

WYROK
z dnia 09.01.2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 04 stycznia 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11.12.2017 r. przez wykonawcę **MOSTY KATOWICE Sp. z o.o., ul. Rolna 12, 40-555 Katowice**, w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**,

przy udziale wykonawcy **Egis Poland Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczonych przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania
3. Zasądza od odwołującego MOSTY KATOWICE Sp. z o.o., ul. Rolna 12, 40-555 Katowice na rzecz zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, kwotę 3600,00 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 Warszawie.

Przewodniczący

UZASADNIENIE

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, dalej zwany „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla projektu pn.: „*Rewitalizacja i odbudowa częściowo nieczynnej linii kolejowej nr 182 Tarnowskie Góry - Zawiercie*”. Zamawiający wszczął postępowanie poprzez zamieszczenie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (numer 2017/S 126-257681). Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych, wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 01 grudnia 2017 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta złożona przez wykonawcę Egis Poland Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa.

Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca MOSTY KATOWICE Sp. z o.o., ul. Rolna 12, 40-555 Katowice, zwany dalej „odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 w zw, z art. 7 ust. 1 oraz art. 96 ust. 3 Pzp poprzez ich błędne zastosowanie, a w konsekwencji nieudostępnienie Odwołującemu protokołu wraz z załącznikami, a to oferty wykonawcy EGIS, pomimo faktu, iż w/w wykonawca nie dokonał prawidłowego (skutecznego) zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co narusza zasady jawności postępowania, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców
- 2) art. 91 ust. 1 Pzp poprzez błędną ocenę ofert skutkującą przyznaniem niewłaściwej

ilości punktów w poza cenowym kryterium oceny ofert,

3) art 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 lit. a Pzp poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji wybór oferty, która obiektywnie nie jest ofertą najkorzystniejszą, bowiem ze względu na błędną ocenę ofert przeprowadzoną przez Zamawiającego i przyznanie błędnych punktacji w poza cenowym kryterium oceny ofert Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy EGIS, która nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaniechał zaś wyboru oferty Odwołującego, która jest obiektywnie najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu

4) art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 ewentualnie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji nieodrzućenie oferty wykonawcy EGIS pomimo faktu, iż oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny poprzez zastosowanie stawki VAT nieznanej ustawie

2

5) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 2 oraz art. 22a ust. 3 poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji niewykluczenie wykonawcy EGIS z postępowania, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu ze względu na fakt, iż: a. nie przedstawił zobowiązań do udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci EGIS RAIL

SA

b. przesłane Zamawiającemu samodzielnie (bez wezwania) zobowiązanie do udostępnienia zasobów oraz dokumenty podmiotu trzeciego — EGIS RAIL SA nie mogą zostać uznane za skutecznie złożone

c. nie wykazał braku podstaw wykluczenia podmiotu trzeciego - EGIS RAIL SA ze względu na brak informacji z rejestru karnego właściwego dla członków organów zarządzających w/w podmiotu trzeciego oraz informacji o nieogłoszeniu upadłości w/w podmiotu trzeciego

d. przedstawił oświadczenia wiedzy i oświadczenia woli podmiotu trzeciego — EGIS RAIL SA podpisane przez osobę niewładającą językiem polskim, a sformułowane w języku polskim, przez co uznać należy, iż nie zostały one skutecznie złożone (w tym nie zostały skutecznie udostępnione wykonawcy EGIS zasoby podmiotu trzeciego)

ewentualnie z ostrożności procesowej

6) art. 26 ust 3 w zw, z art 24aa ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie wezwania wykonawcy EGIS do złożenia dokumentów, a to zobowiązania do udostępnienia zasobów oraz JEDZ podmiotu trzeciego na zasobach którego bazował wykonawca EGIS, a to EGIS RAIL SA na etapie złożenia oferty, przed wyborem oferty najwyżej ocenionej oraz zobowiązania do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego EGIS POLSKA INŻYNIERIA sp. z o.o. pomimo wskazania w ofercie, iż takie zobowiązanie jest przez wykonawcę EGIS złożone wraz z ofertą oraz

zaniechanie wezwania wykonawcy EGIS do poprawienia złożonych dokumentów, a to zobowiązania do udostępnienia zasobów podmiotu EGIS RAIL SA, które nie może zostać uznane za skuteczne udostępnienie zasobów, jak również oświadczeń o braku podstaw wykluczenia złożonych przez ten podmiot w języku, którym nie posługuje się osoba składająca w/w oświadczenie oraz złożenia brakujących dokumentów, a to informacji z rejestru karnego właściwego dla członków organów zarządzających podmiotu trzeciego — EGIS RAIL SA oraz informacji o nieogłoszeniu upadłości podmiotu trzeciego EGIS RAIL SA, które nie zostały złożone.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej

3

3) nakazanie Zamawiającemu odtajnienia oferty wykonawcy EGIS w całości lub części

4) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenie powtórnego badania i oceny ofert

5) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy EGIS z powodu błędu w obliczeniu ceny

6) nakazanie Zamawiającemu przyznania wykonawcy EGIS 30 punktów zamiast przyznanych 70 punktów w podkryterium nr I kryterium „JAKOŚĆ”

- 7) nakazanie Zamawiającemu przyznania Odwołującemu 70 punktów zamiast przyznanych 30 punktów w podkryterium nr I kryterium „JAKOŚĆ”
- 8) nakazanie Zamawiającemu przyznania wykonawcy EGIS 0 punktów lub 10 punktów zamiast przyznanych 30 punktów w podkryterium nr II kryterium „JAKOŚĆ”
- 9) nakazanie Zamawiającemu przyznania Odwołującemu 30 punktów zamiast przyznanych 10 punktów w podkryterium nr II kryterium „JAKOŚĆ”
- 10) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy EGIS z postępowania ze względu na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu ewentualnie, z ostrożności procesowej
- 11) nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy EGIS do złożenia oraz poprawienia dokumentów i oświadczeń, a to zobowiązania do udostępnienia zasobów, JEDZ, oświadczeń podmiotu trzeciego — EGIS RAIL SA
- 12) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przy zastosowaniu właściwych obiektywnie ocen złożonych ofert w kryterium poza cenowym „JAKOŚĆ”
- 13) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący w zakresie zarzutu pierwszego dotyczącego niezasadnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa części oferty EGIS tj. naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 96 ust. 3 Pzp podał, że dzięki zasadzie jawności postępowania wykonawcy mogą kontrolować poprawność prowadzenia procedury oraz właściwość zachowań Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast Odwołujący został pozbawiony tej możliwości ze względu na fakt, iż Zamawiający nie udostępnił mu wglądu do oferty wykonawcy EGIS, a to dokumentów i oświadczeń, które podlegają ocenie w kryteriach oceny ofert — wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz Opracowania pn. Metoda realizacji Zamówienia.

Podał, że Zamawiający przyjął niezasadnie za udowodnione wyjaśnienia wykonawcy EGIS odnoszące się do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie tego wykonawcy, a nadto utajnił przez pozostałymi wykonawcami nawet samo wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstw, co jest działaniem bezprecedensowym i czynnością

4

wbrew prawu. Nawet jeśli sama zastrzeżona informacja okazałaby się bowiem tajemnicą przedsiębiorstwa (czemu Odwołujący zaprzecza), to wyjaśnienie takie nie może być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ samo wyjaśnienie nie jest ani informacją techniczną, ani technologiczną, ani organizacyjną ani inną informacją posiadającą wartość gospodarczą, jest bowiem wyłącznie wyjaśnieniem dlaczego pewna informacja, w opinii zastrzegającego (wykonawcy EGIS) miałaby zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca EGIS oprócz zastrzeżenia poczynionego na stronie 2 oferty nie wykazał, iż informacje znajdujące się w ofercie oraz późniejszym uzupełnieniu dokumentów rzeczywiście zasługują na uznanie ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający nie przekazał Odwołującemu jakichkolwiek wyjaśnień czy też wykazania, że zastrzeżone informacje są tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie ulega zaś wątpliwości, iż wykonawca zamierzający zastrzec pewne informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa zobowiązany jest do wykazania, że zostały spełnione łącznie przesłanki do uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, a to:

1. nieujawnienie ich do wiadomości publicznej
2. charakter tych informacji - informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne lub inne posiadające wartość gospodarczą
3. podjęcie przez wykonawcę środków mających na celu zachowanie tych informacji w poufności.

Odnosząc się do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa Wykazu osób podał iż takie zastrzeżenie jest niezasadne chociażby z tego powodu, że osoby skierowane do realizacji zamówienia będą zobowiązane do złożenia podpisów pod oświadczeniami autorów dokumentacji, dołączonych do umowy w sprawie zamówienia publicznego (załącznik nr 3 do Umowy), a w związku z faktem, iż umowa jest jawna (art. 139 ust 3 PZP), również załączniki do niej są jawne. Dodatkowo — osoby skierowane do realizacji zamówienia będą widniały na projektach budowlanych, do których dostęp również będzie nieograniczony (zgodnie z ustawą o dostępie do informacji publicznej), w związku z czym nie została dochowana

trzecia przesłanka istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa - podjęcia działań w celu zachowania informacji w poufności - wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2016 roku, KIO 879/16).

Odnosnie Opracowania pn. Metoda realizacji zamówienia, wskazał iż tajemnicę cechuje rodzaju ciągłość i przedsiębiorstwa pewnego możliwość wielokrotnego wykorzystania. Tajemnica przedsiębiorstwa nie jest więc tworzona na potrzeby konkretnego postępowania i nie może przestać posiadać wartości gospodarczej czy jakiegokolwiek wartości dla Wykonawcy po zakończeniu procedury w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dają się wykorzystać w większej ilości postępowań, a nie utworzone tylko na potrzeby konkretnego postępowania i

5

tylko w związku z tym postępowaniem. Tożsame stanowisko zajęła Izba w wyroku z dnia 26 listopada 2014 roku (KIO 2360/14), wyjaśniając, iż „Informacja powinna mieć wartość gospodarczą nie tylko na użytek konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale także powinna mieć dla przedsiębiorstwa wartość gospodarczą przynajmniej w jakimś okresie, istotną dla jego

funkcjonowania i znaczenia na rynku, np. źródła zaopatrzenia i zbytu, kooperanci, wynalazki i patenty”. Stwierdził, że nie ulega wątpliwości, iż z tego rodzaju sytuacją mamy do czynienia na gruncie powyższego dokumentu - Metoda realizacji konkretnego zamówienia może zostać wykorzystana wyłącznie w ramach tego jednego zamówienia i nie korzysta przez to z przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa. Uwzględniając powyższe stwierdził, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa części oferty wykonawcy EGIS prowadzi do naruszenia zasad postępowania, przez co wniosek o odtajnienie oferty wykonawcy EGIS jest w pełni uzasadniony i konieczny.

W zakresie zarzutu drugiego dotyczącego zarzucanego Zamawiającemu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp poprzez błędną ocenę ofert skutkującą przyznaniem niewłaściwej ilości punktów w poza cenowym kryterium oceny ofert podał, że Zamawiający przyjął dwa kryteria oceny ofert:

- 1) cena (60 %)
- 2) jakość (40 %)

Z kolei kryterium „jakość” podzielone zostało na dwa podkryteria:

- podkryterium 1 planowanie 1) realizacji zamówienia (punktacja: 0 pkt, 30 pkt, 70 pkt)
- 2) podkryterium 2 kluczowe elementy organizacji i zarządzania kontraktem (punktacja: 0 pkt, 10 pkt, 30 pkt).

W zakresie powyższego Odwołujący podniósł, że dokument na podstawie którego Zamawiający dokonywał powyższych ocen, w odniesieniu do oferty wykonawcy EGIS, nie został przez Zamawiającego udostępniony Odwołującemu, dlatego też na obecnym etapie Odwołujący podniósł, że:

- 1) w podkryterium I wykonawca EGIS nie przedstawił w formie tabelarycznej wykazu instytucji, od których niezbędne będzie uzyskanie opinii, uzgodnień, decyzji oraz warunków (zob. str. 24 SIWZ), co skutkować winno przyznaniem maksymalnie 30 punktów (a nie 70 punktów), zgodnie z punktem 19.7.2.2.3 SIWZ (str. 25 SIWZ).

Ponadto wykonawca EGIS z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością nie przedstawił wymaganych uzgodnień z Urzędem Transportu Kolejowego oraz pozostałymi organami i podmiotami wskazanymi w tym dokumencie (Opracowaniu) przez Odwołującego, jak choćby TK Telekom, PKP Energetyka, PKP Utrzymanie, PKP Oddział Gospodarowania Nieruchomościami, PKP S.A.

6

Natomiast w podkryterium II wykonawca EGIS nie wskazał wszystkich zasobów ludzkich, zgodnie z punktem 7.2 OPZ, przez co w tej części powinien otrzymać 0 punktów (zob. str. 22 SIWZ) — zarówno na etapie projektowania, jak również projektantów branżowych na etapie nadzoru autorskiego, dodatkowo ze złożonych dokumentów (na etapie składania oferty oraz złożonych po wezwaniu z art. 26 ust. 1 Pzp wynika, iż wykonawca EGIS nie mógł sporządzić prawidłowego opisu zaangażowania podwykonawców lub podmiotów udostępniających zasoby w trakcie realizacji zamówienia, bowiem podmioty te wymieniał i przedstawiał

Zamawiającemu kaskadowo, a nie jednocześnie, w związku z tym przyznanie maksimum punktów w niniejszym kryterium stanowi nadużycie i nierówne traktowanie wykonawców przez Zamawiającego (naruszenie art. 7 ust 1 Pzp).

Natomiast wg Odwołującego przedstawione przez niego wraz z ofertą Opracowanie ukazuje wszystkie dane i informacje wymagane przez Zamawiającego zarówno w podkryterium I jak i podkryterium II, przez co winne być uznane za spełniające wymogi dla uzyskania odpowiednio 70 punktów i 30 punktów. Podkreślił, że ze względu na brak dostępu do oferty wykonawcy EGIS Odwołujący nie jest w stanie sformułować kompletnych i pełnych zarzutów, te bowiem będą możliwe do skonstruowania po odtajnieniu oferty wykonawcy EGIS. Jednakże powyższe wyjaśnienia wystarczają, aby zmienić punktację i Odwołujący uzyskał wyższą ocenę w kryterium jakości, w obu podkryteriach, zaś by ocena wykonawcy EGIS w obu podkryteriach została ustalona na poziomie niższym niż dotychczas — co spowoduje, iż oferta Odwołującego będzie uznana za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu.

W zarzucie trzecim Odwołujący zarzucił, iż oferta Egis zawiera błąd w obliczeniu ceny z powodu podania nieistniejącej stawki podatku VAT, dlatego też oferta ta winna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust.1 pkt 6 Pzp. Wykonawca wpisał w ofercie, iż stosuje stawkę VAT 1,23, która to stawka nie jest znana ustawie z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2017 r. poz. 1221 j.t. ze zm.).

W zarzucie czwartym Odwołujący podał, że Zamawiający winien był odrzucić ofertę wykonawcy EGIS ze względu na okoliczności opisane w zarzucie trzecim i nie powinna być ona podawana dalszej ocenie. Niemniej jednak poddanie ocenie oferty wykonawcy EGIS winno spowodować uplasowanie jej na pozycji niższej rankingu niż pozycja 1 i nie powinno powodować dalszej analizy podmiotowej tego wykonawcy. Nadto dodał, że Egis w ofercie podał dwa podmioty udostępniające zasoby tj. - Torproject sp. z o.o. oraz Egis Rail SA i jednocześnie przedstawił JEDZ oraz zobowiązanie do udostępnienia zasobów udzielone wyłącznie przez Torproject sp. z o.o. Natomiast w wykazie załączników Egis podał, że przedstawia JEDZ oraz zobowiązanie do udostępnienia zasobów „EPI”, co w połączeniu ze złożonymi dokumentami wskazuje na spółkę Egis Polska Inżynieria sp. z o.o. —jednakże jednocześnie nie dołączono do oferty zobowiązania podmiotu Egis Polska Inżynieria sp. z

7

o.o. Dodatkowo, zobowiązanie do udostępnienia zasobów (oświadczenie woli), jak również JEDZ oraz oświadczenia o braku podstaw wykluczenia (oświadczenia wiedzy) zostały sporządzone w języku polskim, a widniejący pod nimi podpis należy do obywatela Francji — pana O. B., co do którego zachodzi nikłe prawdopodobieństwo, iż włada on językiem polskim. W związku z powyższym niemożliwym jest, aby Pan B. złożył oświadczenie woli bądź wiedzy o treści jakie przedstawiono.

Z ostrożności procesowej Odwołujący podniósł również zarzut naruszenia art. 26 ust.3 Pzp, podając, iż w przypadku uznania, iż pomimo rażącego naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, Zamawiający powinien był w pełni rozpoznać sytuację wykonawcy EGIS i winien był wezwać wykonawcę EGIS do złożenia / uzupełnienia / poprawienia złożonych dokumentów jeszcze na etapie przed dokonaniem wezwania z art 26 ust. 1 Pzp. W takim przypadku Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania wykonawcy EGIS na podstawie art 26 ust. 1 Pzp do złożenia dokumentów, nakazanie dokonania wezwania z art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia dokumentów o których mowa w pkt 4 uzasadnienia, a następnie przeprowadzić ponowną ocenę złożonych ofert - w tym spełniania przez wykonawcę EGIS warunków udziału w postępowaniu (w tym realności udostępnionych zasobów) i ewentualnej konieczności zmiany podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby, a dopiero następnie dokonanie wezwania z art. 26 ust 1 Pzp wykonawcy, który spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podał, że uwzględnił zarzut dot. zaniechania wezwania wykonawcy EGIS POLAND Sp. z o.o. (dalej EGIS), do uzupełnienia dokumentów w zakresie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z powodu nie przedłożenia informacji z właściwego rejestru karnego dla wszystkich członków organu zarządzającego podmiotu udostępniającego swoje zasoby tj. EGIS RAIL S.A., oraz zarzut częściowo obejmujący zakres zarzutu dotyczący niezasadnego objęcia tajemnicą tj. złożył przedsięwzięcia nieudostępnienia Odwołującemu uzasadnienia jakie Zamawiającemu wykonawca Egis celem wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy

przedsiębiorstwa. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie zarzutów odwołania.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego odwołania podał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, przy ocenie poszczególnych ofert Zamawiający kierował się zasadą równego traktowania wykonawców. W szczególności Zamawiający uznał, że faktycznie informacje zawarte w dokumentach „Metoda realizacji zamówienia” stanowią pewne know-how wykonawców, którzy zresztą zgodnie zastrzegli przedmiotowy dokument, jako dokument zawierający informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Również w zakresie wykazu osób, Zamawiający uznaje, że dane te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jest faktem powszechnie znanym, że w obecnej sytuacji na rynku, gdzie Zamawiający prowadzi bardzo

8

dużą ilość postępowań o udzielenie zamówienia co w konsekwencji doprowadziło do sytuacji braku personelu na rynku. W takich realiach, wykwalifikowany personel stał się niejednokrotnie czynnikiem warunkującym możliwość złożenia oferty, a tym samym ochrona tego personelu na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w celu uniemożliwienia ewentualnego podkupienia, zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu drugiego podniósł, iż Zamawiający w pkt 19.7.2 SIWZ w sposób szczegółowy opisał, jakie elementy będą podlegały ocenie Zamawiającego oraz jaki będzie system przydzielania punktów. W uzasadnieniu tego zarzutu, Odwołujący wskazał na następujące aspekty stanowiące podstawę do przyznania mniejszej ilości punktów Przystępującemu:

1) w podkryterium 1 wykonawca EGIS nie przedstawił w formie tabelarycznej wykazu instytucji, od których niezbędne będzie uzyskanie opinii, uzgodnień, decyzji oraz warunków, co skutkować winno przyznaniem maksymalnie 30 punktów (a nie 70 punktów), a w szczególności nie przedstawił wymaganych uzgodnień z Urzędem Transportu Kolejowego jak choćby TK TELEKOM, PKP Energetyka, PKP Utrzymanie, PKP Oddział Gospodarowania Nieruchomościami, PKP

W tym zakresie, Zamawiający odsyła do informacji wskazanych w Tabeli 2 w dokumencie „Metoda Realizacji Zamówienia” str. 7-9 oraz do Szczegółowego Harmonogramu Realizacji Zamówienia. Zamawiający wskazuje na brzmienie dyspozycji pkt 19.7.2.2.1 ppkt b) IDW, gdzie jest mowa tylko o znanych wykonawcy na obecnym etapie instytucji, od których niezbędne będzie pozyskanie opinii itd.

Odnosząc do podkryterium 2 wykonawca EGIS zdaniem Odwołującego nie wskazał:

a) *wszystkich zasobów ludzkich, zgodnie z punktem 7.2 OPZ, zarówno na etapie projektowania, jak również projektantów branżowych na etapie nadzoru autorskiego*, Zamawiający wskazuje, że w przedłożonym przez wykonawcę EGIS Szczegółowym Harmonogramie Realizacji Zamówienia znajdującym się w załączniku nr 1 wykonawca ujął wszystkie zasoby ludzkie wskazując, którzy specjaliści/członkowie zespołu i w jakim czasie realizować będą poszczególne działania w SzHRZ.

b) *prawidłowego opisu zaangażowania podwykonawców lub podmiotów udostępniających zasoby w trakcie realizacji zamówienia*.

Zamawiający wskazuje, że w przedłożonym przez wykonawcę EGIS, Szczegółowym Harmonogramie Realizacji Zamówienia znajdującym się w załączniku nr 1 wykonawca uwzględnił i pokazał podwykonawców w procesie realizacji Zamówienia. Podwykonawcy zostali ujawnieni na etapie składania wniosków w dokumencie JEDZ w części II D.

Stwierdzić również należy, że zarzut ten jest również bezzasadny z tego względu, że wykonawca EGIS przedstawiał poprzez wskazanie stanowisk/funkcji

9

Natomiast w odniesieniu do swojej oferty, Odwołujący podniósł, że jego opracowanie w podkryterium 1 zawiera:

a) zgodne ze sobą terminy poszczególnych działań (w tym czas ich trwania oraz wzajemne zależności),

Zamawiający podnosi, że Odwołujący wskazał zgodne ze sobą terminy poszczególnych działań oraz czas ich trwania, ale nie przedstawił ich wzajemnych zależności. W szczególności, w przedłożonym SzHRZ nie jest jednoznacznie pokazane, że poszczególne działania stanowią ciąg powiązanych ze sobą zadań np.: na etapie pozyskania decyzji lokalizacyjnej brak pokazanej wzajemnej zależności między sporządzeniem wykazu działek

ewidencyjnych znajdujących się w obszarze projektowanych linii rozgraniczających teren pod inwestycję a opracowaniem dokumentacji geodezyjno-prawnej związanej z podziałem nieruchomości.

b) buforów czasowe i ścieżkę krytyczną:

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie wskazał on buforów czasowych oraz ścieżki krytycznej. Zamawiający wskazał, że zgodnie z założeniem wykres Gantta jest graficznym modelem do przedstawiania działań na osi czasowej i zawiera określoną symbolikę dzięki której, wykres jest zrozumiały i czytelny. W przedstawionym przez odwołującego Mosty Katowice wykresie brakuje jasno zdefiniowanych symboli oznaczających rozpoczęcie i koniec zadania i ścieżki krytycznej oraz przyjętych buforów czasowych.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający nie mógł przyznać Odwołującemu w podkryterium 1 maksimum 70 punktów, a jedynie uznać, że opracowanie nie jest kompletne i przyznać 30 punktów. Dodatkowo wskazać należy, że Odwołujący w swoim odwołaniu w żaden sposób nie uzasadnia swoich zarzutów, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, że Zamawiający błędnie ocenił jego ofertę, a w szczególności nie wskazał w których miejscach swojego opracowania zawarte są te elementy, które zostały negatywnie ocenione przez Zamawiającego. Odwołujący podniósł jedynie, że Zamawiający powinien podjąć procedurę wyjaśniania oferty Odwołującego w tym zakresie, co jest całkowicie błędnym założeniem, ponieważ jeżeli czegoś w ofercie nie ma to nie ma potrzeby tego wyjaśniać. Jak wskazano powyżej, Odwołujący w swoim odwołaniu również nie wskazuje, gdzie w jego dokumencie znajdują się określone informacje.

Odnosząc się do zarzutu trzeciego podał, że nie może budzić żadnych wątpliwości, że w Załączniku nr IB w kolumnie „Podatek VAT”, Przystępujący EGIS wskazał przelicznik podatku VAT z procentów na wartość liczbową. W żadnym wypadku nie doszło do zastosowania nieznannej w prawie polskim stawki VAT. Wpisanie wartości „1,23” należy traktować w kategorii oczywistej omyłki pisarskiej, gdzie zamiast procentowej stawki podatku VAT wskazano przelicznik matematyczny.

10

Natomiast odpowiadając na podniesiony zarzut czwarty wskazał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, w ofercie EGIS znajdowały się dokumenty JEDZ i zobowiązanie do udostępnienia zasobów dot. EGIS RAIL S.A., stąd Zamawiający całkowicie nie rozumie stawianego zarzutu. Podał, że Zamawiającemu nie jest wiadomym na jakiej podstawie Odwołujący twierdzi, że EGIS wskazał w swojej ofercie, że będzie polegał na zasobach EGIS POLSKA INŻYNIERIA Sp. o.o., gdzie z treści formularza ofertowego wprost wynika, że EGIS wskazało tylko na dwa podmioty udostępniające zasoby tj. Torprojekt Sp. z o.o. i EGIS RAIL S.A. W związku z powyższym brak było podstaw do żądania do przedłożenia zobowiązania podmiotu EGIS POLSKA INŻYNIERIA Sp. z o.o., do udostępnienia swojego potencjału.

W odniesieniu do zarzutu dot. braku przedłożenia zaświadczeń o karalności dla prezesa rady administracyjnej oraz pozostałych administratorów, to wskazał, że Zamawiający zgadza się i potwierdza, że faktycznie w dokumentach złożonych przez EGIS brakuje tych dokumentów, jednak zarzut dot. zaniechania wykluczenia EGIS na tej podstawie jest przedwczesny i nie zasługuje na uwzględnienie. Zwrócić bowiem należy uwagę, że Zamawiający uwzględnił w tym zakresie zarzut dot. naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i w związku z tym, że EGIS nie był jeszcze wzywany do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, przed ewentualnym wykluczeniem wykonawcy, Zamawiający jest zobowiązany przeprowadzić procedurę przewidzianą w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu dot. braku informacji o braku ogłoszenia upadłości, wskazać należy, że zarzut ten jest bezzasadny, bowiem gdyby taka okoliczność zaistniała, zostałaby ona uwidocznioma w odpisie z rejestru handlowego (EXTAIT KBIS), w pozycji „Pozostałe wpisu lub uwagi”. Także odnośnie zarzutu dot. braku dokumentu, który w sposób jednoznaczny potwierdzałby brak likwidacji spółki EGIS RAIL S.A., wskazał, że zarzut ten jest całkowicie bezpodstawny. Zaświadczenie daje jednoznaczne potwierdzenie określonych danych i zostało wydane przez podmiot uprawniony, czego Odwołujący nie kwestionuje. Wskazanego w zaświadczeniu zastrzeżenia nie można traktować inaczej, jak wskazania, że być może inne sądy, nie przekazały do sądu właściwego określonych informacji (pierwszy podpunkt), usunięciem pewnych danych na mocy przepisów prawa francuskiego (pozostałe podpunkty).

Odnosnie zarzutu dot. złożenia oświadczenia woli przez O. B., stwierdził, że Zamawiający ograniczył się do stwierdzenia, że zarzut ten jest całkowicie bezzasadny i nie będzie wdawał się w bezsensowną polemikę w tym zakresie.

Przystępujący do postępowania wykonawca EGIS w złożonym piśmie procesowym wskazał argumentację zbieżną z tą podniesioną przez Zamawiającego i podniósł, że podniesione zarzuty są niezasadne i odwołanie winno zostać oddalone.

11

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.. Odwołujący wykonawca wykazał także interes we wniesieniu odwołania o którym mowa w art. 179 ust.1 ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga kwestia, że stan faktyczny sprawy wynikający z treści odwołania i prezentowany przez strony na etapie rozprawy jest taki sam jak podany w odwołaniu, co skutkuje brakiem potrzeby ponownej jego prezentacji przez Izbę.

Na wstępie wskazać należy iż zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, od tego podlegającego rozstrzygnięciu Izby uległ ograniczeniu, ponieważ Zamawiający w piśmie procesowym złożonym przed rozprawą postanowił uwzględnić: zarzut odwołania odnoszący się do żądania odwołania, dotyczący wezwania wykonawcy EGIS w trybie art. 26 ust. 3, do przedłożenia zaświadczeń z właściwego rejestru karnego dla członków zarządu- rady administracyjnej, a także uwzględnił żądanie dotyczące udostępnienia odwołującemu wyjaśnień Egis dotyczących podstawy zastrzeżenia Wykazu osób oraz Metodyki realizacji zamówienia.

Przechodząc do oceny podniesionych zarzutów Izba po dokonaniu oceny zarzutu pierwszego, dotyczącego niezasadnego zastrzeżenia w ofercie Przystępującego EGIS jako tajemnicy przedsiębiorstwa Wykazu osób oraz opracowania pod nazwą Metodyka realizacji zamówienia, odnoszącej się do opisu buforów czasowych i ścieżki krytycznej uznała zasadność tego zarzutu.

Jednakże ze względu na fakt oddalenia pozostałych zarzutów odwołania Izba uznała, że na przeszkodzie uwzględnienia odwołania stoi przepis art 192 ust.2 Pzp w związku z tym, iż nakazanie odtajnienia ww. elementów oferty nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Zgodnie z tym przepisem Izba może uwzględnić odwołanie tylko w sytuacji kiedy naruszenie przez Zamawiającego przepisów miało lub mogłoby mieć wpływ na wynik postępowania rozumianego jako możliwość zmiany czynności Zamawiającego w sposób, który pozwoliłby Odwołującemu uzyskać zamówienie

Przed oceną merytoryczną powyższego zarzutu Izba wskazuje, że kwestia prawidłowości i zasadności zastrzegania części treści ofert jako tajemnicy przedsiębiorstwa budzi wiele kontrowersji zarówno w orzecznictwie jak i doktrynie. Podkreślić należy, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest kluczowym elementem zarówno funkcjonowania systemu zamówień publicznych jak i zasadności wydatkowania na

12

ten cel środków publicznych. Dlatego też Izba uznaje, że tylko w sytuacjach zupełnie wyjątkowych istnieje możliwość ograniczenia jawności postępowania i to wyłącznie w uzasadnionych przypadkach i po spełnieniu wskazanych w przepisach prawa przesłanek.

Możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco.

Uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako

tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być stosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, ściśle w granicach jej definicji, zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ciężar udowodnienia zaistnienia wyjątkowych okoliczności, uzasadniających utajnienie jawności postępowania i znajdujących oparcie w przepisach ustawy, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał oraz na Zamawiającym – w przypadku, gdy

nie zdecydował się on na odtajnienie informacji, których tajność zastrzegł wykonawca. To dzięki prawu do uzyskiwania pełnej informacji o postępowaniu i czynnościach podejmowanych przez zamawiającego wobec konkurencyjnych ofert, wykonawcy mogą skutecznie bronić swoich interesów. Ustalenie wzajemnych relacji między zasadą jawności a poufnością informacji przekazywanych przez wykonawców (tajemnicą przedsiębiorstwa) jest niewątpliwie trudne i często ocenne, ale niezmiennie istotne z punktu widzenia zarówno prawidłowego prowadzenia postępowań, ochrony interesów przedsiębiorców i prawidłowości wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zauważyć należy, że przed podjęciem przez Sąd Najwyższy uchwały z dnia z 21 października 2005 r. sygn. III CZP 74/2005 w zakresie konsekwencji prawnych dla wykonawcy, niezasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, dotyczących Zamawiający po uznaniu, że brak jest podstaw do przyjęcia iż zastrzeżone dokumenty stanowią dla wykonawcy tajemnicę przedsiębiorstwa podejmował czynność odrzucenia takiej oferty na podstawie przepisu o niezgodności treści oferty z ustawą. Obecnie Zamawiający odwołując się do tejże Uchwały SN, uznają, że jedynym skutkiem niewłaściwego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa może być odtajnienie zastrzeżonych treści. Zdaniem Izby powyższe należy uznać za nieprawidłowość, gdyż podstawą działań Zamawiającego w postępowaniu winno być stosowanie się do przepisów obowiązującego prawa, a nie orzeczeń sądów, które mają zastosowanie tylko w danej sprawie, (podobnie por. *Małgorzata Kartasiewicz, Jerzy Pieróg Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa a zasada jawności w prawie zamówień publicznych*). Taka ocena powoduje sytuację, że coraz powszechniejsze staje się zastrzeganie niemalże całych treści ofert.

Zdaniem Izby wskazać należy, że słuszny w swym założeniu przepis art. 8 ust.3 Pzp jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ocen ich ofert, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady

13

uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów treści złożonej oferty.

Podkreślić należy za dotychczasowym orzecznictwem KIO, że zasada jawności i zasada przejrzystości postępowania mają służyć wprowadzeniu jasnych, klarownych reguł, dzięki którym wykonawcy będą mieli możliwość zweryfikowania oraz skontrolowania czynności zamawiającego, podejmowanych przez niego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (por. wyrok KIO z 23 listopada 2012 r., KIO 2468/12, KIO 2473/12, KIO 2493/12). Jawność postępowania jest zasadą, ma ona zatem zawsze pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia. Naruszenie zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest najbardziej poważnym naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Zamawiający muszą brać pod uwagę to, że uchybienie zasadzie jawności stanowi rażące naruszenie przepisów prawa o udzielenie zamówienia publicznego i może prowadzić do naruszenia prawidłowości wyboru najkorzystniejszej oferty, i może skutkować poważną korektą przyznanych na realizację tego zamówienia środków publicznych.

Wskazać należy także, iż wykonawcy, którzy decydują się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności. Powinni zatem mieć świadomość konsekwencji, iż jeśli ubiegają się o uzyskanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych to ich oferty muszą być poddane procedurom określonym w przepisach prawa zamówień publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o ich działalności (wyrok KIO z 15 marca 2013 r., KIO 364/13, KIO 368/13). Ten wymóg transparentności wydatkowania środków publicznych w zbiegu z prawem wykonawcy do utajnienia niektórych treści oferty, nakłada na Zamawiającego szczególnie obowiązek wyważenia racji wykonawcy mając na względzie zasady Pzp, a także interes innych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Przechodząc do oceny zasadności zastrzeżenia w ofercie EGIS zarówno wykazu osób jak i opisanej powyżej Metodyki realizacji zamówienia Izba stwierdza, że brak jest podstaw do przyjęcia, że zawarte tam treści spełniają wymagania możliwości uznania ich, jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. DzU z 2003 r. nr 153, poz. 1503 ze zm., dalej: uznk).

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, Przystępujący zobowiązany był

wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

14

2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,

3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Izba dokonała analizy uzasadnienia zastrzeżenia Wykazu osób i Metodyki, a także uzasadnienia zastrzeżenia powyższych dokumentów przedstawionych w wyjaśnieniach Przystępującego z dnia 18 sierpnia 2017 roku i z dnia 13 listopada 2017 roku. Stwierdzono, że powyższe uzasadnienia sporządzone przez Przystępującego są bardzo podobne do siebie w swojej treści i odnoszą się w zasadzie tylko do subiektywnych odczuć Przystępującego co do roli jaką dla jego oferty ma objęcie tajemnicą powyższych kwestii. Obiektywizując zawarte w tych wyjaśnieniach treści, Izba stwierdza, że powyższe zastrzeżenia nie znajdują uzasadnienia w przepisie art. 11 ust 4 uznk.

Izba uznała za nieprzekonujące wyjaśnienia podstaw zastrzeżenia, gdzie Przystępujący podał m.in., że cyt. „Informacje zastrzeżone niniejszym pismem jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. informacje dotyczące potencjału kadrowego Spółki, w tym informacje dotyczące imion oraz nazwisk ekspertów oraz ich doświadczenia, są informacjami organizacyjnymi przedsiębiorstwa Wykonawcy. Pokazują bowiem, jakim personelem Wykonawca zamierza obsadzić kluczowe stanowiska na kontrakcie, o udzielenie którego się ubiega - jakim personelem Wykonawca dysponuje i w jaki sposób dobiera go do poszczególnych kontraktów, w jaki sposób nawiązuje z tymi osobami stosunki umowne (czy zatrudnia je jako personel własny na podstawie umowy o pracę, umowy zlecenia, umowy o świadczenie usług/współpracy, czy jako potencjał podmiotu trzeciego, a jeśli tak to, z jakim podmiotem współpracuje w celu uzyskania danego zamówienia). (...) Oczywiście przy tym jest, że część zastrzeganych informacji można odtworzyć na podstawie „zwykłego dostępu” (np. znając nazwisko eksperta można w dozwolony sposób pozyskać pewne informacje o jego doświadczeniu zawodowym i odwrotnie, znając szczegóły doświadczenia eksperta można ustalić, o kim mowa), niemniej w niniejszej sprawie mowa jest o pewnym pakiecie informacji wzajemnie się uzupełniających, których kluczowym elementem jest właśnie nazwisko eksperta i sposób nawiązania z nim współpracy przez Wykonawcę”.

Powyższe zdaniem Izby nie jest żadną szczególną sytuacją w postępowaniach przetargowych, ma odpowiednie odniesienie niemal do każdego postępowania. Izba uznała, że Przystępujący przy doborze odpowiednich słów chce wywrzeć wrażenie zagrożenia, że jeśli udostępniłby nazwiska osób podanych w Wykazie, to natychmiast osoby te zostały by „podkupione” przez konkurencję. KIO w szeregu orzeczeniach wskazywała, że co do zasady brak jest podstaw do obejmowania tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu osób dedykowanych do pełnienia określonych funkcji w postępowaniu przetargowym (por. wyrok dnia 13 marca 2017 r. sygn. KIO 385/17). Wykonawca ma inne różne możliwości ewentualnego zabezpieczenia się przed rezygnacją osób wskazanych w ofercie z udziału w realizacji zamówienia, chociażby poprzez zawieranie umów cywilno-prawnych w których możliwe

15

byłoby ustalenie odszkodowania dla wykonawcy w przypadku rezygnacji osoby z udziału w postępowaniu. Stwierdzić należy, że ze względu na fakt, iż jawność postępowania jest zasadą, to jej ograniczenia poprzez objęcie części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa, wydaje się być możliwe tylko wtedy, jeśli brak jest innej możliwości zabezpieczenia interesów wykonawcy.

Odnosząc się do zastrzeżenia Metodyki realizacji zamówienia Izba uznaje, że również w tym zakresie brak jest podstaw do objęcia tego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. W szczególności wskazać należy, że szereg stron tego opracowania w żaden sposób nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa – chociażby str. 2;3 zawierają informacje ogólne o postępowaniu, kolejne strony 6;7;8;9 zawierają wykaz instytucji i urzędów, które mają związek z tym postępowaniem. Pozostała część zawiera opis czynności określonych specjalistów, które ze względu na ich ogólny charakter mogą być ustalone i opisane przez każdego wykonawcę, przy dołożeniu odrobiny wiedzy i staranności. Izba

wskazuje, że wykonawca może zastrzec w dokumencie/ofercie tylko te informacje, które wykaże, że stanowią one obiektywnie jego tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie jest dopuszczalne natomiast zastrzeganie całości dokumentu oferty w którym ewentualnie taka tajemnica może być zawarta, bo to dyskwalifikuje zastrzeżenie tego dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa w całości. Wskazać należy, iż ani Zamawiający, ani Izba nie jest uprawniona do wskazywania która treść zawarta w dokumencie, może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. To na wykonawcy spoczywa ciężar właściwego zastrzeżenia i wykazania, że jest ono obiektywnie zasadne. Istotne jest precyzyjne wskazanie, które informacje podlegają zastrzeżeniu. Niedopuszczalne jest zastrzeganie całości dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jeśli tylko pewna jego treść taką tajemnicę stanowi.

Oceniając działania Zamawiającego stwierdzić należy, że w tym postępowaniu Zamawiający nie tylko nie sprostął swoim obowiązkom w zakresie oceny prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ale jak się wydaje nawet nie podjął próby rzetelnej ich oceny. Zauważyć należy, iż także Odwołujący w swojej ofercie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa takie same dokumenty, a Zamawiający uznała je jako tajemnicę przedsiębiorstwa, co Odwołujący na rozprawie ocenił negatywnie i zezwalał Przystępującemu na wgląd do tych objętych tajemnicą dokumentów (co zostało odnotowane w protokole rozprawy).

Izba stwierdza, że badanie zasadności zastrzeżenia dokonywane przez Zamawiającego powinno polegać na wszechstronnej analizie zarówno treści zawartych w zastrzeżonych dokumentach, jak i okoliczności towarzyszących zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie może natomiast w sposób bezkrytyczny opierać się jedynie na zastrzeżeniu i złożonych ogólnikowych wyjaśnieniach, lecz winien oczekiwać od wykonawcy wykazania w sposób niebudzący wątpliwości, że zastrzeżone informacje w

16

sposób pełny i obiektywny spełniają wymagania art. 11 ust.4 uznk. Izba podkreśla, że uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest uwarunkowane subiektywnymi odczuciami Wykonawcy, a wręcz przeciwnie - konieczne jest spełnienie o charakterze czynników obiektywnym. Kwestia zasadności utajnienia informacji przedsiębiorstwa to nie kwestia rodzaju informacji, tylko jej znaczenia dla przedsiębiorstwa, których ujawnienie może narazić na straty danego wykonawcę. Kwestii tej nie można utożsamiać z zasadą konkurowania wykonawców w postępowaniu (wyrok KIO z 29 lipca 2013 r., KIO 1703/13). Zamawiający, który stwierdził oczywisty brak zasadności zastrzeżenia w ofercie tajemnicy przedsiębiorstwa winien rozważyć możliwość odrzucenia takiej oferty, do czego obliguje go wprost treść art. 89 ust.1 pkt 1 Pzp. Natomiast w przypadku kiedy z analizy podstaw zastrzeżenia możliwe będzie wywiedzenie, iż zastrzeżenie było niezasadne i miało na celu uniemożliwienie innym wykonawców weryfikacji danej oferty to Zamawiający winien dokonać jej odrzucenia w oparciu o przepis art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp uznając iż dokonane zastrzeżenia stanowiły czyn nieuczciwej konkurencji .

Poddając ocenie zarzut drugi dotyczący naruszenia art. 91 ust.1 Pzp poprzez błędną ocenę ofert, skutkującą przyznaniem niewłaściwej ilości punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert, Izba stwierdziła jego niezasadność. W tym zakresie niewątpliwym jest, że ustalone kryterium oceny ofert (w tym zakresie) jest kryterium ocennym, a ocena punktowa za szczegółowość opracowania za jaki przyznawana jest określona liczba punktów wydaje się być zbyt szeroka. Otóż zgodnie z SIWZ za w ogóle niezłożenie opracowania oferta uzyska w tym kryterium „0” punktów, a za jej złożenie, ale wg oceny Zamawiającego w wersji niepełnej, a więc w przedziale 1-99% uzyska 30 pkt, a tylko uznana za pełną - 70 pkt. W tym postępowaniu spór dotyczy właśnie tej zupełności opracowania. Kwestia ta nie dotyczy wprost zakresu zarzutu rozpatrywanego przez Izbę, gdyż dotyczy to kwestii brzmienia postanowień SIWZ, ale zasadnym jest zauważenie że różnica w szczegółowości na poziomie 1% ma decydujące znaczenie, która oferta może być uznana za najkorzystniejszą. Tym samym zdaniem Izby przy tak sformułowanych kryteriach oceny ofert Zamawiający winien przewidzieć większy zakres stopniowania oceny ofert.

Zwrócić należy uwagę także na kwestie, że Odwołującemu nie była znana treść Metodyki ani Wykazu osób Przystępującego, ale mimo to postawił zarzut w tym zakresie co obliguje Izbę do jego rozpoznania. Izba dokonując oceny podniesionego zarzutu uznała, że zarzucane Przystępującemu w ustalonym podkryterium pierwszym nie przedstawienie w formie tabelarycznej wykazu instytucji w ofercie Przystępującego, jest niezasadne. Metodyka realizacji zamówienia Przystępującego taki wykaz zawiera. Natomiast co do zarzutu braku

zupełności tego wykazu to zauważyć należy, iż brzmienie dyspozycji pkt 19.7.2.2.1 ppkt b) IDW, zobowiązuje wykonawcę do przedstawienia wykazu instytucji, ale tylko tych, które są znane wykonawcy na obecnym etapie postępowania. Tym samym opracowaniu

17

Przystępującego w tym zakresie nie można zarzucić nieprawidłowości, czy też przyjęcia, że jest wykazem niepełnym. Również w zarzucanej niezgodności w podkryterium drugim, że wykonawca EGIS nie wskazał wszystkich zasobów ludzkich (zgodnie z punktem 7.2 OPZ), niezbędnych zarówno na etapie projektowania, jak również na etapie nadzoru autorskiego, Izba stwierdziła, że w przedłożonym przez wykonawcę EGIS Szczegółowym Harmonogramie Realizacji Zamówienia znajdującym się w załączniku nr 1 zostały ujęte niezbędne do wykonania zamówienia zasoby ludzkie ze wskazaniem, którzy specjaliści/członkowie zespołu i w jakim czasie realizować będą poszczególne działania w SzHRZ.

Odnosząc się natomiast do Metodyki realizacji opracowanej przez Odwołującego (co ustalono podczas rozprawy), stwierdzić należy, że opracowanie to zawiera szereg nieścisłości uniemożliwiających Zamawiającemu jednoznaczną ocenę poprawności i zupełności przedłożonej Metodyki realizacji zamówienia. Należy zgodzić się z Zamawiającym, że mimo tego, iż w opracowaniu zostały przedstawione terminy realizacji poszczególnych działań (w tym czas ich trwania), to jednak nie zostały przedstawione ich wzajemne zależności. Także w zakresie buforów czasowych i ścieżki krytycznej, przedstawione dane są wątpliwe. W tym zakresie Zamawiający zasadnie wskazał, że w przedstawionym wykresie brakuje jasno zdefiniowanych symboli oznaczających rozpoczęcie i koniec zadania i ścieżki krytycznej oraz przyjętych buforów czasowych. Ponadto Odwołujący - wg legendy pod Tabelą, kolorem czerwonym oznaczył zadania zewnętrzne, a wg wymagań Zamawiającego tym kolorem miała zostać wskazana ścieżka krytyczna oraz wskazanie buforów czasowych, co zasadnie zdaniem Zamawiającego utrudnia jednoznaczną ocenę przyjętej procedury realizacji zamówienia. Zauważyć należy także, iż Odwołujący neguje dokonaną przez Zamawiającego ocenę przedłożonej przez niego Metodyki, ale równocześnie w żaden sposób nie uzasadnia swoich zarzutów w tym zakresie, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, że Zamawiający błędnie ocenił jego ofertę.

W powyższej sytuacji Izba uznała za bezzasadne żądanie Odwołującego, aby Zamawiający podjął ponowną próbę oceny jego oferty w ww. opisanym zakresie, gdyż zdaniem Izby takie żądanie zmierza niewątpliwie do uzupełnienia treści oferty lub próby wyinterpretowania z niej treści nie wskazanych i opisanych w ofercie na moment jej składania.

Odnosząc się do zarzutu trzeciego, dotyczącego nieodrżucenia oferty Przystępującego z powodu błędu w obliczeniu ceny oferty, Izba stwierdza niezasadność tego zarzutu. Nie budziło wątpliwości Izby, że w Załączniku nr IB w kolumnie „Podatek VAT”, Przystępujący EGIS wskazał przelicznik podatku VAT z procentów na wartość liczbową 23. Odwołujący nigdzie nie podniósł, że w związku z dokonaniem wyliczenia kwoty brutto bezpośrednio z kwoty netto, bez odrębnego wyliczania kwoty podatku VAT, to kwota brutto została obliczona nieprawidłowo. Ponadto Izba za Przystępującym stwierdza, że

18

Zamawiający nie wymagał wyliczenia odrębnej kwoty VAT, a tym samym powyższa niezgodność poprzez braku wyliczenia osobno stawki VAT i następnie dodania jej do stawki netto celem obliczenia kwoty netto, jest co najwyżej w świetle zasad obliczania podatku VAT niezgodnością formalną, a więc nie mogącą mieć żadnego wpływu na merytoryczną ocenę oferty.

W zakresie zarzutu czwartego podkreślić należy, że Zamawiający uwzględnił ten zarzut w części dotyczącej potrzeby wezwania spółki Egis Rail do przedłożenia zaświadczenia o niekaralności członków rady administracyjnej i w tym zakresie rozpatrywanie kwestii czy członkowie rady nie byli skazani, jest przedwczesne.

W części dalszej zarzutu, a odnoszącej się do nie wykazania, że wobec spółki Egis Rail SA nie toczy się postępowanie likwidacyjne bądź upadłościowe Izba stwierdza, że Przystępujący przedstawił dwa dokumenty dotyczące tej kwestii tj. z 25 sierpnia oraz z 3 listopada 2017 roku z których wynika, że wobec podmiotu nie orzeczono likwidacji, a także że nie znajduje się w stanie upadłości.

W kolejnym zakresie tego zarzutu dotyczącego wykazu podmiotów z zasobów których

Przystępujący będzie korzystał przy wykonywaniu zamówienia, Izba z analizy treści oferty i przedstawionych przez Przystępującego dokumentów ustaliła i uznała, że w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu Przystępujący będzie korzystał z potencjałów wykonawców Egis Rail i Torprojekt i nie będzie korzysta z potencjału firmy Egis Polska Inżynieria. Powyższe wynika chociażby z treści przedłożonych dokumentów JEDZ, gdzie tylko te dwa podmioty udostępniają zasoby Przystępującemu. Dlatego też nie ma jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że takim podmiotem będzie również EPI sp. z o.o.

Podobnie również nie tylko niezasadny, ale również nieuprawniony jest wywiedziony zarzut iż *zobowiązanie do udostępnienia zasobów (oświadczenie woli), jak również JEDZ oraz oświadczenia o braku podstaw wykluczenia (oświadczenia wiedzy) zostały sporządzone w języku polskim, a widniejący pod nimi podpis należy do obywatela Francji - pana O. B., co do którego zachodzi nikłe prawdopodobieństwo, iż włada on językiem polskim*, a tym samym osoba je podpisującą nie wiedziała co podpisuje. Odwołujący żadnych dowodów w tym zakresie nie przedstawił, a ponadto brak jest podstaw prawnych, aby Zamawiający miał prawo żądać od wykonawcy oświadczenia, że osoba podpisującą zobowiązanie była świadoma treści dokumentu, który podpisała.

Oceniając powyższe zasadnym jest podkreślenie, że Odwołujący zamiast skupić się na udokumentowaniu poprzez złożenie dowodów, zasadności podnoszonych zarzutów to jego działanie wydaje się być tylko nakierowane na podniesienie ich w jak największej ilości, pomijając zupełnie wymóg z art. 190 ust.1 Pzp. To na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania zasadności podnoszonych zarzutów, czemu Odwołujący nie sprostał.

19

Reasumując powyższe Izba stwierdza, że w zarzutach odwołania potwierdzenie znalazł tylko zarzut pierwszy dotyczący niezasadnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa przez Przystępującego Wykazu osób oraz Metodyki realizacji zamówienia. Zarzut drugi (odnoszący się do tych dokumentów) pomimo faktu, iż Odwołujący miał niewątpliwie trudności z ewentualnie pełniejszym w tym zakresie postawieniem zarzutów, to jednak został postawiony i dlatego Izba dokonała jego oceny i zarzut ten oddaliła. Tym samym Odwołujący utracił prawo do ponownego składania odwołania w tym zakresie. Dlatego też Izba w tym stanie faktycznym uznała brak wpływu zastrzeżonych ww dokumentów oferty na wynik postępowania i oddaliła odwołanie.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący

20