

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierżędzki

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 stycznia 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2024 r. przez wykonawcę **TPF sp. z o.o.**

w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie**

przy udziale uczestników po stronie zamawiającego:

A. wykonawcy **IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o.o. we Wrocławiu**,

B. wykonawcy **Databout sp. z o.o. w Warszawie**

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:

a) wezwanie wykonawcy **IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o.o. we Wrocławiu** na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień co do treści przedstawionego przez tego wykonawcę wykazu usług przez wskazanie zakresu i wartości świadczeń, w których realizacji faktycznie i konkretnie brał udział ten wykonawca,

b) uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa:

- całości wyjaśnień wykonawcy **IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o.o. we Wrocławiu** w zakresie ceny oraz załączników nr 2, 4, 5 do ww. wyjaśnień,

- załączników nr 8 - 11 do wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę **Databout sp. z o.o. w Warszawie**,

2. kosztami postępowania obciążyć **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **TPF sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie** na rzecz wykonawcy **TPF sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez **odwołującego** z tytułu wpisu od odwołania i 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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 4968/24

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest opracowanie Studium Wykonalności w ramach projektu pn.: „Opracowanie Studium Wykonalności linii kolejowej Lublin – Chełm – PG w Dorohusku – PG w Jagodzinie Kowe oraz koncepcji zagospodarowania terenu przejścia granicznego – Korytarze Solidarnościowe”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 14 marca 2024 r., Dz.U. S: 53/2024, nr 153997-2024.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu 27 grudnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca **TPF sp. z o.o. w Warszawie**, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący postawił zamawiającemu zarzuty

1) zarzut 1 - zarzut naruszenia przepisu art. 128 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy **IDOM** do uzupełnienia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz do złożenia wyjaśnień.

2) zarzut 2 - zarzut naruszenia przepisu art. 18 ust. 1 – 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji oraz w związku z art. 16 Pzp przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez IDOM jako tajemnica przedsiębiorstwa całości wyjaśnień dotyczących ceny wraz z załącznikami 2, 4 i 5.

- 3)zarzut 3 – zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu 2 - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp i w związku z art. 16 Pzp - przez zaniechanie odrzucenia oferty IDOM, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez IDOM i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
- 4)zarzut 4. – zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu 2 - naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 16 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty IDOM z uwagi na niezgodność warunkami zamówienia, podczas gdy obowiązkiem zamawiającego było porównanie warunków oferty w zakresie zatrudniania pracownika biurowego z warunkami zamówienia, co winno skutkować odrzuceniem oferty IDOM jako niezgodnej z warunkami zamówienia.
- 5)zarzut 5 – zarzut naruszenia przepisu art. 18 ust. 1 – 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w związku z art. 16 Pzp przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez Databout jako tajemnica przedsiębiorstwa załączników 8 – 11 do wyjaśnień ceny.
- 6)zarzut 6. – zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu 5 - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp i w związku z art. 16 Pzp - przez zaniechanie odrzucenia oferty Databout, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez Databout i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
- 7)zarzut 7. – zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu 5 - naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 16 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Databout z uwagi na niezgodność warunkami zamówienia, podczas gdy obowiązkiem zamawiającego było porównanie warunków oferty w zakresie zatrudniania pracownika biurowego z warunkami zamówienia, co winno skutkować odrzuceniem oferty IDOM jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności oceny ofert,
- 2)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3)odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu;
- 4)odrzucenia oferty Databout;
- 5)odrzucenia oferty IDOM;
- 6)ewentualnie - wezwania wykonawcę IDOM do uzupełnienia wykazu usług;
- 7)ponownej oceny ofert.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

- 1)o oddalenie zarzutów 1, 3, 4, 5, 6, 7 odwołania;
- 2)w przedmiocie zarzutu 2 odwołania o:
 - a) oddalenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 18 ust. 1 – 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w związku z art. 16 Pzp przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez IDOM jako tajemnica przedsiębiorstwa załączników nr 2, 4, 5 do wyjaśnień dotyczących ceny,
 - b) umorzenie postępowania w zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 18 ust. 1 – 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w związku z art. 16 Pzp w części zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez IDOM jako tajemnica przedsiębiorstwa całości wyjaśnień dotyczących ceny - z uwagi na ich odtajnienie przez zamawiającego w dniu 9 stycznia 2025 r. i udostępnienie wykonawcom, pismo znak: IRZU.292.3.2024.IRE-02635-I.JL.33.

W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w zakresie zarzutów postawionych wobec IDOM, tj. zarzutów 1-5 odwołania, zgłosił przystąpienie wykonawca IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o. o. we Wrocławiu. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Databout Sp. z o.o. w Warszawie. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W pismach przedstawił uzasadnienie

faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowych postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje SWZ, oferty wykonawców, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców, odpowiedzi wykonawców na ww. wezwania, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, zawiadomienie o odtajnieniu z 9 stycznia 2025 r., załączniki do pism procesowych stron i uczestników, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestników postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) *przejrzysty;*
- 3) *proporcjonalny.*

Art. 18 Pzp stanowi:

1. *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.*
2. *Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.*
3. *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. poz. 1233), 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 art. 222 ust. 5.*

Art. 128 ust. 1 Pzp stanowi, że *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:*

- 1) *wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie*
lub
- 2) *zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.*

Art. 128 ust. 4 Pzp stanowi, że *Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.*

Art. 224 ustawy Pzp stanowi:

1. *Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.*
2. *W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:*
 - 1) *wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;*
 - 2) *wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.*
3. *Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:*
 - 1) *zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;*
 - 2) *wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;*
 - 3) *oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;*
 - 4) *zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów*

ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 239 ust. 1 Pzp stanowi, że Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest opracowanie Studium Wykonalności w ramach projektu pn.: „Opracowanie Studium Wykonalności linii kolejowej Lublin – Chełm – PG w Dorohusku – PG w Jagodzinie Kowel oraz koncepcji zagospodarowania terenu przejścia granicznego – Korytarze Solidarnościowe”.

Ustalono także, że w SWZ zamawiający przewidział m.in.:

8. WARUNKI JAKIE MUSZĄ SPEŁNIAĆ WYKONAWCY

8.6. Zamawiający ustala następujące szczegółowe warunki udziału w Postępowaniu:

8.6.1 w zakresie warunku określonego w pkt 8.2.4 IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę wykonanie w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) co najmniej 2 usług polegających na wykonaniu Studiów wykonalności, każde wykonane w ramach jednej umowy, na zakres których składała się budowa lub przebudowa zelektryfikowanych lub elektryfikowanych linii kolejowych na długości min. 10 kilometrów o wartości nie mniejszej niż 7 mln PLN brutto łącznie, z podaniem wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy usługa została wykonana należycie.

9. JEDNOLITY DOKUMENT I WYKAZ PODMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH

9.6. Dokumenty i oświadczenia wymagane od Wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu:

9.6.1 wykaz usług wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości (w przypadku gdy wymagane), daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których usługi te zostały wykonane (sporządzony wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 3 do IDW),

9.6.2 dowody określające, czy usługi wymienione w wykazie, o którym mowa w pkt. 9.6.1 IDW zostały wykonane należycie, przy czym dowodami o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane,

Kolejno ustalono, że w opisie przedmiotu zamówienia, TOM III SWZ, zamawiający przewidział m.in.:

8.2.2. Wykonawca

Wykonawca zapewni wzajemną współpracę i sprawny przepływ informacji pomiędzy zespołami realizującymi poszczególne części Przedmiotu Zamówienia.

Struktura zespołu realizującego Przedmiot Zamówienia obejmować będzie:

1) Koordynatora Projektu,

2) Koordynatorów branżowych,

3) Ekspertów,

4) Specjalistów,

5) Zespoły Zadaniowe odpowiedzialne za realizację poszczególnych zadań, kierowane przez Koordynatora branżowego lub Eksperta spośród personelu wymienionego w ofercie.

Wykonawca lub jego Podwykonawca ma obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności związane z realizacją umowy tj. pracownicy biurowi, w zakresie obsługi sekretariatu.

(por. SWZ, w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że do zamawiającego wpłynęły następujące oferty z cenami brutto:

1.	Multiconsult Polska Sp. z o.o.	Całkowita brutto: 17 820 240,00
2.	IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o.o.	Całkowita brutto: 12.659.160,00
3.	Schuessler-Plan Inżynierzy Sp. z o. o.	Całkowita brutto: 20.971.500,00
4.	BBF Sp. z o.o.	Całkowita brutto: 28 757 400,00
5.	Egis Poland Sp. z o.o.	Całkowita brutto: 23 417 970,00
6.	DATABOUT Sp. z o.o.	Całkowita brutto: 13 620 600,00
7.	Konsorcjum: Infra – Centrum Doradztwa sp. z o.o. - Instytut Kolejnictwa - partner	Całkowita brutto: 14.698.500,00
8.	TPF Sp. z o.o.	Całkowita brutto: 18 424 170,00

(por. informacja z otwarcia ofert, w aktach sprawy).

Ustalono także, że na sfinansowanie zamówienia zamawiający przeznaczył kwotę 29.533.911,30 PLN brutto.

(por. informacja o ww. kwocie, w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że przystępujący IDOM w formularzy oferty oświadczył, że planuje zlecić podwykonawcom następujący zakres zamówienia:

- 1) analizy i badania geologiczne i geotechniczne,
- 2) geodezja,
- 3) analizy środowiskowe,
- 4) analizy techniczne,
- 5) analizy finansowe,
- 6) analizy ekonomiczne,
- 7) badania ruchu i ankiety,
- 8) badania materiałowe
- 9) analizy ruchowe, marketingowe i prognozy
- 10) kosztorysowanie
- 11) konsultacje

(por. oferta przystępującego IDOM, w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że przystępujący Databout w formularzu oferty oświadczył, że zamówienie zrealizuje z udziałem podwykonawców:

- 1) Geopartner sp. z o.o. – geologia,
- 2) Inż-Geo Badania i Roboty Geotechniczne Spółka Z Ograniczoną Odpowiedzialnością sp. k. – geologia,
- 3) geologia, geodezja, telekomunikacja, zasilanie trakcji, badania obiektów inżynierskich.

(por. oferta przystępującego Databout, w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że pismem z 24 lipca 2024 r. zamawiający, działając na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp wezwał przystępującego IDOM do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący IDOM złożył wykaz usług. W wykazie wymienił następujące usługi:

- 1) „Opracowanie dokumentacji przedprojektowej w wersji rozszerzonej dla projektu pn. „Prace na ciągu transportowym Trójmiasto-Szczecin na odc. Słupsk-Szczecin Dąbie przez Koszalin-Stargard/Kołobrzeg-Goleniów obejmującym linie kolejowe nr 202, 351, 401 i 402.”, umowa nr 60/039/0005/18/Z/I, wykonana na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w okresie 02.2018r. - 05.2022r., która obejmowała Wykonanie studium wykonalności w zakresie budowy lub przebudowy zelektryfikowanej lub elektryfikowanej linii kolejowej na długości min. 10 kilometrów o wartości wynoszącej 11 994 960,00 PLN brutto,
- 2) „Opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla projektu „Prace na linii kolejowej nr 137 na odcinku Kędzierzyn Koźle – Kamieniec Ząbkowicki – Legnica wraz z elektryfikacją” w ramach projektu „Prace przygotowawcze dla wybranych projektów, umowa nr 60/039/0018/17/Z/I, wykonana na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w okresie 11.2017 r. – 12.2020 r., obejmująca Wykonanie studium wykonalności w zakresie budowy lub przebudowy zelektryfikowanej lub elektryfikowanej linii kolejowej na długości min. 10 kilometrów o wartości wynoszącej 7 017 912,60 PLN brutto.

Do wykazu przystępujący załączył:

- a) poświadczenie z dnia 17.10.2022 r. nr IREPL5.217.15.2022 potwierdzające realizację opracowania z pozycji 1,

b) protokół odbioru końcowego z dnia 31.12.2020 r. nr 1/2020 potwierdzający realizację opracowania z pozycji 2.

Z obu dokumentów wynikało, że przedmiotowe usługi wykonało konsorcjum składające IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. we Wrocławiu jako lider tego konsorcjum oraz IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U Bilbao, Hiszpania – jako partner tego konsorcjum.

(por. wykaz usług przystępującego, wraz z dowodami w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że pismem z 18 czerwca 2024 r. zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp wezwał przystępującego IDOM do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość wyliczenia ceny (np. zysk, wysokość wynagrodzenia, koszty administracyjne oraz koszty związane z uzyskaniem gwarancji należytego wykonania zamówienia itp.), w tym w szczególności w zakresie:

➤ zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

➤ zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Wyjaśnienie winno wykazać, czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia. Ponadto wyjaśnienie powinno wskazać, czy istnieją konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki, jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość oferowanej ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu (zarówno merytorycznego jak i finansowego) na wysokość zaoferowanej ceny.

(por. ww. wezwanie zamawiającego, w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący IDOM złożył wyjaśnienia z 27 czerwca 2024 r. Część tych wyjaśnień została zastrzeżona jako jego tajemnica przedsiębiorstwa. Zastrzeżone zostały także załączniki nr 1-12 do wyjaśnień i ich opis.

W wyjaśnieniach tych IDOM wskazał, m.in.:

(...)

Wykonawca chce podkreślić, że przed złożeniem oferty w Postępowaniu dokonał dodatkowej weryfikacji złożonych mu ofert podwykonawczych z ofertami złożonymi w innych postępowaniach (swoim zakresem obejmujących analogiczne zakresy). Dzięki czemu potwierdził rynkowość stawek zaoferowanych przez podwykonawców w niniejszym Postępowaniu.

(...)

2. Koszty pracy/zespół ekspercki

Do realizacji zamówienia IDOM zaplanowała, zgodnie z wymaganiami OPZ, następujący zespół ekspercki:

Tabela 2 – Wykaz zespołu przewidzianego do realizacji zamówienia

Koordinator Projektu	Koordinator Projektu
Linie, stacje i węzły kolejowe	Koordinator branżowy w zakresie linii, węzłów i stacji kolejowych/Koordinator prac projektowych
Urządzenia sterowania ruchem kolejowym	Koordinator branżowy ds. sterowania ruchem kolejowym
Mosty	Koordinator w branży mostowej
Telekomunikacja	Koordinator branżowy ds. telekomunikacji Specjalista branży telekomunikacji kolejowej
Sieci trakcyjne i zasilanie	Koordinator branżowy w zakresie sieci trakcyjnej Specjalista branży energetyki trakcyjnej
Sieci i instalacje elektroenergetyczne	Koordinator branżowy w zakresie elektroenergetyki Specjalista branży sieci, instalacje i urządzenia elektryczne i elektroenergetyczne
Analizy przewozowe	Ekspert w dziedzinie analiz przewozowych
Analizy finansowo-ekonomiczne	Ekspert ds. finansowo-ekonomicznych
Środowisko	Ekspert ds. ochrony środowiska Akustyk Botanik Specjalista ds. ochrony wód/hydrologi
Konsultacje	Ekspert ds. konsultacji społecznych
Inżynieria ruchu	Ekspert w dziedzinie inżynierii ruchu kolejowego
Geologia	Specjalista ds. geologii
Geotechnika	Specjalista ds. geotechniki
Konstrukcyjno-budowlany	Specjalista branży konstrukcyjno-budowlanej
Drogowy	Specjalista branży drogowej

Sanitarny	Specjalista branży instalacyjnej wod-kan, c.o., gaz
Architektura	Specjalista architekt
Geodezja	Specjalista ds. geodezji
Kosztorysowanie	Specjalista ds. kosztorysowania
GIS	Ekspert GIS

(...)

Szczegółowa kalkulacja kosztów oferty.

W poniższej tabeli Wykonawca przedstawia przewidywany godzinowy nakład pracy oraz koszt każdego pracownika biorącego udział w realizacji projektu – adekwatny do zakresu zamówienia wskazanego w Opisie Przedmiotu Zamówienia.

Tabela 3 - Roboczogodziny-specjaliści

Zespół branżowy	Stanowisko	Nakład pracy [roboczogodzin]	Stawka [zł/roboczogodziną]	Koszt pracy [zł]
Koordynacja Projektu	Koordinator Projektu	2800	100	280 000,00
	Asystent Koordynatora Projektu	1500	60	90 000,00

* koszt pracy wskazanych ekspertów ujęty został w pozycji "Koszt prac zleconych podwykonawcom"

** Funkcję Koordynatora branżowego w zakresie linii, węzłów i stacji kolejowych i Koordynatora prac projektowych pełni jedna osoba

Tabela nr 3 przedstawia podział i zaangażowanie personelu właściwe do realizacji zamówienia wyrażone w roboczogodzinach ([r-h]). Wykonawca podał w niej stawki za roboczogodzinę każdego ze specjalistów.

Oprócz personelu wymaganego do realizacji zamówienia przez OPZ, Wykonawca przewidział dodatkowy personel niezbędny do prawidłowej realizacji Zamówienia. W ocenie Wykonawcy, tylko tak ukształtowany personel gwarantuje wykonanie Zamówienia w sposób należyty.

(...)

Wyjaśniamy także, że w cenie oferty w zakresie składnika ceny odnoszącego się do kosztów pracy, przyjęte zostały kwoty wynagrodzenia przewyższające w sposób znaczny wynagrodzenie minimalne za pracę ustalone na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 2207 ze zm.), albo minimalne stawki godzinowe, ustalone na podstawie przepisów ww. ustawy – w przypadku osób zatrudnionych na umowę cywilnoprawną. Wykonawca zatem respektuje zasady wynagradzania za pracę ustalone w przepisach powszechnie obowiązujących, tj. wskazane wynagrodzenia są zgodne z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

(por. wyjaśnienia, w aktach sprawy).

Przystępujący IDOM oświadczył także, że zastrzega część ww. wyjaśnień i załączniki nr 1-12 jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu zastrzeżenia przystępujący IDOM oświadczył, że:

Jednocześnie wskazuję, że wyjaśnienia i kalkulacje zawarte w przedmiotowym piśmie (w zakresie zawartym pomiędzy wyrażeniami „początek tajemnicy przedsiębiorstwa”, „koniec tajemnicy przedsiębiorstwa”) oraz treść załączników nr 1 do 12 do niniejszego pisma stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa IDOM, w rozumieniu art. 11 pkt 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. (...)

Niewątpliwie zatem sposób kalkulacji ceny oferty (w tym przede wszystkim dane dotyczące elementów składowych ceny i ich wartości), a także informacje o szczególnych dostępnych wykonawcy czynnikach umożliwiających mu zaoferowanie konkurencyjnej ceny, czy też dane kontrahentów oraz warunki współpracy z nimi (w tym cenowe) wypełniają cytowaną na wstępie definicję tajemnicy przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe IDOM podnosi, iż wobec informacji zawartych w wyjaśnieniach powyżej w zakresie zawartym pomiędzy wyrażeniami „początek tajemnicy przedsiębiorstwa” oraz „koniec tajemnicy przedsiębiorstwa” spełnione są przesłanki warunkujące zastrzeżenie informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy, albowiem:

- informacje te są informacjami organizacyjnymi Wykonawcy i posiadają dla niego wartość gospodarczą

Szczegółowe dane dotyczące określonych dla przedmiotu zamówienia konkretnych pozycji kosztowych oraz ich wartości skalkulowane przez Wykonawcę posiadają dla Wykonawcy istotną wartość gospodarczą. Obrazują bowiem przyjęte przez Wykonawcę założenia kosztowe do kalkulacji oferty, co w konsekwencji daje wgląd w wypracowane przez Wykonawcę schematy i sposoby przypisywania poszczególnych elementów wyceny i ich wielkości do odpowiednich pozycji czy zadań realizacyjnych wymaganych opisem przedmiotu zamówienia, w tym także wynikających z konieczności uwzględniania w poszczególnych elementach przedmiotu zamówienia określonych kosztów związanych z ryzykiem obowiązku podjęcia określonych działań, które może, ale nie musi wystąpić, a więc z uwzględnieniem przyjętych przez Wykonawcę ryzyk, korekt i innych kosztów. Powyższe informacje, jak również sposób agregacji, łączenia i dzielenia

kosztów, rozkładu kosztów własnych, podwykonawczych, sposobu i założeń przyjętych przy kalkulacji ceny ofertowej, wysokość prognozowanego i kalkulowanego zysku, stosunek zysku do szacowanych ryzyk, inne specyficzne szczegółowe założenia kosztowe, stanowią przewagę konkurencyjną Wykonawcy i są opracowane na podstawie doświadczenia Wykonawcy i przyjętego modelu biznesowego, i jako takie mają dla niego istotną wartość gospodarczą. Ponadto dysponując tymi informacjami konkurenci Wykonawcy mogliby np. zastosować analogiczny sposób kalkulacji ceny, w tym określania marży, poziomu kosztów własnych czy kreowania polityki wynagrodzeń bez żadnego ekonomicznego i wynikającego z własnych doświadczeń uzasadnienia. Ujawnienie sposobu kalkulacji kosztów w tym ofert podwykonawców i zysków, wraz z informacją o poziomie zysku, spowoduje, że wiedza w tym zakresie straci przymiot unikalności przypisanej wyłącznie Wykonawcy, co umożliwi jej wykorzystanie przez podmioty konkurencyjne i utratę przewag Wykonawcy wypracowanych na bazie wieloletniego doświadczenia. Ujawnienie tych informacji wiązałoby się więc ze szkodą dla Wykonawcy i utratą przewagi konkurencyjnej. W związku z powyższym, tajemnicą przedsiębiorstwa Wykonawcy są informacje składające się na wycenę, szacowane koszty ryzyk, rezerw, a także szacowany zysk Wykonawcy. Informacje te stanowią źródło wiedzy o przedsiębiorcy i inni konkurencyjne podmioty działające na rynku, mogą wykorzystać je w celu zachwiania pozycji Wykonawcy.

Szczególną wartość gospodarczą mają dla Wykonawcy zawarte w wyjaśnieniach szczegółowe informacje dotyczące stawek wynagrodzeń personelu Wykonawcy, stanowiące obraz polityki kadrowej i wynagrodzeń. Niewątpliwą wartość gospodarczą dla Wykonawcy posiadają również informacje o zaproponowanym Zamawiającemu doborze i składzie zespołu osób przeznaczonych do realizacji kontraktu, dedykowanym i ustalonym (w tym w zakresie poziomu zaangażowania) wyłącznie na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia w sposób oparty na wiedzy i unikalnym doświadczeniu Wykonawcy. Dane te w całym zbiorze informacji dają pogląd na to, jakie wynagrodzenia kształtowane są u Wykonawcy w przypadku piastowania konkretnych funkcji czy wykonywania konkretnych obowiązków, a także jakie są różnice wynagrodzeń pomiędzy poszczególnymi stanowiskami i etatami. Dodatkowo z informacji przedstawionych w wyjaśnieniach można wywnioskować jak Wykonawca agreguje koszty, jak szacuje pracochłonność poszczególnych czynności, kiedy korzysta z własnych zasobów osobowych, a w odniesieniu do których pozycja posiłkuje się wsparciem zewnętrznym, jaki sposób doboru personelu dodatkowego przynosi mu oszczędności i zapewnia efektywne wykonywanie kontraktów, co w sposób oczywisty wpływa na lepszą pozycję konkurencyjną Wykonawcy i w przypadku ujawnienia przedmiotowych informacji grozi jej pogorszeniem i naraża Wykonawcę na straty w postaci utraty zysków płynących z wygranych kontraktów. Przedmiotowe informacje mają ponadto charakter wrażliwy i niejawni i ich odtajnianie powodowałoby szkodę nie tylko Wykonawcy z uwagi na czynniki wewnętrzne (dane o poziomie wynagrodzenia poszczególnych osób zatrudnionych u Wykonawcy, czy o poziomie wynagrodzenia osób na określonych stanowiskach, nie są wewnętrznie jawne i nie są znane innym pracownikom), jak i zewnętrzne (utrata konkurencyjności, o której dalej), ale też jego personelu. Należy zwrócić szczególną uwagę, że odtajnienie takich danych może spowodować utratę przewagi konkurencyjnej Wykonawcy, poprzez utratę poszukiwanych na rynku specjalistów, którzy mogą być zachęceni przez konkurencję do zmiany pracodawcy poprzez oferowanie im wynagrodzeń wyższych niż wskazane w kalkulacji. Utrata takiego personelu zaś może spowodować pogorszenie sytuacji gospodarczej Wykonawcy i konieczność poniesienia znacznych nakładów związanych z uzyskaniem nowych wysoko wyspecjalizowanych członków personelu, wywołując tym samym realną szkodę u Wykonawcy. Zmiany kwot wynagrodzeń wypłacanych personelowi Wykonawcy ma wartość gospodarczą dlatego, że jest to realną kwota pieniężna. Z uwagi na złożoność elementów jakie wpływają na jej ustalenie nie można w niniejszych wyjaśnieniach podać konkretnych kalkulacji.

Podkreślamy jednocześnie, że jako tajemnica przedsiębiorstwa zastrzeżony został pełen zbiór informacji zawartych w złożonych wyjaśnieniach. Wskazujemy, że nawet, gdyby niektóre poszczególne informacje nie stanowiły same w sobie tajemnicy przedsiębiorstwa, to ujęcie tych informacji w logiczny zbiór, przetworzenie ich przez Wykonawcę i oparcie się na wynikach tego procesu przy kalkulacji ceny, z uwzględnieniem zastosowanej metodyki i założeń, powoduje, że jako składowe części zbioru, przypisany jest im walor tajemnicy wynikający z zastrzeżenia kompletnego zbioru informacji o zastosowanych przez Wykonawcy metodach wyceny oferty i jej poszczególnych pozycji (por. wyr. KIO z dnia 13.12.2017 r., KIO 2421/17).

Tak samo wartość gospodarczą mają informacje organizacyjne w postaci ofert podwykonawców. Składane wykonawcy przez podwykonawców oferty zawierają szczególne warunki finansowe, wypracowane w oparciu – z reguły lata współpracy, które to warunki stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, a ich ujawnienie może doprowadzić do zakończenia relacji biznesowych Wykonawcy, a co najmniej do utraty wypracowanych zniżek i upustów. Ponadto już samo ujawnienie faktu współpracy z określonymi podmiotami, może powodować utratę przewag konkurencyjnych wykonawcy, w szczególności w sytuacji, gdy wiedza o tych relacjach poparta jest dodatkowo wiedzą o oferowanych przez podwykonawców Wykonawcy cenach usług. Wiedza konkurencji o powyższym może także – podobnie jak w przypadku personelu – prowadzić do podkupowania podwykonawców i pogorszenia sytuacji Wykonawcy na rynku. Dodatkowo Wykonawca został zobowiązany do zachowania w poufności i zastrzegania faktu współpracy i ofert składanych przez

podwykonawców (vide: stosowane zastrzeżenia w ofertach podwykonawczych).

Podobnie istotną wartość gospodarczą przedstawiają dla Wykonawcy ujęte w wyjaśnieniach informacje organizacyjne odnoszące się do wykorzystywanych przez IDOM narzędzi informatycznych i oprogramowania wspomagających wykonanie analiz oraz przygotowanie dokumentacji projektowych i przedprojektowych. Wykonawca korzysta z indywidualnie dobranego i częściowo autorskiego oprogramowania o funkcjonalnościach szczegółowych tworzonych na zamówienie Wykonawcy, przy czym informacje o potencjale Wykonawcy w przedmiotowym zakresie standardowo objęte są również tajemnicą i z uwagi na możliwość utraty przewagi konkurencyjnej Wykonawcy, nie są udostępniane, ani przekazywane podmiotom zewnętrznym. Ujawnienie przedmiotowych informacji może spowodować kopiowanie autorskich rozwiązań technicznych, systemowych, informatyczno-programowych stosowanych u Wykonawcy, a zapewniających mu najbardziej efektywną możliwość realizacji zamówień o podobnym zakresie, co zamówienie objęte przedmiotem niniejszego postępowania, co może z kolei spowodować powstanie realnej szkody u Wykonawcy.

Stąd poufność ww. informacji ma niezwykle istotne znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności Wykonawcy na rynku.

Wykonawca zwraca uwagę, że w orzecznictwie przyjmuje się, że wartość ekonomiczna informacji składających się na tajemnicę przedsiębiorstwa polega m. in. na tym, że ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków (np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia z dnia 11 września 2014 r., sygn. akt II PK 49/14), co jak wyżej wskazano ma miejsce w przedmiotowej sytuacji. W innym orzeczeniu wskazano wyraźnie, że „Wyjaśnienia wykonawcy zawierają szczegółowe dane ekonomiczne i handlowe dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty. Dane te niewątpliwie posiadają wartość gospodarczą i handlową dla wykonawcy, gdyż stanowią swego rodzaju know-how przedsiębiorcy. Podkreślić należy, że nie muszą to być informacje, których ujawnienie „mogłyby zachwiać pozycją spółki na rynku świadczonych usług”, jak wskazywał Odwołujący. Wystarczy, że ujawnienie tych informacji może narazić przedsiębiorcę na stratę w postaci pozyskania przez konkurencję zdobytej przez niego wiedzy o charakterze gospodarczym i handlowym, której konkurencja nie posiada.” (KIO 188/16).

Biorąc pod uwagę powyższe, zastrzeżone informacje niewątpliwie spełniają przesłankę posiadania istotnej i wymiernej wartości gospodarczej dla Wykonawcy, a ich zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest konieczne i uzasadnione. Informacje te 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, a uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W pierwszej kolejności należy podnieść, że informacje objęte przedmiotowymi wyjaśnieniami nie są ujawnione do wiadomości publicznej, są to informacje jako całość nie znane ogółowi, a więc nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, ani nie są łatwo dostępne dla takich osób. (...)

Wykonawca dokłada należytej staranności i podejmuje działania ukierunkowane na zapewnienie zachowania tych informacji w poufności i ochrony ich przed dostępem osób trzecich. U Wykonawcy obowiązują procedury bezpieczeństwa dające gwarancję ochrony tego typu danych przed ich wyjawieniem (załącznik numer 13 wyciąg z polityki bezpieczeństwa). W szczególności wskazujemy, iż Wykonawca podejmuje w ww. celu m.in. następujące działania: konsekwentnie, w sposób ciągły i jednoznaczny zastrzega treść swoich ofert i wyjaśnień ceny jako tajemnicę przedsiębiorstwa, nie odtajnił nigdy którejkolwiek z zastrzeżonych informacji podmiotom trzecim, stosuje szyfrowane połączenia w komunikacji, karty dostępu do biura, hasła na komputerach, dostęp wewnątrz struktury Wykonawcy do przedmiotowych informacji jest ograniczony do niewielkiej liczby osób. Ponadto Wykonawca posiada dokumentację przetargową na zewnętrznych serwerach, które są chronione w sposób kompletny przez systemy i programy IT. Pracownicy są szkoleni przez swoich przełożonych dotyczące bezpiecznego przekazywania danych oraz użytkowania np. Internetu. Dodatkowo Wykonawca stosuje wielopoziomowe zabezpieczenia w dostępie do kluczowych informacji zapisanych w systemach informatycznych. Każdy folder ma przypisaną kategorię dostępu, co sprawia, że do informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę mają dostęp tylko nieliczni pracownicy, bezpośrednio zaangażowani w realizację danej części zadania.

Dodatkowo Wykonawca wskazuje, że każdy pracownik zatrudniony na umowę o pracę lub na podstawie innej umowy cywilnoprawnej, zobowiązuje się do nieujawniania informacji poufnych, w tym stanowiących między innymi tajemnicę przedsiębiorstwa. Na dowód stosowanych przez Wykonawcę zasad zachowania poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w załączeniu przedstawiamy: wyciąg z regulaminu pracy, wyciąg ze wzoru umowy o pracę (załącznik nr 14 i 15 – dokumenty wewnętrzne firmy). Podkreślamy również, że zasadę zachowania poufności stosujemy od wielu lat, jest ona standardem w naszym działaniu. Dowodem na to są zastrzeżenia związane z tajemnicą przedsiębiorstwa zamieszczane w ofertach handlowych kierowanych do naszych klientów, w tym również do Zamawiającego (załącznik nr 16 – wyciąg ze wzoru umowy podwykonawczej).

Wyżej wymienione dokumenty, ze względu na fakt, iż ujawnia wewnętrzne regulacje Wykonawcy z punktu widzenia ochrony informacji poufnych również podlega zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa o charakterze organizacyjnym. (...)

(por. uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień przystępującego IDOM, w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że pismem z 18 czerwca 2024 r. zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp wezwał przystępującego Databout do złożenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość wyliczenia ceny (np. zysk, wysokość wynagrodzenia, koszty administracyjne oraz koszty związane z uzyskaniem gwarancji należytego wykonania zamówienia itp.), w tym w szczególności w zakresie:

➤ zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

➤ zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Wyjaśnienie winno wykazać, czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia. Ponadto wyjaśnienie powinno wskazać, czy istnieją konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki, jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość oferowanej ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu (zarówno merytorycznego jak i finansowego) na wysokość zaoferowanej ceny.

(por. ww. wezwanie zamawiającego, w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący Databout złożył wyjaśnienia z 28 czerwca 2024 r. Część tych wyjaśnień została zastrzeżona jako jego tajemnica przedsiębiorstwa. Zastrzeżone zostały także załączniki nr 1-11 do ww. wyjaśnień ceny.

W wyjaśnieniach tych przystępujący Databout wskazał m.in., że

5) Podsumowując powyższe zakresy prac wynikające z umowy i OPZ poniżej przedstawiono tabelarycznie składające się na cenę ofertową powyższe koszty w rozbiciu na koszty pracy, materiałów, wyjazdów, i pozostałe czynniki cenotwórcze:

Szczegółowa kalkulacja ceny ofertowej [zł netto]

1. Koszty personelu 3 750 000,00
2. Koszty podwykonawców 4 440 000,00
3. Zakupy materiałów geodezyjnych, warunki i uzgodnienia 400 000,00
4. Reprodukacja dokumentacji 90 000,00
5. Delegacje służbowe: przejazdy, diety, posiłki 170 000,00
6. Wynajem biura, utrzymanie, sprząatanie, media 120 000,00
7. Paliwo, opłaty, ubezpieczenie, serwis 120 000,00
8. Telekomunikacja, poczta, kurier 60 000,00
9. Polisa dedykowana 150 000,00
10. Inne: wydatki nieprzewidziane, rezerwa 400 000,00
11. Zysk 920 000,00

CENA OFERTOWA NETTO w PLN 10 620 000,00 zł

Przystępujący Databout oświadczył także, że:

7) Wedle zapisów OPZ (m.in. pkt 7) wykonawca ma zapewnić sobie pomieszczenia biurowe z wyposażeniem koniecznym do realizacji zamówienia – będą to biura które są aktualnie wynajmowane przez Databout i są już odpowiednio wyposażone. Personel wykonawcy, który będzie przypisany do realizacji Umowy pracuje na co dzień w biurach Wykonawcy w Krakowie i Warszawie. Koszty biurowe są wedle zasad przyjętych u Wykonawcy przypisywane do projektów proporcjonalnie w zależności od wartości projektu i czasu jego trwania. W załączeniu kopie umów najmu biur. Założono, że w każdym miesiącu realizacji projektu (18 miesięcy prac łącznie z prawem opcji) z tytułu najmu projekt będzie obciążany kwotą stanowiącą około 9% wartości najmu każdego biura. Do najmu doliczono jeszcze koszt mediów, który łącznie dla wszystkich biur oszacowano na średnio 7000,00 zł netto miesięcznie. Zatem łączny koszt w okresie 18 miesięcy wyniesie $18 \cdot 0,09 \cdot (13000,00\text{zł} + 40000,00\text{zł} + 7000,00\text{zł}) = 97\,200,00\text{zł netto}$.

Założono 120tys netto, pozostała kwota stanowi rezerwę na ewentualne zwiększenie kosztów biur, które w okresie realizacji projektu może nastąpić.

8) W zakresie podwykonawców wyjaśniamy iż kalkulując cenę uwzględniono następujących podwykonawców:

a. Dokumentacja geologiczna – założono 4 000 000,00 zł netto - w załączeniu oferty od podwykonawców – załącznik 8 i załącznik 9

b. Analizy układu zasilania – (założono trzy dodatkowe podstacje) – łącznie kwota 154 000,00zł netto - w załączeniu oferta od podwykonawcy – załącznik 10

c. Badania obiektów inżynierskich – 286 000,00 zł netto – kwotę oszacowano na podstawie udostępnionych przez Zamawiającego materiałów dotyczących istniejących obiektów i faktycznych kosztów tego zakresu prac z podobnych projektów, które realizowaliśmy w ostatnim czasie. – w załączeniu oferta od podwykonawcy na znacznie niższą kwotę – załącznik 11.

9) Koszty personelu wraz z realnością przyjętych stawek i ich zaangażowaniem w projekt zostały szczegółowo opisane w załączniku nr 7 w podziale na poszczególne miesiące realizacji Umowy. Jednocześnie koszty pracowników wskazane w tym załączniku bezspornie potwierdzają, że są zgodne z przepisami prawa pracy i zabezpieczenia społecznego w szczególności w zakresie wynagrodzenia.

Ustalono także, że przystępujący Databout uszczegółowił koszty personelu w załączniku nr 7 do wyjaśnień „Koszty pracy”.

(por. wyjaśnienia z załącznikami, w aktach sprawy).

W uzasadnieniu zastrzeżenia przystępujący Databout oświadczył, że Przedmiotowe wyjaśnienia, a w szczególności Załączniki mają wartość gospodarczą z uwagi na fakt zawarcia w nich szczegółowych danych finansowych firmy oraz technik dotyczących know-how budowania ceny rozsądnej oferty oraz szukania dozwolonej przewagi konkurencyjnej w poszczególnych wydatkach, składających się na jej ostateczną wartość. Informacje w nich zamieszczone wpływają na konieczność ograniczenia dostępu do tych informacji dla kręgu niektórych podmiotów/osób, będących naszymi konkurentami. Pragniemy zauważyć, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach nie są udostępniane do wiadomości publicznej, a tym samym nie są znane podmiotom konkurencyjnym, które są zainteresowane by być w ich posiadaniu. Dane dotyczące stosowanych stawek, sposobu kalkulacji ceny czy wreszcie form zatrudnienia potencjału kadrowego stanowią istotną wartość gospodarczą, z uwagi na specyficzny charakter rynku usług.

W celu zachowania poufności informacji zastrzeżonych jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa podjęliśmy, przy zachowaniu należytej staranności, odpowiednie działania polegające na utrzymaniu ich w poufności.

W praktyce są to więc informacje nieznane ogółowi, nie umieszczamy oraz nie informujemy o nich publicznie, nie udostępniamy innym osobom niż nasi eksperci tj. wąskiemu gronu współpracowników zobowiązanych do zachowania poufności i naszą wolą jest, aby taki status ww. informacji zachowały (nieujawnione).

Podjęliśmy stosowne działania zmierzające do zachowania informacji w poufności, w tym w szczególności poprzez zobowiązania do zachowania poufności naszych współpracowników, zabezpieczenie systemów informatycznych odpowiednimi narzędziami informatycznymi. Wszystko to celem wyeliminowania sytuacji, w której informacje dotarłyby do wiadomości osób trzecich. Żadna z tych osób w normalnym toku zdarzeń, bez podjęcia specjalnych starań nie jest w stanie się z nimi zapoznać. Wszyscy eksperci oraz podwykonawcy podpisują stosowne oświadczenia o ochronie informacji poufnych takich jak chociażby stosowane stawki wynagrodzenia.

(por. uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień przystępującego Databout, w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że pismem z 5 września 2024 r. zamawiający zawiadomił przystępującego IDOM o odtajnieniu jego wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny zaproponowanej dla przedmiotowego zamówienia, tj. pliki pn.:

- 1) zal_1_zasw_kadry_tajemnica;
- 2) zal_3_oferta_Asanga_tajemnica;
- 3) zal_6_czynsz_najmu_i_opłaty_eksploatacyjne_Wroclaw_kwiecień_2024_tajemnica;
- 4) zal_7_1_czynsz_najmu_biura_Warszawa_kwiecień_2024_(1)_tajemnica
- 5) zal_7_2_czynsz_najmu_biura_Warszawa_kwiecień_2024_(2)_tajemnica;
- 6) zal_8_opłaty_eksploatacyjne_Warszawa_kwiecień_2024_tajemnica
- 7) zal_9_energia_elektryczna_Wroclaw_luty_2024_tajemnica
- 8) zal_10_energia_elektryczna_Warszawa_marzec_2024_tajemnica
- 9) zal_11_polisa_Marsh_tajemnica
- 10) zal_12_zaswiadczenie_ZUS_tajemnica

które w opinii Zamawiającego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa

(por. zawiadomienie o odtajnieniu z 5 września 2024 r.).

Kolejno ustalono, że pismem z 17 września 2024 r. zamawiający zawiadomił przystępującego Databout o odtajnieniu wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny zaproponowanej dla przedmiotowego zamówienia, tj. pliki pn.:

- 10607_pismo_RNC - w.pełna - TAJEMNICA
- Załącznik nr 1_Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa+załączniki_TAJEMNICA
- Załącznik nr 2_Umowy_Projektanci_Koordynatorzy_SW_TAJEMNICA

- Załącznik nr 3_Umowy_asystenci_eksperci_SW_TAJEMNICA
- Załącznik nr 4_Umowa najmu_Warszawa_annex10_TAJEMNICA
- Załącznik nr 5_Umowa biuro Kraków_TAJEMNICA
- Załącznik nr 6_Polisa_Ik408_TAJEMNICA
- Załącznik nr 7_Koszty pracy_Lublin_Dorohusk SW_TAJEMNICA

(por. zawiadomienie o odtajnieniu z 17 września 2024 r.).

Kolejno ustalono, że pismem z 17 grudnia 2024 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego IDOM. Oferta przystępującego Databout została sklasyfikowana na drugim miejscu.

(por. ww. zawiadomienie zamawiającego, w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że 9 stycznia 2025 r. zamawiający zawiadomił przystępującego IDOM o odtajnieniu całości wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny zaproponowanej w przedmiotowym zamówieniu, zawartych w piśmie przystępującego IDOM z dn. 27.06.2024 r. z pominięciem załączników nr 2, 4 i 5 oraz fragmentów w treści pisma zawierających dane z tych załączników, które w opinii zamawiającego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

(por. ww. zawiadomienie z 9 stycznia 2025 r., w aktach sprawy).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zasadny okazał się zarzut nr 1 odwołania, to jest zarzut dotyczący zaniechania wezwania przystępującego IDOM do wyjaśnienia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie

Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu opisanym w pkt 8.6.1 SWZ od wykonawców wymagane było wykazanie wykonania w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) co najmniej 2 usług polegających na wykonaniu Studiów wykonalności, każde wykonane w ramach jednej umowy, na zakres których składała się budowa lub przebudowa zelektryfikowanych lub elektryfikowanych linii kolejowych na długości min. 10 kilometrów o wartości nie mniejszej niż 7 mln PLN brutto łącznie, z podaniem wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy usługa została wykonana należyście.

Celem wykazania tego warunku udziału w postępowaniu zamawiający wymagał od wykonawców złożenia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie usług.

W toku postępowania przystępujący IDOM złożył wykaz usług. W wykazie tym wymienił następujące usługi:

- 1) *Opracowanie dokumentacji przedprojektowej w wersji rozszerzonej dla projektu pn. „Prace na ciągu transportowym Trójmiasto-Szczecin na odc. Słupsk-Szczecin Dąbie przez Koszalin-Stargard/Kołobrzeg-Goleniów obejmującym linie kolejowe nr 202, 351, 401 i 402, umowa nr 60/039/0005/18/Z/I, wykonana na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w okresie 02.2018 r. - 05.2022 r., która obejmowała Wykonanie studium wykonalności w zakresie budowy lub przebudowy zelektryfikowanej lub elektryfikowanej linii kolejowej na długości min. 10 kilometrów o wartości wynoszącej 11 994 960,00 PLN brutto,*
- 2) *Opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla projektu „Prace na linii kolejowej nr 137 na odcinku Kędzierzyn Koźle – Kamieniec Ząbkowicki – Legnica wraz z elektryfikacją” w ramach projektu „Prace przygotowawcze dla wybranych projektów, umowa nr 60/039/0018/17/Z/I, wykonana na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w okresie 11.2017 r. – 12.2020 r., obejmująca Wykonanie studium wykonalności w zakresie budowy lub przebudowy zelektryfikowanej lub elektryfikowanej linii kolejowej na długości min. 10 kilometrów o wartości wynoszącej 7 017 912,60 PLN brutto.*

Do wykazu przystępujący załączył:

- a) poświadczenie z 17 października 2022 r. nr IREPL5.217.15.2022 potwierdzające realizację opracowania z pozycji 1,
- b) protokół odbioru końcowego z dnia 31 grudnia 2020 r. nr 1/2020 potwierdzający realizację opracowania z pozycji 2.

Z obu dokumentów wynikało, że przedmiotowe usługi wykonało konsorcjum w składzie IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. we Wrocławiu jako lider tego konsorcjum oraz IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U, Bilbao, Hiszpania – jako partner tego konsorcjum.

Jak wskazano w wyroku TSUE C-387/14 w sprawie Esaprojekt przeciwko Województwo Łódzkie⁴⁴ *artykuł 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był*

członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.

Biorąc pod uwagę, że oba zamówienia referencyjne, na jakie powołał się przystępujący IDOM, zostały przez niego wykonane nie samodzielnie, lecz w ramach konsorcjum z innym wykonawcą, to przystępujący IDOM aby powołać się na swe doświadczenie powinien dodatkowo wykazać, że faktycznie i konkretnie uczestniczył w wykonaniu tych umów co najmniej w takim zakresie, jaki odpowiadał treści warunku.

Izba stwierdziła, że w wykazie usług przystępujący IDOM nie złożył jednoznacznego i kategoriowego oświadczenia z którego wynikałoby za jaką część i wartość usług referencyjnych on odpowiadał. Okoliczność taka nie wynikała także z dowodów załączonych do wykazu usług.

W tej sytuacji należało zgodzić się z odwołującym, że przystępujący nie wykazał jeszcze spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.1. SWZ.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie argumentował, że we własnym zakresie dokonał weryfikacji spełnienia przez przystępującego IDOM warunku przez poczynienie stosownych ustaleń w ramach PLK S. A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Zachodni i Region Śląski. Wskazywał, że jednostki te miały potwierdzić, iż w obu wskazanych usługach przystępujący IDOM realizował dokumentację przedprojektową w ramach konsorcjum, w skład którego wchodziły: IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. – lider konsorcjum oraz IDOM Consulting, Engineering Architecture, S.A.U. – partner konsorcjum. Ponadto zgodnie z tymi ustaleniami IDOM w obu wskazanych usługach realizować miał, jako lider konsorcjum, między innymi następujące zadania:

- a) przedłożenie na żądanie Zamawiającego gwarancji należytego wykonania umowy oraz polisy odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności;
- b) zapewnienie obsługi prawno – organizacyjnej i finansowo – księgowej w zakresie niezbędnym dla potrzeb realizacji Kontraktu przez Konsorcjum;
- c) zarządzanie Kontraktem oraz koordynacja realizacji kontraktu zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia;
- d) reprezentowanie Konsorcjum wobec Zamawiającego
- e) wykonanie części zamówienia niewskazanej do realizacji przez partnera Konsorcjum;
- f) wykonanie dokumentacji przedprojektowej we wszystkich branżach dla projektu objętego Kontraktem.

Izba stwierdziła, że stanowisko zamawiającego nie zasługiwało na uwzględnienie. Odnosząc się do ww. argumentacji podkreślenia wymagało, że zamawiający nie udokumentował faktu poczynienia takich ustaleń w protokole z prowadzonego postępowania. Nie załączono do protokołu postępowania przykładowo pisma, korespondencji mailowej, czy nawet notatki służbowej z ustaleń poczynionych z innymi jednostkami organizacyjnymi w strukturze zamawiającego. Przypomnienia wymagało, że zgodnie z art. 20 ust. 1 Pzp, *Postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, prowadzi się pisemnie*. Zgodnie natomiast z art. 71 ust. 1 Pzp obowiązkiem zamawiającego jest dokumentowanie przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, sporządzając w jego toku protokół postępowania, w którym wymienia się także wszelkie załączniki do niego. Powyższe jest gwarancją zachowania w postępowaniu naczelnej jego zasady, jaką jest zasada przejrzystości, o której mowa w art. 16 ust. 2 Pzp. Skoro zamawiający nie udokumentował poczynienia ustaleń, na jakie się powoływał, to brak było podstaw do uwzględnienia gołostownej argumentacji zamawiającego.

Z kolei przystępujący IDOM wkleił do swego pisma procesowego z 23 stycznia 2025 r., wg swojego oświadczenia, fragment § 4 umowy realizacyjnej konsorcjum. Izba odmówiła wiarygodności ww. dokumentowi. Na podstawie ww. fragmentu wklejonego w pismo procesowe nie można było ustalić bowiem w szczególności z jakiej umowy on pochodzi.

Izba oddaliła wniosek odwołującego zawarty w piśmie procesowym z 27 stycznia 2025 r. o zobowiązanie zamawiającego oraz przystępującego IDOM do przedstawienia dokumentów w postaci:

- a) umowy konsorcjum oraz umowy realizacyjnej konsorcjum zawartej pomiędzy IDOM a IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U. dotyczących realizacji umowy zawartej z PKP Polskie Linie Kolejowe SA nr 60/039/0005/18/Z/I na „Opracowanie dokumentacji przedprojektowej w wersji rozszerzonej dla projektu pn. „Prace na ciągu transportowym Trójmiasto – Szczecin na odc. Słupsk – Szczecin Dąbie przez Koszalin – Stargard/Kołobrzeg – Goleniów obejmującym linie kolejowe nr 202, 351, 401 i 402”,
- b) umowy konsorcjum oraz umowy realizacyjnej konsorcjum zawartej pomiędzy IDOM a IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U. dotyczących realizacji umowy zawartej z PKP Polskie Linie Kolejowe SA nr 60/039/0018/17/Z/I na

„Opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla projektu pn. „Prace na linii kolejowej nr 137 na odcinku Kędzierzyn Koźle – Kamieniec Żąbkowski – Legnica wraz z elektryfikacją” w ramach projektu „Prace przygotowawcze dla wybranych projektów

uznając je za niezasadne. Postępowanie przed izbą ma charakter kontradyktoryjny. Działanie izby z urzędu należy uznać za wyjątkowe. Izba wzięła pod uwagę, że stronami i uczestnikami w postępowaniu byli profesjonalności – spółki prawa handlowego, którzy powinni mieć świadomość, jakie skutki wiążą się ze złożeniem, bądź niezłożeniem odpowiednich dowodów. W tej sytuacji, skoro zamawiający i przystępujący IDOM nie zdecydowali się na aktywność dowodową w spornym zakresie, izba nie miała podstaw aby zmuszać ich do jej podjęcia.

Kierując się powyższymi rozważaniami izba stwierdziła, że zarzut nr 1 odwołania zasługiwał na uwzględnienie.

Zasadny okazał się zarzut nr 2 odwołania, to jest zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 – 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w związku z art. 16 Pzp przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez przystępującego IDOM jako tajemnica przedsiębiorstwa całości wyjaśnień dotyczących ceny wraz z załącznikami 2, 4 i 5.

Na wstępie podkreślenia wymagało, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle 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. poz. 1233), 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 art. 222 ust. 5.* Na uwagę zasługiwał fakt, że pierwotnie na gruncie poprzedniej ustawy Pzp z 2004 r. ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: *Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.”.*

Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek „wykazania” zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostął udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy głoślowe zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przedmiotem oceny izby w tej sprawie było stwierdzenie, czy zamawiający na podstawie złożonych mu przez przystępującego informacji prawidłowo ustalił, że przystępujący IDOM wykazał, iż rzeczywiście tajemnicę jego przedsiębiorstwa stanowią informacje w podanych wyjaśnieniach ceny i załącznikach 2, 4, 5. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, przystępujący IDOM zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) *informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,*
- 2) *jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle*

zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,

3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą” (S. Sołtysiński w: *Komentarz do art. 11 ZNKU*, w: *Komentarz ZNKU pod red. J. Szwej*, Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, *Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex*, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko-Głuszko, *Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji*, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 uznk. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada.

W pierwszej kolejności odwołujący podniósł w odwołaniu, że PKP Polskie Linie Kolejowe 15 grudnia 2023 roku odtajniło całość wyjaśnień w zakresie ceny złożonych przez przystępującego IDOM w dniu 15 grudnia 2023 roku w postępowaniu „Usprawnienie połączenia Kraków – Jasło wraz z rewitalizacją linii kolejowej nr 110 i budowa łącznicy pomiędzy linią 108 a linią 110”. Celem wykazania powyższego załączył do odwołania wyjaśnienia IDOM z dnia 15 grudnia 2023 r. Powołując się na ww. dowód odwołujący zarzucał, że odtajnione wyjaśnienia co do zasady mają taką samą strukturę i treść – a zatem zawierają owo rzekome „unikalne know-how” przystępującego IDOM, które daje mu przewagę konkurencyjną i którego to know-how ujawnienie miałoby uniemożliwić IDOM składanie kolejnych ofert. Pomimo to przystępujący IDOM dalej składa oferty w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przyznał jednoznacznie, że analogiczny zakres wyjaśnień ceny przystępującego IDOM został już wcześniej odtajniony przez niego w innym postępowaniu. W tej sytuacji izba stwierdziła, że odwołujący prawidłowo dostrzegł, iż nie został spełniony jeden z elementów tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 uznk, a mianowicie ten, że informacja nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób.

Zamawiający oświadczył także, że w tej sytuacji po wniesieniu odwołania dokonał odtajnienia całości wyjaśnień ceny przystępującego IDOM w dniu 9 stycznia 2025r. (bez załączników nr 2, 4, 5) oraz tego samego dnia udostępnił go wykonawcom. Na pytanie przewodniczącego zamawiający oświadczył także, że oceny skuteczności zastrzeżenia wyjaśnień przystępującego IDOM i przekazania dokumentów dokonał 9 stycznia 2025 r. bez unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 17 grudnia 2024 r. W oparciu o ww. argumentację zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu nr 2 (w części dotyczącej zaniechania odtajnienia całości wyjaśnień przystępującego IDOM) jako bezprzedmiotowego.

Izba stwierdziła, że wniosek zamawiającego o częściowe umorzenie postępowania odwoławczego jako zbędnego, nie zasługiwał na uwzględnienie.

Dostrzeżenia wymagało, że istotnie ustawa Pzp nie sprzeciwia się, aby zamawiający, nawet po wniesieniu odwołania, dokonywał czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym również takich, które niweczą te czynności, wobec których zostało wniesione odwołanie. Zamawiający ma prawo do unieważnienia czynności zaskarżonych odwołaniem i powtórzenia swych czynności w postępowaniu.

Uszło jednak uwadze zamawiającego, że w opisanym wyżej stanie faktycznym nie zachodził taki przypadek. Odtajnienie całości wyjaśnień ceny, jakiego zamawiający dokonał 9 stycznia 2025 r., nastąpiło bowiem poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego i w trybie nieznanym ustawie Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi pewien uporządkowany ciąg czynności, na które składają się etapy: przygotowanie postępowania, wszczęcie postępowania, otwarcie ofert, badanie i ocena ofert, wybór oferty najkorzystniejszej /unieważnienie postępowania. Czynność z zakresu badania i oceny skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa należy do etapu badania i oceny ofert. Etap ten rozpoczyna się po otwarciu ofert i kończy z momentem wyboru oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniem postępowania. Zamawiający nie ma prawa dokonywać czynności z zakresu badania i oceny ofert po zakończeniu etapu badania i oceny ofert. Jeśli

zamawiający natomiast dostrzega potrzebę powtórzenia czynności z zakresu badania i oceny ofert, to musi powrócić do tego etapu postępowania. W tym celu konieczne jest jednak uprzednie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W analizowanej sprawie zamawiający zbadał skuteczność zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny przystępującego IDOM bez uprzedniego unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, co należało uznać za działanie podjęte poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji skutkiem procesowym wykonania takich czynności faktycznych nie mogło być umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp. Możliwość umorzenia przez izbę postępowania istniałaby wtedy, gdyby zamawiający przez zgodne z prawem działania podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia zniweczył substrat zaskarżenia, a z taką sytuacją nie mieliśmy do czynienia w analizowanej sprawie.

Wobec powyższego izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości wyjaśnień wykonawcy IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o. o. we Wrocławiu w zakresie ceny.

W dalszej kolejności należało odnieść się do zarzutów dotyczących zastrzeżenia przez wykonawcę IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o. o. we Wrocławiu jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w załącznikach nr 2, 4, 5 do wyjaśnień ceny.

W pierwszej kolejności nie można było się zgodzić z najdalej idącym stwierdzeniem odwołującego, jakoby przystępujący IDOM nie przedstawił jakiegokolwiek uzasadnienia dla zastrzeżenia załączników do wyjaśnień ceny, gdyż uzasadnienie zastrzeżenia dotyczy tylko części głównej wyjaśnień.

Zdaniem izby odwołujący dokonał niewłaściwej, a wręcz tendencyjnej interpretacji uzasadnienia zastrzeżenia. Przystępujący IDOM wielokrotnie w treści zastrzeżenia wskazywał, że jego wolą jest zastrzeżenia także załączników. Świadczyły o tym m.in. następujące fragmenty uzasadnienia: *Jednocześnie wskazuję, że wyjaśnienia i kalkulacje zawarte w przedmiotowym piśmie (w zakresie zawartym pomiędzy wyrażeniami „początek tajemnicy przedsiębiorstwa”, „koniec tajemnicy przedsiębiorstwa”) oraz treść załączników nr 1 do 12 do niniejszego pisma stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa IDOM, w rozumieniu art. 11 pkt 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.* Ponadto w części uzasadnienia przystępujący IDOM wprost odnosił się do m.in. ofert podwykonawczych stanowiących załączniki do wyjaśnień. Wobec powyższego należało uznać, że zastrzeżenie jak i uzasadnienie zastrzeżenia dotyczyło zarówno samych wyjaśnień, jak i załączników.

W dalszej kolejności izba stwierdziła, że odwołujący słusznie zarzucił, że przystępujący IDOM nie wykazał dostatecznie wartości gospodarczej zastrzeganych informacji dla załączników nr 2, 4, 5 do swych wyjaśnień ceny. Przystępujący IDOM nie udźwignął ciężaru wykazania w czym upatruje wartości gospodarczej informacji z tych załączników. Dla wykazania nie wystarcza ogólne, niekonkretne zadeklarowanie, że dana informacja posiada wartość gospodarczą, ale okoliczność tę należy szczegółowo wyjaśnić. Jeśli chodzi o wartość gospodarczą informacji z załączników nr 2, 4, 5 to przystępujący IDOM oświadczał:

Składane wykonawcy przez podwykonawców oferty zawierają szczególne warunki finansowe, wypracowane w oparciu – z reguły lata współpracy, które to warunki stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, a ich ujawnienie może doprowadzić do zakończenia relacji biznesowych Wykonawcy, a co najmniej do utraty wypracowanych zniżek i upustów. Ponadto już samo ujawnienie faktu współpracy z określonymi podmiotami, może powodować utratę przewag konkurencyjnych wykonawcy, w szczególności w sytuacji, gdy wiedza o tych relacjach poparta jest dodatkowo wiedzą o oferowanych przez podwykonawców Wykonawcy cenach usług. Wiedza konkurencji o powyższym może także – podobnie jak w przypadku personelu – prowadzić do podkupowania podwykonawców i pogorszenia sytuacji Wykonawcy na rynku.

Tak sformułowanie uzasadnienie zastrzeżenia okazało się dość ogólne, lakoniczne i było pozbawione jakichkolwiek konkretów. Za „wykazanie” wartości gospodarczej nie może być uznane gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma „wartość gospodarczą”. Izba wzięła pod uwagę, że treść ofert podwykonawczych z załączników nr 2, 4, 5 do wyjaśnień IDOM posiadała dość ograniczony treściowo zakres. Wynikały z nich zasadniczo wyłącznie globalne ceny ryczałtowe oferowane przez podwykonawców za wskazane elementy przedmiotu zamówienia, bez rozbicia na bardziej szczegółowe elementy cenotwórcze. Z treści umów podwykonawczych nie wynikało, że opisane tam stawki podwykonawców wynikały z dobrodziejstwa niespotykanych na rynku, konkurencyjnych stawek, warunków, rabatów, nieznanymi innym konkurentom rozwiązań, które są oferowane wyłącznie przystępującemu IDOM. Przystępujący IDOM nie wykazał także, że ceny oferty podwykonawców są unikalne, niedostępne na rynku ani jaka jest ewentualna różnica między stawkami z ofert podwykonawczych, a cenami rynkowymi. Nie wykazał, że podwykonawcy oferują korzystniejsze warunki współpracy jemu względem innych wykonawców. Nie wiadomo było także, w jaki sposób zastrzegane informacje mogą zostać wykorzystane przez innego wykonawcę. Nie wykazano ani jednego przypadku

próby „podkupowania” podwykonawców.

Skutkiem bezzasadnego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest leżący po stronie zamawiającego obowiązek odtajnienia takich danych. W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 wyraźnie stwierdzono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Skoro zatem zamawiający miał obowiązek stwierdzić bezskuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to jego obowiązkiem było odtajnienie danych nieskutecznie zastrzeżonych.

Wobec powyższego izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa załączników nr 2, 4, 5 do wyjaśnień wykonawcy IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o. o. we Wrocławiu w zakresie ceny.

Biorąc powyższe pod uwagę izba stwierdziła, że zarzut nr 2 odwołania znalazł potwierdzenie w materiale dowodowym zgromadzonym w aktach sprawy.

Izba nie rozpoznawała zarzutów nr 3 i nr 4 odwołania. Odwołujący wyraźnie wskazał w odwołaniu, że zarzuty nr 3 i nr 4 odwołania są jedynie zarzutami ewentualnym, sformułowanymi na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 2. Tymczasem zarzut nr 2 odwołania okazał się zasadny.

Zasadny okazał się zarzut nr 5 odwołania, to jest zarzut naruszenia przepisu art. 18 ust. 1 – 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w związku z art. 16 Pzp przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez Databout jako tajemnica przedsiębiorstwa załączników 8 – 11 do wyjaśnień ceny.

W zakresie ww. zarzutu aktualne pozostają rozważania natury generalnej, w tym w szczególności co do konieczności wykazania przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę, rozumienia pojęcie „wykazanie”, czy rozumienia pojęcia „wartości gospodarczej”, przedstawione przy rozstrzygnięciu zarzutu nr 2 odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołujący słusznie zarzucił, że przystępujący Databout nie wykazał dostatecznie wartości gospodarczej zastrzeganych informacji dla załączników nr 8-11 do swych wyjaśnień ceny. Przystępujący Databout nie udźwignął ciężaru wykazania w czym upatruje wartości gospodarczej informacji z tych załączników. Dla wykazania nie wystarcza ogólne, niekonkretne zadeklarowanie, że dana informacja posiada wartość gospodarczą, ale okoliczność tę należy szczegółowo wyjaśnić. Jeśli chodzi o wartość gospodarczą informacji z załączników nr 8-11 to przystępujący Databout oświadczał:

Z uwagi na chęć złożenia oferty konkurencyjnej cenowo Wykonawca podjął działania mające na celu weryfikację cen u potencjalnych podwykonawców i pracowników oferujących wysoką jakość przy konkurencyjnym wynagrodzeniu. Jednocześnie jednak Informacje te są zastrzeżone szeregiem umów oraz klauzulami o poufności zobowiązującymi obie strony do zachowania ich w tajemnicy pod rygorem odpowiedzialności.

Obecnie możliwość identyfikacji podwykonawców oraz uzyskanych warunków cenowych a także stosowanych stawek spowoduje, że nasza pozycja konkurencyjna zostanie poważnie zagrożona.

Pozyskanie zastrzeżonych informacji pozwoli konkurencji ofertować niżej bowiem ujawnione zostaną pozycje w których istnieje taka możliwość, a w skrajnym wypadku ujawnienie wyjaśnień umożliwi naszym konkurentom zaproponowanie współpracy naszym podwykonawcom lub pracownikom.

Według izby uzasadnienie zastrzeżenia okazało się pozbawione jakichkolwiek konkretów. Za „wykazanie” wartości gospodarczej nie może być uznane głoślowe zapewnienie, że zastrzegana informacja ma „wartość gospodarczą”. Izba wzięła pod uwagę, że treść ofert podwykonawczych z załączników nr 8-11 do wyjaśnień Databout posiadała dość ograniczony treściowy zakres. Z uzasadnienia zastrzeżenia nie wynikało, że opisane w ofertach stawki podwykonawców wynikały z dobrodziejstwa niespotykanych na rynku, konkurencyjnych stawek, warunków, rabatów, nieznanych innym konkurentom rozwiązań, które są oferowane wyłącznie przystępującemu Databout. Przystępujący nie wykazał także, że ceny oferty podwykonawców są unikalne, niedostępne na rynku ani jaka jest ewentualna różnica między stawkami z ofert podwykonawczych, a cenami rynkowymi. Nie wykazał, że podwykonawcy oferują korzystniejsze warunki współpracy jemu względem innych wykonawców. Nie wiadomo było także, w jaki sposób zastrzegane informacje mogą zostać wykorzystane przez innego wykonawcę. Nie wskazano na ani jeden przypadek zaproponowania współpracy tym konkretnym podwykonawcom przystępującego z pokrzywdzeniem przystępującego Databout.

Skutkiem bezzasadnego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest leżący po

stronie zamawiającego obowiązek odtajnienia takich danych. W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 wyraźnie stwierdzono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Skoro zatem zamawiający miał obowiązek stwierdzić bezskuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to jego obowiązkiem było odtajnienie danych nieskutecznie zastrzeżonych.

Wobec powyższego Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa załączników nr 8-11 do wyjaśnień przystępującego Dabout w zakresie ceny.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zarzut nr 5 odwołania znalazł potwierdzenie w materiale dowodowym zgromadzonym w aktach sprawy.

Izba nie rozpoznawała zarzutów nr 6 i nr 7 odwołania. Odwołujący wyraźnie wskazał w odwołaniu, że zarzuty nr 6 i nr 7 odwołania są jedynie zarzutami ewentualnym, sformułowanymi na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 5. Tymczasem zarzut nr 5 odwołania okazał się zasadny.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców* Izba stwierdziła, że naruszenia art. 128 ust. 4 Pzp a także art. 18 ust. 1 – 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznają mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający przedwcześnie uznał, że przystępujący IDOM wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.1. SWZ. Ponadto zamawiający z naruszeniem ww. przepisów zaniechał czynności uznania za bezskuteczne dokumentów złożonych przez przystępujących, w tym przystępującego IDOM, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Ujawnienie tych dokumentów i wyjaśnień może umożliwić innym wykonawcom wywiedzenie skutecznych zarzutów przeciwko ofercie wybranej opartych na odtajnionych informacjach. Wynik postępowania może zatem ulec zmianie.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

- a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo
- b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo
- c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Na ww. podstawie Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów wskazanych w pkt 1 sentencji a także wezwanie przystępującego IDOM do złożenia wyjaśnień co do treści przedstawionego przez tego wykonawcę wykazu usług przez wskazanie zakresu i wartości świadczeń, w których realizacji faktycznie i konkretnie brał udział.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: *Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie Izba uwzględniła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....