Sygn. akt: KIO 1190/19

WYROK

z dnia 11 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w 24 czerwca 2019 r. przez wykonawcę TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o., ul. Zabytkowa 2, 80-253 Gdańsk w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe SA, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, jednostka prowadząca postępowanie: PKP Polskie Linie Kolejowe SA, Centrum Realizacji Inwestycji Region Północny, ul. Dyrekcyjna 2-4, 80-852 Gdańsk

przy udziale wykonawcy Multiconsult Polska Sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale wykonawców Konsorcjum Firm: 1) WYG International Sp. z o.o. (Lider), ul. Bitwy Warszawskiej 1920 r. nr 7, 02-366 Warszawa; 2) WYG Consulting Sp. z o.o., ul. Bitwy Warszawskiej 1920 r. nr 7, 02-366 Warszawa zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 14.06.2019 r. oraz badania i oceny ofert, ponowne badanie i ocenę ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej, w ramach ponownego badanie i oceny ofert nakazuje Zamawiającemu odtajnienie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa i udostępnienie Odwołującemu, tj.

TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o. w całości zarówno wyjaśnień Konsorcjum WYG co do ceny rażąco niskiej oraz wszystkich załączników do niej, odnośnie zaś Multiconsult Polska Sp. z o.o. w zakresie wynikającym tak z dokonanych czynności faktycznych Zamawiającego (którymi Izba jest związana i uznaje za faktyczne uznanie ze strony Zamawiającego zasadności zarzutu względem tego Wykonawcy) oraz dodatkowych ustaleń Izby, ti.:

a. Wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert - „Dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego” - załącznik nr 10 do IDW.

b. Wykaz zamówień wykonanych przez Wykonawcę Załącznik nr 6 do IDW wraz z dowodami należytego wykonania

c. Potencjał kadrowy - Załącznik nr 6a do IDW

d. Informacje o kalkulacji ceny oferty razem z tabelą 3 Zestawienie ofert podwykonawców wraz z opisem oraz załącznikami od 1 do 5 (oferty podwykonawców) z wyłączeniem tabeli 4 Zestawienie informacji finansowych o projekcie oraz załącznika

1A (SGR- kalkulacja cenowa).

e. Zarządzenie Prezesa Zarządu Multiconsult Polska Sp. z o. o. z 11.10.2018 r.

f. Uzasadnienie dotyczące objęcia tajemnica Przedsiębiorstwa z 27.05.2019 r.

2. kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe SA, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, jednostka prowadząca postępowanie: PKP Polskie Linie Kolejowe SA, Centrum Realizacji Inwestycji Region Północny, ul. Dyrekcyjna 2-4, 80-852 Gdańsk i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o., ul. Zabytkowa 2, 80-253 Gdańsk tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od PKP Polskie Linie Kolejowe SA, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,

jednostka prowadząca postępowanie: PKP Polskie Linie Kolejowe SA, Centrum Realizacji Inwestycji Region Północny, ul. Dyrekcyjna 2-4, 80-852 Gdańsk na rzecz TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o., ul. Zabytkowa 2, 80-253 Gdańsk kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1190/19

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Opracowanie dokumentacji przygotowawczej oraz dokumentacji technicznej dla projektu „Rewitalizacja linii kolejowej nr 229 na odcinku Kartuzy - Sierakowice wraz z ewentualną elektryfikacją", nr postępowania 9090/IREZA2/01165/01526/19/P; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21.03.2019 r. pod nr 2019/S 057-132641 przez: PKP Polskie Linie Kolejowe SA, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, jednostka prowadząca postępowanie: PKP Polskie Linie Kolejowe SA, Centrum Realizacji Inwestycji Region Północny, ul. Dyrekcyjna 2-4, 80-852 Gdańsk zwana dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 14.06.2019 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej - Konsorcjum Firm: 1) WYG International Sp. z o.o. (Lider), ul. Bitwy Warszawskiej 1920 r. nr 7, 02-366 Warszawa; 2) WYG Consulting Sp. z o.o., ul. Bitwy

Warszawskiej 1920 r. nr 7, 02-366 Warszawa zwane dalej: „Konsorcjom WYG" albo „Przystępującym no stronie Zamawiającego". Drugą pozycje w rankingu złożonych ofert zajęła oferta - Multiconsult Polska Sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa zwana dalej: „Multiconsult Polska Sp. z o.o." albo „Multiconsult" albo „Przystępującym po stronie Odwołującego". Trzecią pozycje w rankingu złożonych ofert zajęła oferta -TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o., ul. Zabytkowa 2, 80-253 Gdańsk zwana dalej: „TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o." albo „Odwołującym".

W dniu 24.06.2019 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o. wniosło odwołanie na czynność z 14.06.2019 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). W zakresie:

1. niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp" oraz Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ") czynności oceny i badania ofert;

2. niezgodnej z przepisami Pzp czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum WYG pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu;

3. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę Konsorcjum WYG, jako niejawnych wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 i 1a Pzp, pomimo że informacje zawarte w tym dokumencie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

4. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę Multiconsult Polska Sp. z o.o., jako niejawnych wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 i 1a Pzp, pomimo że informacje zawarte w tym dokumencie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

5. jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazane w pkt 3 powyżej -zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum WYG, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Konsorcjum WYG nie złożył odpowiednich wyjaśnień-dokument złożony w trybie art. 90 ust. 1 Pzp nie obala domniemania, że oferta Konsorcjum WYG zawiera rażąco niską cenę;

6. jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazane w pkt 3 powyżej - niezgodnej z przepisami Pzp oceny wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, złożonego przez Konsorcjum WYG,

7. jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazane w pkt 4 powyżej - zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania odrzucenia Multiconsult, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Multiconsult nie złożył odpowiednich wyjaśnień - dokument złożony w trybie art. 90 ust. 1 Pzp nie obala domniemania, że oferta Multiconsult zawiera rażąco niską cenę;

8. jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazane w pkt 4 powyżej — niezgodnej z przepisami Ustawy oceny wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp,

złożonego przez Multiconsult. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum WYG;

2. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp w zw. z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum WYG w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, pomimo że informacje zawarte w tym dokumencie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ponadto Konsorcjum WYG nie dokonało skutecznego zastrzeżenia informacji zamieszczonych w tych wyjaśnieniach;

3. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp w zw. z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień złożonych przez Multiconsult w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, pomimo że informacje zawarte w tym dokumencie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ponadto

Multiconsult nie dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji zamieszczonych w tych wyjaśnieniach;

4. z ostrożności procesowej jako zarzuty ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazane w pkt 2 powyżej - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Konsorcjum WYG wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską;

5. z ostrożności procesowej jako zarzuty ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazane w pkt 2 powyżej - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum WYG, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca Konsorcjum WYG nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 Pzp,

6. z ostrożności procesowej jako zarzuty ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazane w pkt 3 powyżej - naruszenie art. 89 ust. i pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Multiconsult wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską;

7. z ostrożności procesowej jako zarzuty ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazane w pkt 3 powyżej - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Multiconsult, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca Multiconsult nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 -3 Pzp. Wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności oceny ofert,

2. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

3. Odrzucenia oferty Konsorcjum WYG,

4. Odrzucenia oferty Multiconsult,

5. Dokonania ponownej oceny ofert.

Złożenie ofert miało miejsce w dniu 16.05.2019 r. Przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia - 9.225.000 złotych. Złożono 6 ofert z następującymi cenami:

Wykonawca	Cena oferty hri ittn \a/ Pl M
Konsorcjum Wyg	5.271.521,70
Multiconsult	5.346.810,00
T ransproiekt Gdański	6.703.500,00
Konsorcjum INFRA i Arcadis	6.968.393,00
Biuro Projektów Komunikacyjnych w	7.040.151,00
BBF	7.133.016,00

Jak wynika z powyższego zestawienia - 2 pierwsze oferty mają cenę odbiegającą zarówno od budżetu zamówienia, jak i od ceny pozostałych ofert. Pozostałe 4 oferty mają bardzo zbliżone ceny, co wskazuje, że są to ceny rynkowe. Zamawiający zauważył powyższe

1 w dniu 20.05.2019 r. wystosował do Konsorcjum WYG i Multiconsult wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 a Pzp.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust.

2 i ust. 3 Pzp w zw. z naruszeniem art. 96 ust 3 zdanie drugie Pzp - zaniechanie

udostępnienia dokumentów wyjaśnień rażąco niskiej ceny zastrzeżonych jako tajemnica

przedsiębiorstwa przez Konsorcjum WYG i Multiconsult. Zamawiający w dniu 20.05.2019 r. wezwał wykonawców Konsorcjum WYG i Multiconsult do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust 1 w terminie do dnia 27.05.2019 r. Odwołującemu nie udostępniono wyjaśnień

złożonych w odpowiedzi na w/w wezwania. Co więcej - Odwołującemu nie udostępniono nawet uzasadnienia zastrzeżenia jawności złożonych wyjaśnień. Po pierwsze - podkreślił, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych Pzp. Wynika to wprost z przepisu art. 8 ust. 2 Pzp. Tym samym ta właśnie zasada powinna być przede wszystkim brana pod uwagę przy ocenianiu przypadków zastrzegania informacji w toku postępowania. Po drugie - wskazał, że jako tajemnica przedsiębiorstwa mogą być zastrzeżone informacje, a nie dokumenty. Tymczasem obaj wykonawcy zastrzegli właśnie całe dokumenty, wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia jawności. Już samo to wskazuje, że wykonawcy naruszyli zasadę jawności obowiązującą dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego- gdyż Pzp nie dopuszcza w ogóle zastrzeżenia dokumentów jako takich. Tymczasem wykonawcy zastrzegli właśnie dokumenty, a nie znajdujące się w nich informacje. Co więcej - Zamawiający nie dokonał żadnej analizy skuteczności zastrzeżenia, a jedynie bezkrytycznie przyjął oświadczenie o zastrzeżeniu złożone przez wykonawców. Tymczasem to na Zamawiającym ciąży

obowiązek sprawdzenia zasadności i skuteczności zastrzeżenia, a w przypadku, gdy okaże się, że wykonawcy nie wykazali łącznego spełnienia się przesłanek ustawowych legalnej definicji przedsiębiorstwa - Zamawiający jest zobowiązany uznać zastrzeżenia za nieskuteczne i przyjąć, że dokument taki stanowi część jawnej dokumentacji postępowania. Odwołujący wskazał także, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa jakichkolwiek informacji jest możliwe jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia, łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykazania, że dana informacja:

a. ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest inną informacją, przy czym musi posiadać wartość gospodarczą,

b. nie została ujawniona do wiadomości publicznej,

c. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odnośnie warunku pierwszego przyjmuje się, że informacje techniczne, technologiczne czy organizacyjne muszą mieć wartość gospodarczą dla danego wykonawcy. Odnośnie warunku drugiego (tj. nie ujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja „nieujawniona do wiadomości publicznej" to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub Osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy dany przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną. W szczególności wyłączona jest możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, którą można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności, gdy informacja jest dostępna w Internecie lub sam przedsiębiorca o niej informował publicznie. Odnośnie zaś warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich.

W ocenie Odwołującego dokonane przez Konsorcjum WYG i Multiconsult zastrzeżenie jawności Wyjaśnień było i jest bezpodstawne. Wskazuje na to chociażby fakt, że jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzeżono chociażby uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z całą pewnością takie uzasadnienie nie składa się z informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższe zachowanie Konsorcjum WYG i Multiconsult potwierdza wprost, że celem wykonawców Konsorcjum WYG i Multiconsult nie było chronienie uzasadnionej tajemnicy, ale wyłącznie utrudnianie konkurentom dostępu do złożonych wyjaśnień. Odwołujący wskazał, że to na wykonawcach Konsorcjum WYG i Multiconsult zgodnie z obecnym stanem prawnym ciąży obowiązek wykazania skuteczności i zasadności zastrzeżenia jawności. Otóż w poprzednim stanie

prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednakże stan prawny uległ zmianie poprzez nowelizację przepisu art. 8 ust. 3 Pzp. Przy wprowadzaniu tej zmiany w uzasadnieniu poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych {Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano m.in.: „Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art 8 ust 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu

uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych. Powyższa zmiana podejścia ustawodawcy do tajemnicy przedsiębiorstwa wielokrotnie była już podkreślana przez KIO, przykładowo w wyrokach: KIO 2446/15, KIO 1646/16, KIO 703/17, KIO 863/17, KIO 1342/17, KIO 154/18, KIO 200/18, KIO 1339/18, KIO 2132/18. Izba wielokrotnie podkreślała, że z art. 8 ust. 3 Pzp wynika, że na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego wtoku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał - a to poprzez udowodnienie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania" oznacza coś więcej, aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. A już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie. Tymczasem Infomex zawarł w Wyjaśnieniach RNC tylko takie ogólne uzasadnienie, bez dowodów i bez konkretów.

Zdaniem Odwołującego także informacje zamieszczone w samych wyjaśnieniach nie realizują łącznie w/w przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym zgodnie z uchwałą SN z 21.10.2005 r., sygn. akt: III CZP 74/05, Zamawiający powinien odtajnić całość Wyjaśnień RNC, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy Pzp, w szczególności
9
zasadę jawności postępowania jak i wyrażone w aft 7 ust. 1 Pzp zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji. Konsorcjum WYG i Multiconsuit nie sprostali bowiem ciężarowi dowodu w zakresie kwestii charakteru zastrzeganych informacji oraz posiadania przez te informacji wartości gospodarczej. Ten istotny i niezbędny element uzasadnienia został przez obu wykonawców całkowicie pominięty. A zatem nie wykazali oni de facto gospodarczej wartości zastrzeżonych informacji. Zgodnie z poglądami judykatury do skuteczności zastrzeżenia musi zostać spełniona taka właśnie przesłanka materialna, tzn. aby określone informacje mogły zostać objęte tajemnicą, przedsiębiorca musi wykazać, że ujawnianie obiektywnie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy {informacje takie muszą mieć choćby minimalną wartość gospodarczą) - tak NSA w W-wie w wyroku z 10.01.2014 r., IOSK 2112/13. Pogląd ten reprezentuje także KIO, przykładowo w wyroku z 12.01.2015 r., KIO 2784/14: „Wykonawco zastrzegający określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa musi wykazać m.in., że dane informacje posiadają określoną wartość gospodarczą. Wartość ta może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwale zastosowanie i kreującego pewną wartość}, posiadająca określoną wartość dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości." Podobnie w wyroku KIO 2132/18; „Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów".

Co więcej - za informacje posiadające wartość gospodarczą dla danego wykonawcy można uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby danego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Skoro nie została wykazana ta niezbędna przesłanka, już samo to jest podstawą bezzasadności uznania przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia Wyjaśnień RNC. Ponadto wykonawcy nie wykazali też w ogóle, jakie niezbędne działania zostały podjęte przez danego wykonawcę celem zachowania zastrzeganych informacji w poufności. Zdaniem Odwołującego w wyjaśnieniach ograniczono się jedynie do ogólnikowych stwierdzeń. Takie ogólnikowe twierdzenia nie czynią zadość wymaganiom postawionym przez ustawodawcę w przepisie art. 8 ust. 3 Pzp, a zatem zastrzeżenie jawności jest nieskuteczne. Na niedopuszczalność uznawania takich ogólnikowych uzasadnień za podstawę odmowy udostępnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku
10

z 06.08.2018 r., sygn. akt: KIO 1358/18: „Izba uznała, że Hydrobud nie wykazał również jakie niezbędne działania zostały podjęte przez wykonawcę celem zachowania zastrzeganych informacji w poufności. Z art 8 ust. 3 Pzp wynika, że nie jest wystarczające podjęcie jakichkolwiek działań, lecz działań niezbędnych, a zatem działań skutecznych, gwarantujących poufność zastrzeganych informacji. Hydrobud tymczasem wykazując

ziszczenie tej przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa ograniczył się jedynie do podania kilku ogólnych stwierdzeń. Zdaniem składu orzekającego wykonawca, który podejmuje określone działania, by chronić informacje w poufności, powinien wykazać wszystkie podjęte przez siebie środki i szczegółowo je opisać, tak aby były one godne wiary". Na konieczność dołączania dowodów w postaci zobowiązań pracowników wskazała Izba w wyroku z 07.08.2018 r., sygn. akt: KIO 1471/18; „Inaczej jest jednak w przypadku przesłanki podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji, zwłaszcza w sytuacji, w której wykonawca powołuje się na tą okoliczność w uzasadnieniu decyzji o objęciu informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Ad casum Konsorcjum B wskazało na zobowiązanie pracowników, którzy negocjowali warunki załączonych do wyjaśnień ofert, do zachowania w poufności przebiegu i wyników tego procesu, tym niemniej twierdzenie takie pozostaje gołosłowne. Nie istniały bowiem obiektywne przeszkody uniemożliwiające przedstawienie na tą okoliczność dowodów, czego - w odniesieniu do omawianej przesłanki uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa - wymaga, w opinii składu orzekającego, użyte w art. 8 ust 3 Pzp pojęcie wykazania.". Podsumowując argumentację podniesioną w ramach niniejszego zarzutu Odwołujący wskazuje, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów prawa został wykazany. Zamawiający nie dokonał minimalnej nawet analizy skuteczności zastrzeżenia, w tym łącznego ziszczenia się przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. KIO w wyroku z 06.08.2018 r., sygn. akt KIO 1358/18 uznała takie zachowanie Zamawiającego za niedopuszczalne i naruszające przepisy Pzp: „Nie zasługuje na aprobatę działanie zamawiającego, który oceniając zasadność zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa bezrefleksyjnie oparł się wyłącznie na samym fakcie zastrzeżenia dokonanego przez wykonawcę. Zamawiający natomiast powinien odnieść tezy uzasadnienia do zastrzeżonych informacji. Dopiero wtedy możliwa jest ocena, czy dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 UZNK, czy też nie zasługują na tego rodzaju ochronę i podlegają udostępnieniu innym wykonawcom stosownie do zasady jawności postępowania. Obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcie stosownych działań w zależności od wyniku tej analizy."

Odnośnie zarzutu naruszenie art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Konsorcjum WYG i Multiconsult wyjaśnień, podczas gdyż treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską oraz pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawcy Konsorcjum WYG i Multiconsult nie złożyli wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 Ust. 1-3 Pzp. W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że zarzut złożenia nieprawidłowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz zarzut nieprawidłowej oceny tych wyjaśnień przez Zamawiającego, a w konsekwencji zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum WYG i Multiconsult, powinien być oceniany dopiero po uzyskaniu przez Odwołującego dostępu do złożonych wyjaśnień. W związku z powyższym przedmiotowy zarzut podnoszony jest jedynie z ostrożności procesowej. Odwołujący wskazuje, że zarzut naruszenia art. 90 ust. 1-3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp powinien brać swój początek w wyjaśnieniach (w treści tych wyjaśnień). W przypadku, gdy Izba uzna za zasadny zarzut wskazany powyżej, Odwołujący wnosił o nierozpatrywanie przedmiotowego zarzutu jako przedwczesnego, z wyraźnym wskazaniem tej okoliczności w uzasadnieniu orzeczenia. Prawidłowość stanowiska Odwołującego potwierdziła KIO w wyroku z 24.02.2017 r., sygn. akt: KIO 242/17: „Co do zarzutu wystąpienia w ofercie Konsorcjum MP Mosty rażąco niskiej ceny, a także nieprawidłowego złożenia przez tego wykonawcę wyjaśnień w trybie art 90 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ich nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum MP Mosty, izba stwierdziła, iż zarzut ten trudno poddać ocenie, skoro Odwołujący w ogóle nie miał dostępu do przedmiotowych wyjaśnień, a tym samym w ogóle ich nie widział, co, jak Izba stwierdziła powyżej, nastąpiło z powodu ich nieuprawnionego nieujawnienia przez Zamawiającego. Zarzut zaś, czy to naruszenia art. 90 ust 3, czy też art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w sposób konieczny musi brać swój początek w wyjaśnieniach z art 90 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym Odwołujący, bez odniesienia do realnej, a nie jedynie "podejrzewanej" przez siebie treści tych wyjaśnień, nie mógł prawidłowo sformułować zarzutów. Taki stan rzeczy przeczy podstawom ustanowienia środków odwoławczych. Izba uznała ten zarzut za przedwczesny, który będzie mógł być sformułowany po uzyskaniu możliwości zapoznania się z przedmiotowymi wyjaśnieniami". Podobnie KIO orzekła w wyroku z 04.09.2017 r., sygn. akt: KIO 1713/17, w którym izba uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności oceny i badania ofert oraz udostępnienie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z uzasadnieniem objęcia tych wyjaśnień tajemnicą - resztę zarzutów pozostawiając bez rozpoznania jako przedwczesne:

„Izba zarzuty te pozostawiła bez rozpoznania stwierdzając, iż odwołujący dopiero po udostępnieniu mu żądanych dokumentów będzie miał możliwość do konstruowania zarzutów względem zamawiającego". Wobec powyższego Odwołujący wskazał, że niniejszy zarzut jest zarzutem ewentualnym, podnoszonym tylko w przypadku nieuwzględnienia zarzutu opisanego powyżej. Odwołujący nie jest w stanie podjąć pełnej polemiki z treścią wyjaśnień właśnie wobec bezprawnego nieudostępnienia pełnej treści tego dokumentu. Dopiero po udostępnieniu treści wyjaśnień Odwołujący może przedstawić pełną argumentację. Podkreślił, że żaden przepis Pzp nie stoi na przeszkodzie temu, aby w odwołaniu podnosić zarzut główny oraz - na wypadek jego nieuwzględnienia - zarzut ewentualny. W przypadku nieujawnienia danego dokumentu - a z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu - formułowanie zarzutu zaniechania jego ujawnienia oraz zarzutu ewentualnego dotyczącego skutków wadliwości tego dokumentu, jest właśnie działaniem racjonalnym i uzasadnionym. Z jednej strony trudno bowiem wykazać zasadność zarzutu sformułowanego w pewnej części na bazie domysłów czy domniemań, z drugiej strony zaniechanie podnoszenia takiego zarzutu - przy oddaleniu zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa - skutkowałoby utratą możliwości podnoszenia tego zarzutu w przyszłości.

Odnośnie zarzutu braku przedstawienia w wyjaśnieniach czasochłonności usług

realizowanych w ramach Zadania 1. Ani Konsorcjum WYG, ani Multiconsult nie przedstawili w wyjaśnieniach żadnego wyliczenia czasochłonności dla usług, w tym dla usług składających się na Zadanie 1. Tymczasem cena oferty za to Zadanie w przypadku obu wykonawców jest rażąco niska i rażąco odbiega też od cen w ofertach pozostałych wykonawców:

Wykonawca	ZADANIE 1 - Cena oferty brutto w PLN
Konsorcjum Wyg	95.940,00
Multiconsult	61.500,00
Transprojekt Gdański	651.900,00
Konsorcjum INFRA i Arcadis	546.808,80
Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu	281.606.04
BBF	64.845,00

W ramach Zadania 1, zgodnie z OPZ, w szczególności w oparciu o wytyczne przywołane na str. nr 8 OPZ RSW (ZADANIE I) należy wykonać następujące czynności:

a. Zachowanie struktury Rezultatów Studium Wykonalności (dalej: RSW) zgodnie z przywołanymi wytycznymi co oznacza konieczność wykonania w RSW, zgodnie z „Zasady przygotowania analizy kosztów i korzyści w Studium Wykonalności, Rezultatach Studium Wykonalności oraz dokumentach aplikacyjnych dla projektów kolejowych, stanowiący

Załącznik do niniejszego OPZ (wrzesień 2016)"; bloki tematyczne na podstawie „Vademecum CU PT (Dokument stanowiący aktualizację Studium Wykonalności w zakresie prognoz przewozowo-ruchowych i analizy ekonomiczno-finansowej dla

wariantu wybranego w przypadku realizacji wariantu zgodnego z wybranym w ramach analiz przeprowadzonych na etapie studium wykonalności.

W przypadku modyfikacji na etapie realizacji RSW wariantu wybranego, konieczne

jest jego porównanie z minimum jednym alternatywnym wariantem inwestycyjnym.

Rezultaty Studium Wykonalności powinno być opracowane zgodnie

z Rekomendowanymi blokami tematycznymi SI/I/ zawartymi na stronie CUPT:
lub w Vademecum CU PT, Warszawa, 2016 r.)"
następujących kosztochłonnych elementów m.in.:

1. Kontekst społeczno-gospodarczy

L Aktualizacja analiz społeczno - gospodarczych ze Studium wykonalności zgodnie, także z punktem 4.2.2.1 OPZ

2. Identyfikacja obszaru oddziaływania linii kolejowej - aktualizacja - zgodnie z wytycznymi, na które powołuje się pkt4.2.2.3 OPZ

3. Analiza bieżącej podaży usług transportowych - należy wykonać nową analizę ze względu na termin wykonania wcześniejszego studium wykonalności, a w szczególności

przeprowadzenie konsultacji z interesariuszami projektu pkt 4.2.2.4

4. Analiza bieżącego popytu na usługi transportowe - należy wykonać nową analizę ze względu na termin wykonania wcześniejszego studium wykonalności, a w szczególności wykonanie wymaganych bezwzględnie pomiarów ruchu pkt 4.2.2.6 OPZ.

ii. Przeprowadzenie ponownej analizy wariantów inwestycyjnych na etapie aktualizacji RSW pkt 4.2.2.2 OPZ cyt. z wytycznych: „(Obligatoryjnym elementem etapu prac przygotowawczych (Studium wykonalności/Rezultaty studium wykonalności) jest prawidłowe przeprowadzenie procesu wyboru wariantu realizacji inwestycji. Zgodnie z wymogami Załącznika III do rozporządzenia 207/2015 z dnia 20 stycznia 2015 r., wybór wariantu realizacji inwestycji należy przeprowadzić w dwóch etapach:

Etap 1) Strategiczna analiza wariantów inwestycyjnych (preselekcja wariantów), które zostaną później poddane szczegółowej analizie wariantów. W ramach tego etapu dokonuje się identyfikacji wariantów inwestycyjnych, przeprowadza się analizę wszystkich wariantów oraz dokonuje się preselekcji wariantów do dalszych analiz. W analizie wariantów na poziomie strategicznym można posłużyć się analizą wielokryterialną o różnym stopniu sformalizowania i zaawansowania.

Etap 2) Szczegółowa analiza wariantów wybranych w procesie preselekcji. Wybór wańantu realizacji inwestycji w tym etapie dokonuje się przy wykorzystaniu metod ilościowych (AKK)

Jednocześnie jeśli wyniki analizy ilościowej będą zbliżone we wszystkich wariantach alternatywnych o ostatecznym wyborze wariantu inwestycyjnego mogą zdecydować inne przesłanki)

iii. Analiza Popytu - aktualizacja - zgodnie z wytycznymi, na które powołuje się OPZ wymienionymi powyżej. W ramach tej części zamówienia zgodnie z Vademecum CU PT należy wykonać lub zaktualizować analizy marketingowo - ruchowe wraz modelem ruchu. Jest to bezwzględny wymóg PKP PLK S.A. w każdym Studium Wykonalności lub Rezultatach Studium Wykonalności.

iv. Analiza Środowiskowa zgodnie z pkt 4.2.3 OPZ - niniejszy punkt narzuca konieczność wykonania aktualizacji analiz środowiskowych {oddziaływania} a co za tym idzie konieczną weryfikację lub korektę parametrów/ilości urządzeń ochrony środowiska. W przypadku zmiany prognoz ruchu - element ten ma kluczowe znaczenie dla oddziaływania inwestycji a zgodnie z wymaganiami w RSW podawane są parametry oraz koszty urządzeń ochrony środowiska. Konieczność wykonania analizy wpływu inwestycji na klimat oraz adaptacji do zmian klimatu z podręcznikiem Ministerstwa Środowiska pkt 4.2.3.5 OPZ

v. Analiza kosztów i korzyści zgodnie z pkt 4.2.4 OPZ, która zgodnie z Vademecum CU PT i wytycznymi PKP PLK należy rozdzielić na:

1. Analizę społeczno - ekonomiczną

2. Analizę finansową

3. Analiza wrażliwości i ryzyka

Wszystkie wymienione trzy elementy, ze względu na konieczność aktualizacji wszystkich analiz i prognoz określonych w powyższych punktach, a wynikających z wymogów OPZ oraz dokumentów przywołanych w OPZ muszą być wykonane od nowa,

b. Nie bez znaczenia jest termin wykonania zamówienia, który zgodnie z SIWZ pkt 3.1 wynosi 60 dni przed zakończeniem umowy, które jest przewidziane na 31.12.2020 z opcją wydłużenia o kolejne 9 miesięcy. Powyższe oznacza, że Wykonawca powinien uwzględnić co najmniej 18-misięczny termin utrzymania zespołu składającego się z ekspertów niezbędnych do realizacji zamówienia w Zadaniu I. Specjalista ds. inżynierii ruchu kolejowego i organizacji transportu, Ekspert ds. finansowo ekonomicznych Ekspert w dziedzinie analiz przewozowych.

3. Pracochłonność w/w czynności jest bardzo duża i będzie realizowana przez długi czas. (Zgodnie z powyższym na potrzeby niniejszego odwołania przyjęto rynkową stawkę wynagrodzenia dla najaktualniejszych danych GUS „Przeciętne miesięczne wynagrodzenie brutto według sekcji gospodarki narodowej w kwartałach 2018 r. I-IV" dla „działalność profesjonalna, naukowa i techniczna" która w 2018 roku wyniosła 6.860,23 (Dowód: Raport

GUS Zatrudnienie i wynagrodzenia w gospodarce narodowej w 2018 r. - Główny Urząd Statystyczny Warszawa 2019 rok. strona 23)

Czynność	Osoby	Pracochłonność w roboczogodzinach w przeciągu 18 miesięcy - uwzględniono minimalny		Suma dni)	etatów (1 Etat =180
		niezbędny opracowar Zamówień	czas na ie danego etapu a		
Kontekst społeczno-	Koordynator Projektu		216		8.232,27
gospodarczy (pkt. 4.2.2.1, 4.2.23, 4.2.2.4, 4.2.2.5, 4.2.2.7 OPZ + Zakres Vademecum	Ekspert w dziedzinie analiz przewozowych		540		20.580,69
CUPT)	Zespół ds. analiz społeczno-				
	gospodarczych (3 osoby)		1260		48.021,61
Przeprowadzenie	Koordynator Projektu		36		1.372,04
ponownej analizy wariantów	Zespół ds. analiz społeczno-		90		3.430,11
inwestycyjnych na etapie aktualizacji RSW (pkt. 4.2.2.2 OPZ + zakres Vademecum CUPT)	gospodarczych (3 osoby)				
Analiza Popytu (pkt.	Koordynator Projektu		90		3.430,11
4.2.2.6 OPZ .+ Zakres Vademecum CUPT)	Ekspert w dziedzinie analiz przewozowych		360		13.720,46
	Zespół ds. analiz społeczno-		216		8.232,27
	gospodarczych (3 osoby)				
Analiza Środowiskowa	Koordynator Projektu		72		2.744,09
(pkt. 4.2.3 OPZ + Zakres z wytycznych środowiskowych)	Ekspert ds. ochrony środowiska		270		10.290,34
	Specjalista z dziedziny ochrony środowiska		235		89.561,93
Analiza kosztów i	Koordynator Projektu		72		2.744,09
korzyści (pkt. 4-2.4 OPZ + Zakres Vademecum CUPT)	Ekspert ds. finansowo-ekonomicznych		352		13.415,56
	Zespół finansowo- ekonomiczny (2 osoby)		860		32.776,65
RAZEM					258.552,26

A zatem minimalna cena za realizację Zadania 1 powinna wynosić 258.552,26 złotych brutto. Nadto powyższa wycena powinna dodatkowo uwzględniać następujące elementy:
a. Kosztów konsultacji z interesariuszami (wynajęcie sali, dojazd, nocleg)

b. Kosztów pomiarów ruchu (zatrudnienie osób prowadzących pomiary, obróbka danych)

c. Kosztów badań akustycznych dla analizowanych wariantów w Zadaniu nr 2

d. Kosztów dojazdów na obligatoryjne zgodnie z pkt 7 OPZ (Wykonawca zobowiązany jest do uczestniczenia w spotkaniach organizowanych w cyklu miesięcznym, a na żądanie Zamawiającego-częściej, w trakcie których przekazywać będzie informacje o postępie prac) Minimum 18 spotkań dla minimum 3 ekspertów zgodnie z OPZ

e. Zysk Wykonawcy

Powyższe wyliczenie potwierdza też praktyka oraz doświadczenie samego Zamawiającego - otóż zgodnie z informacjami z otwarcia ofert zamieszczanymi na stronie Zamawiającego nie

były składane oferty na wykonanie Rezultatów Studium Wykonalności, których wartość wynosiłaby mnie niż ponad 100 tysięcy złotych. Poniżej podajemy przykładowe ceny ofert na realizację Rezultatów Studium Wykonalności dla Zamawiającego:

Przedmiot zamówienia	Wykonawca z najniższą ceną	Cena oferty brutto w PLN
Opracowanie Rezultatów Studium Wykonalności dla wykonania prac na liniach kolejowych nr 220 i 221 na odcinku Olsztyn - Gutkowo - Dobre Miasto w ramach projektu „Prace przygotowawcze dla wybranych projektów"	BBF Sp. z o.o.	182.040,00
Wykonanie Rezultatów Studium Wykonalności w ramach projektu pn. „Prace na linii średnicowej w Warszawie na odcinku Warszawa Wschodnia - Warszawa Zachodnia — prace przygotowawcze"	KOLTECH INWESTOR Sp. z o.o.	254.610,00
Opracowanie Rezultatów Studium Wykonalności w ramach projektu inwestycyjnego POHŚ5.2-3 pn.:"Prace na liniach kolejowych nr 132,138,147, 161,180,188, 654, 655, 657, 658, 699 na odcinku Gliwice - Bytom- Chorzów Stary - Mysłowice Brzezinka - Oświęcim oraz Dorota - Mysłowice Brzezinka"	Konsorcjum: Instytut Kolejnictwa i Infra- Centrum Doradztwa Sp. z o.o.	477.855,00
Wykonanie Rezultatów Studium Wykonalności, wraz z uszczegółowieniem technicznym wariantów inwestycyjnych dla projektu pn.: „Prace na linii kolejowej C-E 20 na odcinku Łowicz Główny-Skierniewice- Pilawa-Łuków"	WYG Consulting Sp. z o.o.	3.640.800,00
Opracowanie Rezultatów Studium Wykonalności POIiŚ 5.1-12	Multiconsult Polska Sp. z o.o.	265.188,00

W powyższej tabeli przedstawiono wszystkie ogólnodostępne wyniki postępowań ze strony internetowej Zamawiającego, których przedmiotem są Rezultaty Studium Wykonalności. Dodatkowo PKP PLK S.A. zleca RSW w zamkniętych postępowaniach w których uczestniczą 3- 4 firmy zaproszone przez PKP PLK S.A. lub dotychczasowy Wykonawca Studium Wykonalności i zwyczajowo budżet takiego zamówienia wacha się w przedziale 200-450 tysięcy złotych brutto. Tego typu zlecenia są realizowane za kwotę nie niższą niż 200.000,00 złotych brutto. Dodatkowo nadmienił, że rzeczone Zadanie nr 1 należy do trudnych (włącznie z przeprowadzeniem pomiarów ruchu) i należałoby je plasować w górnym przedziale rozkładu średniej ceny. Trudność zadania wynika z jego długotrwałego charakteru i ścisłego powiązania z Zadaniem nr II, które może na przestrzeni minimum 18 miesięcy trwania umowy, ulegać wielu zmianom, które wymuszą konieczność wielokrotnej aktualizacji RSW.

Odnośnie kwestia dowodów do złożonych wyjaśnień. Podkreślił, że Zamawiający w wezwaniu wprost wymagał dołączenia konkretnych dowodów. Z kolei na konieczność załączania do wyjaśnień dowodów wielokrotnie wskazała KIO, np. w wyroku z 29.08.2017 r., sygn. akt: KIO 1702/17: „Zastosowanie zatem trybu wyjaśnień w oparciu o art. 90 ust 1 Pzp oznacza, że Zamawiający powziął wątpliwości co do zaoferowanej przez wykonawcę ceny, a wszczęcie wskazanej procedury niesie ze sobą istotne konsekwencje,

w postaci obowiązku wszechstronnego wyjaśnienia kalkulacji ceny oferty oraz wykazania, poprzez przedstawienie stosownych dowodów, że cena oferty nie jest rażąco niska, a tym samym gwarantuje prawidłową realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. Jednocześnie zamawiający zawsze W takim przypadku ma obowiązek dokonać rzetelnej oceny złożonych wyjaśnień, nie może tym samym uznać, że wystarczające są jakiekolwiek wyjaśnienia ogólne, nie poparte dowodami. Wykonawca Qumak S.A. miał zatem obowiązek wykazania, że zaoferowana cena ma charakter realny, uwzględnia wszystkie koszty, które wykonawca musi ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz że w przypadku tego wykonawcy zachodzą jakieś szczególne, a zarazem obiektywne czynniki, które umożliwiają obniżenie ceny oferty w porównaniu do poziomu rynkowego. Wykonawca miał obowiązek złożyć szczegółowe i wyczerpujące wyjaśnienia oraz powinien był przedstawić dowody na potwierdzenie wskazywanych okoliczności, stosownie do treści wezwania.

Przedstawiona kalkulacja kosztów powinna uwzględniać konkretne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wskazywana wysokość ponoszonych przez wykonawcę kosztów powinna być poparta odpowiednimi dowodami dołączonymi do wyjaśnień. Przedstawiona kalkulacja - to oświadczenie wykonawcy co do kosztów zakupu sprzętu, wykonawca nie załączył żadnych dowodów (np. oferty, cenniki, umowy o współpracy, rabaty itp.) na okoliczność; że rzeczywiście może pozyskać dostarczany sprzęt na określonym poziomie kosztów.". Brak załączenia takich umów (dowodów) wskazuje, że cena oferty nie została obliczona w oparciu o rzeczywiste koszty, że zarówno Wykonawca WYG, jak i Multiconsult na etapie składania oferty nie dokonali obliczenia rzeczywistych kosztów osobowych realizacji zamówienia. Tym samym cena oferty powinna zostać uznana za hipotetyczną, opartą na założeniach, a nie na konkretnych dowodach. Kwestia zakresu i treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny odnośnie kosztów osobowych była przedmiotem orzekania SO w W-wie, który w wyroku z 14.03.2017 r., sygn. akt: XXIII Ga 967/16 wyraźnie stwierdził, że elementem niezbędnym wyjaśnień w zakresie kosztów osobowych jest wykazanie Zamawiającemu poprzez przedstawienie dowodów realnego i rzeczywistego koszty realizacji zamówienia: „Do oceny czy oferta nie zawiera rażąco zaniżonego składnika jej ceny, tj. kosztów osobowych należało przedstawić dowody odnoszące się wyłącznie do tego konkretnego oferenta, w tym przypadku - spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie.

Reasumując, jeśli Przystępujący po stronie Zamawiającego twierdził, że dana kategoria osób kosztuje Go łącznie określoną i wskazaną w wyjaśnieniach kwotę to należało to wykazać w następujący sposób (dane fikcyjne, aby nie naruszyć tajemnicy przedsiębiorstwa):

- Oferent twierdzi, że koszt całkowity np. specjalisty wynosi łącznie 10 000,00 zł (średnia pensja brutto + koszty pracodawcy + koszty dodatkowe);

- Twierdzi także, że takich specjalistów będzie potrzebował 10;

- W swych wyjaśnieniach powinien wiec przedstawić dowody dotyczące wszystkich tych 10 osób (bez konieczności ujawniania ich danych osobowych) i po zsumowaniu łączne koszty powinny wynieść 100 000,00 zł. Kwoty mogą się różnić odnośnie poszczególnych specjalistów lecz łącznie powinny wynieść ww. kwotę;

- Po podzieleniu bowiem tej kwoty przez 10 (czyli wszystkich specjalistów, którzy mają uczestniczyć w realizacji zamówienia) pojawić się powinna średnia kwota w wysokości 10 000,00 zł/specjalista.

Takie zasady powinny dotyczyć wszystkich kategorii (poziomów zaawansowania) osób, które przedmiotowe zamówienie miało wykonywać. Sądu nie interesowały hipotetyczne czy też uśrednione koszty występujące na rynku, lecz dokładne (co do grosza)

koszty ówczesnego H (później już następcy prawnego), to bowiem ta spółka ubiegała się o zamówienie i przedstawiała Zamawiającemu wyjaśnienia odnośnie swojej ceny. Przystępujący na żadnym etapie postępowania - w szczególności na etapie składania wyjaśnień tego nie uczynił. Nie przyjął takiej metody, lecz ograniczył się wyłącznie do gołosłownych twierdzeń, że koszt całkowity dotyczący danej kategorii osób wynosi daną wartość, nic więcej. Jako jedyny argument wskazał, że takie wartości były podawane przez spółkę w innych postępowaniach. Ten sam argument był eksploatowany w postępowaniu skargowym.".

Zgodnie z powyższymi poglądami wykonawcy powinni wskazać dla każdego specjalisty konkretna urnowe i konkretne koszty, jakie będą ponoszone w związku z jego zatrudnieniem przy realizacji przedmiotu zamówienia. Z kolei brak takich elementów w Wyjaśnieniach RNC stanowi o złożeniu wyjaśnień ogólnikowych, niepopartych dowodami.

Powyższe stanowisko prezentuje także KIO w najnowszych wyrokach - izba uważa, że w przypadku ofert, gdzie głównym kosztem są koszty osobowe, niezbędne jest przedstawienie przez wykonawcę składającego wyjaśnienia szczegółowych wyliczeń tych kosztów, opartych o konkretne stawki wynagrodzenia. Chociażby w wyroku z 13.10.2017 r., sygn. akt: KIO 2039/17: ,, Wskazać należy, że usługi nadzoru i zarządzani to najbardziej kosztotwórczy element oferty wykonawcy Lafrentz, gdyż stanowi ponad 80% ceny oferty. 2 uwagi na specyfikę zamówienia czynnikiem kosztotwórczym jest przecie wszystkim koszt pracy specjalistów i ekspertów (...). Trudno tym samym dać wiarę twierdzeniom wykonawcy Lafrentz, skoro nie przedłożono ani Zamawiającemu ani Izbie kopii umów o pracę, umów przedwstępnych, dowodów na potwierdzenie niezmienności kadry pracowniczej. A co najważniejsze nie przedstawiono żadnego dowodu wskazującego, jakie wynagrodzenie ekspertów i specjalistów zostało wliczone przez wykonawcę Lafrentz do kosztów realizacji zamówienia. Jak wskazała Izba powyżej, koszt pracy specjalistów i ekspertów, biorąc pod uwagę charakter zamówienia, to najbardziej kosztotwórczy element oferty. Wyliczenia poszczególnych wykonawców w tym zakresie powinny być udokumentowane, tak aby Zamawiający miał możliwość zweryfikowania czy wyliczenia mają charakter realny i czy rzeczywiście określeni specjaliści czy eksperci będą dostępni dla wykonawcy za wynagrodzenie wskazane w ofercie."

Odnośnie braku oszczędności właściwych tylko Konsorcjum WYG i Multiconsult.

Odwołujący uważał, że Konsorcjum WYG i Multiconsult nie wykazało w złożonych wyjaśnieniach żądnych oszczędności, które byłyby typowe tylko dla tych 2 wykonawców i które nie zaistniałyby w przypadku zarówno w przypadku pozostałych 4 wykonawców, jak i nawet ogólnie - w przypadku innych przedsiębiorców zajmujących się opracowywaniem dokumentacji będącej przedmiotem zamówienia. Jest to kolejna okoliczność wskazująca na słuszność zarzutów odwołania.

Zamawiający w dniu 25.06.2019 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 28.06.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Multiconsult Polska Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnianie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 27.06.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjom WYG zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 04.07.2019 r. (e-mailem) TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o. złożył pismo procesowe. Podpisane jak odwołanie. Stwierdził, że w dniu 03.07.2019 r. Odwołujący pozyskał informację, że Zamawiający w dniu 26.06.2019 r. odtajnił między innymi wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny złożone przez Konsorcjum WYG oraz Multiconsult Polska Sp. z o.o. Powyższa czynność Zamawiającego miała miejsce po dniu wniesienia odwołania przez Odwołującego (odwołanie zostało wniesione w dniu 24.06. 2019 r.) i stanowiło uwzględnienie części zarzutów poprzez czynności faktyczne. Odwołujący wskazał, że powyższa czynność Zamawiającego (odtajnienia części ofert i wyjaśnień do ofert) powinna prowadzić do unieważnienia czynności oceny ofert - ocena zasadności zastrzeżenia informacji jako mających stanowić tajemnice przedsiębiorstwa jest - elementem ofert, wobec czego stwierdzenie nieprawidłowości w takiej ocenie, czy to przez samego

Zamawiającego, czy przez Izbę, zawsze powinno skutkować unieważnieniem wyboru oferty

najkorzystniejszej oraz badania i oceny ofert. Tymczasem Zamawiający nie dokonał unieważnienia czynności oceny ofert. Odwołujący wskazuje, że samo tylko umożliwienie mu (w bliżej nieokreślonej przyszłości) zapoznania się z bezzasadnie zastrzeżonymi informacjami, bez jednoczesnego unieważnienia czynności oceny i badania ofert, nie powoduje zmiany sytuacji Odwołującego. W szczególności Odwołujący nie może obecnie podnosić obecnie żadnych zarzutów związanych z rażąco niską ceną ofert w/w wykonawców w oparciu o argumentację wynikającą z treści odtajnionych wyjaśnień. Przywołał wyrok KIO z 27.10.2017 r., sygn. akt: KIO 2108/17 oraz wyrok KIO z 22.03.2019 r., sygn. akt: KIO 366/19. W konsekwencji wnosił o:

1. umarzenie postępowania odwoławcze w zakresie uwzględnionego przez Zamawiającego zarzutu dotyczącego nieuzasadnionego uznania za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa

informacji zawartych w dokumentach wskazanych w treści odwołania,

2. uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutu nieuzasadnionego wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje Zamawiającemu:

2.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz badania i oceny ofert,

2.2. ponowne badanie i ocenę ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówieniu. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na trzeciej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szanse na uzyskanie zamówienia.

Izba oddaliła opozycję Zamawiającego oraz Konsorcjum WYG, co do interesu w przystąpieniu po stronie Odwołującego Multiconsult Polska Sp. z o.o., jak i w zakresie przystąpienia, które ma charakter częściowy, a nie w całości. Uznając w konsekwencji, prawidłowość przystąpienia po stronie Odwołującego oraz interes w rozstrzygnięciu na korzyść Odwołującego - Multiconsult Polska Sp. z o.o. W tym zakresie, Izba za wyrokiem KIO z 04.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2055/13 stwierdza, że: "(...) wymogiem art. 185 Pzp jest przystąpienie po jednej ze stron. Nie ma natomiast obowiązku, na który wskazywał zamawiający popierania wszystkich zarzutów odwołania. W ocenie Izby przystępujący może ograniczyć się do popierania tych zarzutów, w których ogniskuje się jego interes. Jedynym zakazem jaki ustanawia w takiej sytuacji ustawa, jest zakaz (...) składania oświadczeń sprzecznych ze stanowiskiem strony, do której przystąpił.". Podobnie w wyroku KIO z 02.11.2016 r., sygn. akt: KIO 1961/16, KIO 1962/16. Dodatkowo Izba stwierdza za postanowieniem KIO z 26.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1509/11 oraz za wyrokiem KIO z 05.01.2015 r., sygn. akt: KIO 2669/14, że: "Stosownie do art. 185 ust. 4 zd. 2 Pzp, Izba uwzględnia opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił; w przeciwnym razie Izba oddala opozycję. Z przywołanego przepisu wyprowadzić można dwa wnioski. Po pierwsze: podstawą do zgłoszenia opozycji może być wyłącznie zarzut braku interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której wykonawca zgłasza przystąpienie. Wskazane w art. 185 ust. 2 Pzp pozostałe przestanki w postaci: zachowania terminu na zgłoszenie przystąpienia, formy oświadczenia oraz obowiązku przekazania kopii zgłoszenia odwołującemu i zamawiającemu, mimo, że warunkują one skuteczność zgłoszenia przystąpienia i podlegają obligatoryjnemu badaniu przez Izbę, nie mogą stać się, w aktualnym stanie prawnym, podstawą opozycji. O uwzględnieniu lub oddaleniu opozycji Izba orzeka w formie postanowienia na podstawie art. 185 ust. 4 zd. 4 Pzp. Z uwagi na zamknięty charakter regulacji art. 185 ust. 4 Pzp oraz brak innego przepisu ustawy stanowiącego podstawę do wydania postanowienia, niezachowanie pozostałych przesłanek zgłoszenia przystąpienia warunkować może wyłącznie uznanie braku skuteczności przystąpienia. Po wtóre: podstawą opozycji może stać się uprawdopodobnienie braku interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść wskazanej strony, nie zaś braku interesu prawnego. (...) nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych dokonana ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778 ze zm.) zmieniła materialno prawne przesłanki dopuszczalności rozpoznania odwołania. Kategorię interesu prawnego zastąpiły przesłanki interesu oraz szkody. Adekwatnie, również w zakresie instytucji przystąpienia, skuteczność zgłoszenia przystąpienia nie jest obecnie uwarunkowana wykazaniem interesu prawnego - bezpośredniego związku utraty możliwości uzyskania zamówienia przez wykonawcę zgłaszającego przystąpienie z normą prawną. Przepisy art. 185 ust. 2-4 Pzp posługują się kategorią interesu, który może mieć postać tak interesu prawnego, jak i faktycznego, co zbliża przesłanki uczestnictwa w procedurze odwoławczej do postępowania nieprocesowego uregulowanego w przepisach kodeksu postępowania cywilnego. Podkreślić przy tym należy, że do zgłoszenie przystąpienia, inaczej niż stanowi to art. 179 ust. 1 Pzp, nie jest niezbędne

wykazywanie szkody.".

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego na płytce CD. Nadto, uznała jako dowód w sprawie, wiadomości e-mailowej przesłaną do Izby przed otwarciem posiedzenia w dniu 09.07.2019 r. przez Zamawiającego.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczył także załączony przez Odwołującego do odwołania:

• Raport GUS Zatrudnienie i wynagrodzenia w gospodarce narodowej w 2018 r. -

Główny Urząd Statystyczny Warszawa 2019 rok.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienia, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe Odwołującego, a nadto stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum WYG;

2. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp w zw. z naruszeniem art. 96 ust. 3 zd. drugie Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia)

i udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum WYG w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, pomimo że informacje zawarte w tym dokumencie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ponadto Konsorcjum WYG nie dokonało skutecznego zastrzeżenia informacji zamieszczonych w tych wyjaśnieniach;

3. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp w zw. z naruszeniem art. 96 ust. 3 zd. drugie Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia)

i udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień złożonych przez Multiconsult w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, pomimo że informacje zawarte w tym dokumencie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ponadto Multiconsult nie dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji zamieszczonych w tych wyjaśnieniach;

4. z ostrożności procesowej jako zarzuty ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazane w pkt 2 powyżej - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Konsorcjum WYG wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską;

5. z ostrożności procesowej jako zarzuty ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazane w pkt 2 powyżej - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum WYG, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Konsorcjum WYG nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 Pzp,

6. z ostrożności procesowej jako zarzuty ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazane w pkt 3 powyżej - naruszenie art. 89 ust. i pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Multiconsult wyjaśnień złożonych w trybie art.

90 ust. 1 Pzp, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską;

7. z ostrożności procesowej jako zarzuty ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazane w pkt 3 powyżej - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Multiconsult, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Multiconsult nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 - 3 Pzp.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania, przystąpień, odpowiedzi na odwołanie złożonego na posiedzeniu oraz pisma procesowego Odwołującego. Istotna jest treść wezwań z 20.05.2019 r. do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 a Pzp skierowanych do Konsorcjum WYG oraz Multiconsult Polska Sp. z o. o., wyjaśnień z 27.05.2019 r. udzielonych na tą okoliczność przez Konsorcjum WYG oraz Multiconsult Polska Sp. z o. o. oraz załącznik do nich przedłożone przez obu Wykonawców. Nadto okoliczność, że po wyborze oferty najkorzystniejszej (z 14.06.2019 r.) i złożeniu odwołania (24.06.2019 r.) Zamawiający odtajnił dokumenty objęte m.in. zarzutem drugim i trzecim co miało miejsce - 26.06.2019 r. Zakres tego udostępnienia został wskazany w ramach rozpatrywania zarzutu drugiego oraz trzeciego. Stwierdzono również że Konsorcjum WYG nie dostarczyło wraz z wyjaśnieniami ceny rażąco niskiej wyjaśnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa tych wyjaśnień w odróżnieniu od Multiconsult Polska Sp. z o. o. Z kolei, Odwołujący otrzymał przedmiotowe dokumenty w dniu rozprawy (część w godzinach porannych po godz. 7:00, pozostałą część w toku rozprawy on-line po godz. 12:00). Na posiedzeniu wyjaśnił także, że: „(...) o odtajnieniu dokumentów dowiedział się przy okazji pisma wnoszącego o przesunięcie terminu, gdzie załączono pisma odtajniające dokumenty złożone przez Multiconsult Polska Sp. z o.o. oraz Konsorcjum WYG. Miało to miejsce 03.07.2019. (...)".

Dodatkowo w ramach odpowiedź na odwołanie przedłożonej na posiedzeniu Zamawiający stwierdził, co następuje. „Odnośnie zarzutu zaniechania odtajnienia i udostępnienia zastrzeżonych jako niejawnych dokumentów zawierających tajemnice przedsiębiorstwa, Zamawiający wskazuje że odtajnił dokumenty i informacje zastrzeżone przez Multiconsult i Konsorcjum WYG jako tajemnice ich przedsiębiorstw z wyłączeniem stawek ofertowych ich podwykonawców, które zostały przez tych podwykonawców zastrzeżone jako dostępne tylko dla w/w Wykonawców wraz z omówieniem tych ofert / nazwami podwykonawców. Zamawiający odtajnił powyższe dokumenty w dniu 26.06.2019r., jednak przekazał je zainteresowanym dopiero w dniu 09.07.2019r., z uwagi na możliwość złożenia odwołania do dnia 08.07.2019r. Zarzut ten zatem nie może się ostać.

W toku przedmiotowego postępowania Zamawiający zgodnie z art. 90 ust. 1a Pzp, zwrócił się do Wykonawców Multiconsult i konsorcjum WYG o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy. W wyjaśnieniach Wykonawcy opisali elementy wyceny oferty z załączeniem dowodów wyceny podwykonawców z zakresu geodezji, geologii i polisy ubezpieczeniowej. Wykonawcy przedstawili szczegółową kalkulację kosztów związanych z realizacją zamówienia, w której uwzględniono godzinowe jednostkowe koszty pracy personelu związanego z realizacją inwestycji, liczbę roboczodni przypadającą na danego pracownika oraz narzut na koszty pracy. Wyjaśnienia Wykonawcy stanowić miały potwierdzenie, że zaoferowana cena uwzględnia wszystkie elementy związane z należytym wykonaniem zamówienia. Zamawiający wyjaśnienia Wykonawców uznał za wystarczające do uznania, że oferty ich nie zawierają rażąco niskiej ceny.

W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny złożone przez Wykonawców w pismach (z 27.05.2019 r. Konsorcjum WYG - WYG International Sp. z o.o. i WYG Consulting Sp. z o.o.; Załącznik nr 1 do pisma nr 19/0327 z 27.05.2019 r. Multiconsult Polska Sp. z o.o.) nie budzą wątpliwości i wskazują, że oferty obejmują wszystkie czynniki cenotwórcze niezbędne/wymagane do realizacji przedmiotu Zamówienia i nie zachodzi podstawa ich odrzucenia.

Zamawiający zweryfikował oferty Wykonawców (Konsorcjum WYG - WYG International Sp. z o.o. i WYG Consulting Sp. z o.o.; Multiconsult Polska Sp. z o.o.) oraz złożone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i uznał, że zaoferowane ceny spełniają wszystkie wymogi SIWZ Tom III OPZ (dla zadań I i II). Wykonawcy w swoich ofertach zawarli oprócz kosztów wynikających z OPZ i Umowy również koszty polisy ubezpieczeniowej oraz założyli rezerwę na wydatki nieprzewidziane oraz ryzyko. Szczegółowa kalkulacja ceny ofertowej obejmuje: koszty personelu, koszty podwykonawców, koszty reprodukcji dokumentacji, koszty wyjazdów służbowych, wynajmu i utrzymania biura przez cały okres realizacji zamówienia, koszty paliwa, opłat, polis OC, koszty obsługi sekretariatu, inne nieprzewidziane wydatki, koszty gwarancji bankowej, rezerwę oraz zysk. Zamawiający, w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym stanowiącym załącznik 1 A do formularza ofertowego dla Zadania I RSW, założył wartość wynagrodzenia „do 10% wartości wynagrodzenia zakresu podstawowego" (suma zadań I i II) i obie oferty spełniają ten warunek (Konsorcjum WYG. Multiconsult Polska Sp. z o.o.).

W odniesieniu do uwag wniesionych przez Transprojekt Gdański Sp. z o.o. (str. 13 pkt 5 odwołania) wskazane w tabeli postępowania przetargowe dotyczą wyłącznie

opracowania RSW - jako oddzielnego zamówienia. Natomiast w przedmiotowym postępowaniu (Zadanie I i II) Wykonawca ma możliwość wykonywania zadań jednocześnie przy udziale jednego zespołu projektowego. Zamawiający w kwestii personelu do realizacji Zadania I RSW, odsyłał poprzez pkt 9 OPZ dla Zadania I do personelu wskazanego w pkt 6.2.3. OPZ dla Zadania II — dokumentacji projektowej. Wykonawca w trakcie wykonywania Zadania II ma możliwość jednoczesnego dokonywania aktualizacji RSW (Zadanie I). Może

realizować oba zadania poprzez ten sam personel.

W przypadku udzielenia oddzielnego zamówienia inaczej rozkładają się również inne koszty np. biura, ubezpieczenia itd. Ponadto zakresy OPZ wskazanych w tabeli na str. 13 Odwołania zamówień są inne dla każdego z tych zamówień, inne są terminy realizacji, inne wymagania adekwatne do zakresu zamówienia. W związku z powyższym porównywanie kosztów wskazanych postępowań z obecnym postępowaniem jest bezzasadne i bezcelowe.

Zdaniem Zamawiającego wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum WYG oraz Multiconsult Polska Sp. z o.o. w kontekście rażąco niskiej ceny są wiarygodne, nie ma podstaw do ich odrzucenia, a zatem Zamawiający prawidłowo dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum WYG. ”

Do dalszych kwestii Izba odniesie się w dalszej części w ramach rozpatrywanych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu pierwszego, Izba w/w zarzut uwzględniła.

W tym zakresie, Izba kierował się nie tylko uwzględnieniem zarzutu drugiego i trzeciego (o czym szerzej poniżej) i niejako konsekwencją z tego wynikającą, ale generalnie tym, że podzieliła tezy Odwołującego z jego pisma procesowego złożonego przed otwarciem posiedzenia, jak i przedstawione na samym posiedzeniu. Sprowadzały się one do tego, że: „(...) czynność Zamawiającego (odtajnienia części ofert i wyjaśnień do ofert) powinna prowadzić do unieważnienia czynności oceny ofert - ocena zasadności zastrzeżenia informacji jako mających stanowić tajemnice przedsiębiorstwa jest - elementem ofert, wobec czego stwierdzenie nieprawidłowości w takiej ocenie, czy to przez samego Zamawiającego, czy przez Izbę, zawsze powinno skutkować unieważnieniem wyboru oferty najkorzystniejszej oraz badania i oceny ofert. (...)”.

W tym zakresie podzielając stanowisko wyrażone we wskazanych przez Odwołującego w piśmie procesowym orzeczeniach wyrok KIO z 27.10.2017 r., sygn. akt: KIO 2108/17 oraz wyrok KIO z 22.03.2019 r., sygn. akt: KIO 366/19. Dodatkowo wskazuje za wyrokiem KIO z 24.06.2019 r., sygn. akt: KIO 1034/19: „(...) W ocenie Izby wnioski

odwołania zostały sformułowane w sposób logiczny i spójny i konstrukcja odwołania nie pozostawia wątpliwości, że po pierwsze Odwołujący domaga się w ramach podniesionych zarzutów unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, następnie udostępnienia mu dokumentów objętych pierwotnie tajemnicą przedsiębiorstwa, a w dalszej kolejności kolejnych czynności stosownie do podniesionych zarzutów. Poza tym nawet jeśli by uznać, że wnioski odwołania są sformułowane zbyt ogólnie, bo nie są skorelowane ściśle z danym zarzutem, to na uwadze należy mieć również zasady wynikające z przepisów ustawy Pzp. Zgodnie z nimi nie może być żadnych wątpliwości co do tego, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej następuje po czynności badania i oceny ofert i jest jej zwieńczeniem. Natomiast po wyborze oferty najkorzystniejszej może już tylko dojść do udzielenia zamówienia. Zatem w sytuacji, gdy Zamawiający już po wyborze oferty najkorzystniejszej poweźmie jakiekolwiek wątpliwości, co do prawidłowości badania i oceny ofert, w celu powtórzenia tej czynności, powinien unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Należy wskazać, że elementem badania i oceny oferty są m.in. takie czynności zamawiającego jak wezwanie do wyjaśnień bądź uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 bądź 4 ustawy Pzp, wezwanie do wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny ale również i badanie skuteczności zastrzeżenia informacji znajdujących się w ofercie tajemnicą przedsiębiorstwa. Te wszystkie czynności, wskazane jedynie przykładowo, podejmowane są w ramach badania i oceny ofert i dopiero po zakończeniu tego etapu zamawiający może przejść do następnego, tj. ewentualnego wyboru oferty najkorzystniejszej (jeśli taki właśnie wniosek płynie z przeprowadzonego badania i oceny ofert).

Przekładając powyższy wywód na stan przedmiotowej sprawy, Izba wyjaśnia, że

w wyniku wniesionego odwołania nastąpiło nic innego jak powzięcie przez Zamawiającego wątpliwości co do prawidłowości dokonanej przez niego wcześniej oceny skuteczności objęcia zastrzeżonych przez Przystępującego w treści oferty dokumentów. W wyniku tych wątpliwości czynność wykonana przez Zamawiającego jest niczym innym jak powtórnym badaniem oferty Przystępującego, chociaż w ograniczonym zakresie dotyczącym tylko skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Niemniej jednak czynność - tj. ponowne badanie oferty Przystępującego w omawianym zakresie - nie może być dokonana w oderwaniu od unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ze względów wskazanych powyżej. (...)

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutów od drugiego do trzeciego, Izba oba zarzuty uwzględniła w zakresie wynikającym z sentencji.

Po pierwsze, Izba podkreśla, że Zamawiający w dniu 26.06.2019 r. poinformował Multiconsult Polska Sp. z o.o. i Konsorcjum WYG, że odtajnił dokumenty objęte zarzutem drugim i trzecim. Odnośnie Multiconsult Polska Sp. z o.o. w zakresie następujących dokumentów:

,,(...)1. Wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert - „Dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego" - załącznik nr 10 do IDW.

2. Wykaz zamówień wykonanych przez Wykonawcę Załącznik nr 6 do IDW wraz z dowodami należytego wykonania

3. Potencjał kadrowy - Załącznik nr 6a do IDW

4. Informacje o kalkulacji ceny oferty z wyłączeniem tabeli nr 3 Zestawienie ofert podwykonawców wraz z opisem, tabeli 4 Zestawienie informacji finansowych o projekcie oraz załączników 1A i 1-5 (oferty podwykonawców oraz SGR- kalkulacja cenowa). (.)

5. Zarządzenie Prezesa Zarządu Multiconsult Polska Sp. z o. o. z dnia 11.10.2018

6. Uzasadnienie dotyczące objęcia tajemnica Przedsiębiorstwa z dnia 27 maja 2019

Zdaniem Zamawiającego w/w dokumenty nie zasługują na ochronę wynikająca z art. 8 ust. 3 Pzp. W związku z powyższym w/w dokumenty będą udostępnione na wniosek zainteresowanych po upływie 10 dniowego okresu na odwołanie."

Odnośnie Konsorcjum WYG stwierdził, że: „(...) informuje o decyzji w zakresie odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (Pismo przewodnie) z wyłączeniem tabeli pn. Szczegółowa kalkulacja ceny ofertowej oraz załączników nr 1-13, nr 19 -20 oraz nr 24-26 (wyceny podwykonawców, umowy o pracę oraz dokumentu pn. Zaangażowanie personelu własnego Wykonawcy) złożonych przez Państwa w przedmiotowym postępowaniu.

Zdaniem Zamawiającego w/w dokument nie zasługuje na ochronę wynikająca z art. 8 ust. 3 Pzp. W związku z powyższym w/w dokument będzie udostępniony na wniosek zainteresowanych po upływie 10 dniowego okresu na odwołanie. (.)"

Jednocześnie, Zamawiający w ramach wiadomości e-mailowej przesłanej do Izby w dniu 09.07.2019 r. (przed otwarciem posiedzenia) poinformował, że przekazał Odwołującemu wskazane wyżej dokumenty (w tym dniu po godz. 7:00). Podobnie Multiconsult Polska Sp. z o.o. dokumenty Konsorcjum WYG, a Konsorcjum WYG dokumenty Multiconsult Polska Sp. z o.o. Jednocześnie w toku rozprawy (po godz. 12:00 w dniu dzisiejszym) Zamawiający poinformował, że przesłano Odwołującemu kolejne pochodzące z wyjaśnień Konsorcjum WYG oraz Multiconsult Polska Sp. z o.o. Udało się ustalić, że jest to w wypadku Konsorcjum WYG m.in. zał. nr 24.

Izba podkreśla w zakresie obu zarzutów, że de facto Zamawiający w wyniku przeprowadzonych czynności faktycznych uznał zasadność zarzutów, choć nie złożył formalnego na posiedzeniu oświadczenia o ich uwzględnieniu. Powyższe także potwierdzało jego stanowisko z rozprawy. Izba odczytuje powyższe czynności, jak i oświadczenia złożone na rozprawie, jako przyznanie racji Odwołującemu w zakresie obu zarzutów.

Jednocześnie, Izba wzięła pod uwagę dodatkowe okoliczności związane z wadliwym charakter dokonanego przez Zamawiającego na rzecz Odwołującego udostępnienia - w zakresie pisma Konsorcjum WYG z 27.05.2019 r. miało miejsce omyłkowe zaczernienie następujących elementów (za protokołem z posiedzenia): „(...) na 1 stronie pisma z 27.05.2019 r. w adresie konsorcjum WYG ma charakter omyłkowy i wynika

z przebicia tuszu. Strona 3 tabela Zamawiający oświadcza, że powinna być w całości jawna, a zaczernienie ma charakter tak jak powyżej, na skutek użytego mazaka. Powyższa omyłka ma miejsce także na str. 4 w pkt 11 w pkt a. Przedostatnia strona w piśmie, Zamawiający potwierdza, że również zakreślenie ma charakter omyłkowy. (...)"

Odnośnie Multiconsult Polska Sp. z o.o. (za protokołem z posiedzenia): „(...) udostępniony załącznik nr 1 informacja o kalkulacji ceny oferty firmy Multiconsult Polska Sp. z o.o. w zakresie str. 14 i 21. Zamawiający potwierdza, iż na tych stronach miało miejsce przebicie „ze strony" mazaka."

Izba powyższe wzięła po uwagę w kontekście obu zarzutów, uznając że wadliwość dokonanego udostepnienia czyni oba zarzuty nadal aktualnymi, co skutkuje koniecznością nakazania unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej i w toku ponownego badania oceny ofert udostępnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, czyli generalnie zastrzeżonych dokumentów obu Wykonawców - w sposób prawidłowy bez stwierdzonych powyżej omyłek.

W tym zakresie, Izba uznała stanowisko Odwołującego że wskazane powyżej omyłki nie mają charakter nieistotnego np. tabela ze str. 3, czy przedostatnia strona w piśmie Konsorcjum WYG z 27.05.2019 r. Należy uznać, że z analizy przywołanych powyżej fragmentów wynika, że dotyczą one także elementów które pozwalają ocenić, czy zaoferowana cena ma, czy też nie ma charakteru rażąco niskiego.

Podobnie Izba wzięła pod uwagę, że mimo faktycznego uznania zarzutów i udostepnienia dokumentów Multiconsult Polska Sp. z o.o. i Konsorcjum WYG, to dokonane przez Zamawiającego udostepnienie nie miało charakteru pełnego, co także czyni oba zarzuty nadal aktualnymi. Zamawiający stwierdził co następuje: ,,(...)Co do Konsorcjum WYG potwierdza, że nie było wyjaśnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a jedynie klauzula, na którą zwrócił uwagę Odwołujący na rozprawie. Był to jeden z powodów odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Przy czym, uczyniono to zachowując w tajemnicy dane, co do wycen podmiotów zewnętrznych.(...)", a następnie: „(.)Multiconsult Polska Sp. z o.o., zgadza się z argumentacją Odwołującego z rozprawy, co także było przyczyną odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Multiconsult Polska Sp. z o.o., z tymi wyjątkami, jakie wynikają z przesłanych dokumentów. Podkreśla, iż dot. one wycen dokonanych przez podmioty zewnętrzne, które zastrzegły w swoich wycenach tajemnicy przedsiębiorstwa. (.)".

Względem dokumentów Konsorcjum WYG i nie udostępnionych wycen przez Zamawiającego. Izba zwraca uwagę na dwie kluczowe kwestie z pierwszych sześciu wycen de facto tylko wycena pierwszej, drugie i trzeciej firmy ma klauzulę poufności, wyceny od czwartej do szóstej tych klauzul nie mają w ogóle. Z dwóch dalszych wycen tylko pierwsza ma klauzulę poufności, w drugim wypadku takiej nie ma. Drugą kluczową kwestią jest przyznany przez Zamawiającego brak wyjaśnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, skutek jest taki że całość wyjaśnień ceny rażąco niskiej i załączonych dokumentów winna podlegać udostepnieniu. Konsorcjum WYG bowiem nie podjęło niezbędnych działania w celu zachowania poufności. Jeśli firmy które dokonały wycen i zawarły klauzule poufności uznają że ich prawa w tym zakresie zostały naruszone winny z uwagi na zaistniałą sytuację i brak działań ze strony Konsorcjum WYG, co stwierdzono bezsprzecznie, winny żądać odszkodowania ze strony Konsorcjum WYG.

Względem dokumentów Multiconsult Polska Sp. z o.o. i nie udostępnionych wycen przez Zamawiającego. Izba stwierdziła po weryfikacji, że rzeczywiście oferty wszystkich firm zewnętrznych załączone do wyjaśnień ceny rażąco niskiej mają klauzule poufności.

Jednakże, Izba po analizie wyjaśnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa uznała, iż dotyczą one wyłącznie tajemnica przedsiębiorstwa Multiconsult Polska Sp. z o.o., a nie jego kontrahentów. Multiconsult Polska Sp. z o.o. dla poparcia swojego stanowiska w tej kwestii nie wykazała, że również podmioty te podjęły jakiekolwiek działania celem zachowania tych danych w poufności. Na tę okoliczność nie przedstawiono Zamawiającemu i Izbie żadnego dowodu np. umowy łączącej kontrahentów z Konsorcjum WYG co do zachowania poufności danych w kontaktach handlowych. Dwa akapity na ten temat na str. 8 są niewystarczające w tym zakresie. Uzasadnienie sporządzone przez Multiconsult Polska Sp. z o.o., jak zostało już stwierdzone powyżej, prowadziło do wniosku, że jest to wyłącznie tajemnica przedsiębiorstwa Multiconsult Polska Sp. z o.o., a nie jego kontrahentów (str. 8 nie zmienia stanowiska Izby w tym zakresie). Ponadto, Multiconsult Polska Sp. z o.o. omówił jedynie własne działania podejmowane celem zachowania własnej tajemnicy przedsiębiorstwa

w poufności, a nie kontrahentów. Należy uznać, że w tych okolicznościach przedmiotowej sprawy same klauzule są niewystarczające, gdyż Multiconsult Polska Sp. z o.o. winna wykazać, że taka informacja od podmiotu zewnętrznego ma charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, wykazując wszystkie przesłanki wynikające z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wobec powyższego stwierdzono, że Multiconsult Polska Sp. z o.o. nie może traktować jako tajemnicy przedsiębiorstwa danych jego kontrahentów, nie wykazując w sposób jednoznaczny, że warunkują zaangażowanie się w przedsięwzięcia po stronie Multiconsult Polska Sp. z o.o. po warunkiem zachowania w tajemnicy udostępnionych wykonawcy usług i dostaw, (podobnie wyrok KIO z 06.02. 2019 r., sygn. akt: KIO 131/19 oraz w wyroku KIO z 26.02.2019 r., sygn. akt: KIO 260/19).

Skutkuje to tym, że Zamawiający winien udostępnić wyjaśnienia co do ceny rażąco niskiej oraz załączniki do niej z uwzględnieniem tej okoliczności. Przy czym Izba uznała względem Multiconsult Polska Sp. z o.o., że wobec de facto uznania zasadności zarzutów przez Zamawiającego, Izba jest tym faktem związana, udostępnienie winno być zgodne z dyspozycją zawartą w sentencji, czyli takie jak miało miejsce względem Odwołującego w dniu rozprawy. Dodatkowo należy udostępnić w wyniku dokonanych ustaleń zał. od 1 do 5 do wyjaśnień ceny rażąco niskiej oraz tabela nr 3 ze str. 10 wyjaśnień ceny rażąco niskiej

(Informacje o kalkulacji ceny oferty). Podtrzymując tajemnicę przedsiębiorstwa Multiconsult Polska Sp. z o.o. w pozostałym zakresie.

Izba podkreśla, że zostało nakazane Zamawiającemu odtajnienie i udostępnienie, mimo iż w pewnym zakresie czynności te zostały już dokonane, uznając że po pierwsze takie odtajnienie nie zostało przeprowadzone w wystarczającym zakresie przez Zamawiającego w obu wypadkach, a miały także miejsce istotne omyłki, co zostało zweryfikowane w toku posiedzenia i rozprawy, po drugie przedmiotowe czynności winny mieć „cywilizowany" przebieg i nie odbywać on-line w trakcie rozprawy, gdy Odwołujący jest na sali rozpraw i przedstawia swoje stanowisko (co zostało odnotowane w protokole). W takiej sytuacji Zamawiający jeśli de facto uznał racje Odwołującego winien formalnie uwzględnić zarzuty dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa i powtórzyć czynność badania i oceny ofert, aby w jej trakcie dokonać odtajnienia i udostępnienia. W przeciwnym wypadku wszelkie inne działania prowadza do „wypaczenia istoty" udzielania zamówienia publicznego i naruszają art. 7 Pzp. Na co Izba wskazywała, przy okazji rozpatrywaniu pierwszego zarzutu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutów od czwartego do siódmego, Izba wskazuje, że mają one charakter zarzutów ewentualnych i zostały jak sam oświadczył w odwołaniu Odwołujący sformułowane z ostrożności procesowej. W konsekwencji, Izba odstąpiła od ich rozpoznawania.

Izba w tym kontekście przywołuje w pierwszej kolejności stanowisko Odwołującego z odwołania: „1/1/ pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że zarzut złożenia nieprawidłowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz zarzut nieprawidłowej oceny tych wyjaśnień przez Zamawiającego, a w konsekwencji zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum WYG i Multiconsult, powinien być oceniany dopiero po uzyskaniu przez Odwołującego dostępu do złożonych wyjaśnień. W związku z powyższym przedmiotowy zarzut podnoszony jest jedynie z ostrożności procesowej. Odwołujący wskazuje, że zarzut naruszenia art. 90 ust. 1-3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp powinien brać swój początek w wyjaśnieniach (w treści tych wyjaśnień). W przypadku, gdy Izba uzna za zasadny zarzut wskazany powyżej, Odwołujący wnosił o nierozpatrywanie przedmiotowego zarzutu jako przedwczesnego, z wyraźnym wskazaniem tej okoliczności w uzasadnieniu orzeczenia.".

\N następnej kolejności stwierdzając, że Izba w pełni podzieliła i uznała za własne stanowisko wyrażone w podobnym stanie faktycznym, zwłaszcza uchwałę SN, jak rozpatrywane w ramach wyroku KIO z 26.02.2019 r., sygn. akt: KIO 260/19: „Ze względu na stwierdzenie Odwołującego zarówno w treści odwołania jak i na rozprawie w KIO, iż kolejny zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego jest zarzutem ewentualnym Izba uznając zasadność dopuszczalności takiego formułowania zarzutów odstąpiła od rozpoznawania zarzutu rażąco niskiej ceny oferty (por. Uchwała SN z 18.10.2013 r. (III CZP 58/13, www.sn.pl). Podkreślić należy, że Odwołujący - w związku z nieznajomością wyjaśnień - sformułował ten zarzut jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia wyjaśnień, zaznaczając, że nie jest w stanie podjąć szczegółowej polemiki z uwagi na nieznajomość tego dokumentu. Wobec uwzględnienia zarzutu głównego zarzut ewentualny nie podlegał rozpoznaniu. Odnosząc się do tego stanowiska, podkreślenia wymaga kwestia, że to od decyzji Odwołującego zależy, jakie zarzuty podnosi w odwołaniu i w jaki sposób je formułuje. W ocenie Izby żaden przepis

ustawy Pzp nie stoi na przeszkodzie temu, aby w odwołaniu podnieść zarzuty główny oraz - na wypadek jego nieuwzględnienia - zarzut ewentualny. Co więcej, w przypadku nieujawnienia przez zamawiającego określonego dokumentu konkurenta (w rozpoznawanej sprawie - wyjaśnień dotyczących ceny), sformułowanie zarzutu zaniechania jego ujawnienia oraz zarzutu ewentualnego dotyczącego skutków ewentualnej wadliwości takiego dokumentu (tj. zaniechania odrzucenia oferty czy wykluczenia wykonawcy z postępowania), jest działaniem racjonalnym i uzasadnionym. Trudno bowiem wykazać na zasadność stawiania zarzutu sformułowanego tylko na bazie domysłów i wątpliwości co do wielkości zaoferowanej ceny. Jednocześnie podniesienie takiego zarzutu bez wskazania na jego ewentualny charakter zobowiązywałoby Izbę do jego rozpatrzenia, co z kolei narażałoby Odwołującego na odrzucenie ewentualnego kolejnego odwołania wniesionego po zapoznaniu się z wyjaśnieniami, z uwagi na powagę rzeczy osądzonej. W takich sytuacjach za właściwą decyzję wykonawcy należy uznać zaskarżenie w pierwszej kolejności zaniechania ujawnienia wyjaśnień kalkulacji ceny oferty Przystępującego, a następnie po zapoznaniu się z ich treścią podjęcie decyzji w przedmiocie ewentualnego wniesienia odwołania wobec zaniechania odrzucenia oferty z rażąco niską ceną."

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący: