

Sygn. akt: KIO 1179/21 KIO 1183/21

## WYROK

z dnia 26 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Danuta Dziubińska

**Członkowie:** Przemysław Dzierzędzki

Magdalena Grabarczyk

**Protokolant:** Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2021 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2021 roku przez wykonawców:

- A. **BBF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Poznaniu (sygn. akt KIO 1179/21)
- B. **TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1183/21)

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców:

- A. **EGIS Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1179/21 po stronie Zamawiającego,
- B. **BBF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1183/21 po stronie Zamawiającego
- C. **TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1179/21 po stronie Odwołującego

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie w sprawie sygn. akt: KIO 1179/21** i nakazuje Zamawiającemu:
  - 1.1. unieważnienie czynności badania i oceny ofert, w tym wyboru najkorzystniejszej oferty,
  - 1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:
    - wezwanie wykonawcy Egis Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie do wyjaśnień dotyczących spełnienia przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej,
    - odtajnienie w całości przedstawionych przez wykonawcę Egis Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wyjaśnień z dnia 15 lutego 2021 r. wraz z załącznikami, dotyczących zaoferowanej ceny, zastrzeżonych przez tego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa;
2. **Oddala odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 1183/21;**
3. Kosztami postępowania **w sprawie sygn. akt KIO 1179/21** obciąża uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu - **Egis Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** 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 Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od **Egis Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie na rzecz **BBF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Poznaniu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kwoty uiszczzonego przez Odwołującego wpisu oraz uzasadnionych kosztów strony poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy);
4. Kosztami postępowania **w sprawie sygn. akt KIO 1183/21** obciąża Odwołującego - **TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** 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 Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) 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:** .....

.....

## **Uzasadnienie**

PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania pn.: „Dostosowanie stacji Krzyż do parametrów sieci bazowej TEN-T” w ramach projektu pn.: „Prace przygotowawcze dla wybranych projektów”, nr referencyjny: IREZA5e-216-03/2020, nr postępowania: 9090/IREZA5/23421/06529/20/P. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 28 grudnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej numer 2020/S 252-637802.

Zamawiający 9 kwietnia 2021 r. przekazał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Egis Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej „Wykonawcą” lub „Egis”). 19 kwietnia 2021 r. wykonawcy: BBF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący BBF”) w sprawie sygn. akt KIO 1179/21 oraz TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący TPF”) w sprawie sygn. akt KIO 1183/21 wnieśli odwołania, w których zakwestionowali m.in. czynność wyboru przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty.

### **Sygn. akt KIO 1179/21**

Odwołujący BBF zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Egis z postępowania, w związku z przedstawieniem nieprawdziwych informacji dotyczących spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu,
- 2) art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „ZNKU”) poprzez zaniechanie odtajnienia w całości przedstawionych przez Wykonawcę wyjaśnień z dnia 15.02.2021 r. wraz z załącznikami (dowodami), dotyczących zaoferowanej ceny, zastrzeżonych przez tego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa;

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący BBF wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert, w tym wyboru oferty wykonawcy Egis jako najkorzystniejszej,
- 2) przeprowadzenia ponownej oceny ofert i w konsekwencji wykluczenia wykonawcy Egis z postępowania,

ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę wniosku z pkt 2 również:

- 3) przeprowadzenia ponownej oceny ofert i w konsekwencji wezwania Wykonawcy do wyjaśnień dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej,
- 4) . odtajnienia w całości przedstawionych przez Wykonawcę wyjaśnień z dnia 15.02.2021 r. wraz z załącznikami (dowodami), dotyczących zaoferowanej ceny, zastrzeżonych przez tego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa;
- 5) dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu pierwszego z zarzutów Odwołujący BBF wskazał m.in., że w jego ocenie wykonawca Egis przedstawił nieprawdziwe informacje dotyczące spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj. dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, co uzasadnia wykluczenie z postępowania. Przedstawione przez Egis informacje dotyczące kwalifikacji (doświadczenia) osoby wskazanej w wykazie osób nie znajdują bowiem potwierdzenia w rzeczywistości.

Odwołujący BBF podał, że wykonawca Egis jako Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym wskazał pod poz. nr 2 wykazu osób p. M. B. . Na potwierdzenie wymaganych kwalifikacji (doświadczenia) Koordynatora, Wykonawca powołał się na zadanie pn. „Stacja Wrocław Główny - Zmiana przebiegu fragmentu kanału kablowego wraz z przestawieniem szafy SK119”, w ramach którego p. M. B. miał pełnić funkcję projektanta w branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym. Zgodnie z przedstawionymi informacjami, usługi wykonywane były w okresie od kwietnia do maja 2015 r. na rzecz spółki Projekt Echo 107 sp. z o.o. i dotyczyły dokumentacji projektowej obejmującej projekt budowlany dla budowy lub przebudowy dwutorowej linii kolejowej, w oparciu o którą uzyskano ostateczne decyzje o pozwoleniu na budowę. Nie jest natomiast możliwym, aby na zlecenie spółki Projekt Echo 107 Sp. z o.o. wykonywana była dokumentacja projektowa związana z budową lub przebudową dwutorowej linii kolejowej. Wskazana spółka (jako spółka celowa z grupy kapitałowej Echo Investment S.A., przekształcona następnie w spółkę Sagittarius - Projekt Echo - 113 sp. z o.o. sp.k.) prowadziła ówczesnie działalność w zakresie wynajmu i zarządzania nieruchomościami (tak wynika z dokumentów publikowanych przez Echo Investment S.A., a więc spółkę dominującą wobec Projekt Echo 107 sp. z o.o.) Zatem trudno przyjąć, aby realizowała inwestycje

kolejowe, w tym budowę lub przebudowę dwutorowej linii kolejowej. Potwierdzeniem powyższego są także informacje z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, gdzie także wskazano, że przedmiotem przeważającej działalności ww. spółki był wynajem i zarządzanie nieruchomościami własnymi lub dzierżawionymi. Ponadto pomimo tego, że pozostałe PKD spółki dotyczyło również innych robót budowlanych, niż związanych ze wnoszeniem budynków, to jej działalności w ramach grupy Echo Investment skupiona była na budownictwie kubaturowym. Potwierdza to portfolio grupy Echo Investment, które obejmuje wyłącznie inwestycje związane z obiektami kubaturowymi (m.in. biurami, mieszkaniami, czy galeriami handlowymi). Spółki z grupy Echo Investment, w tym spółka Projekt Echo 107 sp. z o.o., nie były oraz nie są zaangażowane w realizację inwestycji kolejowych, które różnią się znacznie od Inwestycji w branży budownictwa kubaturowego. Jeżeli p. M. B. rzeczywiście wykonał na rzecz spółki Projekt Echo 107 sp. z o.o. dokumentację projektową dotyczącą zmiany przebiegu fragmentu kanału kablowego wraz z przestawieniem szafy SK119, to z całą pewnością nie był to projekt związany z budową lub przebudową dwutorowej linii kolejowej. Projekt mógł co najwyżej dotyczyć kolizji infrastruktury kolejowej z budową biur w obrębie Stacji Wrocław Główny, co nie jest wystarczające dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Trudno bowiem uznać, aby przesunięcie kabla i szafy SK119, o ile w ogóle było, można było zakwalifikować jako budowę lub przebudowę dwutorowej linii kolejowej, nawet gdy ów kabel czy też szafa były w okolicach takiej dwutorowej linii kolejowej, skoro projekt ten nie dotyczył takiej linii. Ponadto zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu dotyczącym Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym, w oparciu o dokumentacje projektowe sporządzone przez Koordynatora należało uzyskać ostateczne decyzje o pozwoleniu na budowę. Wykonawca w wykazie osób wskazał, że w ramach zadania pn. „Stacja Wrocław Główny - Zmiana przebiegu fragmentu kanału kablowego wraz z przestawieniem szafy SK119” uzyskano takie decyzje. Jak wynika natomiast z przepisów ustawy z dnia 7.07.2014 r - Prawo budowlane (Dz.U. z 2020 r., poz. 1333) (zwana dalej: „P.b.”) zarówno dla zmiany przebiegu fragmentu kanału kablowego, jak i przestawienia szafy SK119, nie jest (oraz na dzień sporządzenia dokumentacji projektowej nie była) wymagana decyzja o pozwoleniu na budowę. Zgodnie z art. 29 ust. 1 pkt 10 Pb, budowa kanalizacji kablowej nie wymaga decyzji o pozwoleniu na budowę, natomiast wymaga zgłoszenia, o którym mowa w art. 30 ustawy. Jednocześnie, według art. 29 ust. 2 pkt 9) P.b., nie wymaga decyzji o pozwoleniu na budowę oraz zgłoszenia, o którym mowa w art. 30 ustawy, budowa wolnostojących kabin telefonicznych, szaf i słupków telekomunikacyjnych. Co istotne, wymóg uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę na wskazany zakres robót nie obowiązywał również we wcześniejszym stanie prawnym, w tym w okresie realizacji dokumentacji projektowej przez p. M. B. . Jak wynikało m.in. z art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 7.07.2014 r - Prawo budowlane

obowiązującego od dnia 28.06.2015 r., pozwolenia na budowę nie wymagała budowa wolno stojących kabin telefonicznych, szaf i słupków telekomunikacyjnych (pkt 7) oraz kanalizacji kablowej (pkt 20b). Ponadto, zgodnie z informacjami pozyskanymi przez Odwołującego, spółka Projekt Echo 107 sp. z o.o. (oraz inne spółki z grupy kapitałowej Echo Investment S.A.) nie realizowały w rejonie stacji Wrocław Główny żadnej inwestycji kolejowej, która dotyczyłaby budowy lub przebudowy dwutorowej linii kolejowej, dla której wymagane byłoby uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę. Inwestycje kolejowe we wskazanej lokalizacji, w tym dotyczące budowy lub przebudowy dwutorowej linii kolejowej, realizowane były przez wiodące spółki budowlane specjalizujące się w tego rodzaju zamówieniach (m.in. Trakcja S.A., Budimex S.A., czy Astaldi SpA). Projekt Echo 107 sp. z o.o. nie jest przedsiębiorstwem projektowym, który mógł dla ówczesnych wykonawców (spoza grupy kapitałowej Echo Investment) wykonywać projekty budowlane. Według danych z rejestru decyzji o pozwolenie na budowę wydanych przez Wojewodę Dolnośląskiego (dla przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko), w 2015 r. zostały wydane decyzje jedynie w dwóch projektach dotyczących sterowania ruchem kolejowym: „Budowa sieci technicznej urządzeń sterowania ruchem kolejowym (srk), teletechniki i elektroenergetyki kolejowej na odcinku Skokowa - Żmigród od km 37,202 do km 48,476 linii kolejowej E-59 Wrocław - Poznań (Etap - II)” oraz „Budowa linii światłowodowych i sterowania ruchem kolei na terenie miasta Wrocławia, w związku z modernizacją szlaku kolejowego E59 relacji Wrocław - Poznań na szlakach stycznych”. Oba projekty dotyczyły przebudowy linii kolejowej E59 i z całą pewnością w tych przedsięwzięciach nie uczestniczyła spółka Projekt Echo 107 sp. z o.o. Jednocześnie, jak wynika z ustaleń Odwołującego, zrealizowane przez p. M. B. zadanie pn. „Stacja Wrocław Główny - Zmiana przebiegu fragmentu kanału kablowego wraz z przestawieniem szafy SK119”, prawdopodobnie miało związek z inwestycją grupy Echo Investment dotyczącą budowy biurowca klasy A i centrum handlowego zlokalizowanych przy ul. Borowskiej we Wrocławiu. Decyzja o pozwoleniu na budowę dla powyższej inwestycji (nr 587 z dnia 6.02.2015 r.) obejmowała budowę centrum handlowo-usługowo-rozrywkowego z częścią biurową, garażami podziemnymi i garażami nadziemnymi, dworcem autobusowym podziemnym, zagospodarowaniem terenu oraz infrastrukturą. Projekt budowlany wykonany przez p. M. B. dotyczył ewentualnie usunięcia kolizji kanalizacji kablowej oraz szafy SK119 w ramach budowy wskazanego centrum (a nie w ramach budowy lub przebudowy dwutorowej linii kolejowej), dla których nie była wymagana decyzja o pozwoleniu na budowę. W związku z powyższym zadanie pn. „Stacja Wrocław Główny - Zmiana przebiegu fragmentu kanału kablowego wraz z przestawieniem szafy SK119” nie miało żadnego związku z budową lub przebudową dwutorowej linii kolejowej, dla której wymagane było uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę. Zatem powyższe zadanie nie potwierdza spełnienia warunku udziału

w postępowaniu dotyczącego Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym.

Powyższe w ocenie Odwołującego wskazuje, że wystąpiły przesłanki do zastosowania podstaw wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 17 ustawy Pzp. Wykonawca wprowadził bowiem Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. W wyniku podania nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia (kwalifikacji) Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym, Zamawiający błędnie uznał, że Wykonawca spełnia warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia tj. dysponuje Koordynatorem posiadającym wymagane doświadczenie (kwalifikacje). W konsekwencji dokonał niewłaściwego wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Jednocześnie, działaniu Wykonawcy należy przypisać cechy co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, o których mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Wykonawca, jako podmiot profesjonalny (wobec którego należy stosować podwyższony miernik staranności), powinien był dokładnie zweryfikować informacje, na które się powołał. W szczególności dotyczy to informacji, które zostały przedstawione w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Na wypadek, gdyby Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego BBF o zasadności wykluczenia Wykonawcy z postępowania w trybie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 ustawy Pzp, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny ofert i w konsekwencji wezwania Wykonawcy do wyjaśnień dotyczących spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

W uzasadnieniu drugiego z zarzutów Odwołujący BBF wskazał m.in., że Wykonawca w piśmie z 15 lutego 2021 r. zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia dotyczące ceny ofertowej wraz ze wszystkim załącznikami (dowodami). Odwołujący odtajnił wyłącznie części załączników (dowodów), pozostawiając niejawną zasadniczą treść wyjaśnień oraz pozostałe załączniki (dowody). W ocenie Odwołującego, dokonane przez Egis zastrzeżenie należy ocenić jako nieskuteczne, a tym samym Zamawiający powinien był odtajnić całość wyjaśnień i udostępnić go wykonawcom. Powołując się na orzecznictwo m.in. Izby Odwołujący BBF zauważył, że wyjaśnienia ceny lub kosztu wymagają szczegółowego i skonkretyzowanego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego BBF przedstawione uzasadnienie nie pozwala na utajnienie objętych nim dokumentów. Wykonawca nie przedstawił bowiem 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. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Egis, jakoby ujawnione informacje mogły zostać wykorzystane przez podmioty konkurencyjne w innych (przyszłych) postępowaniach przetargowych. 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). 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. W sposób odmienny będą kształtować się koszty realizacji zamówienia dotyczącego stacji Krzyż niż stacji kolejowej położonej w innej lokalizacji. Ponadto, całkowicie bezzasadne pozostają rozważania Wykonawcy dotyczące zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji handlowych, takich jak marża, stosowane rabaty, czy szczegółowe warunki umów z dostawcami. Przedmiot zamówienia stanowi wykonanie dokumentacji projektowej, wobec tego trudno uznać, że będą miały miejsce jakiegokolwiek dostawy istotnie wpływające na cenę ofertową Wykonawcy. Nie można również zgodzić się z Wykonawcą, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi 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 trudno 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 nie powinien stanowić dla Egis istotnej konkurencji. Wobec tego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest bezprzedmiotowe. Nadto Wykonawca nie wyjaśnił w sposób dostateczny na czym dokładnie miałyby polegać szkoda w przypadku odtajnienia zastrzeżonych informacji oraz jaka mogłaby być wysokość takiej szkody. Co więcej, wątpliwym jest, że Wykonawca skutecznie wykazał, że podejmuje jakiegokolwiek czynności mające zapewnić bezpieczeństwo informacjom objętym wyjaśnieniami. Wykonawca nie przedłożył bowiem żadnych dowodów, które mogłyby w sposób wiarygodny potwierdzić stosowanie określonych procedur. Ograniczył się wyłącznie do wymienienia rzekomo stosowanych środków ochronnych, co w żaden sposób nie

potwierdza ich faktycznego obowiązywanie w przedsiębiorstwie Wykonawcy. Wykonawca nie przedłożył żadnego dokumentu, który mógłby potwierdzić (lub chociażby uprawdopodobnić) stosowanie takich środków. To na Wykonawcy spoczywa ciężar dowodowy wykazania, że spełnione zostały wszystkie przesłanki art. 11 ust. 2 ZNKU, a we wskazanym powyżej zakresie Wykonawca nie sprostał temu ciężarowi. Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego 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. Lakoniczność merytorycznej części zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie pozwala na uznanie, że zastrzeżenie to zostało dokonane skutecznie.

Odwołujący BBF wskazał jednocześnie, że w przypadku gdy wyjaśnienia z dnia 15.02.2021 r. wraz z załącznikami (dowodami) zostaną odtajnione, wówczas powinien mieć możliwość naprowadzenia nowego środka ochrony prawnej, w zakresie w jakim informacje te będą stanowić jego podstawę. Uwzględnienie zarzutu zaniechania odtajnienia i udostępnienia wyżej wskazanych dokumentów musi być połączone z unieważnieniem czynności oceny ofert. Ocena skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest jednym z elementów oceny ofert i nie może być oceniana w oderwaniu od tej właśnie czynności. Wadliwa ocena dokonana przez Zamawiającego ma wpływ na wynik postępowania, albowiem uniemożliwia innym wykonawcom zweryfikowanie prawidłowości konkurencyjnych ofert, a tym samym na 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.

Na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania Zamawiający oświadczył, że uwzględnia w całości odwołanie w sprawie KIO 1179/21. Wykonawca Egis, który skutecznie przystąpił do tego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania i złożył pismo zawierające jego stanowisko w sprawie, w którym wniósł o oddalenie odwołania.

### **Sygn. akt KIO 1183/21**

Odwołujący TPF zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust, 1 pkt 19 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo iż nie zaistniało zakłócenie konkurencji wynikające z faktu przygotowania przez Odwołującego dokumentów składających się na opis przedmiotu zamówienia, gdyż

Zamawiający całość dokumentów przygotowanych przez Odwołującego zawarł w dokumentacji postępowania;

- 2) z ostrożności procesowej - art. 24 ust 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie umożliwienia Odwołującemu uwodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji;
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo iż wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności Jednolity Dokument Zamówienia TPF Getinsa Eurostudios S.L. jest prawidłowo podpisany;
- 4) z ostrożności procesowej - art. 26 ust 3 i 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego o złożenie stosownych wyjaśnień w zakresie Jednolitego Dokumentu Zamówienia TPF Getinsa Eurostudios S.L.;
- 5) z ostrożności procesowej - 22a ust 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub zobowiązania się Wykonawcy do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia w przypadku wykazanie zdolności technicznej lub zawodowej.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący TPF wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- 3) z ostrożności procesowej - zwrócenie się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień lub uzupełnień;
- 4) przeprowadzenie ponownej oceny ofert.

W uzasadnieniu pierwszego z zarzutów Odwołujący TPF podał, że faktem niespornym jest, że przygotował opis przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu, bowiem był autorem dokumentacji studyjnej w ramach realizacji zawartej z Zamawiającym umowy na: „Opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla projektu: „Prace na liniach kolejowych 18, 203 na odcinku Bydgoszcz - Piła - Krzyż - Gorzów Wlkp. - Kostrzyn wraz z elektryfikacją odcinka Piła - Kostrzyn” i w ramach przedmiotowego zamówienia wykonano dokumentację studyjną oraz dokumentację OPZ dla następujących odcinków linii: Prace na liniach kolejowych 18, 203 na odcinku Bydgoszcz - Piła - Krzyż - Gorzów Wlkp. - Kostrzyn, etap I: prace na odcinku Bydgoszcz - Piła; Prace na liniach kolejowych 18, 203 na odcinku Bydgoszcz - Piła - Krzyż - Gorzów Wlkp. - Kostrzyn, etap II: prace na odcinku Piła - Krzyż wraz z elektryfikacją; Dostosowanie stacji Krzyż do parametrów sieci bazowej TEN-T; Prace na liniach kolejowych 18, 203 na odcinku Bydgoszcz - Piła - Krzyż - Gorzów Wlkp. -

Kostrzyn, etap III: prace na odcinku Krzyż - Kostrzyn wraz z elektryfikacją. Niniejszego postępowania dotyczyła dokumentacja dla odcinka 3 - Dostosowanie stacji Krzyż do parametrów sieci bazowej TEN-T. Wykonana dokumentacja, tj. OPZ stanowi załączniki do SIWZ w ramach przedmiotowego postępowania. Tym samym Odwołujący składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu znajdował się w takiej samej sytuacji, jak inni uczestnicy postępowania. Okoliczności te były znane Zamawiającemu, który nie uznał, aby miały one jakikolwiek wpływ na konkurencyjność postępowania, w szczególności Zamawiający nie wskazał w SIWZ, że nie dopuszcza udziału wykonawców uprzednio biorących udział w realizacji prac przygotowawczych, w tym w przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący TPF zauważył m.in., że Zamawiający jako podstawę faktyczną wykluczenia wskazał art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp, zaś jako stan faktyczny wskazał treść wyjaśnień złożonych przez Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w których zdaniem Zamawiającego Odwołujący złożył „oświadczenie o wpływie tych działań na możliwość obniżenia ceny w niniejszym postępowaniu” oraz „nie wykazał, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji”. Odwołujący wskazał, że nigdy nie został wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp do udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Ponadto z uzasadnienia podstawy wykluczenia wynika, że Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu na podstawie złożonych przez Odwołującego wyjaśnień w zakresie ceny. Zamawiający posiada (i posiadał na dzień złożenia ofert) wiedzę, że Odwołujący wykonał czynności wskazane powyżej. Zatem powoływanie się na treść wyjaśnień w zakresie ceny i wywodzenie, że dopiero z tych wyjaśnień Zamawiający powziął jakieś informacje o udziale Odwołującego w przygotowaniu postępowania, nie może zostać potraktowane jako poważna i racjonalna argumentacja. Zwłaszcza, wobec treści tych wyjaśnień w przedmiotowym zakresie. W odpowiedzi na wezwanie z 25 lutego 2021 r. Odwołujący w wyjaśnieniach z 4 marca 2021 roku wskazał: Odnosząc się do kwestii wykonania prac w sposób sprawniejszy oraz wykonania części prac niniejszym wyjaśniamy, iż aspekt ten sprowadza się do optymalizacji czasu związanego z przygotowaniem do realizacji usługi i czasem poświęconym na przygotowanie oferty. Oczywistym jest, iż Wykonawca posiada naturalną przewagę konkurencyjną, która wynika bezpośrednio z faktu iż nie musi analizować od nowa dokumentów które są załącznikami do postępowania przetargowego. Natomiast załączniki te i informacje w nich zawarte są takie same dla wszystkich Wykonawców. Osoby przygotowujące dokumentację OPZ, jak również podwykonawcy realizujący studium będą kontynuować prace w kolejnym etapie. Podwykonawcy Ci są znani wszystkim Wykonawcom, a ich dokumentacja jest załącznikiem do postępowania. Oczywistym jest że jako autorzy znają te wymogi w dacie publikacji

ogłoszenia, nie muszą dokonywać ewentualnej wizji inwestycji i ponownej jej analizy na etapie postępowania przetargowego. Przekłada się to bezpośrednio na oszczędność związanej z brakiem poniesienia kosztów zaangażowania personelu do zapoznania się z dokumentacją. Wykonawca posiada już analizę formalno-prawną, jak również merytoryczną inwestycji. Nie wymaga to zaangażowania prawnika, projektanta analizującego zakres inwestycji, dodatkowych spotkań i uzgodnień.

Dodatkowo na str. 1-2 wyjaśnień z 4 marca 2021 roku Odwołujący przedstawił zakres prac wykonanych w ramach wcześniejszej umowy oraz wykazał, że nie zachodzi żadne zakłócenie konkurencji. W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego, niezrozumiałe są stwierdzenia Zamawiającego, że zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. W szczególności Zamawiający nawet nie wskazał, na czym miałyby polegać zakłócenie konkurencji. Na pytania zawarte w wezwaniu z 25.02.2021r., tj.: Prosimy o wyjaśnienie jakie prace zostały już wykonane, a jakie mogą być wykonane w sprawniejszy sposób? Jakie szczegółowe informacje posiada Wykonawca oraz z jakich źródeł je pozyskał, których nie posiadają inni wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu? Odwołujący odpowiedział w sposób jasny i przedstawiający całą istotę zagadnienia. Zdaniem Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do żadnego zakłócenia konkurencji - wszyscy wykonawcy mieli dostęp do takich samych dokumentów i informacji. Odwołujący nie posiada żadnej szerszej wiedzy, niż inni wykonawcy.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 24 ust 10 ustawy Pzp Odwołujący TPF podał, że Zamawiający nie umożliwił mu udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. W podstawach faktycznych wykluczenia Zamawiający wskazał, że pismo z 25.02.2021r. stanowi wypełnienie przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 10 ustawy. Jednak treść przedmiotowego pisma przeczy twierdzeniom Zamawiającego. Po pierwsze, Zamawiający jako podstawę pisma wskazał jedynie art. 90 ust 1 ustawy Pzp. Tak też pismo to zostało odebrane przez Odwołującego, tj. jako wezwanie do udzielenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Po drugie, zakres wezwania obejmuje jedynie kwestie związane z szacowaniem ceny. Wskazuje na to treść wezwania, np.: „Oceniając dodatkowe wyjaśnienia Zamawiający weźmie pod uwagę tylko obiektywne czynniki bezpośrednio wskazujące na zdolność wykonania zamówienia za cenę wskazaną w ofercie (tym samym nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień). Zamawiający zwraca uwagę, iż na Wykonawcy spoczywa obowiązek przedstawienia i udowodnienia Zamawiającemu poprawności oszacowania oferty, którą przedłożył w niniejszym postępowaniu, co oznacza również, że Wykonawca samodzielnie decyduje o zakresie wyjaśnień, jak również ma swobodę w prezentowaniu dowodów. Jednakże wskazuje się, że

przedstawione wyjaśnienia będą następnie stanowiły podstawę do dokonania przez Zamawiającego oceny, czy zachodzi podstawa odrzucenia oferty z uwagi na i zastosowanie rażąco niskiej ceny. Niezłożenie wyjaśnień w ww. terminie skutkować będzie odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy. Na podstawie ww. przepisów Ustawy oferta zostanie odrzucona, jeżeli dokonana ocena przedłożonych przez Państwa wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco, niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący miał pełne prawa uważać, że składa kolejne wyjaśnienia w zakresie ceny, będące doszczegółowieniem kwestii przedstawionych w I wyjaśnieniach. Po trzecie, kwestia związana z wcześniejszym udziałem Odwołującego w przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia w przedmiotowym wezwaniu ograniczała się do 1 zdania: „Prosimy w swoich wyjaśnieniach odnieść się także do możliwego zakłócenia konkurencji w związku z Państwa udziałem w przygotowaniu postępowania zwracamy uwagę, że Wykonawca podlega wykluczeniu jeżeli zajdą okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 Ustawy.”

W ocenie Odwołującego trudno przyjąć, że pismo z 25.02.2021 r. stanowi wezwanie w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp a Zamawiający zapewnił Odwołującemu o możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Stąd też wykluczenie Odwołującego jest co najmniej przedwczesne.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp Odwołujący TPF podał, że zdaniem Zamawiającego podpis złożony pod dokumentem JEDZ podmiotu TPF Getinsa Eurostudios S.L. nie spełnia wymagań postawionych w Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (EU) nr 910/2014 z dnia 24 lipca 2014r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym. Na dowód czego przedstawia walidację podpisu wykonaną przez podmiot rynku krajowego, który potwierdza poprawność certyfikatów zaufania, identyfikuje osobę podpisującą i stwierdza, iż podpis nie został wykonany przy pomocy „kwalifikowanego urządzenia”. Potwierdził to sam Zamawiający stwierdzając, iż podpis jest zgodny z IDW pkt. 13.2 i „certyfikaty wydane przez danego wystawcę przeznaczone są do podpisywania dokumentów”.

Odwołujący TPF stwierdził, że najprostszym sposobem na zweryfikowanie, czy podpis elektroniczny jest prawidłowy, jest sprawdzenie, czy na gruncie przepisów kraju, w których ma siedzibę wykonawca dany podpis spełnia europejskie wymagania. W przedmiotowym przypadku weryfikacja odbywa się przez platformę Validar Firma, gdzie darmowo można dokonać weryfikacji, czy dany podpis jest prawidłowy. Przywołana platforma umożliwia bezpłatną oraz skuteczną ocenę przedmiotowego dokumentu. Potwierdza to również fakt, że zgodnie z art. 25 ust. 3 Rozporządzenia eIDAS kwalifikowany

podpis elektroniczny oparty na kwalifikowanym certyfikacie wydanym w jednym państwie członkowskim jest uznawany za kwalifikowany podpis elektroniczny we wszystkich pozostałych państwach członkowskich. Powyższe oznacza, że kwalifikowany podpis elektroniczny oparty na kwalifikowanym certyfikacie wydanym w jednym państwie członkowskim jest uznawany za kwalifikowany podpis elektroniczny we wszystkich pozostałych państwach. W świetle powyższego dla oceny ważności podpisu należałoby dokonać weryfikacji, czy wystawca certyfikatu podpisu jest kwalifikowanym dostawcą usług zaufania w danym kraju, a następnie czy certyfikat podpisu nie został unieważniony poprzez przeglądarkę zaufanych list w UE udostępniona przez Komisję Europejską, która jest dostępna pod adresem: <https://webgate.ec.europa.eu/tl-browser/#/>. Urządzenie pozwala na bezpośrednią weryfikację, czy podpis złożony pod konkretnym dokumentem pochodzi od zaufanego dostawcy usług zaufania, a także czy na dzień weryfikacji certyfikat podpisu nie utracił ważności (nie został unieważniony). W przedmiotowym przypadku obie weryfikacje są poprawne oraz podmiot wystawiający znajduje się na liście podmiotów zaufanych.

Uzasadniając zarzut naruszenie art. 26 ust 3 i 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie wystąpił o żadne wyjaśnienia w zakresie Jednolitego Dokumentu Zamówienia TPF Getinsa Eurostudios S.L., a jedynie autorytarnie uznał, że dokument ten nie został prawidłowo podpisany. Takie zaniechanie jest zdaniem Odwołującego zupełnie niezrozumiałe. Zamawiający zawsze powinien bowiem dążyć do wyjaśnienia wszystkich kwestii, co do których ma wątpliwości, zanim podejmie decyzje o tak poważnych skutkach, jak wykluczenie wykonawcy. Z całości pism kierowanych do Odwołującego można wnioskować, że Zamawiający w ogóle niczego nie chciał wyjaśniać, a od początku dążył jedynie do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenie art. 22a ust 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub zobowiązania się Wykonawcy do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia w przypadku wykazanie zdolności technicznej lub zawodowej Odwołujący TPF wskazał, że w myśl Zamawiający był zobligowany do wezwania Odwołującego do: zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli Odwołujący wykaże zdolności techniczne lub zawodowe. Zamawiający zobligował się do takiej czynności w punkcie 8.4 SIWZ.

Pismem z 24 maja 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 1183/21, wnosząc o jego oddalenie.

Na rozprawie Strony podtrzymały swoje stanowiska.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz załączone do pism i złożone przez strony i uczestników postępowania na rozprawie, w tym: w sprawie KIO 1179/21 przez Odwołującego BBF w postaci wydruku z portalu z Urzędu Miasta Wrocławia oraz ze strony semaforem.kolej.org.pl zawierające schematy dworców, zdjęć oraz schematu szafy, zdjęć kanalizacji, przez Przystępującego Egis w postaci 4 pozwoleń na budowę, części opisowej, karty projektu budowlano-wykonawczego, uzgodnienia dokumentacji, projektu zagospodarowania terenu; w sprawie KIO 1183/21 – przez Zamawiającego w postaci opinii Asseco Data Systems S.A. uznając ją za opinię prywatną przedstawiającą stanowisko strony, przez Odwołującego w postaci artykułu prasowego.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie odwołania, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Uczestników postępowania, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), stosownie bowiem do 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.* Natomiast do postępowania odwoławczego zastosowanie mają przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej „ustawą NPzp”. Zgodnie bowiem z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.*

Odwołania nie zawierają braków formalnych. Wpisy w prawidłowej wysokości zostały wniesione w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący BBF i Odwołujący TPF wskazali na okoliczności pozwalające na stwierdzenie, że legitymują się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków



ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy NPzp. Odwołujący są zainteresowani pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożyli oferty w postępowaniu. W przypadku potwierdzenia się zarzutów ich odwołania, zwiększyłyby się ich szanse na realizację zamówienia.

Izba stwierdziła, że do postępowania odwoławczego skutecznie zgłosili przystąpienie: w sprawie KIO 1179/21 – wykonawca TPF po stronie Odwołującego i wykonawca Egis po stronie Zamawiającego, zaś w sprawie KIO 1183/21 - wykonawca BBF po stronie Zamawiającego, stając się uczestnikami postępowania odwoławczego. Wobec braku wypełnienia wymogu ustawowego dotyczącego przekazania zgłoszenia Odwołującemu TPF, Izba uznała za nieskuteczne zgłoszenie przystąpienia wykonawcy Egis w sprawie KIO 1183/21 po stronie Zamawiającego.

**Izba zważyła, co następuje:**

**Sygn. akt KIO 1179/21**

Ad zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp Zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z postępowania wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Zgodnie natomiast z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z postępowania wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Według postanowień Tomu I - Instrukcja dla Wykonawców rozdział 8 pkt 8.5.2. SIWZ, dalej jako „IDW”, Wykonawcy powinni wykazać się dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym m.in. Koordynatorem branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym posiadającym następujące doświadczenie: *„W okresie ostatnich dziesięciu [10] lat przed upływem terminu składania ofert opracował w charakterze projektanta w danej branży co najmniej dwie [2] dokumentacje projektowe (każda obejmująca projekt budowlany) dla Budowy lub Przebudowy dwutorowej linii kolejowej.*

*Dokumentacje powinny obejmować łącznie w swym zakresie co najmniej:*

- *dwa [2] szlaki z samoczynną blokadą liniową,*
- *dwie [2] stacje kolejowe.*

*Każda stacja powinna docelowo posiadać przynajmniej: i - dwa [2] tory główne zasadnicze;*

*- dwa [2] tory główne dodatkowe.*

*Przynajmniej jedna ze stacji powinna posiadać minimum 20 rozjazdów.*

*Każda stacja powinna być wyposażona w komputerowe systemy urządzeń stacyjnych srk (sterowania ruchem kolejowym).*

*W oparciu o powyższe dokumentacje projektowe uzyskano ostateczne decyzje o pozwoleniu na budowę".*

Wykonawca Egis jako Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym wskazał pod poz. nr 1 i 2 wykazu osób p. M. B. . Na potwierdzenie wymaganych kwalifikacji (doświadczenia) Koordynatora w poz. 2 Wykonawca powołał się na zadanie pn. „Stacja Wrocław Główny - Zmiana przebiegu fragmentu kanału kablowego wraz z przestawieniem szafy SK119”, w ramach którego p. M. B. pełnił funkcję projektanta w branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym.

Z uwagi na treść zarzutów odwołania przedmiot sporu dotyczy tego, czy wykonawca Egis przedstawiając wykaz osób, którymi dysponuje wykonawca i które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia w odniesieniu do projektanta branży zabezpieczenia i sterowania ruchem kolejowym p. M. B. w poz. 2 podał informacje nieprawdziwe, skutkujące wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp.

Wykonawca Egis na rozprawie przedstawił m.in. kartę wskazującą na projekt budowlano-wykonawczy dla zadania pn. „Stacja Wrocław Główny - Zmiana przebiegu fragmentu kanału kablowego wraz z przestawieniem szafy SK119”, gdzie jako projektant został wskazany mgr inż. M. B., a jako zakres opracowania jest wskazanie: „Opracowanie obejmuje zakres branży sterowanie ruchem kolejowym.” Karta ta nie zawiera żadnych podpisów. Trudno zatem uznać, że jest to dokument o pełnej mocy dowodowej. Jednakże wskazuje on, że ww. twierdzenie odwołania, że wykonanie takiego opracowania nie miało miejsca, może wzbudzać wątpliwości.

Również odnośnie argumentacji odwołania, że nie jest możliwym, aby na zlecenie spółki Projekt Echo 107 Sp. z o.o. była wykonywana dokumentacja projektowa związana z budową lub przebudową dwutorowej linii kolejowej, z uwagi na to, że spółka ta nie prowadziła w tym zakresie działalności gospodarczej w tym zakresie, zostały przedstawione przez wykonawcę Egis na rozprawie dokumenty w postaci Opisu technicznego – przebudowa układu torowego, gdzie jako inwestor występuje Projekt-Echo -107 Sp. z o.o., a w Opisie zamierzenia budowlanego występuje m.in. Przebudowa układu torowego – obiekt

PPK oraz wskazanie, że szczegółowe zakresy robót przedstawiono dla poszczególnych obiektów budowlanych w branżowych Projektach budowlanych, w tym Obiektach sterowania ruchem kolejowym – PSR, a w uzgodnieniach Dokumentacji projektowej pn. Budowa zespołu budynków biurowo-usługowych wraz z towarzyszącymi urządzeniami budowlanymi ul. Sucha/ul. Borowska we Wrocławiu wzdłuż linii kolejowej nr 132 relacji Bytom-Wrocław Główny (...) w zakresie prac występuje m.in. zmiana lokalizacji szafy kablowej SK-119, zabudowa kanału kablowego, zabudowa wstawki kablowej, demontaż zbędnych 4 studni kablowych, demontaż kanalizacji kablowej TKM, jak też przebudowa sieci trakcyjnej wskazanych typów.

Powyższe wskazuje, że p. M. B. wykonał na rzecz spółki Projekt Echo 107 sp. z o.o. dokumentację projektową dotyczącą zmiany przebiegu fragmentu kanału kablowego wraz z przestawieniem szafy SK119. W tym zakresie nie potwierdza się stanowisko odwołania, że informacja przedstawiona w Wykazie osób jest nieprawdziwa. Osobnych ustaleń wymaga natomiast to, czy był to projekt związany z budową lub przebudową dwutorowej linii kolejowej. W tym zakresie, jak też w kwestii decyzji o pozwoleniu na budowę wymagane jest pozyskanie od wykonawcy Egis szczegółowych wyjaśnień, a po ich pozyskaniu dokonanie przez Zamawiającego oceny otrzymanych oświadczeń.

Niezależnie od tego, z uwagi na podnoszoną przez Egis argumentację, iż wystarczającym dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest zakres wskazany w poz. 1 Wykazu osób wykonany przez p. M. B., a poz. 2 została wprowadzona tylko z ostrożności, bowiem w tym postępowaniu nie była konieczna z uwagi na treść warunku określonego w SIWZ, wyjaśnienia i ocena spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu powinny dotyczyć także tego aspektu. Wykluczając wykonawcę z postępowania Zamawiający musi mieć pewność, że wystąpiły ku temu wskazane w ustawie Pzp przesłanki i je wykazać. Wbrew stanowisku Odwołującego, w analizowanej sprawie, istnieją wątpliwości, czy wykonawca Egis wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Z tych względów Izba nakazała Zamawiającemu przeprowadzenie ponownej oceny ofert i w konsekwencji wezwania Egis do wyjaśnień dotyczących spełnienia przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Izba nie może w tym zakresie zastępować Zamawiającego, dla którego w ustawie Pzp, a także w rozporządzeniu z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 1126 ze zm.) zostały przewidziane instrumenty pozwalające na uzyskanie podstaw do dokonania oceny spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, jak też prawdziwości złożonych przez wykonawcę oświadczeń. Nie można

zatem zgodzić się z Zamawiającym, który uzasadniając uwzględnienie odwołania stwierdził, że inwestycja wskazana w poz. 2. Wykazu osób nie była realizowana na jego rzecz i dlatego nie miał możliwości weryfikacji otrzymanych oświadczeń.

Ad zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Stosownie do art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, w celu skutecznego zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest nie tylko je zastrzec, ale też wykazać, że informacje te rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz.U. z 2018 r., poz. 419 ze zm. - dalej jako „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.*

Na wstępie zauważenia wymaga, że skuteczność zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wymaga wykazania, że zastrzeżona informacja jest w swej istocie tajemnicą przedsiębiorstwa, bowiem stosownie do art. 8 ust. 1 ustawy Pzp to jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasadą, a wszelkie odstępstwa, jako wyjątek od zasady, muszą być wykazane przez wykonawcę w sposób niebudzący wątpliwości. Złożenie ogólnikowego, niekompletnego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być podstawą do ograniczenia jawności przedstawianych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznej informacji.

Wykonawca Egis w piśmie z 15 lutego 2021 r. zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa w całości złożone wyjaśnienia, dotyczące ceny ofertowej, jednak nie przedstawił wymaganego uzasadnienia, które mogłoby stanowić podstawę do uznania skutecznego wykazania, iż zastrzegane informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Zgodzić się należy z Odwołującym, że uzasadnienie to w znacznej części nie odnosi się do informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny złożonych w przedmiotowym postępowaniu na opracowanie dokumentacji projektowej. Wskazuje ono na ogólne informacje np. o poufności rabatów, marży, warunków umów z dostawcami, podczas gdy w analizowanym postępowaniu przedmiotem zamówienia są usługi projektowe, a nie dostawy. Nadto trudno zgodzić się z ogólnikowym stwierdzeniem wykonawcy Egis, że ujawnione

informacje mogły zostać wykorzystane przez podmioty konkurencyjne w innych (przyszłych) postępowaniach przetargowych. 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. Wykonawca Egis nie przedstawił dowodów na podejmowanie działań mających zapewnić poufność informacji objętych wyjaśnieniami, np. dotyczących wprowadzenia przez Wykonawcę wewnętrznych reguł obiegu dokumentów, czy dostępu do informacji objętych wyjaśnieniami.

W związku z tym wykonawca Egis, mimo, iż leżało to w jego interesie i to jego obciążał dowód w tym zakresie, nie wykazał, że zostały spełnione wszystkie przesłanki dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych wyjaśnień ceny, o których mowa w art. 11 ust. 2 ZNKU, uzasadniająca odstępstwo od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z tych względów Izba nakazała ich ujawnienie.

### **Sygn. akt KIO 1183/21**

Ad zarzut naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 19 i art. 24 ust. 10 ustawy Pzp

*Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp: Z postępowania o udzielenie zamówienia 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.*

*Zgodnie z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp: W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 19, przed wykluczeniem wykonawcy, zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Zamawiający wskazuje w protokole sposób zapewnienia konkurencji.*

Jak przyznał Odwołujący TPF był on autorem dokumentacji studyjnej w ramach realizacji umowy zawartej z Zamawiającym na: „Opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla projektu: „Prace na liniach kolejowych 18, 203 na odcinku Bydgoszcz - Piła - Krzyż - Gorzów Wlkp. - Kostrzyn wraz z elektryfikacją odcinka Piła - Kostrzyn” i w związku z tym brał udział w przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia w analizowanym postępowaniu. Udział zatem Odwołującego TPF w przygotowaniu postępowania nie jest kwestią sporną. Spór dotyczy tego, czy spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób, niż przez wykluczenie tego wykonawcy z udziału w postępowaniu, oraz czy Zamawiający zapewnił temu wykonawcy możliwość udowodnienia,

że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji, a jeśli tak, to czy Odwołujący TPF z tej możliwości skutecznie skorzystał.

W ocenie Izby okoliczności analizowanej sprawy wskazują, że jakkolwiek wykonana przez Odwołującego TPF dokumentacja stanowi załączniki do SIWZ w ramach przedmiotowego postępowania i pozostali wykonawcy mogli się z nią zapoznać, to jednak Odwołujący składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu nie znajdował się w takiej samej sytuacji, jak inni uczestnicy postępowania, co sam stwierdził składając wyjaśnienia ceny w związku z podejrzeniem istnienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny.

Z treści złożonych przez wykonawcę TPF wyjaśnień ceny wynika, że cena jego oferty mogła zostać ukształtowana na zaoferowanym niskim poziomie z uwagi na to, że brał udział w przygotowaniu części dokumentacji postępowania. Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w zakresie ceny zawierają argumentację wyraźnie wskazującą na zakłócenie konkurencji w postępowaniu, będące wynikiem jego udziału w przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia. Jak sam stwierdził, także w odwołaniu, ma on możliwość optymalizacji czasu związanego z przygotowaniem do realizacji usługi i czasem poświęconym na przygotowanie oferty, bowiem nie musi analizować dokumentów, które są załącznikami do postępowania przetargowego. Osoby przygotowujące dokumentację, jak również podwykonawcy realizujący studium będą kontynuować prace w kolejnym etapie, a jako autorzy opracowania znali te wymogi w dacie publikacji ogłoszenia, nie muszą w związku z tym dokonywać ewentualnej wizji inwestycji i jej analizy na etapie postępowania przetargowego. Przekłada się to bezpośrednio na oszczędność związaną z brakiem poniesienia kosztów zaangażowania personelu do zapoznania się z dokumentacją, bowiem posiada już analizę formalno-prawną, jak również merytoryczną inwestycji.

Takich korzyści nie mają natomiast pozostali wykonawcy. Nie jest sporne, że otrzymali oni dostęp do opisu przedmiotu zamówienia, jednak nie zostało wykazane przez Odwołującego TPF, że nie wymaga ona ze strony innych wykonawców wykonania ww. czynności, których Odwołujący nie musi już wykonywać, m.in. wykonania analizy formalno-prawnej i merytorycznej inwestycji, w tym zaangażowania prawnika, projektanta analizującego zakres inwestycji, dokonania wizji czy wystąpienia o wyjaśnienia po to, aby zidentyfikować i oszacować ryzyka związane z realizacją zamówienia. Przeciwnie, z używanej przez Odwołującego argumentacji wskazującej na jego możliwości poczynienia oszczędności z tym związanych, wynika, że na tym polega jego szczególnie korzystna sytuacja, pozwalająca na zaoferowanie zdecydowanie niższej ceny, niż ceny innych ofert złożonych w postępowaniu.

Nadto jak stwierdził na rozprawie Odwołujący wykonawcy zgłaszali pytania do dokumentacji. Wprawdzie jednocześnie wyraził opinię, że dotyczyły one prośby o drobne uszczegółowienie, jednak ocena autora studium i ocena wykonawcy w zakresie potrzeby, czy wagi doprecyzowania może być rozbieżna. W ocenie Izby nie jest przekonująca obecnie podnoszona argumentacja Odwołującego TPF dotycząca znikomej wartości uzyskanych korzyści na skutek brania udziału w przygotowaniu postępowania, tym bardziej, że z treści wyjaśnień ceny wynika, iż ta okoliczność miała kluczowe znaczenie dla możliwości obniżenia ceny oferty.

W ocenie Izby w świetle stanowiska zaprezentowanego przez samego Odwołującego TPF, Zamawiający miał podstawy, aby uznać, iż powstałe zakłócenie konkurencji nie jest możliwe do wyeliminowania w inny sposób, niż przez wykluczenie tego wykonawcy z postępowania. Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, iż Zamawiający nie wskazał w SIWZ, że nie dopuszcza udziału wykonawców uprzednio biorących udział w realizacji prac przygotowawczych, tego nie zmienia. Skoro sam Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach wskazuje na swoją uprzywilejowaną pozycję w postępowaniu, przy jednoczesnym braku wykazania, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji, to nie powinien oczekiwać, iż Zamawiający pominięciem określonej w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp przesłankę wykluczenia z postępowania, zwłaszcza, że wbrew stanowisku Odwołującego, Zamawiający zapewnił mu możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania nie zakłóci konkurencji. Nastąpiło to w wezwaniu z 25 lutego 2021 r. o dodatkowe wyjaśnienia, w którym Zamawiający m.in. nawiązał do otrzymanych od wykonawcy TPF wyjaśnień ceny oferty oraz stwierdzenia Wykonawcy dotyczącego wyjątkowych warunków wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający poprosił o wyjaśnienia jakie prace zostały już wykonane, a jakie mogą być wykonane w sprawniejszy sposób, jakie szczegółowe informacje posiada Wykonawca (oraz z jakich źródeł je pozyskał), których nie posiadają inni Wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu oraz zaznaczył: *„Prosimy w ramach wyjaśnień odnieść się także do możliwości zakłócenia konkurencji w związku z Państwa udziałem w przygotowaniu postępowania [zwracamy uwagę, że Wykonawca podlega wykluczeniu jeżeli zajdą okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19) Ustawy].”*

Wprawdzie Zamawiający nie wskazał, że stawia ww. wymaganie na podstawie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, jednakże nie oznacza to, że Odwołujący nie uzyskał możliwości udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Przeciwnie, taka możliwość została mu zapewniona, a treść udzielonych wyjaśnień wskazuje, że Odwołujący TPF tak właśnie zrozumiał odnośną treść tego pisma Zamawiającego, bowiem podjął próbę wykazania braku wypełnienia się przesłanki

wykluczenia przewidzianej w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Jednak nie uczynił tego skutecznie. Odwołujący TPF w złożonych na ww. wezwanie wyjaśnieniach z 4 marca 2021 r. przedstawił argumentację, którą Zamawiający słusznie uznał za ogólnikową i pozostającą w sprzeczności z wyjaśnieniami wcześniej złożonymi.

W cenie Izby okoliczności sprawy wskazują, że Odwołujący TPF nie tylko nie udowodnił, że jego udział w przygotowaniu postępowania nie zakłóci konkurencji, ale wręcz potwierdził, że posiada przewagę konkurencyjną związaną z przygotowaniem opisu przedmiotu zamówienia, nie wykazując, że jest ona możliwa do wyeliminowania w inny sposób, niż przez wykluczenie go z postępowania.

Z tych względów ww. zarzut odwołania nie potwierdził się.

Ad zarzut naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp

*Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.*

Nie jest sporne, że jak wynika z zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy TPF z postępowania, Zamawiający wymagał, aby do Formularza ofertowego przekazywanego za pośrednictwem Platformy zakupowej wykonawcy dołączyli Jednolity Dokument Zamówienia (JEDZ) dla każdego z podmiotów, na którego zasoby się powołują w celu potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (pkt 15. 1 lit. c IDW). Dokumenty te winny zostać sporządzone w postaci elektronicznej i zostać opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Wykonawca TPF wraz z ofertą nie złożył JEDZ TPF Getinsa Eurostudios S.L., na zasobach którego polegał. W związku z tym został wezwany przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do jego uzupełnienia. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca TPF złożył JEDZ, jednak dokument ten nie został opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Odwołujący TPF prezentuje stanowisko opisane powyżej w odwołaniu oraz na rozprawie, z którego wynika, że dla oceny ważności podpisu należałoby dokonać weryfikacji, czy wystawca certyfikatu podpisu jest kwalifikowanym dostawcą usług zaufania w danym kraju, a następnie czy certyfikat podpisu nie został unieważniony poprzez przeglądarkę zaufanych list w UE udostępnioną przez Komisję Europejską, a także podnosi, że podpis jest zgodny z przepisem art. 78<sup>1</sup> § 1 Kodeksu cywilnego, przytaczając jego nieaktualną treść.

Odwołujący TPF pomija natomiast, że w sprawie nie chodzi o zaawansowany podpis elektroniczny oparty na kwalifikowanym certyfikacie, lecz o kwalifikowany podpis



elektroniczny, który nie tylko musi być oparty na kwalifikowanym certyfikacie, ale też musi być złożony za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu. Pomija zatem jeden z elementów definicji legalnej kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Zgodnie bowiem z definicją, która została zawarta w art. 3 pkt 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz. Urz. UE. seria L 2014 r. Nr 257, s.73 - „Rozporządzenie eIDAS”), które jest aktem prawnym, z mocy postanowień Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, obowiązującym bezpośrednio w porządku prawnym Rzeczypospolitej Polskiej, przez kwalifikowany podpis elektroniczny rozumie się zaawansowany podpis elektroniczny, który jest składany za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego i który opiera się na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego. Zgodnie zaś z art. 32 ust. 1 Rozporządzenia eIDAS proces walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego potwierdza ważność *kwalifikowanego podpisu elektronicznego, pod warunkiem że: a) certyfikat, który towarzyszy podpisowi, był w momencie składania podpisu kwalifikowanym certyfikatem podpisu elektronicznego zgodnym z załącznikiem I; b) kwalifikowany certyfikat został wydany przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania i był ważny w momencie składania podpisu; c) dane służące do walidacji podpisu odpowiadają danym dostarczonym stronie ufającej; d) unikalny zestaw danych reprezentujących podpisującego umieszczony w certyfikacie jest prawidłowo dostarczony stronie ufającej; e) jeżeli w momencie składania podpisu użyty został pseudonim, zostaje to wyraźnie wskazane stronie ufającej; f) podpis elektroniczny został złożony za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego; g) integralność podpisanych danych nie została naruszona; h) wymogi przewidziane w art. 26 Rozporządzenia eIDAS zostały spełnione w momencie składania podpisu.*

Zauważenia również wymaga, że Odwołujący TPF przywołuje nieaktualną treść art. 78<sup>1</sup> § 1 Kodeksu cywilnego, wskazując: *Do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu*, podczas, gdy od kilku lat przepis ten stanowi: *Do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.*

Argumentacja przedstawiona przez Odwołującego TPF wskazuje zatem, że wykonawca ten nie tyle przekonuje, że złożony przez niego JEDZ został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym, ile próbuje doprowadzić do przyjęcia, że złożony

na nim podpis jest wystarczający do uznania go za prawidłowy, co jak stwierdził na rozprawie, miałyby się wiązać z tym, że zwykle w taki sposób podpis jest składany przez ten podmiot.

W ocenie Izby w sytuacji, gdy podpis nie jest kwalifikowanym podpisem elektronicznym, co należy uznać za wykazane w sprawie, to Zamawiający zasadnie uznał, że Wykonawca nie spełnia wymogów ustawy Pzp i SIWZ, a w konsekwencji wykluczył Wykonawcę z postępowania na ww. podstawie, przy czym podał ją w związku z ar. 25a ust. 3 ustawy Pzp.

Ad zarzut naruszenie art. 26 ust 3 i 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp

Stosownie do art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp: *3. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. 4. Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.*

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp: *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*

Według stanowiska Odwołującego TPF Zamawiający nie wystąpił o żadne wyjaśnienia w zakresie Jednolitego Dokumentu Zamówienia TPF Getinsa Eurostudios S.L., chociaż powinien, a jedynie autorytarnie uznał, że dokument ten nie został prawidłowo podpisany.

W ocenie Izby brak opatrzenia kwalifikowanym podpisem elektronicznym JEDZ jest okolicznością którą stwierdził Zamawiający w wyniku pozyskania raportu z walidacji dokumentów przeprowadzonej przez uprawniony do tego podmiot. Wynik walidacji jest jednoznaczny i wskazuje, że złożony podpis nie jest wymaganym elektronicznym podpisem kwalifikowanym. Nie wymaga zatem wyjaśnień. Ocena dokonywana przez Zamawiającego opiera się weryfikacji podpisu dokumentu z uwzględnieniem obowiązujących przepisów prawa. Skoro ta jednoznacznie wskazała, że JEDZ nie został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, to nie było podstaw do występowania o wyjaśnienia. W takim

przypadku, gdyby nie okoliczność, iż Odwołujący TPF był już wzywany do uzupełnienia JEDZ na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wystąpiłaby jedynie podstawa do uzupełnienia tego dokumentu.

#### Ad. zarzut naruszenie art. 22a ust 6 ustawy Pzp

*Stosownie do art. 22a ust 6 ustawy Pzp: Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego: 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.*

Zdaniem Odwołującego TPF nawet jeżeli Zamawiający uznał, że podpis na formularzu JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby nie jest prawidłowy, to powinien zostać wezwany do zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem lub podmiotami albo do zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, do czego Zamawiający zobligował się w punkcie 8.4 SIWZ.

W ocenie Izby w okolicznościach analizowanej sprawy Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania ww. przepisu. W związku z tym również ten zarzut nie potwierdził się.

Zauważenia wymaga, że Odwołujący jest profesjonalistą, co uzasadnia oczekiwanie, że jak każdy wykonawca wykaże się umiejętnością, wiedzą i rzetelnością przy składaniu dokumentów, po to aby wraz z ofertą przedstawić zamawiającemu komplet dokumentów złożonych w wymaganej formie. Powinien mieć także świadomość, iż nie składając wymaganych przez Zamawiającego dokumentów albo składając je w nieodpowiedniej formie, pozbawia się możliwości ich późniejszego uzupełnienia czy poprawienia na wypadek, gdyby okazały się błędne. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp daje wykonawcom szansę naprawy nieprawidłowości w złożonych oświadczeniach lub dokumentach, jednak możliwość skorzystania z instytucji określonej tym przepisem może nastąpić tylko jednokrotnie w stosunku do tych samych dokumentów składanych na potwierdzenie tych samych okoliczności. Przewidziana w art. 22a ust. 6 ustawy Pzp możliwość zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem trzecim lub samodzielne wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę nie stanowi odrębnej od art. 26 ust. 3 ustawy Pzp podstawy do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, lecz jedynie określa sposób wykonania obowiązku określonego w art. 26 ust. 3 w stosunku do wykonawców, którzy wykazują spełnianie warunków udziału w postępowaniu korzystając z

zasobów podmiotów trzecich i stanowi podstawę wprowadzenia, w trakcie prowadzonej przez zamawiającego procedury weryfikującej spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, zmiany podmiotu trzeciego zgłoszonego na etapie składania oferty.

W analizowanej sprawie ten aspekt, z uwagi na wyżej opisany brak złożenia JEDZ podmiotu trzeciego, nie był przez Zamawiającego badany. Stosownie bowiem do art. 10a ust. 5 ustawy Pzp JEDZ pod rygorem nieważności powinien być sporządzony w postaci elektronicznej i opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy NPzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy NPzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* W analizowanych sprawach, biorąc pod uwagę liczbę i wagę zarzutów, Izba w sprawie o sygn. akt KIO 1179/21 obciążyła kosztami Przystępującego Egis, który zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania, zaś w sprawie sygn. akt KIO 1183/21 uznała, że odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący TPF.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy NPzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) przy uwzględnieniu w obydwu sprawach kwoty wpłaconego przez Odwołujących BBF I TPF wpisu i uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony w sprawie sygn. akt KIO 1179/21.

Wobec powyższego, o kosztach postępowania orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....