

WYROK

Warszawa, dnia 21 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska
Maria Kacprzyk
Monika Kawa-Ogorzałek
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 czerwca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INFRA – CENTRUM DORADZTWA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie, RDK PRC SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Bielanych Wrocławskich w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP POLSKIE LINIE KOLEJOWE SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie przy udziale uczestników po stronie Odwołującego
A. DOHWA POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Krakowie, DOHWA ENGINEERING CO. LTD z siedzibą w Seulu
B. MGGP SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Tarnowie
przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego BBF SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Poznaniu

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 4) i nr 5) w *petitum* odwołania
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 3) w *petitum* odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów złożonych przez wykonawcę BBF SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Poznaniu w ramach wyjaśń oraz wyjaśnień dodatkowych w zakresie rażąco niskiej ceny jak również odtajnienie wezwania ww. wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny z dnia 24 stycznia 2024 r.
3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie
4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INFRA – CENTRUM DORADZTWA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie, RDK PROJEKT SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Bielanych Wrocławskich w części 2/3 oraz uczestnika postępowania BBF SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Poznaniu w części 1/3 i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INFRA – CENTRUM DORADZTWA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie, RDK PROJEKT SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Bielanych Wrocławskich tytułem wynagrodzenia pełnomocnika od odwołania oraz kwotę po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawców, Zamawiającego oraz Uczestnika postępowania tytułem wynagrodzenia pełnomocnika
 - 4.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INFRA – CENTRUM DORADZTWA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie, RDK PROJEKT SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Bielanych Wrocławskich na rzecz zamawiającego PKP POLSKIE LINIE KOLEJOWE SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie kwotę 2 400 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące czterysta złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika
 - 4.3. zasądza od uczestnika postępowania BBF SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Poznaniu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INFRA – CENTRUM DORADZTWA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie, RDK PRC SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Bielanych Wrocławskich kwotę 6 200 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą 1/3 sumy kosztów poniesionych przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:
.....
.....

UZASADNIENIE:

Zamawiający PKP POLSKIE LINIE KOLEJOWE SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn: „Dokumentacja projektowa dla Poznańskiego Węzła Kolejowego”, nr referencyjny: PZ.292.1423.2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest równa lub wyższa od progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 października 2023 r. pod numerem: 621790-2023.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia INFRA – CENTRUM DORADZTWA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie, RDK PRC SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Bielanach Wrocławskich (dalej: „Odwołujący”) w dniu 27 maja 2024 r. wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego naruszających ustawę Pzp:

- 1.zaniechanie wykluczenia wykonawcy BBF sp. z o.o. (dalej jako: „BBF”) z Postępowania;
- 2.zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez BBF;
- 3.zaniechania podjęcia odpowiednich środków w celu zagwarantowania, że udział wykonawcy BBF w postępowaniu nie zakłóci konkurencji;
- 4.zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, dodatkowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, załączników do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonych przez BBF, także wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień RNC.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 108 ust. 1 pkt 6 pzp w związku z art. 85 ust. 1 pzp, w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy BBF, który doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie przedmiotowego postępowania, czym spowodował zakłócenie konkurencji, którego nie można wyeliminować w inny sposób niż poprzez wykluczenie wykonawcy BBF, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia jego oferty;
- 2)art. 109 ust. 1 pkt 8 pzp (ewentualnie art. 109 ust. 1 pkt. 10 pzp) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a pzp, poprzez zaniechane wykluczenia Wykonawcy BBF z Postępowania, pomimo złożenia przez tego Wykonawcę nieprawdziwego oświadczenia w formularzu JEDZ w zakresie wcześniejszego doradzania Zamawiającemu lub innego sposobu zaangażowania w przygotowanie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia jego oferty;
- 3)art. 18 ust. 1 i 3 pzp w zw. z art. art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2022.1233 t.j.) dalej "uznk", a także art. 16 ust. 1 pzp poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień, załączników do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, oraz dodatkowych wyjaśnień sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez BBF, które to wyjaśnienia Zamawiający uznał za skutecznie zastrzeżone w całości tajemnicą przedsiębiorstwa, a także wezwania do dodatkowych wyjaśnień, których to treść Zamawiający także utajnił;
- 4)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b pzp , poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BBF, który nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w punkcie 8.6.1. Specyfikacji Warunków Zamówienia Instrukcji dla Wykonawców (dalej jako: „SWZ”);
- 5)art. 109 ust. 1 pkt 8 pzp (ewentualnie art. 109 ust. 1 pkt. 10 pzp) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b pzp, poprzez zaniechane wykluczenia Wykonawcy BBF z Postępowania, który w wykazie usług przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, co do spełniania warunków udziału w Postępowaniu przez BBF.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2.powtórzenie czynności oceny i badania ofert;
- 3.wykluczenie wykonawcy BBF;
- 4.odrzucenie oferty wykonawcy BBF;
- 5.odtajnienie wyjaśnień RNC BBF z 5 stycznia 2024 r., załączników do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z 5 stycznia 2024 r., oraz dodatkowych wyjaśnień RNC z 31 stycznia 2024 r. złożonych przez BBF, a także wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień, skierowanego do BBF z 24 stycznia 2024 r. 6. powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał m.in.:

Zarzut nr 1

Odwolujący wskazał, że zgodnie z punktem 3.3. OPZ rozwiązania projektowe opracowane przez wykonawcę mają umożliwić dowiązanie do istniejących oraz zmienionych warunków otoczenia przewidzianych do realizacji w ramach wymienionych projektów. Oznacza to, że prawidłowa realizacja prac w umowie zawartej w wyniku zakończenia toczącego się postępowaniu wymaga uwzględniania dokumentacji projektowej jak i wykonawczej, wytworzonych w ramach historycznych inwestycji, których zakresy pokrywają z przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu.

W sierpniu 2018 r., w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, została podpisana Umowa na realizację dokumentacji projektowej dla projektu pn. „Prace na Obwodnicy Towarowej Poznania” pomiędzy PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. oraz BBF. Niektóre odcinki linii kolejowych, częściowo lub w pełni powtarzające się w ramach projektu pn. „Prace na Obwodnicy Towarowej Poznania” oraz w ramach aktualnego postępowania.

Realizując niniejsze zamówienie, zakończone odbiorem końcowym, BBF szczegółowo zapoznała się ze specyfiką linii kolejowych objętych zamówieniem, wykonała inwentaryzację stanu istniejącego oraz opracowała wielobranżowe rozwiązania techniczne, które z powodzeniem mogą być wykorzystane w ramach wykonywania umowy objętej niniejszym postępowaniem.

Zakres B zamówienia aktualnego postępowania obejmuje wyłącznie opracowanie koncepcji programowo-przestrzennej, stanowiącej pracę wstępną do opracowania projektów budowlanych. Oznacza to, iż ewentualna realizacja zamówienia, o którym mowa w toczącym się postępowaniu, przez BBF obciążona będzie przewagą konkurencyjną w postaci powtórzenia części czynności, jak np. inwentaryzacja stanu istniejącego. Wprawdzie rozwiązania techniczne, planowane do zastosowania w ramach obu zamówień będą zapewne się różnić, ze względu na różne zapisy OPZ, niemniej BBF prowadziła w ramach pierwszego z zamówień analizy rozwiązań technicznych. W efekcie BBF uzyskała w ten sposób przewagę co do zakresu prac jakie faktycznie będzie mogła wykorzystać w ramach realizacji nowego kontraktu.

Odwolujący przedstawił tabelę porównawczą zawierającą przykładowe elementy Koncepcji Programowo-Przestrzennej, które mają być wykonane w ramach niniejszego postępowania oraz te, które zostały wykonane w ramach postępowania na opracowanie dokumentacji projektowej na roboty budowlane wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu „Prace na obwodnicy towarowej Poznania”, z odniesieniem do poszczególnych punktów obu OPZ.

Odwolujący wskazał, że do OPZ niniejszego postępowania dołączono Załącznik 2b, jako Projekt powiązany, zawierający Schemat układu torowego stacji Górczyn - wyciąg ze SW dla LK nr 3 (w dokumentacji postępowania jest to załącznik nazwany: „Zał. 2b - SW Schemat Poznań Górczyn) zawierający 4. pliki pdf. zawierające wspomniany schemat. Z fragmentu wskazanego załącznika wynika, że jego autorem jest BBF. Sam schemat został stworzony w ramach większego projektu pn. „Opracowanie dokumentacji przedprojektowej w wersji rozszerzonej dla projektu pn.: „Prace na linii kolejowej nr 3 (E20) na odcinku Poznań Główny – Kunowice (granica państwa) 14/45 opracowanie SW”, w ramach projektu pn. „Pracy przygotowawcze dla wybranych projektów”.

Studium wykonalności, które zrealizowała BBF daje rzetelną informację m.in. o stanie technicznym linii kolejowej, w tym rozpoznanie geologiczne, co pozwala stwierdzić, jaki zakres badań w niniejszym Postępowaniu powinien założyć Wykonawca. Opracowanie obejmowało odcinek od km 308,600 do km 478,098 linii kolejowej nr 3, a więc pokrywa się obszarem z przedmiotem zamówienia w niniejszym Postępowaniu na odcinku ok. 9,6 km.

Odwolujący podkreślił, iż Zamawiający nie udostępnił wyników niniejszej dokumentacji przedprojektowej oferentom, poza niewielkim wyciągiem w postaci 4 plików PDF, obejmujących ok. 5,5 km linii kolejowej. Tymczasem studium będące podstawą prac projektowych obejmuje informacje znacząco obszerniejsze aniżeli same „pliki torowe”, w tym m.in. badania geologiczne.

Odwolujący przedstawił tabelę porównawczą zawierającą przykładowe elementy studium, które są możliwe do wykorzystania w ramach realizacji umowy zawartej po zakończeniu toczącego się postępowania.

Odwolujący przedstawił w formie mapy orientacyjnej zakres pokrywania się przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu oraz pracami, które zrealizował BBF w ramach projektów dot. Obwodnicy Towarowej Poznania oraz Studium wykonalności projektu „Prace na linii kolejowej nr 3 (E20) na odcinku Poznań Główny – Kunowice (granica państwa)”.

Odwolujący wskazał, że Zamawiający w sposób konkretny odesłał do projektów powiązanych, które będzie należało uwzględnić na etapie realizacji, poprzez ich wskazanie tj. do zamówienia na Opracowanie dokumentacji projektowej na roboty budowlane wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu „Prace na obwodnicy towarowej Poznania” oraz zamówienia na Opracowanie projektów wykonawczych i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu „Prace na obwodnicy towarowej Poznania”, a także poprzez dołączenie do OPZ fragmentów dokumentacji wytworzonej w ramach projektu powiązanego tj. zamówienia na Opracowanie dokumentacji przedprojektowej w wersji rozszerzonej dla projektu pn. „Prace na linii kolejowej nr 3 (E20) na odcinku Poznań Główny –

Kunowice (granica państwa), opracowanie SW.

Charakter jaki został przypisany projektom powiązanim oraz wymóg zapewnienia zgodności z nimi, wskazuje na to, że Zamawiający przygotowując niniejsze postępowanie korzystał z dokumentacji wytworzonej przez BBF, co oznacza, iż wykonawca ten był w inny sposób zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, co odpowiada dyspozycji art. 85 ust. 1 pzp.

Jednocześnie poprzez zaangażowanie w realizację historycznych zamówień, które stanowiły podstawę do przygotowania niniejszego postępowania, BBF uzyskał przewagę nad konkurentami.

Odwolujący zwrócił uwagę, że BBF wykonał już część prac, posiada materiały robocze, wyniki badań, zinwentaryzowane obiekty oraz pozostałą dokumentację wykonawczą, które to materiały nie zostały udostępnione pozostałym wykonawcom, przez co mógł on zaoferować realizację zamówienia w cenie niższej o 34 % od średniej arytmetycznej wszystkich ofert oraz o 60 % od szacunkowej wartości zamówienia, powiększonej o należny VAT.

Co istotne nawet samo udostępnienie dokumentacji projektowej wykonanej przez BBF w ramach poprzednich zamówień, nie eliminowałoby zakłócenia konkurencji w postępowaniu, gdyż BBF jest w posiadaniu chociażby wyników badań geologicznych czy geodezyjnych. W dokumentacji projektowej uwzględnia się jedynie wnioski z takich badań, a nie zamieszcza same badania. BBF posiadał znaczne rozeznanie w zakresie potrzebnych założeń do wykonania badań geologicznych, a co za tym idzie możliwości optymalizacji kosztów tych badań, które są bardzo istotnym składnikiem kosztów projektu. BBF posiadał szeroką wiedzę wynikającą z przeprowadzonej inwentaryzacji terenowej, którą uzyskał na koszt Zamawiającego. Z oczywistych względów, czasowych i finansowych, pozostali wykonawcy nie mają możliwości pozyskania jej.

Ponadto jednym z głównych elementów kosztotwórczych w zamówieniach dot. opracowania dokumentacji projektowej są koszty osobowe, które BBF dzięki wcześniejszemu wykonaniu części prac także będzie mógł zredukować, w celu zwiększenia swojego zysku.

Zamawiający mając wiedzę, że BBF jest autorem dokumentacji, którą wykorzystał w ramach przygotowania Postępowania, nie przedsięwziął jakichkolwiek środków w celu wyrównania konkurencji w niniejszym postępowaniu, jednocześnie na obecnym zaawansowanym etapie postępowania jedynym środkiem naprawczym jest wykluczenie wykonawcy BBF oraz odrzucenie jego oferty, na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 85 ust. 1 pzp, w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a pzp.

Zarzut nr 2

Wykonawca BBF w Części III Sekcja C JEDZ oświadczył, że nie doradzał instytucji zamawiającej i nie był w inny sposób zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia.

BBF całkowicie zignorował swój wpływ na przygotowanie postępowania, w wyniku czego doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do podstaw wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

W dokumencie JEDZ BBF podał informacje nieprawdziwe, sprzeczne ze stanem faktycznym. Twierdząca odpowiedź na przedmiotowe pytanie w dokumencie JEDZ nie jest uzależniona od faktu zaistnienia przesłanek wykluczenia. Omawiane pytanie dotyczy wyłącznie obiektywnego zdarzenia - czy dany wykonawca był, czy też nie był zaangażowany w przygotowanie postępowania. Osobną kwestią jest ocena skutków czy skali tego zaangażowania.

Innymi słowy odpowiedź negatywna na tak postawione pytanie jest niezależna od kwestii zakłócenia konkurencji, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 85 ust. 1 pzp. Niemniej, aby Zamawiający mógł oceniać skutki zaangażowania i ustalać, czy dany wykonawca podlega czy też nie podlega wykluczeniu - wykonawca musi najpierw złożyć prawdziwe oświadczenie w JEDZ. To oświadczenie musi być prawdziwe, aby wszyscy uczestnicy postępowania mieli pełny obraz stanu faktycznego.

Z uwagi na podstawowy charakter składanego oświadczenia, a także fakt, że wykonawcy, będący profesjonalistami, od których wymagany jest podwyższony miernik należytej staranności, powinni mieć świadomość prac, które realizowali w przeszłości, a także zapoznać się z dokumentacją, która została dołączona do SWZ.

Zdaniem Odwołującego działanie BBF należy zakwalifikować jako zamierzone albo co najmniej wynikające z rażącego niedbalstwa, co doprowadziło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd, rozumianego jako wywołanie u Zamawiającego mylnego wyobrażenia o rzeczywistości, co do okoliczności mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego tj. warunkujących udział wykonawcy BBF w postępowaniu, z uwagi na konieczność wykluczenia tego wykonawcy.

Zarzut nr 3

Odwolujący zwrócił uwagę, że celem zastrzeżenia informacji nie może być jedynie uniemożliwienie pozostałym wykonawcom zapoznania się z ich treścią. Objęcie dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa nie może być stosowane w celu uniknięcia ewentualnego odwołania, jakie mogliby wnieść konkurenci. Zasada ta doznaje urzeczywistnienia poprzez zakaz nieprawidłowej praktyki wykonawców, którzy decydują się na utajnianie całych dokumentów tak jak zrobiło to BBF, a nie poszczególnych informacji do których referuje art.18 ust.2 pzp, które z uwagi na ich znaczenie wykonawca chce

utajnić. Odwołujący przytoczył tezę wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2021 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 53/21.

BBF wskazała, że zastrzega poszczególne kategorie jak koszty pracy, koszty poszczególnych usług oraz wszelkie dane identyfikacyjne, ale nie dokonał jakiegokolwiek wyodrębnienia zastrzeganych informacji na etapie wykazywania przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk. Wszystkie przesłanki, które BBF próbuje wykazywać są traktowane zbiorczo. W uzasadnieniu zastrzeżenia nie ma informacji, która informacja i z jakiego powodu powinna zostać utajniona. BBF nie odnosi się z zastrzeżeniu do jakiegokolwiek konkretnego załącznika do wyjaśnień RNC i nie wskazuje, dlaczego powinien on zostać objęty tajemnicą przedsiębiorstwa. Już na podstawie tych okoliczności Zamawiający powinien zdecydować się na odtajnienie tajemnicy.

Odnosząc się do czynności zaniechania odtajnienia załączników do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w kontekście obowiązku wykazania zastrzeżenia, Odwołujący wskazał, że dokumenty przedkładane na poczet wykazania należy traktować tak samo jak uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa tj. jako dokumenty jawne, które umożliwiają wykonawcom weryfikację prawidłowości podejmowanych czynności przez Zamawiającego, co do czynności dot. odtajnienia.

W zakresie zastrzeżonych załączników uzasadnienia BBF wcale nie wykazuje przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 uznk. Jedynie w zakresie Polityki bezpieczeństwa wskazuje, że jest to dokument poufny, i z tego względu przekazuje jedynie zarządzenie Prezesa Zarządu ws. ustanowienia i wprowadzenia Regulaminu ws. polityki bezpieczeństwa i tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 04.01.2021 r. Samo powyższe zarządzenie, a także załącznik nr 2 zostały już przez Zamawiającego ujawnione, w trakcie postępowania Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: „Budowa połączenia kolejowego Kraków – Myślenice” realizowanego w ramach Programu Uzupelniania Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej – Kolej + do 2029 roku i mają charakter jawny.

Samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone w ramach postępowania dot. Myślenic jest niemal identyczne jak to złożone w niniejszym postępowaniu.

Obydwa zastrzeżenia tajemnicy zostały oparte na ogólnikowych sformułowaniach, wyrażających subiektywne przekonanie, o tym, że składane dokumenty spełniają przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk, które mógłby złożyć każdy wykonawca biorący udział w postępowaniach.

Co istotne wyjaśnienia BBF złożone w post. dot. Myślenic zostały finalnie odtajnione w związku z wyrokiem KIO z 15 grudnia 2023 r. (sygn. akt KIO 3541/23), Izba odnosząc się do poszczególnych przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk oraz treści zastrzeżenia tajemnicy wskazała, że nie było ono dokonane skutecznie. Ustalenia Izby w przywołanej sprawie mają zastosowanie także do czynności Zamawiającego w niniejszym postępowaniu i Odwołujący przyjmuje je jako własne.

Zdaniem Odwołującego treść wyjaśnień składała się z ogólnikowych oświadczeń referujących do długoletniego doświadczenia, profesjonalizmu, know-how, wypracowanej metodologii, jednakże była wybrakowana z konkretyzacji owego wyjątkowego modelu. Co nie pozwalało uznać treści wyjaśnień za możliwe do objęcia tajemnicą.

Odnosząc się do kolejnej przesłanki tj. do działań podjętych w celu zachowania poufności zastrzeżonych dokumentów, BBF wykazuje wskazaną przesłankę m.in. poprzez wskazanie, że informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa są dostępne wąskiej grupie ludzi, m.in. osobom zobowiązanym do zachowania poufności na podstawie przepisów prawa powszechnie obowiązującego, a także przedłożył jako załącznik oświadczenia o poufności podpisywane przez pracowników. Zakładając, że załączone oświadczenia pracowników o zachowaniu poufności, są tymi samymi, które zostały odtajnione w ramach postępowania dot. Myślenic, to należy zwrócić uwagę, że wskazane oświadczenia mają charakter ogólnikowy i odnoszą się do „danych o udzielenie zamówień publicznych”. Oświadczenie nie zawiera jakiegokolwiek konkretyzacji jakie dane pracownik zobowiązuje się zachować w poufności. Jednocześnie przyjęcie optyki, że dotyczy to wszelkich danych jest o tyle nieprawidłowe, że dotyczyłoby to także informacji jawnych, jak sam fakt uczestnictwa w postępowaniu przetargowym, oferta przetargowa. Innymi słowy złożone zobowiązanie jest niemożliwe do wykonania przez pracownika z uwagi na zbyt szeroki zakres. Tak abstrakcyjne zobowiązanie nie pozwala pracownikowi odróżnić, co może być tajemnicą przedsiębiorstwa, a co nie może być nią objęte.

Jako drugi z dowodów, wykonawca przedłożył zarządzenie Prezesa Zarządu ws. ustanowienia i wprowadzenia Regulaminu ws. polityki bezpieczeństwa i tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 04.01.2021 r. Biorąc pod uwagę datę wskazanego zarządzenia jak i rzekomą istotność rzeczonego dokumentu, należy przyjąć, że jest to to samo zarządzenie co w postępowaniu dot. Myślenic.

Na podstawie samego zarządzenia Zamawiający nie ma możliwości ocenić czy rzeczona instrukcja faktycznie istnieje oraz (jeżeli istnieje) czy zawarte w niej metody działania są adekwatne do zapewnienia celu jakim jest ochrona tajemnicy. Nazwa dokumentu wskazuje, że jest to dokument o charakterze ramowym, którego dopełnienie powinny

stanowić poszczególne dokumenty, do których referowałby on w swojej treści. Brak jest więc dowodów na to, że postanowienia niniejszej polityki nie stanowią „martwych” regulacji, a są wdrożone i stosowane w przedsiębiorstwie BBF.

W złożonym piśmie z dnia 14 czerwca 2024 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający uwzględnił zarzut oznaczony jako nr 3) w *petitum* odwołania, jak również ustosunkował się do pozostałych zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Zarzut nr 1

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie podał swojemu obowiązkowi udowodnienia faktów, z których wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne. W szczególności, w odniesieniu do zarzutów sformułowanych w pkt I.1 i I.2 *petitum* odwołania Odwołujący winien wykazać konkretnymi dowodami nie tylko fakt, że BBF doradzał lub był zaangażowany w inny sposób w przygotowanie postępowania, ale również, zgodnie z dyspozycją art. 85 ust. 2 PZP, że zaangażowanie BBF prowadzi do zakłócenia konkurencji, które to zakłócenie nie może być wyeliminowane w inny sposób niż poprzez wykluczenie wykonawcy.

Zamawiający zwrócił uwagę, że w pkt 2.1 uzasadnienia odwołania Odwołujący akcentuje fakt, że w treści pkt 3.3. OPZ Zamawiający wskazał, że rozwiązania projektowe opracowane przez Wykonawcę mają umożliwić dowiązanie do istniejących oraz zmienionych warunków otoczenia przewidzianych do realizacji w ramach odrębnych projektów powiązanych. Z niezrozumiałych względów Odwołujący w tym miejscu przywołuje jednak wyłącznie dwa projekty, podczas gdy Zamawiający przywołał ich w tym miejscu kilkanaście. Prawidłowa lista projektów wymienionych w punkcie 3.3. OPZ przedstawia się następująco:

- 1) *Opracowanie dokumentacji projektowej na roboty budowlane wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu „Prace na obwodnicy towarowej Poznania”;*
- 2) *Opracowanie projektów wykonawczych i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu „Prace na obwodnicy towarowej Poznania”;*
- 3) *Przebudowa układów torowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą na linii kolejowej E59 odcinek Poznań Główny – Rokietnica w ramach Projektu „Prace na linii kolejowej E 59 na odcinku Poznań Główny – Szczecin Dąbie”;*
- 4) *Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E20 Kunowice – Terespol (z wyłączeniem węzła warszawskiego);*
- 5) *Dostosowanie do wymaganych parametrów sieci TEN-T poprzez zabudowę systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na lin. kolejowej nr 351 na odc. Poznań Główny – Krzyż;*
- 6) *Modernizacja linii kolejowej nr 354 Poznań Główny POD – Chodzież – Piła Główna;*
- 7) *Opracowanie dokumentacji i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu pn. „Dobudowa peronu na stacji Poznań Główny wraz z przebudową przejścia podziemnego”;*
- 8) *„Budowa infrastruktury systemu ERTMS/GSM-R na liniach kolejowych PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w ramach NPW ERTMS”;*
- 9) *Budowa nowych linii kolejowych i modernizacja linii istniejących województwa wielkopolskiego w ramach Programu CPK (Centralny Port Komunikacyjny);*
- 10) *Budowa trzeciego toru na odcinku Poznań Główny - Poznań Wschód - wykonanie studium wykonalności;*
- 11) *Wstępne Studium Wykonalności Poznańskiego Węzła Kolejowego;*
- 12) *Inwestycje prowadzone przez Samorządy Terytorialne mające na celu udrożnienie lub poprawienie parametrów ciągów komunikacyjnych stycznych do budowanej w ramach tego zadania infrastrukturą.*

Co przy tym istotne, przynajmniej trzy spośród wymienionych powyżej projektów, tj. wymienione w punktach 3, 7 i 10 były realizowane przez spółkę Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu sp. z o.o., która jest spółką zależną Odwołującego.

Tym samym, Odwołujący formułując w *petitum* Odwołania zarzut I.1 wykazuje niekonsekwencję. W istocie bowiem, gdyby rzeczywiście fakt wykonywania jednego z projektów wymienionych w punkcie 3.3. OPZ miał przesądzać o tym, że w odniesieniu do konkretnego wykonawcy spełniona jest przesłanka z art. 85 ust. 1 i 2 PZP, to przede wszystkim Odwołujący musiałby zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania.

W punkcie 3.3. OPZ Zamawiający wyraźnie wskazał, że w ramach przedmiotu zamówienia wykonawca ma obowiązek realizować przedmiot zamówienia w ścisłej współpracy z wykonawcami innych inwestycji realizowanych/przygotowywanych przez Zamawiającego, w szczególności projektów powiązanych. Rozwiązania projektowe opracowane przez wykonawcę mają umożliwić dowiązanie do istniejących oraz zmienionych warunków otoczenia przewidzianych do realizacji w ramach odrębnych projektów powiązanych.

Tym samym, katalog projektów zawarty w pkt 3.3. OPZ to katalog odrębnych projektów, które wykonawca powinien jedynie wziąć pod uwagę przy realizacji przedmiotu zamówienia. Nie sposób w oparciu o przywołany punkt 3.3. OPZ wywodzić, że zakres wymienionych tam projektów powiązanych pokrywa się z zakresem zamówienia. Takie twierdzenie, nie dość, że nie znajduje uzasadnienia w treści Opisu Przedmiotu Zamówienia, nie jest uprawnione również z punktu

widzenia zasad logiki i doświadczenia życiowego.

Nadto, Zamawiający zwrócił uwagę, że wiedza posiadana przez poszczególnych wykonawców, w tym Odwołującego i BBF, w związku z realizacją wybranych projektów wymienionych w pkt 3.3. OPZ nie prowadzi do przewagi konkurencyjnej tych wykonawców, gdyż przedmiotowe postępowanie dotyczy poznańskiego węzła kolejowego, a nie poszczególnych punktów stycznych. Projekt Poznańskiego Węzła Kolejowego nie jest kontynuacją ani rozszerzeniem większej całości, a wymienione zadania nie stanowią wydzielonych odcinków lub etapów tego projektu. Istotne z punktu widzenia realizacji Zamówienia są jedynie punkty styku, gdzie należy zapewnić zakładaną funkcjonalność i parametry, o ile w toku prac projektowych i tworzenia koncepcji programowo-przestrzennej nie pojawią się nowe okoliczności zmieniające założenia projektu. Ponadto materiały i wiedza poszczególnych wykonawców obejmująca zakres inny niż dotyczący punktu styku z poznańskim węzłem kolejowym jest zbędna z punktu widzenia celów tego projektu.

Odnosząc się bezpośrednio do dwóch wymienionych przez Odwołującego projektów stycznych, Zamawiający wskazał, że aktualny status projektu „Prace na obwodnicy towarowej Poznania” jest inny niż wskazany w odwołaniu. Obecnie projekt ten jest na etapie wykonywania projektów wykonawczych oraz realizacji robót budowlanych. W dniu 27 maja 2024 r. z Konsorcjum firm: Zakład Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu sp. z o. o. (lider), Alusta S.A. (partner) i Intop Warszawa Sp. z o.o. (partner) została podpisana stosowna umowa. Jednocześnie, co przy tym istotne, wraz z podpisaniem umowy strony zdecydowały się na zawarcie aneksu nr 1, w ramach którego wprowadzono szereg zmian do przedmiotu umowy, w tym również w zakresie opracowanej już dokumentacji projektowej. Tym samym, ewentualna historyczna wiedza BBF na temat tego projektu jest obecnie bez znaczenia. Na skutek realizowanych robót budowlanych, w tym robót realizowanych w oparciu o zamienną dokumentację projektową opracowywaną na podstawie aneksu nr 1, stan faktyczny omawianego obszaru będzie odmienny od tego, który był analizowany przez BBF w ramach realizowanej usługi.

Zamawiający podkreślił, że opisany w OPZ stan faktyczny obszaru objętego projektem Obwodnicy Towarowej Poznania traktować należy jako poglądowy. Opracowywana obecnie w ramach umowy z dnia 27 maja 2024 r. dokumentacja wykonawcza, a częściowo również dokumentacja (zamienna) projektowa, niewątpliwie nie ma charakteru historycznego, lecz przyszłościowy i siłą rzeczy nie jest znana BBF, ani Zamawiającemu czy innym wykonawcom.

Odnosząc się natomiast do drugiego z wymienionych przez Odwołującego projektów realizowanych przez BBF tj. projektu pn. "Prace na linii kolejowej nr 3 (E20) na odcinku Poznań Główny - Kunowice (granica państwa), opracowanie SW", Zamawiający podniósł, że nie został on jeszcze ukończony. Projekt ten nadal znajduje się w realizacji. Zamawiający w ramach postępowania udostępnił tylko wstępne i planowane rozwiązania dla st. Poznań Górczyn jako ostatniej stacji na linii kolejowej nr 3 stycznej z obszarem Poznańskiego Węzła Kolejowego.

Zamawiający zaznaczył, że udostępnione rozwiązanie jest wstępne, a w ramach Projektu stacja Poznań Górczyn wymagać będzie przeprojektowania. Pozostały obszar tj. od stacji Poznań Górczyn do st. Pałędzie (tj. od około km 309,19 – do km 318,278) dotyczy dowiązania urządzeń i aplikacji srk. Zakres do zrealizowania w ramach zamówienia na tym obszarze nie wymaga przekazania dodatkowych wyników badań geologicznych, gdyż zakres ten nie będzie w żaden sposób skupiać się na branży torowej czy też obiektów inżynierskich, a jedynie na powiązaniu zabudowanych urządzeń sterowania ruchem kolejowym na st. Pałędzie oraz przejazdach kolejowo-drogowych z dedykowanymi Lokalnymi Centrami Sterowania (LCS) oraz docelowym Regionalnym Centrum Sterowania (RCS).

Zarzut nr 2

W konsekwencji, nie sposób również przyjąć, by BBF składając w ramach JEDZ oświadczenie w przedmiocie zaangażowania w przygotowanie przedmiotu zamówienia wprowadził Zamawiającego w błąd. Tym samym, brak jest podstaw do przyjęcia, że w sprawie zaistniały przewidziane w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 przesłanki do wykluczenia wykonawcy.

Izba pominęła argumentację Odwołującego oraz Zamawiającego w zakresie zarzutów oznaczonych jako nr 4) i 5) w *petitum* odwołania uznając ją za zbędną z uwagi na umorzenie postępowania w tym zakresie.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia DOHWA POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Krakowie, DOHWA ENGINEERING CO. I siedzibą w Seulu oraz wykonawca MGPP SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Tarnowie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Wykonawca BBF SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Poznaniu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutu oznaczonego jako nr 3) w *petitum* odwołania.

Ww. wykonawcy w złożonych pismach procesowych odnieśli się do zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestników postępowania, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również

biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestników postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców zgłaszających przystąpienie po stronie Odwołującego: DOHWA POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Krakowie, DOHWA ENGINEERING CO. LTD z siedzibą w Seulu oraz MGGP SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Tarnowie.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę zgłaszającego przystąpienie stronie Zamawiającego BBF SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Poznaniu (dalej „BBF”).

Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonymi przystąpieniami zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawcy skutecznie zgłoszili swoje przystąpienia, stając się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez:

1. Odwołującego wraz z odwołaniem, tj.: zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 11 października 2017 r.; zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu prowadzonym pn. „Opracowanie dokumentacji przedprojektowej w wersji rozszerzonej dla projektu pn. „Prace na linii kolejowej nr 3 (E20) na odcinku Poznań Główny – Kunowice (granica państwa), opracowanie SW” w ramach projektu pn. „Prace przygotowawcze dla wybranych projektów”; wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 15 grudnia 2023 r.; uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 5 stycznia 2024 r.; wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 24 stycznia 2024 r.; oświadczenie o poufności podpisywane przez pracowników spółki; zarządzenie Prezesa Zarządu ws. ustanowienia i wprowadzenia Regulaminu ws. polityki bezpieczeństwa i tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 04.01.2021r.; uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy złożone w postępowaniu dot. Myślenic; zawiadomienie o uchyleniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnieniu informacji z dnia 7 listopada 2023 r.; zawiadomienie o uchyleniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnieniu informacji z dnia 15 grudnia 2023 r.; wyjaśnienia BBF dot. Myślenic z dnia 27 lipca 2023 r.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowodów, złożonych przez:

1. Odwołującego wraz z odwołaniem, tj.: OPZ dot. postępowania Opracowanie dokumentacji projektowej na roboty budowlane wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu „Prace na obwodnicy towarowej Poznania”; OPZ dot. postępowania Opracowanie dokumentacji przedprojektowej w wersji rozszerzonej dla projektu pn. „Prace na linii kolejowej nr 3 (E20) na odcinku Poznań Główny – Kunowice (granica państwa), opracowanie SW”.
2. Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie, tj.: wydruk informacji ze strony internetowej spółki BPK w Poznaniu sp. z o.o.: <https://bpk-poznan.com.pl/nasze-inwestycje.html>; protokół odbioru etapu z dnia 26 kwietnia 2019 r.; wydruk z CRI KRS BPK w Poznaniu sp. z o.o.; wyciąg z umowy nr 90/107/0054/23/Z/I z dnia 27 maja 2024 r. wraz z aneksem nr 1 z dnia 27 maja 2024 r.; oświadczenie przewodniczącego komisji przetargowej; pierwsze strony projektów budowlanych zrealizowanych w ramach usługi wykazanej w pozycji 2; oświadczenie członka komisji przetargowej – Dyrektora Projektu Zamawiającego odpowiedzialnego za nadzór nad realizacją i odbiór usługi wykazanej w pozycji 4; aneks nr 1 do Umowy nr 90/107/0115/17/Z/I z dnia 29 czerwca 2017 r. na „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego” w ramach projektu pn.: „Poprawa dostępu kolejowego do portów morskich w Szczecinie i Świnoujściu; komplet 13 pozwoleń na budowę pozyskanych przez Przystępującego 3 w ramach realizacji usługi wykazanej w pozycji 2 wykazu usług; komplet 8 pozwoleń na budowę pozyskanych przez Przystępującego 3 w ramach realizacji usługi wykazanej w pozycji 3 wykazu usług; komplet 14 pozwoleń na budowę pozyskanych przez Przystępującego 3 w ramach realizacji usługi wykazanej w pozycji 4 wykazu usług.
3. Uczestnika postępowania BBF, tj.: PFU dla zadania „Opracowanie projektów wykonawczych i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu „Prace na Obwodnicy Towarowej Poznania”; OPZ dla zadania „Prace na linii kolejowej nr 3 (E20) na odcinku Poznań Główny – Kunowice (granica państwa)”; wyciąg z projektu budowlanego dla zadania „Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E20 Kunowice – Terespol (z wyłączeniem Węzła Warszawskiego) w ramach projektu nr 2016-PL-TMC-0136-W „Zabudowa ERTMS/ETCS na liniach sieci bazyw TEN-T”.; decyzja Wojewody Zachodniopomorskiego Nr 4/Z/2020 z dnia 20.01.2020 r. o zatwierdzeniu projektu

budowlanego i udzieleniu pozwolenia na budowę; decyzja Wojewody Pomorskiego Nr 38z/2019/ME z dnia 3.09.2019 r. o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzieleniu pozwolenia na budowę; decyzja Wojewody Wielkopolskiego Nr 25/Z/22 z dnia 5.05.2022r. o zatwierdzeniu projektu zagospodarowania terenu oraz projektu architektoniczno-budowlanego i udzieleniu pozwolenia na budowę

jako nieistotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn: „Dokumentacja projektowa dla Poznańskiego Węzła Kolejowego”. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w Tomie III SWZ (OPZ).

W Rozdziale 3, pkt 3.3. - Koordynacja z innymi inwestycjami – OPZ Zamawiający wskazał:

Wykonawca jest zobowiązany realizować przedmiot zamówienia w ścisłej współpracy z wykonawcami innych inwestycji realizowanych/przygotowanych przez Zamawiającego i innymi podmiotami w liniach rozgraniczających Zamówienia oraz na obszarze jego oddziaływania.

Dla zapewnienia spójności pomiędzy projektem, a innymi projektami inwestycyjnymi i studiami wykonalności oraz zapewnienia optymalnego wykorzystania przeznaczzonego na te projekty środków finansowych Zamawiający wymaga od Wykonawcy współpracy z Wykonawcami projektów powiązanych z niniejszym Projektem. Rozwiązania projektowe opracowane przez Wykonawcę mają umożliwić dowiązanie do istniejących oraz zmienionych warunków otoczenia przewidzianych do realizacji w ramach odrębnych projektów powiązanych takich jak:

- 1) *Opracowanie dokumentacji projektowej na roboty budowlane wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu „Prace na obwodnicy towarowej Poznania”;*
- 2) *Opracowanie projektów wykonawczych i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu „Prace na obwodnicy towarowej Poznania”;*
- 3) *Przebudowa układów torowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą na linii kolejowej E59 odcinek Poznań Główny – Rokietnica w ramach Projektu „Prace na linii kolejowej E 59 na odcinku Poznań Główny – Szczecin Dąbie”;*
- 4) *Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E20 Kunowice – Terespol (z wyłączeniem węzła warszawskiego);*
- 5) *Dostosowanie do wymaganych parametrów sieci TEN-T poprzez zabudowę systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na lin. kolejowej nr 351 na odc. Poznań Główny – Krzyż;*
- 6) *Modernizacja linii kolejowej nr 354 Poznań Główny POD – Chodzież – Piła Główna;*
- 7) *Opracowanie dokumentacji i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu pn. „Dobudowa peronu na stacji Poznań Główny wraz z przebudową przejścia podziemnego”;*
- 8) *„Budowa infrastruktury systemu ERTMS/GSM-R na liniach kolejowych PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w ramach NPW ERTMS”;*
- 9) *Budowa nowych linii kolejowych i modernizacja linii istniejących województwa wielkopolskiego w ramach Programu CPK (Centralny Port Komunikacyjny);*
- 10) *Budowa trzeciego toru na odcinku Poznań Główny - Poznań Wschód - wykonanie studium wykonalności;*
- 11) *Wstępne Studium Wykonalności Poznańskiego Węzła Kolejowego;*
- 12) *Inwestycje prowadzone przez Samorządy Terytorialne mające na celu udrożnienie lub poprawienie parametrów ciągów komunikacyjnych stycznych do budowanej w ramach tego zadania infrastrukturą.*

oraz innych inwestycji, których realizacji/okres trwałości czasowo pokrywa się z okresem realizacji/okresem trwałości niniejszego zadania/projektu. (...)

Odwolujący wytworzył dokumenty o których mowa w pkt 3), 7) oraz 10), z kolei BBF w pkt 1) i 2).

Do OPZ dołączono fragment jednego z projektów powiązanych, stanowiący Załącznik nr 2b – SW Schemat Poznań Górczyn, zawierający schemat układu torowego stacji Górczyn – wyciąg ze SW dla LK nr 3. Autorem ww. schematu jest BBF.

Zgodnie punktem 9.1. Rozdziału 9 SWZW *celu wstępnego wykazania braku podstaw wykluczenia z Postępowania oraz na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, każdy z Wykonawców wraz z ofertą zobowiązany jest złożyć Jednolity Dokument, którego wzór stanowi Załącznik nr 1E do IDW.*

BBF w Części III w Sekcji C Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: „JEDZ”) oświadczył następująco:

W trakcie badania i oceny ofert Zamawiający pismem z dnia 15 grudnia 2023 r. wezwał BBF do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny.

BBF pismem z dnia 4 stycznia 2024 r. złożył wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny, zastrzegając wyjaśnienia wraz z załącznikami jako informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zastrzeżenia BBF wskazał m.in.:

Podstawa faktyczna utajnienia dokumentów

Zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa zostały informacje zawarte w Wyjaśnieniach. Informacje te dotyczą

sposobu kalkulacji i budowania ceny oferty, a tym między innymi: kosztów pracy, w tym stosowanych narzutów na pozapłacowe koszty pracy i współpracowników Wykonawcy; kosztów poszczególnych usług, w tym nabywanych od podmiotów trzecich (m.in. koszty najmu i utrzymania biura, koszty środków transportu, koszty działań promocyjnych; Wszelkich danych, w szczególności imion i nazwisk, pozwalających na identyfikację osób zatrudnionych u Wykonawcy, w tym informacje zawarte w załącznikach do tego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zastrzegane informacje mają charakter informacji organizacyjnych lub innych informacji posiadających istotną wartość gospodarczą, w szczególności informacji finansowych, które jako ten zbiór elementów nie są znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji. W szczególności dotyczy to informacji takich jak: wysokość przyjętych do kalkulacji stawek, wysokość marż, stawek wynagrodzeń lub kosztów nabywanych usług, kalkulacji ryzyk oraz sposobu konkurencyjnego budowania oferty cenowej.

Wyjaśnienia oraz załączone do nich dokumenty zawierają szczegółowe informacje na temat wypracowanej przez Wykonawcę metody realizacji zamówienia, a zatem tego rodzaju informacje mają charakter organizacyjny (albowiem dotyczą odpowiedniej organizacji prac i ich wyceny). Dotyczy to w szczególności takich danych jak: zakładany przez Wykonawcę sposób realizacji określonych prac, ewentualnego outsourcingu niektórych części zamówienia oraz sposób ich wyceny.

Należy podkreślić, że sposób realizacji określonych prac, jak i sposób kalkulacji ceny oferty stanowi know-how przedsiębiorstwa Wykonawcy, wypracowane przez wiele lat doświadczeń w realizacji podobnych zamówień, w oparciu o doświadczenie organizacji jako takiej, jak i jej zaufanych i kluczowych pracowników i kooperantów. Kalkulacja ceny ofertowej obrazuje sposób działania Wykonawcy, jego organizację pracy, jak i koszty prowadzonej działalności.

Źródła dostaw (usług), wysokość stawek, wysokość kosztów płacowych, w tym stosowanych narzutów są również elementem organizacji przedsiębiorstwa, elementem prowadzonej działalności, wypracowanych przez lata kontaktów, indywidualnych negocjacji i posiadają wartość gospodarczą. Gdyby podmioty konkurencyjne miały świadomość tych kosztów mogłyby podejmować próby przyjmowania podobnych kosztów i podobnych cen, co wpłynęłoby negatywnie na konkurencyjność Wykonawcy.

Również kwestie dotyczące personelu oraz stawek jego wynagrodzenia traktowane są jako poufne zarówno ze względu na przepisy dotyczące danych osobowych, jak i wolę członków personelu, na potwierdzenie czego odsyłamy do treści oświadczeń członków zespołu delegowanego do realizacji.

Informacje o konkretnych osobach kierowanych do realizacji zamówienia lub przygotowujących ofertę mają kluczowe znaczenie dla Wykonawcy. Są to osoby o wysokich kwalifikacjach, doświadczeniu i znajomości rynku. W dobie istotnego niedoboru specjalistów i konkurowania przez przedsiębiorców o pozyskanie specjalistów informacje pozwalające zidentyfikować te osoby są cenne. Są to wymiennie cenne informacje dla konkurencji. BBF realnie spotkał się z próbami pozyskania zatrudnionych przez nas specjalistów; czasem te próby niestety okazują się skuteczne. Utrata kluczowych specjalistów może istotnie utrudnić realizację tego zamówienia oraz wywiązanie się ze zobowiązań wynikających z innych kontraktów, a także uniemożliwić lub co najmniej znacznie utrudnić pozyskiwanie kolejnych zamówień.

Podkreślamy, że utajnienie powyższego należy uznać za zgodne z prawem, bowiem zgodnie z postanowieniem Sądu Antymonopolowego z dnia 30.10.1996 r., XVII Amz 3/96, „tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu”.

Gdyby podmioty konkurencyjne uzyskały dostęp do zastrzeganych informacji, to bez wątpienia wpłynęłoby negatywnie na konkurencyjność Wykonawcy. Działalność Wykonawcy, w tym jego zdolność konkurencyjna, w znacznym stopniu opiera się właśnie na tego rodzaju informacjach. Dla podmiotów działających na rynku usług intelektualnych w zakresie wysokospecjalistycznego projektowania wypracowana organizacja pracy stanowi jedną z podstaw funkcjonowania oraz niezwykle istotny element zdolności konkurencyjnej.

Działania, które zostały podjęte przez Wykonawcę w celu zachowania poufności zastrzeżonych dokumentów

Przede wszystkim wskazuję, że informacje zawarte w Wyjaśnieniach oraz załącznikach - **nie zostały nigdy podane do publicznej wiadomości i w żaden sposób nie są publicznie dostępne, a podmioty trzecie nie mogą legalnie wejść w ich posiadanie.**

Podkreślam także, że Wykonawca **podjął szereg działań zmierzających do zachowania poufności wszystkich ww. informacji.** W szczególności sposób kalkulacji ceny ofertowej, a także wartość elementów składowych znane są bardzo ograniczonej grupie osób, osobom zarządzającym Wykonawcy oraz kluczowym pracownikom. Wszystkie ww. osoby zobowiązane są do zachowania poufności ww. informacji na mocy przepisów prawa (przykładowo członek zarządu zobowiązany jest do zachowania poufności w związku z wynikającym z przepisów Kodeksu spółek handlowych, obowiązkiem należytego wykonywania powierzonych im funkcji oraz obowiązkiem dbałości o dobro reprezentowanego przez nich podmiotu; natomiast taki obowiązek pracowników wynika m.in. z art. 100 Kp). Ponadto wszyscy pracownicy Wykonawcy jak również osoby prowadzące działalność gospodarczą i współpracujące z Wykonawcą podpisują odrębne zobowiązanie do zachowania poufności (**dowód:** oświadczenie o poufności podpisywane przez pracowników spółki).

Całość części utajnionej jest przechowywana w siedzibie Wykonawcy z zachowaniem szczególnych procedur bezpieczeństwa. Dostęp do materiałów mają tylko upoważnieni pracownicy Wykonawcy, biorący udział w opracowywaniu oferty do niniejszego postępowania. Archiwum z materiałami w wersji elektronicznej jest przechowywane w zaszyfrowanym katalogu sieciowym z ograniczonym dostępem tylko i wyłącznie dla upoważnionych pracowników. U Wykonawcy obowiązują odpowiednie zasady, co do postępowania z taką poufną informacją (dokumentacją), która jest przechowywana w zabezpieczonych (zarówno elektronicznymi systemami dozoru, jak i tradycyjnym zamkiem) miejscach, do których dostęp mają tylko ww. osoby. Natomiast dokumentacja zawierająca informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny w formie elektronicznej zapisana jest na szyfrowanych dyskach.

(dowód: zarządzenie Prezesa Zarządu ws. ustanowienia i wprowadzenia Regulaminu ws. polityki bezpieczeństwa i tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 04.01.2021 r.)¹

1 Wykonawca wyjaśnia, że do niniejszego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedkłada jedynie treść zarządzenia Prezesa Zarządu ws. ustanowienia i wprowadzenia Regulaminu ws. polityki bezpieczeństwa i tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 04.01.2021 r. bez załączania samego Regulaminu. Powyższe spowodowane jest tym, że sam Regulamin jest dokumentem ściśle poufnym, albowiem w swej treści zawiera szczegółowe instrukcje postępowania z informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa oraz szczegółowy sposób ich ochrony. Każdy pracownik, który otrzymuje ten Regulamin zobowiązany jest do podpisania oświadczenia o zobowiązaniu do zachowania jego treści w pełnej poufności. Jednocześnie ujawnienia sposobów zabezpieczania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pozwala podmiotom trzecim na zapoznanie się ze stosowanymi środkami bezpieczeństwa, a tym samym ułatwia ich obejście, tudzież złamanie.

U Wykonawcy obowiązuje Polityka bezpieczeństwa, która ustanawia odpowiednie środki techniczne ochrony danych. Środki techniczne jakie wprowadza Wykonawca w celu ochrony danych poufnych, również zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ujawnienie informacji o zastosowanych środkach bezpieczeństwa potencjalnie ułatwiłoby osobom/podmiotom trzecim możliwość ich ominięcia, a co za tym idzie narażałoby Wykonawcę na ryzyko ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zbiory danych przetwarzane w Spółce zabezpiecza się poprzez:

[szczegółowe określenie w załączniku nr 1 do niniejszego pisma, załącznik ten objęty jest tajemnicą przedsiębiorstwa]

(...)

Wykonawca podnosi, że podejmując działania zmierzające do zachowania poufności ww. dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zapewnił wskazane powyżej środki techniczne oraz organizacyjne jak kontrola dostępu do informacji w przedsiębiorstwie, kontrola ruchu w sieci, zapewnienie bezpieczeństwa komputerów.

Wartość tajemnicy przedsiębiorstwa

Wskazać należy, że niewątpliwie informacje zawarte w wyjaśnieniach mają oczywistą wartość gospodarczą dla Wykonawcy, w szczególności dotyczy to informacji dotyczących metod organizacji pracy przy realizacji projektu i sposobu kalkulacji ceny oferty. Sposób kalkulacji ceny zapewniający wykonawcy optymalizację zysków stanowi oczywiste know-how Wykonawcy wypracowane i ciągle uaktualniane w toku całej działalności. Zastrzegane informacje umożliwiają Wykonawcy skuteczne konkurowanie na rynku z innymi wykonawcami. To bowiem od sposobu organizacji pracy i jej wyceny zależy w istotnym stopniu możliwość pozyskania zamówienia za taką cenę, która będzie najkorzystniejszą (najniższą), ale jednocześnie taką, która zapewni pokrycie wszystkich kosztów i godziwy zysk. Zatem tego rodzaju kalkulacje są kluczowe dla rentowności przedsiębiorstwa oraz możliwości pozyskiwania zamówień. Wszystkie te dane wskazują jednoznacznie na sposób budowania ceny oferty i to nie tylko na potrzeby tego konkretnego zamówienia, ale także wszystkich innych o zbliżonym przedmiocie.

Poznanie przez konkurentów tychże danych pozwoliłoby konkurentom na ustalenie polityki cenowej Wykonawcy nie tylko w zakresie tego konkretnego zamówienia, ale i na przyszłość w zakresie zamówień podobnych. W tym względzie nie można wykluczyć, że wyniku niniejszego postępowania nie uda się skutecznie zawrzeć umowy w sprawie zamówienia, a całe postępowanie będzie powtórzone. Wtedy to konkurenci mogliby wykorzystać te informacje niejako przeciwko wykonawcy. Co istotne ta przewaga konkurencji uległaby jeszcze zwiększeniu w sytuacji, gdy tylko informacje o sposobie kształtowania ceny przez Wykonawcę byłyby jawne, a pozostali wykonawcy nie ujawnialiby swojego sposobu kalkulacji. Wówczas doszłoby do nierównego traktowania wykonawców.

Ponadto polityka cenowa ma znaczenie nie także dla innych postępowań, albowiem metody organizacji pracy i jej wyceny przyjęte dla określonej kategorii zleceń mogą być stosowane także w innych postępowaniach, w których występują tożsame lub zbliżone przedmioty zamówień. W tym miejscu Wykonawca wskazuje, że zamówienia takie charakteryzują się pewną powtarzalnością czy też cyklicznością.

Stąd wypracowany sposób wyceny stanowi bardzo istotną dla Wykonawcy wartość gospodarczą, albowiem pozwala mu na budowę jego przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami działającymi w tej samej branży usług intelektualnych. Gdyby informacje zawarte w Wyjaśnieniach wraz z załącznikami do niej były udostępnione konkurentom, wówczas

mogliby oni zyskać istotną wiedzę pozwalającą na szybkie zniwelowanie naszej przewagi lub nawet zbudowanie swoich przewag nad Wykonawcą.

Kalkulacja ceny ofertowej obrazuje sposób działania Wykonawcy, organizację pracy, co w istocie stanowi jedno z najważniejszych know-how Wykonawcy. Sposób kalkulacji, który po pierwsze pozwala na zaoferowanie ceny najkorzystniejszej, a po drugie pozwala na zrealizowanie zamówienia za zaoferowane wynagrodzenie, jest podstawą rentowności przedsiębiorstwa. Sposoby kalkulacji ceny wypracowane przez wiele lat i doskonalone na bieżąco, w oparciu o doświadczenie zaufanych pracowników, stanowi wartość gospodarczą. De facto jest to wiedza umożliwiająca pozyskiwanie zleceń, a więc przetrwanie Wykonawcy na konkurencyjnym rynku oraz na rozwój. Stąd też ujawnienie zastrzeganych informacji wymusiłoby na Wykonawcy również podjęcie nadzwyczajnych i kosztownych działań w kierunku istotnych zmian w lub raczej przeformowania polityki cenowej, tj. dokonania jej zmiany w stopniu radykalnym w stosunku do bieżących korekt warunkowanych ewolucją rynku, w celu utrzymania konkurencyjności, co wiązałby się najpewniej z trudną do określenia utratą rentowności podobnych zleceń w przyszłości.

Obiektywnie więc wartość gospodarcza zastrzeganych informacji nie zawsze musi być wyrażana w kwocie nominalnej, bowiem wartość ta przejawia się przede wszystkim w możliwości efektywnego konkurowania z innymi podmiotami działającymi na tym rynku.

Choć jak wskazano wyżej wartość gospodarcza informacji nie zawsze musi się wyrażać kwotą nominalną, to jednak **Wykonawca wycenia tajemnicę przedsiębiorstwa, jaką stanowią informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach na kwotę 15 000 000 zł, tj. stanowiącą równowartość 3 – letnich spodziewanych zysków Wykonawcy z tytułu realizacji zamówień o podobnym przedmiocie, jak objęty niniejszym postępowaniem.**

W razie ujawnienia tych informacji prawdopodobieństwo wystąpienia szkody jest duże. Istniałby bowiem bezsprzeczny związek przyczynowy między faktem ujawnienia informacji w tym konkretnym postępowaniu przez zamawiającego a szkodą, która wystąpi.

(...)

Należy zauważyć, że nie każde posiadane przez Wykonawcę know-how przedsiębiorstwa można wycenić i wyrazić za pomocą liczb bezwzględnych. Takie dane jak dostawców usług, sposób kalkulowania, sposób wyjaśnienia ceny itp. przyczyniają się do zwiększenia konkurencyjności Wykonawcy wobec innych podmiotów.

Wartość gospodarcza zastrzeganych informacji dotyczących kluczowego personelu Wykonawcy jest oczywista: to dzięki zespołowi specjalistów zbudowanym w toku naszej działalności jesteśmy w stanie realizować zlecenia i konkurować o pozyskanie nowych zamówień. Rynek tych wysokospecjalistycznych usług intelektualnych charakteryzuje się niedoborem wykwalifikowanej kadry. Wykonawcy muszą stawiać czoło konieczności inwestowania w kadrę specjalistów, polegającą zarówno na pozyskiwaniu nowych specjalistów, jaki i inwestowanie w ustawiczne doszkalanie osób będących w naszym zasobie. Zarówno pozyskanie nowego specjalisty jak i utrata specjalisty pociąga za sobą konieczność poniesienia konkretnych wydatków. Tak więc dla firm z branży informacja o konkretnych osobach są informacją wymierną finansowo, a zatem mającą bezsprzecznie wartość gospodarczą.

W tym miejscu Wykonawca wskazuje, że w niedawno zetknął się z agresywnymi i – w naszej opinii – naruszającym zasady uczciwej konkurencji działaniami właśnie w związku ubieganiem się o pozyskanie istotnego zlecenia w ramach zamówienia publicznego. W związku z takim postępowaniem o zamówienie publiczne został „podkupiony” jeden z członków kluczowego personelu Wykonawcy, który dopuścił się działania wbrew interesom BBF i na rzecz konkurentów występujących w tym postępowaniu, co istotnie utrudniło lub uniemożliwiło nam pozyskanie tego zamówienia, a więc było przyczyną konkretnych strat. W efekcie BBF był zmuszony rozwiązać z tym pracownikiem stosunek pracy w trybie art. 52 § 1 ust. Kodeksu pracy.

(dowód: Rozwiązanie umowy o pracę bez wypowiedzenia z 22.12.2023 r.)

Wykonawca jest na etapie konsultacji prawnych co do dalszego trybu postępowania w przedmiotowej sprawie i zakończy się ona najprawdopodobniej co najmniej wniesieniem środków ochrony prawnej do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów przeciwko konkurentom dopuszczającym się nieuczciwych praktyk rynkowych. Kwestia odpowiedzialności pracownika dopuszczającego się ciężkiego naruszenia swoich obowiązków i składania oświadczeń, z których co najmniej część zdaniem BBF sp. z o.o. rozmięła się z prawdą pozostaje kwestią otwartą.

Powyższe uzasadnia wartość tajemnicy przedsiębiorstwa, prawdopodobieństwo wystąpienia szkody w przypadku ujawnienia zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa oraz związek przyczynowy między ujawnieniem zastrzeżonej tajemnicy w tym postępowaniu a szkodą (w postaci utraty dochodów), która może wystąpić. (...)

Zamawiający pismem z dnia 24 stycznia 2024 r. wezwał BBF do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Wezwanie zostało przez Zamawiającego utajnione.

BBF pismem z dnia 30 stycznia 2024 r. złożył dodatkowe wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny wskazując, że W związku z faktem, że niniejsze pismo stanowi doprecyzowanie pisma z dnia 04.01.2024 r. objętego zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, zwracamy się z uprzejmą prośbą o objęcie go pierwotnym zastrzeżeniem ze

względnienia szczegółowo opisanych i uzasadnionych w pierwotnym piśmie.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 15 grudnia 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3541/23 uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu *unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty wykonawcy TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty ww. Wykonawcy, w tym ujawnienie złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BBF Sp. z o.o.*

z siedzibą w Poznaniu oraz IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o.

z siedzibą we Wrocławiu dokumentów, tj. wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 27 lipca 2023r. wraz z załącznikiem nr 3, 4 w zakresie wysokości wynagrodzenia oraz załącznikiem nr 8.

Zarzut nr 1

Osią sporu między Stronami było to, czy BBF wytwarzając dokumenty w ramach innego postępowania o udzielenie zamówienia, które to dokumenty zostały powiązane z niniejszym postępowaniem stanowi, że BBF był w inny sposób zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, co odpowiada dyspozycji art. 85 ust. 1 ustawy Pzp. W konsekwencji powyższego ww. wykonawca podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania.

Zarzut nr 2

Osią sporu między Stronami było to, czy BBF w Części III Sekcja C JEDZ powinien odpowiedzieć twierdząco na pytania dotyczące sposobu zaangażowania w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia.

Zarzut nr 3

Osią sporu między Stronami była ocena skuteczności poczynionego przez BBF zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami jako informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba zważyła, co następuje:

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 4) i nr 5) w *petitum* odwołania, wobec jego cofnięcia przez Odwołującego. Stosownie do treści art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby* (art. 520 ust. 2 ustawy Pzp).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części, a mianowicie w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 3), tj. naruszenie art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także art. 16 pkt 1) ustawy Pzp.

Izba za zbędne uznała przytaczanie definicji jawności postępowania oraz tajemnicy przedsiębiorstwa opartej na piśmiennictwie i orzecznictwie wobec ich powszechnej dostępności i przytoczenia w pismach Stron.

W pierwszej kolejności niebędne jest uczynienie klika uwag natury ogólnej, które rzutują na ocenę informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Bez wątpienia jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma istotne i fundamentalne znaczenie dla rozwoju konkurencyjności na rynku zamówień publicznych. Jest narzędziem gwarantującym możliwość weryfikacji prawidłowości wyceny ofert wykonawców, co z kolei przekłada się na późniejszą prawidłową realizację zamówienia. Zasada jawności postępowania i zasada ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na gruncie ustawy Pzp wymaga rozstrzygnięcia pomiędzy prawem wykonawców do weryfikacji zasadności wyceny kosztów realizacji zamówienia, a prawem ochrony określonego i zidentyfikowanego zakresu informacji dotyczącego danego przedsiębiorstwa, którego ujawnienia może narazić wykonawców na utratę pozycji rynkowej czy też szkodę. Uwypuklić należy, że wyłączenie czy też ograniczenie jawności postępowania o udzielenie zamówienia powinno być interpretowane zawężająco i rygorystycznie. Prawo wykonawców do utajnienia niektórych informacji, wskazując na tajemnicę przedsiębiorstwa, nie może uchybiać zasadzie jawności, która w praktyce przejawia się między innymi wzajemną kontrolą przez podmioty konkurujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Na rynku zamówień publicznych uwidacznia się szkodliwa praktyka zastrzegania przez wykonawców kalkulacji cenowej. Przy czym zastrzeganie informacji przez wykonawców nie służy de facto ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa, ale wykorzystywane jest jako narzędzie do nieujawnienia wyjaśnień w obawie przed utratą możliwości uzyskania zamówienia. Takie rozumienie szkody ekonomicznej czy utraty pozycji rynkowej przez wykonawców jest niewłaściwe i nie zasługuje na ochronę.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała w swoich orzeczeniach, że ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa mogą podlegać tylko informacje co do których wykazano, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu Kodeksu postępowania cywilnego. Co za tym idzie wykonawca winien udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych

jest niewystarczające dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej. Tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny.

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa nie odnosi się do prób utajnienia wszelkich informacji, które mogą mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą. Powszechnie wiadomo, że żaden przedsiębiorca nie jest zainteresowany ujawnieniem informacji dotyczących prowadzonej działalności gospodarczej. Jednakże wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności. Co za tym idzie powinni liczyć się z tym, że oferta oraz inne dokumenty (w szczególności kalkulacja ceny, która to z zasady jest najistotniejszym elementem oferty) składane w toku postępowania, będą jawne.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że tożsame wyjaśnienia zostały złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na *opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: „Budowa połączenia kolejowego Kraków – Myślenice” realizowanego w ramach Programu Kolej + do 2029 r.* (znak postępowania: IREZA3.293.1.2023.b), w którym to postępowaniu Zamawiający odtajnił zastrzeżone informacje (wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 grudnia 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3541/23). W konsekwencji twierdzenia BBF, że *ujawnienie ich w toku jednego postępowania nie powoduje, że od razu jawne są informacje zawarte w kolejnych wyjaśnieniach*, nie zasługują na aprobatę. Przede wszystkim ujawnienie informacji ze swojej istoty ma charakter jednorazowy (uczynienie jej znaną innej osobie). BBF nawet nie podjął próby wykazania, że faktycznie doszło u niego do zmiany organizacji pracy czy też zmiany metodologii liczenia kosztów, zmiany oświadczeń, zarządzeń. Co za tym idzie, raz ujawnione informacje nie mają charakteru poufnego.

Nie można tracić z pola widzenia, że BBF nie wykazał, że odtajnienie informacji zagroziło pozycji konkurencyjnej i utrudniło mu w jakikolwiek sposób ubieganie się o podobne zamówienia. Wręcz przeciwnie, skoro BBF nie zmienił, a przynajmniej tego nie wykazał, metodologii, zarządzeń a nawet uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, to narażenie go na rzekomą szkodę należało uznać za gołosłowne.

Izba w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę w pełni aprobuje i przyjmuje za własne stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 15 grudnia 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3541/23, która odniosła się w sposób szczegółowy do informacji zastrzeżonych przez BBF jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Należy również zwrócić uwagę, że przy obecnej sytuacji gospodarczej ceny ulegają zmianie. Co za tym idzie, nie istnieje zagrożenie, aby na podstawie wskazania wysokości kosztów wchodzących w skład ceny i ogólnych informacji organizacyjnych możliwe było odtworzenie strategii biznesowej BBF czy też trafnego przewidywania przyszłych cen. Przynajmniej BBF powyższego nie zdołał wykazać.

Nie sposób pominąć, że w przedmiotowym postępowaniu to właśnie oferta BBF została wybrana jako najkorzystniejsza - zatem ujawnienie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, wbrew twierdzeniom BBF, nie wpłynęło *negatywnie na konkurencyjność Wykonawcy*.

Każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia samodzielnie szacuje koszty jego realizacji w oparciu o dostępne mu zasoby, środki finansowe, materiały, sprzęt czy pracowników. Trudno zatem uznać, że poprzez ujawnienie szacowanych kosztów realizacji konkretnego zamówienia, inni wykonawcy zaczną obniżać swoje ceny, w oderwaniu od swoich indywidualnych uwarunkowań i zasobów. Przedsiębiorcy dostosowują ceny swoich usług w czasie rzeczywistym, biorąc pod uwagę ceny materiałów i usług oraz ich dostępność, popyt na rynku, zmieniające się koszty, zasoby własne, doświadczenie, a nie ceny zaoferowane przez podmioty konkurencyjne.

Wbrew logice byłoby uznanie, że po ujawnieniu kalkulacji ceny inni wykonawcy zmienią w całości swoją strategię biznesową aby obniżyć swoje ceny. Nie ma możliwości dostosowania cen do wszystkich wykonawców biorących udział w tego typu postępowaniach.

Izba podziela pogląd, że wskazanie poszczególnych kosztów osobowych, kosztów przygotowania oferty, kosztów polisy, należytego wykonania umowy, obsługi prawnej oraz pozostałych kosztów własnych, które składają się na całkowitą cenę w postępowaniu i stanowią jedynie wyjaśnienie ceny co do zasady nie mogą zostać utajnione. Cena w postępowaniu jest to kalkulacja wykonawcy na potrzeby określonego zamówienia. Skoro jest to cena w postępowaniu, nie można mówić, że jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi wykonawcę na szkodę.

Przechodząc do pozostałych zarzutów Izba wskazuje, że nie zasługiwały one na uwzględnienie.

Zarzut nr 1) – naruszenie art. 108 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp w zw. z art. 85 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp

W okolicznościach niniejszej sprawy rozstrzygnięcia wymagało, czy w świetle postanowień dokumentów zamówienia, specyfikacji przedmiotu zamówienia, wykorzystanie w przedmiotowym postępowaniu części projektów wytworzonych przez BBF oraz Odwołującego stanowi o ich zaangażowaniu w przygotowanie tegoż postępowania.

Zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy Pzp, *Jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2019 r. poz. 369, 1571 i 1667), doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego*

zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.

Z kolei ust. 2 stanowi, że Wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z tego postępowania wyłącznie w przypadku, gdy spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w tym postępowaniu. Przed wykluczeniem wykonawcy, zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

Badanie podstawy wykluczenia, o której mowa powyżej, powinno obejmować przede wszystkim stwierdzenie, że wykonawca doradzał lub był zaangażowany w przygotowanie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Przy czym chodzi o przygotowanie tego konkretnego postępowania. Nie jest przesłanką wykluczenia wykonawcy, który opracował dokumentację do innego postępowania, nawet jeśli przedmiot owego zamówienia lub jego realizacja jest połączona z niniejszym postępowaniem.

W niniejszej sprawie nie budziło wątpliwości Izby, iż udostępnione przez Zamawiającego projekty wskazane w treści opisu przedmiotu zamówienia, a wytworzone w ramach innych postępowań, nie świadczą o tym, że BBF oraz Odwołujący byli zaangażowani w przygotowanie tego konkretnego postępowania.

Z treści dokumentów zamówienia wynika w sposób jednoznaczny, że dokumenty wytworzone przez BBF, ale również i Odwołującego, są projektami powiązаныmi (i zostały wytworzone na potrzeby innych postępowań). Izba popiera w całości twierdzenia Zamawiającego oraz BBF, że projekty te, zgodnie z treścią specyfikacji warunków zamówienia, mają umożliwić wykonawcy dowiązanie do istniejących oraz zmienionych warunków otoczenia przewidzianych do realizacji w ramach odrębnych projektów powiązanych.

Niejako na marginesie, zamawiający przed wykluczeniem wykonawcy obowiązany jest wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, aby umożliwić udowodnienie, że mimo zaangażowania w przygotowanie postępowania nie doszło do zakłócenia konkurencji, o czym stanowi ust. 2 art. 85 ustawy Pzp.

Zarzut nr 2) – naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp (ewentualnie art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp

Podnoszony przez Odwołującego zarzut uznać należało za całkowicie bezzasadny. Jak już wskazano wyżej, BBF nie doradzał i nie był w inny sposób zaangażowany w przygotowanie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a co za tym idzie treść złożonego przez BBF oświadczenia odpowiada prawdzie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 3) oraz ust. 4 pkt 1) i 2) w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2) § 5 pkt 1) lit. a) oraz lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz od uczestnika postępowania BBF wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu na rzecz Odwołującego koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 3) ww. rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający lub uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, gdy zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania.

Z kolei zgodnie z ust. 4 pkt 1 i 2 § 7 Izba zobowiązana jest do rozdzielenia kosztów między Odwołującym a uczestnikiem BBF stosunkowo, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu nieuwzględnionych przez Zamawiającego do liczby zarzutów przez niego uwzględnionych, wobec oddalenia, co do których BBF wniósł sprzeciw.

Mając na uwadze przedmiotowe wytyczne Izba ustaliła, że powyżej opisane proporcje wynosiły 2/3 do 1/3. W związku z tym Izba podzieliła koszty postępowania (wpis, wynagrodzenie pełnomocnika) w ten sposób, że 1/3 całości kosztów został obciążony uczestnik postępowania BBF, a 2/3 Odwołujący.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca:

.....
.....