

Sygn. akt: KIO 21/23

WYROK

z dnia 23 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Członkowie: Małgorzata Matecka

Aneta Młacka

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie oraz Voessing Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SYSTRA S.A. z siedzibą w Paryżu oraz BPK MOSTY sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2.4. i 2.5.
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 2.1. i 2.2. i nakazuje Zamawiającemu:

unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu, tj. wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie oraz Voessing Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy wyjaśnień wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SYSTRA S.A. z siedzibą w Paryżu oraz BPK MOSTY sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu dotyczących wyliczenia ceny z dnia 12 grudnia 2022 r. w całości, tj. wraz z wszystkimi załącznikami oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

3.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą wpis od odwołania oraz koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 21/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dla realizacji umowy wykonawczej w postępowaniu pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej dla Projektu: Budowa linii kolejowej nr 86 na odc. Sieradz Północny i linii kolejowej nr 86 na odc. Sieradz Północny – Bralin – Czernica Wrocławska – Wrocław Główny, w podziale na 5 Części postępowanie nr 102/22/MO/PZP/767/UW/PR/2 – Część 3. Ogłoszenie o zamówieniu na udzielenie umowy ramowej ukazało się w Dz. U. UE z dnia 5.10.2021 r., pod numerem 2021/S 193-503863.

W dniu 2 stycznia 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie oraz Voessing Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy wnieśli odwołanie, od następujących czynności i zaniechań czynności Zamawiającego:

- 1.1. czynności oceny ofert, w tym wyboru najkorzystniejszej oferty i wybraniu oferty złożonej przez wspólnie ubiegających się o zamówienie Systra S.A. i Biuro Projektowo Konsultingowe BPK Mosty sp. z o.o. (dalej:

„Konsorcjum Systra”);

1.2. zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu pełnych wyjaśnień z dnia 12.12.2022 r., a dotyczących wyjaśnienia w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny (dalej: „Wyjaśnienia RNC”), w tym załączników do tych wyjaśnień; ewentualnie wobec pkt 1.2 (tj. na wypadek nieuwzględnienia odwołania w zakresie określonym w pkt 1.2)

1.3. odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Systra, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę i koszt;

1.4. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Systra z ubiegania się o zamówienie oraz w konsekwencji odrzucenia oferty tego wykonawcy, wskutek tego, że zaniechał przedstawienia pełnych i rzetelnych informacji dotyczących podstaw do wykluczenia z postępowania, w oświadczeniu, o którym mowa w pkt 15 formularza oferty, czym wprowadził Zamawiającego w błąd co do zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania;

1.5. zaniechanie wezwania Konsorcjum Systra do uzupełnienia, w trybie art. 128 ust. 1 Pzp pełnomocnictwa do złożenia oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

2.1. art. 204 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą;

2.2. art. 18 ust. 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U.2020.1913 z późn.zm), dalej jako „ZNKU”, poprzez zaniechanie

odtajnienia w całości (tj. wraz z wszystkimi załącznikami) Wyjaśnień RNC;

ewentualnie wobec pkt 2.2 (tj. na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt 2.2)

2.3. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 224 ust. 5 Pzp poprzez błędną ocenę oferty i Wyjaśnień RNC złożonych przez Konsorcjum Systra i zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę i koszt;

2.4. art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) Pzp poprzez zaniechane wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Systra z Postępowania, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty mimo zaniechania złożenia przedstawienia pełnych i rzetelnych informacji dotyczących podstaw do wykluczenia z postępowania;

2.5. art. 128 ust. 1 Pzp wskutek zaniechanie wezwania Konsorcjum Systra do uzupełnienia pełnomocnictwa do złożenia oferty.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosił o:

3.1. unieważnienia czynności oceny ofert, w tym wyboru najkorzystniejszej oferty,

3.2. odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu Wyjaśnień RNC w całości, tj. wraz z wszystkimi załącznikami; ewentualnie, tj. na wypadek nieuwzględnienia żądania z pkt 3.2

3.3. odrzucenia oferty Konsorcjum Systra ze względu na to, że zawiera rażąco niską cenę i koszt;

3.4. wykluczenia Konsorcjum Systra z Postępowania, a w konsekwencji także odrzucenia oferty tego wykonawcy, ze względu na to, że zaniechał przedstawienia pełnych i rzetelnych informacji dotyczących podstaw do wykluczenia z postępowania, czym wprowadził Zamawiającego w błąd co do zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania;

3.5. wezwania Konsorcjum Systra do uzupełnienia, w trybie art. 128 ust. 1 Pzp pełnomocnictwa do złożenia oferty;

3.6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków;

4. wnosząc o przeprowadzenie dowodów z:

4.1. dokumentacji postępowania, w tym: i) dokumentacji zamówienia, ii) oferty Konsorcjum Systra, iii) składanych wyjaśnień, iv) protokołu Postępowania wraz z załącznikami,

4.2. dokumentów złożonych wraz z odwołaniem, a także przy ewentualnych późniejszych pismach procesowych Odwołującego, a także na rozprawie, na okoliczność ustalenia, że: i) Konsorcjum Systra zaniechało przedstawienia pełnych i rzetelnych informacji dotyczących podstaw do wykluczenia z postępowania, ii) Konsorcjum Systra nie wykazało, aby całe Wyjaśnienia RNC zawierały tajemnicę przedsiębiorstwa, iii) Konsorcjum Systra złożyło ofertę zawierającą rażąco niską cenę i koszt, iv) Konsorcjum Systra nie wykazało uprawnienia osoby podpisującej ofertę do reprezentacji wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie;

4.3. opinii biegłego z zakresu kosztorysowania w branży kolejowej celem ustalenia czy: i) Konsorcjum Systra w

Wyjaśnieniach RNC uwzględniło wszystkie koszty realizacji Zamówienia; ii) Konsorcjum Systra w Wyjaśnieniach RNC uwzględniło koszty realizacji Zamówienia w prawidłowej wysokości; iii) jaki jest minimalny koszt realizacji Zamówienia oraz jego poszczególnych części, tj. w podziale na poszczególne kategorie (branże) prac, w tym: geodezja, geologia, branże: torowa, drogowa, trakcyjna, energetyczna, SRK, sanitarna wraz z odwodnieniem, obiektowa, uzgodnienia, wyceny pozostałych branż/prac i inne niezbędne prace) jaki jest minimalny uśredniony koszt pracy dniówki pracowników o kwalifikacjach niezbędnych dla realizacji Zamówienia uwzględniający pełne koszty pracodawcy, v) zweryfikowania prawidłowości założeń czasochłonności prac przyjętych przez Konsorcjum Systra, vi) jakie i w jakiej wysokości koszty ogólne i pośrednie powinny być uwzględnione w cenie ofertowej.

Odwołujący wskazał, że:

Dnia 5.10.2021 roku Zamawiający ogłosił postępowanie, którego przedmiotem było zawarcie umowy ramowej na opracowanie dokumentacji projektowych dla kolejowych inwestycji towarzyszących związanych z budową Centralnego Portu Komunikacyjnego (nr identyfikacyjny 33/21/MO/PZP/273).

W wyniku postępowania dnia 22.07.2022 r. Zamawiający zawarł umowę ramową z jedenastoma wykonawcami.

Postępowanie pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej dla Projektu: Budowa linii kolejowej nr 86 na odc. Sieradz Północny i linii kolejowej nr 86 na odc. Sieradz Północny – Bralin – Czernica Wrocławska – Wrocław Główny”, w którym składane jest niniejsze odwołanie, jest prowadzone na podstawie art. 389 ust. 2 Pzp w celu realizacji umowy wykonawczej w ramach ww. umowy ramowej.

Zamówienie wykonawcze zostało podzielone na 5 części. Niniejsze odwołanie dotyczy części 3 i obejmuje swoim zakresem opracowanie dokumentacji projektowej dla zakresu „Budowa linii kolejowej nr 86 na odc. Bralin – Czernica Wrocławska”.

IV . [zarzut zaniechania odtajnienia całych Wyjaśnień RNC]

IV .A. [termin]

W pierwszej kolejności odnosząc się do zarzutu zaniechania odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu pełnych Wyjaśnień RNC wraz z załącznikami, należy poruszyć kwestię terminu na wniesienie odwołania w tym zakresie. Odwołujący składa je w terminie 10 dni od daty otrzymania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Wtedy Odwołujący otrzymał jako załączniki do protokołu postępowania dokumenty, które pozwoliły mu w rzeczywisty sposób zaskarżyć czynność Zamawiającego polegającą na zaniechaniu odtajnienia załączników do Wyjaśnień RNC.

Bez znaczenia dla biegu terminu wniesienia odwołania przez Odwołującego pozostaje skierowanie przez Zamawiającego do Konsorcjum Systra dnia 13.12.2022 r. zawiadomienie o

zakończeniu czynności badania wyjaśnień rażąco niskiej ceny pod kątem zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Trzeba wyraźnie podkreślić, że informacja ta była skierowana jedynie do wykonawców, którzy zostali wezwani do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i dokonali ich zastrzeżenia (Konsorcjum Systra, ale także BBF w zakresie części 5), a nie do pozostałych wykonawców, którzy na tamtym etapie, nie wiedzieli jeszcze jakie dokumenty zostały odtajnione, a jakie w dalszym ciągu utajnione. W związku z tym dnia 13.12.2022 r. rozpoczął się bieg terminu na wniesienie odwołania dla Konsorcjum Systra. Natomiast dla pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego, jego początek przypada na ogłoszenie informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i przekazanie dokumentów, z których mogli się oni dowiedzieć jakie informacje zostały zastrzeżone w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny oraz w jakim zakresie Zamawiający uznał to zastrzeżenie za skuteczne.

Wymaganie, by wykonawcy ci wnosili odwołanie w terminie, którego bieg rozpoczął się od daty doręczenia zawiadomienia Konsorcjum Systra, powodowałoby tylko pozorną możliwość wniesienia skutecznego odwołania. Odwołujący nie miał możliwości rzeczywistego zaskarżenia tego zaniechania Zamawiającego, nie znając zakresu dokonanego zastrzeżenia i zakresu, w jakim zastrzeżenie to zostało uznane.

Należy zaznaczyć, że prawo do wniesienia środka do zaskarżenia musi mieć charakter rzeczywisty, a nie formalny; nie może przysługiwać wykonawcom jedynie formalnie. Możliwość wniesienia odwołania mając pełne rozeznanie w zakresie zastrzeżonych dokumentów i uwzględnienia tego zastrzeżenia przez zamawiającego jest realizacją konstytucyjnego prawa do sądu. Ponadto prawo do kwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej jest podstawowym uprawnieniem do kontroli najważniejszej czynności zamawiającego podejmowanej w postępowaniu, wynikającym z regulacji dyrektyw odwoławczych.

W niniejszej sprawie bieg terminu na wniesienie odwołania od czynności Zamawiającego związanej z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny biegł odmiennie dla wykonawców, którzy dokonali takich zastrzeżeń i zostali poinformowani w jakim zakresie zastrzeżenia te zostały uwzględnione. Dla nich bieg ten rozpoczął się z chwilą otrzymania tej informacji.

Z kolei pozostali wykonawcy nie byli w stanie na takiej podstawie wnieść odwołania. Dla nich bieg terminu odwołania w tym zakresie rozpoczynał się później, po otrzymaniu wszystkich

wiadomości dotyczących wyjaśnień rażąco niskiej ceny – tj. w jakim zakresie zostały one zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i czy Zamawiający uznał to zastrzeżenie za skuteczne. Inne postępowanie naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców. Wymuszałoby od wykonawców, których oferta nie była badana, składania odwołania na czynność utrzymania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień innego wykonawcy niejako „w ciemno”, nawet bez świadomości w jakim zakresie utrzymano takie zastrzeżenie. Bez wątpienia takie postępowanie nie zasługuje na uznanie.

Bezsprzecznie więc Odwołujący składa niniejsze odwołanie w zakresie zaniechania odtajnienia załączników do Wyjaśnień RNC w terminie. Informacja przekazana Konsorcjum Systra dnia 13.12.2022 r. spowodowała jedynie rozpoczęcie biegu terminu do wniesienia odwołania w tym zakresie dla tego wykonawcy, który dysponował wówczas pełnym rozeznaniem co do utajnionych informacji i skuteczności tego zastrzeżenia; była jednak bez znaczenia dla terminu dla pozostałych wykonawców. Oni, w tym Odwołujący, mogli wnieść skuteczne odwołanie dopiero po zapoznaniu się z dokumentami stanowiącymi załączniki do protokołu postępowania. Dokumentów tych wykonawcy ci nawet nie mogli wcześniej otrzymać.

IV .B. [uwagi ogólne]

Przechodząc do merytorycznej części zarzutu na wstępie należy podkreślić, że zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp w celu skutecznego zastrzeżenia informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest jednocześnie zastrzec i wykazać, że informacje te rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Konieczność jednoczesnego zastrzeżenia i wykazania przesłanek tajemnicy podkreśla się również w orzecznictwie KIO. Dla przykładu wyrok z dnia 29.03.2021 r. (KIO 720/21): (...) dla skutecznego zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawca zobowiązany jest: (i) zastrzec, które informacje podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa; (ii) wykazać spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Ze względu na fundamentalną i mającą pierwszeństwo zasadę jawności postępowania (art. 18 ust. 1 Pzp) KIO stoi jednoznacznie na stanowisku, że skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga nie tylko ogólnego uzasadnienia, ale także nie budzącego wątpliwości wykazania, że zastrzeżona informacja jest w swej istocie tajemnicą przedsiębiorstwa. Powyższe potwierdza m.in. wyrok z dnia 26.02.2013 r. (KIO 297/13), w którym wskazano: „należy z całą mocą podkreślić, że to jawność postępowania jest zasadą, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione (...). Złożenie ogólnych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom, biorącym udział w przyszłych postępowaniach, na dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji składanych w postępowaniu o zamówienie publiczne w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań, pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i jako takie byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W konsekwencji ograniczałoby możliwość kontroli działań i zaniechań zamawiającego, w trybie środków ochrony prawnej, skoro wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, wobec nieuprawnionego zastrzegania informacji w istocie zostaliby pozbawieni możliwości kwestionowania nieznanych im informacji.”

Wykazanie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa musi być zgodne z art. 11 ust. 2 ZNKU: „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności”.

Z powyższego wynika, że dla skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa istotne jest wykazanie statusu (rodzaju) informacji, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, ich wartości gospodarczej, jak również ich poufnego charakteru. Tymczasem na gruncie niniejszego postępowania Konsorcjum Systra nie podołało obowiązkowi takiego wykazania, a tym samym należy stwierdzić nieskuteczność takiego zastrzeżenia.

IV .C. [zarzut zaniechania odtajnienia Wyjaśnień RNC]

W pierwszej kolejności, w odniesieniu do dokonanego przez Konsorcjum Systra zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści załączników do Wyjaśnień RNC należy podkreślić, że całe to zastrzeżenie, niezależnie od jego merytorycznej nieskuteczności, dotyczy jedynie lidera konsorcjum – Systra S.A. W odniesieniu do poczynionych przez drugiego z konsorcjantów – BPK Mosty sp. z o.o. - działań w celu zachowania informacji mających

stanowiąc tajemnicę przedsiębiorstwa w poufności, czego wykazanie jest obligatoryjne, wskazano jedynie:

Również spółka BPK Mosty Sp. z o.o. ma wdrożone procedury poufności w zakresie informacji obejmujących kalkulacji cen ofert. Jednak w niniejszym postępowaniu podmiotem, który formułował ofertę, pozyskiwał oferty podwykonawców, analizował i kalkulował koszty jest SYSTRA SA, zatem wszystkie one zostały objęte procedurą ochrony SYSTRA SA, co powoduje, że spełniona została przesłanka podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, niezbędnych działań w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności.

Konsorcjum Systra w żaden sposób nie wykazało, że jego członek – BPK Mosty sp. z o.o. podjął działania mające na celu zachowanie informacji mających stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w poufności. W tym zakresie poprzestano na jednym (!) bardzo ogólnym zdaniu. Nie może to zostać uznane za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

W wyroku z dnia 1.06.2022 r., sygn. akt KIO 1117/22, Izba potwierdzając długoletnie orzecznictwo wskazała, że na wykonawcy ciąży obowiązek przekonywującego i terminowego wykazania, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. "Wykazać" oznacza coś więcej niż tylko „wyjaśnić”. Jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie ogólnych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia.

Tymczasem w niniejszym postępowaniu w odniesieniu do BPK Mosty sp. z o.o. nie tylko nie podjęto próby wykazania, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale nawet wyjaśnienia, co i tak nie zasługiwałoby na uznanie. BPK Mosty sp. z o.o. nie wykazało ani nie wyjaśniło nic.

Jako kuriozalną należy określić próbę „przerzucenia” obowiązku wypełnienia przesłanki podjęcia działań mających na celu zachowanie informacji w poufności tylko na lidera konsorcjum. Obowiązki w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa muszą być wykazane przez wszystkich konsorcjantów. Nie można uznać, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wypełnili ww. przesłankę, jeżeli próba jej wykazania dotyczy tylko jednego z nich. Składana przez konsorcjum oferta jest ofertą każdego z konsorcjantów, każdy z nich musi mieć do niej dostęp. Nawet więc, gdyby jeden z konsorcjantów miał wprowadzone odpowiednie procedury i rzeczywiście ich przestrzegał, to nie miałoby to żadnego znaczenia, gdyby drugi z nich, który ma pełen dostęp do tych wszystkich informacji, nie przestrzegał takich samych lub analogicznych praktyk. Wtedy on może być źródłem uzyskania takich informacji przez podmioty trzecie i ich zastrzeżenie jest

bezcelowe. Jeżeli więc w ofercie lub odnosząc to do niniejszej sprawy, wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, znajdują się informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, to obowiązek podjęcia działań mających na celu zachowanie ich w poufności dotyczy każdego z nich, bo każdy z nich ma do nich dostęp.

Skoro więc nawet nie podjęto próby wykazania spełnienia przesłanki podjęcia działań mających na celu zachowania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w poufności przez jednego z konsorcjantów, to kategorycznie należy uznać, że całe Konsorcjum Systra nie spełniło tej przesłanki, a tym samym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest nieskuteczne. Tym samym działanie Zamawiającego polegające na zaniechaniu odtajnienia tych informacji – sprzeczne z ustawą.

Już samo powyższe jest wystarczające by uzasadnić słuszność zarzutu Odwołującego. Natomiast należy odnieść się jeszcze do treści zastrzeżenia.

Całość uzasadnienia składa się z ogólnych twierdzeń, nieskonkretyzowanych informacji, którymi wykonawca może posłużyć się przy okazji dokonywania zastrzeżenia w dowolnym postępowaniu. Przedłożone zastrzeżenie nie zostało dostosowane do niniejszego, konkretnego postępowania. Należy także wskazać na sprzeczności w treści uzasadnienia – z jednej strony Konsorcjum Systra próbuje zastrzec dane podmiotów, z którymi współpracuje, z drugiej natomiast samo ujawnia szereg tych informacji. Ponadto w żaden sposób nie wykazano, jak ujawnienie kalkulacji sporządzonej dla konkretnego postępowania (co w Wyjaśnieniach RNC wykonawca sam przyznaje) miałoby wpłynąć na umniejszenie pozycji konkurencyjnej Konsorcjum Systra czy ujawnić całą politykę cenową tego wykonawcy. Część wyjaśnień zdaje się nie zważać na fakt, że Konsorcjum Systra ujawnił również w RCO stawki jednostkowe ze swojej oferty. Do zarzutów tych Odwołujący odniesie się bardziej szczegółowo poniżej.

Omówienie kwestii zastrzeżenia danych na temat podwykonawców, należy rozpocząć od obserwacji, że analiza zastrzeżenia prowadzi do pokuszenia się o stwierdzenie, że Konsorcjum Systra dokonało w tym postępowaniu bezrefleksyjnego wykorzystania posiadanego wzoru uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Świadczy o tym chociażby ten fragment:

Podobnie w zakresie informacji na temat podwykonawstwa, gdzie ochronie podlega zarówno informacja na temat samych podwykonawców, z którymi nawiązano współpracę oraz oferowanych przez nich warunków, ale i fakt zlecenia określonych elementów przedmiotu zamówienia podwykonawcom.

Niezależnie od tego, że Konsorcjum Systra nie odnosi się w jaki sposób informacje na temat podwykonawców zostają utrzymane w poufności (o czym szerzej poniżej), to samo upowszechnia je w jawnych częściach swojej oferty. W pkt. 7 i 8 formularza ofertowego Konsorcjum Systra wskazało podmioty, na których zasobach będzie polegać oraz którym powierzy określone zakresy zamówienia. Wykonawca wskazał dane dwunastu podmiotów wraz ze szczegółowym zakresem powierzanych prac do wykonania. Konsorcjum Systra używa ogólnych sformułowań, że ujawnienie ich (danych podwykonawców i oferowanych warunków cenowych – T.S.) mogłoby podważyć wypracowane przez lata zaufanie pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcami, jednocześnie ujawniając dane kilkunastu innych podmiotów, z którymi współpracuje nie wyrażając takich obaw.

Ponadto Konsorcjum Systra pisze o wypracowanym przez lata zaufaniu, wieloletniej współpracy, co ma uzasadniać zastrzeżenie danych wszystkich podwykonawców. Jednocześnie w innym miejscu wyjaśnień wskazując, że tylko z częścią z nich prowadzi dłuższą współpracę:

W ramach realizacji niniejszego zamówienia Wykonawca planuje zaangażować co najmniej 19 podwykonawców. Część z podwykonawców to podmioty, z którymi SYSTRA SA współpracuje od wielu lat.

Sprzeczności te świadczą o tym, że zastrzeżenie dokonane przez Konsorcjum Systra jest pozorne. Należy podkreślić rozdzźwięk między postępowaniem tego wykonawcy, a treścią zastrzeżenia. Wydaje się, że Konsorcjum Systra sporządziło bezrefleksyjnie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie zważając uwagi na różnice między treścią tego uzasadnienia a rzeczywistością.

Sprzeczność tę widać także w odniesieniu do kalkulacji cenowej. Z jednej strony Konsorcjum Systra próbuje gołostownie przekonać, że ujawnienie tej kalkulacji naruszy wieloletnią politykę cenową wykonawcy, jednocześnie w kilku miejscach podkreślając, że kalkulacja została opracowana specjalnie na potrzeby niniejszego zamówienia (str. 11 Wyjaśnień RNC). Wykonawca w żaden sposób nie wykazał jak ujawnienie kalkulacji stworzonej specjalnie na potrzeby postępowania (co sam potwierdza), miałyby wpłynąć na umniejszenie pozycji konkurencyjnej w innych postępowaniach czy na ujawnienie jego całej polityki cenowej.

Jest to konieczne, na co wskazuje wyrok KIO z dnia 14.03.2022 r., sygn. akt 479/22, w którym Izba orzekła, że nie wykazano, że dane te w sposób obiektywny obrazują szczegóły prowadzonej przez wykonawcę działalności gospodarczej, dlatego że w zastrzeżeniu tajemnicy wykonawca podkreśla, iż informacje zostały przygotowane wyłącznie na potrzeby tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jest to spójne z treścią zastrzeżonych wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny odnoszących się do konkretnych urządzeń, opisanych w przedmiocie zamówienia. Ponadto obciążony ciężarem dowodu wykonawca powinien szczegółowo i rzeczowo wyjaśnić w jaki sposób informacje dotyczące wyliczenia kosztów w tym postępowaniu miałyby ujawniać całość przyjętej przez niego polityki cenowej, czyli wskazać przekonujące okoliczności, które pozwoliłyby zamawiającemu zweryfikować jego stanowisko. Ważne jest przy tym, aby strona powołująca się na wartość gospodarczą określonych danych udowodniła istnienie tej okoliczności i sporządzając uzasadnienie decyzji utajnienia informacji przedstawiła w nich swoją argumentację w sposób wyczerpujący, kiedy w rozpoznawanym sporze informację o możliwości uzyskania przewagi rynkowej ze względu na możliwość poznania sposobu kalkulacji przystępującego pozostawiono w sferze ogólnych, nieweryfikowalnych zapewnień wykonawcy.

Podobnie w wyroku z dnia 13.04.2022 r., sygn. akt KIO 843/22, Izba wskazała, że Odwołujący nie wykazał, dlaczego właśnie poznanie przez wykonawców danych zawartych w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny składanych na potrzeby tego jednego, konkretnego postępowania i pod jego wymagania konstruowanych miałyby powodować umniejszenie przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach i z czego powyższe miałyby wynikać.

Dodatkowo w tym miejscu należy zwrócić uwagę na postępowanie o zawarcie umowy ramowej. Zastrzegając w tym postępowaniu część swojej oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa Konsorcjum Systra przedłożyła te same dowody w celu wykazania podjętych działań mających za zadanie utrzymanie w poufności zastrzeganych informacji.

Zamawiający dokonał odtajnienia tych informacji wskazując, że Wykonawca zaznaczył, że zostały u Wykonawcy wdrożone i są stosowane następujące dokumenty: Polityka Prywatności, Instrukcja zarządzania systemem informatycznym, polityka grupy SYSTRA SA dotyczącej bezpieczeństwa systemów informacyjnych, przewodnik GU-02301 dotyczący Klasyfikacji i przechowywania dokumentów oraz danych, wytyczne dla procesu dot. bezpieczeństwa informacji PO-1651, zasady poufności (dotyczą pracowników Wykonawcy jak i podwykonawców oraz parterów biznesowych). Zdaniem Zamawiającego, Wykonawca nie spełnił w powyższym zakresie formalnych przesłanek skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż w żaden sposób nie wskazał, które dokładnie postanowienia ww.

dokumentów zostały zastosowane i wdrożone w celu zachowania danych kluczowego personelu w poufności. Wykonawca nie udowodnił, że w stosunku do tych konkretnie danych i w związku z przedmiotowym postępowaniem podjął określone działania. Uzasadnienie Wykonawcy w powyższym zakresie zawiera jedynie ogólne stwierdzenia.

Również w niniejszym postępowaniu Konsorcjum Systra poprzestało jedynie na ogólnych stwierdzeniach w tym zakresie, nie wskazując, które dokładnie postanowienia zostały zastosowane i wdrożone w celu zachowania zastrzeganych załączników do Wyjaśnień RNC w tajemnicy.

Konsorcjum Systra wskazało w tej części uzasadnienia, że Wykonawca wprowadził szereg obostrzeń w zakresie przetwarzania i przechowywania informacji zdobytych podczas kontaktów handlowych. Jednocześnie wykonawca ten w żaden sposób nie wskazał chociażby przykładowych obostrzeń w tym zakresie.

Dalej Konsorcjum Systra podkreśla, że pracownicy Wykonawcy są zobowiązani do ochrony poufnych informacji spółki (...), pracownicy nie mogą ujawniać żadnych poufnych informacji osobom spoza spółki bez uzyskania wyraźnej zgody, (...) na każdym pracowniku ciąży wymóg zachowania w poufności wszelkich informacji o kluczowym znaczeniu dla pracodawcy. Są to same ogólne stwierdzenia, które w żaden sposób nie odnoszą się do załączonych dokumentów.

Nie sposób uznać również za spełnienie przesłanek skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w akapicie „Szczególne zasady związane z ofertowaniem”, gdzie Konsorcjum Systra ponownie wskazało, że wszystkie osoby zaangażowane w sporządzenie oferty zobowiązane są do zachowania poufności w szczególności informacji w niej wskazanych.

W świetle tak ogólnych twierdzeń należy stwierdzić, że pomimo szeregu załączonych dokumentów ponownie, jak w przypadku próby zastrzeżenia części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum Systra nie spełnił w powyższym zakresie formalnych przesłanek skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż w żaden sposób nie wskazał, które dokładnie postanowienia załączonych dokumentów zostały zastosowane i wdrożone w celu zachowania kalkulacji oraz danych o podwykonawcach w poufności. Wykonawca ten nie udowodnił, że w stosunku do tych konkretnie danych i w związku z przedmiotowym postępowaniem podjął określone działania.

V . [zarzut rażąco niskiej ceny i kosztu]

V .A. [rażąco niska cena – uwagi ogólne]

W pierwszej kolejności Odwołujący zaznacza, że poniższy zarzut jest zarzutem ewentualnym na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia Wyjaśnień RNC. Utrwalone orzecznictwo dopuszcza formułowanie takich zarzutów.

W ocenie Odwołującego złożona przez Konsorcjum Systra oferta zawiera rażąco niską cenę i koszt z następujących przyczyn.

W toku postępowania, Zamawiający wzywał Konsorcjum Systra do złożenia wyjaśnień. Wezwanie, w trybie art. 224 ust. 1 w zw. z ust. 2 Pzp, nastąpiło pismem z dnia 30.11.2022 r. Wezwanie to, w połączeniu z przywołanym wyżej przepisem oznacza, że wezwany wykonawca miał obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w tym miał obowiązek wykazania, co składa się na zaoferowaną przez niego cenę.

Wskazać w tym miejscu należy, że zastosowanie procedury z art. 224 ust. 1 Pzp, tworzy domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy.

Powstanie tego domniemania skutkuje tym, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień chcąc je obalić musi wykazać, iż zaoferowana przez niego cena i koszt nie zawierają rażąco niskiej ceny. W tym też celu wykonawca musi złożyć takie wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę oraz załączyć potwierdzające to dowody. Stąd też w orzecznictwie utrwalił się już jednolity w tym zakresie pogląd, że owe wyjaśnienia muszą być konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do danego zamówienia, jak również poparte dowodami.

V .B [zaoferowana cena a wartość szacunkowa zamówienia]

Przede wszystkim zauważenia wymaga to, że Konsorcjum Systra zaoferowało realizację zamówienia za kwotę 101.129.121,00 zł brutto (w tym 80.401.020,62 zł brutto za zamówienie podstawowe i 20.728.100,58 zł brutto za zamówienie opcjonalne).

Tymczasem Zamawiający przewidział na sfinansowanie zamówienia w części 3 kwotę 230.058.663,35 zł brutto (w tym 196.159.982,62 zł brutto za zamówienie podstawowe i 33.898.680,73 zł brutto za zamówienie opcjonalne).

Powyższe oznacza, że wartość oferty Konsorcjum Systra do tzw. budżetu wynosi ledwie 43,95%, czyli jest niższa od budżetu, aż o ponad 56% (w tym w stosunku do zamówienia podstawowego wartości te wynoszą odpowiednio 40,98% ceny, tj. o 59% mniej od wartości ustalonej przez CPK).

Odwołujący ma oczywiście świadomość, że niekiedy różnice w ofertach wobec budżetu są dość spore, jednak w tym przypadku różnica ta jest ogromna. Co więcej w połączeniu z różnicami w odniesieniu do innych ofert (które są dość zbieżne z tzw. budżetem) musi to świadczyć o istotnym niedoszacowaniu oferty przez Konsorcjum Systra. Nie jest bowiem możliwe to, aby wszyscy (Zamawiający i cała konkurencja) się tak bardzo mylili, a tylko Konsorcjum Systra prawidłowo skalkulowało ofertę.

V .C [zaoferowana cena a ceny innych ofert; rzekoma przewaga konkurencyjna Konsorcjum Systra]

W drugiej kolejności zauważenia wymaga, że zaoferowana przez Konsorcjum Systra cena jest całkowicie nieadekwatna do ofert złożonych przez innych wykonawców w zakresie części 3 Postępowania.

Porównanie to wygląda następująco:

Nr oferty	Część 3	
	Nazwy albo imiona i nazwiska oraz siedziby lub miejsca prowadzonej działalności gospodarczej albo miejsca zamieszkania wykonawców	Cena oferty brutto [PLN]
1	- Lider Konsorcjum riM^kfitM*2-76, 75015 Paryż, Francja Biuro Pr^^^^Konsultingowe BPK MOSTY sp. z o.o. - Partner Konsorcjum ul. Antoniego Wiwulskiego 12, 51-629 Wrocław	101129 121,20
Zamówienie Podstawowe		80 401 020,62
Zamówienie Opcjonalne		20 728 100,58

2	DOHWA ENGINEERING CO., LTD. - Lider Konsorcjum (Daechi-dong) 438 Samseong-ro, Gangnam-gu, 06178 Seul Korea Południowa (Republika Korei) KOREA NATIONAL RAILWAY (Koreańskie Koleje Państwowe) - Członek Konsorcjum 242 Jungang-ro, Dong-gu, 34618 Daejeon Korea Południowa (Republika Korei)	210 465 076,48
	Zamówienie Podstawowe	196 700 576,98
	Zamówienie Opcjonalne	13 764 499,50
	MGGP S.A. - Lider Konsorcjum ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów Voessing Polska sp. z o.o. - Partner Konsorcjum ul. Tadeusza Kościuszki 53, 85-079 Bydgoszcz	206 372 369,49
	Zamówienie Podstawowe	184 225 665,99
3	Zamówienie Opcjonalne	22 146 703,50
	ELKOL sp. z o.o. - Lider Konsorcjum ul. Arki Bożka 25,41-902 Bytom MOSTY KATOWICE sp. z o.o. - Partner Konsorcjum ul. Rolna 12, 40-555 Katowice	281 367 420,00
	Zamówienie Podstawowe	265 128 683,25
	Zamówienie Opcjonalne	16 238 736,75

Jak widać z powyższego cena zaoferowana przez Konsorcjum Systra nie tylko odbiega od tzw. „budżetu” Zamawiającego, ale i od wszystkich innych ofert. Co więcej te różnice są na bardzo wysokim poziomie, albowiem oferta Konsorcjum Systra stanowi ledwie 43,45% wysokości średniej wartości pozostałych ofert, nawet wyłączając z tego najdroższą ofertę (nr 4) to i tak powyższy wskaźnik jest na bardzo niskim poziomie (48,52%).

Poniżej Odwołujący w formie tabelarycznej przedstawia porównanie wszystkich ofert wraz z ww. wskaźnikami i odniesieniami do tzw. budżetu i do średniej wszystkich ofert.

	część 3 brutto w PLN	Różnica względem najtańszej oferty brutto w PLN	% Budżetu	% Średniej
Budżet	230.058.663,35			
SYSTRA BPK				
MOSTY	101.129.121,00	-	43,96%	50,61%
MGGP Voessing	206.372.369,49	105.243.248,49	89,70%	103,27%
DOHWA	210.465.076,48	109.335.955,48	91,48%	105,32%
ELKOL MOSTY KATOWICE	281.367.420,00	180.238.299,00	122,30%	140,80%
Średnia złożonych ofert	199.833.496,74	98.704.375,74		

To porównanie ma bardzo istotne znaczenie, szczególnie, że dotyczy porównania pomiędzy aż 4 ofertami, albowiem to w pewnym sensie rynek wykonawców wyznacza adekwatne i realne ceny. O ile Zamawiający może się niekiedy mylić w swych szacunkach (choć w tej sprawie tak nie jest) o tyle wykonawcy na konkurencyjnym rynku mają najlepszą wiedzę co do warunków rynkowych.

W niniejszym postępowaniu wszyscy wykonawcy, poza Konsorcjum Systra, wycenili swe oferty na ponad 200 mln zł, co nie może być przypadkiem. Co więcej różnica do drugiej oferty wynosi ponad 105 mln zł!

Warto także zauważyć, że na tak wysoce konkurencyjnym rynku jak rynek projektowania (warto przypomnieć, że w ramach postępowania o zawarcie umowy ramowej oferty złożyło aż 12 różnych wykonawców, w tym 12 konsorcjów, w skład których wchodzi ponad 30 podmiotów) praktycznie nieprawdopodobne są tak dalece idące różnice cenowe. Co istotne, z owych 12 ofert, CPK wybrał celem zawarcia umowy ramowej, aż 11, wskazuje to na bardzo wysoki poziom konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Ewentualne różnice do średniej mogą wynosić kilka, kilkanaście procent, nawet do 20%, ale nie ponad 50%. Takie różnice są całkowicie nieprawdopodobne. W praktyce muszą one wynikać z nieprawidłowej wyceny oferty.

Warto zaznaczyć, że w niniejszym postępowaniu na pozostałych częściach dotyczących projektowania linii kolejowych

to jest zadania 1, 2 oraz 4 Sytuacja wygląda następująco.

	pierwsza cena	Brutto w PLN	% Budżetu	% Średniej	Ilość ofert
Cz. 1	EGIS ER Jaf	148.879.200,00	70,58%	90,39%	3 oferty
Cz. 2	BBF IDOM	176.994.786,00	73,45%	70,80%	4 oferty
Cz. 3	SYSTRA BPK MOSTY	101.129.121,00	43,96%	50,61%	4 oferty
Cz. 4	SYSTRA BPK MOSTY S	59.114.822,60	56,34%	56,34%	1 oferta

Z powyższego wynika, że tylko Systra składała oferty na tak radykalnie zaniżonym poziomie. Ten sam wykonawca składał też ofertę na część 4 i tą ofertę wycenił znacznie wyżej, bo prawie o 13% więcej względem budżetu.

W tym miejscu, aby wskazać, że nie ma żadnych racjonalnych powodów, aby oferta Konsorcjum Systra tak znacznie odbiegała od wszystkich innych ofert, albowiem Konsorcjum

Systra nie ma żadnych takich przewag nad swoją konkurencją, które by uzasadniały taką różnicę.

Celem wykazania, że takich przewag nie ma należy też odnieść się do części jawnej Wyjaśnień RNC, a w których to wykonawca ten wskazuje na swe rzekome przewagi konkurencyjne.

Po pierwsze, Konsorcjum Systra wskazuje (ss. 3 i 4 Wyjaśnień RNC), że:

W zakresie wynagrodzenia personelu

Odpowiedni dobór sił i środków, jakie muszą być zaangażowane w prawidłową realizację usługi, stanowi jeden z głównych elementów przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi uczestnikami postępowania. Jednym z głównych składników wynagrodzenia Wykonawcy przy tego rodzaju usługach są koszty ponoszone w związku z zaangażowaniem odpowiedniego personelu. Wykonawca wskazuje, że wynagrodzenia dla personelu ustalono na podstawie stawek wynagrodzeń odpowiadającym poszczególnym kategoriom personelu.

Doświadczenie personelu Wykonawcy pozwala na precyzyjne określenie zakresu obowiązków osób zaangażowanych w realizację zamówienia, dzięki czemu możliwe jest dokładne ustalenie czasu pracy każdego ze specjalistów. Wykonawca przewidział i wycenił pracę personelu w oparciu o estymowany czas pracy (przewidywana ilość dni), oszacowany przez doświadczony zespół przetargowy a następnie zweryfikowany przez uprawnionych projektantów stosownych branż, koordynatorów międzybranżowych oraz doświadczonego kierownika projektu, na podstawie dokumentacji przetargowej, udostępnionej przez Zamawiającego oraz doświadczenia z realizacji innych projektów, w tym projektów zagranicznych, których przedmiotem były realizacje kompleksowej dokumentacji dla inwestycji kolei dużych prędkości. Wykonawca dysponuje szerokim doświadczeniem, zarówno na rynku krajowym jak i zagranicznym, co przekłada się na znajomość specyfiki przedmiotu zamówienia oraz posiadanie wiedzy związanej z rzeczywistymi nakładami pracy, jakie trzeba przewidzieć na realizację tego typu przedsięwzięcia. Dodatkowo, dzięki doświadczeniu zdobytemu przy podobnych zamówieniach w lokalizacjach odpowiadających niniejszej, Wykonawcy SYSTRA SA i BPK Mosty Sp. z o.o. zaznajomieni są z lokalnymi uwarunkowaniami oraz specyfiką procedowania decyzji i uzgodnień przez urzędy i organy, z którymi konieczna będzie współpraca przy realizacji niniejszego zamówienia. Przekłada się to bezpośrednio na zmniejszenie ryzyk, które powinny zostać uwzględnione w cenie ofertowej, w stosunku do ryzyk wycenianych w ofertach, gdzie uwarunkowania lokalne nie są dostatecznie zidentyfikowane.

Powyższe nie jest żadną przewagą konkurencyjną i nie jest niczym nadzwyczajnym na rynku, jest to opis tego co dotyczy każdego doświadczonego wykonawcy. Odnosząc się do poszczególnych twierdzeń wskazać można co następuje:

- każdy odpowiednio dobiera siły i środki jakie muszą być zaangażowane w prawidłową realizację usługi, trudno bowiem przyjąć, że dobór taki ma charakter przypadkowy;

- każdy ustala stawki wynagrodzeń odpowiadające poszczególnym kategoriom personelu, nie jest bowiem tak, że wykonawcy dobierają te stawki przypadkowo, co więcej wynagrodzenia te

wyznacza rynek pracy, a zatem są one dość porównywalne;

- wszyscy wykonawcy posiadają doświadczony personel (nota bene dysponowanie odpowiednim personelem było warunkiem kwalifikacji wykonawcy do podpisania umowy ramowej), który w oparciu o swe doświadczenie precyzyjnie określa zakres obowiązków osób zaangażowanych w realizację zamówienia;

- każdy racjonalnie działający wykonawca, szczególnie na tak konkurencyjnym rynku i w tak dużych postępowaniach weryfikuje przez uprawnionych projektantów stosownych branż, koordynatorów międzybranżowych oraz doświadczonego kierownika projektu; zresztą weryfikacja ta jest dwutorowa, z jednej strony dotyczy sprawdzenia czy wszystkie koszty zostały ujęte i czy oferta ich nie pomija (a zatem jest za niska cenowo), jak i pod kątem możliwych oszczędności (a więc czy nie jest za wysoka);

- także każdy z wykonawców ubiegających się o zamówienie dysponuje szerokim doświadczeniem, zarówno na rynku krajowym jak i zagranicznym, co przekłada się na znajomość specyfiki przedmiotu zamówienia oraz posiadanie wiedzy związanej z rzeczywistymi nakładami pracy, jakie trzeba przewidzieć na realizację tego typu

przedsięwzięcia; przypomnieć należy tylko, że warunki kwalifikacji w postępowaniu dotyczącym zawarcia umowy ramowej były bardzo wysokie i w tym postępowaniu nie ma „przypadkowych” wykonawców, bez doświadczenia;

- nie tylko Konsorcjum Systra dysponuje szerokim doświadczeniem, zarówno na rynku krajowym jak i zagranicznym, co przekłada się na znajomość specyfiki przedmiotu zamówienia oraz posiadanie wiedzy związanej z rzeczywistymi nakładami pracy, jakie trzeba przewidzieć na realizację tego typu przedsięwzięcia; przykładowo Voessing Polska sp. z o.o. jest członkiem grupy kapitałowej Voessing, działającej od ponad 40 lat na wielu rynkach w Europie i na świecie czerpiąc z doświadczenia całej grupy; zresztą powyższe dotyczy także wielu innych wykonawców, z którymi podpisano umowy ramowe;
- nie tylko Wykonawcy SYSTRA SA i BPK Mosty Sp. z o.o. zaznajomieni są z lokalnymi uwarunkowaniami oraz specyfiką procedowania decyzji i uzgodnień przez urzędy i z którymi konieczna będzie współpraca przy realizacji niniejszego zamówienia; przykładowo MGGP S.A. działa na tym rynku od 25 lat, w ciągu których zrealizowała setki różnych projektów o wartości ponad miliarda złotych; także Voessing działa na lokalnym rynku od ponad 16 lat, z sukcesem realizując setki różnych projektów. Należy przy tym zauważyć, że MGGP – w przeciwieństwie do Wykonawców SYSTRA SA i BPK Mosty Sp. z o.o. - realizuje jedyny w Polsce porównywalny projekt dla PKP PLK SA tj. opracowuje dokumentację projektową dla

zadania: „Budowa nowej linii kolejowej Podłęża – Szczyrzyc – Tymbark / Mszana Dolna oraz modernizacja istniejącej linii kolejowej nr 104 Chabówka – Nowy Sącz” o wartości ponad 220 mln zł. 72.

Po drugie, Konsorcjum Systra wskazuje (s. 5 Wyjaśnień RNC), że:

i metodologię ukształtowaną w praktyce prowadzonej działalności. Właściwa organizacja pracy wymaga przestrzegania wypracowanych, skutecznych metod nadzoru i sprowadza się w praktyce do zaangażowania zdolności i umiejętności osób, którymi dysponuje Wykonawca, w taki sposób, aby ich czas pracy został wykorzystany do maksimum, co z kolei pozwala na właściwe zarządzanie procesem opracowania dokumentacji. Zapewnienie ekspertom jak najlepszych warunków do pracy jest jednym z kluczowych czynników powodzenia w realizacji inwestycji. Dlatego w celu rzetelnego i profesjonalnego wykonania zadania jakim jest obliczanie ceny ofertowej, Wykonawca zadbał, aby jego pracownicy mieli zagwarantowane wszelkie niezbędne środki podczas realizacji całego zamówienia. Dodatkowo SYSTRA SA jako spółka o zasięgu międzynarodowym, posiadająca doświadczenie w realizacji zamówień na całym świecie, ma wdrożone standardy organizacji pracy, pozwalające na maksymalną optymalizację czasu pracy (narzędzia do śledzenia obciążenia pracą poszczególnych zespołów zadaniowych i pracowników, system raportowania czasu nieprodukcyjnego i odpowiednie nim zarządzanie, np. poprzez chwilowe wsparcie innego, bardziej obciążonego projektu).

Również doświadczenie BPK Mosty Sp. z o.o. w branży mostowej, pozwala na precyzyjne określenie zakresu i czasu pracy. Partner zaplanował pracę poprzez jej podział na poszczególne zespoły zadaniowe, mając na względzie wolumen dokumentacji jaka ma zostać przygotowana oraz wymagane do realizacji tych zadań doświadczenie i kwalifikacje.

Także powyższe nie jest żadną przewagą konkurencyjną i nie jest niczym niespotykanym u innych wykonawców. Odnosząc się do powyższego twierdzeń wskazać można co następuje:

- każdy albo prawie każdy z doświadczonych wykonawców ma wdrożoną właściwą organizację pracy, w taki sposób, aby czas pracy został wykorzystany do maksimum; bez takiej organizacji wykonawcy nie mogliby skutecznie konkurować na rynku;
- nie jest tak, że tylko wykonawca Konsorcjum Systra zadbał, aby jego pracownicy mieli zagwarantowane wszystkie niezbędne środki podczas realizacji całego zamówienia, a inni wykonawcy zamiast wyposażać pracowników w odpowiedni sprzęt komputerowy, czy też oprogramowanie pracują jedynie z użyciem ołówków i desek kreślarskich;
- każdy z doświadczonych wykonawców ma wdrożone standardy organizacji pracy pozwalające na maksymalną optymalizację pracy, w tym narzędzia do śledzenia obciążenia pracą;
- doświadczenie w branży mostowej nie jest cechą przynależną jedynie BPK Mosty sp. z o.o., albowiem takowe posiada też Voessing, o czym świadczą zrealizowane projekty. Trudno też

mówić o przewadze konkurencyjnej firmy Systra w przypadku, gdy na jedynym podobnym zadaniu jakie realizowała w ramach Kolei Dużych Prędkości w Polsce nie podołała zadaniu i została zerwana z nią umowa. Z dokumentu „TORPOL Sprawozdanie Zarządu z działalności 2017.pdf” wynika, że: „Spółka w imieniu konsorcjum firm w składzie Emitent (lider konsorcjum), Astaldi S.p.A, PUT Intercom sp. z o.o. oraz PBDiM sp. z o.o. (Konsorcjum) realizującego kontrakt „Łódź Fabryczna” (kontrakt zakończony) złożyła do sądu pozew przeciwko dwóm byłym kontrahentom: Systra S.A. (Systra) oraz SystraSotecni S.p.A. (Sotecni). Złożony pozew obejmuje roszczenia Konsorcjum wobec byłych kontrahentów z tytułu nieobjętych potrąceniem kar umownych naliczonych na podstawie umowy realizowanej pomiędzy tymi podmiotami a Konsorcjum w kwocie ok. 17,2 mln zł (po 8,6 mln zł względem Systra oraz Sotecni). Współpraca z Systra oraz Sotecni dotyczyła usług projektowych i prowadzenia postępowań administracyjnych w ramach kontraktu i została zakończona w 2013 roku w związku z faktem, iż podmioty te nie wywiązywały się z nałożonych na nie zobowiązań, jak również nie realizowały rzetelnie zleconych prac. W ramach rozliczenia usług świadczonych przez Systra oraz Sotecni z powództwa Emitenta wydany został m.in. nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym na kwotę 81 tys. zł”. Sprawa zakończyła się ugodą w 22 lutego 2018 roku.

Po trzecie, Konsorcjum Systra wskazuje (s. 5 Wyjaśnień RNC), że:

Przy wykonywaniu poszczególnych czynności, Wykonawca korzysta z pracy zarówno Managerów, Kierowników Branż, Starszych Inżynierów, Inżynierów, jak i Asystentów czy Młodszych Inżynierów. Powierzone (w zależności od umiejętności osób zaangażowanych w realizację zamówienia) zadania wykonywane są pod opieką Kierowników Branż i Managerów. W załącznikach stanowiących zestawienia kosztów, Wykonawca wyszczególnił kilka kategorii stawek w ramach przewidzianego do zaangażowania personelu. W zależności od umiejętności i doświadczenia, poszczególne osoby otrzymują różne wynagrodzenie i powierzane są im inne prace. Prace wymagające większego doświadczenia powierzane są Kierownikom Branż, Managerom i Inżynierom. Mniejszym doświadczeniem legitymują się Młodzi Inżynierowie i Asystenci, stąd rozróżnienie w Zestawieniach kosztów.

Dzięki temu, że zespół dedykowany do pracy w ramach niniejszego zamówienia jest w przeważającej części stałym zespołem Wykonawcy, możliwe jest powierzenie większej części prac Młodszy Inżynierom i Asystentom. Znajdują się oni pod stałą, bezpośrednią kontrolą i nadzorem kluczowego personelu. W ten sposób Wykonawca może uniknąć zagrożeń związanych z koniecznością powtórzenia niektórych prac oraz konieczności wykonania czynności faktycznych czy technicznych wyłącznie przez Kierowników Branż. W związku z tym, pomimo że stawki za dzień pracy poszczególnych osób są wysokie, odpowiedni podział prac w efekcie obniża ogólny koszt personelu. Takie działania pozwalają znacznie obniżyć koszty (nawet do 15%), gdyż większa ilość czynności może być wykonywana przez Młodszego Inżyniera lub Asystenta, którego wynagrodzenie jest niższe od wynagrodzenia chociażby Kierownika Branży.

Powyższe w żaden sposób nie jest odkrywczym sposobem realizacji zamówień, albowiem każdy wykonawca (i to bez względu na branżę) stara się delegować pracę na mniej doświadczonych lub wykwalifikowanych pracowników, a tym samym mniej zarabiających. Jest to metoda znana każdemu wykonawcy. Zresztą nie jest też tak, że daje ona jakieś szalone oszczędności, albowiem tacy pracownicy wymagają zwiększonej kontroli i nadzoru, są mniej wydajni i popełniają więcej błędów. Stąd ten sposób realizacji zamówienia ma daleko idące swe ograniczenia.

Po czwarte, Konsorcjum Systra wskazuje (s. 7 Wyjaśnień RNC), że:

Oszczędne metody wykonania zamówienia i wybrane rozwiązania techniczne i organizacyjne

SYSTRA SA prowadzi działalność o zasięgu globalnym. Działania na tak dużą skalę powodują, że wiele starań spółki nakierowanych było na usprawnienie organizacji pracy i optymalizację czasu pracy. Pozwoliło to na wypracowanie standardów pracy, które wpływają na znaczne oszczędności czasu i zwiększenie efektywności poszczególnych osób zaangażowanych w dany projekt. Przy określaniu liczby dni niezbędnych do wykonania poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia uwzględniono zatem czynniki wewnętrzne:

1. Wdrożenie w spółce SYSTRA SA zautomatyzowanych i optymalizujących narzędzi projektowych (nakładki, dodatki i biblioteki do programów, autorskie rozwiązania pozwalające na automatyzację pracy), które umożliwią obniżenie nakładów czasu pracy w porównaniu do tradycyjnych metod o ok. 20%.

Oprogramowanie pozwala na zautomatyzowane generowanie znacznej części rozwiązań technicznych po wskazaniu wejściowych elementów referencyjnych, zdefiniowaniu głównych zmiennych oraz poprzez interakcję z użytkownikiem.

Nowe oprogramowanie poprawia wydajność pracy zespołu projektantów, dzięki zastosowaniu bibliotek symboli i komponentów, gotowych katalogów narzędzi, szerokiej bazy elementów standardowych, co znacznie ułatwia i przyspiesza proces projektowania. Ponadto zapewnia możliwość powtórnego wykorzystania wcześniej przygotowanych modeli, co jest szczególnie przydatne w przypadku wprowadzania do opracowania korekt na podstawie zgłaszanych uwag Zamawiającego. Dodatkowo specjalna nakładka geodezyjna usprawni obróbkę i kalibrację podkładów mapowych, które na etapie studium wykonalności najczęściej są wykorzystywane w formie analogowej (mapy rastrowe).

2. Wykorzystanie systemów Mezzoteam, ProjectWise, Smart Hub oraz serwera FTP pozwalających na katalogowanie, dostęp, wymianę i koordynację dokumentacji za pomocą sieci internetowej, co znacznie podnosi możliwości skutecznego zarządzania produkcją dokumentacji oraz monitorowania postępów wszystkich zaangażowanych w projekt stron w czasie rzeczywistym. Na podstawie planu dokumentów oraz ustalonego Szczegółowego Harmonogramu Pracy weryfikowane jest bieżące zaangażowanie, zarówno zespołów wewnętrznych, jak i Podwykonawców. Nieustanne rozwijanie umiejętności w zakresie wdrażania i obsługi kolejnych platform i systemów pozwala na optymalizację czasu pracy nie tylko zespołu projektowego, ale przynosi wymierne korzyści nawet dla Zamawiającego.

Powyższe jest kolejnym przykładem rozwiązań, które są powszechnie stosowane u doświadczonych wykonawców, stosujących różnego rodzaju narzędzia, przede wszystkim informatyczne ułatwiające i przyspieszające pracę. W dobie cyfryzacji nikt nie korzysta z "tradycyjnych metod". Nie są to narzędzia właściwe czy też znane tylko Konsorcjum Systra, ale powszechnie stosowane przez branżę projektową. Co więcej narzędzi tych jest znacznie więcej niż wymienia Systra np. tagowanie plików, praca na współdzielonych plikach, korzystanie z tzw. szablonów. Na marginesie można wskazać na coraz szersze zastosowanie technologii AI, czyli tzw. sztucznej inteligencji, o której to Systra nie wspomina. W tym miejscu wskazać jeszcze należy, że także Voessing Polska jako członek międzynarodowej grupy kapitałowej Voessing ma dostęp do takich nowoczesnych technologii w ramach swej grupy kapitałowej. I stosuje o wiele nowocześniejsze niż FTP (technologia sprzed ponad 20 lat) rozwiązania magazynów plików oparte o chmurę Nasuni. Zresztą także i MGGP będące polską spółką posiada podobne rozwiązania, albowiem nie jest tak, że polskie podmioty są nienowoczesne i pozbawione najnowszych rozwiązań. Ponadto sam Zamawiający w SWZ postawił bardzo wysokie wymagania w

zakresie narzędzi projektowych. Spełnienie tych wymagań jest obligatoryjne dla każdego z Wykonawców realizujących zadania dla Zamawiającego.

Po piąte, Konsorcjum Systra wskazuje (s. 8 Wyjaśnień RNC), że:

Kolejnym istotnym elementem cenotwórczym w niniejszym postępowaniu jest koszt prac zlecanych podwykonawcom. Dobór podwykonawców jest wypadkową oceny jakości ich pracy i wysokości wynagrodzenia. SYSTRA SA na pierwszym miejscu stawia jakość. Dopiero po dokładnej weryfikacji jakości pracy konkretnych podwykonawców i wyeliminowaniu tych, którzy nie spełniają wymogów jakościowych, wybiera tego podwykonawcę, który oferuje lepszą cenę.

Wykonawca współpracuje z różnymi podmiotami w różnym zakresie. Współpraca z niektórymi z podwykonawców trwa bez zakłóceń od dłuższego czasu, dzięki czemu Wykonawcy udaje się wynegocjować niższe ceny ich usług w stosunku do cen oferowanych zwyczajowo. Pomimo tego, że koszty prac realizowanych przez podwykonawców są znaczącą częścią kosztów Wykonawcy, to jednak zlecenie wskazanych prac podmiotom specjalizującym się w konkretnych usługach (posiadających doświadczenie w danej dziedzinie) pozwala na redukcję kosztów w porównaniu do realizacji tego zakresu samodzielnie przez Wykonawcę (gdyby podjął on takie próby).

Powyższa rzekoma przewaga konkurencyjna to nic innego jak zwykły banał. Każdy z wykonawców ma swych sprawdzonych podwykonawców, których wybiera uwzględniając jakość ich prac oraz zaoferowaną cenę, w tym rabaty. Trudno przy tym uznać, że akurat Systra ma takich, którzy są rzetelni, profesjonalni, a jednocześnie tak sobie cenią współpracę z Konsorcjum Systra, że pracują za stawki dużo niższe niż rynkowe i tym bardziej trudno uwierzyć by gwarantowało to najwyższą jakość ich prac. Celem działalności każdego podmiotu gospodarczego (w tym również podwykonawców) jest maksymalizacja zysków, zatem nie będą ofertować swoich usług po cenach zaniżonych, tylko dlatego, że oferują je firmie Systra SA.

Wreszcie należy zwrócić uwagę na to, że Konsorcjum Systra (a właściwie bardziej sama Systra) powołuje się na okoliczności / właściwości własne, a więc dotyczące organizacji, metodyk dla własnego przedsiębiorstwa, które mają przynieść jakieś kolosalne oszczędności. Tymczasem wykonawca ten zamierza korzystać w znacznej mierze na usługach podwykonawców (z Wyjaśnień RNC wynika, że ma być ich co najmniej 19), określając bardzo szeroki zakres rzeczowy ich prac, (szerzej o zakresie prac w dalszej części uzasadnienia). Z oczywistych względów zatem owe właściwości Konsorcjum Systra nie dotyczą liczego grona podwykonawców.

Podsumowując powyższe widać, że Konsorcjum Systra w żaden sposób nie wykazało, aby miało przewagi konkurencyjne uzasadniające tak istotną różnicę w cenie oferty. Owe rzekome przewagi to nic innego, jak przywołanie pewnego standardu w ofertowaniu i realizacji zamówień przynależnego każdemu doświadczonemu wykonawcy. Nic z tego co zostało przywołane w Wyjaśnieniach RNC nie jest unikatowe i tworzy żadnej przewagi dla Konsorcjum Systra i de facto mogłoby być wskazane w każdym tego typu wyjaśnieniach.

Zatem Konsorcjum Systra nie przywołało, żadnego racjonalnego argumentu za tym, aby mogło tak istotnie obniżyć cenę wobec całej swej konkurencji.

V.B. [brak należytego udowodnienia realności zaoferowanej ceny i kosztów]

W ocenie Odwołującego, Wyjaśnienia RNC są niewystarczające, aby obalić powstałe domniemanie rażąco niskiej ceny i kosztu.

Przede wszystkim należy zauważyć, że Konsorcjum Systra przedłożyła bardzo niewielką liczbę dowodów, które mogłyby potwierdzić zasadność jego wyliczeń oraz wykazać, że zaoferowana przez niego cena i koszt nie są rażąco niskie. Deficyty dowodowe są tak daleko idące, że uniemożliwiają uznanie Wyjaśnień RNC za wystarczające.

[nienależyte wykazanie kosztów osobowych]

Przede wszystkim uwagi wymaga to, że przy realizacji zamówienia zasadniczym kosztem jest koszt pracy ludzi (fachowej kadry własnej oraz podwykonawców). W ocenie Odwołującego udział kosztów osobowych w realizacji zamówienia wynosi co najmniej 70% wszystkich kosztów. Niewątpliwie więc koszty te mają istotne znaczenie.

Należy także zauważyć, że do realizacji zamówienia niezbędny jest personel w ilości co najmniej 150 osób, a ma to związek z ogromnym rozmiarem prac oraz bardzo wymagającym i krótkim terminem realizacji. Oznacza to, że w zamówienia musi być zaangażowana znaczna ilość kadry.

Jeżeli chodzi o kwalifikacje personelu dla realizacji zadania niezbędny jest m. in. taki personel jak:

- Koordynator projektu
- Projektanci każdej z branż (torowa, mostowa, drogowa, sanitarna, konstrukcyjno-budowlana, architektoniczna, hydrotechniczna, SRK, telekomunikacyjna, elektroenergetyczna trakcyjna, elektroenergetyczna nietrakcyjna, geotechniczna)
- Sprawdzający każdej z branż (torowa, mostowa, drogowa, sanitarna, konstrukcyjno-budowlana, architektoniczna, hydrotechniczna, SRK, telekomunikacyjna, elektroenergetyczna trakcyjna, elektroenergetyczna nietrakcyjna, geotechniczna)

- Asystenci projektantów każdej z branż (torowa, mostowa, drogowa, sanitarna, konstrukcyjno-budowlana, architektoniczna, hydrotechniczna, SRK, telekomunikacyjna, elektroenergetyczna trakcyjna, elektroenergetyczna nietrakcyjna, geotechniczna)

- Eksperti dla wybranych branż (Ekspert branży torowej dla linii dużych prędkości, Ekspert ds. Sieci trakcyjnej 25 kV na liniach dużych prędkości, Ekspert ds. zasilania trakcyjnego i

przesyłowej sieci elektroenergetycznej, Ekspert (doradca) w zakresie SRK)

- Specjaliści każdej z branż (geologiczna, geodezyjna, gospodarki wodnej, kosztorysowa, hydrogeologiczna, geofizyczna, GIS, ppoż., wycena nieruchomości, ochrona mienia, środowiskowa zgodnie z Załącznikiem nr 17 do OPZ, analizy i prognozy ruchu, BIM) - Pracownicy działu administracji i zarządzania projektami - Pracownicy działu prawnego i umów - Pracownicy działu rozliczeń i księgowości
- Pracownicy wsparcia IT

Zresztą samo Konsorcjum Systra w przedłożonym w tym Postępowaniu wykazie osób wskazało 30 osób z samego personelu wykonawczego.

Tymczasem Konsorcjum Systra na potwierdzenie najważniejszych kosztów składa ledwie 5 przykładowych umów o pracę oraz 1 zlecenie z pracownikami zatrudnionymi na poszczególnych stanowiskach. To jest zdecydowanie zbyt mało, zważywszy szczególnie na kluczowych charakter tych kosztów. Równocześnie żaden z pracowników nie pochodzi od konsorcjanta tj. Spółki BPK Mosty.

Ponadto Konsorcjum Systra wskazuje w ramach personelu wykonawczego także osoby spoza Polski (co najmniej kilka osób), a tym samym owe przykładowe umowy o pracę dla polskich pracowników nijak mają się do francuskich warunków. W konsekwencji powinny być złożone umowy o pracę dla pracowników spoza Polski.

Z dokumentów tych wynika, że są to umowy dotyczące jedynie takich stanowisk jak: Asystent Projektanta / Kierownik Projektu, Projektant ds. Elektroenergetycznych, Projektant ds. Sanitarnych, Inżynier Konstrukcji Mostowych, Asystent Projektanta Konstrukcji Mostowych, a nie uwzględniono szeregu innych (a wyżej wymienionych).

Co więcej, przedkładanie przykładowych umowy o pracę z pracownikami zatrudnionymi na poszczególnych stanowiskach jest niewystarczające także dlatego, że wybranie jednej umowy (najpewniej najkorzystniejszej z punktu widzenia pracodawcy) nie wystarcza dla wykazania, że np. 5 innych osób pracujących na takim samym stanowisku ma takie samo wynagrodzenie.

Warto raz jeszcze w tym miejscu wspomnieć o powoływanej przez Konsorcjum Systra metodyce delegacji pracy na tzw. Młodszych Inżynierów czy Asystentów, co ma rzekomo wprowadzać oszczędności. Skoro wykonawca na tę okoliczność się powołuje jako skutkującą

rzekomą oszczędnością nawet do 15% to powinien wykazać to przedkładając umowy dla takich pracowników, z których to wynikać będzie taka możliwość. Jednakże to nie zostało udowodnione żadnymi umowami.

Ważne jest także to, że udowodnienie powyższych okoliczności nie przysparza szczególnych kłopotów, albowiem wystarczy przedłożyć (zanonimizowane) kopie umów względnie listy płac dla wszystkich (albo choćby odpowiedniej ilości osób niezbędnych do realizacji umowy) osób jakie powinny być zanonimizowane. Tymczasem Konsorcjum Systra przedstawia ledwie kilka przykładowych umów. Powyższe oznacza, że ww. wykonawca zamiast udowodnić blisko 70% kosztów realizacji zamówienia wykazuje ledwie kilka. To jakby dostawca różnego rodzaju sprzętu wybrał sobie z oferty kilka przykładowych pozycji i je udowodnił, a pozostałe pozostawił bez żadnego dowodu.

Konsorcjum Systra również nie odniosła się w żaden sposób do aż dwukrotnego wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2022 roku i uwzględnienia tego faktu w swojej kalkulacji, a co z tym niezaprzeczalnie związane - wzrostu wynagrodzeń pozostałych pracowników, gdyż trudno sobie wyobrazić, iż w dobie wręcz galopującej inflacji,

doświadczeni pracownicy Konsorcjum Systra nie będą oczekiwali waloryzacji swoich

wynagrodzeń.

[nienależyte wykazanie kosztów podwykonawców]

Konsorcjum Systra nie wykazało we właściwy sposób także realizacji kosztów prac podwykonawców.

Przede wszystkim zauważenia wymaga, że z oferty Konsorcjum oraz Wyjaśnień wynika, iż zamierza korzystać z co najmniej 19 podwykonawców, w szeroko określonym zakresie, bo obejmującym m. in. takie prace jak: - analiza zasilania, - certyfikacja interoperacyjności, - ocena znaczenia zmiany, - geotechnika, - kosztorysy inwestorskie, - mapy i opracowania geodezyjne, - wizualizacje,

- opracowania p.poż i symulacje CFD,
- opinie nt. wartości nieruchomości,

- plany ochrony,
- symulacja sieci trakcyjnej
- certyfikacja,
 - technologia ruchu,
 - dokumentacja projektowa dla podstawy trakcyjnych,
 - hydrotechnika,
 - analizy ruchowo-eksploatacyjne i model ruchu,
 - badania materiałowe obiektów inżynierskich,
 - doradztwo w zakresie projektowania na terenie szkód górniczych, drgań i wibracji,
 - audyt bezpieczeństwa ruchu drogowego,
 - projekt ruchowy sygnalizacji świetlnej wraz z mikrosymulacją ruchu pojazdów, - opinie prawne,
 - hydrologia i operaty wodnoprawne,
 - środowisko,
 - geologia,
 - branża drogowa,
 - branża SRK, - architektura, - branża konstrukcyjna, - hydrotechnika,
 - branża telekomunikacyjna, - hydrogeologia.

Tymczasem jak można domyślać się z Wyjaśnień RNC (na podstawie ilości plików) Konsorcjum Systra przedłożyło ledwie 5 takich ofert. To jest zdecydowanie niewystarczające, szczególnie, że sam wykonawca wskazał ich 19 wraz z szerokim określeniem zakresu ich prac. Już sam fakt, iż Wykonawca nie wie na etapie kalkulacji ceny i składania oferty z iloma podwykonawcami zamierza współpracować budzi poważną wątpliwość rzetelności złożonej ceny ofertowej i późniejszego zawierania umów z podwykonawcami „z łapanek”.

Jest to tym bardziej zaskakujące, że przy realizacji tak znacznego zadania, w tak krótkim czasie brak ofertowania od podwykonawców jest wręcz kuriozalny i świadczy o braku należytego podejścia do wyceny oferty. Opieranie się na wcześniejszych danych, w sytuacji znacznych zmian rynkowych, jest wysoce nieprofesjonalne. Wskazywanie, że Systra współpracuje „z różnymi podmiotami w różnym zakresie”, a „współpraca z niektórymi trwa bez zakłóceń od dłuższego czasu” jest daleko idącym ogólnikiem świadczącym o braku pozyskania rzetelnych ofert od profesjonalnych podwykonawców na etapie ofertowania. Co

więcej samo stwierdzenie dobitnie wskazuje, iż współpraca z wieloma podwykonawcami nie przebiega w sposób bezproblemowy, a zatem wpływa na zwiększenie a nie obniżenie kosztów.

Co więcej, jeżeli Konsorcjum Systra dokonała kalkulacji własnych dla podwykonawców, od których ofert nie ma to powinna załączyć dowody wskazujące na ich poprawność, w tym np. takie jak: oferty, umowy, faktury z poprzednich realizacji, szacunkowe koszty osobowe podwykonawców, koszty ogólne i pośrednie tych podwykonawców, itp. W braku takich dowodów tego rodzaju kalkulacje własne są nieprzydatne, albowiem nie potwierdzają rzetelności wyceny prac podwykonawców.

Dodatkowo niniejsze postępowanie ma w dużym stopniu precedensowy charakter na rynku polskim trudno zatem odwoływać się do jakichś innych postępowań o czym pisze Konsorcjum Systra.

Ponadto jak domniemywa Odwołujący (na podstawie szczegółowej analizy Wyjaśnień RNC i liczby załączonych plików) kalkulacji własnych jest 11, co porównując do ilości podwykonawców i bardzo szerokiego zakresu przedmiotu prac jakie mają być powierzone podwykonawcom jest dalece niewystarczające.

Zauważenia wymaga także to, że nawet i przedłożenie owych 5 ofert nie jest wyjaśnieniem danego elementu ceny. Nie można bowiem wyjaśniać oferty własnej cudzą ofertą (wyjaśnienie oferty przez ofertę). Konieczne jest realne wyjaśnienie podstaw do takiej wyceny i wskazanie, że jest to realne do wykonania w danym koszcie. Tymczasem samo złożenie oferty przez podwykonawcę poświadcza jedynie, że taką on ma cenę, ale nie poświadcza, że jego zakres prac jest do wykonania w tej cenie.

Zresztą jest wiele przykładów, gdy podwykonawca deklaruje wykonanie danego zakresu prac za określoną kwotę, a później nie jest w stanie tego wykonać w tym koszcie.

Co więcej dopuszczenie do wyjaśniania oferty przez ofertę może prowadzić do nadużyć w postaci zasłaniania się przez wykonawców wycenami podwykonawców bez ich należytej weryfikacji. Tymczasem ewentualne niedoszacowanie oferty przez podwykonawcę ma także wpływ na wykonawcę, bowiem gdy ten pierwszy nie da rady wykonać zamówienia za określoną cenę, wykonawca musi znaleźć nowego za wyższą cenę. To z kolei ma przełożenie na jego koszty oraz czas realizacji i może doprowadzić do niewykonania zamówienia.

[brak wykazania i udowodnienia kosztów specjalistycznego oprogramowania]

Konsorcjum Systra w żaden sposób nie wykazuje, a tym bardziej i nie udowadnia kosztów oprogramowania, które jest niezbędne dla realizacji Zamówienia. Co więcej wykonawca ten kosztów tych nie wykazuje, choć sam na s. 7 w pkt 2 Wyjaśnień RNC powołuje się na korzystanie z takiego oprogramowania. Tymczasem korzystane z niego jest nie tylko niezbędne dla realizacji Zamówienia i przyspiesza pracę, ale i wiąże się ze znacznymi kosztami.

Koszt ten jest szczególnie istotny, że wykonanie tak znacznego Zamówienia w tak krótkim czasie wiąże się z konieczności nadzwyczajnej mobilizacji zespołu i jednoczesnej pracy wielu ludzi, de facto tylko i wyłącznie na potrzeby tego konkretnego zamówienia. To z kolei skutkuje konieczności dokupienia nowych licencji, trudno bowiem założyć, że wykonawca ma wolne i niewykorzystywane (a nawet gdyby miał to też jest to jego koszt).

Niezbędnym oprogramowaniem specjalistycznym jest m. in.: Autocad, Civil3d, Open Rail, OpenRoads Designer.

Mając na uwadze powyższe niezbędne jest zapewnienie odpowiedniej ilości licencji dla zespołu projektowego, jak i administracji projektu. Koszty takich licencji kształtują się w granicach minimum 2 mln zł kosztów ich utrzymania i obsługi, dochodząc nawet do 4 mln zł w przypadku konieczności zakupu dodatkowych licencji w całym okresie realizacji umowy.

Jest to niebagatelny koszt, który nie został ujęty w żaden sposób. Co istotne jest to koszt, który musi być poniesiony w bezpośrednim związku z realizacją Zamówienia i nie może być on gdzie indziej kwalifikowany.

[brak udowodnienia innych kosztów]

Realizacja inwestycji to nie tylko koszty osobowe i wynagrodzenia dla podwykonawców, ale także szereg innych kosztów, w tym takich jak: - koszty uzgodnień wymaganych SIWZ pkt 4.1.2.3 - który zostały pominięty przez Konsorcjum Systra a stanowi bardzo obszerny zakres prac; sprecyzowana przez Zamawiającego wartość prac to ponad 1 mln zł netto, - koszty finansowe (w tym koszty wadium, zabezpieczenia należytego wykonania umowy, odroczonej płatności i kosztów pieniądza w czasie), - koszty pozyskania i utrzymania polis OC działalności oraz OC zawodowej - koszty ogólne i pośrednie przedsiębiorstwa, - najem biur i ich utrzymania, - koszty organizacji i utrzymania pracy zdalnej (telepracy) koszty

samochodów: Leasingkoszty paliwa i utrzymania floty pojazdów, - pozostałe koszty operacyjne: obsługa prawna i księgowa, ubezpieczenia, materiały biurowe i eksploatacyjne, koszty powielania, poczta i usługi kurierskie, telekomunikacja.

Tymczasem żaden z ww. kosztów nie został udowodniony ani jednym dokumentem, ani jednym środkiem dowodowym. Już sam koszt najmu biur może przewyższać nawet 1 mln zł w okresie realizacji umowy.

Na szczególną uwagę zasługuje tu kwestia kosztów pośrednich i ogólnych. Nie tylko, że koszty też w żaden sposób nie zostały udowodnione (a jest to możliwe), to jeszcze Systra twierdzi, że:

zoptymalizowana globalnie. Niektóre koszty funkcjonowania (np. koszty biurowe, sprzętu, oprogramowania, szkoleń personelu itp.) pokrywane są przez SYSTRA SA z marży, jaka zostaje osiągnięta na wszystkich pozyskanych zleceniach - zarówno tych realizowanych na rynku polskim, jak i zagranicznym. Ponieważ nie jest możliwe dokładne wskazanie kosztów funkcjonowania biura (stałego) jakie przypadną na dane zamówienie oraz z uwagi na przyjęte w spółce zasady, koszty biura, oprogramowania, narzędzi do pracy zostały ujęte w marży, gdyż to właśnie z niej zostaną finalnie pokryte.

Jest to kuriozalne wręcz twierdzenie, że Systra nie może tych kosztów oszacować i uwzględnić. Z jednej strony ten wykonawca chwali się jakim to nie ma globalnych metodyk pracy, systemów wspomagających, korzysta z nowoczesnych technologii, a z drugiej nie potrafi oszacować takich kosztów. Twierdzenie całkowicie nieprawdopodobne i niezgodne ze stanem faktycznym. Każdy choć trochę „ogarnięty” przedsiębiorca jest w stanie to wyliczyć, nie wspominając już o międzynarodowych korporacjach, dysponujących nowoczesnymi systemami controllingowymi. Każda spółka zobowiązana do sporządzania sprawozdania finansowego jest wręcz zmuszona do precyzyjnego wyliczenia kosztów swojej działalności i ujęcia ich zgodnie z zasadami rachunkowości. Systra działa tak naprawdę na rynku polskim jako oddział zagranicznego przedsiębiorcy, więc ich sprawozdanie finansowe za każdy rok obrotowy ze względu na przekroczenie progów podlega badaniu biegłego rewidenta, a następnie podlega konsolidacji. Ponadto SYSTRA stosuje wycenę długoterminowych umów o usługi metodą zaawansowania robót, więc tym bardziej na bieżąco jest zobligowana do weryfikowania poziomu kosztów poniesionych do planowanych.

Co więcej nie można mylić dwóch odrębnych kategorii ekonomicznych, a więc kosztów od marży (zysku). Marża / zysk to kwota jaka zostaje wykonawcy z wynagrodzenia po odliczeniu wszystkich kosztów, a nie jakaś dziwna mieszanina kosztów i może tego co po ich odliczeniu zostaje. Biorąc pod uwagę wyjaśnienia Systry, kalkulując przedmiotową ofertę, nawet nie wiedzą czy będą mieli jakikolwiek zysk, bo przecież skoro nie znają kosztów, to nie wiedzą, czy „marża” tylko pokryje koszty czy też umożliwi osiągnięcie zysku lub nawet (jeśli marża będzie ujemna) spowoduje poniesienie straty.

Należy przy tym zauważyć, że Systra wykazała stratę w sprawozdaniach finansowych z lat poprzednich i posiada ujemny kapitał podstawowy.

Zresztą wystarczy powiązać ową „marżę” w rozumieniu Systra (jako obejmującą koszty) z tą częścią odwołania, która odnosi się do kosztów oprogramowania, aby pokazać jak znaczne koszty Systra „wrzuca” do rzekomej marży, czyli zysku.

Zważywszy na skalę ww. kosztów (ok. 20%) deficyt ten ma bardzo istotne znaczenie i ich całkowite pominięcie przez Konsorcjum Systra dyskwalifikuje tę ofertę.

[brak wykazania okoliczności opisanych w części ogólnej Wyjaśnień RNC]

Brak jest także jakichkolwiek dowodów potwierdzających tezy z części ogólnej Wyjaśnień RNC, a więc np. dotyczących:

- wprowadzenia odpowiednich procedur wyceny ofert, o których wspomina Konsorcjum Systra, - posiadania i korzystanie z określonych środków technicznych (np. programów komputerowych),
- wprowadzenia określonych metodyk działania (np. procedur organizacyjnych, które potwierdzałyby określone działania, np. delegację pracy na pracowników o odpowiednio niższych kompetencjach),
- owego szczególnego doświadczenia, na które powołuje się Konsorcjum Systra, - procedur zakupowych i kontraktowania podwykonawców,
- wykazania, że wspomniani podwykonawcy są faktycznie wieloletnimi kontrahentami i stosują wobec Systra jakieś szczególne upusty i rabaty. Jak widać z powyższego, niezależnie od tego, że Wyjaśnienia RNC zawierają szereg ogólnikowych stwierdzeń to jeszcze nie zostały w żaden sposób potwierdzone i udowodnione. Są to więc całkowicie gołosłowne stwierdzenia.

V.C [rażąco niski koszt opracowanie dokumentacji geodezyjnej]

W pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że koszty opracowania dokumentacji geodezyjnej rozliczane są obmiarowo na podstawie stawek podanych w ofercie przez wykonawców. Nie wynikają więc one z jakiegoś podziału procentowego ceny narzuconego przez CPK, a są podawane w pełni autonomicznie przez wykonawców.

Koszty te zostały wskazane przez wykonawców w pkt 2.7 tzw. RCO (rozbicie ceny ofertowej).

Wartość ww. zakresu prac wskazana przez Konsorcjum Systra wynosi 2.365.360,00 zł netto i jest to wartość prawie trzykrotnie niższa od pozostałych ofert złożonych na część nr 3.

Tymczasem biorąc pod uwagę wszystkie oferty w tym postępowaniu na ww. zakres dla cz3, średnia złożonych ofert w tym zakresie to 5.884.465 zł, a zatem wartość oferty Konsorcjum Systra stanowi jedynie 40,2% tak wyliczonej średniej.

Powyższe obrazuje poniższa tabela:

	1. Konsorcjum Systra	2. MGGP / Voessing Polska	3. Konsorcjum Dohwa	4. Konsorcjum Elkol
Punkt 2.7 RCO - opracowanie geodezyjnej dokumentacji do celów projektowych - Mapy do celów projektowych	2 365 360,00 zł	8.059.500,00 zł	6.670.000,00 zł	6.443000,00 zł

Dla dobrego porównania i zobrazowania tak radykalnego zaniżenia ceny w tym zakresie można odwołać się także do analogicznych pozycji w innych częściach Postępowania (za wyjątkiem części 4 na której to oferta została złożona tylko przez Konsorcjum Systra) i zaprezentować, jak mają się poszczególne stawki jednostkowe Konsorcjum Systra w stosunku do średnich stawek zaoferowanych w części 1 2 oraz 3.

		Część 1	Część 2	Część 3
2.7.1	Mapa do celów projektowych w terenach otwartych - aktualizacja map ze STEŚ	40,24%	54,67%	43,54%
2.7.2	Mapa do celów projektowych w terenach zamkniętych - aktualizacja map ze STEŚ	44,12%	41,12%	37,89%
2.7.3	Mapa do celów projektowych w terenach otwartych - nowe obszary	48,93%	46,45%	40,25%
2.7.4	Mapa do celów projektowych w terenach zamkniętych - nowe obszary	78,04%	71,15%	72,26%
2.7.5	Ortofotomapa	41,35%	26,18%	28,76%
2.7.6	NMT	39,45%	21,31%	22,54%

Nawet przeliczając najniższe stawki oferentów z części 1 oraz 2 (czyli stawki Konsorcjum BBF) i przeliczając je na część 3 to ta wartość jest o 45 % wyższa.

Z powyższej analizy wynikają wręcz ekstremalne różnice względem wartości Konsorcjum Systra względem wszystkich pozostałych oferentów. Nie jest możliwe i wiarygodne, aby tego rodzaju pracy tylko dla Konsorcjum Systra mogły być tak dużo tańsze niż dla wszystkich uczestników rynku. Nawet jeżeli Konsorcjum Systra przedłożyło jakąś ofertę na kwoty o takim poziomie to jest ona całkowicie niewiarygodna.

Wiarygodność stawek dodatkowo podważa samo Konsorcjum Systra, w pozycjach 2.7.5 oraz 2.7.6 w częściach 3 oraz 4 podaje różne stawki. W części 3 wartość jednostkowa opiewa na 43 zł a w części 4 na 80 zł. Zaznaczyć należy, że żaden z innych oferentów w tym postępowaniu nie zaoferował stawek poniżej 100 zł za jednostkę.

Podsumowując w tym zakresie oferta Konsorcjum Systra jest znacznie niedoszacowana. Tym bardziej niewiarygodne wydaje się jakiegokolwiek obniżenie kosztów prac geodezyjnych przy tak wysokim poziomie inflacji, wzroście bezpośrednich kosztów ich realizacji w znacznej mierze opartych na cenach paliw i wzroście wynagrodzeń w 2023r.

Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że Konsorcjum Systra na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie prac geologicznych opiera się na zasobach tego samego podwykonawcy co Odwołujący. Odwołujący ma wątpliwość w wysokości wyceny prac geologicznych i w oparciu o tę wiedzę kwestionuje także wartość obmiarowego zakresu geologii w ofercie Konsorcjum Systra, jako istotnie zaniżoną.

V.D [rażąco niska cena – koszty pracownicze]

W ocenie Odwołującego Konsorcjum Systra znacznie zaniżyła koszty pracownicze, których wysokość jest całkowicie nieadekwatna do: niezbędnych kwalifikacji i kompetencji kadry, warunków rynkowych, w tym ograniczonej podaży przy znacznym popycie na taką kadrę, inflacji oraz konieczności zatrudnienia kadry z krajów Europy Zachodniej.

Konsorcjum Systra wskazała jako najniższą stawkę dzienną na poziomie 391 zł, które wg tego wykonawcy uwzględnia pełne koszty płatności po stronie pracodawcy (tzw. brutto – brutto), koszty urlopów, zwolnień lekarskich i wszystkich kosztów jakie ponosi pracodawca. W przeliczeniu na godzinę pracy daje ledwie 48,87 zł. Należy przy tym wyraźnie zaznaczyć, iż w ofercie złożonej przez to samo konsorcjum w dniu 5.05.2022 na postępowanie prowadzone

przez PKP PLK SA w trybie przetargu nieograniczonego na opracowanie dokumentacji projektowej w ramach projektu pn.: „Prace na linii kolejowej E 59, odcinek Kędzierzyn Koźle – Chałupki – dokumentacja projektowa”, w ramach składanych wyjaśnień do rażąco niskiej ceny, Konsorcjum Systra twierdziło, że ich „stawka dzienna” to 434,00 zł. Tym bardziej świadczy to o braku profesjonalizmu i rzetelności w podejściu do kalkulacji składanych ofert, a wręcz o swobodnym dobieraniu „stawek dziennych” bez jakichkolwiek analiz wzrostu kosztów. Biorąc pod uwagę wymagany potencjał kadrowy w obu postępowaniach i bardzo wysokie oczekiwania ze strony CPK, do przedmiotowego postępowania muszą zostać bezwzględnie zaangażowani najlepsi specjaliści na rynku, więc ich „stawka dzienna” musi być wyższa niż w zdecydowanie mniejszym postępowaniu sprzed pół roku.

W kalkulacji Konsorcjum najniższa wskazana stawka w kolumnie „Stawka dzienna” to 434,00 zł, jednak w większości stawki opiewają na kwoty wyższe. Stawki te związane są ściśle z pracą określonych osób. Nie obejmują dodatkowych kosztów związanych z wykonywaniem pracy poza miejscem stałej siedziby spółki (które oszacowano odrębnie). Jak wyjaśniono wyżej stawki te uwzględniają wszystkie koszty związane z prawem pracy i ubezpieczeniem społecznym. W stawkach tych przewidziane są już koszty urlopów, zwolnień lekarskich oraz wszelkich obciążeń jakie z tego tytułu ponosi pracodawca.

Taka stawka jest całkowicie nierealna w przypadku jakiegokolwiek wykwalifikowanej kadry. Jeśli „stawka dzienna” stanowi pełne koszty wynagrodzeń, to przy założeniu 21 dni w miesiącu, daje kwotę brutto ok. 6.820,00 (pełny koszt pracodawcy bez dodatkowych składników to ok. 8.216,00 pln), netto to ok. 4.979,00 pln. Choć na pierwszy rzut oka wygląda ona na przyzwoitą, to jednak nie zawiera ona kosztów dodatkowych, takich jak PFRON, PPK, koszty zwolnień lekarskich, koszty urlopów, kosztów obowiązkowych badań lekarskich, szkoleń BHP a także dodatkowych kosztów pozapłacowych jakie – zgodnie z deklaracją na stronie internetowej – gwarantuje Systra tj. zwrot kosztów członkostwa w izbach inżynierów, koszty prywatnej opieki medycznej, świadczeń urlopowych czy też okolicznościowych bonusów). Zakładając, że te dodatkowe elementy stanowią co najmniej 15% kosztów dodatkowych, należy przyjąć, iż kwota netto wynagrodzenia wynosi nie więcej niż ok. 4.272,00 zł. Trudno przyjąć, że wysoce wykwalifikowany pracownik będzie pracować za wynagrodzeniem miesięcznym w wysokości 5.797,00 zł brutto, gdzie przeciętne wynagrodzenie brutto w sektorze przedsiębiorstw wyniosło w listopadzie 2022 brutto 6.857,96 zł. Projekty CPK są najbardziej skomplikowanymi i wymagającymi projektami i wręcz zdumiewające jest założenie biura Systra, że do tak trudnego zadania zaangażowani będą pracownicy o wynagrodzeniu porównywalnym do pracowników dyskontów spożywczych.

Należy także zauważyć, że z dostępnych dokumentów finansowych dla Systra z 2021 r. wynika, że średnie wynagrodzenie pracownika wynosi 9.070,00 zł brutto, a zatem po dodaniu składek na ubezpieczenie społeczne płatnych przez pracodawcę (1.769,00 zł) wynosi ono

miesięcznie 10.839,00 zł (i to bez kosztów urlopów, zwolnień lekarskich, badań i innych narzutów). W konsekwencji koszt dniówki wynosi 516 zł. Tymczasem Konsorcjum Systra powołuje się na dniówkę w wysokości 391 zł.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę na korzystanie z pracy obcokrajowców, w tym przede wszystkim z Francji. Trudno sobie wyobrazić, aby mieli oni wykonywać pracę za polskie stawki wynagrodzenia. W realiach francuskich, niemieckich, czy też brytyjskich miesięczny koszt pracy wykwalifikowanego projektanta (tzw. brutto – brutto) to co najmniej 9.000 - 10.000 Euro, co oznacza, że stawka dzienna jego pracy w przeliczeniu na złotówki wynosi w przedziale 2.000 a 2.223 zł.

Stawki Personelu to :

- Asystent Projektanta: 4.920,79 Brutto pracownika – 9.12.2011 r.
- Porozumienie - Kierownik Projektu 9.551,53 Brutto pracownika – 01.06.2015 r.
- Porozumienie - Kierownik Projektu 16.490,00 Brutto pracownika – 01.01.2022 r.

- Projektant ds. Elektroenergetycznych 11.000,00 Brutto pracownika - 22.05.2017 r.
- Porozumienie - Projektant ds. Elektroenergetycznych 14.930,00 Brutto pracownika – 01.01.2022 r.
- Projektant ds. Sanitarnych 6 362,40 Brutto pracownika - 01.03.2017 r.
- Porozumienie - Projektant ds. Sanitarnych 9.900,00 Brutto pracownika - 01.01.2021 r.
- Inżynier Konstrukcji Mostowych 9.000,00 Brutto pracownika – 01.10.2022 r. – telepraca
- Asystent Projektanta Konstrukcji Mostowych 6.680,00 Brutto pracownika– 01.11.2022
- Umowa zlecenie na 18,30 zł za h, a następnie aneks zmieniający na 19,70 zł za h - bez wskazania stanowiska i funkcji (kwota poniżej minimalnej stawki godzinowej ustanowionej na 2023 rok)

Raz jeszcze w tym miejscu należy przypomnieć (o czym szerzej w innej części uzasadnienia), że koszty pracownicze nie zostały też w należyty sposób udowodnione.

V.G [rażąco niska cena – pozostałe elementy]

Po odjęciu wartości zakresów obmiarowych (a więc kosztów geodezji i geologii) od wartości zamówienia podstawowego pozostaje kwota 46.681.773,43 zł netto.

Powyższe oznacza, że Konsorcjum Systra wszystkie pozycje ryczałtowe, dotyczące się opracowania kompletnej dokumentacji projektowej oraz procedowania i uzyskania wszystkich decyzji administracyjnych dla tego odcinka musi wykonać za kwotę 46,6 mln netto (57,4 mln

brutto). Jest to kwotą zdecydowania za niską na tak rozbudowany zakres rzeczowy zamówienia związany z budową nowej linii kolejowej dużych prędkości. Koszty wykonania tych prac z pewnością i to znacznie przewyższają to wynagrodzenie.

Dla wykazania i udowodnienia, że oferta złożona przez Konsorcjum Systra zawiera rażąco niską cenę uniemożliwiającą realizację przedmiotowego zadania za cenę ofertową, Odwołujący przeprowadził analizę, opartą o dane wynikające z OPZ i przede wszystkim o doświadczenie przy realizacji największych inwestycji kolejowych w Polsce, określając realny nakład pracy (roboczogodziny i roboczodni) potrzebny do wykonania kompletu zadań w poszczególnych branżach gwarantujących należyte i terminowe opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej. Na tej podstawie wyliczono minimalny koszt realizacji zamówienia. Takie podejście ma na celu jednoznaczne, finansowe wykazanie, że przy zakładanej i wskazanej przez Konsorcjum Systra stawce za roboczodzień pracy pracowników realizacja zadań wynikających z OPZ w nawet dla podstawowych branżach nie jest możliwa.

Jako podstawę i punkt wyjścia dla całości analizy Odwołujący przyjął wartości dla branży torowej. Dla projektów kolejowych wiodącą branżą jest branża torowa. Branża torowa stanowi szkielet całego projektu, dlatego niezbędne jest by zaangażować odpowiedni wysoko wykwalifikowany personel do realizacji zadań. Od niej każdy wykonawca rozpoczyna wszelkie prace projektowe. W pierwszej kolejności w ramach opracowania aktualizacji koncepcji, a więc projektu wstępnego należy wykonać analizy dotyczące trasowania, geometrii, dobór technologii i materiałów. Jest to etap kluczowy i wymagający dużego zaangażowania kadry, ponieważ wpływa na możliwość uruchomienia prac wszystkich pozostałych branż związanych bezpośrednio i pośrednio z prowadzeniem ruchu kolejowego. Następnie po akceptacji wielobranżowych rozwiązań koncepcyjnych możliwe jest przystąpienie do przygotowywania projektu budowlanego. Z tego względu już na samym początku realizacji kontraktu konieczne jest maksymalne zaangażowanie całego wielobranżowego zespołu projektowego oraz bieżące, codzienne konsultacje i uzgodnienia z Zamawiającym.

W procesie opracowywania projektu budowlanego należy uzyskać wszelkie decyzje administracyjne, w tym decyzję środowiskową, decyzję o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej, decyzję wodnoprawną oraz na koniec decyzję o pozwoleniu na budowę. W każdym z etapów pozyskiwania decyzji biorą udział wszyscy branżyści (projektanci i asystenci, specjaliści), a ich praca naznaczona jest koniecznością wielokrotnej iteracji czy aktualizacji rozwiązań projektowych. Sprawne, skuteczne i terminowe prowadzenie procesu projektowego tak skomplikowanej inwestycji jakim jest KDP wymaga stałego zaangażowania i gotowości całego

wielobranżowego zespołu projektowego. Wszystkie powyższe czynności zostały przewidziane do realizacji wg OPZ wiążącego Wykonawcę.

W branży torowej oraz branżach z nią powiązanych przyjmuje się (przy szczegółowości materiałów przetargowych na poziomie jaki został udostępniony przez Zamawiającego w Postępowaniu), że na potrzeby przygotowania wyceny projektant może opierać się na łącznej długości torów do zaprojektowania, a więc na tzw. jednostce torokilometra. Względem tej wielkości liczone jest minimalne zaangażowanie zespołów projektowych (projektantów, asystentów, specjalistów), w stopniu niezbędnym do wykonania kompletnej dokumentacji projektowej na wszystkich etapach wskazanych w zamówieniu.

Dla przedmiotowego odcinka nr 3 liczba torokilometrów (tkm) obliczona w oparciu o materiał udostępniony przez Zamawiającego wynosi 213 (jest to realna i obiektywna wartość zakresu prac torowych wynikająca z udostępnionych przez Zamawiającego w SWZ materiałów, w tym pliku *.KMZ dla wybranego wariantu).

Opierając się na doświadczeniach z realizacji zadań o zbliżonym o stopniu skomplikowania i złożoności (należy zwrócić uwagę, że przetarg dotyczy linii Kolei Dużych Prędkości) do jednego torokilometra przypisano nakład pracy odpowiadający mu w poszczególnych branżach, do których przypisanie torokilometra jest możliwe. Są to m.in. branża torowa, branża sanitarna (odwodnienie torów), branża trakcyjna, branża elektryczna (w części powiązanej z torami), branża geotechniczna itp. Do innych branż, jak np. branża obiektów inżynierskich i inżynierskich zastosowano szacownie pracochłonności opierając się na informacjach wskazanych w SWZ, w tym zestawieniach typów obiektów i szacowanej ich sumarycznej długości. Te branże również uwzględniono w obliczeniach i przypisano im minimalny wymiar czasu niezbędny do ich realizacji. Następnie biorąc pod uwagę planowany czas realizacji Projektu obliczono niezbędną liczbę Projektantów i Asystentów, a także sumaryczny czas ich pracy. Wartość tę przemnożono przez najniższą stawkę robocznia wskazaną przez Konsorcjum Systra w Wyjaśnieniach RNC. Z obliczeń wynika, że kwota za jaką Systra może pozyskać przedmiotowe zlecenie, po odjęciu kosztów prac geodezyjnych i geologicznych (osobne pozycje w RCO rozliczane obmiarowo) już w zakresie samych branż podstawowych nie jest wystarczająca na pokrycie kosztów prac projektowych. Nie wspominając już o kosztach ogólnych, uzgodnień, gwarancji należytego wykonania, polis OC, wydruków czy zysku.

Podkreślić należy, że powyższe obliczenia zostały przeprowadzone tylko w oparciu o najniższą wartość średniego wynagrodzenia projektantów (391 zł), podaną przez Konsorcjum

Systra w ramach Wyjaśnień RNC. Obliczenia przeprowadzone przez Odwołującego w poniższych/powyższych tabelach obejmują tylko podstawowe branże, w ramach których projekt musi być realizowanych, natomiast nie uwzględniają szeregu kosztów związanych bezpośrednio z realizacją przedmiotu zamówienia oraz narzutów, kosztów stałych, kosztów administracji i zarządzania. Mimo to widać, że wycena konsorcjum Systra i BPK, oceniana na podstawie samych kosztów pracowniczych nie pozwala na pokrycie minimalnych kosztów prac, a przyjęcie oferty grozi w konsekwencji niemożliwością wywiązania się ze zobowiązań umowy.

Odwołujący dodatkowo poniżej pokazuje część kosztów związanych z realizacją innych elementów zamówienia, nie wyczerpując w oczywisty sposób całego zakresu prac, których koszty wykonawcy muszą ponieść (m. in. branża SRK, telekomunikacja, technologiczno-ruchowa, opinie dot. wartości nieruchomości, certyfikaty interoperacyjności, polisa OC, gwarancja należytego wykonania, stacje autotransformatorowe).

W ramach zamówienia wykonawcy muszą też ponieść koszty związane między innymi z branżą środowiskową, bezpieczeństwo pożarowe / ochrona przeciwpożarowa, przygotowaniem dokumentacji przetargowej, wykonaniem wizualizacji, geodezyjnej inwentaryzacji zieleni i szeregiem innych opracowań i czynności wymienionych w SWZ, których uwzględnienie w powyższych wyliczeniach mija się z celem, ponieważ oferta konsorcjum Systra i BPK nie pozwala nawet na pokrycie części podstawowych branż.

Reasumując koszty prac rozliczanych wynagrodzeniem ryczałtowym, przy przyjęciu możliwie najkorzystniejszych warunków realizacji zamówienia, bez uwzględniania jakichkolwiek ryzyk, przyjmując zaniżoną stawkę kosztu robocznia (391 zł), bez kosztów pośrednich i ogólnych, kosztów zarządzania tak znacznym projektem, kosztów delegacji, zostały zaniżone o co najmniej 30 mln zł netto. Należy domniemać, że Systra w sposób całkowicie dowolny i sztuczny przyjmuje stawkę godzinową tylko i wyłącznie na poczet wybronięcia rażąco niskiej ceny obniżając jej wysokość z 434,00 zł jaką podawała wyjaśnieniach z dnia 19.05.2022 r. tłumacząc się z rażącej ceny na LK E59 Kędzierzyn Koźle - Chałupki do 391,00 zł pomimo wręcz astronomicznej inflacji i wzrostu kosztów prowadzenia działalności. To wręcz zdumiewające, iż w tak krótkim czasie zaledwie kilku miesięcy pomimo wszechobecnej presji płacowej wywołanej inflacją i wzrostem kosztów kredytów zatrudnionych pracowników i wzrostu obciążeń udało im się obniżyć koszt wynagrodzeń. To wprost podważa wiarygodność firmy Systra w zakresie złożonych wyjaśnień.

Gdyby jeszcze dodatkowo uwzględnić pozostałe elementy to koszty powinny być wyższe o co najmniej kilkanaście milionów złotych. To pokazuje skalę zaniżenia oferty Konsorcjum Systra.

Ponadto zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytania w postępowaniu przetargowym z dnia 3.11.2022r. odnoszącymi się do rozdziału XV - Wykonawca zobowiązany jest sporządzić dokumenty (kalkulację kosztów), które będą oznaczone datą na dzień złożenia oferty wykonawczej:

3. Wykonawca, w terminie 7 dni od dnia zawarcia Umowy Wykonawczej, przedstawi Zamawiającemu dokument, o którym mowa w § 20 ust. 8 pkt 2 lit. b Projektu Umowy Wykonawczej, tj. dokument zawierający szczegółowe informacje w zakresie sposobu kalkulacji kosztów przyjętych przez Wykonawcę na potrzeby sporządzenia Oferty Wykonawczej oraz wysokości tych kosztów, sporządzony nie później niż na dzień złożenia Oferty Wykonawczej.

Warunek przedłożenia dokumentów sprzed otarcia ofert jest warunkiem będącym podstawą ubiegania się o waloryzację poszczególnych kosztów realizacji umowy.

- 2) Wraz z żądaniem zmiany wynagrodzenia albo odpowiednio, niezwłocznie po otrzymaniu takiego żądania od Zamawiającego, Wykonawca przedstawi Zamawiającemu kalkulację wskazującą na opisaną powyżej zmianę kosztów, przy czym taka kalkulacja będzie zawierała m.in. zestawienie:
 - a) aktualnych na dzień zgłoszenia żądania kosztów związanych z wykonaniem danego Zadania,
 - b) odpowiadających im kosztów podanych w Ofercie Wykonawczej i przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w Ofercie Wykonawczej, przy czym -w przypadku żądania przez Wykonawcę zwiększenia wynagrodzenia w ramach Waloryzacji Wynagrodzenia - Wykonawca przedstawi Zamawiającemu dokument zawierający szczegółowe informacje w zakresie sposobu kalkulacji kosztów przyjętych przez Wykonawcę na

potrzeby sporządzenia Oferty Wykonawczej oraz wysokości tych kosztów, sporządzony nie później niż na dzień złożenia Oferty Wykonawczej, oraz

Konsorcjum Systra powinno posiadać dokumenty, podpisane podpisem elektronicznym na dzień składania ofert, aby móc uzyskać w późniejszym okresie waloryzację. Dokument taki, ze względu na swój charakter (kalkulacja kosztów) mógłby być przydatny przy ocenie czy cena oferty Konsorcjum Systra jest ceną rażąco niską. Brak możliwości uzyskania waloryzacji naraża Zamawiającego na ryzyko niewykonania zamówienia ze względu na niewykonalności budżetu projektu na tle galopującej inflacji.

W przypadku braku wskazanego wyżej dokumentu powstaje pytanie w jaki sposób Systra zamierza pokryć zakładany wzrost kosztów realizacji który Zamawiający zamierzał

sfinansować do wysokości 10%. Ponadto należy zwrócić uwagę na brak wskazania pozycji rozliczeniowej która miały by pokrywać różnice między waloryzacją 10 %, a rzeczywistą inflacją wynoszącą już ponad 17 %.

VI. [zarzut zaniechania wykluczenia ze względu na podanie nieprawdziwych informacji] VI.A [opis stanu faktycznego]

Dnia 12.07.2021 roku prokurator ds. finansowych francuskiej Narodowej Izby Finansowej (Parquet National Financier) zawarł z Systra SA z siedzibą w Paryżu tzw. ugodę sądową w interesie publicznym (convention judiciaire d'interet public) przed Sądem Apelacyjnym w Paryżu, zatwierdzoną następnie przez paryski Trybunał Sprawiedliwości. Na mocy tej ugody sądowej w interesie publicznym Systra SA poddała się dobrowolnie karze grzywny w wysokości 7.496.000,00 euro, natomiast prokurator odstąpił od wszczęcia postępowania sądowego, tj. wniesienia aktu oskarżenia przeciwko szefowi tej spółki o przestępstwa przewidziane w art. 445-1 i 435-3 francuskiego kodeksu karnego penalizujące przekupstwo zagranicznego funkcjonariusza publicznego.

Dowód: Convention judiciaire d'interet public (ugoda prawna w interesie publicznym) z 12.07.2021 r. z przekładem

W ten sposób ugoda sądowa w interesie publicznym z 12.07.2021 r. dokonała kwalifikacji działań Systry na gruncie prawnokarnym, których ta dopuściła się przy realizacji projektów infrastrukturalnych w Uzbekistanie i Armenii, oraz ustaliła sankcje prawne na podstawie tej kwalifikacji za przewinienia Systry.

W 2017 roku, dzięki informacjom przekazany Francji przez japońskie władze w związku z prowadzonym w Japonii śledztwem, zostało wszczęte postępowanie przez francuskiego prokuratora ds. finansowych. W efekcie postępowania ustalono, że w 2013 roku pracownik japońskiej firmy Japan Transportation Consultants Inc (dalej jako: „JTC”) otrzymał od urzędnika uzbeckiego narodowego przedsiębiorstwa kolejowego (inwestora) propozycję z umowy przetargowej i podziału rynku modernizacji i elektryfikacji uzbeckich linii kolejowych między Systrą a JTC. W tym celu JTC miało złożyć w przetargu wadliwą ofertę na elektryfikację i modernizację linii kolejowej między miastami Marakand i Karszi w celu umożliwienia wyboru oferty Systra SA. W zamian Systra SA miała złożyć wadliwą ofertę na modernizację i elektryfikację linii kolejowej między miastami Karszi – Termez w celu umożliwienia wyboru oferty JTC tamże.

W zamian za tak dokonany podział rynku w drodze umowy przetargowej urzędnik uzbeckiego narodowego przedsiębiorstwa kolejowego narzucił Systrze SA i JTC usługi brytyjskiego podwykonawcy usług logistycznych Kirkliston Development LC, skąd czerpał korzyści. Ponadto Kirkliston Development LC miał wynajmować na rzecz Systra SA i JTC po zawyżonych cenach mieszkania w Uzbekistanie, które okazały się należeć do członków komisji odpowiedzialnej za udzielanie zamówień publicznych. Wg doniesień prasowych tylko w 2013 roku Systra SA przełała na konto Kirkliston Development LC kwotę 575.954,97 dolarów. Ponadto Systra SA i JTC miały zatrudniać byłego pracownika uzbeckiego narodowego przedsiębiorstwa kolejowego do pośredniczenia między tymi spółkami a członkami komisji odpowiedzialnej za udzielanie zamówień publicznych.

W Azerbejdżanie Systra SA utworzyła – na wniosek spółki metra publicznego w Baku -konsorcjum z partnerami z Czech i Korei w celu modernizacji i rozbudowy metra w Baku w latach 2009 – 2014. Mechanizm korupcyjny w Azerbejdżanie miał polegać na wypłacie przez konsorcjum za pośrednictwem dwóch spółek podwykonawczych oraz agenta handlowego, który pracował dla publicznej spółki metra w Baku i był powiązany z jednym z ministrów w rządzie azerskim. Ustalono, że wypłata prowizji dla dwóch podwykonawców oraz agenta handlowego miała sięgać 30% kwot zafakturowanych przez Systrę SA i jej konsorcjantów.

Zawierając umowę w interesie publicznym z 12.07.2021 r. Systra SA poddała się ukaraniu oraz uznała swoją winę, a okoliczności tych spraw zostały stwierdzone w toku postępowania prowadzonego przez francuskiego prokuratora ds. finansowych, uznane przez Systrę SA w treści ww. ugody sądowej w interesie publicznym z 12.07.2021 r., która to ugoda została zatwierdzona przez paryski Trybunał Sprawiedliwości.

Zgodnie z zapisami ust. 1 i 2 rozdziału V pt. Podstawy wykluczenia z postępowania, warunki udziału w postępowaniu i realizacji zamówienia SWZ-W wykonawcy składając ofertę w postępowaniu wykonawczym winni byli złożyć oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z uwagi na podstawy wykluczenia określone w SWZ-R (postępowaniu prowadzony w celu zawarcia umowy ramowej). Oświadczenie to miało być złożone przez potwierdzenie aktualności informacji przedstawionych w JEDZ w postępowaniu na umowę ramową; w tym celu Zamawiający wymagał oświadczenia zgodnie z treścią określoną w ust. 15 formularza oferty potwierdzającego, że w kwestii braku podstaw do wykluczenia nie zaszły zmiany i wykonawca nie podlega wykluczeniu, ewentualnie – gdyby z międzyczasie przesłanki wykluczenia wobec wykonawcy zaistniały - Zamawiający wymagał wskazania przez wykonawcę podjętych środków naprawczych na etapie postępowania o zawarcie umowy wykonawczej stosownie do wymagań określonych w rozdziale

SWZ-R.

Konsorcjum Systra składając ofertę w niniejszym postępowaniu (o zawarcie umowy wykonawczej) złożyło oświadczenie o aktualności informacji zawartych w JEDZ złożonym w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej, zgodnie z treścią ust. 15 formularza oferty. Tym samym konsorcjum Systra, oświadczając się o aktualności informacji zawartych w JEDZ złożonym w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej, przeniosło treść oświadczeń JEDZ na grunt postępowania o zawarcie umowy wykonawczej. Stąd oświadczenia zawarte w JEDZ złożonym Zamawiającemu przez konsorcjum Systra w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej, w związku z oświadczeniem konsorcjum Systra o ich aktualności złożonym w niniejszy postępowaniu o zawarcie umowy wykonawczej, podlegają ocenie na gruncie postępowania o zawarcie umowy wykonawczej.

W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że w formularzu JEDZ (złożonym w postępowaniu, w wyniku którego Systra SA z siedzibą w Paryżu zawarła z Zamawiającym umowę ramową) odpowiadając na pytanie zawarte w części III w sekcji A o treści: Czy w stosunku do samego wykonawcy bądź jakiegokolwiek osoby będącej członkiem organów administracyjnych, zarządzających lub nadzorczych wykonawcy, lub posiadającej w przedsiębiorstwie wykonawcy uprawnienia do reprezentowania, uprawnienia decyzyjne lub kontrolne, wydany został prawomocny wyrok za korupcję, orzeczeniem sprzed najwyżej pięciu lat lub w którym okres wykluczenia określony bezpośrednio w wyroku nadal obowiązuje? wskazała odpowiedź „Nie”.

Odwołujący w tym miejscu wskazuje, że o ile wyrok sądowy sensu stricto, tj. orzeczenie wydane przez sąd w wyniku procesu, w tej sprawie nie zapadł, to ww. akt stosowania prawa pn. ugoda sądowa w interesie publicznym z 12.07.2021 r. jest aktem zastosowania francuskiego prawa karnego i postępowania karnego, w efekcie którego doszło do zakwalifikowania działań Systra SA na gruncie francuskiego kodeksu karnego jako przestępstwa korupcyjnego. W efekcie tego aktu doszło do bezsprzecznego uznania winy Systra SA w tym zakresie za ww. przestępstwa korupcyjne związane z zamówieniami publicznymi w Uzbekistanie i Armenii oraz ukarania Systra SA. Ten akt zastosowania francuskiego prawa karnego został zawarty przed i zatwierdzony przez francuski wymiar sprawiedliwości (zawarty przed paryskim Sądem Apelacyjnym i zatwierdzony postanowieniem paryskiego Trybunału Sprawiedliwości). Biorąc pod uwagę powyższe należy uznać, że ww. ugoda sądowa w interesie publicznym jest substratem pojęcia prawomocny wyrok za korupcję użytego w ww. pytaniu JEDZ. Zatem Systra SA powinna była odpowiedzieć twierdząco na pytanie ww. pytanie JEDZ o korupcję.

W formularzu JEDZ złożonym w postępowaniu, w wyniku którego Systra zawarła umowę ramową, odpowiadając na pytanie zawarte w części III w sekcji C JEDZ o treści: Czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji? Systra wskazała odpowiedź „Nie”. Ww. pytanie JEDZ odpowiada obligatoryjnej przesłance wykluczenia z art. 108 ust.1 pkt 5) Pzp, zgodnie z którą zamawiający winien wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji (...).

Systra odpowiadając w ten sposób oświadczyła nieprawdę, bowiem działania podjęte przez Systrę w porozumieniu z JTC w celu podziału rynku modernizacji i elektryfikacji linii kolejowych Uzbekistanie (uzgodnione składanie wadliwych ofert w przetargach w celu umożliwienia wyboru oferty drugiego wykonawcy) w oczywisty sposób wypełnia znamię porozumienia zawartego z innym wykonawcą w celu zakłócenia konkurencji. Systra i JTC swoim porozumieniem doprowadzili skutecznie do wyłączenia konkurencji w przetargach w 2013 roku na modernizację i elektryfikację linii kolejowych w Uzbekistanie. Do bezspornego ustalenia i przyznania uczestniczenia przez Systrę w porozumieniu z innym wykonawcą w celu wyłączenia konkurencji doszło w ww. ugodzie sądowej w interesie publicznym z lipca 2021 roku.

Będąc w takiej sytuacji Systra winna była odpowiedzieć w JEDZ zgodnie z prawdą na ww. pytanie i poddać się ocenie Zamawiającego w procedurze self-cleaningu przewidzianej art. 110 ust. 2 Pzp. Systra świadomie oświadczyła nieprawdę w postępowaniu i podtrzymała tę nieprawdę w postępowaniu o zamówienie wykonawcze przez złożenie oświadczenia o aktualności informacji zawartych w JEDZ wg pkt. 15 formularza oferty.

W formularzu JEDZ odpowiadając na pytanie zawarte w części III w sekcji C JEDZ o treści: Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego? Systra wskazała odpowiedź „Nie”. Ww. pytanie JEDZ odpowiada fakultatywnej przesłance wykluczenia z art. 109 ust.1 pkt 5) Pzp, zgodnie z którą zamawiający winien wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość (...). Zamawiający w dokumentach zamówienia przewidział wykluczenie wykonawcy z postępowania m.in. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 postępowania.

Zgodnie z komentarzem Urzędu Zamówień Publicznych do art. 109 ust. 1 Pzp Źródłem obowiązków zawodowych może być prawo stanowione, ustalone zwyczaje zawodowe oraz czynność prawna. Stąd naruszenie obowiązków zawodowych to zarówno naruszenie ustawy,

norm deontologicznych obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę (np.

Kodeks Etyki Lekarskiej, Kodeks Etyki Radcy Prawnego), jak i umowy (str. 5 kodeksu).

Zgodnie z Kodeksem etyki grupy Systra z lutego 2013 roku – Dział 1 pt. Uczciwa konkurencja żaden pracownik Grupy nie może wchodzić w relacje z konkurentem, które mogłyby być rozumiane w ten sposób, że ich celem lub skutkiem jest zakłócenie konkurencji, na przykład w związku z przetargiem lub w celu podziału między nimi rynków terytorialnych lub klientów. W tym miejscu Kodeks etyki nakazuje następujące sposoby zachowane pracownikom Systry: Unikaj wszelkich kontaktów lub wymiany informacji z konkurentami na takie tematy jak: - Cena - koordynacja przetargów, - Dystrybucja rynków geograficznych lub klientów, - Koszty, zyski, marże, - Treść istniejących lub proponowanych umów.

Dowód: Code of Ethics Systra / Kodeks etyki Systra z częściowym przekładem

Dalej Kodeks etyki grupy Systra nakazuje m.in. odmawiać dokonania płatności pieniężnych lub dawania prezentów, świadczenia usług lub określonych korzyści, bezpośrednio lub pośrednio, w celu nakłonienia lub uzyskania od urzędnika publicznego lub przedstawiciela rządu przedstawiciela państwa lub osoby prywatnej, albo preferencyjnego traktowania, albo wpływu na przebieg negocjacji handlowych lub zawarcia lub wykonania umowy (str. 6).

Wyżej opisane działania Systry w Armenii i Uzbekistanie stanowiły wprost złamanie jasnych nakazów jej własnego kodeksu deontologicznego, czyli podstawowych zasad uczciwości prowadzenia spraw handlowych Systry przyjętych własnym kodeksem deontologicznym. Te naganne etycznie działania są również zakazane przez prawo stanowione: art. 445-1 francuskiego kodeksu karnego penalizujące przekupstwo zagranicznego funkcjonariusza publicznego, którego uznanie naruszenia było przedmiotem ugody sądowej w interesie publicznym z 12.07 2021 r.

VI.B [kwestie prawne]

W świetle powyższego Systra dopuściła się świadomie, wprost i bezsprzecznie naruszenia podstawowych obowiązków zawodowych przy prowadzeniu spraw handlowych w Armenii i Uzbekistanie. Ze względu na skalę naruszeń podstawowych zasad etycznych i świadome nieetyczne działanie trzeba je uznać za poważne. Zatem bezdyskusyjne jest, że taki sposób prowadzenia spraw handlowych (przekupstwo funkcjonariuszy publicznych, zмова przetargowa, podział rynku) poważnie narusza wiarę w uczciwość Systry. Ponadto w kolejnych przykładach widać, że praktyki korupcyjne są nagminnym problemem firmy w jej

grupie kapitałowej - na stronach Banku Światowego w komunikacie prasowym dnia 10 lipca 2019r. można przeczytać: "Grupa Banku Światowego ogłasza ugodę z SYSTRA i SAI Consulting Engineering Ltd - WASZYNGTON, 10 lipca 2019 r. Bank Światowy ogłosił dziś 24-miesięczną sankcję na firmę SAI Consulting Engineering Ltd (SAI) z siedzibą w Indiach w związku z praktykami korupcyjnymi podczas udziału firmy w trzech projektach w Afryce: East Africa Trade & Transport Facilitation Project, projekt zarządzania i konserwacji dróg i mostów w Mozambiku oraz projekt sektora transportu w Ghanie."

W tej sytuacji Systra winna była odpowiedzieć w JEDZ zgodnie z prawdą na ww. pytanie i poddać się ocenie Zamawiającego w procedurze self-cleaningu przewidzianej art. 110 ust. 2 Pzp. Systra świadomie oświadczyła nieprawdę w postępowaniu i podtrzymała tę nieprawdę w postępowaniu o zamówienie wykonawcze przez złożenie oświadczenia o aktualności informacji zawartych w JEDZ wg pkt. 15 formularza oferty.

W formularzu JEDZ złożonym w postępowaniu, w wyniku którego Systra zawarła umowę ramową, odpowiadając na pytanie zawarte w części III w sekcji C JEDZ o treści: Czy wykonawca może potwierdzić, że: nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji; b) nie zataił tych informacji; c) jest w stanie niezwłocznie przedstawić dokumenty potwierdzające wymagane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz d) nie przedsięwziął kroków, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia? Systra wskazała odpowiedź „Nie”.

Systra jest winna poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia, bowiem zarówno w postępowaniu zmierzającym do zawarcia umowy ramowej jak i niniejszym postępowaniu wykonawczym Systra nie ujawniła okoliczności prowadzenia jej spraw handlowych w Armenii i Uzbekistanie, które zostały ujawnione francuskim śledztwem w latach 2017 -2021 oraz stwierdzone i przyznane ugodą sądową w interesie publicznym z 12.07.2021 r. Wyżej opisane okoliczności prowadzenia spraw handlowych przez Systrę przy modernizacji i elektryfikacji linii kolejowych w Uzbekistanie oraz modernizacji i rozbudowy metra w Baku bezsprzecznie wypełniają przesłanki wykluczenia opisane w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz 109 ust. pkt 5) Pzp. Do tego,

biorąc pod uwagę, że w treści ugody sądowej w interesie publicznym z 12.07.2021 r. doszło do stwierdzenia winy Systry za przestępstwo przekupstwa oraz ukarania Systry, materializuje się również przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. pkt 1 lit. b) Pzp, czyli prawomocnego skazania wykonawcy za przestępstwo przekupstwa.

Nie ujawniając w JEDZ ww. okoliczności Systra wprowadziła w błąd Zamawiającego przez nieprawdziwe oświadczenie o braku wobec niej podstaw wykluczenia. Systra wprowadziła Zamawiającego w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia na tyle skutecznie, że pozostaje on w tym błędzie do chwili obecnej. Wobec powyższego Systra wypełniła wprost swoim zachowaniem przesłankę wykluczenia opisaną w art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp, tj. zataiła przed Zamawiającym informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania. W okoliczności zatajenia informacji bezprzedmiotowe jest rozważanie czy wina Systry polegała na zamierzonym działaniu lub rażącym niedbalstwie.

Wyżej opisane zachowanie Systry wypełnia również przesłankę wykluczenia opisaną w art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp, polegającą na przedstawieniu przez lekkomyślność lub niedbalstwo informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, co mogło mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przedstawienie nieprawdziwego oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia w zupełności wypełnia znamię przedstawienia informacji wprowadzającej w błąd. Przedstawienie tej nieprawdziwej informacji zamawiającemu miało oczywisty wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego: Systra pozbawiła Zamawiającego prawa do oceny skuteczności ewentualnych działań podjętych przez Systrę w ramach self-cleaningu, zgodnie z art. 110 ust. 2 i 3 Pzp.

Natomiast zawinienie Systry należy zakwalifikować jako grubą lekkomyślność zasadzającą się na założeniu, że ww. kompromitujące ją okoliczności mogą zostać nieujawnione w toku postępowania o zamówienie.

W tym miejscu należy wskazać, że Systra miała sposobność w toku postępowania o umowę wykonawczą złożyć nowe oświadczenie JEDZ wraz z informacjami o podjętych środkach naprawczych lub zaradczych (self-cleaning), zgodnie z zapisem ust. 2 rozdziału V SWZ-W, z której to sposobności nie skorzystała. W związku z powyższym ww. oświadczenia Systry pozostają w oczywistej sprzeczności z ujawnionymi faktami.

W świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca wypełniając JEDZ zobowiązany jest do zachowania należytej staranności mierzonej podwyższonymi kryteriami wynikającymi z zawodowej działalności, natomiast podanie nieprawdziwych informacji w JEDZ jest podstawą do wykluczenia wykonawcy. W wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 460/21

z 4.03.202 r. Izba podkreśliła, że Ocena zachowania wykonawcy przy podaniu informacji zamawiającemu podlega weryfikacji z uwzględnieniem art. 355 § 1 kodeksu cywilnego (tak np. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 20.03.2017 r., KIO 382/17), zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Podkreślić również należy, że w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kodeksu cywilnego precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności - za takiego profesjonalistę należy uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Dalej w tym wyroku Izba wskazuje: (...) Istotą podania nieprawdziwych informacji jest wykreowania u zamawiającego przekonania, że dane okoliczności nie miały miejsca, podczas, gdy w rzeczywistości było inaczej. Podając nieprawdziwe informacje w dokumentach JEDZ, wykonawca podał obiektywnie informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd co do okoliczności związanych z zaangażowaniem wykonawcy lub przedsiębiorstwa wykonawcy w przygotowanie postępowania, co miało istotny wpływ na dalsze decyzje podjęte przez Zamawiającego.

W przypadku oświadczeń Systry zawartych w JEDZ mamy właśnie do czynienia z przypadkiem skutecznego wykreowania u Zamawiającego przekonania, że dane okoliczności nie miały miejsca, podczas, gdy w rzeczywistości było inaczej.

VII. [zarzut zaniechania wezwania Konsorcjum Systra do uzupełnienia pełnomocnictwa do złożenia oferty]

173. Oferta Konsorcjum Systra została podpisana przez pełnomocnika panią M. P..

174. Do oferty Konsorcjum Systra zostało załączone pełnomocnictwo z 31.10.2022 r. do podpisania oferty w Postępowaniu w imieniu Konsorcjum przez M. P., udzielone przez prezesa zarządu Systra SA. Ponadto do oferty zostało załączone pełnomocnictwo z 14.11.2022 r. dla Systra S.A. od mocodawcy i konsorcjanta - Biura Projektowo-Konsultingowego BPK Mosty sp. z o.o. do podpisania i złożenia oferty w Postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe należy wskazać, że w dniu 31.10.2022 r., kiedy Systra SA udzielała umocowania pani M. P. do reprezentowania w Postępowaniu o zamówienie Konsorcjum, nie była jeszcze umocowana do reprezentowania przez konsorcjanta Biura Projektowo-Konsultingowego BPK Mosty sp. z o.o. Zatem 31.10.2022 r. Systra SA nie mogła przekazać pani M. P. prawa do reprezentowania BPK Mosty Sp. z o.o. w Postępowaniu,

którego nie posiadała. Stąd Konsorcjum Systra nie wykazało należytego umocowania pani M. P. do reprezentowania Konsorcjum Systra na moment składania ofert i w przypadku nieuzupełnienia tego braku (w trybie art. 128 ust. 1 Pzp) oferta Konsorcjum Systra może być uznana za nieważną na podstawie art. 104 KC: Jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna.

Z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący wskazuje, że w tej sytuacji nie może mieć zastosowania zdanie II art. 104 KC, zgodnie z którym do czynności jednostronnej bez umocowania można zastosować odpowiednie przepisy o zawarciu umowy bez umocowania, jeśli ten, któremu złożono oświadczenie w cudzym imieniu, zgodził się na działanie bez umocowania. Brak możliwości zastosowania art. 103 KC do walidacji złożonej oferty z deficytem umocowania w postępowaniu o zamówienie publiczne procedowane w trybie Pzp wynika z faktu, że art. 128 ust. 1 Pzp stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 104 KC i nie pozwala na zastosowanie walidacji tego braku w trybie przewidzianym art. 104 zdanie II w związku z art. 103 KC.

Przez wzgląd na powyższe, o ile Konsorcjum Systra nie uzupełni odpowiednio umocowania do podpisania przez panią M. P. oferty złożonej w Postępowaniu, to może się wypełnić przesłanka do odrzucenia Oferty Konsorcjum Systra z art. 226 ust. 1 pkt 4) Pzp: może zaistnieć nieważność tej oferty na podstawie odrębnych przepisów, czyli art. 104 KC.

VIII. [podsumowanie]

W świetle powyższego należy stwierdzić, że wszystkie zarzuty niniejszego odwołania są zasadne.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia kompletnych Wyjaśnień RNC wraz z załącznikami, należy podkreślić, że Konsorcjum Systra nie podołało obowiązkowi wykazania wszystkich elementów niezbędnych do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Przede wszystkim należy podkreślić, że wykonawca ten nie spróbował wykazać, że jeden z konsorcjantów podjął jakiekolwiek działania mające na celu utrzymanie w poufności informacji mających stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Już to samo w sobie powoduje nieskuteczność dokonanego zastrzeżenia. Dodatkowo trzeba wskazać na treść uzasadnienia składającą się z samych ogólnych,

nieskonkretyzowanych twierdzeń. Istotne są również liczne sprzeczności między tą treścią a postępowaniem Konsorcjum Systra, co potwierdza, że dokonane zastrzeżenie jest jedynie pozorne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do zarzutu błędnej oceny oferty i Wyjaśnień RNC złożonych przez Konsorcjum Systra i zaniechania odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę i koszt, należy podkreślić na ogromną wręcz różnicę między ceną zaoferowaną przez Konsorcjum Systra a wartością szacunkową zamówienia (ponad 50% różnicy), a także na różnice między tą ofertą a trzema pozostałymi ofertami. Wskazać trzeba, że nie ma żadnych racjonalnych powodów, aby oferta Konsorcjum Systra tak znacznie odbiegała od wszystkich innych ofert, albowiem wykonawca ten nie ma żadnych takich przewag nad swoją konkurencją, które by uzasadniały taką różnicę. Co istotne, Konsorcjum Systra w żaden sposób nie udowodniło realności zaoferowanej ceny i kosztów. Odwołujący wykazał, że koszty w wielu aspektach są nierealne, zaniżone, co wpłynęło na rażące zaniżenie całej ceny.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum Systra z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, należy wskazać, że składając oświadczenie o aktualności informacji zawartych w JEDZ Systra zataiła okoliczności istotne dla oceny zdolności tego wykonawcy uczestniczenia w postępowaniu o zamówienie publiczne. Zatajając informacje o przestępnym działaniach towarzyszących realizacji zamówień w Uzbekistanie i Armenii Systra skutecznie wprowadziła Zamawiającego w błąd oświadczając, że nie ma stosunku do niej okoliczności mogących stanowić podstawę wykluczenia. Takie zachowanie stanowi podstawę do wykluczenia Konsorcjum Systra z postępowania na podstawie przewidzianych przez Zamawiającego podstaw z art. 109 ust. pkt 8) i 10) Pzp.

Końcowo należy podkreślić, że w zakresie zarzutu zaniechania wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwo do złożenia oferty, Konsorcjum Systra nie przedstawiło dotychczas w postępowaniu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających należyte umocowanie pani M.P. do podpisania oferty w imieniu tego konsorcjum. W związku z powyższym oferta Konsorcjum Systra jest nieważna, o ile nie istnieją oświadczenia / dokumenty potwierdzające należyte umocowanie pani M.P. do działania w postępowaniu w imieniu Konsorcjum Systra, które wykonawca ten winien wnieść do postępowania na żądanie Zamawiającego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 stycznia 2023 r. wnosil o:

- 1) oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu kosztorysowania w branży kolejowej;
- 2) odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu pełnych wyjaśnień z 12 grudnia 2022 r., dotyczących wyjaśnienia w zakresie

elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny, w tym załączników do tych wyjaśnień,

- 3) odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum Systra z ubiegania się o zamówienie oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy z powodu wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania,
- 4) oddalenie odwołania co do pozostałych zarzutów, a w przypadku nieodrzućenia odwołania z przyczyn, o których mowa w punkcie 2 i 3 powyżej, o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał:

1. Ad. zarzutu nr 1, tj. naruszenia art. 204 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą należy stwierdzić, że zarzut ten powinien zostać oddalony ze względu na to, że wskazany przepis art. 204 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do kryteriów oceny ofert (bilansu ceny i kryteriów jakościowych), co nie ma żadnego związku z zarzutami odwołania
2. Ad. zarzutu nr 2, tj. zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu pełnych wyjaśnień z 12 grudnia 2022 r., dotyczących wyjaśnienia w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny (dalej: „Wyjaśnienia RNC”), w tym załączników do tych wyjaśnień
- 2.1 Uzasadnienie wniosku o odrzucenie odwołania w części, tj. w zakresie spóźnionego zarzutu.

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazuje, że zarzut odwołania jest spóźniony.

Zamawiający, 13 grudnia 2022 r., przekazał wszystkim wykonawcom pismo, w którym poinformował o zakończeniu czynności badania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny za realizację pod kątem zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednocześnie, w tym samym piśmie, Zamawiający poinformował wykonawców, że po uprawomocnieniu się czynności odtajnienia dokumentów w zakresie, w jakim Zamawiający nie uznał ich za skutecznie zastrzeżone, Zamawiający przekaze ujawnione informacje Wykonawcom wnioskującym o udostępnienie korespondencji prowadzonej w ramach Postępowania. Skoro Zamawiający poinformował wykonawców o powyższym 13 grudnia 2022 r., Odwołujący w połowie grudnia dysponował wiedzą, że Zamawiający będzie przekazywał ujawnione informacje Wykonawcom po uprawomocnieniu się czynności odtajnienia w zakresie, w jakim Zamawiający nie uznał ich za skutecznie zastrzeżone oraz po złożeniu przez Wykonawców wniosku o ich udostępnienie.

Z powyższego wynika, że Zamawiający dokonał czynności oceny tajemnicy (zakończył tę ocenę) 13 grudnia 2022 r., a wyjaśnienia RNC w niezastrzeżonym tajemnicą zakresie będzie udostępniał na wniosek. Wykonawcy (w tym Odwołujący) mieli wiedzę, że Zamawiający udostępni Wyjaśnienia RNC przed wyborem oferty najkorzystniejszej, jeżeli

się o to zwrócić. Z przekazanych przez Zamawiającego informacji nie wynika, że zamierza udostępniać oświadczenia i dokumenty dotyczące Wyjaśnień RNC dopiero po wyborze.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Skoro czynność Zamawiającego została zakończona 13 grudnia 2022 r., o czym Zamawiający poinformował wykonawców (w tym Odwołującego – dowód 1 informacja potwierdzająca przekazanie pisma) za pośrednictwem platformy zakupowej, Wykonawca mógł wystąpić z wnioskiem o udostępnienie dokumentów po otrzymaniu tego pisma. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego miało charakter jawny i w przypadku otrzymania wniosku Zamawiający udostępniłby Odwołującemu uzasadnienie niezwłocznie.

Również od tego momentu (13 grudnia 2022 r.) wykonawcy mogli dowiedzieć się, które dokumenty złożone w ramach wyjaśnień Zamawiający uznał za jawne, a które pozostały objęte tajemnicą.

W związku z powyższym termin na wniesienie odwołania co do prawidłowości oceny przez Zamawiającego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie Wyjaśnień RNC upłynął 23 grudnia 2022 r.

Odwołujący, dysponując wiedzą, że Zamawiający będzie udostępniał oświadczenia i dokumenty na wniosek wykonawcy, mógł zatem po uzyskaniu informacji przekazanej 13 grudnia 2022 r. wystąpić do Zamawiającego z wnioskiem o przekazanie jawnego

uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, który został złożony wraz z Wyjaśnieniami RNC, jak również uzyskać wiedzę w zakresie zastrzeżenia dokumentów. Błędne jest zatem twierdzenie Odwołującego zawarte na stronie 6 odwołania (ust. 19), że nie miał możliwości rzeczywistego zaskarżenia, nie znając zakresu dokonanego zastrzeżenia i zakresu, w jakim zastrzeżenie to zostało uznane. Odwołujący zapoznałby się z zakresem zastrzeżenia tajemnicy, gdyby wówczas wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o jego udostępnienie. Literalna wykładnia art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp czy art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp nie pozwala na przyjęcie, że termin odwołania na zaskarżenie w takiej sytuacji rozpoczyna bieg od wyboru oferty najkorzystniejszej, skoro przepis wprost wskazuje na obliczanie tego terminu od przekazania informacji o czynności zamawiającego czy od dnia, w którym, przy zachowaniu należytej staranności, można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Odwołujący nie zapoznał się z zakresem zastrzeżenia tajemnicy wyłącznie z powodu własnego zaniechania złożenia wniosku o udostępnienie pisma Przystępującego.

Wymaga podkreślenia, że możliwość skorzystania ze środka ochrony prawnej przez wykonawców została ściśle ograniczona przez ustawodawcę terminami prekluzyjnymi, które przewidział on w celu maksymalnego skrócenia procedury odwoławczej oraz usprawnienia procesu udzielania zamówienia. Terminy te charakteryzują się tym, że nie mogą zostać przywrócone.

Należy również wskazać, że w sprawie o sygn. akt KIO 3466/22 (wyrok z 13 stycznia 2023 r.) Krajowa Izba Odwoławcza uznała za spóźnione odwołanie w zakresie zarzutu odnoszącego się do nieodtajnienia przez Zamawiającego informacji lub dokumentów stanowiących element wyjaśnień RNC złożonych przez DTŚ S.A. Również w tamtej sprawie (toczonej równolegle z niniejszym Postępowaniem) Zamawiający (tj. Centralny Port Komunikacyjny sp. z o. o.), aby zamknąć etap badania tajemnicy przedsiębiorstwa 28 listopada 2022 r. poinformował wykonawców, w tym aktualnego Odwołującego, że zakończył badanie tajemnicy w zakresie wyjaśnień i dokumentów. Analogicznie jak w tym Postępowaniu Zamawiający dokonał tego celem poinformowania wykonawców, że będą mogli uzyskać, o ile wykażą zainteresowanie, dokumenty częściowo odtajnione, co pozwoli im się ustosunkować chociażby poprzez skorzystanie ze środków ochrony prawnej do zakresu utajnień. Zamawiający, analogicznie jak w tym Postępowaniu, w piśmie wskazał, że moment udostępnienia dokumentów będzie zależny od upływu okresu na uprawomocnienie się decyzji o odtajnieniu, a nie od dnia wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący, który również złożył ofertę w postępowaniu, którego dotyczyła sprawa o sygn. akt KIO 3466/22, złożył

wniosek o przekazanie odtajnionych dokumentów przed wyborem oferty, tj. 6 grudnia 2022 r. i 9 grudnia 2022 r. je otrzymał.

Dowód 2: pisma otrzymane i przekazane do MGGP (zawiadomienie o zakończeniu czynności badania wyjaśnień pod kątem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wniosek od MGGP o udostępnienie korespondencji w toku postępowania numer 78/22/MZ/PZP/583/UW/IK/1).

Dowód 3: Print screen z platformy potwierdzający datę udostępnienia dokumentów w toku postępowania numer 78/22/MZ/PZP/583/UW/IK/1.

Niezrozumiałe jest zatem, że Odwołujący, zaznajomiony z trybem działania w innym postępowaniu wykonawczym, prowadzonym w podobnym okresie również przez Centralny Port Komunikacyjny sp. z o. o., składa wniosek o udostępnienie dokumentów przed wyborem oferty najkorzystniejszej i je otrzymuje, a w tożsamych (i zaistniałych później) okolicznościach twierdzi, że przed wyborem oferty nie mógł zapoznać się z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa

oraz że termin na wniesienie odwołania od czynności rozpoczął bieg dopiero z dniem przekazania informacji o wyborze.

Skoro Zamawiający działał w tożsamy sposób w obu przypadkach, Odwołujący dysponował wiedzą, kiedy mógł zwrócić się do Zamawiającego o udostępnienie dokumentów. Skoro tego nie uczynił, kwestionowanie prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na obecnym etapie należy uznać za spóźnione.

2.2 Uzasadnienie wniosku o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu w sytuacji, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła wniosku o odrzucenie odwołania w zakresie spóźnionego zarzutu, o którym mowa wyżej w ust. 2.1.

W ocenie Zamawiającego Przystępujący wykazał stosownie do wymagań wynikających z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, że przekazane w zakresie Wyjaśnień RNC informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący wykazał spełnienie wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), dalej jako: „UZNK”.

2.2.1 W pierwszej kolejności należy wskazać, iż odniesienie się w większym stopniu w zakresie środków zapewniających poufność informacji do lidera konsorcjum SYSTRA S.A. niż do partnera konsorcjum Biura Projektowo-Konsultingowe BPK Mosty Sp. z o.o. (dalej jako: „BPK”) nie może świadczyć o nieskuteczności zastrzeżenia tajemnicy. Wykonawcy biorący

udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia występują wspólnie - wspólnie złożyli ofertę. Obliczenie ceny oferty wymagało sporządzenia kalkulacji uwzględniającej udział obu Wykonawców, niemniej jak wynika z treści pisma to SYSTRA S.A. była zobowiązana do sporządzenia kalkulacji w sposób kompleksowy m. in. na podstawie danych przekazanych przez BPK.

Fakt, że to SYSTRA S.A. była odpowiedzialna za kalkulację kosztów oznacza, że pozyskane przez nią informacje odnoszące się do wyceny zakresu realizowanego przez BPK stały się jednocześnie informacjami wpływającymi na sposób kalkulacji oferty wspólnej. SYSTRA S.A. podejmując środki mające na celu zachowanie kompletu informacji w poufności, zrealizowała zatem wymaganie wynikające z art. 11 ust. 2 UZNK. Odrębnie zrealizował to wymaganie BPK w zakresie własnych informacji poprzez wdrożenie procedury poufności w zakresie danych obejmujących kalkulację cen ofert. W ocenie Zamawiającego obaj wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wskazali środki mające na celu zachowanie informacji w poufności, przy czym w tym konkretnym Postępowaniu podmiotem zbierającym te informacje, które jako komplet przedstawiają wartość gospodarczą jest SYSTRA S.A. Z tego powodu wykazanie zastosowanych środków ochrony w większej liczbie przez SYSTRA S.A., w porównaniu do środków zastosowanych przez BPK, nie powinno powodować uznania wymagań wskazanych w art. 11 ust. 2 UZNK za niespełnione.

2.2.2 Odnośnie do kwestii dotyczącej podwykonawców, którzy rzekomo już zostali w ofercie ujawnieni, Zamawiający zwraca uwagę, że formularz oferty złożony przez Przystępującego w Postępowaniu w ust. 8 wskazuje jedynie część podmiotów udostępniających zasoby wymienionych w ust. 7 oferty. Poza tym zakresem Przystępujący wskazał jednak obszerny zakres przedmiotowy, który zamierza powierzyć pozostałym podwykonawcom. Zgodnie ze złożonym oświadczeniem zakres podwykonawstwa, który w ofercie nie został przyporządkowany do wymienionych podmiotów udostępniających zasoby, dotyczy takich zagadnień jak: analiza zasilania, certyfikacja interoperacyjności, ocena znaczenia zmiany, geotechnika, kosztorysy inwestorskie, mapy i opracowania geodezyjne, wizualizacje, opracowania p.poż. i symulacje CFD, opinie nt. wartości nieruchomości, plany ochrony, symulacja sieci trakcyjnej – certyfikacja, technologia ruchu, dokumentacja projektowa dla podstawy trakcyjnych, hydrotechnika, analizy ruchowo-eksploatacyjne i model ruchu, badania materiałowe obiektów inżynierskich, doradztwo w zakresie projektowania na terenie szkół górniczych, drgań i wibracji, audyt bezpieczeństwa ruchu drogowego, projekt ruchowy sygnalizacji świetlnej wraz z mikrosymulacją ruchu pojazdów, opinie prawne, hydrologia i operaty wodnoprawne. Jest to więc obszerny, specjalistyczny przedmiotowy zakres, którego koszt realizacji ma wpływ na cenę złożonej oferty.

Zgodnie z art. 462 ust. 2 ustawy Pzp „Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani”. Błędne jest zatem stanowisko Odwołującego wskazujące, iż, skoro niektórzy podwykonawcy zostali w ofercie ujawnieni, to najwyraźniej złożone wyjaśnienia w tym zakresie zostały sporządzone na uniwersalnym szablonie i do sytuacji Przystępującego nie pasują. Fakt, że część podmiotów została wymieniona w ofercie nie wyklucza, że kalkulacja ceny oferty została dokonana z uwzględnieniem informacji przekazywanych przez podwykonawców, z którymi Przystępujący współpracuje w ramach innych kontraktów. Część podwykonawców nie musiała zostać wskazana, a zatem fragment uzasadnienia odnoszący się do ochrony informacji na temat samych podwykonawców pozostaje adekwatny do sytuacji. Sam Odwołujący na stronie 9 odwołania (ust. 38.) przytacza fragment pisma, z którego wynika, że Przystępujący zamierza zaangażować do realizacji zamówienia co najmniej 19 podwykonawców, a zatem nie wszyscy podwykonawcy zostali wymienieni w złożonej ofercie.

Niesłuszny wobec powyższego jest pogląd wskazujący, że skoro niektórzy podwykonawcy zostali ujawnieni w ofercie, to zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa z odwołaniem się do informacji na temat samych podwykonawców ma charakter szablonowy, a w konsekwencji powołanie się przez Przystępującego na budowanie z podwykonawcami zaufania, wieloletnią współpracę itd. powinno zostać ocenione jako bezprzedmiotowe lub niewiarygodne. Tym bardziej, że część dowodów odnoszących się do wycen podwykonawczych (pliki Tajemnica przeds. – Zał. 8 – Podwykonawca 2, 4, 5) dotyczy podmiotów, którzy w ofercie nie zostali wymienieni.

Zamawiający zwraca uwagę, że uzasadnienie Przystępującego co do powinności utrzymania warunków cenowych w

poufności znajduje odzwierciedlenie w treści utajnionych załączników (ofert podwykonawczych), a zatem uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy pozostaje spójne z treścią złożonych dowodów.

2.2.3 Co dotyczy kwestii kalkulacji cenowej sporządzonej na potrzeby zamówienia wykonawczego, w ocenie Zamawiającego, jej ujawnienie mogłoby naruszyć politykę cenową wykonawców. Zamawiający nie widzi podstaw do przypisania gołosłowności temu twierdzeniu. W ocenie Zamawiającego ujawnienie polityki cenowej, na którą mogą składać się szczegółowe sposoby i metody obliczenia ceny, mogłoby przysporzyć korzyści konkurencyjnym wykonawcom, którzy mogliby powielić metody stosowane przez Przystępującego. O powyższym Odwołujący wspomina na stronie 11 odwołania „informacje te

w detalach określają nie tylko ceny jako takie, ale również sam sposób (metodę) dojścia do określonej ceny”.

Należy zauważyć, że podobne odwołanie Odwołującego (MGGP S.A.) zbudowane na tej samej argumentacji (zarzut nieprawidłowej oceny przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad zastrzeżenia kalkulacji ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa) zostało oddalone w sprawie o sygn. KIO 675/22. MGGP S.A. argumentowała wówczas, iż wejście w posiadanie informacji w zakresie m. in. kalkulacji ceny ofertowej, w tym wysokość stawek wynagrodzenia pracowników, nie wyrze wpływu na przewagę konkurencyjną wykonawcy. Krajowa Izba Odwoławcza w tej sprawie nie zgodziła się z odwołującym i uznała, że: „wyjaśnienia złożone przez wykonawcę DTŚ zasługują na ochronę. Informacje odnośnie sposobu budowania ceny, oparte przede wszystkim na kosztach osobowych, mogą, z uwagi na niematerialny charakter przedmiotu zamówienia, stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca DTŚ wskazał ponadto na fakt, że dostęp do treści informacji objętych tajemnicą posiada wąskie grono osób zobowiązanych do poufności na podstawie stosownych umów. Dodatkowo, sposób przechowywania dokumentów objętych tajemnicą został uregulowany Zarządzeniem Prezesa "Drogowej Trasy Średnicowej" S.A. w Katowicach z dnia 3 lutego 2016 r. w sprawie wprowadzenia Zasad postępowania z informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa "Drogowa Trasa Średnicowa" S.A. w Katowicach w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których uczestniczy "Drogowa Trasa Średnicowa S.A. w Katowicach. Treść ww. Zarządzenia została dołączona do wyjaśnień złożonych przez DTŚ. Izba stwierdziła ponadto, że uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień złożone przez DTŚ, choć istotnie podobne do treści uzasadnienia sformułowanego przez Konsorcjum INKO, nie jest pozbawione indywidualnego charakteru, a co za tym idzie, okoliczność ta sama w sobie nie może stanowić podstawy do uznania zastrzeżenia za nieskuteczne. (...) Izba przychyliła się do stanowiska wykonawcy ECM, że ujawnienie metodyki kalkulacji ceny w tym konkretnym przypadku narażałoby wykonawcę do ujawnienia przyjętych założeń kalkulacyjnych innym konkurencyjnym wykonawcom, a to mogłoby odnieść skutek w postaci pogorszenia pozycji tego wykonawcy przy ubieganiu się o kolejne zamówienia. Wykonawca ECM wykazał ponadto, że zastrzeżone informacje nie są powszechnie znane lub łatwo dostępne. W tym celu ECM podjął szczególne środki i procedury zabezpieczające informacje przed ich ujawnieniem, jednak ich wskazanie w treści przedmiotowego uzasadnienia nie jest możliwe z uwagi na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa”.

W ocenie Zamawiającego, skoro Przystępujący analogicznie jak w ww. sprawie KIO 675/22 odwołał się do tego, że: naraziłby się na ujawnienie przyjętych założeń kalkulacyjnych innym konkurencyjnym wykonawcom; dostęp do treści informacji

objętych tajemnicą jest wewnątrz spółki ograniczony; uregulował ochronę przechowywania dokumentów polityką bezpieczeństwa i w podobnym stanie faktycznym sprawy KIO 675/22 podobne okoliczności zostały przez Izbę uwzględnione, Przystępujący skutecznie wykazał, że informacje zawarte w kalkulacji mają wartość gospodarczą.

2.2.4 Odnosząc się do tezy, że w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej Zamawiający nie uznał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, a w postępowaniu wykonawczym ocenił prawidłowość zastrzeżenia należy wskazać, iż:

- 1) Zamawiający kwestionował w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej wymienione dokumenty co do danych personelu zawartych w zobowiązaniach podmiotu trzeciego i wykazie osób, natomiast w postępowaniu wykonawczym zakres informacji podlegających zastrzeżeniu dotyczy dowodów mających na celu wykazanie realności ceny złożonej oferty, a więc kompletnie innych okoliczności niż w postępowaniu ramowym,
- 2) zakres załączników objętych tajemnicą przedsiębiorstwa był inny w postępowaniu ramowym, a inny jest w aktualnie prowadzonym Postępowaniu wykonawczym.

Powyższe wskazuje, że teza o powinności analogicznej oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest nietrafna. O ile sposób zastosowania tych dokumentów został oceniony przez Zamawiającego w postępowaniu ramowym za nieadekwatny co do danych o osobach skierowanych do realizacji lub podmiotach udostępniających zasoby, o tyle w przypadku czynników cenotwórczych wskazane przez Przystępującego sposoby ochrony poufności Zamawiający ocenił jako prawidłowe i skuteczne. W ocenie Zamawiającego dane przedstawione w utajnionych załącznikach oraz m. in. informacja o ograniczonym dostępie do stawek personelu są adekwatne do zakresu przedmiotowego utajnionych informacji. Dlatego też ocena zastrzeżenia tajemnicy w postępowaniu ramowym i postępowaniu wykonawczym była odmienna.

Należy podkreślić, iż Odwołujący, wobec objęcia tajemnicą dowodów, nie ma szczegółowej wiedzy o ich treści, w konsekwencji bazuje wyłącznie na ogólnych przypuszczeniach i na ich podstawie formułuje zarzuty odwołania.

2. 2.5 Odnosząc się w sposób kompleksowy do treści zastrzeżenia tajemnicy w odniesieniu do wymagań wyrażonych w art. 11 ust. 2 UZNK należy stwierdzić, że tajemnicą przedsiębiorstwa są informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykłe

zajmującym się tym rodzajem

informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W wyroku z 5 maja 2021 r. (sygn. KIO 696/21) Izba uznając, że Zamawiający niezasadnie podjął decyzję o ujawnieniu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa stwierdziła, że „odwołujący szeroko opisał jakie środki zostały podjęte przez konsorcjantów w celu zachowania informacji w poufności, m.in.: odwołał się do podpisanych umów o poufności oraz treści zawartych w nich klauzul, jednocześnie załączył jako dowód przykładową umowę, powołał się na politykę prywatności oraz na obowiązek jej przestrzegania, odwołał się także do stosowanych przez niego rozwiązań informatycznych w tym zakresie”.

Szereg załączonych przez Przystępującego dowodów zawiera zarówno dane uzasadniające kalkulację ceny i jednocześnie ich fragmenty wskazujące na środki mające na celu zachowanie informacji w poufności. W bieżącym Postępowaniu Przystępujący wykazał wszystkie przesłanki wymienione w art. 11 ust. 2 UZNK w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy oraz załączył dowody, z których m. in. wynika: 1) obowiązek zastrzeżenia informacji jako poufnych i zawierających tajemnice handlowe, 2) obowiązek przestrzegania tajemnicy służbowej, 3) zasady polityki bezpieczeństwa. Środki te we wspomnianym wcześniej wyroku KIO 675/22 Krajowa Izba Odwoławcza uznała za środki mające na celu utrzymanie informacji w poufności.

Zastosowanie powyższych rozwiązań, w ocenie Zamawiającego, również ma charakter działań mających na celu utrzymanie informacji w poufności i pozostaje adekwatne do treści podlegających ochronie, tj. sposobu obliczenia ceny i czynników cenotwórczych. Skoro jako dowody zostały załączone środki mające na celu zapobieżenie ujawnieniu informacji Zamawiający uznał, iż warunek „o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności” należy uznać za spełniony.

W ocenie Zamawiającego Przystępujący sprostował również wymaganiom co do wykazania gospodarczej wartości posiadanych informacji oraz tego, że informacje nie są powszechnie dostępne.

Przystępujący wymienił w uzasadnieniu zastrzeżenia, że detale informacji o wycenie (ceny oraz metody kalkulacji) mają szczególne znaczenie, gdyż decydują o przewadze konkurencyjnej wykonawcy, a ich ujawnienie mogłoby podważyć wypracowane przez lata zaufanie pomiędzy Wykonawcą i podwykonawcami i doprowadzić do wzrostu cen

oferowanych przez nich usług. Skoro podwykonawcy zastrzegają poufność cen ofert wobec Przystępującego, zapoznanie się z tymi cenami przez konkurencję mogłoby spowodować, że podwykonawca rozpocząłby współpracę z innymi podmiotami. Obawa Przystępującego o wzrost cen w takim przypadku jest w ocenie Zamawiającego uzasadniona, gdyż większe zainteresowanie podwykonawcą mogłoby spowodować, iż zaprzestałby on współpracy z Przystępującym lub oferował tożsamy zakres usług za ceny wyższe niż aktualnie uzgodnione. Tym samym Zamawiający uznał, że szczegółowe warunki cenowe podwykonawców mają wartość gospodarczą.

Co do informacji zawartych w załącznikach, w szczególności w załączniku o nazwie „Kalkulacja SYSTRA SA” Zamawiający na podstawie uzasadnienia uznał za wiarygodne stanowisko Przystępującego, że informacje tam zawarte stanowią odzwierciedlenie przyjętych u Przystępującego rozwiązań dotyczących wyceny i sposobu spełnienia świadczenia, gdyż zawierają m.in. informacje na temat zakładanej pracochłonności określonych czynności, co samo w sobie wskazuje na sposób wykonania zamówienia. W konsekwencji wiarygodne jest twierdzenie, że konkurujący wykonawcy mogą odczytać strategię przyjętą w kalkulacji i sposób wykonania zamówienia, który ma wpływ na cenę, w związku z czym zdobyta przewaga konkurencyjna Przystępującego może ulec zmniejszeniu, a nawet zostanie utracona. W ocenie Zamawiającego przedstawione przez Przystępującego okoliczności są wiarygodne, ponieważ w przypadku powielenia metody kalkulacji konkurujący wykonawcy rzeczywiście mogliby osiągnąć korzyści gospodarcze, obliczając cenę z zastosowaniem metod pozwalających na osiągnięcie oszczędności, co potwierdza przytoczone powyżej orzecznictwo.

W ocenie Zamawiającego powyższe argumenty pozwalają na uznanie, że informacje dotyczące sposobu obliczenia ceny zawarte w Wyjaśnieniach RNC mają wartość gospodarczą.

Odnosząc się zaś do utrzymywania informacji w poufności Przystępujący oświadczył, że: 1) informacje o kalkulacji i warunkach cenowych podwykonawców nigdy nie zostały podane do wiadomości publicznej, 2) nie były nigdzie ujawniane i nie można ich zaczerpnąć ani wywnioskować z powszechnie dostępnych źródeł.

Zamawiający nie dysponuje informacjami pozwalającymi na uznanie, że warunki cenowe podwykonawców czy sposób obliczenia ceny stosowany przez Przystępującego są powszechnie znane lub łatwo dostępne dla osób zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji. Odwołujący nie wykazał powyższych okoliczności. W ocenie Zamawiającego powiązanie powyższych twierdzeń Przystępującego z wymienionymi środkami mającymi na

celu zachowanie informacji w poufności pozwala na uznanie, iż Przystępujący wykazał, że „informacje posiadające wartość gospodarczą (...) nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób”.

W związku z przedstawionymi powyżej okolicznościami w ocenie Zamawiającego spełnione zostały wszystkie przesłanki zastrzeżenia tajemnicy wymienione w art. 11 ust. 2 UZNK. W konsekwencji wykazania, że ww. informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spełnione zostały również wymagania wynikające z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, w związku z czym zarzut odwołania nie potwierdził się i podlega oddaleniu. Ad. zarzutu nr 3, tj. zarzutu odrzucenia oferty złożonej

przez Konsorcjum Systra jako oferty zawierającej rażąco niską cenę i koszt

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazuje, że zarzut odwołania został sformułowany w sposób nieprawidłowy, ponieważ Zamawiający nie odrzucił oferty Przystępującego. Odwołujący powinien zatem odwołać się od zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, a nie od odrzucenia oferty Przystępującego, które nie nastąpiło. Już chociażby z tej przyczyny odwołanie w zakresie ww. zarzutu powinno zostać oddalone.

Co do kwestii merytorycznej zawartej w wyjaśnieniach – Zamawiający ze względów formalnych nie może podjąć pełnej polemiki z argumentacją Odwołującego, tj. nie może wypowiedzieć się ani powołać na informacje znajdujące się w zastrzeżonej części wyjaśnień. Również argumenty Odwołującego dotyczą jedynie informacji zawartych w części jawnej, która z oczywistych względów nie zawiera danych kluczowych dla oceny tych wyjaśnień.

Do powyższego zagadnienia Zamawiający może więc odnieść się jedynie ogólnie.

Co do zarzutu braku należytego udowodnienia realności zaoferowanej ceny i kosztów – zdaniem Zamawiającego takie stanowisko Odwołującego jest bardzo subiektywne. W ocenie Zamawiającego dostarczone dowody są wystarczające, ponieważ Przystępujący dostarczył przykładowe umowy o pracę, oferty podwykonawców, jak i przedstawił kalkulacje własne.

Zdaniem Zamawiającego ten zarzut odwołania wynika z braku znajomości dokumentów przekazanych przez Przystępującego, które są objęte tajemnicą i nie zostały przekazane Odwołującemu.

Co do zarzutu nienależytego wykazania kosztów osobowych Zamawiający wskazuje, że Przystępujący w Wyjaśnieniach RNC (zał. nr 6) wskazał przykładowe umowy o pracę dla

różnego typu pracowników, wskazując m.in. takie stanowiska jak: Kierownik Projektu; Asystent Projektanta; Projektant ds. Elektroenergetycznych; Projektant ds. sieci sanitarnych; Inżynier konstrukcji mostowych; Asystent Projektanta konstrukcji mostowych, czy zlecenie na wykonywanie czynności „związanych z przygotowaniem oraz składaniem dokumentacji projektowej”.

We wszystkich tych przykładowych umowach o pracę wynagrodzenie było znacznie powyżej płacy minimalnej, wobec czego Zamawiający nie widzi podstaw do poważenia przedstawionych dowodów. Jednocześnie przykładowe umowy reprezentują przekrój wszystkich stanowisk niezbędnych do realizacji zadań tj. zarządzania projektem, projektantów, asystentów projektantów oraz personelu administracji.

Należy również podkreślić, że usługi objęte przedmiotem niniejszego zamówienia są w głównej mierze usługami o charakterze intelektualnym, zatem poziom wynagrodzenia osób, które będą je wykonywać, zależy od własnej wyceny przez owe osoby wartości świadczonej pracy. Tym samym, dopóki wartość ta nie jest sprzeczna z przepisami powszechnie obowiązującymi, Zamawiający nie ma podstaw, by negować fakt, że dana osoba podjęła zatrudnienie za stawkę o wartości np. 40, 60, 80, 100, 120 itd. zł za godzinę pracy.

Natomiast, jak jest szacowane w ramach niniejszego postępowania, koszty osobowe to ok. 60%, a według Odwołującego nawet ponad 70% kosztów realizacji zamówienia. Tym samym wycena pracy osób ma istotny wpływ na podwyższenie lub obniżenie ceny całej oferty.

Zatem w ocenie Zamawiającego nie ma podstaw do nieuznania przedstawionych dowodów. Jednocześnie koszty osobowe dodatkowo zostały rozpisane w załączniku nr 7, które są objęte tajemnicą i nie zostały przekazane Odwołującemu.

Co do zarzutu nienależytego wykazania kosztów podwykonawców – Zamawiający zwraca uwagę, że część personelu kluczowego niezbędnego do realizacji prac była weryfikowana na etapie podpisania umowy ramowej, jako niezbędna do realizacji prac. Wykonawca jednocześnie oświadczył, że dysponuje niezbędnym personelem do realizacji zadania objętego zamówieniem.

Jednocześnie w niektórych ofertach wskazanych jako dowód, pojawia się także stwierdzenie o „zapewnieniu odpowiedniego personelu”. Dodatkowo oferty wskazane w załączniku nr 8 są objęte tajemnicą i nie zostały przekazane Odwołującemu. Na ich podstawie Zamawiający założył, że koszty osobowe stanowią około 60% kosztów realizacji zadania, co jest wartością zbliżoną do proporcji wskazanych przez Odwołującego, który stwierdził w punkcie 80

odwołania, iż w jego ocenie udział kosztów osobowych w realizacji zamówienia wynosi co najmniej 70% wszystkich kosztów.

Należy też wskazać, że nie wszystkie pozycje wskazane przez Odwołującego wymagają realizacji poprzez ich zlecenie podwykonawcom, lecz powinien móc je wykonać własnym personelem profesjonalny podmiot zajmujący się projektowaniem, np.: branża drogowa, branża SRK, architektura, branża konstrukcyjna, branża telekomunikacyjna, opinie prawne. Niektóre inne pozycje, według Zamawiającego, mogą być zbędne na etapie projektowania, np. doradztwo w zakresie projektowania na terenie szkód górniczych, drgań i wibracji.

Dodatkowo Przystępujący koszty rozpiął w załączniku nr 7 do Wyjaśnień RNC, który jest objęty tajemnicą i nie został przekazany Odwołującemu, a który obejmował pozostały zakres wskazany przed Odwołującego tj.: kosztorysy inwestorskie, wizualizacje, część

technologiczno-utrzymaniowa, ocena deklaracji zgodności składnika interoperacyjności sieci jezdnej, hydrologia i hydrotechnika, analiza zasilania, certyfikacja, podstawy trakcyjne, inne (ppoż, plany ochrony, raport w sprawie oceny bezpieczeństwa, audyt bezpieczeństwa ruchu drogowego, projekt ruchowy sygnalizacji świetlnej wraz z mikrosymulacją ruchu pojazdów, dodatkowe opinie prawne, analiza propagacji fal radiowych, rzeczoznawcy itp.).

Zatem Zamawiający nie widzi podstaw od podważenia wyjaśnień Przystępującego.

Co do zarzutu braku wykazania i udowodnienia kosztów specjalistycznego oprogramowania] – Odwołujący wskazał jako profesjonalne oprogramowanie: Autocad, Civil3d, Open Rail, OpenRoads Designer. Koszty specjalistycznego oprogramowania mogą być liczone jako stały koszt administracyjny firmy lub w cenie oferty podwykonawczej.

Co do zarzutu braku udowodnienia innych kosztów – Przystępujący koszty rozpiął również w załączniku nr 8, który jest objęty tajemnicą i nie został przekazany Odwołującemu, a który obejmował pozostały zakres wskazany przed Odwołującego tj.: Kalkulacja własna 1 – kosztorysy, Kalkulacja własna 2 – wizualizacja 3D,

Kalkulacja własna 3 – technologia wykonania ruchu kolejowego,

Kalkulacja własna 4a – ocena deklaracji zgodności,

Kalkulacja własna 4b – 10% obniżenie oferty,

Kalkulacja własna 5a – hydrologia i hydrotechnika,

Kalkulacja własna 5b – na podstawie oferty – analizy hydrologiczne,

Kalkulacja własna 6 – analiza zasilania,

Kalkulacja własna 7 – certyfikacja,

Kalkulacja własna 8 – ocena znaczenia zmiany,

Kalkulacja własna 9 – prace projektowe w zakresie podstawy trakcyjnej.

Kalkulacje własne w większości są poparte ofertami.

Zamawiający nie ma argumentów, żeby odrzucić przyjętą metodologię wyceny i wykonania kalkulacji własnych.

Co do zarzutu rażąco niskiego kosztu opracowanie dokumentacji geodezyjnej – Zamawiający otrzymał jako dowód ofertę podwykonawcy, której nie jest w stanie podważyć. Dodatkowo wskazane stawki, w zależności od rodzaju mapy, pokrywają się z wiedzą Zamawiającego, gdzie na innym kontrakcie realizowanym przez CPK inny wykonawca również składa oferty na podobnym poziomie. Zatem brak jest podstaw do uznania tej kwoty jako nierynkowej.

Odwołujący nie może wiedzieć o przyjętych stawkach, jako że zostało to objęte tajemnicą.

Co do zarzutu dotyczącego kosztów pracowniczych – Zamawiający stoi na stanowisku, że jeśli wskazane koszty są nie mniejsze niż stawka wynagrodzenia minimalnego, nie jest w stanie podważyć wskazanych kosztów pracowniczych. Wysokość wynagrodzenia jest elementem negocjacji biznesowych, często objętych tajemnicą już w umowach o pracę, zatem wysokość wynagrodzenia pracowników zależy w dużym stopniu od zdolności negocjacyjnych poszczególnych wykonawców. Zamawiający nie widzi podstaw do podważenia przedstawionych wyliczeń.

4. Ad. zarzutu nr 4 dotyczącego zaniechania wykluczenia Przystępującego z ubiegania się o zamówienie oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy z powodu wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazuje, że zarzut jest spóźniony, w związku z tym odwołanie w tym zakresie powinno podlegać odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 w zw. z art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący, jako uczestnik postępowania o zawarcie umowy ramowej, powinien kwestionować okoliczności dotyczące wykluczenia konkurencyjnych wykonawców na etapie postępowania o zawarcie umowy ramowej, ponieważ to w zakończonym już postępowaniu Zamawiający żądał złożenia JEDZ oraz innych dokumentów i oświadczeń potwierdzających brak podstaw wykluczenia. Treść oświadczenia, które wszyscy wykonawcy składali w ust. 15

formularza oferty, w istocie odnosi się do podstaw wykluczenia, które są analogiczne jak wskazane w specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej.

15. W nawiązaniu do informacji w złożonych na etapie Postępowania o zawarcie Umowy Ramowej (postępowanie nr 33/21/MO/PZP/273) w zakresie braku podstaw wykluczenia określonych w SWZ-R, oświadczamy, że obecnie⁷:

- 13 nie podlegamy wykluczeniu z uwagi na przesłanki wykluczenia określone w Rozdziale V ust. 4 SWZ-W.

- ☐ w związku z wystąpieniem następujących przesłanek wykluczenia określonych w Rozdziale V ust. 4 SWZ-W:

.....

(należy wskazać właściwe przesłanki wykluczenia)

Zarówno w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej, jak i w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawczego Zamawiający przewidział przesłankę wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp. Odwołujący formułuje zarzut zaniechania wykluczenia w odniesieniu do okoliczności, które miały miejsce przed wszczęciem postępowania o zawarcie umowy ramowej, o których mógł powziąć wiedzę na odpowiednio wcześniejszym etapie, gdyż przywołania przez Odwołującego ugoda została zawarta przed złożeniem przedmiotowego oświadczenia w ramach postępowania o zawarcie umowy ramowej.

Z tego powodu wszelkie zastrzeżenia co do okoliczności wskazujących na powinność wykluczenia Przystępującego lub innych wykonawców Odwołujący powinien podnieść w terminie 10 dni od dnia uzyskania informacji o wykonawcach, z którymi Zamawiający zawarze umowę ramową. Odwołujący mógłby kwestionować zaniechanie wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia jedynie wówczas, gdyby po zawarciu umowy ramowej nastąpiły nowe okoliczności związane z wprowadzeniem Zamawiającego w błąd. Takich okoliczności Odwołujący nie przedstawia, cała argumentacja odnosząca się do wprowadzenia Zamawiającego w błąd dotyczy wyłącznie zdarzeń opisanych w ugodzie w lipcu 2021 roku – przed wszczęciem postępowania o zawarcie umowy ramowej. Skoro ogłoszenie o zamówieniu w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej zostało opublikowane 5 października 2021 r., a ugoda pomiędzy Prokuratorem ds. Finansowych przy Trybunale

Sprawiedliwości w Paryżu oraz SYSTRA S.A. została zawarta 12 lipca 2021 r. (przed wszczęciem tego postępowania), zarzut odwołania należy uznać za spóźniony.

Dodatkowo w niniejszym postępowaniu Przystępujący jedynie potwierdzał aktualność wcześniejszego oświadczenia, tj., że nic się w stosunku do tamtego oświadczenia nie

zmieniło i nie zaszły nowe okoliczności powodujące wykluczenie. I jest to zgodne z prawdą, tj. nic się w tym, kwestionowanym, zakresie nie zmieniło i nie zaszły żadne nowe okoliczności.

Niezależnie od powyższego, odnosząc się merytorycznie do przedstawionego zarzutu, Zamawiający wskazuje, iż nie zostały spełnione żadne przesłanki, które powinny skutkować wykluczeniem Przystępującego, gdyż ani z uzasadnienia ani z przedstawionych dowodów nie wynika, aby wprowadził on Zamawiającego w błąd.

W zakresie odnoszącym się do potraktowania ugody sądowej jako wyroku skazującego nie sposób przypisać Odwołującemu słuszności. Twierdzi on, że „o ile wyrok sądowy sensu stricto, tj. orzeczenie wydane przez sąd w wyniku procesu, w tej sprawie nie zapadł, to ww. akt stosowania prawa pn. ugoda sądowa w interesie publicznym z 12.07.2021 r. jest aktem zastosowania francuskiego prawa karnego i postępowania karnego, w efekcie którego doszło do zakwalifikowania działań Systra SA na gruncie francuskiego kodeksu karnego jako przestępstwa korupcyjnego”.

Odwołujący błędnie przyjmuje, iż akt zastosowania francuskiego prawa karnego mógłby mieć jakiekolwiek odzwierciedlenie w odniesieniu do ewentualnej przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 lub 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji świadczyć o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd. Zamawiający podkreśla, że już z treści samej ugody (ust. 29) wyraźnie wynika, że nie można utożsamiać jej z wyrokiem skazującym:

29. Przypomina się, że zgodnie z postanowieniami art. 41-1-2 Kodeksu postępowania karnego, nakaz walidacji tej ugody prawnej w interesie publicznym nie ma charakteru wyroku skazującego i nie ma skutków wyroku skazującego.

W konsekwencji powyższego udzielona przez Przystępującego w JEDZ odpowiedź „NIE” na pytanie, „czy w stosunku do samego wykonawcy bądź jakiejkolwiek osoby będącej członkiem organów administracyjnych, zarządzających lub nadzorczych wykonawcy, lub posiadającej w przedsiębiorstwie wykonawcy uprawnienia do reprezentowania, uprawnienia decyzyjne lub kontrolne, wydany został prawomocny wyrok za korupcję, orzeczeniem sprzed najwyższej pięciu lat lub w którym okres wykluczenia określony bezpośrednio w wyroku nadal obowiązuje” jest odpowiedzią odpowiadającą prawdzie, bowiem wobec Systra S.A. nie został wydany wyrok za korupcję. Niewątpliwie zatem Przystępujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie podnoszonym w odwołaniu co do wydania prawomocnego wyroku skazującego.

Powyższe odpowiada także zakresowi wykluczenia opisanemu w art. 108 i 109 w zw. z art. 111 ustawy Pzp, gdyż w stosunku do spółki Systra nie stwierdzono, w okresie obowiązkowego wykluczenia zaistnienia okoliczności, które mogłyby takim wykluczeniem skutkować.

Na marginesie, odnosząc się do polskiego porządku prawnego należy wskazać, że ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks Postępowania Karnego (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1375 z późn. zmianami), dalej jako: „PKP”, w art. 341 przewiduje możliwość warunkowego umorzenia postępowania, które, podobnie jak ugoda sądowa w prawie francuskim, nie jest utożsamiane z wydaniem wyroku skazującego. Zgodnie z art. 342 § 1 KPK w wyroku warunkowo umarzającym postępowanie należy dokładnie określić czyn przypisany oskarżonemu, jego kwalifikację prawną oraz oznaczyć okres próby. Zgodnie z art. 66 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1138 z późn. zm.) „sąd może warunkowo umorzyć postępowanie karne, jeżeli wina i społeczna szkodliwość czynu nie są znaczne, okoliczności jego popełnienia nie budzą wątpliwości, a postawa sprawcy niekaranego za przestępstwo umyślne, jego właściwości i warunki osobiste oraz dotychczasowy sposób życia uzasadniają przypuszczenie, że pomimo umorzenia postępowania będzie przestrzegał porządku prawnego, w szczególności nie popełni przestępstwa”.

Analogicznie zatem jak w przypadku przytoczonej w odwołaniu ugody sądowej, przy warunkowym umorzeniu

postępowania dochodzi do uznania przez sąd, że czyn zabroniony pod groźbą kary został popełniony. Niemniej w odniesieniu do przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 lub 2 ustawy Pzp, wykluczenie następuje w przypadku prawomocnego skazania za przestępstwo. Skoro więc nie nastąpiło prawomocne skazanie za przestępstwo, nie sposób przyjąć, że spełniona została przesłanka wykluczenia związana z karalnością członków organów Przystępującego. Powyższą tezę potwierdza utrwalone orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która m. in. w wyroku z 27 sierpnia 2018 r. (sygn. KIO 1564/18) wskazała, iż nawet stwierdzone przez sąd karny popełnienie czynu, nie jest równoznaczne ze skazaniem za przestępstwo (np. w przypadku warunkowego umorzenia postępowania).

Uzupełniając do powyższego należy wskazać, że przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą być interpretowane rozszerzająco:

- „nie budzi wątpliwości fakt, że przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania muszą być interpretowane ściśle,”

- „odnosząc powyższe do treści art. 24 ust. 2a ustawy Pzp stwierdzić należy, że skoro wykluczenie wykonawcy jest decyzją eliminacyjną, to przesłanki wykluczenia muszą być

ściśle interpretowane”.

W konsekwencji Zamawiający nie mógł rozszerzająco przyjąć, iż skoro w treści ugody wskazano na popełnienie czynu zabronionego, należy wykluczyć Przystępującego z powodu prawomocnego skazania za przestępstwo. Dodatkowo należy wskazać, że w polskim prawie karnym skazanym może być wyłącznie osoba fizyczna, nie jest możliwe skazanie spółki jako podmiotu. Odwołujący nie przedstawił, w odniesieniu do której z osób wymienionych w art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (aktualnego Członka Zarządu, Rady Nadzorczej, Prokurenta) odnosi się zawarta ugoda/zachodzi konieczność uznania popełnienia przestępstwa przez tę osobę. Natomiast z ust. 19 ugody wynika, że – zgodnie z ustaleniami prokuratora – „żaden obecny przedstawiciel prawny SYSTRA SA nie pełnił funkcji w momencie zawierania przedmiotowych umów.”

Należy zatem stwierdzić, iż Przystępujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie informacji dotyczących wydania prawomocnego wyroku skazującego osobę wymienioną w art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp za co najmniej jedno z przestępstw, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W zakresie dotyczącym zawarcia porozumienia mającego na celu ograniczenie konkurencji (przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) czy zawinionego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych (przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) Zamawiający wskazuje, że okoliczności ujawnione w treści ugody również nie świadczą o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd. Niezależnie od tego, jakie okoliczności w ubieganiu się o udzielenie zamówień w Uzbekistanie czy Azerbejdżanie miały miejsce należy wskazać, iż według ustaleń prokuratora:

1) kiedy zarząd dowiedział się od nowego dyrektora regionalnego w 2015 roku o podejrzanych faktach w Uzbekistanie, ukrywanych przez lokalną kadrę zarządzającą posiadającą delegowane uprawnienia, zażądał natychmiastowego rozwiązania wątpliwych umów i przeprowadzenia pełnego audytu płatności w tym regionie, aby sprawdzić, czy nie ma innych podejrzanych transakcji (ujawnione okoliczności dotyczące kontraktów w Uzbekistanie);

2) ustalono, że czyny popełnione w firmie z naruszeniem wprowadzonego w 2011 roku systemu compliance były ukrywane przed nowym zarządem przez lokalną kadrę kierowniczą.

Gdy w 2014 roku zwrócono na nie uwagę, Zarząd bardzo szybko podjął działania naprawcze, w tym zmienił lokalną kadrę zarządzającą oraz wzmocnił procedury kontroli księgowej i zapewnienia zgodności, aby zapobiec powtórzeniu się takich zdarzeń (ujawnione okoliczności dotyczące kontraktów w Azerbejdżanie).

W ocenie Zamawiającego nawet przy założeniu, że ujawnione informacje stanowiłyby okoliczności uzasadniające wykluczenie na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp lub art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Przystępujący udzielając w JEDZ odpowiedzi „NIE” na pytania: - Czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji,

- Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego,

nie wprowadził Zamawiającego w błąd z uwagi na treść art. 111 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9

wykluczenie następuje na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Skoro wskazane w ugodzie zdarzenia stanowią (jak to ujęto w ust. 24 ugody sądowej) „dawny charakter stanu faktycznego”, okres 3 lat od wystąpienia zdarzenia w ocenie Zamawiającego upłynął. Zdaniem Zamawiającego, zważywszy na treść art. 111 pkt 4 ustawy Pzp, należy przyjąć, że skoro:

- SYSTRA S.A. podjęła w 2015 roku czynności takie jak zażądanie natychmiastowego rozwiązania wątpliwych umów i przeprowadzenia pełnego audytu płatności w tym regionie, 5 - w 2014 roku zarząd bardzo szybko podjął działania naprawcze, w tym zmienił lokalną kadrę zarządzającą oraz wzmocnił procedury kontroli księgowej i

zapewnienia zgodności, aby zapobiec powtórzeniu się takich zdarzeń,⁶

- doniesienie japońskich organów sądowych nastąpiło 11 sierpnia 2015 r.,
- wszczęcie francuskiego śledztwa nastąpiło w 2017 roku,
- ostatnia pojawiająca się data związana z opisanymi w ugodzie wydarzeniami to 2017 r. (ust. 18 ugody – realizacja umowy w latach 2009 -2017)

to okoliczności, które mogłyby wskazywać na zawarcie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji lub poważnego naruszenia obowiązków zawodowych ustały z końcem 2015 roku, a najpóźniej w 2017 roku.

Skoro ogłoszenie o zamówieniu na zawarcie umowy ramowej zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 5 października 2021 r., a postępowanie o udzielenie

zamówienia wykonawczego zostało wszczęte w terminie jeszcze późniejszym, należy wskazać, iż okres 3 lat od wystąpienia zdarzenia, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp lub art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, upłynął. Udzielone w JEDZ odpowiedzi „NIE” na ww. pytania są więc zgodne z prawdą, w związku z czym nie nastąpiło wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Nawet jeżeliby przyjąć, iż zdarzenie (porozumienie lub naruszenie obowiązków) miało charakter ciągły, to niewątpliwie zakończyło się z dniem, w którym Przystępujący podjął czynności naprawcze. Zgodnie z poglądami wyrażonymi w piśmiennictwie „trudność w ocenie, czy upłynął 3 letni okres, po którym nie będzie już można wykluczyć wykonawcy z postępowania, będzie polegała na określeniu momentu początkowego wystąpienia okoliczności, o których mowa w tym przepisie. Jeśli jednak np. niedozwolone porozumienie lub naruszanie obowiązków zawodowych trwało przez określony okres, brak jest jednego konkretnego momentu zdarzenia. W takiej sytuacji zasadne wydaje się przyjęcie, że chodzi o zakończenie okresu, kiedy występowała przesłanka wykluczenia. Wówczas okres 3-letni będzie liczony od momentu, kiedy ustało niedozwolone porozumienie lub zaprzestano naruszania obowiązków zawodowych.”

Zgodnie z najnowszym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej z art. 111 pkt 4 ustawy Pzp wynika, że termin, w jakim zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który dopuścił się zmowy przetargowej, biegnie od zdarzenia, a nie od prawomocnej decyzji uprawnionego organu, który stwierdził zaistnienie tej zmowy.⁸ Dzień zawarcia ugody pozostaje więc bez znaczenia w odniesieniu do ustalenia momentu, od którego należy liczyć trzyletni okres wykluczenia z postępowania.

Podobnie w wyroku z dnia 12 marca 2021 r. (sygn. akt. KIO 573/21) Izba uznała, że: „wobec tego oczywiście bezzasadna jest interpretacja zaprezentowana w odpowiedzi na odwołanie, gdyż de facto wynika z niej, że zdarzeniem, którego zaistnienie jest podstawą wykluczenia jest nie fakt zawarcia przez wykonawców porozumienia nakierowanego na zakłócenie konkurencji, a stwierdzenie przez kompetentny w tym zakresie organ państwowy, że taki fakt miał miejsce. Nie jest to oczywiście żadna wykładania celowościowa, jak twierdził na rozprawie Zamawiający, a wykładnia contra legem, gdyż konstruuje normę prawną z użyciem elementu, którego nie ma w art. 24 ust. 1 pkt 20 pzp, w celu obejścia konieczności wykazania niezaistnienia negatywnej przesłanki wykluczenia wynikającej z art. 24 ust. 7 pkt 3 pzp. W najlepszym razie stanowisko Zamawiającego, że z uwagi na trudności dowodowe po stronie instytucji zamawiającej wykluczenie wykonawcy za uczestnictwo w antykonkurencyjnym porozumieniu powinno być możliwe w okresie 3 lat,

liczonym od wydania decyzji przez organ administracji państwowej do spraw ochrony konkurencji, można poczytać za postulat de lege ferenda. Jednak nie usprawiedliwia to podjęcia czynności, która nie znajduje oparcia de lege lata”.

W odniesieniu do powyższego, skoro okoliczności dotyczyły ubiegania się o udzielenie zamówień w Uzbekistanie i Azerbejdżanie, a SYSTRA S.A. podjęła w latach 2014 i 2015 czynności mające na celu usunięcie skutków nieprawidłowości, należy przyjąć, że porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, czy poważne naruszenie obowiązków zawodowych, ustało najpóźniej w 2015 roku. Skoro porozumienie/naruszenie obowiązków ustało w 2015 roku, w ocenie Zamawiającego okres wykluczenia upłynął z końcem 2018 roku (3 lata od momentu uznania, że ustało niedozwolone porozumienie lub zaprzestano naruszania obowiązków zawodowych). W najgorszym zaś wypadku z końcem 2020 r.

Skoro zatem w momencie przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania o zawarcie umowy ramowej oraz w momencie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia wykonawczego:

- nie występowała sytuacja, w której Przystępujący pozostawałby w porozumieniu mającym na celu zakłócenie konkurencji,
- nie występowała sytuacja, w której Przystępujący poważnie naruszał obowiązki zawodowe, - ewentualne ww. okoliczności miały miejsce dawniej niż w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania o zawarcie umowy ramowej lub postępowania o udzielenie zamówienia wykonawczego,

udzielona w JEDZ odpowiedź „NIE” na pytania dotyczące ww. zagadnień jest odpowiedzią zgodną z prawdą. Tym samym Przystępujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd co do okoliczności dotyczących przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp lub art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W związku z tym, że upłynęły okresy wykluczenia wskazane w art. 111 pkt 4 ustawy Pzp, wykonawcy nie są zobowiązani do wskazywania w oświadczeniu JEDZ jakichkolwiek informacji w tym zakresie. Oświadczenie to służy

wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia. Skoro celem informacji przedstawionych w oświadczeniu JEDZ jest ustalenie spełnienia warunków i braku podstaw wykluczenia należy stwierdzić, iż z uwagi na „dawny charakter stanu faktycznego” (upływ okresu wskazanego w art. 111 pkt 4 ustawy Pzp) przesłanki wykluczenia nie wystąpiły, dlatego też Przystępujący nie był zobowiązany do zawarcia w JEDZ informacji o ww. okolicznościach.

Zgodnie z ustaleniami zawartymi w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 3 listopada 2020 r. (sygn. KIO 2573/20) „(...) bezpodstawne jest twierdzenie, jakoby wykonawca był zobowiązany do podania wszystkich informacji, całej historii zawartych umów i dopiero Zamawiający po zbadaniu tej historii będzie mógł dokonać oceny przyczyn rozwiązania umów i stwierdzić, czy zachodzą przesłanki do wykluczenia wykonawcy”. W innym wyroku Izba uznała, że „podmiot, wobec którego zaistniała podstawa do wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, po upływie wskazanego w art. 111 pkt 4 ustawy Pzp okresu, powinien być traktowany tak, jakby do zdarzenia będącego podstawą wykluczenia nie doszło. Składając ofertę w postępowaniu, w którym termin składania ofert przypada już po upływie ww. okresu wykluczenia, podmiot taki co do zasady nie ma już obowiązku wskazywania w Części III.C JEDZ, że znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje

w związku z tą wcześniejszą umową. W ocenie Izby na gruncie obowiązujących przepisów brak jest podstaw do różnicowania ww. sytuacji od sytuacji, w której okres wykluczenia wskazany w art. 111 pkt 4 ustawy Pzp upłynął w toku postępowania o udzielenie zamówienia”.⁹

Podsumowując powyższe z uwagi na upływ terminu wykluczenia, o którym mowa w art. 111 pkt 4 ustawy Pzp Przystępujący nie był zobowiązany do uzupełnienia JEDZ poprzez wskazanie okoliczności wynikających z treści ugody sądowej. Zamieszczenie tych informacji w dokumencie służącym m. in. ocenie braku podstaw wykluczenia stanowiłoby nieracjonalne działanie wykonawcy, który będąc przekonany o braku podstaw wykluczenia informowałby Zamawiającego o sytuacji, która w żaden sposób nie wpływa na ocenę jego zdolności podmiotowej jako uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odpowiedź „NIE” udzielona na pytania odpowiedzi na pytania czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji oraz czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego w odniesieniu do art. 111 pkt 4 ustawy Pzp jest odpowiedzią prawdziwą.

Z powyższych względów Przystępujący składając oświadczenie w ust. 15 oferty nie wprowadził Zamawiającego w błąd, w związku z czym zarzut podlega oddaleniu.

Nawet gdyby jednak, contra legem, przyjąć pogląd odmienny, należy zwrócić uwagę na dokładne przesłanki wykluczenia, wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, tj.:

Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd

przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych lub który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Tym samym działanie wykonawcy musiałoby nosić znamiona odpowiednio: zamierzonego działania, rażącego niedbalstwa, lekkomyślności lub niedbalstwa – za takie jednak trudno uznać działanie z przekonaniem wynikającym z treści przepisów (art. 108, 109 i art. 111 ustawy Pzp), treści JEDZ (odnoszącego się do wyroku) i treści ugody wskazującej, że nie ma ona charakteru i skutków wyroku skazującego.

5. Ad. zarzutu nr 5, tj. zaniechania wezwania Przystępującego do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp pełnomocnictwa do złożenia oferty

Zamawiający wskazuje, że twierdzenia Odwołującego nie są zasadne.

Przed wszystkim należy zauważyć, że w komparycji zawartej umowy ramowej wskazano, że wykonawca, czyli Konsorcjum Systra, reprezentowane będzie przez M. P.– dyrektora Systra S.A. oddział w Polsce, osobę reprezentującą zagranicznego przedsiębiorcę w oddziale.

Tym samym już z dokumentacji posiadanej przez Zamawiającego wynikało, że pani M. P. posiada prawo do występowania jako przedstawiciel Systra S.A. niezależnie nawet od udzielonych jej innych pełnomocnictw.

Powyższa okoliczność, tj. pani Marta P. jako osoba reprezentująca zagranicznego przedsiębiorcę w oddziale wynika także z publicznie dostępnego Krajowego Rejestru Sądowego.

Fragment komparycji umowy ramowej oraz KRS poniżej:

a

konsorcjum w składzie:

Wykonawca 1 (Lider Konsorcjum):

Systra SA spółka prawa francuskiego z siedzibą w Paryżu, 72-76 rue Henry Farman 75015 Paryż, zarejestrowana w Rejestrze Handlowym i Spółek Kancelarii Sądu Handlowego w Paryżu pod numerem rejestrowym 387 949 530 R.C.S. Parts, o kapitale zakładowym w wysokości 33.302.018,00 Euro, prowadząca działalność w Rzeczypospolitej Polskiej jako Systra SA Oddział w Polsce z siedzibą we Wrocławiu, przy ulicy Komandorskiej nr 12, 50-022, wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla Wrocławia Fabrycznej we Wrocławiu, VI Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod nr KRS: 0000255727, NIP: 1070004825, REGON 140567570, (wydruk informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu KRS stanowi [Załącznik nr 1](#) do Umowy Ramowej),

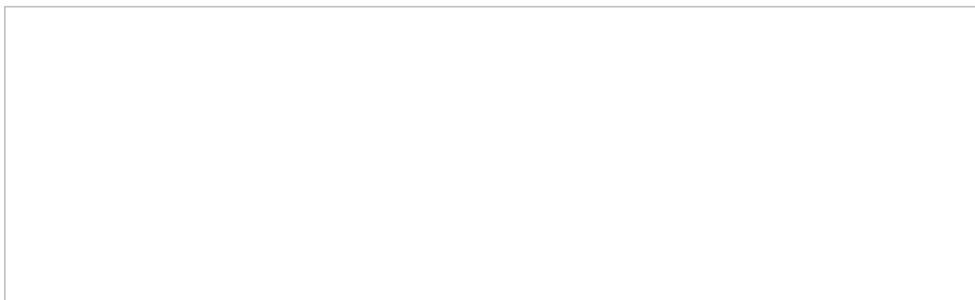
Wykonawca 2 (Członek Konsorcjum):

Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK Mosty sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, przy ulicy Wiwulskiego nr 12, 51-629, wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla Wrocławia Fabrycznej we Wrocławiu, VI Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod nr KRS: 0000963726, NIP: 8990012465, REGON: 930646268, kapitał zakładowy 10.000 zł (wydruk informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu KRS stanowi [Załącznik nr 1](#) do Umowy Ramowej), powstała wskutek przekształcenia w trybie art. 551 §2, §3 i dalszych ksh spółki cywilnej pod firmą Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK Mosty spółka cywilna Sławomir Biegański, Jerzy Broś z siedzibą we Wrocławiu (adres: 51-629 Wrocław, ul. Antoniego Wiwulskiego nr 12), NIP: 8990012465, REGON: 930646268, wpisanych do centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, to jest: Jerzy Broś jako przedsiębiorca pod nazwą: Jerzy Broś (adres: 51-629 Wrocław, ul. Antoniego Wiwulskiego nr 12), NIP 8981089178, REGON: 021039715 oraz Sławomir Biegański jako przedsiębiorca pod nazwą: Sławomir Biegański (adres: 51-629 Wrocław, ul. Antoniego Wiwulskiego nr 12), NIP: 8991092213, REGON: 021039879.

Wykonawca 1 i Wykonawca 2 w dalszej części Umowy będą łącznie zwani „Wykonawcą” lub „Konsorcjum”. Wykonawca reprezentowany jest przez pełnomocnika w postaci Lidera Konsorcjum reprezentowanego przez:

p[^]edsiębiorcę

Dyrektora Systra SA Oddział w Polsce, osobę reprezentującą zagranicznego oddziału



Jak wynika z orzecznictwa KIO ww. osoba jako reprezentująca zagranicznego przedsiębiorcę, w oddziale jest umocowana do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego (reprezentacja nie jest ograniczona do oddziału):

KIO 1309/14: „Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że pan A. S. jest wpisany do Krajowego Rejestru Sądowego, jako osoba upoważniona do reprezentowania spółki SYSTRA w Oddziale w Polsce, co samo w sobie może potwierdzać umocowanie do działania w imieniu przedsiębiorcy zagranicznego na terytorium Polski (zgodnie z art. 87 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, przedsiębiorca zagraniczny tworzący oddział jest obowiązany ustanowić osobę upoważnioną w oddziale do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego.).

KIO 1820/10: Każde działanie i każde oświadczenie woli oznaczone jako działanie oddziału przedsiębiorcy zagranicznego dokonane przez osoby prawidłowo umocowane do reprezentowania przedsiębiorcy w oddziale uznać należy za oświadczenie przedsiębiorcy wywierające wszystkie skutki prawne w odniesieniu do tego przedsiębiorcy (por. m.in. wyrok KIO z dnia z dnia 27 lutego 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 163/09, 164/09).”

KIO 2052/22: „Zatem, osoba ujawniona w KRS jako upoważniona do reprezentacji w

oddziale, może na podstawie takiego upoważnienia podejmować wszelkie czynności związane z działalnością przedsiębiorcy zagranicznego na terenie Rzeczypospolitej Polskiej.”

Powyższe wskazuje więc, że pani M. P., niezależnie od udzielenia osobnego umocowania w pełnomocnictwie z 31 października 2022 r., była osobą, która na podstawie danych z publicznego rejestru upoważniona była do składania oświadczeń woli i wiedzy w imieniu SYSTRA S.A. ze skutkiem wobec przedsiębiorcy zagranicznego. Z tego powodu kwestionowane umocowania tej osoby jest pozbawione podstaw.

Z powyższych względów wbrew twierdzeniom Odwołującego nie zaistniała nieważność oferty. Dlatego też nie jest zasadne twierdzenie Odwołującego, że Przystępujący nie przedstawił dotychczas w Postępowaniu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających należyte umocowanie pani M.P. do podpisania oferty w imieniu tego konsorcjum. Poświadczenie takie znajduje się w posiadaniu Zamawiającego (także w postaci informacji w umowie ramowej) oraz informacji z KRS, zatem Zamawiający nie potrzebuje uzyskania dodatkowych dokumentów.

Także załączonego przez Przystępującego do oferty pełnomocnictwa nie można uznać za nieprawidłowe i wymagające uzupełnienia, pomimo umocowania SYSTRA S.A. do działania w imieniu BPK następnie wobec udzielenia umocowania

przez SYSTRA S.A. pani M. P..

Wbrew twierdzeniom Odwołującego w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przy ocenie dokumentów znajduje zastosowanie zdanie drugie art. 104 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 z późn. zm.) dalej jako: „KC”, zgodnie z którym „gdy ten, komu zostało złożone oświadczenie woli w cudzym imieniu, zgodził się na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepisy o zawarciu umowy bez umocowania”. Zgodnie z art. 103 § 2 KC „jeżeli zawierający umowę jako pełnomocnik nie ma umocowania albo przekroczy jego zakres, ważność umowy zależy od jej potwierdzenia przez osobę, w której imieniu umowa została zawarta”.

Jak wynika z wyroku Sądu Najwyższego z 11 sierpnia 2005 r. (sygn. V CK 865/04) „przepis art. 103 § 1 k.c. dotyczy wprost tylko umów, natomiast o dopuszczalności jego odpowiedniego zastosowania do jednostronnych czynności prawnych zdziałanych przez rzekomego pełnomocnika przesądza wystąpienie przesłanki, o której stanowi art. 104 zd. drugie k.c. Dopiero gdy osoba trzecia zgodzi się na działanie bez umocowania – stosuje się odpowiednio art. 103 k.c.”.

Dopuszczalność stosowania powyższych reguł w odniesieniu do pełnomocnictwa składanego w postępowaniu o udzielenie zamówień publicznych znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, m. in. w wyroku z 9 sierpnia 2019 r. (sygn. KIO 1443/19), w którym Izba uznała, że „przepisy ustawy P.z.p. nie przewidują wzywania do potwierdzenia czynności osoby działającej bez umocowania, a zamawiający nie ma obowiązku ustalania, czy osoba, która podpisała ofertę, była do tego umocowana, czy też działała bez stosownego umocowania. Dlatego zamawiający, w sytuacji, gdy stwierdził brak pełnomocnictwa w ofercie, zasadnie wezwał wykonawcę do jego uzupełnienia. W sytuacji, gdyby okazało się, że osoba działająca w imieniu wykonawcy nie jest do tego umocowana, wykonawca – zamiast złożenia dokumentu pełnomocnictwa – winien potwierdzić czynności osoby działającej bez umocowania.

Sytuacja dotycząca pełnomocnictw złożonych przez Przystępującego, którą Odwołujący kwestionuje, odpowiada stanowi faktycznemu rozpatrywanemu przez Izbę w sprawie KIO 1561/14, KIO 1577/14 - wyrok z 25 sierpnia 2014 r. W stanie faktycznym tej sprawy oferta konsorcjum została podpisana przez osobę działającą na podstawie pełnomocnictwa udzielonego 24 lutego 2014 r. przez Dyrektora Generalnego spółki akcyjnej SAFEGE (upoważniało ono m.in. do reprezentowania spółki akcyjnej SAFEGE i konsorcjum), a 25 marca 2014 r. (a więc miesiąc później) działający w imieniu CERTUSVIA ustanowił SAFEGE S.A. pełnomocnikiem wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia. W stanie faktycznym sprawy pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum zostało więc udzielone w

terminie późniejszym niż pełnomocnictwo lidera dla osoby, która w imieniu konsorcjum podpisała ofertę. Podobnie jak w stanie faktycznym dotyczącym niniejszego Postępowania treść obu pełnomocnictw wskazywała na umocowanie do działania w imieniu konsorcjum. Opisana sytuacja odpowiada więc tej, która ma miejsce w Postępowaniu i której prawidłowość kwestionuje Odwołujący.

W ww. wyroku Izba uznała, że: „Z treści pełnomocnictwa z dnia 24 lutego 2014 r. udzielonego na rzecz wskazanych w nim osób wynika, iż zostały one umocowane do działania w imieniu "spółki akcyjnej SAFEGE i konsorcjum". Tak więc - zgodnie z treścią tego pełnomocnictwa – pełnomocnik został umocowany do reprezentowania wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym podpisując ofertę był umocowany do działania w imieniu na rzecz SAFEGE i konsorcjum. Niemniej jednak – jak wynika z dat udzielenia oraz treści obu pełnomocnictw SAFEGE ustanowiony dnia 25 marca 2014 r. pełnomocnikiem konsorcjum, udzielając dnia 24 lutego 2014 r. pełnomocnictwa na rzecz trzech wskazanych w treści pełnomocnictwa pełnomocników - M... I..., K... K... - G... i M... P... – nie miał umocowania do działania w imieniu i na rzecz CERTUSVIA Sp. z o.o., a tym bardziej nie miał umocowania do udzielenia pełnomocnictwa w imieniu i na rzecz tego podmiotu. Niemniej jednak – zgodnie z regułami k.c. – pełnomocnictwo może być potwierdzone przez osobę, która udzieliła pełnomocnictwa. W tym stanie faktycznym pełnomocnictwo z dnia 25 marca 2014 r. potwierdza umocowanie SAFEGE do działania w imieniu CERTUSVIA. Ma ono formę pisemną i zostało dokonane przed upływem terminu do złożenia oferty. Takie potwierdzenie pełnomocnictwa jest prawidłowe i skuteczne. A zatem w dniu składania ofert SAFEGE – jak słusznie podniósł zamawiający – miał już status pełnomocnika całego konsorcjum. Pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum (pełnomocnictwo z dnia 25 marca 2014 r.), a więc dla SAFEGE, zostało udzielone prawidłowo. Bezzasadnym jest więc twierdzenie, że Pani K... K... - G..., składając ofertę działała bez należytego umocowania. Prawidłowe jest także pełnomocnictwo z dnia 24 lutego 2014 r. Pełnomocnictwo to wyraźnie wskazywało, że Pani K... K... - G... jest umocowana do reprezentowania spółki akcyjnej SAFEGE i konsorcjum oraz dokonywania określonych w nim czynności”.

Zamawiający, weryfikując prawidłowość złożenia przez Przystępującego oferty, bazował na ustaleniach faktycznych Izby poczynionych w ww. wyroku. Skoro więc sytuacja w Postępowaniu

oraz w opisanym wyżej stanie faktycznym przedstawia się identycznie, a Izba uznała, że późniejsze pełnomocnictwo potwierdza umocowanie lidera konsorcjum do działania w imieniu partnera konsorcjum, brak jest podstaw do twierdzeń, że pełnomocnictwa złożone przez Przystępującego mogą być w jakimkolwiek zakresie nieprawidłowe.

Stosując analogiczne zasady interpretacyjne w sytuacji, która ma miejsce w Postępowaniu pełnomocnictwo udzielone liderowi konsorcjum przez partnera konsorcjum 14 listopada 2022 r. potwierdziło umocowanie SYSTRA S.A. do działania w imieniu BPK. Skoro więc SYSTRA S.A. stała się liderem konsorcjum, pełnomocnictwo dla osoby podpisującej ofertę niezależnie od wcześniejszej daty udzielenia umocowania (31 października 2022 r.) należy ocenić jako prawidłowe, gdyż zawiera ono umocowanie m. in. do „podpisywania i złożenia w imieniu Spółki lub konsorcjum oferty wraz z załącznikami”. Późniejszym pełnomocnictwem ustanawiającym liderem konsorcjum SYSTRA S.A., BPK potwierdziło uprawnienie do złożenia oferty.

Oferta Przystępującego została podpisana 23 listopada 2022 r. przez umocowaną osobę do działania w imieniu konsorcjum. Podpisanie oferty nastąpiło zatem po ustanowieniu SYSTRA S.A. liderem konsorcjum oraz po potwierdzeniu umocowania.

Należy też podkreślić, że pełnomocnictwo do działania w imieniu BPK zostało udzielone spółce SYSTRA S.A., która działa przez osoby uprawnione do jej reprezentacji, a nie jakimś konkretnym osobom z tej spółki, zatem można przyjąć, że wolą mocodawcy-BPK było, aby być reprezentowanym ogólnie przez reprezentanta spółki SYSTRA S.A., a więc wola ta obejmowała również panią M. P. – czy to jako osobę reprezentującą spółkę SYSTRA S.A. w Polsce, czy też jako wyznaczonego przez tę spółkę pełnomocnika – niezależnie od daty wyznaczenia jej do pełnienia każdej z tych funkcji.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: SYSTRA S.A. z siedzibą w Paryżu oraz BPK MOSTY sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 stycznia 2023 r. (pismo z dnia 17 stycznia 2023 r.) poparł wnioski Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie, to jest: o oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia i udostępnienia wyjaśnień i załączników złożonych w postępowaniu przez Przystępującego 12 grudnia 2022 r. na wyjaśnienie jego ceny, o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu wykluczenia

Przystępującego z postępowania, o oddalenie odwołania do co pozostałych zarzutów; na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę powyższych wniosków o oddalenie odwołania w całości.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutów nr 2.4 oraz 2.5.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 204 ust. 1 ustawy PZP, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu oraz kryteriów jakościowych, odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy PZP, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r., jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy PZP Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nr 2.1. i 2.2. znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie w powyższym zakresie zasługuje na uwzględnienie.

Okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia (opisane w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie) nie było pomiędzy stronami sporne.

W pierwszej kolejności Izba odniesie się do terminu podniesienia zarzutu zaniechania przez Zamawiającego odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu pełnych wyjaśnień Przystępującego dotyczących wyliczenia ceny z dnia 12 grudnia 2022 r. wraz z załącznikami.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 74 ust. 2 ustawy PZP, załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że:

- 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem lub zdanie drugie,
 - 2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków
- przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

Treść ww. przepisu jest jednoznaczna. Załączniki do protokołu podlegają udostępnieniu po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z wyjątkami przewidzianymi w art. 74 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy PZP. W pkt 1 przewidziano, że oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert. W odniesieniu do tej regulacji należy wskazać, co następuje:

Stosując wykładnię językową ww. przepisu nie powinno budzić wątpliwości, że pod pojęciem „oferty wraz z załącznikami” należy rozumieć dokumenty składane przez wykonawców do upływu terminu składania ofert. Wskazuje na to określenie terminu, w którym oferta wraz z załącznikami podlega udostępnieniu – tj. niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert. Ponadto, wobec braku zdefiniowania w ustawie Pzp pojęcia „załącznika do oferty” należy posłużyć się potocznym sposobem rozumienia tego terminu. Zgodnie z definicją zawartą w Słowniku języka polskiego PWN (wydanie internetowe:) załącznik oznacza dokument dołączony do innego dokumentu i będący jego uzupełnieniem.

W wyroku z dnia 11 lutego 2022 r. (KIO 101/22) Izba wyraziła następujący pogląd: „Zauważyć należy, że w myśl art. 73 PrZamPubl zarówno oferty, jak i inne dokumenty składane przez wykonawców stanowią załączniki do protokołu, przy czym zasadą jest iż są one udostępniane po wyborze najkorzystniejszej oferty. Ustawodawca przewidział jednak wyjątek, iż oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po ich otwarciu, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert. W ocenie Izby Odwołujący celowo i niezasadnie w uzasadnieniu przedmiotowego zarzutu bagatelizuje znaczenie powyższego terminu, który niewątpliwie zakreśla również katalog dokumentów, które jako wyjątek od zasady udostępniania załączników do protokołu po wyborze najkorzystniejszej oferty, mogą zostać udostępnione wcześniej. Są to wyłącznie oferty wraz z załącznikami, a więc dokumenty składane przez

wykonawców do dnia otwarcia ofert. Jak najbardziej załącznikami do oferty będą: zobowiązanie podmiotu trzeciego, czy też przedmiotowe środki dowodowe, które jak określa ustawa składane są wraz z ofertą (art. 118 ust. 3 PrZamPubl oraz art. 107 ust. 1 PrZamPubl). Tym samym, wszystkie pozostałe składane w toku postępowania dokumenty, w tym podmiotowe środki dowodowe mogą zostać udostępnione dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty.”

Z kolei w wyroku z dnia 1 września 2017 r. (KIO 1632/17, KIO 1662/17) Izba wskazała: „Zgodnie z treścią art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym, że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przepis powyższy jest jednoznaczny. Wszelkie załączniki do protokołu, a więc dokumenty, które nie są ofertą, Zamawiający udostępnia po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym zarzut w zakresie zaniechania przez Zamawiającego udostępnienia dokumentów w postaci wezwań Zamawiającego, odpowiedzi wykonawców, wyjaśnień, pism Zamawiającego zawierających uzasadnienie odrzucenia oferty, jest bezpodstawny i podlega oddaleniu. Zamawiający będzie mógł udostępnić ww. dokumenty po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, wyjaśnienia nie stanowią oferty. Są odrębnym dokumentem, a w ich treści znajduje się jedynie dookreślenie tego, co znalazło się w treści oferty. Tym samym, w ocenie Izby ujawnienie treści wyjaśnień może nastąpić dopiero od chwili wyboru oferty najkorzystniejszej.”

Z kolei w wyroku z dnia 20 maja 2022 r. (KIO 1148/22) Izba stwierdziła: „W niniejszej sprawie zamawiający nie udostępnił odwołującemu załączników do protokołu postępowania w postaci wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz dowodami, udzielonych przez wykonawcę (...), zastrzeżonych przez tego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Izba uznała, że dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy przesądzające znaczenie ma to, że na obecnym etapie postępowania zamawiający nie był zobowiązany do udostępnienia odwołującemu ww. dokumentów, gdyż nie nastąpił jeszcze wybór oferty najkorzystniejszej (nie miało również miejsca unieważnienie postępowania). W konsekwencji powyższego, złożenie przez odwołującego wniosku o udostępnienie tych dokumentów było przedwczesne. Skoro zamawiający nie był zobowiązany do udostępnienia ww. dokumentów, nie można było stwierdzić naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, bez względu na powody, jakie stały za podjęciem takiej decyzji przez zamawiającego. Odwołujący będzie mógł złożyć

wniosek o udostępnienie ww. dokumentów w terminie wynikającym z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp.”

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę, że w odniesieniu do ww. regulacji wyrażany jest również pogląd odmienny. Zgodnie z tym poglądem pod pojęciem oferty, na gruncie przepisu art. 74 ust. 2 ustawy Pzp, należy rozumieć wszystkie oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawcę w toku postępowania, jak w szczególności wyjaśnienia i uzupełnienia oferty. Uzasadniając zasadność przyjęcia ww. wykładni m.in. wskazuje się na potrzebę zakończenia przez zamawiającego poszczególnych etapów postępowania w zakresie badania ofert, w tym w ramach postępowania odwoławczego. Odnosząc się do takiego stanowiska należy w pierwszej kolejności odwołać się do rezultatów zastosowania wykładni językowej, o czym była mowa powyżej. W drugiej kolejności należy zauważyć, że zastosowanie tej wykładni w zdecydowanej większości wypadków nie doprowadzi do celu, na którym jest ona m.in. oparta. O ile bowiem można uznać istnienie pewnego pola do dyskusji, czy inne dokumenty składane przez wykonawcę w toku postępowania po złożeniu oferty, mogą zostać zakwalifikowane jako oferta na gruncie art. 74 ust. 2 ustawy Pzp, to z pewnością takiej kwalifikacji nie można dokonać w odniesieniu do dokumentów, które nie są składane przez wykonawcę, lecz pochodzą od zamawiającego lub innych podmiotów. W związku z tym, nie jest możliwe uznanie, że ofertą wykonawcy lub załącznikiem do niej jest na przykład wezwanie zamawiającego do udzielenia wyjaśnień. Tymczasem, aby możliwe było zweryfikowanie działań zamawiającego względem konkurencyjnego wykonawcy, w zdecydowanej większości przypadków konieczne jest zapoznanie się nie tylko z treścią wyjaśnień, ale również z treścią wezwań zamawiającego (nie będzie to akurat miało zastosowania w przypadku weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jednakże nie ma to znaczenia dla podważenia zasadności tej wykładni). Zarówno wymagana treść wyjaśnień oferty, jak i wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, determinowana jest treścią wezwania zamawiającego. To samo dotyczy wyjaśniania lub uzupełniania innych dokumentów składanych przez wykonawcę. Załącznikami do protokołu może być szereg różnorodnych dokumentów, które nie pochodzą od wykonawcy (art. 73 ust. 1 ustawy PZP). Zatem, aby możliwe było zrealizowanie ww. celu związanego z ekonomiką prowadzonego postępowania, przepis art. 74 ust. 2 ustawy PZP musiałby mieć inną treść, tj. powinien wskazywać na obowiązek udostępnienia wykonawcom wszystkich załączników do protokołu (wytworzonych do chwili udzielania odpowiedzi na wniosek wykonawcy) na każdym etapie postępowania. Przepisowi art. 74 ust. 2 ustawy PZP nie nadano jednak takiego brzmienia. W związku z tym ww. stanowisko należy traktować jako postulat *de lege ferenda*. Należy jednak zauważyć, że zgodnie z art. 253 ustawy PZP informacja o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, przekazywana jest po wyborze oferty najkorzystniejszej. W tym zakresie

również nastąpiła zmiana w stosunku do poprzednio obowiązującego stanu prawnego (por. art. 92 ustawy PZP z 2004 r.). Z pewnością nie jest pożądana sytuacja, w której to zamawiający dokonują w konkretnych postępowaniach wyboru co do tego, które dokumenty podlegają udostępnieniu przed dokonaniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Dodatkowo należy zauważyć, że gdyby intencją ustawodawcy było uregulowanie tego zagadnienia zgodnie z ww. stanowiskiem, to dokonałby tego przy uchwaleniu nowej ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. Nie tylko nie miało to miejsce, lecz na gruncie obecnie obowiązującego przepisu art. 74 ust. 2 ustawy PZP pojęcie oferty – w odniesieniu do kwestii udostępniania dokumentów – jeszcze bardziej powiązano z dokumentami składanymi do upływu terminu składania ofert, tj. poprzez wskazanie ww. terminu 3 dni od dnia otwarcia ofert. (Przepis art. 96 ust. 3 uprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. miał następujące brzmienie: Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.).

Przenosząc powyższe rozważanie na grunt niniejszej sprawy należy stwierdzić, że postawienie przez Odwołującego zarzutu niezasadnego zaniechania odtajnienia i udostępnienia mu wyjaśnień ceny Przystępującego w z dnia 12 grudnia 2022 r. w pełnym zakresie było możliwe dopiero po zapoznaniu się z decyzją Zamawiającego w zakresie oceny zastrzeżenia poczynionego przez Przystępującego w odniesieniu do wyjaśnień ceny. Informację w tym zakresie Odwołujący mógł poznać z odpowiedzi Zamawiającego na wniosek o udostępnienie wyjaśnień ceny Przystępującego. Wyjaśnienia ceny wraz z zawartym w nich uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowią załączniki do protokołu inne niż załączniki wymienione w pkt 1) i 2) art. 74 ust. 2 ustawy PZP, a zatem zgodnie z tym przepisem podlegają udostępnieniu po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej albo unieważnieniu postępowania. Udostępnianie tego rodzaju załączników przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej albo unieważnieniem postępowania nie znajduje uzasadnienia w treści art. 74 ust. 2 ustawy PZP. W związku z tym negatywnymi skutkami takiej czynności zamawiającego - w tym przypadku polegającymi na częściowym odrzuceniu odwołania - nie mogą być obciążani wykonawcy. W ocenie składu orzekającego Izby takiej oceny nie zmienia fakt skierowania przez Zamawiającego pisma z dnia 13 grudnia 2022 r. Po pierwsze, należy zgodzić się z Odwołującym, że z treści tego pisma nie wynikało w sposób jednoznaczny, że jawna część wyjaśnień zostanie udostępniona wykonawcom jeszcze przed dokonaniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Po drugie, jak już była o tym mowa powyżej, taki termin nie wynika z art. 74 ust. 2 ustawy PZP. Izba nie dokonuje

generalnej oceny decyzji Zamawiającego o wcześniejszym udostępnianiu załączników do protokołu, a jedynie dokonuje jej w kontekście możliwości poniesienia przez wykonawcę (Odwołującego) negatywnych skutków z tego powodu. Zdaniem Izby wykonawca działający w zaufaniu do przepisów prawa nie może być pozbawiony przysługującego mu prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, a następnie skarga do Sądu Okręgowego – Sądu Zamówień Publicznych.

Mając na uwadze powyższą argumentację Izba uznała, że termin do podniesienia zarzutu oznaczonego w odwołaniu nr 2.2 nie rozpoczął biegu przed poinformowaniem przez Zamawiającego o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji tego, Izba nie stwierdziła zaistnienia w tym zakresie podstawy do częściowego odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 528 pkt 3 ustawy PZP.

Przechodząc zaś do warstwy merytorycznej zarzutu nr 2.2. odwołania, Izba zważa, że ustawa PZP wprowadza generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia (art. 18 ust. 1 ustawy PZP), czyni jednak zastrzeżenie, iż zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca składając ofertę zastrzegł w odniesieniu do tych informacji, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 18 ust. 3 ustawy PZP).

Tym samym zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania. W związku z tym, przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Każde odejście od stosowania zasady jawności wiąże się z powstaniem określonego obowiązku zarówno po stronie zamawiającego, jak i po stronie podmiotu dokonującego zastrzeżenia. Wykonawca zastrzegający tajność oferty lub innych składanych dokumentów jest zobligowany do przedstawienia w stosunku do każdej informacji objętej tajemnicą przedsiębiorstwa, szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego wystąpienia przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Natomiast zamawiający zobligowany jest do wnikliwego zbadania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcia stosownych działań w zależności od wyników tej analizy.

Oznacza to, że w dacie składania określonej informacji (jak w niniejszej sprawie w dacie składania wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny z dnia 12 grudnia 2022 r. z jednoczesnym

złożeniem wyjaśnień w zakresie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa załączników dołączonych do powyższych wyjaśnień) wykonawca zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa musi przedstawić argumenty przekonujące zamawiającego o tym, iż zastrzegana przez niego informacja zasługuje na ochronę oraz że uzasadnione jest nieujawnianie jej wobec pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba wskazuje, że tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia kumulatywnie następujące przesłanki:

- a. informacje muszą mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny,
- b. informacje muszą posiadać wartość gospodarczą,
- c. informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie mogą być powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie mogą być łatwo dostępne dla takich osób,
- d. uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania musi podjąć, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest zatem nie tylko wskazanie, iż dane informacje spełniają przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale również prawidłowe wykazanie tego faktu. Bezzasadność dokonanego zastrzeżenia, brak złożenia uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia, jego ogólnikowość albo niezłożenie dowodów potwierdzających podjęcie przez wykonawcę środków zmierzających do zachowania informacji w poufności musi skutkować odtajnieniem zastrzeganych informacji.

Izba zważa, że obowiązki w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa muszą być wykazane przez wszystkich Konsorcjantów, a nie tylko przez Lidera Konsorcjum. Tym samym, jeżeli w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, znajdują się informacje stanowiące

tajemnicę przedsiębiorstwa, to obowiązek podjęcia działań mających na celu zachowanie ich w poufności dotyczy każdego z Konsorcjantów.

Przechodząc na kanwę niniejszej sprawy, po przeanalizowaniu wyjaśnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego, Izba doszła do przekonania, że ww. zastrzeżenia dotyczą wyłącznie Lidera Konsorcjum, tj. SYSTRA S.A. Natomiast w odniesieniu do poczynionych przez drugiego z Konsorcjantów, tj. BPK Mosty sp. z o.o., działań mających na celu zachowanie informacji mających stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w poufności, wskazano jedynie w wyjaśnieniach:

„Również spółka BPK Mosty Sp. z o.o. ma wdrożone procedury poufności w zakresie informacji obejmujących kalkulację cen ofert. Jednak w niniejszym postępowaniu podmiotem, który formułował ofertę, pozyskiwał oferty podwykonawców, analizował i kalkulował koszty jest SYSTRA SA, zatem wszystkie one zostały objęte procedurą ochrony SYSTRA SA, co powoduje, że spełniona została przesłanka podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, niezbędnych działań w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności”.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Izby, Przystępujący nie wykazał, aby Partner Konsorcjum BPK Mosty sp. z o.o. podjął działania mające na celu zachowanie informacji mających stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w poufności, ograniczając się tylko do dwóch ogólnych zdań, nie przedstawiając żadnych dowodów uzasadniających podjęcie działań

przez Partnera Konsorcjum, mających na celu zachowanie informacji w poufności.

Izba chciałaby w tym miejscu powołać się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lutego 2018 r., sygn. akt 200/18: „Dla owego „wykazania” nie wystarczą same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wbrew twierdzeniom Przystępującego „wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ZamPublU, oznacza udowodnienie. Pod pojęciem „wykazania” należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie”.

Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21: „Sąd kierując się tym właśnie założeniem uznał, że powinno ono mieć wpływ również na wykładnię pojęcia: „wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, w tym sensie, że przewidziany tam przez ustawodawcę obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu k.p.c.”

Odnosząc się do stanowiska Przystępującego zawartego w pkt 19 i 20 pisma procesowego z dnia 17 stycznia 2023 r. (19. „Odwołujący popełnia błąd sugerując, że jeden z członków

konsorcjum Przystępującego – BPK Mosty sp. z o.o. miał dostęp do dokumentów i danych, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego w niniejszym postępowaniu. 20. Współpraca partnerów Przystępującego nie obejmuje przekazania firmie BPK Mosty sp. z o.o. informacji dotyczących sposobu kalkulacji wspólnej oferty, którą przygotowała firma Systra. Z tych powodów decydujące dla oceny zachowania poufności zawartych w kalkulacji ceny ofertowej informacji jest sposób jej ochrony przez lidera konsorcjum.”) należy wskazać, co następuje: Po pierwsze, powyższe wyjaśnienia nie zostały zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak wynika z przytoczonego powyżej fragmentu uzasadnienia Przystępujący wskazał jedynie, że podmiotem, który formułował ofertę, pozyskiwał oferty podwykonawców, analizował i kalkulował koszty jest SYSTRA SA. Nie wskazano natomiast, że drugi z członków konsorcjum nie miał do tych informacji dostępu. Przekazanie tej informacji na obecnym etapie postępowania należy uznać za spóźnione. Po drugie, nawet gdyby informacja ta została zawarta w przedstawionym przez Przystępującego uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, to należałoby ją uznać za okoliczność wyjątkową, wymagającą szczegółowego wykazania. Zgodnie bowiem z przepisem art. 445 ust. 1 ustawy PZP wykonawcy, o których mowa w art. 58 ust. 1 ustawy PZP (wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia), ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Mamy w tym przypadku do czynienia z solidarnością bierną wynikającą z ustawy. Przepis art. 445 ust. 1 ustawy PZP ma charakter imperatywny. Mając to na uwadze twierdzenia o braku dostępu jednego z konsorcjantów (ponoszącego solidarną odpowiedzialność za wykonanie zamówienia) do szczegółowych kalkulacji ceny oraz dokumentów, na podstawie których je sporządzono, należy uznać nie tylko za spóźnione, ale również mało wiarygodne. Oczywiście nie można takiej okoliczności wykluczyć. Jednakże wobec faktu, iż ma ona wyjątkowy charakter, powinna zostać w szczególny sposób wykazana, co nie miało miejsca w ramach przedstawionego przez Przystępującego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym, Izba nie uznała za wiarygodne stwierdzenie Przystępującego na rozprawie, że: „Nie miał partner konsorcjum dostępu do kalkulacji, do cen podwykonawców, ani do wyjaśnień RNC w zakresie zastrzeżonym”. Tym samym nie można uznać, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wypełnili przesłankę zachowania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w poufności.

Niezależnie od powyższego, Przystępujący nie wykazał zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do podwykonawców i oferowanych warunków cenowych. Przystępujący używa ogólnych sformułowań, że „ujawnienie tych informacji mogłoby doprowadzić do zerwania dobrych relacji z kontrahentami, które zbudowane są na zaufaniu.

Dlatego Wykonawca wprowadził szereg obostrzeń w zakresie przetwarzania i przechowywania informacji zdobytych podczas kontaktów handlowych”, nie wskazując konkretnie obostrzeń w powyższym zakresie, za wyjątkiem wzmiankowanej umowy o zachowaniu poufności oraz systemu zabezpieczeń informatycznych.

Należy zauważyć, że Przystępujący w różny sposób potraktował podwykonawców, tylko w odniesieniu do części z nich dokonując zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zasadność poczynienia takiego zróżnicowania nie została w żaden sposób wykazana. Przystępujący nie udowodnił, aby relacje handlowe z częścią podwykonawców były tego rodzaju, że zasługują one na zachowanie ich w poufności. Dokonanie takiego rozróżnienia pozostaje w sprzeczności z twierdzeniami przedstawionymi w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co jednocześnie potwierdza jego szablonowy charakter. Na str. 15 pisma z dnia 12 grudnia 2022 r. (2. akapit) Przystępujący stwierdza: „Mając świadomość jak ważnym zasobem jest informacja, Wykonawca w taki sam sposób traktuje informacje dotyczące kontrahentów, współpracowników itd. Wszystkie informacje pozyskane od podmiotów, które deklarują chęć współpracy w Wykonawcą w charakterze podwykonawcy, podmiotów udostępniających potencjał, współpracowników itd. są traktowane jako poufne (nawet jeśli nie zostało to wskazane wprost w treści ich oferty). Jeśli informacje te dotyczą zasad i zakresu współpracy oraz ofert cenowych, Wykonawca uznaje, że taka informacja ma charakter tajemnicy przedsiębiorstwa i zostaje ona objęta ochroną. Informacje takie wpływają na organizację spółki i stanowią dla niej istotną wartość gospodarczą, nierozzerwalnie wiążąc się z budowaniem przewagi konkurencyjnej na rynku oraz strategią realizacji poszczególnych umów, co z kolei wpływa na działalność spółki w ogólności”. Powyższe twierdzenia nie tylko pozostają w sprzeczności z faktem ujawnienia części podwykonawców, ale także potwierdzają przyjęcie błędnego założenia co do informacji dotyczących kontaktów handlowych. Informacje pozyskane od kontrahentów Przystępujący a priori traktuje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, nie zważając na konieczność spełnienia przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przy okazji wymaga zauważenia, że w ramach postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego konieczne jest wykazanie spełnienia ww. przesłanek w odniesieniu do wszystkich zastrzeganych informacji, bez względu na poczynienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie handlowej.

Nadto w wyjaśnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący w żaden sposób nie wykazał, jak ujawnienie kalkulacji sporządzonej dla konkretnego postępowania miałyby wpłynąć na umniejszenie pozycji konkurencyjnej czy też ujawnienie polityki cenowej Przystępującego w innych postępowaniach. Sam Przystępujący na str. 11 pisma z dnia 12 grudnia 2022 r. stwierdza, że „Kalkulacja wraz z dowodami na potwierdzenie jej realności zostały opracowane specjalnie na potrzeby niniejszego zamówienia (...)” (1. akapit pod

wyliczeniem). Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera szereg ogólnych twierdzeń jak na przykład, że zastrzeżone informacje dotyczą funkcjonowania spółki, metod kalkulacji cen stosowanych w ramach działalności operacyjnej, sposobu realizacji zamówienia, rozwiązań wypracowanych przez SYSTA SA w drodze wieloletniej praktyki. Te wysoce ogólne twierdzenia w żaden sposób nie zostały skonkretyzowane. Jedynym wyjątkiem jest wskazanie, że kalkulacje zawierają dane dotyczące zakładanej pracochłonności określonych czynności. Izba nie dopatruje się żadnych powodów dla uznania, że informacje w zakresie przyjętej przez wykonawcę pracochłonności zadań, miałyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy zgodzić się z Odwołującym, że jest to uzasadnienie, którym Przystępujący mógłby się posłużyć w dowolnym postępowaniu. Co więcej, tego rodzaju uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa mógłby sporządzić każdy wykonawca zaznajamiając się z orzecznictwem Izby, jakie dominowało we wcześniejszym okresie. Uwzględnianie tego rodzaju uzasadnień jako skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa skutkowałoby tym, że dostęp wykonawców do wyjaśnień ceny przedstawianych przez innych wykonawców zostałby ograniczony do minimum.

Warto w tym miejscu powołać się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2022 r., sygn. akt 479/22, w którym Izba orzekła, że: „nie wykazano, że dane te w sposób obiektywny obrazują szczegóły prowadzonej przez wykonawcę działalności gospodarczej, dlatego że w zastrzeżeniu tajemnicy wykonawca podkreśla, iż informacje zostały przygotowane wyłącznie na potrzeby tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jest to spójne z treścią zastrzeżonych wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny odnoszących się do konkretnych urządzeń, opisanych w przedmiocie zamówienia. Ponadto obciążony ciężarem dowodu wykonawca powinien szczegółowo i rzeczowo wyjaśnić w jaki sposób informacje dotyczące wyliczenia kosztów w tym postępowaniu miałyby ujawniać całość przyjętej przez niego polityki cenowej, czyli wskazać przekonujące okoliczności, które pozwoliłyby zamawiającemu zweryfikować jego stanowisko. Ważne jest przy tym, aby strona powołująca się na wartość gospodarczą określonych danych udowodniła istnienie tej okoliczności i sporządzając uzasadnienie decyzji utajnienia informacji przedstawiła w nich swoją argumentację w sposób wyczerpujący, kiedy w rozpoznawanym sporze informację o możliwości uzyskania przewagi rynkowej ze względu na możliwość poznania sposobu kalkulacji przystępującego pozostawiono w sferze ogólnych, nieweryfikowalnych zapewnień wykonawcy”.

Podobnie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt: XXIII Zs 53/21 wskazano, że: „Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołostownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Sąd nie podziela argumentacji skarżącego, z której

zdaje się wynikać, że każda informacja z zakresu funkcjonowania przedsiębiorstwa ma jakąś (choćby niewielką) wartość gospodarczą, dlatego nie ma potrzeby jej wykazywać. W ocenie Sądu taki pogląd jest sprzeczny z art. 8 ust. 3 Pzp, z którego należy wyprowadzić odmienny wniosek, tj. że co do zasady zawsze istnieje obowiązek wykazania wartości gospodarczej zastrzeganej informacji”.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że w przedmiotowym postępowaniu Przystępujący poprzestał jedynie na ogólnych stwierdzeniach, nie wskazując, które dokładnie postanowienia dokumentów (DM-01455-EN - Polityka bezpieczeństwa systemów informacyjnych wraz z tłumaczeniem; GU-02301 – przewodnik „Klasyfikacja i przechowywanie dokumentów oraz danych” wraz z tłumaczeniem; PO – 1651 – Karta identyfikacyjna procesu „Bezpieczeństwo informacji” wraz z tłumaczeniem; wzór umowy o pracę na okres próbny, umowy zlecenie, umowy o pracę na czas nieokreślony, wzór umowy o zakazie konkurencji, zachowaniu poufności, przykładowe umowy o pracę z pracownikami) zostały zastosowane i wdrożone w celu zachowania zastrzeganych załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w poufności.

Izba dodatkowo zważa, że Przystępujący w wyjaśnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazuje, że: „Pracownicy Wykonawcy zobowiązani są do ochrony poufnych informacji spółki, w tym tajemnic handlowych, przed nieautoryzowanym ujawnieniem wewnątrz lub na zewnątrz firmy, zarówno celowym, jak i przypadkowym. Pracownicy nie mogą ujawniać żadnych poufnych informacji osobom spoza spółki bez uzyskania wyraźnej zgody. Pracownicy nie mogą dzielić się poufnymi informacjami nawet z osobami wewnątrz spółki, w zakresie większym niż to niezbędne”, jak również „Wszystkie osoby zaangażowane w sporządzanie oferty zobowiązane są do zachowania w poufności w szczególności informacji w niej wskazanych oraz, co istotne, ceny oraz sposobu jej kalkulacji, w tym elementów cenotwórczych i osób wyznaczonych do realizacji umowy”, jednakże są to w ocenie Izby, stwierdzenia ogólnikowe, które w żaden sposób nie odnoszą się do załączonych dokumentów, a tym samym nie spełniają przesłanek skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Konkludując, zdaniem Izby, Przystępujący w żaden sposób nie wykazał, które dokładnie postanowienia załączonych dokumentów zostały zastosowane i wdrożone w celu zachowania kalkulacji oraz danych o podwykonawcach w poufności. Przystępujący nie udowodnił, że w stosunku do tych konkretnie danych i w związku z przedmiotowym postępowaniem podjął określone działania, przedstawiając jedynie ogólnikowe wyjaśnienia. Tym samym nie można uznać za wykazanie zasadności dokonanego zastrzeżenia przez Przystępującego w rozumieniu art. 18 ust. 3 ustawy PZP.

Dodatkowo, odnosząc się do stanowiska przedstawionego przez Przystępującego w piśmie procesowym, należy zauważyć, że powołuje się on na orzecznictwo Izby wskazując, że określone kategorie informacji podlegają kwalifikacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Takie podejście Przystępującego należy uznać za błędne. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje przekazywane przez wykonawcę mogą zostać uznane za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wykonawca zastrzeże ją jako taką i jednocześnie wykaże zasadność poczynionego w tym zakresie zastrzeżenia. Wynika to wprost z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Dodatkowo należy zauważyć, że w swoim piśmie procesowym Przystępujący powołuje się głównie na „starsze” orzecznictwo Izby. Jednakże zgodnie z dominującą obecnie linią orzecniczą, wyrażoną w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp zasadę jawności traktuje się priorytetowo, jako jedną z najważniejszych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ograniczenie stosowania tej zasady na podstawie art. 18 ust. 3 PZP może mieć miejsce jedynie pod warunkiem jednoznacznego wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając powyższe na uwadze, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający naruszył art. 18 ust. 3 ustawy PZP w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia w całości, tj. wraz z wszystkimi załącznikami, wyjaśnień Przystępującego dotyczących wyliczenia ceny z dnia 12 grudnia 2022 r. oraz naruszył art. 204 ust. 1 ustawy PZP, który jest zarzutem wynikowym.

Izba nie orzekała merytorycznie w zakresie zarzutu nr 2.3. odwołania co do naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP oraz art. 224 ust. 5 ustawy PZP poprzez błędną ocenę oferty i wyjaśnień złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SYSTRA S.A. z siedzibą w Paryżu oraz BPK MOSTY sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę i koszt, ponieważ był to zarzut postawiony przez Odwołującego jako zarzut ewentualny w stosunku do zarzutu nr 2.2.

Nadto Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 2.4. i 2.5. odnoszących się odpowiednio do zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SYSTRA S.A. z siedzibą w Paryżu oraz BPK MOSTY sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz zaniechania wezwania ww. wykonawców do uzupełnienia pełnomocnictwa do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu, ze względu na cofnięcie tych zarzutów przez Odwołującego na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie: