Sygn. akt: KIO 2813/20

WYROK

z dnia 24 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ewa Sikorska

Członkowie: Katarzyna Prowadzisz

Magdalena Rams

Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej - Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie, ARCADIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Multiconsult Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej - Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie, ARCADIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i 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: **Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej - Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie; ARCADIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

……...

……...

……...

Sygn. akt: KIO 2813/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest opracowanie map zagrożenia powodziowego i map ryzyka powodziowego w zakresie Części I — Opracowanie map zagrożenia powodziowego i map ryzyka powodziowego (od rzek) w zakresie wynikającym z przeglądu i aktualizacji wstępnej oceny ryzyka powodziowego wraz z publikacją.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 29 października 2020 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej - Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie, ARCADIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Multiconsult Polska sp. z o.o. (dalej: również przystępujący).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie sporządzenia uzasadnienia faktycznego dla punktacji przyznanej w pozacenowym kryterium oceny ofert opis sposobu realizacji zamówienia, brak umieszczenia takiego uzasadnienia w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej,
2. art. 96 ust. 5 ustawy w zw. z § 2 ust. 2 pkt 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez zaniechanie ujęcia w protokole postępowania, załącznikach do protokołu uzasadnienia faktycznego dla punktacji przyznanej w pozacenowym kryterium oceny — opis sposobu realizacji zamówienia,

3. art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie czynności uznania zastrzeżenia części oferty wykonawcy Multiconsult Polska sp. z o.o. - opis sposobu realizacji zamówienia, jak również dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postepowaniu - wykazu personelu jako tajemnicy przedsiębiorstwa - jako bezskutecznej i nieuprawnionej, a co za tym idzie – zaniechania udostępnienia odwołującemu tej części oferty wykonawcy,

4. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2d ustawy P.z.p. polegające na przeprowadzeniu - błędnej wykładni postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia na etapie po złożeniu ofert, tj. w szczególności błędne ustalenie, które wymagania w kryterium opis sposobu realizacji zamówienia wynikają z dokumentacji przetargowej, a które stanowią wartości dodane, nie ujęte w OPZ, które będą miały istotny wpływ na jakość i usprawnienie realizacji przedmiotu zamówienia, co w efekcie doprowadziło do ustalenia błędnych, sprzecznych z zasadą uczciwej konkurencji reguł przyznawania punktacji w pozacenowych kryteriach oceny ofert,

5. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie oceny ofert w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi, w pkt. 15.4.2 s.i.w.z. i naruszający zasadę uczciwej konkurencji, co skutkowało przyznaniem odwołującemu niewłaściwej ilości punktów w Kryterium Opis sposobu realizacji zamówienia — podkryterium PO2 - Sposób komunikacji i współpracy z zamawiającym oraz innymi wykonawcami w Projekcie oraz w podkryterium PO3 – Kontroli jakości wewnętrznej produktów i wyników prac po stronie wykonawcy,

ewentualnie:

6. art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie unieważnienia postepowania, w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu urnowy polegającej na braku możliwości dokonania oceny ofert w pozacenowym kryterium oceny ofert — opis sposobu realizacji zamówienia.

Na podstawie podniesionych zarzutów, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1.sporządzenia i udostępnienia wykonawcom, w tym odwołującemu uzasadnienia faktycznego dla punktacji przyznanej w pozacenowym kryterium oceny – opis sposobu realizacji zamówienia; uzupełnienia protokołu z postępowania w tym zakresie,

2.uznania czynności zastrzeżenia części oferty wykonawcy Multiconsult Polska sp. z o.o. - opis sposobu realizacji zamówienia jak również dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postepowaniu wykazu personelu jako tajemnicy przedsiębiorstwa – jako bezskutecznego i udostępnienia odwołującemu tej części oferty wykonawcy Multiconsult Polska sp. z o.o.;

3. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Multiconsult Polska sp. z.o.o.

4. przyznania odwołującym w pozacenowym kryterium – opis sposobu realizacji zamówienia 20 pkt„ w podkryterium P02 – Sposób komunikacji i współpracy z zamawiającym oraz innymi, wykonawcami w Projekcie oraz 20 pkt. w podkryterium P03 — Kontrola jakości wewnętrznej produktów i wyników prac po stronie wykonawcy, a w konsekwencji wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

ewentualnie:

5. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru; jako najkorzystniejszej/ oferty Multiconsult Polska sp. z o.o. oraz unieważnienie postępowania.

6. obciążenie zamawiającego kosztami, postępowania oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania, stosownie do wymogów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu z punktacją 86,03. W przypadku, gdyby zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy P.z.p., to oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Naruszenia, których dopuścił się zamawiający skutkują tym samym możliwością poniesienia przez odwołującego szkody, wynikającej z pozbawienia odwołującego realizacji przedmiotowego zamówienia, w tym zysku.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wskazania w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej uzasadnienia faktycznego dla punktacji przyznanej w pozacenowym kryterium oceny opis sposobu realizacji zamówienia; brak sporządzenia takiego uzasadnienia, odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców; którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Powyższy przepis zobowiązuje zamawiającego do uzasadnienia wskazanych w nim czynności, w tym czynności oceny ofert. Podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny ofert wyraża zasadę przejrzystości z art. 7 ust 1 ustawy P.z.p., jednocześnie umożliwia wykonawcom prześledzenie procesu oceny. Proces oceny w kryterium - opis sposobu realizacji zamówienia — nie polegał na przeprowadzeniu operacji matematycznej, podstawieniu danych do wzoru, co w efekcie uzasadniałoby daną ilość punktów. Ocena w tym pozacenowym kryterium najprawdopodobniej dokonywana była w oparciu o posiadaną przez zamawiającego wiedzę, doświadczenie w realizacji projektów, przekonanie co do tego, że dane zaproponowane przez wykonawców rozwiązania zasługują na którąś ze wskazanych w punkcie 5.4 tabeli ocen.

Odnosząc się do zarzutu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie opisu sposobu realizacji zamówienia, jak również dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu wykazu personelu, odwołujący wskazał, że wykonawca Multiconsult Polska sp. z o.o. objął tajemnicą przedsiębiorstwa wykaz zrealizowanych usług oraz wykaz personelu — zespołu, które to dane wykonawca był zobowiązany przedstawić w celu wykazania warunków spełnienia udziału w postępowaniu. Wykonawca objął również tajemnicą przedsiębiorstwa całość informacji zawartych w dokumencie – opis sposobu realizacji zamówienia — podlegający ocenie jako kryterium pozacenowe oceny ofert.

W ocenie odwołującego, zastrzeżenie ww. danych jest nieuprawnione i zmierza w istocie do pozbawienia odwołującego możliwości kontroli przebiegu postępowania oraz prawidłowości dokonania oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z zasadami przewidzianymi w s.i.w.z. W ocenie odwołującego, wykonawca nie wykazał przesłanek do zastrzeżenia informacji posiadających dla niego wartość gospodarczą czy organizacyjną w sposób wynikający z art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do opisu sposobu realizacji zamówienia, odwołujący stwierdził, że zgodnie z powszechnym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa jawność postępowania w sprawach o udzielenie zamówienia publicznego jest naczelną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Tym samym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa powinno być poparte wskazaniem przez Wykonawcę na konkretne dowody tj. działania, środki jakie podjął przed złożeniem. oferty, aby zachować dane informacje w poufności. Jak wskazano w orzeczeniu KIO 1692/20 z dnia 27.08.2020 r. złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do ograniczenia zasady jawności postępowania. Ciężar udowodnienia. że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. W niniejszym stanie faktycznym wykonawca Multiconsult Polska sp. z o.o. nie wskazał, zgodnie z pismem z dnia 16.06.2020 r., na jakiekolwiek kroki, czynności jak np. procedury wewnętrzne zachowania w tajemnicy danych informacji, inne zabezpieczenia, które podjął w celu zachowania w tajemnicy dokumentu. Wykonawca jedynie ogólnie i enigmatycznie wskazał, iż informacje zawarte w dokumencie traktuje jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie przedstawił dokumentów potwierdzających zachowanie zasad poufności w jego firmie, nie przedłożył dokumentów, iż objęty tajemnicą dokument byt przygotowany przez wąskie grono pracowników, nie wskazał ile *de facto* osób przygotowywało, ma to wgląd do jego oferty.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z orzecznictwem KIO objęte tajemnicą przedsiębiorstwa powinny podlegać konkretne informacje, dane, które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku od zasady jawności, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. (KIO 1429/20 z dnia 31.07.2020, KIO 110/17 z dnia 6.02.2017). W sytuacji, w której wykonawca zastrzega wyłączenie jawność całej treści danego dokumentu, powinien wykazać, iż cała zastrzeżona treść, a nie tylko jej fragmenty, poszczególne dane spełniają przesłanki z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; nie jest bowiem możliwe całościowe, ogólne zastrzeżenie całości dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, iż w ich treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które spełniają warunki do objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa. W niniejszym stanie faktycznym wykonawca nie wskazał jakie konkretnie informacje, które fragmenty opracowania stanowią według niego tajemnicę przedsiębiorcy. Wykonawca ogólnie wskazał, co dla niego stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, nie wskazał jednak na konkretne dane, zapisy znajdujące się w dokumencie - opis sposobu realizacji zamówienia.

Odnosząc się do zastrzeżenia wykazu personelu, odwołujący wskazał, że dane zawarte w wykazie wykonawca był zobowiązany przedstawić w celu wykazania warunków spełnienia udziału w postępowaniu. W ocenie odwołującego, wykonawca również w ww. zakresie nie wykazał, iż wskazany na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykaz personelu powinien być objęty tajemnicą przedsiębiorcy. W ocenie odwołującego, brak jest uzasadnienia dla zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji, które ukrywane są tylko przed innymi wykonawcami w postępowaniu, a staną się jawne po podpisaniu umowy z zamawiającym. Tajemnica przedsiębiorstwa jest wartością, która chroniona jest przez przedsiębiorcę przez cały czas, a nie tylko na etapie od dnia złożenia oferty do dnia podpisania umowy. Argument dotyczący ewentualnego „podkupienia" personelu w momencie ujawnienia jego danych jest również, w ocenie odwołującego, nietrafiony. Wykonawca ma możliwość zagwarantowania takich warunków współpracy personelowi, aby ten nie byt skłonny przejść do konkurencji. Ze strony odwołującego nie ma takiego ryzyka, ponieważ dysponuje on wykwalifikowanym i kompletnym zespołem w liczbie znacznie przekraczającej wymagania zamawiającego wskazane w s.i.w.z. Podobne stanowisko w zakresie braku podstaw do obejmowania tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu personelu wskazane jest w orzecznictwie KIO np. KIO 92/19z dnia 8.02.2019, KIO 2113/16 z dnia 20.03.2017, KIO 2319/18 z dnia 26.11.2018.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego pozacenowego kryterium oceny ofert, odwołujący podkreślił, że ma utrudnione możliwości polemiki z oceną zamawiającego z uwagi na niesporządzenie i nieudostępnienie przez zamawiającego uzasadnienia oceny ofert w pozacenowym kryterium — opis sposobu realizacji zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający w pkt. 15.2 s.i.w.z. wskazał, iż oferty oceniane będą na podstawie kryterium cena brutto oraz kryterium opis sposobu realizacji zamówienia. Zgodnie z pkt. 15.4.2.2 w ramach kryterium opis sposobu realizacji zamówienia oceniane będą podkryteria:

a)Struktura organizacyjna zespołu, w tym: proponowana struktura organizacyjna i zasady współpracy zespołu, sposób nadzoru i koordynacji prac w zespole, sposoby organizacji pracy zespołu w przypadku napiętych terminów prac oraz proponowane działania mające na celu wzmocnienie zespołu w celu sprawnej i terminowej realizacji zamówienia

b)Sposób komunikacji i współpracy z zamawiającym oraz innymi wykonawcami w Projekcie „Przegląd i aktualizacja map zagrożenia powodziowego i map ryzyka powodziowego", mając na uwadze zgodność z procedurami zarządczymi i odbiorowymi obowiązującymi w projekcie, w tym: proponowane kanały komunikacji oraz zakres i zasady Współpracy z Zamawiającym i innymi Wykonawcami w Projekcie, proponowane rozwiązania, których celem jest zapewnienie skutecznej wymiany informacji z zamawiającym w zakresie monitorowania postępów realizacji poszczególnych zadań oraz identyfikacji ryzyk i podejmowania działań zaradczych

c)Kontrola jakości wewnętrznej produktów i wyników prac po stronie Wykonawcy, w tym: sposób organizacji i przebiegu procesu kontroli wewnętrznej u Wykonawcy zapewniającej produkty zgodne z Metodyką, przepisami prawa i spełniające wymagania procedury kontroli jakości stosowanych w Projekcie; przewidywane narzędzia usprawniające proces wewnętrznej kontroli produktów.

Za każde z podkryteriów można było uzyskać maksymalnie 20 pkt. Sumarycznie maksymalnie 60 pkt. Jednocześnie zamawiający wskazał w s.i.w.z., „iż każde podkryterium będzie oceniane zgodnie z stopniem wypełnienia przez wykonawcę poszczególnych elementów kryterium wskazanych w tabeli."

I tak, odwołujący w kryterium wskazanym w pkt. b i c otrzymał 16 zamiast maksymalnych 20.

W ocenie odwołującego jego oferta w części - opis sposobu realizacji zamówienia — zarówno w podkryterium Sposób komunikacji i współpracy z Zamawiającym oraz innymi Wykonawcami w Projekcie, jak i Kontrola jakości wewnętrznej produktów i wyników prac po stronie Wykonawcy zasługuje na maksymalną ilość 20 pkt. Zgodnie z ww. tabelą — stopień bardzo dobry wypełnienia przez wykonawcę poszczególnych elementów kryterium — oznacza, iż wykonawca spełnił wszystkie wymagania wynikające z dokumentacji przetargowej, a dodatkowo element kryterium zawiera wartości

dodane, nieujęte w opisie przedmiotu zamówienia, które będą miały istotny wpływ na jakość i usprawnienie realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że ponieważ zamawiający przyznał odwołującemu stopień dobry w obu ww. kryteriach, nie ma wątpliwości spełnione są wszystkie wymagania wynikające z dokumentacji przetargowej. W podkryterium - sposób komunikacji i współpracy z zamawiającym oraz innymi wykonawcami w projekcie - odwołujący wskazał proponowane kanały komunikacji oraz zakres i zasady współpracy z zamawiającym i innymi wykonawcami w Projekcie, proponowane rozwiązania, których celem jest zapewnienie skutecznej wymiany informacji z Zamawiającym w zakresie monitorowania postępów realizacji poszczególnych zadań oraz identyfikacji ryzyk i podejmowania działań zaradczych. Dodatkowo, ponad wymagania wskazane w dokumentacji przetargowej, odwołujący wskazał w pkt. 5.5 opisu sposobu realizacji zamówienia na utworzenie tzw. Repozytorium tj. serwera ftp usytuowanego na dyskach Lidera Konsorcjum Odwołującego IMGW-PIB, które to repozytorium pozwala na szybką wymianę danych pomiędzy wykonawcą, a zamawiającym, co więcej, z uwagi „na format, sposób posegregowania danych jest przyjazne dla użytkowania. Wartym zauważenia faktem jest, iż jest to rozwiązanie, które zostało skutecznie i z bardzo dobrym wynikiem sprawdzone, w szczególności w zakresie liczby użytkowników, przepustowości łączy w ramach zamówienia pt. Przegląd i aktualizacja map zagrożenia powodziowego i map ryzyka powodziowego. W ww. zamówieniu owe rozwiązanie służyło do wymiany produktów, również produktów pośrednich i innych danych. Zamawiający zna zasady korzystania z proponowanego rozwiązania. Na Repozytorium ftp znajduje się również gotowa struktura katalogu folderów, co znacznie przyspieszyłoby prace w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazał, że w tym zakresie odwołujący winien otrzymać maksymalną liczbę punktów.

Odwołujący podniósł, że w podkryterium - Kontrola jakości wewnętrznej produktów i wyników prac po stronie wykonawcy - wskazał sposób organizacji i przebiegu procesu kontroli wewnętrznej u wykonawcy zapewniającej produkty zgodne z Metodyką, przepisami prawa i spełniające wymagania procedury kontroli jakości stosowanych w Projekcie; przewidywane narzędzia usprawniające proces wewnętrznej kontroli produktów. Dodatkowo, ponad wymagania wskazane w dokumentacji przetargowej, odwołujący wskazał w pkt. 6.1 opisu sposobu realizacji. zamówienia schemat organizacji przewidywanej do wdrożenia kontroli wewnętrznej produktów i wyników prac. Rozwiązania te bazują na doświadczeniach w realizacji zamówienia pt. Przegląd i aktualizacja map zagrożenia powodziowego i map ryzyka powodziowego, co niewątpliwie należy uznać za wartość dodaną. W pkt. 6.2 odwołujący wskazał, iż w celu minimalizacji błędów technicznych wersji numerycznej map odwołujący w procesie kontroli wykorzysta narzędzia kontrolne opracowane przez wykonawcę zadania 3 — na ich podstawie określi i skoryguje błędy jeszcze przed przekazaniem produktu do pierwszej kontroli realizowanej przez wykonawcę zadania 3. Odwołujący zauważył, że posiada wiedzę na temat funkcjonowania owego narzędzia, zna sposób jego obsługi, uczestniczył również w procesie formułowania uwag do jego funkcjonowania w ramach zamówienia pt. Przegląd i aktualizacja I map zagrożenia powodziowego i map ryzyka powodziowego. W ocenie odwołującego, należy uznać to za wartość dodaną. Również Repozytorium ftp wskazane w pkt. 5.5 opisu sposobu realizacji zamówienia ułatwia proces kontroli, ze względu na łatwość i skuteczność w przekazywaniu produktów i innych danych do procedury odbiorowej. Odwołujący wskazał, że zna z praktyki procedury i kryteria kontroli jakości produktów, przedstawione w ramach zamówienia pt. Przegląd i aktualizacja map zagrożenia powodziowego i map ryzyka powodziowego, a będące również wykorzystanymi w ramach owego zamówienia, co należy w tym wypadku traktować jako atrybut oceny bardzo dobrej dla tego kryterium.

Biorąc pod uwagę powyższe odwołujący wskazał, iż zasługuje na 20 pkt w każdym z ww. podkryteriów.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający nie uszczegółowił w s.i.w.z., jakie elementy, jakiego rodzaju rozwiązania lub jakie jego cechy będzie uważał za wartości dodane. Z uwagi na fakt, iż to zamawiający jest odpowiedzialny za prawidłowe i wyczerpujące przygotowanie dokumentacji postępowania, w tym s.i.w.z. i OPZ każdą wątpliwość, niejasność w tym zakresie należy interpretować na korzyść wykonawcy. Gdyby przyjąć, iż rozwiązania wskazane przez odwołującego nie stanowią wartości dodanej, nieujętej w OPZ, która będzie miała wpływ na jakość i usprawnienie realizacji przedmiotu zamówienia, należałoby uznać, iż w świetle zapisów OPZ nie ma możliwości wskazania, co może być wartością dodaną w kontekście przedmiotu umowy. Zamawiający nie wskazał w sposób właściwy, wyczerpujący kryteriów pozwalających na ustalenie, jakie rozwiązanie taką wartością dodaną. Tym samym, w ocenie odwołującego, należy przyjąć, iż kryteria oceny ofert zostały sporządzone w sposób niejednoznaczny i na ich podstawie zamawiający nie jest w stanie dokonać oceny ofert. Brak precyzyjnych wymagań co do podania określonych danych podlegających ocenie punktowej powoduje możliwość dowolnej interpretacji, a tym samym porównywanie różnych wartości, co w konsekwencji prowadzi do braku możliwości oceny ofert w ramach podanych kryteriów (KIO 869/16 z dnia 8.06.2016). Co za tym idzie, zamawiający powinien unieważnić postępowanie z uwagi na fakt, iż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, polegającej na braku możliwości dokonania oceny ofert w pozacenowym kryterium oceny ofert — opis sposobu realizacji zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 18 listopada 2020 roku wniósł o:

1)oddalenie odwołania w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego,

2)zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego, kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego, zamawiający wskazał, że działając na podstawie art. 92 ust. 1 ustawy P.z.p., przekazał wykonawcom, którzy złożyli oferty w postępowaniu w zakresie Części I, w dniu 19 października 2020 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zawierające nazwę, siedzibę i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, jako najkorzystniejszą, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zamawiający stwierdził, że dokonał oceny każdego z zagadnień oraz każdego z podkryteriów i kryteriów zgodnie z opisaną w pkt 15.4.2 s.i.w.z. procedurą i zasadami. Każda z ofert została szczegółowo przeanalizowana, a ocenie towarzyszy szczegółowe uzasadnienie, przesłane wykonawcom w dniu 19 października 2020 r. w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Jednocześnie zamawiający poinformował, iż w przedmiotowym postępowaniu nie sporządził żadnego innego dokumentu zawierającego ocenę ofert, a wykonawcy otrzymali w ww. piśmie pełne uzasadnienie oceny swojej oferty oraz pełne

uzasadnienie oceny oferty konkurencyjnej, z wyłączeniem informacji objętej tajemnicą przedsiębiorstwa.

Wobec powyższego, zamawiający uznał zarzut za chybiony i wniósł o jego oddalenie.

Odnosząc się do zarzut drugiego, zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 96 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p., w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół, zawierający co najmniej imię i nazwisko albo nazwę wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, oraz powody wyboru jego oferty, a także, jeśli jest to wiadome, wskazanie części zamówienia lub umowy ramowej, którą ten wykonawca zamierza zlecić do wykonania osobom trzecim, i jeśli jest to wiadome w danym momencie – imiona i nazwiska albo nazwy ewentualnych podwykonawców.

Wzór protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego stanowi Załącznik nr 1 do Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający stwierdził, że w pkt 25 protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego ppkt 4, jako uzasadnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w Części I wskazał:

„Oferta spełnia wszystkie wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), jej treść odpowiada treści SIWZ i uzyskała najwyższą ilość punktów (92,00 pkt.) podczas oceny ważnie złożonych ofert, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w postępowaniu.”.

Zamawiający stwierdził, że protokół stanowi podstawowy zakres informacji o udzielanym zamówieniu i potwierdza przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jest on odzwierciedleniem zaistniałych zdarzeń, tj. odzwierciedla fakty, a nie je tworzy. Elementami protokołu (załącznikami) są wszelkie inne dokumenty powstałe w toku postępowania. W szczególności są to, wymienione w art. 96 ust. 2 ustawy P.z.p., oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego. Elementem protokołu staje się każdy dokument wytworzony w toku postępowania. Wobec powyższego, załącznikiem do protokołu jest również zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty przekazane wykonawcom biorącym udział w postępowaniu w dniu 19 października 2020 r., które to zawiadomienie zawiera szczegółowe uzasadnienie wyboru oferty. Brak uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru oferty najkorzystniejszej w samym druku protokołu nie niesie negatywnych konsekwencji dla zamawiającego, ponieważ uzasadnienie zostało ujęte w załącznikach do protokołu. Wobec powyższego, zamawiający uznał zarzut za chybiony i wniósł o jego oddalenie.

Odnosząc się do zarzut trzeciego, zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje spełniające kumulatywnie trzy przesłanki:

1)mają określony charakter, czyli są informacjami technicznymi, technologicznymi czy organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub innymi informacjami posiadającymi wartość gospodarczą,

2)informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

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

Kwestię pierwszej przesłanki rozstrzygnął Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 26 kwietnia 2016 r., sygn. akt II GSK 2806/14, w którym odwołał się do komercyjnego aspektu tajemnicy przedsiębiorstwa i uznał, że chodzi o taką informację (o co najmniej minimalnej lub potencjalnej wartości), której wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski. Z kolei w nawiązaniu do wyroku SNz 3 października 2000 r., I CKN 304/00, powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje zaś całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym.

Zamawiający stwierdził, że co do drugiej przesłanki, w uzasadnieniu do ustawy nowelizującej definicję tajemnicy przedsiębiorstwa w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazano, że użyte w polskiej wersji językowej dyrektywy pojęcia „zestawu” oraz „zbioru” mają taki sam zakres – oznaczają bowiem pewien zespół informacji wyłączony z całości. Użyte wyrażenia należy raczej tłumaczyć jako zbiór (w znaczeniu zespołu informacji wyłączonych z całości) oraz zestawienie (w znaczeniu wzajemnego układu tych informacji względem siebie).

Zamawiający podniósł, że w odniesieniu do przesłanki dotyczącej podjęcia przez przedsiębiorcę działań celem zachowania określonych informacji w tajemnicy, wypowiedział się Sąd Najwyższy w przytoczonym już wyżej wyroku I CKN 304/00: „podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony”. Dokument: „Opis sposobu realizacji zamówienia”, wraz pozostałymi dokumentami tworzącymi ofertę, z którymi z uwagi na charakter postępowania oraz tych dokumentów, tworzy spójną, nierozerwalną całość, podlegały badaniu również w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa w następujący sposób.

Zamawiający stwierdził, że opis sposobu realizacji zamówienia, dalej „Opis”, to dokument o charakterze technicznym i organizacyjnym. Opis sposobu realizacji zamówienia przedstawia rozwiązania organizacyjne, logistyczne co do sposobu prowadzenia projektu, komunikacji z zamawiającym, ryzyk projektowych oraz sposób organizacji i przebiegu procesu kontroli wewnętrznej u wykonawcy. Na tej podstawie, zamawiający może ocenić, czy oferent dostosował organizację i sposób komunikacji do specyfiki zamawiającego oraz czy odpowiednio zidentyfikował potencjalne ryzyka, oszacował prawdopodobieństwo ich wystąpienia i dobrał odpowiednie do nich sposoby zapobiegania i przeciwdziałania, oraz w jaki sposób oferent zorganizował i dostosował proces kontroli wewnętrznej produktów. Sposoby te mogą być unikalne dla każdego z oferentów. Również oferowana struktura organizacyjna zespołu jest unikalna dla każdego z oferentów (np.: sposób zarządzania jakością). Odtajnienie wykazu specjalistów może spowodować, że konkurencyjny oferent może, na podstawie wiedzy o dorobku naukowym i doświadczeniu danego eksperta, przewidzieć metody i techniki zastosowane w konkurencyjnym opisie. Zatem opis nie powinien podlegać odtajnieniu.

Zamawiający wskazał, że każdy z załączonych do ofert opisów został objęty przez wykonawców, w tym także przez odwołującego, tajemnicą przedsiębiorstwa i wraz z uzasadnieniem podlegała badaniu w związku z tym faktem. W wyniku tego badania zamawiający stwierdził, co następuje:

1.Opis konsorcjum Wykonawców Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej – Państwowego Instytutu Badawczego Arcadis Sp. z o.o.

W ocenie zamawiającego, opis zawiera informacje, których charakter i treść odpowiada definicji *know-how* oraz są informacjami technicznymi, technologicznymi lub organizacyjnymi wykonawcy, na następujących stronach (objętość Opisu – 27 stron):

1)strony 5 – 6: część informacji z rozdziału 2 „Atuty i mocne strony oferty",

2)strona 8: część informacji z rozdziału 3 „Ogólne założenia metodyczne realizacji zamówienia",

3)strony 9 – 27: treść rozdziałów:

a)4 – Organizacja pracy zespołu;

b)5 – Komunikacja i współpraca z Zamawiającym oraz Wykonawcami w projekcie;

c)6 – Kontrola wewnętrzna produktów i wyników prac;

d)7 – Zarządzanie ryzykiem i zagrożeniami w projekcie.

– z niewielkimi wyjątkami na stronach 15, 16, 19, 22.

2.Opis Multiconsult Polska Sp. z o.o.

W ocenie zamawiającego, opis zawiera informacje, których charakter i treść odpowiada definicji *know-how* oraz są informacjami przedstawiającymi rozwiązania metodyczne, techniczne (w tym wykorzystane narzędzia), technologicznymi lub organizacyjnymi Wykonawcy, na następujących stronach (objętość Opisu – 64 strony):

a)strona 5: część informacji zawartych w Preambule Opisu,

b)strona 7 – 12: część informacji zawartych we Wstępie do Opisu,

c)strony 13 – 45: treść rozdziału 2 „Struktura organizacyjna zespołu", z niewielkimi wyjątkami na stronach 13 – 14, 15, 16, 20, 35, 38, 39,

d)strony 46 – 55: treść rozdziału 3 „Sposób komunikacji i współpracy z Zamawiającym oraz innymi Wykonawcami w Projekcie: „Przegląd i aktualizacja map zagrożenia powodziowego i map ryzyka powodziowego", z niewielkimi wyjątkami na stronach 47, 48, 50, 51, 52, 53, 54,

e)strony 56 – 64: treść rozdziału 4 „Kontrola jakości wewnętrznej produktów i wyników prac po stronie Wykonawcy".

Zamawiający zaznaczył, że powyżej wskazane informacje niewątpliwie posiadają walor gospodarczy dla każdego z wykonawców, gdyż są rezultatem indywidualnego podejścia do przedmiotu zamówienia. To indywidualne podejście oznacza, iż każdy z opisów zawiera unikalne zestawy danych i autorskie sposoby ich przetwarzania, które zostały opracowane na podstawie doświadczenia i wiedzy wykonawcy. Z uwagi na specyficzną działalność zamawiającego (gospodarka wodna, realizacja działań cyklicznych wynikających Dyrektywy Powodziowej), niektóre elementy niniejszego postępowania będą także elementami innych postępowań, które zamawiający zamierza wszcząć w krótszej i dłuższej perspektywie czasu. Podobnie niektóre elementy obecnego postępowania były przedmiotem wcześniej ogłoszonych postępowań. Oznacza to, iż niektóre elementy przedmiotu zamówienia opracowane dla jednego zamówienia zostaną wykorzystane lub były wykorzystywane w innych postępowaniach. W związku z tym należy zauważyć, iż dokumenty będące rezultatem m.in. przeszłych, obecnego, a także przyszłych postępowań, są ze sobą ściśle powiązane merytorycznie, dlatego odtajnienie opisu mogłoby doprowadzić do kopiowania pomysłów/rozwiązań autorskich/narzędzi przez innych wykonawców.

W związku z tym, w ocenie zamawiającego, nie ulega wątpliwości, że jeżeli wykonawca kopiuje pewne elementy wcześniejszych własnych opracowań do nowych opracowań wykorzystywanych jako element oferty, który podlega ocenie, w innym postępowaniu, to dokładnie tak samo postąpi w przypadku, gdy będzie posiadał swobodny dostęp do Opisów opracowanych przez innych wykonawców. To z kolei przełoży się wprost na poniesienie szkody przez podmiot, z którego opracowań korzystano. Jak przywołaliśmy na wstępie niniejszego punktu, Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 26 kwietnia 2016 r. odwołał się do komercyjnego aspektu tajemnicy przedsiębiorstwa i uznał, że tajemnica przedsiębiorstwa jest informacją (o co najmniej minimalnej lub potencjalnej wartości), której wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski.

Zamawiający zauważył, że opis wraz z dokumentami mu towarzyszącymi i bezpośrednio z nimi związanymi, tj. wykazem usług oraz referencjami, wykazem osób, wykazem, w kontekście postępowania o udzielenie zamówienia będącego przedmiotem odwołania, stanowią szczególne zestawienie i zbiór informacji. Ponadto z uwagi na indywidualne i charakterystyczne dla każdego z wykonawców podejście do kwestii realizacji zamówienia, które wykonawcy utrzymują w tajemnicy, takie zestawienie nie jest powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Pomimo tego, że dokumenty opierają się o powszechnie obowiązujące akty prawne i dokumenty metodyczne (i wszyscy potencjalni oferenci mają do nich dostęp), to jednak sposób podejścia do ich wykonania, tj. rozwiązania techniczne, organizacyjne, działania mające na celu zapewnienie odpowiedniej jakości, w tym wewnętrzna kontrola jakości są pomysłem i propozycją oferenta, która podlega indywidualnemu, zapewniającemu, w ocenie wykonawcy, uzyskanie najlepszych efektów. Pomysł i propozycja podlegają ocenie zamawiającego.

Podsumowując, zamawiający wskazał, że opis zawiera zbiory informacji, które korelują z informacjami z pozostałych dokumentów i dla osób zwykle zajmujących się tą tematyką stanowią źródło identyfikacji rozwiązań oferowanych w opisie, jeśli analizie poddane jest zestawienie osób i podmiotów biorących udział w realizacji zamówienia oraz identyfikacji poszczególnych osób oraz podmiotów trzecich jeśli analizie poddany jest opis. Z tego też powodu każdy z

wykonawców, uczestników postępowania będącego przedmiotem sporu, w tym także odwołujący, zastrzegł przedmiotowe dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Sytuacja ta miała miejsce także we wszystkich innych postępowaniach, o podobnym przedmiocie zamówienia, które prowadził w przeszłości zamawiający. Wobec powyższego zamawiający stwierdził, iż opis oraz inne dokumenty z nimi powiązane, jako dokumenty zawierające informacje w szczególnym zestawieniu, jako całość powinny pozostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i podlegać ochronie w zakresie wskazanym przez każdego z wykonawców, również odwołującego.

Zamawiający wskazał, że kwestie dotyczące podjęcia przez wykonawców działań mających na celu utrzymanie ww. informacji w poufności zamawiający znajduje w uzasadnieniach objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa omówionych powyżej dokumentów. Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, iż każdy z wykonawców, w tym także odwołujący, wykazał iż podjął odpowiednie środki w celu zapewnienia poufności swoich informacji. Wobec powyższego, zamawiający uznał zarzut za chybiony i wniósł o jego oddalenie.

Odnosząc się do zarzutu czwartego i piątego, zamawiający wskazał, że zgodnie z s.i.w.z., każde podkryterium będzie oceniane zgodnie ze stopniem wypełnienia przez wykonawcę poszczególnych elementów kryterium wskazanych w tabeli:

Stopień wypełnienia przez Wykonawcę poszczególnych elementów kryterium	Liczba punktów
Niedostateczny - Brak opisu wskazanych elementów kryterium lub opis jest nieodpowiadający wymaganiom wskazanym w SIWZ, zostały popełnione błędy wskazujące na niezrozumienie przedmiotu zamówienia i oczekiwań zawartych w SIWZ.	**0**
Słaby - Wykonawca opisał element kryterium w sposób niejasny, niewystarczający, skrótowo, bez dogłębnej analizy zagadnienia i dostosowania do specyfiki i zakresu projektu.	**4**
Dostateczny - Wykonawca opisał element kryterium w sposób jasny, dostateczny, ale bez dogłębnej analizy konkretnych przypadków.	**8**
Dobry - Wykonawca opisał kryterium przejrzyście, spójnie, zrozumiale, w sposób wyczerpujący, szczegółowy, kompletny, wykazując się dogłębną analizę konkretnych przypadków i znajomością zagadnień, z dostosowaniem do specyfiki i zakresu projektu.	**16**
Bardzo dobry - Zostały spełnione wszystkie wymagania wynikające z dokumentacji przetargowej, a dodatkowo element kryterium zawiera wartości dodane, nieujęte w opisie przedmiotu zamówienia, które będą miały istotny wpływ na jakość i usprawnienie realizacji przedmiotu zamówienia.	**20**

W ramach kryterium „opis sposobu realizacji zamówienia" ocenie podlegały 3 podkryteria:

1)Struktura organizacyjna zespołu (Po1), w tym:

- proponowana struktura organizacyjna i zasady współpracy zespołu;
- sposób nadzoru i koordynacji prac w zespole;

− sposoby organizacji pracy zespołu w przypadku napiętych terminów realizacji prac oraz proponowane działania mające na celu wzmocnienie zespołu w celu sprawnej i terminowej realizacji zamówienia.

2)Sposób komunikacji i współpracy z Zamawiającym oraz innymi Wykonawcami w Projekcie: „Przegląd i aktualizacja map zagrożenia powodziowego i map ryzyka powodziowego" (Po2), mając na uwadze zgodność z procedurami zarządczymi i odbiorowymi obowiązującymi w projekcie, w tym:

− proponowane kanały komunikacji oraz zakres i zasady współpracy z zamawiającym i innymi wykonawcami w Projekcie;

− proponowane rozwiązania, których celem jest zapewnienie skutecznej wymiany informacji z zamawiającym w zakresie monitorowania postępów realizacji poszczególnych zadań oraz identyfikacji ryzyk i podejmowania działań zaradczych.

3)Kontrola jakości wewnętrznej produktów i wyników prac po stronie Wykonawcy (Po3), w tym:

− sposób organizacji i przebiegu procesu kontroli wewnętrznej u Wykonawcy zapewniającej produkty zgodne z Metodyką, przepisami prawa i spełniające wymagania procedury kontroli jakości stosowanych w Projekcie;

−przewidywane narzędzia usprawniające proces wewnętrznej kontroli produktów.

Za każde podkryterium można było uzyskać maksymalnie 20 punktów.

Zamawiający wskazał, że ocenił ofertę Odwołującego w sposób następujący: podkryterium 1 – 20 pkt; podkryterium 2 – 16 pkt; podkryterium 3 – 16 pkt.

Zamawiający zauważył, że odwołujący opisał kryterium 2 i 3 przejrzyście, spójnie, zrozumiale, w sposób wyczerpujący, szczegółowy, kompletny, wykazując się dogłębną analizą konkretnych przypadków i znajomością zagadnień, z dostosowaniem do specyfiki i zakresu projektu. W związku z powyższym zgodnie z powyższą tabelą uzyskał 16 punktów. Oferta odwołującego w podkryteriach 2 i 3 nie zawierała wartości dodanych, nieujętych w opisie przedmiotu zamówienia, które miałyby istotny wpływ na jakość i usprawnienie realizacji przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym zamawiający nie mógł przyznać odwołującemu 20 punktów w podkryteriach 2 i 3.

Zamawiający podniósł, że w załączniku 1a do s.i.w.z. – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, dalej „SOPZ", wskazał wymaganie: „Pośrednie wersje produktów w wersji elektronicznej na potrzeby kontroli poszczególnych zadań i etapów prac będą przekazywane Zamawiającemu, właściwym RZGW oraz Wykonawcy zadania 3: Usługi wsparcia

merytorycznego przy realizacji projektu, poprzez repozytorium, udostępnione przez Wykonawcę na cele i czas realizacji projektu. Pośrednie wersje produktów będą przechowywane w repozytorium do czasu odbioru produktu przez Zamawiającego. Szybkość odczytu oraz zapisu danych w repozytorium powinny być dostosowane do objętości przekazywanych za jego pomocą danych.”.

W związku z powyższym, w ocenie zamawiającego, nieuzasadnione jest twierdzenie, że odwołujący powinien dostać 20 punktów za podkryterium 2, w związku z zaproponowaniem w ofercie Repozytorium. Nie jest to wartość dodana, gdyż było to wymaganie wynikające ze szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik nr 1a do s.i.w.z.

Zamawiający zaznaczył, że fakt, że takie samo rozwiązanie stosowane było w poprzednim zamówieniu, (którym wykonawcą był odwołujący) i zostało skutecznie i z bardzo dobrym wynikiem sprawdzone w szczególności w zakresie liczby użytkowników i przepustowości łączy, nie uprawnia zamawiającego do przyznania dodatkowych punktów, gdyż jest to element, który jest wymagany w s.i.w.z.. Ponadto zamawiający zauważył, że wymaganiem s.i.w.z. jest, aby szybkość odczytu oraz zapisu danych w repozytorium były dostosowane do objętości przekazywanych za jego pomocą danych. W związku z powyższym każdy oferent zobowiązany jest do zapewnienia repozytorium o parametrach dostosowanych do zakresu projektu. Repozytorium ftp jest rozwiązaniem standardowym i fakt, że zamawiający zna to rozwiązanie, nie jest tu dodatkowym atutem. W projekcie stosowane są różne rozwiązania w innych zadaniach i zamawiający nie ma problemów z korzystaniem z nich.

Zamawiający stwierdził, że fakt posiadania w repozytorium gotowej struktury katalogowej nie jest również wartością dodaną, gdyż struktura ta jest jednolita w całym Projekcie. Struktura katalogowa i nazewnictwo plików muszą być zgodne z „Metodyką opracowania map zagrożenia powodziowego i map ryzyka powodziowego w II cyklu planistycznym” i procedurą odbiorową, co jest wskazane w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia. Opis struktury katalogowej stanowi załącznik do Metodyki opracowania MZP i MRP i jest dostępny dla każdego wykonawcy.

Zamawiający wskazał, że wykonawcy w SOPZ zostali zobowiązani do przeprowadzania wewnętrznej kontroli jakości, z wykorzystaniem procedur i kryteriów kontroli jakości produktów, które są znane dla wszystkich wykonawców, biorąc pod uwagę, że procedury te stanowią załącznik do SOPZ.Przedstawiony w pkt 6.1 opisu sposobu realizacji zamówienia schemat organizacji przewidywanej do wdrożenia kontroli wewnętrznej produktów i wyników prac nie może być uznany za wartość dodaną. Wewnętrzna kontrola jakości wynika z wymagań s.i.w.z., a ww. schemat należy zakwalifikować jako wykazanie się przez odwołującego dogłębną analizą konkretnych przypadków i znajomością zagadnień, z dostosowaniem do specyfiki i zakresu projektu, za co odwołujący otrzymał 16 punktów w ocenie ofert. Wykorzystanie narzędzia kontroli opracowanego w ramach zadania 3 projektu nie stanowi wartości dodanej, ponieważ jest to narzędzie będące w posiadaniu i stanowiące własność zamawiającego. Do obsługi narzędzia stworzono szczegółowy opis jego instalacji i wykorzystania, co powoduje, że może być wykorzystane przez każdego wykonawcę, który będzie realizował zamówienie.

Zamawiający zwrócił uwagę, że opis realizacji zamówienia sporządzony przez odwołującego nie zawiera informacji, które są wskazane w odwołaniu, tj. że „Odwołujący posiada wiedzę na temat funkcjonowania owego narzędzia, zna sposób jego obsługi, uczestniczył również w procesie formułowania uwag do jego funkcjonowania”. Nie mogą więc być brane pod uwagę przy odwołaniu, ponieważ stanowią dodatkową argumentację, której nie zawierały dokumenty przedstawione w ofercie.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego, że za 3 podkryterium powinien on dostać 20 punktów, powołując się w uzasadnieniu na fakt, że proponowane przez niego rozwiązania bazują na doświadczeniach w realizacji zamówienia pt. Przegląd i aktualizacja map zagrożenia powodziowego i map ryzyka powodziowego, co wg odwołującego niewątpliwie należy uznać za wartość dodaną, zamawiający stwierdził, że nie zgadza się z tym stanowiskiem, gdyż sam fakt posiadania doświadczenia w poprzednim zamówieniu nie może być dodatkowo punktowany, gdyż nie stanowi kryterium oceny oferty. Kryteria oceny ofert, zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy P.z.p., odnoszą się do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 91 ust. 3 kryteria ceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Wobec powyższego, zamawiający uznał powyższe zarzuty za chybione i wniósł o ich oddalenie.

Odnosząc się do zarzutu szóstego, zamawiający stwierdził, że działając na podstawie art. 91 ust. 2d ustawy P.z.p., określił kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, co potwierdza brak pytań w tym zakresie na etapie składania ofert.

Na podstawie powyższego należy stwierdzić, że bezpodstawny jest zarzut odwołującego zawarty w pkt II. 6 odwołania o braku możliwości oceny ofert na podstawie przyjętych kryteriów.

Zamawiający zauważył, że w sposób szczegółowy, prawidłowo i wyczerpująco opisał przedmiot zamówienia, czego dowodem jest brak pytań wykonawców do treści SOPZ na etapie prowadzonego postępowania w zakresie obejmującym kwestie wskazane w odwołaniu. Wartością dodaną mającą istotny wpływ na jakość i usprawnienie realizacji przedmiotu zamówienia, są elementy innowacyjne, których zamawiający nie musi opisywać i wskazywać w SOPZ, gdyż profesjonalnie działający w tematyce niniejszego zamówienia wykonawca jest w stanie je zidentyfikować i opisać w ofercie. Dodatkowo wskazał, że na etapie prowadzonego postępowania nie wpłynęły pytania dotyczące kryteriów oceny i co należy rozumieć przez wartości dodane. To, że odwołujący nie był w stanie wykazać się w tych dwóch podkryteriach wartościami dodanymi, nie oznacza, że jest to w ogóle niemożliwe. Zamawiający nie ma obowiązku podawania katalogu elementów tych elementów, gdyż właśnie rolą wykonawcy jest wykazanie się znajomością wymagań SOPZ i wskazaniem swojej wizji realizacji zamówienia i możliwości jego sprawnego przeprowadzenia.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego, że nie jest możliwe uzyskanie maksymalnej liczby punktów, zamawiający stwierdził, że jest to niezgodne z rzeczywistością. W kryterium 1 odwołujący uzyskał maksymalną liczbę punktów, jednakże wykazał się elementami dodatkowymi, wpływającymi istotnie na usprawnienie realizacji przedmiotu zamówienia, co zostało szczegółowo opisane w uzasadnieniu oceny ofert zawartym w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, które zostało wysłane do odwołującego pismem z dnia 19 października 2020 r.

Zamawiający zauważył, że w części II niniejszego zamówienia, w którym również uczestniczył jeden z członków

konsorcjum odwołującego, obowiązywały takie same kryteria i sposób oceny, a skutecznie doszło do wyboru oferty bez żadnych odwołań i zarzutów. W Części II zamówienia jeden z wykonawców uzyskał w 3. podkryterium 20 punktów, ponieważ jego opis realizacji zamówienia spełniał wymagania wynikające z dokumentacji przetargowej, a dodatkowo zawierał wartości dodane, nieujęte w opisie przedmiotu zamówienia, które miały istotny wpływ na jakość i usprawnienie realizacji przedmiotu zamówienia.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca Multiconsult Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt. 15.2 s.i.w.z. oferty oceniane będą na podstawie kryterium cena brutto oraz kryterium opis sposobu realizacji zamówienia. Zgodnie z pkt. 15.4.2.2 w ramach kryterium opis sposobu realizacji zamówienia oceniane będą podkryteria:

W ramach kryterium „opis sposobu realizacji zamówienia" ocenie podlegały 3 podkryteria:

1)Struktura organizacyjna zespołu (Po1), w tym:

- proponowana struktura organizacyjna i zasady współpracy zespołu;
- sposób nadzoru i koordynacji prac w zespole;
- sposoby organizacji pracy zespołu w przypadku napiętych terminów realizacji prac oraz proponowane działania mające na celu wzmocnienie zespołu w celu sprawnej i terminowej realizacji zamówienia.

2)Sposób komunikacji i współpracy z Zamawiającym oraz innymi Wykonawcami w Projekcie: „Przegląd i aktualizacja map zagrożenia powodziowego i map ryzyka powodziowego" (Po2), mając na uwadze zgodność z procedurami zarządczymi i odbiorowymi obowiązującymi w projekcie, w tym:

- proponowane kanały komunikacji oraz zakres i zasady współpracy z zamawiającym i innymi wykonawcami w Projekcie;
- proponowane rozwiązania, których celem jest zapewnienie skutecznej wymiany informacji z zamawiającym w zakresie monitorowania postępów realizacji poszczególnych zadań oraz identyfikacji ryzyk i podejmowania działań zaradczych.

3)Kontrola jakości wewnętrznej produktów i wyników prac po stronie Wykonawcy (Po3), w tym:

- sposób organizacji i przebiegu procesu kontroli wewnętrznej u Wykonawcy zapewniającej produkty zgodne z Metodyką, przepisami prawa i spełniające wymagania procedury kontroli jakości stosowanych w Projekcie;
- przewidywane narzędzia usprawniające proces wewnętrznej kontroli produktów.

Zgodnie z s.i.w.z., każde podkryterium będzie oceniane zgodnie ze stopniem wypełnienia przez wykonawcę poszczególnych elementów kryterium:

Stopień wypełnienia przez Wykonawcę poszczególnych elementów kryterium	Liczba punktów
Niedostateczny - Brak opisu wskazanych elementów kryterium lub opis jest nieodpowiadający wymaganiom wskazanym w SIWZ, zostały popełnione błędy wskazujące na niezrozumienie przedmiotu zamówienia i oczekiwań zawartych w SIWZ.	**0**
Słaby - Wykonawca opisał element kryterium w sposób niejasny, niewystarczający, skrótowo, bez dogłębnej analizy zagadnienia i dostosowania do specyfiki i zakresu projektu.	**4**
Dostateczny - Wykonawca opisał element kryterium w sposób jasny, dostateczny, ale bez dogłębnej analizy konkretnych przypadków.	**8**
Dobry - Wykonawca opisał kryterium przejrzyście, spójnie, zrozumiale, w sposób wyczerpujący, szczegółowy, kompletny, wykazując się dogłębną analizę konkretnych przypadków i znajomością zagadnień, z dostosowaniem do specyfiki i zakresu projektu.	**16**
Bardzo dobry - Zostały spełnione wszystkie wymagania wynikające z dokumentacji przetargowej, a dodatkowo element kryterium zawiera wartości dodane, nieujęte w opisie przedmiotu zamówienia, które będą miały istotny wpływ na jakość i usprawnienie realizacji przedmiotu zamówienia.	**20**

Pismem z dnia 16 czerwca 2020 roku przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa następujące dokumenty:

1.OPIS SPOSOBU REALIZACJI ZAMÓWIENIA - Opracowanie map zagrożenia powodziowego i map ryz powodziowego - Część I - Opracowanie map zagrożenia powodziowego i map ryzyka powodziowego (od rzek) w zakresie wynikającym z przeglądu i aktualizacji wstępnej oceny ryzyka powodziowego wraz z publikacją

2.OPIS SPOSOBU REALIZACJI ZAMÓWIENIA - Opracowanie map zagrożenia powodziowego i map ryz powodziowego - Część II - Opracowanie map zagrożenia powodziowego i map ryzyka powodziowego dla obszarów narażonych na zalanie w przypadku zniszczenia lub uszkodzenia budowli piętrzących cz. 2

Przystępujący wskazał, że:

Stosownie do treści art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 9 lutego 2018 r. (dalej uznk): przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane

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

Za tajemnicę przedsiębiorstwa uważa się więc informacje:

a.które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

b.o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym lub inne posiadające wartość gospodarczą.

Ad. a) Dokumenty:

OPIS SPOSOBU REALIZACJI ZAMÓWIENIA - Opracowanie map zagrożenia powodziowego i map ryz powodziowego - Część I - Opracowanie map zagrożenia powodziowego i map ryzyka powodziowego (od rzek) w zakresie wynikającym z przeglądu i aktualizacji wstępnej oceny ryzyka powodziowego wraz z publikacją

OPIS SPOSOBU REALIZACJI ZAMÓWIENIA - Opracowanie map zagrożenia powodziowego i map ryz powodziowego - Część II - Opracowanie map zagrożenia powodziowego i map ryzyka powodziowego dla obszarów narażonych na zalanie w przypadku zniszczenia lub uszkodzenia budowli piętrzących cz. 2 (zwane dalej „Opracowaniem") - charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa, wartość gospodarcza

W ofercie złożonej w ramach przedmiotowego zamówienia przedstawiono autorską koncepcję Opracowania. Dokument ten, pomimo, że zawiera w swej treści pewne obligatoryjne elementy, do których przedstawienia Wykonawcy zostali zobowiązani na podstawie SIWZ, posiada szereg autorskich indywidualnych rozwiązań i sposobów wykonania zamówienia, których przygotowanie wymagało twórczej pracy zespołów pracowników Wykonawcy. Treść Opracowania została wypracowana w oparciu o wieloletnie doświadczenie Wykonawcy w wykonywaniu podobnych, choć nie takich samych projektów. Z doświadczenia Wykonawcy wynika, że nawet drobne niewielkie zmiany w sposobie przygotowania zadania powodują różnice w uzyskiwanym efekcie. Autorskie Opracowanie zastrzeżone przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa niewątpliwie zawiera szereg cech wyróżniających, o indywidualnym i oryginalnym charakterze, opracowanych na potrzeby niniejszego zamówienia i dobranych w sposób specyficzny przez zespół pracowników Wykonawcy.

Całość treści Opracowania sporządzona została w oparciu o doświadczenie Wykonawcy zdobyte w ciągu całej swojej działalności gospodarczej. Dlatego też należy podkreślić, iż dokument ten jest swoistego rodzaju źródłem know-how Wykonawcy. Zagadnienia i ich poszczególne elementy zawarte w Opracowaniu są ze sobą powiązane i zależne, stąd też ujawnienie poszczególnych elementów rodzić może ryzyko automatycznego ujawnienia pozostałych, a co najmniej ułatwienie ich wykrycia.

Należy także zaznaczyć, że Opracowanie jest dokumentem przygotowanym na potrzeby niniejszego zamówienia i jako takie stanowi jednocześnie utwór w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych – do którego twórcy (Wykonawca) przysługuje wyłączne prawo do korzystania i rozporządzania na wszystkich polach eksploatacji, w tym prawo do nadzoru nad sposobem korzystania z utworu oraz prawo do decydowania o pierwszym udostępnieniu tego utworu.

Opracowanie posiada dla Wykonawcy wysoką wartość gospodarczą, gdyż przedstawia konkretne zidentyfikowane przez Wykonawcę obszary ryzyk, sposoby rozwiązywania sytuacji problematycznych, które mogą zostać wykorzystane przez innych uczestników postępowania jako materiał porównawczy do stosowanych przez nich rozwiązań, a przez to modyfikacji ich rozwiązań, co może działać na szkodę Wykonawcy, zmniejszając konkurencyjność w ubieganiu się o udzielenie podobnych zamówień w przyszłości. Zdaniem Wykonawcy zastrzeżona treść Opracowania i zaproponowane w tym dokumencie rozwiązania mogą decydować o przewadze techniczno-organizacyjnej i konkurencyjnej Wykonawcy, co prezentuje dla nas wymierną wartość gospodarczą. Ujawnienie tych informacji doprowadziłoby do uzyskania przez innych przedsiębiorców informacji dotyczących zastosowanych rozwiązań optymalizacyjnych i organizacyjnych w odniesieniu do zasobów ludzkich i organizacji ich pracy oraz do ich wykorzystania w prowadzonej przez nich działalności, co mogłoby powodować powstanie szkody dla Wykonawcy. Tym samym ujawnianie zastrzeżonych przez Wykonawcę informacji obiektywnie mogłoby negatywnie wpłynąć na jego sytuację, w szczególności poprzez utratę swojej wypracowywanej przez lata działalności przewagi konkurencyjnej, a co za tym idzie konieczności obniżenia cen lub podjęcia aktywności w celu wypracowania innego know – how.

Podkreślamy raz jeszcze, że swobodny i nieograniczony dostęp konkurencji do Opracowania powstałego w wyniku samodzielnych analiz i kompilacji doświadczenia Wykonawcy może pozbawić Opracowanie wartości gospodarczej (jaką ma dla Wykonawcy) poprzez nieodwracalne pozbawienie waloru pierwszeństwa i unikatowości tej propozycji. Ujawnienie Opracowania konkurentom (a także potencjalnie – każdej zainteresowanej osobie lub podmiotowi) narażałoby Wykonawcę na szkodę, gdyż podmioty te mogłyby wykorzystać w sposób handlowy zawartą w nim wiedzę, w tym posługiwać się tożsamymi lub opartymi na nich rozwiązaniami w innych postępowaniach o udzielenie zamówień lub w innych relacjach z klientami.

Należy przy tym szczególnie podkreślić, że Wykonawca, którego działalność gospodarcza polega głównie na świadczeniu usług doradczych, nie posiada innego majątku produktowego niż dobra własności intelektualnej tworzone przez jego pracowników. Stąd ujawnienie takich wytworów stanowi w istocie pozwolenie na przejęcie przez konkurencję produktów własnych Wykonawcy i potencjalnie wiąże się z poważnymi stratami gospodarczymi. Niejawność przedmiotowych informacji jest zatem dla Wykonawcy decydującym czynnikiem uznania ich za gospodarczo użyteczne.

Znamienne jest również to, że treść art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji należy interpretować zgodnie z art. 39 ust 2 Porozumienia w sprawach handlowych aspektów praw własności intelektualnej (tzw. TRIPS), z którego wykładni wynika, że na tajemnicę przedsiębiorstwa składa się całokształt informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych, handlowych oraz innych, a nie tylko poszczególne elementy, stąd ochronie podlega również sam sposób przedstawienia pewnej koncepcji potrzebnej do realizacji jakiegoś projektu, nawet gdyby

poszczególne elementy składowe były informacjami powszechnie znanymi.

Opracowanie stanowi więc tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy i nie może zostać ujawnione do wiadomości publicznej.

Przedstawione stanowisko Wykonawcy potwierdza jednolita i ugruntowana linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej. Co istotne fakt, że nawet poszczególne elementy „know – how" wykonawców są jawne, nie oznacza, że autorska koncepcja jako całość nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Tytułem przykładu:

z uzasadnienia wyroku KIO z dnia 1 marca 2010 r. sygn. KIO/UZP 6/10:

Opracowane przez wykonawcę na potrzeby zamówienia takie elementy oferty jak np. opis funkcjonalny systemu, opis techniczny, zastosowana metodologia, zawierające „know - how" wykonawcy, jak i wykaz sprzętu i licencji zastosowanych do budowy systemu w ramach oferowanego rozwiązania oraz sposób kalkulacji ceny oferty, uwzględniający szczegółowe elementy kosztowe, stanowią informację, która może podlegać ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Powyższe informacje stanowią zbiór informacji, który jest objęty ochroną prawną na podstawie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Fakt, że informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia są jawne nie decyduje o odebraniu zespołowi wiadomości o produkcie przymiotu poufności.".

z uzasadnienia wyroku KIO z dnia 16 kwietnia 2013 r. sygn. KIO 623/13; KIO 631/13:

Szczegółowy opis rozwiązania ze specyfikacją techniczną zawiera informacje o charakterze technicznym, które spełniają warunki określone w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Konfiguracja urządzeń i konfiguracja rozwiązania może obejmować unikatowe zestawienie urządzeń, oprogramowania i tym samym dawać wykonawcy przewagę rynkową – ekonomiczną nad konkurencją, jak również organizacyjną. Uznanie, że dokument ten może zawierać informacje prawem chronione jest uzasadnione.

z uzasadnienia wyroku z dnia 12.10.2015 r. (KIO 2085/15, KIO 2087/15)

Rozpoznając zarzut Odwołującego o zaniechanie ujawnienia oferty Przystępującego w zakresie opracowania Metodyka z powodu nie wystąpienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba uznała go za bezzasadny, opierając się na oświadczeniu Przystępującego z jego oferty (strony 86-87), a także przyjmując, że informacje zawarte w Metodyce są rodzajowo podobne w innych ofertach, różniąc się jednak, co do szczegółowych rozwiązań, w warunkach, gdy zostały one zastrzeżone klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa przez innych wykonawców, w tym Odwołującego.

z uzasadnienia wyroku z dnia 22.12.2015 r. (KIO 2689/15)

Uznając za skuteczne zastrzeżenie przez wykonawców treści ofert jako objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i uzasadnienia oceny metodyk Izba w konsekwencji stwierdza, że szczegółowe przedstawienie wyników ocen w poszczególnych podkryteriach, a w ich ramach konkretnych działań proponowanych przez wykonawców doprowadziłoby do naruszenia wartości, jakimi są informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa"

z uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z dnia 03.12.2014 r. (III SO 8/14)

W opinii Sądu Najwyższego w składzie rozpoznającym przedmiotową sprawę, informacje zawarte w pracy konkursowej przygotowanej przez interwenienta ubocznego niewątpliwie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Sądy obu instancji wskazały bowiem, że na sporne informacje składają się opracowane przez wykonawcę na potrzeby zamówienia elementy takie jak np. opis funkcjonalny systemu, opis techniczny, zastosowana metodologia, zawierające "know-how" wykonawcy (…) Charakter tych informacji niewątpliwie wpisuje się w przedstawiony wyżej sposób rozumienia tajemnicy przedsiębiorstwa (…).

Z uwagi na fakt, że wszystkie dane zawarte w przedmiotowym Opracowaniu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa o znaczącej wartości handlowej, Wykonawca nigdy nie udostępnił tych informacji publicznie. Wykonawca wykazał zintensyfikowane działania w celu nieujawniania niniejszych danych do wiadomości publicznej realizując podstawową przesłankę zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa

W stosunku do ww. informacji Wykonawca, jako uprawniony do korzystania z nich i rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, szereg działań w celu utrzymania ich w poufności i ochrony przed dostępem osób trzecich, w szczególności:

•ustanowiono wewnętrzne uregulowania mające gwarantować odpowiednie zabezpieczenie informacji i danych, a w szczególności zintegrowany systemy zarządzania jakością (w oparciu o normę ISO 9001:2015), środowiskiem (w oparciu o normę ISO 14001:2015) i bezpieczeństwem i higieną pracy (w oparciu o normę OHSAS 18001:2007), certyfikowany przez Lloyd's Register Quality Assurance,

•wprowadzono zarządzanie projektami w oparciu o Zintegrowany System Zarządzania Biznesowego - wskazujący, że wykonawcy przewidzieli proces wewnętrzny dotyczący zapewnienia poufności danych i informacji,

•wprowadzono obowiązek wykonywania dla każdego projektu indywidualnego planu realizacji projektu, w ramach którego nacisk kładzie się także na zapewnienie zachowania poufności danych i informacji. Warto też podkreślić, że dokument ten nie tylko stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa nieujawnianą podmiotom trzecim, ale nawet wewnątrz spółki dostęp do niego mają jedynie: Zarząd, Dział Finansowy, Kierownik oraz Dyrektor Oferty,

•wprowadzono program kompleksowego audytu wewnętrznego w celu zapewnienia, że standardy bezpieczeństwa informacji są dotrzymywane,

•wprowadzono obowiązek stosowania odpowiednich klauzul poufności w umowach z pracownikami i podmiotami współpracującymi, obwarowanych obowiązkiem zapłaty kar umownych w przypadku ich złamania,

•ustanowiono Regulamin Pracy zobowiązujący pracowników do zachowania poufności określonych informacji,

•wprowadzono obowiązek zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa ww. informacji w każdym przetargu, w którym startuje wykonawca.

•wprowadzono Zarządzenie Prezesa Zarządu Multiconsult Polska Sp. z o.o. z dnia 11.10.2018 - Polityka poufności sporządzania ofert w Multiconsult Polska Sp. z o.o.

Pismem z dnia 23 lipca 2020 roku przystępujący zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, następujące dokumenty:

a)wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, - załącznik nr 6

b)wykaz wykonanych usług – załącznik nr 5 wraz z potwierdzeniami ich należytego wykonania.

Przystępujący wskazał, co następuje:

Stosownie do treści art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 9 lutego 2018 r. (dalej uznk): przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Za tajemnicę przedsiębiorstwa uważa się więc informacje:

a.które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

b.o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym lub inne posiadające wartość gospodarczą.

ad. a

Zarówno wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia jak i wykaz zrealizowanych przez wykonawcę zamówień (wraz z referencjami) nigdy nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, nie są więc one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, ani nie są łatwo dostępne dla takich osób. Wykonawca ma wolę, aby pozostały one tajemnicą i wola ta jest rozpoznawalna na zewnątrz. Informacje te pozostają dostępne wyłącznie dla wąskiej grupy podmiotów (niektórzy z najbardziej zaufanych i najbardziej doświadczonych pracowników i współpracowników wykonawcy), przy czym to wyłącznie wykonawca wpływa na zakres i skład tej grupy. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. sygn. I CKN 304/00: tajemnica nie traci zaś swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone koło osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, które przedsiębiorca wtajemnicza w proponowany im interes. Wykonawca podejmuje permanentne i zintensyfikowane działania, aby żaden podmiot nieuprawniony nie mógł wejść w posiadanie zastrzeżonych informacji, a więc nie są łatwo dostępne dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji. W praktyce żaden podmiot trzeci nie może poznać treści informacji, niezależnie od podejmowanych starań i poniesionych w tym celu kosztów. Zgodnie z poglądem powszechnie wyrażanym w doktrynie: fakt znajomości informacji musi dotyczyć bądź jej esencjalnej części, bądź najbardziej istotnych danych ze zbioru informacji. Jeżeli zatem dojdzie do ujawnienia jedynie fragmentu określonego rozwiązania i to o drugorzędnym znaczeniu, nie możemy powiedzieć, że informacja jest powszechnie znana (tak m. in. Zdyb M. red. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz., LEX 2011). W kontekście powyższego istotnym jest, że informacje traktowane są przez wykonawcę jako integralna całość i są przez niego chronione w całości, tj. w zakresie w jakim w przedmiotowym postępowaniu została zastrzeżona ich poufność.

W stosunku do ww. informacji wykonawca, jako uprawniony do korzystania z nich i rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, szereg działań w celu utrzymania ich w poufności, i ochrony przed dostępem osób trzecich, w szczególności:

•ustanowił wewnętrzne uregulowania mające gwarantować odpowiednie zabezpieczenie informacji i danych, a w szczególności zintegrowany systemy zarządzania jakością (w oparciu o normę ISO 9001:2015), środowiskiem (w oparciu o normę ISO 14001:2015) i bezpieczeństwem i higieną pracy (w oparciu o normę OHSAS 18001:2007), certyfikowany przez Lloyd's Register Quality Assurance,

•wprowadził zarządzanie projektami w oparciu o Zintegrowany System Zarządzania Biznesowego - wskazujący, że w wykonawca przewidział proces wewnętrzny dotyczący zapewnienia poufności danych i informacji,

•wprowadził obowiązek wykonywania dla każdego projektu indywidualnego planu realizacji projektu, w ramach którego nacisk kładzie się także na zapewnienie zachowania poufności danych i informacji. Warto też podkreślić, że dokument ten nie tylko stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa nieujawnianą podmiotom trzecim, ale nawet wewnątrz spółki dostęp do niego mają jedynie: Zarząd, Dział Finansowy, Kierownik oraz Dyrektor Oferty,

•wprowadził program kompleksowego audytu wewnętrznego w celu zapewnienia, że standardy bezpieczeństwa informacji są dotrzymywane,

•wprowadził obowiązek stosowania odpowiednich klauzul poufności w umowach z pracownikami i podmiotami współpracującymi, obwarowanych obowiązkiem zapłaty kar umownych w przypadku ich złamania,

•ustanowił Regulamin Pracy zobowiązujący pracowników do zachowania poufności określonych informacji,

•wprowadził obowiązek zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa ww. informacji w każdym przetargu, w którym startuje wykonawca.

•wprowadził Zarządzenie Prezesa Zarządu Multiconsult Polska Sp. z o.o. z dnia 11.10.2018 - Polityka poufności sporządzania ofert w Multiconsult Polska Sp. z o.o. – załącznik nr 1 do niniejszych wyjaśnień – TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA

ad. b

Informacje dotyczące personelu mającego uczestniczyć w realizacji konkretnego zamówienia mają dla wykonawcy

niezwykle ważną wartość gospodarczą, a ich ujawnienie zarówno na etapie przygotowania oferty jaki i po już jej złożeniu mogłoby narazić Wykonawcę na szkodę.

Przede wszystkim wykonawca zauważa, że głównym zasobem przedsiębiorcy działającego w sektorze usług jest przede wszystkim personel realizujący usługi na rzecz jego klientów. Bez właściwego, tj. odpowiednio wykwalifikowanego, przeszkolonego i doświadczonego zespołu osób przedsiębiorąca działający w tej branży nie ma żadnej wartości i racji bytu. W istocie więc ludzie i ich doświadczenie decydują o wartości takiego przedsiębiorcy oraz o jego randzie na rynku.

Z tego względu niezbędne jest zachowanie w poufności danych pracowników czy osób, z którymi zawarto umowy cywilnoprawne. W ten sposób bowiem wykonawca chroni informacje które mogą decydować nie tylko o przewadze konkurencyjnej na rynku, ale nawet w ogóle o możliwości funkcjonowania na nim. Wykonawca zwraca więc w szczególności uwagę iż ujawnienie ww. informacji umożliwiałaby przejęcie przez podmioty konkurencyjne osób, z którym współpracę nawiązał Wykonawca i którymi zamierza posługiwać się w trakcie wykonywania przedmiotowego zamówienia. Należy podkreślić, że w przeszłości zdarzały się już próby przejęcia współpracowników wykonawcy, wysokiej klasy wykwalifikowanych specjalistów przez podmioty konkurencyjne. Podanie do wiadomości publicznej danych dotyczących ww. współpracowników (chociażby imię i nazwisko) niewątpliwie ułatwiłoby dotarcie do nich przez konkurentów wykonawcy, ich przejmowanie, a tym samym wzrost konkurencyjności takiej firmy kosztem wykonawcy. Konkurencja uzyskując przewagę nad wykonawcą bez konieczności ponoszenia kosztów jej budowania, poprzez wykorzystanie danych zastrzeżonych, uzyskuje wymierne korzyści w postaci oszczędności wynikających z braku potrzeby podejmowania działań zmierzających do budowania własnej pozycji rynkowej, a w skrajnym przypadku także ze zwiększenia zysków z tytułu przejętych kontraktów. Wykonawca zwraca uwagę, że w orzecznictwie przyjmuje się, że wartość ekonomiczna informacji składających się na tajemnicę przedsiębiorstwa wyraża się m. in. w 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). Niewątpliwie z taką informacją mamy tu do czynienia.

Wykonawca zwraca również uwagę, iż polityka kadrowa, w tym podejmowanie współpracy z określonymi osobami, firmami, negocjowanie i tworzenie porozumień, w tym wzajemne udostępnianie personelu eksperckiego, a także powiązania istniejące pomiędzy kadrą a firmą, to elementy strategii gospodarczej przedsiębiorstwa, które nie tylko nie są powszechnie dostępną wiedzą, ale są utrzymywane w tajemnicy intencjonalnie, tj. w celu budowania przewagi konkurencyjnej na rynku. Ponadto tylko w sytuacji pozostawania tego typu informacji w poufności, wykonawca nie zostaje pozbawiony (a co najmniej poważnie ograniczony) możliwości podejmowania negocjacji z innymi uczestnikami rynku, budowania z nimi porozumień. Pozbawienie ww. informacji waloru tajemnicy prowadziłoby do znacznego osłabienia, a niekiedy nawet zniwelowania pozycji negocjacyjnej wykonawcy, bądź statusu wiarygodnego partnera. Niewątpliwe zatem osoby postronne, a w szczególności konkurencja, nie mogą mieć dostępu do takich informacji.

W świetle powyższego oczywistym jest, że ujawnienie takich informacji konkurencyjnym firmom prowadziłoby do istotnego osłabienia pozycji rynkowej przedsiębiorcy, co świadczy o ich realnej wartości gospodarczej. W konsekwencji ujawnienia tych informacji skutkowałoby powstaniem istotnej szkody po stronie wykonawcy.

Trzeba także zauważyć, że szkoda majątkowa, jaką ponieść może wykonawca na skutek ujawnienia zastrzeżonych informacji nie jest wyłącznie potencjalna (teoretyczna), a realna, bezpośrednio zagrażająca wykonawcy.

Co istotne, wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia nie ma charakteru doraźnego, tj. nie został sporządzony wyłącznie na potrzeby przedmiotowego postępowania. Osoby znajdujące się na wykazie stanowią zespół, który wykonawca kompletował na przestrzeni kilku lat swojej działalności, co niewątpliwie potwierdza, że zastrzeżone informacje mają dla niego znacząca wartość gospodarczą. Rozmiar grożącej szkody wykonawca ocenia jako znaczy. Przejęcie pracowników spowodowałoby zdekompletowanie zespołu, a co za tym idzie konieczność kompletowania nowego. Wykonawca nie mógłby przez ten czas brać udziału w wielu przetargach z uwagi na potencjalny brak spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak również brak kadry która mogłaby kontrakt realizować. Wartość gospodarcza takiej informacji wyraża się więc także w trwałym związku wykonawcy z osobami wskazami w wykazie, nie tylko w toku ewentualnego wykonywania zamówienia (co jest oczywiste gdyż wiąże się z powodzeniem jego realizacji) ale również w związku z innymi – równolegle toczącymi się lub realizowanymi w przyszłości projektami.

Wykonawca ponownie wyraźnie podkreśla, że najwyższą wartością dla podmiotów działających w segmencie usługowym jest kadra. Utrata wartościowych ekspertów osłabia przewagę konkurencyjną przedsiębiorcy na rynku.

Poniżej wykonawca przedstawia przegląd orzecznictwa sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, z którego jednoznacznie wynika, że zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą wykaz osób, którymi posługuje się wykonawca w celu realizacji zamówienia posiada wartość gospodarczą i stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

-Z uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 marca 2007 roku, sygn. V Ca 421/07:

Wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie, wraz z informacjami o ich kwalifikacjach i zakresie wykonywanych czynności oraz dokumenty merytoryczne mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykaz osób stanowi informacje o niewątpliwej wartości dla firmy informatycznej, biorąc zwłaszcza pod uwagę sytuację na rynku pracy w branży informatycznej i związane z tym ryzyko „podbierania" personelu. Informacje te należy brać pod uwagę jako całość, co oznacza, że przykładowo jawność dokumentów potwierdzających wymagane uprawnienia niweczyłaby zastrzeżenie poufności wykazu osób.

-sygn. KIO/UZP 667/10:

Wskazanie przez Odwołującego na zjawisko "podkupywania" pracowników jest wystarczające do stwierdzenia, że wszelkie informacje w tym zakresie zasługują na ochronę. Ich ujawnienie zagraża bowiem interesom danego przedsiębiorcy, gdyż daje możliwość ich wykorzystania w celu zachwiania pozycji konkurencyjnej danego przedsiębiorcy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że podanie takich informacji jak: imiona i nazwiska osób, które będą realizować zamówienie, ich kwalifikacji (wykształcenie, uprawnienia) i doświadczenia oraz statusu względem przedsiębiorcy (pracownik lub osoba, którą przedsiębiorca dysponuje na innej podstawie) ułatwia dotarcie do tych osób, a w konsekwencji procedurę "podkupywania." Nie budzi zaś wątpliwości, że tego rodzaju zjawisko często może niweczyć udział danego przedsiębiorcy w określonym przedsięwzięciu gospodarczym i ostatecznie spowodować zmianę pozycji na rynku. Nadto, Wykaz ten daje wiedzę, co do struktury personelu, jakim posługuje się inny przedsiębiorca. Na jego podstawie można bowiem ustalić, czy dany

wykonawca korzysta z własnych zasobów kadrowych, czy też z obcych, jeśli zaś są to pracownicy przedsiębiorcy, jakiego rodzaju kwalifikacjami się legitymują (poziom, przedmiot).

-sygn. KIO/UZP 1498/10:

W warunkach konkurencji na rynku, oczywistym jest w ocenie Izby, że wykonawca może chronić dane osób, którymi dysponuje, gdyż jest to jeden z czynników decydujących o pozycji wykonawcy na rynku. Omawiany załącznik do oferty zawiera istotne dane o charakterze organizacyjnym, tj. informacje o osobach, które będą zaangażowane w wykonywanie zamówienia, których poufność może mieć znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności wykonawcy. Są to informacje obejmujące wiadomości przydatne do prowadzenia przedsiębiorstwa, a w szczególności do konkurowania na rynku danych usług.

- sygn. KIO 908/13:

Zdaniem Izby informacje o osobach, które będą wykonywać zamówienie wraz z informacją o ich kwalifikacjach i doświadczeniu zawodowym mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, która w przypadku zastrzeżenia jej poufności przy składaniu oferty nie może zostać ujawniona przez zamawiającego. Rynek informatyczny jest bowiem specyficznym rynkiem usług charakteryzującym się szybkim tempem rozwoju, a co za tym idzie koniecznością dysponowania wykwalifikowaną kadrą specjalistów. Tak więc informacje o konkretnych osobach, ich kwalifikacjach i doświadczeniu zawodowym, a tym samym potencjale kadrowym danego wykonawcy mają znaczenie gospodarcze.

- sygn. KIO 1032/14

W odniesieniu do wykazu osób Izba uznała, że dokument ten może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa zawiera bowiem informację o sposobie organizacji kadrowego zaplecza Przystępującego. Wskazuje on osoby z imienia i nazwiska, z podaniem informacji nie tylko, co do kwalifikacji, ale także sposobu dysponowania osobą i jej roli w realizacji inwestycji. W ocenie Izby ochronie może podlegać w tym przypadku zbiór tych wszystkich informacji, gdyż Przystępujący funkcjonuje na rynku usług, a jakość, renomę przedsiębiorstwa w sektorze usługowym buduje prawidłowy sposób doboru osób tę usługę realizujących. To dobór osób wchodzących w skład przedsiębiorstwa Przystępującego lub osób, którymi Przystępujący dysponuje ma kluczowe znaczenie dla realizacji usługi. W ocenie Izby fakt, że w przyszłości na etapie realizacji zamówienia publicznego skład osobowy zespołu realizującego usługę może stać się jawny nie powoduje automatycznie, że odpada możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie można odmówić wykonawcy prawa do decydowania w jakim momencie będzie on gotowy do ujawnienia sposobu doboru osób do realizacji zamówienia. Utrzymanie w tym zakresie poufności do czasu, co najmniej zawarcia umowy, może mieć wymiar gospodarczy - możliwe jest zaproponowanie tego samego zestawu osobowego w innym podobnym postępowaniu w przypadku nie uzyskania zamówienia.

- sygn. KIO 457/15; KIO 464/15; KIO 473/15; KIO 476/15

Izba wróciła uwagę na to, że wyjaśnienia wykonawców w tym zakresie były praktycznie identyczne, powoływali się oni na ryzyko przejęcia tych zespołów przez konkurencję i możliwość poniesienia realnej straty w postaci utraty kontraktu i związanego z nimi zysku. Izba nie znalazła podstaw, aby odmówić wykonawcom prawa do kwalifikowania takiego zbioru informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Jak wynika z powyższego, wykaz osób z pomocą których wykonawca ma zamiar realizować zamówienie stanowi w całości (jako szczególne zestawienie, zbiór) tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy i nie powinien być udostępniany do wiadomości publicznej.

Wszystkie powyższe twierdzenia (w szczególności dotyczące działań wykonawcy podejmowanych przy zachowaniu należytej staranności w celu utrzymania w poufności informacji odnoszą się także do zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawcy – wykazu wykonanych usług wraz z potwierdzeniem ich wykonania, w tym zobowiązania do udostępnienia zasobów.

Należy zwrócić uwagę, że ww. wykaz zawiera m. in. informacje dotyczące: kontrahentów podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby, wartości kontraktów, charakteru wykonywanych usług.

Dokumenty te dają możliwość ustalenia jakie zamówienia zostały zrealizowane przez wykonawcę i podmioty trzecie udostepniające zasoby, jakim doświadczeniem dysponuje wykonawca lub kto je udostępnia. Dają też możliwość prześledzenia z jakimi przedsiębiorcami wykonawca współpracuje oraz w jakim charakterze wykonuje określone usługi (wykonawca główny, podwykonawca). Wykazy i dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówienia, zawierają informację na temat tego, jakiego rodzaju jednostkami są odbiorcy usług (publiczne czy prywatne, administracja rządowa czy samorządowa i jaki szczebel). Wykazy pokazują również wielkość przychodu osiągniętego w wyniku realizacji określonych usług, w tym szczegółowe dane finansowe dotyczące wartości konkretnych działań w ramach większych projektów. Informacje te stanowią źródło wiedzy o wykonawcy oraz podmiotach udostępniających swoje zasoby i mogą być wykorzystane w celu zachwiania pozycji konkurencyjnej wykonawcy przez inne podmioty działające na tym samym rynku. Określony podmiot może ustalić na tej podstawie z jakiego rodzaju konkurencją spotka się na danym obszarze swojej działalności, jak kształtuje się aktywność konkurencji z punktu widzenia czasu, odbiorcy i przedmiotu usług, i co szczególnie istotne, jaki jest poziom cen oferowanych przez konkurencję.

Wszystkie te informacje mają więc dla wykonawcy i podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby kluczową wartość gospodarczą. Stanowią one źródło wiedzy o przedsiębiorcach i dla innego podmiotu, działającego profesjonalnie na tym samym segmencie rynku, mogą być wykorzystane w celu zachwiania jego pozycji. Dlatego informacje zastrzeżone posiadają dla wykonawcy i podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby jako całość wartość gospodarczą, rozumianą w tym aspekcie, iż ich rozpowszechnienie może zagrażać konkurencyjnej pozycji przedsiębiorstwa w danym segmencie rynku. W efekcie, wykonawcy i podmiotowi trzeciemu udostępniającemu zasoby groziłaby szkoda majątkowa, polegająca np. na zmniejszeniu ich przychodu, utracie części klientów, konieczności poniesienia kosztów odbudowania pozycji rynkowej, itp. Nie może budzić wątpliwości, iż utrzymanie pozycji konkurencyjnej na rynku przekłada się na wartość gospodarczą.

Ryzyko poniesienia szkody ma więc niewątpliwie charakter realny (nie tylko potencjalny), zaś sama szkoda mogłaby przybrać znaczne - z punktu widzenia przedsiębiorstwa wykonawcy i podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby-

rozmiary.

Jak wynika z utrwalonej linii orzeczniczej KIO, wykaz usług zrealizowanych przez podmiot trzeci udostępniający zasoby może mieć wartość gospodarczą, a co za tym idzie może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Co więcej, jak wskazuje się w orzecznictwie i doktrynie prawa zamówień publicznych fakt wykazywania się zamówieniami zdobytymi na rynku zamówień publicznych, nie oznacza jeszcze, że dane te nie mogą stanowić tajemnicy handlowej. Należy przede wszystkim zauważyć, że zgodnie z art. 139 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych umowy w sprawach zamówień publicznych są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Zamawiający powinien mieć tym samym na względzie zasady wyrażone w ustawie z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, mówiące m.in. o tym (art. 5 ust. 1 i 2), że prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu w zakresie i na zasadach określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych oraz o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych; także ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto zastrzeżony w przedmiotowym postępowaniu wykaz zawiera znacznie szerszy zakres informacji, niż ten który dostępny jest publicznie. Przykładowo wskazać należy m. in. na referencje, czy inne niedostępne publicznie szczegóły dotyczące zrealizowanych zadań.

Bez wątpliwości, ww. wykaz jako całość przedstawia dla wykonawcy istotną wartość gospodarczą i nie powinien zostać udostępniany publicznie nieograniczonemu kręgowi odbiorców.

-sygn. KIO 1797/11; KIO 1801/11; KIO 1807/11; KIO 1808/11; KIO 1813/11;KIO 1817/11:

Fakt wykazywania się zamówieniami zdobytymi na rynku zamówień publicznych, gdzie pewne informacje można uzyskać poprzez dostęp do publicznych ogłoszeń o zamówieniach i jawne umowy w sprawie zamówienia publicznego nie oznacza jeszcze, że dane te nie mogą stanowić tajemnicy handlowej. Wykaz usług zawierać może bowiem dużo bardziej szczegółowe informacje, niż wynikające choćby z ogłoszeń w zamówieniach. Słusznie zauważył na rozprawie Zamawiający, że wiedza, którą uzyskałby wykonawca po zapoznaniu się z dokumentami pozwalałaby na zapoznanie się z aspektami działalności wykonawcy, prześledzenie jego aktywności gospodarczej, jakie zamówienia zrealizował, kto był odbiorcą danych zamówień, oraz uzyskanie informacji na temat przychodów.

-sygn. KIO/UZP 667/10:

Informacje dotyczące wykonanych usług (…) to tego rodzaju wiedza, która pozwala konkurencji zapoznać się z wieloma aspektami działalności innego przedsiębiorcy. Po pierwsze, zapoznanie się z przedmiotowym Wykazem, daje możliwość prześledzenia aktywności gospodarczej Przystępującego w danym profilu jego działalności w określonym ujęciu czasowym. Z Wykazu tego bowiem wynika, jak w okresie ostatnich trzech lat, przed terminem składania ofert przedstawia się doświadczenie Przystępującego. Po drugie, Wykaz niesie odpowiedź na pytanie, jakiego rodzaju jednostki są odbiorcami tychże usług (państwowe czy prywatne, administracja rządowa czy samorządowa i jaki jej szczebel). Po trzecie, Wykaz pokazuje wielkość przychodu osiągniętego w wyniku realizacji przedmiotowych usług. Wszystkie te informacje, stanowią źródło wiedzy o danym przedsiębiorcy i dla innego podmiotu, działającego profesjonalnie na tym samym segmencie rynku, mogą być wykorzystane w celu zachwiania pozycji konkurencji.

-sygn. KIO 245/14

Nieujawnione do wiadomości publicznej informacje o kontrahentach przedsiębiorcy, dane dotyczące podpisanych umów i kwot z nich wynikających, które to informacje zawiera wykaz wykonanych usług i dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Dane te niewątpliwie stanowią wartość gospodarczą i mogą mieć znaczenie dla prowadzonej działalności gospodarczej, w tym dla pozycji podmiotu na rynku konkurencyjnym. Wypracowane kontakty, nazwy partnerów handlowych, warunki zawartych porozumień, które wynikają z zobowiązań podmiotów trzecich posiadają wartość gospodarczą. Ich poufność może mieć znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności wykonawcy.

-sygn. KIO 457/15; KIO 464/15; KIO 473/15; KIO 476/15

Izba wskazuje, że wykaz wiedzy i doświadczenia poza wskazaniem podmiotów zlecających, zakresu zlecenia, jego wartości i dat realizacji zawiera także dane o podmiotach, które dane zlecenie realizowały, a te nie zawsze są wyłącznie wykonawcą składającym ofertę. W ocenie Izby właśnie ujawnienie okoliczności z czyjej wiedzy i doświadczenia wykonawca korzysta, lub w jakiej konfiguracji dane zlecenie wykonywał, ma w ocenie Izby charakter organizacyjny dotyczący sposobu organizacji przez wykonawcę jego zaplecza: kontrahentów, dostawców, możliwości korzystania z potencjałów grupy kapitałowej. Wykonawca G. wykazał, że wprowadził procedury pozwalające skutecznie zachować poufność informacji. W tym stanie rzeczy Izba uznała, ze brak jest podstaw do dokonywania odtajnienia którejkolwiek z pozycji wykazu wiedza i doświadczenie w części A.

W związku z powyższym wykonawca zaznacza, że zarówno w odniesieniu do wykazu osób, wykazu usług wraz z potwierdzeniem ich należytego wykonania oraz zobowiązania do udostępnienia zasobów zasadne jest zastrzeżenie ich jako całości rozumianej jako szczególne zestawienie, zbiór). Te dokumenty brane pod uwagę jako całość mają wartość gospodarczą i jako całość nie są publicznie dostępne. Są one jako całość chronione. Nawet jeśli wycinkowe dane są publicznie dostępne to nie posiadają wartości gospodarczej, gdyż na ich podstawie nikt nie jest w stanie odtworzyć wykazów. Prawo do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa określonego zbioru informacji, nawet jeżeli pojedynczo dane takie są jawne, potwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 28 lutego 2007r. (sygn. akt V CSK 444/06).

Wskazujemy także, iż nie jest w ocenie wykonawcy możliwe częściowe udostępnienie wskazanych informacji, np. opisu doświadczenia danej osoby bez ujawniania danych osobowych (imienia i nazwiska), opisu konkretnej usługi bez wskazania na rzecz jakiego podmiotu była ona realizowana. Ujawnienie nawet fragmentu zastrzeżonych informacji może bowiem stanowić podstawę dla skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Do pisma zawierającego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępujący załączył Zarządzenie Prezesa Zarządu Multiconsult Polska Sp. z o.o. z dnia 11.10.2018 - Polityka poufności sporządzania ofert w Multiconsult Polska Sp. z o.o.

Pismem z dnia 19 października 2020 roku zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty

przystępującego. Każdemu z wykonawców zamawiający przesłał uzasadnienie oceny jego oferty.

Zamawiający wskazał, że wybrany wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotowego zamówienia za cenę brutto: 5 226 270,00 zł (słownie: pięć milionów dwieście dwadzieścia sześć tysięcy dwieście siedemdziesiąt złotych 00/100). Oferta Wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza, ponieważ spełnia wszystkie wymogi określone w ustawie P.z.p. i s.i.w.z., oraz przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert określonych w s.i.w.z.

Zamawiający poinformował o przyznanej punktacji:

1) Odwołujący: cena – 34,03 pkt, Po1 – 20 pkt, Po2 – 16 pkt, Po3 – 16 pkt, łączna liczba punktów w ramach kryterium „Opis sposobu realizacji zamówienia" – 52 pkt, łączna liczba punktów – 86,03 pkt,
2) Przystępujący - cena – 40 pkt, Po1 – 20 pkt, Po2 – 16 pkt, Po3 – 16 pkt, łączna liczba punktów w ramach kryterium „Opis sposobu realizacji zamówienia" – 52 pkt, łączna liczba punktów – 92 pkt.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wskazania w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej uzasadnienia faktycznego dla punktacji przyznanej w pozacenowym kryterium oceny opis sposobu realizacji zamówienia i brak sporządzenia takiego uzasadnienia, Izba wskazuje, że w dniu 19 października 2020 roku zamawiający przesłał wykonawcom zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zamawiający przyznał odwołującemu 20 punktów w kryterium „Opis sposobu realizacji zamówienia" – Po_1 („Struktura organizacyjna zespołu"). Zgodnie z s.i.w.z., w ramach tego kryterium zamawiający mógł przyznać 20 punktów w sytuacji, gdy *zostały spełnione wszystkie wymagania wynikające z dokumentacji przetargowej, a dodatkowo element kryterium zawiera wartości dodane, nieujęte w opisie przedmiotu zamówienia, które będą miały istotny wpływ na jakość i usprawnienie realizacji przedmiotu zamówienia.* Zamawiający w uzasadnieniu wskazał, że *W opisie niniejszego kryterium zostały spełnione wszystkie wymagania wynikające z dokumentacji przetargowej, a dodatkowo element kryterium zawiera wartości dodane, nieujęte w opisie przedmiotu zamówienia, które będą miały istotny wpływ na jakość i usprawnienie realizacji przedmiotu zamówienia.* Zamawiający podał, jaki dodatkowy element został zaproponowany przez odwołującego.

W kryterium „Sposób komunikacji i współpracy z zamawiającym oraz innymi wykonawcami w projekcie" (Po_2) oraz „Kontrola jakości wewnętrznej produktów i wyników prac po stronie wykonawcy" (Po_3) odwołujący otrzymał po 16 punktów. Zgodnie z s.i.w.z., zamawiający mógł przyznać 16 punktów w ramach tego kryterium w sytuacji, gdy stopień wypełnienia elementów kryterium został wyceniony jako „Dobry", co ma miejsce wówczas, gdy: *Wykonawca opisał kryterium przejrzyście, spójnie, zrozumiale, w sposób wyczerpujący, szczegółowy, kompletny, wykazując się dogłębną analizę konkretnych przypadków i znajomością zagadnień, z dostosowaniem do specyfiki i zakresu projektu.* Zamawiający, uzasadniając przyznaną odwołującemu ilość punktów – oprócz przytoczenia fragmentu s.i.w.z. z opisem zasad przyznawania punktów przy ocenie „Dobry" – wskazał, że: *Kryterium nie zawiera wartości dodanych, nieujętych w opisie przedmiotu zamówienia, które będą miały wpływ na jakość i usprawnienie realizacji przedmiotu zamówienia.*

W ocenie Izby przedstawione przez zamawiającego uzasadnienie odpowiada wymogom wskazanym w art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. Podkreślić należy, że naruszenia wskazanego przepisu odwołujący upatruje w braku poinformowania przez zamawiającego, dlaczego elementy określone w ofercie jako dodatkowe, nie spełniają warunku wartości dodanych, nieujętych w opisie przedmiotu zamówienia, które będą miały wpływ na jakość i usprawnienie realizacji przedmiotu zamówienia. Wyższą ilość punktów (20) można było bowiem uzyskać wyłącznie za elementy dodane ponad te, które były wskazane w s.i.w.z., które ponadto spełniały warunek istotności w zakresie wpływu na jakość i realizację przedmiotu zamówienia. Izba wskazuje, że opis oceny podkryteriów w pozacenowym kryterium oceny ofert „Opis sposobu realizacji zamówienia" nie zawierał szczegółowego określenia, jakie elementy zamawiający uzna za takie, które będą miały istotny wpływ na jakość i realizację przedmiotu zamówienia. Żaden z wykonawców przed upływem terminu składania ofert nie zadał pytania zamawiającemu, co będzie on rozumiał poprzez „istotny wpływ". Żaden również nie zaskarżył postanowień s.i.w.z. dotyczących opisu sposobu oceny poszczególnych podkryteriów. Brak jest zatem podstaw do domagania się, by zamawiający doprecyzował, na jakiej podstawie uznał, że wskazane rozwiązanie nie spełnia postawionego warunku. Takie żądanie prowadziłoby do wymagania, by zamawiający wskazywał sposoby oceny ofert, które nie zostały zawarte w s.i.w.z.

Tym samym Izba uznała za nieuzasadniony również zarzut naruszenia art. 96 ust. 5 ustawy w zw. z § 2 ust. 2 pkt 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez zaniechanie ujęcia w protokole postępowania, załącznikach do protokołu uzasadnienia faktycznego dla punktacji przyznanej w pozacenowym kryterium oceny — opis sposobu realizacji zamówienia.

Zgodnie z art. 96 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p., w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół, zawierający co najmniej imię i nazwisko albo nazwę wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, oraz powody wyboru jego oferty, a także, jeśli jest to wiadome, wskazanie części zamówienia lub umowy ramowej, którą ten wykonawca zamierza zlecić do wykonania osobom trzecim, i jeśli jest to wiadome w danym momencie – imiona i nazwiska albo nazwy ewentualnych podwykonawców. W myśl ust. 2, oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu. A zatem, załącznikiem do protokołu jest również zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, zawierające punktację przyznaną ofertom w poszczególnych kryteriach oceny ofert, wraz z uzasadnieniem. W związku z tym, że Izba nie dopatrzyła się nieprawidłowości w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, stwierdzić należy, iż również takimi wadami nie jest dotknięty protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie czynności uznania zastrzeżenia części oferty wykonawcy Multiconsult Polska sp. z o.o. - opis sposobu realizacji

zamówienia, jak również dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postepowaniu - wykazu personelu jako tajemnicy przedsiębiorstwa - jako bezskutecznej i nieuprawnionej, a co za tym idzie – zaniechania udostępnienia odwołującemu tej części oferty wykonawcy.

Jak wskazuje przepis art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p., nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zawarte w art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. postanowienie umożliwia wykonawcom zastrzeżenie informacji niepodlegających udostępnieniu.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1010 ze zm.), przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Tym samym, określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełniają łącznie trzy warunki:

- mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą,

- informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

- podjęto w stosunku do nich działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00).

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego nieuprawnionego zastrzeżenia opisu sposobu realizacji zamówienia, Izba wskazuje, iż – wbrew temu, co podnosił odwołujący – przystępujący szczegółowo wyjaśnił, dlaczego opis sposobu realizacji zamówienia stanowi wartość gospodarczą dla przystępującego. Izba podziela stanowisko przystępującego, iż stworzona przez niego koncepcja stanowi indywidualne, autorskie opracowanie, zawierające dobra własności intelektualnej. W tym zakresie Izba w pełni podziela stanowisko przystępującego zawarte w piśmie z dnia 16 czerwca 2020 roku.

W ocenie Izby, przystępujący wyjaśnił również zasadność zastrzeżenia wykazu personelu przewidzianego do wykonania przedmiotu zamówienia. Przystępujący wskazał, że ujawnienie informacji dotyczących personelu umożliwiałoby przejęcie przez podmioty konkurencyjne osób, z którymi przystępujący nawiązał współpracę. Wyjaśnił ponadto, że szeroko rozumiana polityka kadrowa to element strategii gospodarczej przedsiębiorstwa, a jej ujawnienie skutkowałoby powstaniem istotnej szkody po stronie wykonawcy.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, wyrażonego w odwołaniu, iż przystępujący ma możliwość zagwarantowania takich warunków współpracy personelowi, aby ten nie był skłonny przejść do konkurencji. Nie wydaje się bowiem, by odwołujący znał sytuację przystępującego na tyle szczegółowo, by mógł rozstrzygać, na jakie koszty przystępujący może sobie pozwolić, jeśli chodzi o wynagradzanie personelu. Argument ten nie został przez odwołującego poparty żadnymi danymi, pozwalającymi na stwierdzenie, iż odwołujący istotnie ma taką wiedzę. Nie przekonuje Izby również argument, że ze strony odwołującego nie ma takiego ryzyka, ponieważ on sam dysponuje on wykwalifikowanym i kompletnym personelem. Izba wskazuje, że ujawnienie informacji będzie miało skutek *erga omnes*, nie zaś wyłącznie wobec odwołującego, zatem argumentacja wskazana przez przystępującego winna być uznana za zasadną.

W ocenie Izby, przystępujący wykazał również, że podjął działania w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności. Przystępujący wskazał szereg działań, które podjął w tym celu. Działania te zostały szczegółowo wskazane w pismach z 16 czerwca 2020 roku oraz 23 lipca 2020 roku. Ponadto przystępujący złożył dowód w postaci Zarządzenia Prezesa Zarządu Multiconsult Polska Sp. z o.o. z 2018 roku – Polityka poufności sporządzania ofert w Multiconsult Polska Sp. z o.o. Oprócz samych zasad postępowania w zakresie poufności, dokument ten zawiera szereg załączników – wzorów, na podstawie których przystępujący realizuje politykę poufności.

Konkludując, Izba wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu przystępujący złożył wyjaśnienia na okoliczność wykazania zasadności dokonanych zastrzeżeń. W ocenie Izby informacje, których ujawnienia żąda odwołujący, mogą mieć charakter uzasadniający objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Przystępujący wykazał przy tym, iż w stosunku do zastrzeżonych informacji podjął działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym zarzut nieuprawnionego zastrzeżenia informacji w ofercie przystępującego należy uznać za bezzasadny i podlegający oddaleniu.

Izba uznała za nieuzasadnione zarzuty naruszenia przez zamawiającego:

- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2d ustawy P.z.p. polegające na przeprowadzeniu błędnej wykładni postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia na etapie po złożeniu ofert, tj. w szczególności błędne ustalenie, które wymagania w kryterium opis sposobu realizacji zamówienia wynikają z dokumentacji przetargowej, a które stanowią wartości dodane, nie ujęte w OPZ, które będą miały istotny wpływ na jakość i usprawnienie realizacji przedmiotu zamówienia, co w efekcie doprowadziło do ustalenia błędnych, sprzecznych z zasadą uczciwej konkurencji reguł przyznawania punktacji w pozacenowych kryteriach oceny ofert,

- art. 91 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie oceny ofert w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi, w pkt. 15.4.2 s.i.w.z. i naruszający zasadę uczciwej konkurencji, co skutkowało przyznaniem odwołującemu niewłaściwej ilości punktów w Kryterium Opis sposobu realizacji zamówienia — podkryterium PO2 - Sposób komunikacji i współpracy z zamawiającym oraz innymi wykonawcami w Projekcie oraz w podkryterium PO3 – Kontroli jakości wewnętrznej produktów i wyników prac po stronie wykonawcy.

W powyższym zakresie Izba podtrzymuje argumentację wskazaną przy rozpoznawaniu zarzutu zaniechania wskazania w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej uzasadnienia faktycznego dla punktacji przyznanej w pozacenowym

kryterium oceny opis sposobu realizacji zamówienia. Izba wskazuje, że zarzuty odwołujący oparł na stwierdzeniu, iż zamawiający nie przyznał odwołującemu maksymalnej ilości punktów w podkryteriach Po_2 i Po_3, mimo że odwołujący przewidział elementy dodane, nieujęte w opisie przedmiotu zamówienia, które będą miały istotny wpływ na jakość i usprawnienie realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz podczas rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą podnosił, że elementy dodatkowe, wskazywane przez odwołującego, nie stanowiły wartości dodanej, ponieważ były one podane przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako obowiązkowe. Z kolei te elementy, które nie były wskazane w s.i.w.z., a które zostały przewidziane przez odwołującego, nie spełniają wymogu istotności w zakresie wpływu na jakość i usprawnienie realizacji przedmiotu zamówienia. W związku z tym odwołującemu nie przysługuje maksymalna ilość punktów w danym kryterium.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że elementy, które zostały wskazane w s.i.w.z. jako obowiązkowe, a które zostały uwzględnione przez odwołującego, nie uzasadniają przyznania odwołującemu maksymalnej ilości punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert. Z kolei inne elementy, które wskazał odwołujący w ofercie, nie spełniają, w ocenie zamawiającego, warunku istotności w zakresie wpływu na realizację przedmiotu zamówienia. Izba ponownie podkreśla, że opis oceny podkryteriów w pozacenowym kryterium oceny ofert „Opis sposobu realizacji zamówienia" nie zawierał szczegółowego określenia, jakie elementy zamawiający uzna za takie, które będą miały istotny wpływ na jakość i realizację przedmiotu zamówienia. Żaden z wykonawców przed upływem terminu składania ofert nie zadał pytania zamawiającemu, co będzie on rozumiał poprzez „istotny wpływ". Żaden również nie zaskarżył postanowień s.i.w.z. dotyczących opisu sposobu oceny poszczególnych podkryteriów. Tym samym zarzut oceny oferty odwołującego w sposób sprzeczny z zasadami przyjętymi w s.i.w.z. należy uznać za nieuzasadniony.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie unieważnienia postepowania, w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu urnowy polegającej na braku możliwości dokonania oceny ofert w pozacenowym kryterium oceny ofert — opis sposobu realizacji zamówienia. Izba nie dopatrzyła się w czynnościach zamawiającego nieprawidłowości skutkujących wystąpieniem wady uzasadniającej unieważnienie postępowania na podstawie wskazanego przepisu. W tym zakresie Izba podtrzymuje argumentację wskazaną wyżej, dotyczącą braku zasadności zarzutów związanych z oceną oferty odwołującego w pozacenowym kryterium oceny ofert.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego z uwagi na nieprzedłożenie rachunku, co jest warunkiem przyznania tychże kosztów zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz art. 186 ust. 6 pkt 3b ustawy P.z.p.

……..

……

……