

Sygn. akt: KIO 248/21

WYROK
z dnia 26 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka
Członkowie: Agata Mikołajczyk
Izabela Niedziałek - Bujak
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 stycznia 2021 r. przez Odwołującego **P&P Solutions Sp. z o.o. (ul. K. Pułaskiego 76, 05-510 Konstancin-Jeziorna)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości (ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa)**

przy udziale Wykonawców zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego:

Britenet Sp. z o.o. (ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa)

oraz

Konsorcjum: Transition Technologies-Software Sp. z o.o., Transition Technologies S.A. (ul. Pawia 55, 01-030 Warszawa)

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru ofert najkorzystniejszych oraz nakazuje udostępnienie informacji zastrzeżonych przez wykonawców: **Britenet Sp. z o.o., S&T Services Polska Sp. z o.o., Eyzee S.A., Sii Sp. z o.o.**, jako tajemnica przedsiębiorstwa (Analiza potencjalnych ryzyk i zagrożeń)

2. oddala odwołanie w zakresie zarzutu z punktu II 1 i 2 odwołania

3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego **P&P Solutions Sp. z o.o. (ul. K. Pułaskiego 76, 05-510 Konstancin-Jeziorna)** oraz Zamawiającego **Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości (ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa)** i:
3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **P&P Solutions Sp. z o.o. (ul. K. Pułaskiego 76, 05-510 Konstancin-Jeziorna)** tytułem wpisu od odwołania oraz 3600 złotych (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

3.2. zasądza od Zamawiającego **Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości (ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa)** na rzecz Odwołującego **P&P Solutions Sp. z o.o. (ul. K. Pułaskiego 76, 05-510 Konstancin-Jeziorna)** kwotę **9.300 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania: połowy wartości wpisu od odwołania oraz połowy kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 248/21

UZASADNIENIE

Zamawiający **Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości** prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie kompleksowych usług z zakresu wynajmu kompetencji IT”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 185-447004 dnia 23 września 2020 roku.

Odwołujący **P&P Solutions Sp. z o.o.** wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku (ze zm.) Prawo zamówień publicznych oraz pkt. XV.4 i 5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia poprzez niezgodne z zasadami oceny ofert ustalonymi w SIWZ przyznanie Odwołującemu 0 punktów w ramach oceny kryterium „Analiza potencjalnych ryzyk i zagrożeń”, w efekcie czego oferta Odwołującego uzyskała zaniżoną ocenę, a w konsekwencji czego Odwołujący pozbawiony został możliwości uzyskania zamówienia; art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez nierówne traktowanie poszczególnych wykonawców i niejednolity sposób interpretacji dokonanego przez wykonawców opisu w zakresie kryterium „Analiza potencjalnych ryzyk i zagrożeń”, a w konsekwencji odmienne ocenę poszczególnych wykonawców którzy przedstawili analogiczne jak Odwołujący ryzyka i sposoby ich rozwiązywania; art. 92 ust. 1 pkt. 1 p.z.p. poprzez brak jakiegokolwiek uzasadnienia przyznania określonej punktacji Odwołującemu w ramach oceny kryterium „Analiza potencjalnych ryzyk i zagrożeń” w protokole Postępowania, a także brak wskazania którym ryzykom zidentyfikowanym przez poszczególnych wykonawców w ramach oceny kryterium „Analiza potencjalnych ryzyk i zagrożeń” przyznano punkty; art. 8 ust. 3 p.z.p. oraz art. 8 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku (z późn. zm.) o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez niepopartą rzetelną analizą stanu faktycznego i prawnego odmowę udostępnienia Odwołującemu dokumentów i informacji zastrzeżonych przez wykonawców **Britenet Sp. z o.o., S&T Services Polska Sp. z o.o., Eyzee S.A., Sii Sp. z o.o.** oraz **Softy Labs Sp. z o.o.** jako tajemnica przedsiębiorstwa i uznanie tego zastrzeżenia za skuteczne, podczas gdy wykonawcy ci nie wykazali w należyty sposób, że zastrzeżone przez nich informacje rzeczywiście spełniają warunki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu właściwych przepisów, a w konsekwencji dopuszczenie się przez Zamawiającego prowadzenia Postępowania z naruszeniem zasady jawności oraz ograniczenia Odwołującemu realnej możliwości weryfikacji prawidłowości twierdzeń składanych przez innych wykonawców w Postępowaniu oraz ograniczenia możliwości korzystania z przysługujących Odwołującemu na gruncie p.z.p. środków ochrony prawnej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszych ofert, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz przyznanie Odwołującemu, zgodnie z SIWZ, po 2 punkty za każde ze zidentyfikowanych ryzyk w ramach kryterium „Analiza potencjalnych ryzyk i zagrożeń”, to jest łącznie 6 punktów, nakazanie Zamawiającemu udostępnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawców **Britenet Sp. z o.o., S&T Services Polska Sp. z o.o., Eyzee S.A., Sii Sp. z o.o., Softy Labs Sp. z o.o.** jako tajemnica przedsiębiorstwa („Analiza potencjalnych ryzyk i zagrożeń”).

Zgodnie z pkt. XV.4 SIWZ, jednym z kryteriów oceny ofert miała być „Analiza potencjalnych ryzyk i zagrożeń”. W SIWZ wskazano, że w ramach tego kryterium oferta może uzyskać maksymalnie 6 punktów. Maksymalna liczba punktów miała zostać przyznana Wykonawcy, który zidentyfikuje 3 realne ryzyka i przedstawi dla każdego z ryzyk taki sposób przeciwdziałania ryzykom, który ograniczy do minimum ich wpływ na osiągnięcie celów zamówienia oraz wskaże dla każdego z ryzyk adekwatne zasoby możliwe do wykorzystania w ramach realizacji zamówienia, które to zasoby Wykonawca może oddelegować w przypadku wystąpienia zidentyfikowanych w analizie ryzyk.

Jak wskazano w SIWZ: w ramach oceny tego kryterium oceniona zostanie trafność zidentyfikowanych ryzyk, tj. czy zidentyfikowane ryzyka mogą mieć realny negatywny wpływ na realizację zamówienia. Oceniona została także trafność propozycji zapobieżenia ich wystąpieniu/minimalizacji negatywnych skutków ich wystąpienia. Przy czym Zamawiający zastrzegł, że trafność ryzyka, jak i trafność propozycji zapobieżenia jego wystąpieniu/minimalizacji skutków, w tym trafność zaproponowanych zasobów możliwych do oddelegowania, oceniane będą łącznie. Przedstawiane ryzyka miały być związane wyłącznie z zadaniami, za których realizację odpowiada wykonawca (zgodnie z zapisami umowy i opisu przedmiotu umowy). Koszty związane z wdrożeniem zaproponowanych przez wykonawcę sposobów zapobieżenia zidentyfikowanym ryzykom oraz deklarowane zasoby, musiały zawierać się w cenie podanej w ofercie.

Wykonawca otrzymać mógł 2 punkty za każde trafnie zidentyfikowane ryzyko, dla którego określono trafny sposób zapobieżenia oraz adekwatne zasoby. Zamawiający wskazał, że nie będzie przyznawał punktów częściowych.

Zgodnie z pkt. XV.5 SIWZ jako najkorzystniejsze zostało wybranych 5 ofert z kolejno najwyższą liczbą punktów, liczonych od oferty z najwyższą liczbą punktów do ofert z kolejno niższą liczbą punktów.

Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu. W ramach kryterium „Analiza potencjalnych ryzyk i zagrożeń” Odwołujący w złożonej ofercie wskazał następujące ryzyka:

Ryzyko nr 1: Ryzyko utraty Konsultanta realizującego Zamówienie w trakcie jego trwania. Sposób mitygacji ryzyka: zastąpienie utraconego Konsultanta innym Konsultantem wraz z wdrożeniem go przez obecnego Konsultanta w okresie 5 dni roboczych; wdrożenie nowego Konsultanta w tym modelu jest dla Zamawiającego nieodpłatne.

Ryzyko nr 2: Ryzyko związane z wyciekami informacji poufnych lub RODO na poziomie Konsultanta. Sposób mitygacji ryzyka: zastosowanie odpowiednich klauzul w umowach z Konsultantami oraz podpisanie dodatkowych, indywidualnych oświadczeń o poufności z każdą osobą fizyczną (Konsultantem) realizującemu prace na rzecz Zamawiającego.

Ryzyko nr 3: Ryzyko związane z niespełnieniem przez Konsultanta oczekiwań Zamawiającego w zakresie umiejętności/kompetencji, w trakcie realizacji Zamówienia. Sposób mitygacji ryzyka: zmiana Konsultanta na zasadach opisanych w Ryzyko 1, przy czym czas wdrożenia nowego Konsultanta, w okresie maksymalnie 5 dni roboczych, odbywa się na koszt Wykonawcy.

Zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty i ocenie ofert Zamawiający przyznał Odwołującemu w ramach kryterium „Analiza potencjalnych ryzyk i zagrożeń” 0 punktów.

Zamawiający na wniosek Odwołującego udostępnił Odwołującemu protokół z Postępowania. Zamawiający nie udostępnił jednak Odwołującemu dokumentów „Analiza potencjalnych ryzyk i zagrożeń” złożonych wraz z ofertą przez wykonawców Britenet Sp. z o.o., S&T Services Polska Sp. z o.o., Eyzee S.A., Sii Sp. z o.o. oraz Softy Labs Sp. z o.o.

Takie działania Zamawiającego w opinii Odwołującego naruszają postanowienia SIWZ oraz przepisy p.z.p.

Odwołujący w argumentacji podnosił, że SIWZ nie wskazywała, w jaki sposób powinno mieć miejsce przedstawienie zidentyfikowanych ryzyk i sposobu ich mitygacji. Nie zawierała w tym zakresie żadnych wymagań co do formy i co do treści. Nie wskazywała też na ewentualny sposób opisu, jego wymaganą szczegółowość czy konieczność zastosowania jakiegokolwiek konkretnej metodologii. Przeciwnie, sam formularz ofertowy sugerował, że opis może stanowić załącznik do oferty, ale może być też dokonany w samym formularzu ofertowym, co wyraźnie wskazuje na dopuszczenie możliwości syntetycznego opisu ryzyk.

Odwołujący wskazał, że kwestia ta nie została też wyjaśniona w ramach odpowiedzi udzielanych przez Zamawiającego na zadane przez wykonawców pytania. W piśmie z dnia 23 października 2020 roku, odpowiadając na precyzyjnie zadane pytanie w tym zakresie („w szczególności prosimy o wyjaśnienie: a) dlaczego ustalono jako kryterium oceny ofert dokonanie przez wykonawców analizy ryzyk, co stanowi nie wchodzącą w zakres przedmiotu zamówienia usługę o charakterze doradczym w sytuacji, gdy zarówno wszelkie ryzyka, jak i ich know-how dot. ich eliminacji stanowią element ryzyka gospodarczego wykonawcy w kalkulowanym w cenę oferty i nie stanowią świadczenia objętego przedmiotem zamówienia, b) o jaki konkretnie zakres ryzyk, chodzi Zamawiającemu, c) jakie są kryteria oceny „realności” zidentyfikowanych przez wykonawców ryzyk, d) jakie są kryteria ustalenia, czy przedstawiony sposób przeciwdziałania ryzykom, „ograniczy do minimum ich wpływ na osiągnięcie celów zamówienia” i jakie jest kryterium oceny, czy ograniczenie to zostało zredukowane do „minimum”, e) do czego mają być „adekwatne” zasoby możliwe do wykorzystania w ramach realizacji zamówienia, f) czy zidentyfikowane ryzyka muszą wiązać się z koniecznością „oddelegowania zasobów”, aby mogły uzyskać dodatnią punktację w procesie oceny ofert i o jakie zasoby chodzi, g) jakie będą kryteria oceny „trafności zidentyfikowania ryzyk” i „realnego” ich wpływu na możliwość realizacji zamówienia, h) jak należy rozumieć sprzeczność pomiędzy „przeciwdziałaniem ryzykom”, „zapobieżenie zidentyfikowanym ryzykom” -czyli uprzednią eliminacją ich wystąpienia a „minimalizacją skutków ich wystąpienia” -czyli działaniem następczym po ziszczeniu się okoliczności objętych ryzykiem, i) jakie będą kryteria oceny „trafności zasobów możliwych do oddelegowania”, j) jak „określono trafny sposób zapobieżenia oraz adekwatne zasoby” skoro nie ma o tym mowy w SIWZ, k) co rozumie Zamawiający pod pojęciem „punktów częściowych”, l) czy wykonawca dobrze rozumie, że nie ma limitu ryzyk, które może zgłosić wykonawca i sposobów, także alternatywnych ich minimalizacji, eliminacji, przeciwdziałania skutkom, i wszystkie zostaną ocenione, w celu ustalenia, czy trzy ryzyka zostały zasługujące na przyznanie punktacji? Zdaniem wykonawcy przedmiot określonych w omawianej wyżej jednostce redakcyjnej SIWZ analiz został sformułowany abstrakcyjnie, bez wskazania zasad mającej się dokonać oceny przez Zamawiającego -co prowadzi do pełnej dowolności po jego stronie) Zamawiający udzielił jedynie bardzo ogólnej odpowiedzi.

Odwołujący wskazał, że zidentyfikowane przez niego ryzyka są realne w projektach takich, jak objęty postępowaniem, a ich wskazanie było wynikiem wieloletniego rynkowego doświadczenia i *knowhow* Odwołującego. Opis ten spełnia zatem oczekiwania Zamawiającego opisane w SIWZ: są to ryzyka, które mogą się pojawić po stronie Odwołującego i na które ma on realny wpływ, są charakterystyczne dla usługi stanowiącej przedmiot zamówienia, a ich prawdopodobieństwo wystąpienia jest wysokie, zaś wpływ na poprawne zrealizowaniu usługi duży. Są to ryzyka realne, a zaproponowane środki zaradcze są adekwatne i wystarczające dla danego ryzyka i wskazują niezbędny potencjał, jaki Odwołujący zastosuje w celu zapobieżenia ryzyku lub ograniczenia jego skutków.

Odwołujący zauważył, że o realności i prawidłowości wskazanych ryzyk i sposobu ich rozwiązania świadczy też to, że również pozostali oferenci w swoich ofertach wskazywali analogiczne ryzyka i analogiczny sposób rozwiązania.

Ponieważ wskazał trzy ryzyka dla projektu i prawidłowy sposób ich rozwiązania ze wskazaniem niezbędnych zasobów, zgodnie z SIWZ, za identyfikację każdego z nich powinien otrzymać 2 punkty, a zatem 6 punktów łącznie.

Odwołujący zwrócił uwagę na brzmienie art. 91 ust. 2d p.z.p., zgodnie z którym Zamawiający winien określać kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców. Wykonawca nie może bowiem ponosić negatywnych konsekwencji ewentualnego braku precyzji w opisie dokonany przez Zamawiającego.

W świetle brzmienia tego artykułu, zdaniem Odwołującego wszelkie wątpliwości muszą być rozstrzygane na korzyść podmiotu, który składa ofertę. Powinno tak być w szczególności w sytuacji, w której Zamawiający nie skorzystał z możliwości doprecyzowania lub zmiany SIWZ lub doprecyzowania swoich oczekiwań pomimo precyzyjnie zadanych pytania przez jednego z wykonawców biorących udział w Postępowaniu. Każdy inny sposób interpretacji narusza ustawowy obowiązek równego traktowania wykonawców wyrażony w art. 7 p.z.p.

W ocenie Odwołującego postępowanie Zamawiającego narusza również zasadę równego traktowania wykonawców.

Przyszanowanie punktów wykonawcom w ramach danego kryterium musi być dokonywane zgodnie z właściwymi postanowieniami SIWZ, a działanie Zamawiającego w tym zakresie powinno być pozbawione uznaniowości. Tylko przy zachowaniu powyższych wymogów podczas oceny ofert będzie możliwa realizacja zasad równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości.

Odwołujący uzupełniając wskazał, że z zasady równego traktowania wykonawców w sposób oczywisty wynika obowiązek oceny każdego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia na podstawie takich samych zasad.

Odwołujący jako przykład wskazał Wykonawcę Devire Sp. z o.o., który w swojej analizie jako ryzyko utraty Konsultanta w trakcie trwania projektu oraz ryzyko związane z brakiem kompetencji miękkich po stronie Konsultanta „Ryzyko 3”.

Odwołujący wyjaśnił, że ryzyka te są zbliżone do ryzyk przedstawionych w ofercie Odwołującego, tj. odpowiednio zawartych w niej „Ryzyka nr 1” (utrata Konsultanta) i „Ryzyka nr 3” (niespełnienie oczekiwań przez Konsultanta w zakresie jego kompetencji). Odwołujący wskazał na niezrozumiałą rozbieżność w ocenie tego kryterium pomiędzy punktacją Odwołującego (0 punktów za to kryterium) a punktacją innych wykonawców.

Odwołujący wskazał także, że jeśli chodzi o sposób i formę opisu ryzyk, analogiczny sposób jak Odwołujący zaprezentowali wykonawcy JCommerce Sp. z o.o. oraz IT Leasing Team Sp. z o.o. i każdy z nich otrzymał po 2 punkty.

Powyższe przykłady w ocenie Odwołującego świadczą, że Zamawiający dokonywał oceny ofert, w tym w szczególności oceny oferty Odwołującego, w sposób dowolny, z pominięciem zasad ustanowionych przez niego w SIWZ dla Postępowania i z naruszeniem przepisów p.z.p.

Wobec braku szczegółowego uzasadnienia, w którym Zamawiający wskazywałby szczególne okoliczności będące przyczyną takiej oceny (który to brak jest w niniejszym odwołaniu przedmiotem osobnego zarzutu), Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w sposób różny ocenił wykonawców znajdujących się w podobnej sytuacji, a tym samym naruszył art. 7 ust. 1 p.z.p. i art. 91 ust. 1 p.z.p.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 p.z.p. Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację.

Odwołujący wskazał, że z informacji jaką otrzymał, nie sposób ustalić które z ryzyk zidentyfikowanych przez wykonawców (w tym Odwołującego) w ramach kryterium „Analiza potencjalnych ryzyk i zagrożeń” zostały przez Zamawiającego ocenione pozytywnie (i otrzymały 2 punkty), które zaś negatywnie (otrzymują 0 punktów). W przypadku oceny negatywnej brak jest też szczegółowego uzasadnienia, w którym Zamawiający wskazywałby szczególne okoliczności będące przyczyną takiej oceny.

Jak podkreślił Odwołujący, wskazanie w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty konkretnych okoliczności, z powodu których oferta została w danym podkryterium oceniona w określony sposób, daje wykonawcy wiedzę co do tego, dlaczego on lub inny uczestnik postępowania otrzymał wskazaną liczbę punktów. Tym samym dopiero wskazanie ww. okoliczności stanowi pełne uzasadnienie faktyczne wyboru oferty, natomiast nie jest pełnym uzasadnieniem, spełniającym wymogi art. 92 ust 1 pkt 1 i art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp, podanie jedynie ogólnej liczby punktów w każdym kryterium.

Odwołujący wskazał także, że wyrażona w art. 8 p.z.p. zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jedną z fundamentalnych zasad p.z.p. Wyjątki od zasady jawności precyzyjnie wyznaczają przepisy prawa. Nakłada to na zamawiającego obowiązek rzetelnego zbadania prawidłowości zastrzeżenia informacji przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, zaś na wykonawców chcących z wyłączenia jawności skorzystać obowiązek udowodnienia, iż dane informacje w okolicznościach danego postępowania rzeczywiście mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. W opinii Odwołującego obowiązkom tym nie sprostał ani Zamawiający, ani wykonawcy Britenet Sp. z o.o., S&T Services Polska Sp. z o.o., Eyzee S.A., Sii Sp. z o.o. oraz Softy Labs Sp. z o.o. Zamawiający automatycznie przyjął on zastrzeżenie dokonane przez wykonawców Britenet Sp. z o.o., S&T Services Polska Sp. z o.o., Eyzee S.A., Sii Sp. z o.o. oraz Softy Labs Sp. z o.o., bez niezbędnej jego analizy.

Odwołujący stwierdził, że w zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawców Britenet Sp. z o.o., S&T Services Polska Sp. z o.o., Eyzee S.A., Sii Sp. z o.o. oraz Softy Labs Sp. z o.o. nie zostało w sposób odpowiedni uzasadnione, a w konsekwencji zaniechanie ujawnienia przez Zamawiającego dokumentów stanowiło naruszenie art. 8 ust. 3 p.z.p. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie może polegać wyłącznie na ogólnikowym stwierdzeniu, że określona kategoria informacji jako taka może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Niezbędne jest również odniesienie się do charakterystyki konkretnych informacji, które wykonawca chce zastrzec.

Zdaniem Odwołującego, zastrzeganie określonych informacji musi być każdorazowo traktowane jako wyjątek od wyrażonej w art. 8 ust. 1 p.z.p. zasady jawności postępowania. Art. 8 ust 3 ustawy Pzp wprost wskazuje, iż jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie przez wykonawcę, że informacje te w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Oznacza to, że informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawnie tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Brak wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie Zamawiającemu obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji.

Odwołujący wskazał także, że w uzasadnieniach sporządzonych przez wskazanych wykonawców nie zostały przedstawione okoliczności, które byłyby na tyle skonkretyzowane i doniosłe, aby uzasadniać odstępstwo od zasady jawności poprzez utajnienie wskazanych w nim informacji. Poprzestając na szeregu stwierdzeń o dopuszczalności zastrzegania określonych kategorii informacji, uzupełnionym w marginalnym co najwyżej stopniu o uwarunkowania charakterystyczne dla konkretnych informacji, a już w zupełnie pomijalnym zakresie o materiał dowodowy, wykonawcy ci

nie sprostali ciężarowi dowodu.

W odniesieniu do ofert poszczególnych Wykonawców Odwołujący wskazał, że:

„Wykonawca Eyzee S.A. jedynie powierzchownie uzasadnił zastrzeżenie informacji ograniczając się poza długimi rozważaniami teoretycznymi do nieskonkretyzowanego stwierdzenia, że „są to informacje organizacyjne, które mają wymierną wartość gospodarczą”. Nie wykazał, że zastrzeżona informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa i ma wartość gospodarczą, a jej udostępnienie naraziłoby wykonawcę na szkodę.

Wykonawca Britenet Sp. z o.o. zastrzegł nie tylko załącznik nr 1 - analizę ryzyk, lecz także załącznik nr 2 czyli uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżenia takie uniemożliwiają pozostałym wykonawcom wszelką kontrolę ich zasadności. Intencją art 8 ust. 3 p.z.p. jest by takie uzasadnienie pozostawało jawne.

Wykonawca S&T Services Polska Sp. z o.o. nie wykazał, że analiza której dokonał wyczerpuje znamiona uznk. Nie chodzi bowiem w zastrzeganych informacjach o rozwiązania informatyczne, a o istniejące na rynku (realne a więc powszechnie znane) ryzyka i ich sposób mitygacji. Wykonawca ten nie wykazał jednak, w jaki sposób analiza stanowi „nieocenioną wartość gospodarczą”, której ujawnienie mogłoby powodować szkodę. Nie wykazał też, że te konkretne informacje podlegają szczególnej ochronie wewnątrz struktury wykonawcy.

Także wykonawca Sii Sp. z o.o. nie wykazał dlaczego analiza ryzyk ma wartość gospodarczą i jej ujawnienie przyniosłoby spółce szkodę, przedstawiając jedynie ogólne twierdzenia w tym zakresie.

Wykonawca Softy Labs Sp. z o.o. ograniczył się do krótkiego przywołania przepisów ustawy. W tym zakresie nie można uznać, że dokument ten stanowi uzasadnienie tajemnicy w rozumieniu odnośnych przepisów”.

Odwołujący wskazał także, że:

- Wykonawcy powołując się na bliżej niesprecyzowaną i abstrakcyjną szkodę nie wyjaśnili, jak ujawnienie informacji przekładałoby się na jego konkurencyjność.

- Żaden z powyżej wskazanych wykonawców nie wykazał że zastrzegana informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub posiada wartość gospodarczą.

- Nie udowodnili też, że zastrzegana informacja nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna, co byłoby szczególnie konieczne w sytuacji, w której analiza dotyczyć ma zjawisk powszechnych na danym rynku i charakterystycznych dla niego.

- Pozostali wykonawcy ubiegający się udzielenie zamówienia będącego przedmiotem Postępowania również składali analogiczne informacje, lecz jednak ich nie zastrzegali, co samo w sobie podważa argumentację o ich szczególnej wrażliwości i szczególnych uwarunkowaniach rynku, którego usługi są przedmiotem zamówienia.

- Nie wykazali też wskazani powyżej wykonawcy, że do informacji objętych zastrzeżeniem rzeczywiście dostęp ma jedynie ograniczony krąg osób.

- nie sprostali ciężarowi dowodu wykazania, że zastrzeżone informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

- Nie wykazali też podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności, których miernikiem powinien być wzorzec należytej staranności.

Na podstawie art. 90 ust. 1 przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020): „Do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. ”[tj. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.]

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ww. przepisów wprowadzających: „Do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1 [tj. ustawy z dnia 11 września 2019 r.]

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący przyznania Odwołującemu 0 punktów w ramach oceny kryterium „Analiza potencjalnych ryzyk i zagrożeń” niezgodnie z zasadami oceny ofert ustalonymi w SIWZ.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie kompleksowych usług z zakresu IT wspierających realizację bieżących zadań Biura Informatyki (BI), poprzez wynajem Konsultantów posiadających wymagane kompetencje.

Zgodnie z pkt. XV ust. 1 SIWZ, jednym z kryterium oceny ofert jest „Analiza ryzyk”. Zgodnie z pkt. XV ust. 4 SIWZ:

„W kryterium „Analiza potencjalnych ryzyk i zagrożeń” oferta może uzyskać maksymalnie 6 punktów. Maksymalna liczba punktów zostanie przyznana Wykonawcy, który zidentyfikuje 3 realne ryzyka i przedstawi dla każdego z ryzyk taki sposób przeciwdziałania ryzykom, który ograniczy do minimum ich wpływ na osiągnięcie celów zamówienia, oraz wskaże dla każdego z ryzyk adekwatne zasoby możliwe do wykorzystania w ramach realizacji zamówienia, które to zasoby Wykonawca może oddelegować w przypadku wystąpienia zidentyfikowanych w analizie ryzyk.

W ramach oceny tego kryterium oceniona zostanie trafność zidentyfikowanych ryzyk, tj. czy zidentyfikowane ryzyka mogą mieć realny negatywny wpływ na realizację zamówienia. Oceniona zostanie również trafność propozycji zapobieżenia ich wystąpieniu/minimalizacji negatywnych skutków ich wystąpienia. Przy czym zastrzega się, że trafność ryzyka, jak i trafność propozycji zapobieżenia jego wystąpieniu/minimalizacji skutków, w tym trafność zaproponowanych zasobów możliwych do oddelegowania, oceniane będą łącznie. Przedstawiane ryzyka mają być związane wyłącznie z zadaniami, za których realizację odpowiada Wykonawca (zgodnie z zapisami umowy i opisu przedmiotu umowy). Koszty związane z wdrożeniem zaproponowanych przez Wykonawcę sposobów zapobieżenia zidentyfikowanym ryzykom oraz deklarowane zasoby, muszą zawierać się w cenie podanej w ofercie. Wykonawca otrzyma 2 punkty za każde trafnie zidentyfikowane ryzyko, dla którego określono trafny sposób zapobieżenia oraz adekwatne zasoby. Zamawiający nie będzie przyznawał punktów częściowych.”

Z kolei w myśl pkt. XV ust. 5 SIWZ: „Jako najkorzystniejsze zostanie wybranych 5 ofert (chyba, że oferty niepodlegające odrzuceniu złożyło mniej Wykonawców) z kolejno najwyższą liczbą punktów, liczonych od oferty z najwyższą liczbą punktów do ofert z kolejno niższą liczbą punktów. W przypadku, gdy więcej niż 5 ofert uzyska taką samą liczbę punktów, Zamawiający zawrze umowy ramowe z wszystkimi wykonawcami, którzy uzyskali taką samą liczbę punktów”.

Zamawiający odpowiadając na pytanie odnoszące się do tego Kryterium (pkt V w piśmie z dnia 23.10.2021 r.) podał:

„Analiza ryzyka ma dotyczyć realizacji przedmiotu umowy przez Wykonawcę. Na podstawie analizy ryzyk, Zamawiający będzie w stanie ocenić czy Wykonawca ma praktyczne doświadczenie w świadczeniu tego typu usług, jest świadom zagrożeń jakie mogą się pojawić podczas wieloletniego świadczenia usługi oraz potrafi dobrać i zastosować odpowiednie środki zaradcze. Analiza ryzyka nie jest usługą dla Zamawiającego lecz pomocą dla Wykonawcy, który powinien ocenić swoje możliwości realizacji zamówienia.

W analizie ryzyka Wykonawca powinien wskazać wyłącznie te ryzyka, które mogą się pojawić po jego stronie i na które

ma realny wpływ. Za realne należy uznać te ryzyka, które są charakterystyczne dla usługi stanowiącej przedmiot zamówienia oraz których prawdopodobieństwo wystąpienia jest wysokie, a wpływ na poprawne zrealizowaniu usługi duży. Realność ryzyka powinna wynikać z jego opisu (np. powołanie się przez Wykonawcę na doświadczenia własne lub innych podmiotów, trendy rynkowe). Ocena przeciwdziałania wystąpieniu ryzyka lub minimalizacji jego skutków będzie polegać na ocenie środków zaradczych, jakie zaproponuje Wykonawca, czy są adekwatne i wystarczające dla danego ryzyka, czy Wykonawca je posiada na moment składania oferty, czy też planuje je dopiero nabyć. Jaki potencjał organizacyjny, techniczny, finansowy Wykonawca zastosuje w celu zapobieżenia ryzyku lub ograniczenia jego skutków. Ponieważ mogą pojawić się ryzyka, którym nie da się całkowicie zapobiec, Wykonawca identyfikując takie ryzyko, powinien napisać, w jaki sposób ograniczy ich negatywny wpływ na należyte świadczenie przedmiotu umowy. Wykonawca powinien wskazać maksymalnie 3 ryzyka. Za każde z ryzyk można otrzymać 2 punkty lub zero (Zamawiający nie przewiduje przydzielania punktacji częściowej np. 1 punkt za wskazanie ryzyka, ale bez opisu sposobu przeciwdziałania lub minimalizacji skutków).

Ocena analizy ryzyk jest oceną merytoryczną, a nie formalną. Na to, czy dla ryzyka zidentyfikowane przez Wykonawcę zostały przewidziane odpowiednie działania i środki powinien wskazywać opis planu postępowania wobec ryzyka, planowane do zaangażowania zasoby, potencjał pozyskania takich zasobów, o ile Wykonawca ich nie posiada na moment składania oferty itp.”.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, Zamawiający sprecyzował zatem, na jakie cechy ww. elementów analizy będzie zwracał uwagę, tj.

- nazwane ryzyko musi być realne dla przedmiotu zamówienia i dotyczyć obszaru, na który ma wpływ Wykonawca. Przedstawione ryzyka mają być wyłącznie powiązane z zadaniami Wykonawcy,

- sposób przeciwdziałania ma być adekwatny do zidentyfikowanego ryzyka i możliwy do wdrożenia przez Wykonawcę, w oparciu o zasoby, którymi dysponuje lub którymi będzie dysponował realizując przedmiot umowy,

- zasoby, które Wykonawca zamierza oddelegować do wdrożenia sposobu przeciwdziałania wystąpienia ryzyka lub minimalizacji skutków jego wystąpienia, mają być adekwatne i możliwe do zastosowania przez Wykonawcę.

Odwołujący w formularzu ofertowym przedstawił następującą analizę ryzyk:

1. Ryzyko nr 1: Ryzyko utraty Konsultanta realizującego Zamówienie w trakcie jego trwania. Sposób mitygacji ryzyka: zastąpienie utraconego Konsultanta innym Konsultantem wraz z wdrożeniem go przez obecnego Konsultanta w okresie 5 dni roboczych; wdrożenie nowego Konsultanta w tym modelu jest dla Zamawiającego nieodpłatne.

2. Ryzyko nr 2: Ryzyko związane z wyciekiem informacji poufnych lub RODO na poziomie Konsultanta.

Sposób mitygacji ryzyka: zastosowanie odpowiednich klauzul w umowach z Konsultantami oraz podpisanie dodatkowych, indywidualnych oświadczeń o poufności z każdą osobą fizyczną (Konsultantem) realizującemu prace na rzecz Zamawiającego.

3. Ryzyko nr 3: Ryzyko związane z niespełnieniem przez Konsultanta oczekiwań Zamawiającego w zakresie umiejętności/kompetencji, w trakcie realizacji Zamówienia.

Sposób mitygacji ryzyka: zmiana Konsultanta na zasadach opisanych w Ryzyko 1, przy czym czas wdrożenia nowego Konsultanta, w okresie maksymalnie 5 dni roboczych, odbywa się na koszt Wykonawcy”.

W ocenie Izby, Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny oferty Odwołującego tym kryterium – przyznając zgodnie z zasadami oceny ofert ustalonych w SIWZ - 0 pkt.

Niniejsze kryterium było kryterium ocennym. Istotą tego kryterium było nie tylko wskazanie przez wykonawców ryzyk, ale także przedstawienie środków zaradczych. Te elementy podlegały ocenie Zamawiającego. Na takie warunki SIWZ zgodzili się wykonawcy przystępujący do postępowania. Zamawiający ocenił ponadto adekwatność zastosowanych środków oraz czy są one wystarczające. Zamawiający oczekiwał zatem przedstawienia przez wykonawców pomysłów realnych rozwiązań, ich opisów, a nie tylko – jak wskazał Zamawiający – ograniczenia się przez wykonawców do np. przepisania zapisów z umowy.

W odniesieniu do opisu ryzyka 1, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że: „Odwołujący nie przedstawił żadnego pomysłu w tym zakresie, a jedynie przepisał obowiązek wynikający z zapisów umowy wykonawczej (par. 3 ust. 9 umowy Zamawiający przewidział po swojej stronie podobne ryzyko i z własnej perspektywy zabezpieczył się stosownymi zapisami umowy, na tyle na ile ma on na to wpływ. Z perspektywy wykonawcy takie ryzyko ma inne oddziaływanie). Odwołujący powinien był np. wskazać, w jaki sposób zapewni w wymaganym umową czasie (5 dni) zastępstwo, skąd będzie pozyskiwał konsultanta o kwalifikacjach nie gorszych niż konsultant zastępowany. To dosyć istotna kwestia w kontekście wieloletniej umowy”. Zamawiający wskazał także, że Odwołujący nie przedstawił informacji, jak planuje minimalizować skutki ryzyka i jakie zasoby może zaangażować w tym celu.

W odniesieniu do ryzyka nr 2, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że Wykonawca „(...) nie wykazał się zaangażowaniem w przeprowadzenie własnej analizy ryzyka uwzględniającej doświadczenie Odwołującego przy świadczeniu tego typu usług. Zamiast tego przepisał wymagania z umowy ramowej (par. 9). Samo podpisanie oświadczenia może być niewystarczające, jeżeli konsultant podpisujący oświadczenie nie zostanie np. przeszkolony z podstaw ochrony informacji, rozróżniania typów informacji, nie zostanie uświadomiona jaki wpływ będzie miało ujawnienia przez niego informacji poufnych pozyskanych w trakcie wykonywania zadań na rzecz Zamawiającego”.

W odniesieniu do ryzyka 3, Zamawiający wskazał, że Wykonawca „(...) identyfikuje nieco inne ryzyko niż ryzyko 1, ale stosuje takie samo podejście do analizy ryzyka, a raczej braku takiej analizy. Ponownie, Odwołujący ogranicza się do przepisania obowiązku wynikającego z umowy wykonawczej (par. 3 ust. 9). Odwołujący nie różnicuje swojego podejścia do różnych ryzyk”.

Nie jest trafny argument Odwołującego, że wszelkie wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy. Nie istnieje tego rodzaju zasada wyrażona w treści przepisów. Ponadto na oceny charakter kryterium zgodzili się wykonawcy przystępując do postępowania. Przede wszystkim jednak w postępowaniu, jak wyżej wskazano, Zamawiający, wbrew twierdzeniu Odwołującego, przedstawił, w jaki sposób będzie dokonywał oceny analizy ryzyk. Ponadto przedmiotowe kryterium ze swej natury ma charakter ocenny, porównawczy. Nie jest tak, że Zamawiający powinien przyznać wszystkim wykonawcom 6 punktów tylko dlatego, że każdy z nich przedstawił jakieś ryzyko i jakiś sposób mający temu ryzyku zaradzić. Zamawiający, jak wskazano powyżej, ocenił sposób przedstawienia, analizy i rozwiązania, czego jak wskazał Zamawiający, w ofercie Odwołującego zabrakło.

W konsekwencji należało stwierdzić, że Zamawiający nie naruszył art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczącego równego traktowania Wykonawców w postępowaniu. Jak wskazano powyżej, Zamawiający ocenił ofertę Odwołującego stosownie do wytycznych przedstawionych w SIWZ i w odpowiedzi na pytanie Wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 3 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku (z późn. zm.) o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji, poprzez niepopartą rzetelną analizą stanu faktycznego i prawnego odmowę udostępnienia Odwołującemu dokumentów i informacji zastrzeżonych przez wykonawców Britenet Sp. z o.o., S&T Services Polska Sp. z o.o., Eyzee S.A., Sii Sp. z o.o. oraz Softy Labs Sp. z o.o. jako tajemnicę przedsiębiorstwa i uznanie tego zastrzeżenia za skuteczne, podczas gdy wykonawcy ci nie wykazali w należyty sposób, że zastrzeżone przez nich informacje rzeczywiście spełniają warunki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu właściwych przepisów, a w konsekwencji dopuszczenie się przez Zamawiającego prowadzenia postępowania z naruszeniem zasady jawności oraz ograniczenia Odwołującemu realnej możliwości weryfikacji prawidłowości twierdzeń składanych przez innych wykonawców w postępowaniu oraz ograniczenia możliwości korzystania z przysługujących Odwołującemu na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych środków ochrony prawnej.

Izba uznała za uzasadniony powyższy zarzut.

Zgodnie z artykułem 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Naczelną zasadą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność postępowania.

Zgodnie z artykułem 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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

Zatem dla oceny, czy dana informacja może zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa w pierwszej kolejności należy ustalić, czy informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa i czy posiadają wartość gospodarczą, a jednocześnie nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Oznacza to, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć tylko takie informacje, co do których wykazano, że posiadają wartość gospodarczą i nie są powszechnie znane w kręgu osób zajmujących się tym rodzajem informacji.

W postępowaniu Wykonawcy: Britenet Sp. z o.o., S&T Services Polska Sp. z o.o., Eyzee S.A., Sii Sp. z o.o. oraz Softy Labs Sp. z o.o. zastrzegli jako tajemnicę przedsiębiorstwa dokument Analiza potencjalnych ryzyk, podlegający ocenie przez Zamawiającego (w ramach kryterium oceny ofert).

Żaden z Wykonawców (wskazanych powyżej) nie wykazał jednak wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Żaden z Wykonawców nie podjął nawet próby wykazania, jaką szkodę mogłoby ponieść przedsiębiorstwo/firma w sytuacji ujawnienia analizy ryzyka. Trudno wyobrazić sobie, w jaki sposób ujawnienie dwustronicowego opisu ryzyka w zakresie ogólnych twierdzeń kadrowych miałoby zachwiać pozycją Wykonawcy. Każdy z Wykonawców zastrzegających tajemnicę przedsiębiorstwa skupił się na wykazywaniu Zamawiającemu, dlaczego informacja w postaci analizy mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, przytaczając orzecznictwo Izby w odniesieniu do innych stanów faktycznych. Żaden jednak Wykonawca nie wykazał, że zastrzegane przez niego informacje rzeczywiście taką tajemnicę stanowią.

Nie jest istotą zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa analiza orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, czy sądów powszechnych, co może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ale przedstawienie przez Wykonawcę konkretnych, rzeczywistych faktów co do tego, że informacja posiada wartość gospodarczą oraz jest chroniona w konkretny, szczególny sposób.

Już z tego względu informacje w postaci ogólnych opisów analizy ryzyk powinny zostać udostępnione pozostałym Wykonawcom.

Należy zauważyć, że przedstawione analizy ryzyka dotyczą informacji powszechnie dostępnych. Zawierają informacje powtarzające się, takie jak utrata konsultanta, czy zastosowanie klauzul umownych (nawet bez przytoczenia treści takich klauzul).

Po pierwsze już ten fakt świadczy, że skoro są to informacje powtarzające się, to nie spełniają przesłanki, o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. nie są to informacje, które nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Skoro wszyscy w określonym środowisku powszechnie wskazują na te same lub podobne ryzyka, to nie można mówić, że analizy zawierają jakikolwiek nadzwyczajne informacje, które nikomu nie są znane (lub znane tylko wyszczególnionej, okrojonej grupie osób). Co więcej, sam Zamawiający wskazywał, że już treść wzoru umowy „podpowiadała” Wykonawcom określone ryzyka. Zamawiający w trakcie rozprawy twierdził bowiem, że Odwołujący „przepisał” z treści wzoru umowy określone ryzyka. W takiej sytuacji poszczególne ryzyka trudno uznać za jakiekolwiek „know how”.

Po drugie, trudno uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa informacje znane nie tylko w grupie poszczególnych firm, ale znane powszechnie – nie jest tajemnicą, że w sytuacji utraty konsultanta, konieczne będzie zastąpienie go innym. Nie jest okolicznością nieznaną ogółowi, że Wykonawcy mogą posiadać bazy konsultantów, oddziały własnych firm, co łatwo sprawdzić na stronie internetowej). Nie jest także wiedzą tajemną, że w treści umów można stosować klauzule motywujące pracownika/konsultanta, czy określać okresy wypowiedzenia umowy – bo takie rozwiązanie przewiduje powszechnie znana ustawa Kodeks pracy.

Większość Wykonawców biorących udział w postępowaniu (wpłynęło 15 ofert) nie zastrzegło tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do analiz ryzyka. Co potwierdza tezę, że ryzyka opisywane przez Wykonawców nie zawierają nadzwyczajnych informacji, które nie byłyby znane w środowisku.

Z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jednoznacznie wynika obowiązek wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawcy, którzy zastrzegli tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. Wykonawcy Britenet Sp. z o.o., S&T Services Polska Sp. z o.o., Eyzee S.A., Sii Sp. z o.o., a także Softy Labs sp. z o.o. nie wykazali, że zastrzeżone przez nich informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Także z zacytowanego powyżej art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynika, że uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania powinien wykazać, że podjął przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania informacji w poufności.

Wykonawcy załączyli wprawdzie dokumenty, które miały potwierdzać zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Są to dokumenty w postaci przykładowych umów, czy regulaminów.

Podkreślić należy, że żaden z Wykonawców nie przedstawił dokumentów odnoszących się do zastrzeżenia tajemnicy tych konkretnych informacji, które złożone zostały w postępowaniu.

Ogólne umowy czy regulaminy składane przez Wykonawców są dowodem na okoliczność, że określony podmiot chroni informacje dotyczące tego podmiotu w ogóle. Natomiast w przypadku tajemnicy przedsiębiorstwa, chodzi o ochronę konkretnej informacji i ochrona konkretnej informacji powinna zostać wykazana.

Dokumenty w postaci regulaminów, umów z pracownikami, są powszechnie stosowanymi dokumentami przez przedsiębiorców. Natomiast w przypadku tajemnicy przedsiębiorstwa mamy do czynienia ze szczególną informacją, która – skoro jest ważna i posiada wartość gospodarczą - to jest dodatkowo chroniona i fakt istnienia tej ochrony Wykonawcy powinni byli wykazać. Ma to elementarne znaczenie w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż jak wskazano powyżej, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne – i jest to jedna z naczelných zasad postępowania.

Przed wszystkim jednak, zastrzegane informacje w tym postępowaniu przedstawiane były w kryterium oceny ofert, podlegały ocenie Zamawiającego i wpływały na przyznawaną punktację, a w konsekwencji na wynik postępowania. Tym bardziej, informacje w tym zakresie powinny być jawne, tak w kontekście zasady jawności postępowania, jak i art. 86 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi o jawności podstawowych informacji w postępowaniu, takich jak np. cena.

Co również istotne, Zamawiający na rozprawie nie potrafił wykazać istnienia związku przyczynowego pomiędzy zastrzeżonymi informacjami, a ich znaczeniem gospodarczym dla podmiotu. Samo ustalenie, iż informacje te zdecydowały o przyznaniu większej ilości punktów, nie może być utożsamiane z ich znaczeniem gospodarczym w szerszym ujęciu. Tylko bowiem informacje mające znaczenie dla pozycji podmiotu, jego działalności na rynku pozwalające budować pozycję na rynku, mogą uzasadniać odstępstwo od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przedstawione analizy ryzyk mają znaczenie wyłącznie dla oceny ofert i nie noszą zawierają żadnych wrażliwych danych poza prezentowanymi ocenami i mechanizmami, które miałyby gwarantować osiągnięcie celów zamówienia. Nie odnoszą się w szczególności do konkretnych zasobów, źródeł ich pozyskiwania, czy też innowacyjnych rozwiązań.

W ocenie Izby, zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa analiz ryzyka, miało w tym postępowaniu na celu wyłącznie uniknięcie ewentualnej kontroli przez innych Wykonawców prawidłowości dokonania oceny tych analiz przez Zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że wykonawcy mają prawo i możliwość obejmowania tajemnicą przedsiębiorstwa określonych dokumentów czy informacji. Jednak istotne znaczenie ma okoliczność, że w takiej sytuacji wykonawcy są zobowiązani do wykazania zaistnienia przesłanek opisanych art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Istotne znaczenie ma także fakt, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podstawową zasadą jest zasada jawności postępowania, która jest ważna w sytuacji, gdy zastrzegane są informacje podlegające ocenie w ramach kryterium oceny ofert.

Powyżej zostały przedstawione ogólne rozważania, które dotyczą elementarnych kwestii związanych z niezasadnym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa i które mają zastosowanie do każdego z Wykonawców.

Niezależnie od powyższego należy odnieść się indywidualnie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez każdego z Wykonawców.

Wykonawca S&T Services Polska sp. z o.o. w treści zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał, że informacje dotyczące „analizy ryzyk” „są w szczególności informacjami o charakterze technicznym i technologicznym, jak również posiadają dla S&T dużą wartość gospodarczą.” Dalej Wykonawca stwierdził, że „dobrze odpowiednio rozwiązania informatyczne”. Jak trafnie zauważył Odwołujący w treści odwołania, analiza ryzyk nie przedstawia żadnych rozwiązań informatycznych, ale przedstawia rozwiązania istniejące na rynku, a więc powszechnie znane.

Nie jest wykluczone, że Wykonawca S&T Services Polska sp. z o.o. przedstawił standardową informację o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, którą stosuje w odniesieniu do innych postępowań, bowiem twierdzenia powyższe nijak mają się do analizy przedstawianych przez Wykonawcę ryzyk w niniejszym postępowaniu.

Ponadto Wykonawca S&T Services Polska sp. z o.o. poza ogólnym stwierdzeniem, że informacje „posiadają dla S&T dużą wartość gospodarczą”, nie wykazał, jaką wartość gospodarczą miałyby stanowić analiza ryzyk, które są powszechnie znane. Wykonawca nie wykazał, aby na skutek ujawnienia informacji Wykonawca mógł ponieść jakąkolwiek szkodę.

Poza ogólnymi twierdzeniami: „stanowią niezwykle ważną wartość firmy Wykonawcy”, „zawiera bezspornie know-how Wykonawcy” oraz szeregiem przytoczonych cytatów z różnych wyroków, Wykonawca ten nie wykazał, że informacja w postaci „analizy ryzyk” rzeczywiście ma jakąkolwiek wartość gospodarczą, że przedstawia nieznane nikomu, innowacyjne rozwiązania, nie znane dotychczas ogółowi lub w określonym środowisku.

Jak wskazano w powyżej przedstawionych rozważaniach ogólnych, trudno za szczególnie tajną informację uznać, że jako sposób radzenia sobie z ryzykiem w postaci ewentualnego wykluczenia konsultanta przewidziano jego zastąpienie innym konsultantem, czy wskazanie konsultanta z listy rezerwowej.

Co więcej, Wykonawca nie wykazał także drugiej z przesłanek, tj. nie wykazał, że podjął starania w celu zachowania poufności tej konkretnej informacji. Wykonawca wyliczał przykładowo ogólne procedury, jak klauzule umowne, wewnętrzne regulaminy, wskazał że obowiązują go „restrykcyjne zasady ochrony informacji”, takie jak polityka bezpieczeństwa, oświadczenia pracowników o zapoznaniu się i przestrzeganiu polityki bezpieczeństwa informacji, klauzule poufności w umowach z pracownikami, stosowanie przez pracowników loginów i haseł, monitoring w niektórych pomieszczeniach, jednakże Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na ochronę tej konkretnej, ważnej dla niego informacji w postaci „analizy ryzyka”, złożonej w niniejszym postępowaniu. W tym zakresie nie są przekonujące także załączone: wyciąg z polityki bezpieczeństwa oraz jeden ze stosowanych wzorów dotyczących zobowiązania do zachowania poufności. Jak wskazano powyżej, są to ogólne dokumenty, które nie odnoszą się do niniejszego postępowania, a w szczególności zastrzeganej tu informacji.

Wykonawca Sii sp. z o.o. w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawił argumentację dotyczącą objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu wykonanych usług oraz dowodów, że wykazane usługi zostały wykonane należycie. Uzasadnienie to (jak widać) nie odnosi się do analizy ryzyk. W zakresie uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa „Analizy ryzyk” Wykonawca nie przedstawił żadnej argumentacji. Z całą pewnością nie wykazał wartości gospodarczej informacji oraz nie wykazał, jakie konkretne kroki podjął w celu utrzymania w tajemnicy tej konkretnej informacji (w postaci analizy ryzyk), dlaczego musi ona zostać utajniona, jaką szkodę poniesie przedsiębiorstwo w sytuacji ujawnienia tej informacji. Jakikolwiek ogólne twierdzenia nie stanowią skutecznego wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Również zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do innych dokumentów czy postępowań, przedstawienie dokumentów dotyczących np. zasad ochrony informacji z zakresu

umów handlowych Sii sp. z o.o. nie jest wykazaniem, że Wykonawca skutecznie dokonał czynności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie dokumentu „Analiza ryzyk”.

Wykonawca Britenet sp. z o.o. w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stwierdził, że „informacje mają charakter handlowy i organizacyjny o wartości gospodarczej, bowiem dotyczą specjalistycznej wiedzy Britenet zdobytej w wyniku wieloletniego doświadczenia zawodowego zarówno w sektorze komercyjnym jak i publicznym.” Ponownie należy zauważyć, że tego rodzaju uzasadnienie stanowi jedynie ogólne hasło.

Ponadto trudno uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa rozwiązanie znane powszechnie, przewidziane ustawie Kodeks pracy – w postaci okresu wypowiedzenia w treści umowy. Trudno także uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa ogólne informacje o firmie, stanowiące ocenę własną jak np. „jesteśmy firma z ugruntowaną renomą na rynku.”, czy „Posiadamy grupy dostępnych osób, co często znacząco skraca okres ich dostępności”.

Brak jest wykazania wartości gospodarczej składanych informacji w postaci analizy ryzyka. Wykonawca wskazał także, że: „Stosownie do przyjętych uregulowań wewnętrznych Britenet stosuje procedurę ścisłej ochrony informacji o swoich kontrahentach i w tym celu kontakty handlowe rozpoczynają się od zawarcia umów o poufności zawieranych zasadniczo według jednego wzoru, zawierającego klauzule o karach umownych w przypadku ujawnienia chronionych informacji kontrahentów – w załączeniu (zał. nr 2) przykładowa klauzula z wzoru umowy.” Należy wskazać, że takie uzasadnienie nie znajduje odniesienia do niniejszego postępowania. Brak jest w analizie ryzyk jakichkolwiek informacji o kontrahentach firmy Britenet sp. z o.o., czy kontaktach handlowych. Nie tego dotyczyła analiza ryzyk. Zatem zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa odnosi się do innych dokumentów, a nie do analizy ryzyka, a w konsekwencji nie można uznać takiego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za uzasadnione i skuteczne. Ponadto przedstawione klauzule nie odnoszą się do analizy ryzyka w niniejszym postępowaniu. Są jedynie przykładowymi dokumentami. Wykonawca nie przedstawił dowodów na okoliczność, że podjął kroki w celu zabezpieczenia tej konkretnej informacji w postaci analizy ryzyka.

Nie jest także uzasadnione zastrzeżenie dokumentu stanowiącego wyjaśnienia w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca Britenet sp. z o.o. nie wykazał, aby istniała jakakolwiek podstawa do zastrzeżenia takiego dokumentu. Ponadto Zamawiający z nieuzasadnionych przyczyn samodzielnie dokonał wyboru fragmentu tekstu wyjaśnień, który nie został ujawniony Odwołującemu. Takie działanie Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia i stanowi naruszenie zasady jawności postępowania.

Wykonawca Eyzee S.A. przedstawił w ramach uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ogólne rozważania, przytaczając definicję i orzecznictwo.

Okoliczność, że Wykonawca nie udostępnił informacji w internecie nie uzasadnia jeszcze twierdzenia, że informacje w postaci analizy ryzyk stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przede wszystkim Wykonawca nie wykazał wartości gospodarczej tej informacji. Ponadto analiza ryzyk została przedstawiona Zamawiającemu w postępowaniu, została stworzona na potrzeby tego postępowania, trudno zatem, aby była już powszechnie dostępna. Kwestią podstawową wskazowaną powyżej jest ustalenie, czy dana informacja nie jest powszechnie znana innym podmiotom np. w branży. Czy zagadnienia takie jak utrata konsultanta, czy wprowadzenie odpowiednich postanowień do umowy (nawet bez ich konkretnego brzmienia) są tak szczególne, że nie są powszechnie znane.

Wykonawca załączył przykładowe umowy, zanonimizowane, które w żaden sposób nie wykazują, że Wykonawca podjął kroki zmierzające do utajnienia informacji.

Na podstawie powyższych okoliczności Izba uznała, że Zamawiający niesłusznie nie dokonał czynności odtajnienia dokumentów ww. Wykonawców w postaci Analizy potencjalnych ryzyk, bowiem nie zachodziły żadne podstawy do uznania że zaistniały przesłanki objęcia tych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa.

W konsekwencji, Izba uznała powyższy zarzut za zasadny i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru ofert najkorzystniejszych oraz nakazanie udostępnienia informacji zastrzeżonych przez Wykonawców: Britenet Sp. z o.o., S&T Services Polska Sp. z o.o., Eyzee S.A., Sii Sp. z o.o., jako tajemnica przedsiębiorstwa (Analiza potencjalnych ryzyk i zagrożeń).

Izba nie nakazywała Zamawiającemu w treści sentencji udostępnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę Softy Labs sp. z o.o. z uwagi na okoliczność, że Zamawiający uwzględnił odwołanie w tym zakresie i przekazał Odwołującemu dokumenty zastrzeżone przez tego Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, a dotyczące analizy potencjalnych ryzyk. Zamawiający uczynił zadość wymaganiu Odwołującego w tym zakresie.

Odwołujący zarzucił także Zamawiającemu naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający uwzględnił powyższy zarzut. Jednocześnie Zamawiający przekazał Odwołującemu karty zawierające ocenę ofert przez dwóch członków komisji Zamawiającego.

Skoro Zamawiający przekazał karty oceny ofert i Odwołujący miał możliwość zapoznania się z oceną jego oferty, Zamawiający uczynił w tym zakresie zadość wymaganiu Odwołującego na chwilę rozpoznawania odwołania.

Niezależnie od powyższego, z uwagi na uwzględnienie odwołania, Zamawiający został zobowiązany do unieważnienia postępowania i w ramach powtórzenia czynności oceny ofert, do udostępnienia informacji zastrzeżonych przez Wykonawców: Britenet Sp. z o.o., S&T Services Polska Sp. z o.o., Eyzee S.A., Sii Sp. z o.o., jako tajemnica przedsiębiorstwa (Analiza potencjalnych ryzyk i zagrożeń). Stąd po zapoznaniu się z kartami oceny ofert w połączeniu z odtajnionymi przez Zamawiającego dokumentami analizy potencjalnych ryzyk ww. Wykonawców, Odwołujący będzie miał możliwość ewentualnego zakwestionowania czynności Zamawiającego polegającej na ocenie i wyborze ofert najkorzystniejszych.

Podkreślenia wymaga, że Odwołujący dopiero po wniesieniu odwołania miał możliwość zapoznania się z ocenami poszczególnych członków komisji. Odwołujący nie dysponował na chwilę sporządzenia odwołania dokumentami analizy potencjalnych ryzyk sporządzonych również przez Wykonawców, których oferty zostały ocenione najwyżej, z uwagi na okoliczność, że pozostawały one utajnione. Wykonawcy w postępowaniu mają możliwość podnoszenia zarzutów względem czynności i zaniechania Zamawiającego w postępowaniu. Dotyczy to także (i najczęściej) możliwości podnoszenia zarzutów co do czynności Zamawiającego polegającej na ocenie oferty (lub ofert) najkorzystniejszej. W niniejszym postępowaniu Odwołujący nie miał takiej możliwości. Na chwilę wniesienia odwołania nie były mu w ogóle znane tak karty oceny ofert, jak i treść dokumentów analiz ryzyka Wykonawców, którzy zastrzegali te dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Oznacza to, że Wykonawca został pozbawiony możliwości zarówno porównania swojej oferty z ofertami Wykonawców z tajemnicą zastrzeżoną, a uznanych za najkorzystniejsze (co mogło wpłynąć na podjęcie decyzji o wniesieniu lub zaniechaniu wniesienia odwołania), jak również został pozbawiony możliwości zakwestionowania prawidłowości decyzji Zamawiającego co do oceny niektórych ofert uznanych za najkorzystniejsze (a w przypadku których dokument analiza potencjalnych ryzyk został utajniony jako tajemnica przedsiębiorstwa).

Zgodnie z artykułem 554 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 roku, Izba uwzględniła odwołanie w całości lub w części jeżeli stwierdzi: naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny

wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

Jak wskazano powyżej, wobec zaniechań Zamawiającego, Odwołujący został pozbawiony możliwości wniesienia odwołania na czynność Zamawiającego w postaci ocen analizy ryzyk części Wykonawców, których oferty zostały uznane za najkorzystniejsze, a którzy zastrzeżli dokumenty w postaci analizy ryzyk jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Na chwilę wydania orzeczenia nie wiadomo zatem, czy Odwołujący, po zapoznaniu się z dokumentami odtajnionymi przez Zamawiającego (dokumenty analizy potencjalnych ryzyk) podejmie decyzję co do wniesienia odwołania wobec czynności oceny przez Zamawiającego ofert najkorzystniejszych. A skoro tak, nie można uznać, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów nie miało lub nie może mieć wpływu na wynik postępowania.

Utajnione dokumenty stanowią podstawę oceny ofert w kryterium, a zatem ich ocena dokonana przez Zamawiającego ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania, w którym ograniczono ilość Wykonawców, z którymi Zamawiający zawrze umowy ramowe. Środki ochrony prawnej mają na celu umożliwić Wykonawcom kontrolę czynności Zamawiającego, co w niniejszym postępowaniu zostało Odwołującemu uniemożliwione. Aby w sposób skuteczny uchylić skutki zaniechań Zamawiającego polegających na odmowie udostępnienia informacji podlegających ocenie w kryterium, należy doprowadzić do takiego stanu postępowania, aby Wykonawca mógł realnie skorzystać z informacji, które powinny być jawne dla wszystkich Wykonawców. Tylko udostępnienie dokumentów w postępowaniu pozwoli przywrócić transparentność postępowania. Wykonawca mając wiedzę co do zakresu dokumentów ocenianych, będzie mógł skutecznie podnieść zarzuty, jeżeli ich analiza wskaże na błędy Zamawiającego. Tym samym sam fakt, iż dokumenty objęte tajemnicą stanowiły podstawę oceny ofert, prowadzi do stwierdzenia możliwości wpływu zaniechań Zamawiającego na wynik postępowania. Ponieważ Odwołujący bez znajomości dokumentów nie mógł postawić zarzutów, nie można obecnie wykluczyć, że takie zarzuty mogą się pojawić po ujawnieniu dokumentów.

Należy podkreślić że skoro Zamawiający w części uwzględnił zarzut Odwołującego w zakresie zaniechania przekazania dokumentu, który pozwala ocenić czynności w postępowaniu, to naturalnym powinno być uchylenie czynności wyboru ofert, tak aby można było mówić o konwalidacji postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 i 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o § 5 pkt 1 i 2 lit. b)), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego.

Zgodnie z art. 575 ww. ustawy, Strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Izba uznała, że koszt postępowania w postaci wpisu od odwołania strony powinny ponieść w równej części z tego względu, że zarzuty odwołania odnoszące się do oceny oferty Odwołującego podlegały oddaleniu, a zarzuty odwołania związane z treścią ofert pozostałych wykonawców podlegały uwzględnieniu.

Odwołujący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania w wysokości 3600 złotych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego z tytułu zastępstwa procesowego połowę wskazanej kwoty, tj. 1800 złotych z tego względu, że jedynie część zarzutów podniesionych w odwołaniu (nie całość) podlegała uwzględnieniu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....