenie szerokiego zakresu informacji przez wykonawców nie służy de facto ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa, ale wykorzystywane jest jako narzędzie do nieujawnienia wyjaśnień wykonawcy w obawie przed utratą możliwości uzyskania zamówienia. Takie rozumienie szkody ekonomicznej czy utraty pozycji rynkowej jest niewłaściwe i nie zasługuje na ochronę.

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

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....