Sygn. akt: KIO 253/22

WYROK

z dnia 18 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A. G. prowadząca działalność gospodarczą na nazwą Kancelaria Radcy Prawnego A. G. oraz A. J.-Ś. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Radcy Prawnego A. J.-Ś. w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Kielce

przy udziale wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych S. i G. Spółka Partnerska z siedzibą w Kielcach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 253/22 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zawartego w punkcie II.3 oraz II.4 petitum odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ujawnienie złożonego przez wykonawcę Kancelaria Radców Prawnych S. i G. Spółka Partnerska

z siedzibą w Kielcach dokumentu pt. „Koncepcja organizacji obsługi prawnej”.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w części % oraz Wykonawcę wnoszącego sprzeciw w części 1/2 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5 550 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonego przez Odwołującego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

2.3. zasądza od Wykonawcy wnoszącego sprzeciw na rzecz Odwołującego kwotę 5 550 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonego przez Odwołującego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późń. 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: .....

Sygn. akt: KIO 253/22

Zamawiający - Gmina Kielce [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 2 ustawy Pzp na świadczenie obsługi prawnej dla Urzędu Miasta Kielce (znak postępowania: A-II.271.32.2021).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych

w dniu 16 grudnia 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00317839/01.

W dniu 31 stycznia 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia A. G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Radcy Prawnego A. G. oraz A. J.-Ś. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Kancelaria Radcy Prawnego A. J.-Ś. [dalej „Odwołujący”] wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 240 i art. 16 oraz art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw.

z zapisami pkt 2.2 SWZ poprzez dokonanie nieprawidłowego badania i subiektywnej oceny oferty Odwołującego, w kryterium pozacenowym „Koncepcja organizacji obsługi prawnej” i nieprzyznaniu mu w tym kryterium łącznie we wszystkich podkryteriach minimum 10 pkt, przy jednoczesnym dokonaniu nieprawidłowego badania i subiektywnej oceny oferty Wykonawcy Kancelarii Radców Prawnych S. i G. sp. partnerska poprzez przyznanie temu Wykonawcy maksymalnej liczby punktów w tym kryterium i poszczególnych podkryteriach, co skutkowało wyborem tej oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu, a co stanowi także naruszenie zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz świadczy o udzieleniu zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy Pzp;

2. art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z 240 i art. 16 oraz art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z zapisami

pkt 2.2 SWZ poprzez nieprawidłowe, subiektywne oraz niezgodne z zapisami SWZ dokonaniu przez Zamawiającego przydziału punktów w kryterium pozacenowym „Koncepcja organizacji obsługi prawnej” oraz podkryteriach: sposób komunikowania się z Zamawiającym, dostępność do dokumentów danej sprawy oraz propozycja rozwiązań usprawniających obsługę prawną oraz nieprawidłowym zestawieniu wszystkich ofert w postępowaniu pod względem zaproponowanych przez poszczególnych Wykonawców

rozwiązań w tym kryterium jako najlepiej realizujących zakres usługi opisany w tym kryterium

oraz poszczególnych podkryteriach, co skutkowało przyznaniem ofercie Wykonawcy Kancelarii Radców Prawnych S. i G. sp. partnerska maksymalnej liczby punktów w kryterium pozacenowym oceny ofert „Koncepcja organizacji obsługi prawnej”, a ofercie Odwołującego nieprzyznaniem co najmniej 10 punktów w tym kryterium, a co stanowi także naruszenie zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz świadczy o udzieleniu zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy;

3. art. 253 ust. 1 i art. 16 ustawy Pzp poprzez przekazanie Wykonawcom niespełniającego wymagań ustawowych uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie kryterium pozacenowego „Koncepcja organizacji obsługi prawnej” oraz poszczególnych podkryteriach, co miało istotny wpływ na wynik postępowania, które zostało przeprowadzone w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

4. art. 18 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („uznk”) oraz art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez

uznanie przez Zamawiającego, że dokument w postaci „Koncepcji organizacji obsługi prawnej" złożony w postępowaniu przez Wykonawcę Kancelarię Radców Prawnych S. i G. sp. partnerska stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy informacje zawarte w tym dokumencie, z uwagi na ich treść, nie spełniają przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa wskazane w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji poprzez przyjęcie przez Zamawiającego, że Wykonawca dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób skuteczny, co skutkowało nieodtajnieniem przez Zamawiającego ww. dokumentu i jego nieudostępnieniem w postępowaniu, co stanowi także naruszenie zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz świadczy o udzieleniu zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym dokonania ponownego przydziału punktów w kryterium pozacenowym „Koncepcja organizacji obsługi prawnej" oraz podkryteriach: I. sposób komunikowania się z Zamawiającym, II. dostępność do dokumentów danej sprawy, III. propozycja rozwiązań usprawniających obsługę prawną oraz dokonania ponownego zestawienia wszystkich ofert w postępowaniu pod względem zaproponowanych przez poszczególnych Wykonawców rozwiązań w tym kryterium i poszczególnych podkryteriach jako najlepiej realizujących to kryterium oraz poszczególne podkryterium w postępowaniu;

3. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W zakresie zarzutów zawartych w punkcie 1. i 2. petitum odwołania Odwołujący wskazał na wadliwie przeprowadzoną przez Zamawiającego czynność badania i oceny ofert w zakresie kryterium pozacenowym „Koncepcja organizacji obsługi prawnej". Wyjaśnił, iż z literalnych zapisów pkt 2.2 SWZ wynika, iż Koncepcja organizacji obsługi prawnej powinna opisywać własny sposób podejścia Wykonawcy do realizacji zamówienia i winna uwzględniać co najmniej zakres i terminy wskazane przez Zamawiającego, jak również określać sposób organizacji pracy osób skierowanych do realizacji zamówienia i ich koordynacji. Ocena ofert w tym kryterium natomiast, powinna zostać dokonywana przez Zamawiającego poprzez zestawienie przedstawionych przez poszczególnych Wykonawców sposobów komunikacji z Zamawiającym, sposobów dostępności dokumentów do danej sprawy oraz propozycji rozwiązań usprawniających obsługę prawną. Po sporządzeniu tego zestawienia, jeżeli byłoby możliwe zróżnicowanie przedstawionych przez Wykonawców propozycji, powinna nastąpić ocena kolejności w jakiej propozycje poszczególnych Wykonawców najlepiej realizowały dane podkryterium.

W odniesieniu do podkryterium „sposób komunikowania się z Zamawiającym" Zamawiający powinien ocenić dodatkowe sposoby komunikacji z Zamawiającym ponad wskazane w umowie, oraz szybkość i skuteczność zaproponowanych metod.

W ramach podkryterium „dostępność do dokumentów prowadzonej sprawy" Zamawiający powinien wziąć pod uwagę sposób dostępu Zamawiającego do dokumentów sprawy prowadzonej przez Wykonawcę, ponad wskazany w umowie, w tym także szybkość realizowanego dostępu i możliwość monitorowania na bieżąco przebiegu sprawy.

Niezłożenie przez Wykonawcę „Koncepcji organizacji obsługi prawnej" nie stanowiło podstawy odrzucenia oferty, ale w takim przypadku oferta w kryterium, oceny ofert, o którym mowa w pkt 2.2., powinna otrzymać 0 pkt, a Zamawiający powinien uznać, że Wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia w sposób określony przez Zamawiającego w SWZ i wzorze umowy.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wskazał, iż w przedmiotowym kryterium i poszczególnych podkryteriach, Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał badania i oceny poszczególnych ofert, w tym przede wszystkim w sposób subiektywny dokonał zestawienia przedstawionych przez Wykonawców propozycji Koncepcji organizacji obsługi prawnej oraz nie ustalił obiektywnej i zgodnej z literalnym brzmieniem zapisów pkt 2.2 SWZ punktacji tych propozycji przyznanej poszczególnym Wykonawcom wraz z czytelnym

określeniem sposobu przyznawania punktów danej ofercie w ww. kryterium i poszczególnych

podkryteriach.

W pierwszej kolejności bowiem, analizując brzmienie uzasadnienia zarówno informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w części dot. punktacji w kryterium pozacenowym Koncepcja organizacji obsługi prawnej, jak i dokumentów stanowiących załącznik do protokołu nin. postępowania, tj. kopii pisma Dyrektora Kancelarii Prezydenta do Prezydenta Miasta Kielce z dnia 14 stycznia 2022 r; należy zwrócić uwagę, iż w żadnym z tych dokumentów nie pojawia się ocena propozycji przedstawionych przez poszczególnych Wykonawców w treści Koncepcji organizacji obsługi prawnej, a obejmująca takie elementy jak wskazane w SWZ, tj.:

- w zakresie podkryterium „sposób komunikowania się z Zamawiającym" Zamawiający miał oceniać dodatkowe sposoby komunikacji z Zamawiającym ponad wskazane w umowie - zatem liczyła się ilość, szybkość wskazanych sposobów komunikacji oraz skuteczność zaproponowanych metod. Ocena ofert w podkryterium dokonana przez Zamawiającego ogranicza się natomiast, tylko wyłącznie do lakonicznych stwierdzeń i porównań poszczególnych propozycji, np. w odniesieniu do oferty Wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych S. i G. sp. partnerska, cyt.: „Zaproponowana propozycja zawiera najlepszą propozycję sposobu komunikacji. Uwzględnia ona najwięcej sposobów komunikacji z Zamawiającym. Jednocześnie wskazuje na bezpieczeństwo komunikacji z Zamawiającym zaoferowano rozwiązania pozwalające na udostępnienie dokumentacji oraz dające możliwość bieżącego monitorowania statusu spraw, a także dostarczania, odbierania kluczowych dokumentów".

Z powyższego wynika zatem, że ww. podkryterium Zamawiający przyznając Wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych S. i G. sp. partnerska maksymalną liczbę punktów, oprócz tego że uczynił to w sposób subiektywny oraz ograniczył się tylko wyłącznie do oceny ilości sposobów komunikacji, z pominięciem istotnych elementów, o których mowa w SWZ w postaci szybkości wskazanych sposobów komunikacji i skuteczności zaproponowanych metod, to dodatkowo przyznał temu Wykonawcy punkty za rzeczy/elementy, których nie powinien uwzględniać w tym podkryterium.

Z analizy zestawienia oceny ofert tego podkryterium, zawartego w treści Informacji o wyborze ofert najkorzystniejszej, jak i analizy treści protokołu postępowania, wynika, że w ramach tego podkryterium Zamawiający ocenił również sposób dostępności do dokumentów danej sprawy. Tym samym, w tym podkryterium Zamawiający przyznał Wykonawcy punkty za elementy, które powinien ocenić w ramach drugiego z podkryteriów, tj. „dostępności do dokumentów danej sprawy". Powyższe działanie Zamawiającego jest nie tylko niezgodne z treścią SWZ i opisanymi w niej zasadami przyznawania punktacji w tym

podkryterium, ale również zwraca uwagę na subiektywizm jaki cechuje działanie

Zamawiającego zmierzające do przyznania akurat temu Wykonawcy, a to Kancelaria Radców Prawnych S. i G. sp. partnerska, najwyższej ilości punktów w ww. podkryterium.

Odwołujący wskazał na ocenę ofert dokonaną przez Zamawiającego w drugim podkryterium. W treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, w ramach zestawienia punktacji dot. podkryterium „dostępność do dokumentów danej sprawy" Zamawiający stwierdza: „Zaproponowana koncepcja oferuje najlepszą propozycję dostępu Zamawiającego do dokumentów i zawiera najwięcej dodatkowych rozwiązań, w tym propozycję dostępu online i fizycznego (...)" etc. Stwierdzenie to jest czysto ogólnikowe, mało tego zwraca uwagę fakt, iż w Koncepcji organizacji obsługi prawnej przedłożonej przez ww. Wykonawcę (której treść Odwołującemu nie jest znana) prawdopodobnie wynika, iż Zamawiającemu umożliwiony zostanie dostęp fizyczny do dokumentacji danej sprawy. Wobec powyższego, w tym zakresie powstaje pytanie, jakie jest to dodatkowy sposób dostępu do dokumentów danej sprawy, inny niż wskazany w umowie.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z zapisami umowy Zamawiający będzie miał stały kontakt z Wykonawcą, albowiem zgodnie z § 2 ust. 3 projektowanych warunków umowy Wykonawca będzie świadczył usługi objęte zamówieniem od poniedziałku do piątku, w godzinach pracy Zamawiającego - w formie dyżurów w siedzibie Zamawiającego pod adresem: ul. Rynek 1, 25 — 303 Kielce oraz ul. Strycharska 6, 25 — 659 Kielce wg ustalonego harmonogramu przekazanego Zamawiającemu niezwłocznie po podpisaniu umowy oraz poza dyżurami, w formie zdalnej obsługi prawnej (konsultacje telefoniczne i z wykorzystaniem innych środków komunikacji na odległość, poczta elektroniczna). Zgodnie natomiast z treścią § 3 ust. 3 ww. umowy Zamawiający udostępni Wykonawcy pomieszczenia w swojej siedzibie, przygotowane do wykonywania zleconych czynności przez osoby wskazane do obsługi prawnej. Przygotowane pomieszczenia będą umeblowane i będą posiadały łącza teleinformatyczne. Tym samym, sposób fizycznego przekazania przez Zamawiającego dokumentacji do danej sprawy należy uznać za podstawowy oraz wynikający z warunków umowy. W tym zakresie zatem, ocena oferty Wykonawcy Kancelaria

Radców Prawnych S. i G. sp. partnerska jest nieprawidłowa, a punktacja zawyżona.

Odnosząc się do zestawienia punktacji Zamawiającego dot. trzeciego podkryterium, w którym jako najwyżej oceniona ponownie została oferta Wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych S. i G. sp. partnerska, Odwołujący wskazał, że ocena Zamawiającego stanowi również ogólnikowe podsumowania elementów zawartych w poprzednich podkryteriach, co uzasadnia konstatację, że Zamawiający również w odniesieniu do podkryterium „propozycja rozwiązań usprawniających obsługę prawną" dubluje punkty dla Wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej w nin. postępowaniu.

W uzasadnieniu swojego stanowiska w tym zakresie Zamawiający dodatkowo zwrócił

uwagę, iż w zakresie tego podkryterium Wykonawca położył nacisk na ochronę

powierzonych danych i stosowany przez siebie system zabezpieczeń. Powyższe działanie Zamawiającego wydaje się o tyle nieprawidłowe, albowiem z uwagi na zapisy umowy i przepisy prawa, w tym RODO i Kodeks Etyki Radcy Prawnego, obowiązkiem Wykonawcy było i jest przestrzeganie przepisów o ochronie danych, w tym danych osobowych. Dlatego też, rozwiązania Wykonawcy w ramach tego podkryterium, nie powinny być oceniane przez Zamawiającego przez pryzmat stosowanych systemów zabezpieczeń, ale pod kątem sposobu organizacji obsługi prawnej. Z kolei, zgodnie z treścią SWZ Koncepcja organizacji obsługi prawnej powinna opisywać własny sposób podejścia Wykonawcy do realizacji zamówienia i winna uwzględniać co najmniej zakres i terminy wskazane przez Zamawiającego, jak również określać sposób organizacji pracy osób skierowanych do realizacji zamówienia i ich koordynacji. Z treści natomiast, uzasadnienia zestawienia wszystkich ocenionych ofert wynika, iż Zamawiający głównie oceniał sposób komunikacji, systemy bezpieczeństwa oraz dostępność do innowacyjnych programów. W żadnej z przedstawionych przez Wykonawców Koncepcji nie ocenił takich elementów jak sposób realizacji usługi, organizację pracy osób skierowanych do realizacji zamówienia i ich koordynację. Powyższe ma o tyle istotne znaczenie, albowiem pokazuje drugi element naruszeń Zamawiającego w odniesieniu do oceny ofert w ramach kryterium pozacenowego Koncepcji organizacji obsługi prawnej.

Otóż, Zamawiający oceniając najwyżej w ww. podkryterium ofertę Wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych S. i G. sp. partnerska, zminimalizował (umniejszył punktów) ofercie Odwołującego w tym podkryterium. Powyższe wydaje się wynikać albo z niezrozumienia treści zapisów SWZ w ramach tego kryterium oceny ofert albo z celowego działania Zamawiającego.

Na uwagę bowiem zasługuje, iż zgodnie z treścią Koncepcji organizacji obsługi prawnej Odwołującego, w jej treści przedstawione zostały konkretnie sposoby komunikowania się Zamawiającym, tj. za pomocą telefonu, faxu, poczty - email, aplikacji Teams, Skype, Webex, oraz wskazano na formy komunikacji ustne i pisemne. Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż stawi się na każde wezwanie Zamawiającego w trakcie świadczenia pracy zdalnej, jeżeli sytuacja będzie tego wymagać po wcześniejszym powiadomieniu przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał, iż będzie realizował przedmiot umowy na podstawie zleceń ustnych, pisemnych, e-mailowych, telefonicznych lub faksowych. Powyższe ma o tyle istotne znacznie, albowiem Zamawiający w uzasadnieniu Informacji wyboru oferty najkorzystniejszej w odniesieniu do oferty Odwołującego stwierdza, iż Koncepcja organizacji obsługi prawnej Odwołującego w niewielkim stopniu uwzględnia dodatkowe rozwiązania w zakresie komunikowania się z Zamawiającym. Stanowisko to jest o tyle nieprawidłowe, albowiem w treści zaproponowanej przez Odwołującego Koncepcji organizacji obsługi prawnej w pkt 1

Odwołujący wprost wskazał, iż obsługę prawną Zamawiającego będzie pełnił poprzez dyżur

prawny w siedzibie Zamawiającego od poniedziałku do piątku, w godzinach pracy Zamawiającego wg ustalonego harmonogramu przekazanego Zamawiającemu po podpisaniu umowy oraz poza dyżurami, w formie zdalnej obsługi prawnej (konsultacje telefoniczne i z wykorzystaniem innych środków komunikacji na odległość, tj. za pomocą

aplikacji Webex, Teams spotkań w formie telekonferencii. poczta elektroniczna) oraz skype.
Zatem, gdyby Zamawiający w sposób przejrzysty, rzetelny, prawidłowy

i z poszanowaniem zasad równego traktowania wykonawców, pochylił się precyzyjnie nad Koncepcją organizacji obsługi prawnej Odwołującego, w tym jej treścią w zakresie podkryterium „sposób komunikowania się z Zamawiającym", zapewne nie pominąłby faktu, iż wskazane przez Odwołującego aplikacje Teams, Webex w swej istocie zawierają szeroki wachlarz innych podzespołów - sposobów komunikowania się, który zarówno pełni rolę

w porozumiewaniu się, jak i tworzy alerty zabezpieczeń oraz archiwizacji przesyłanych danych. Tym samym, oferta Odwołującego spełnia oczekiwania Zamawiającego w zakresie trzech podkryteriów dot. Kryterium oceny ofert: Koncepcji organizacji obsługi prawnej, podlegającej ocenie i punktacji w niniejszym postępowaniu. Odwołujący wskazał, iż Microsoft Teams to platforma do komunikacji, która jest połączeniem czatu, wirtualnego miejsca spotkań i obszaru roboczego. Microsoft Teams wchodzi w skład Office 365. Platforma Teams służy m.in. do utrzymywania kontaktu ze współpracownikami, prowadzenia z nimi rozmów na czacie wideokonferencji. Microsoft Teams to również platforma do samodzielnej lub zespołowej pracy na plikach i koordynowania oraz organizacji pracy zespołu, Microsoft Teams działa jako aplikacja desktopowa, narzędzie uruchamiane w przeglądarce internetowej lub na urządzeniu mobilnym za pośrednictwem zainstalowanego klienta pracującego pod kontrolą systemu Android lub iOS. Microsoft Teams daje członkom zespołu dostęp do platformy, na której można gromadzić pliki, narzędzia i rozwiązania przydatne w pracy zespołowej oraz umożliwia bieżącą komunikację na czacie lub rozmowy wideo. Teams pomaga w codziennym koordynowaniu projektów i zadań, podejmowaniu decyzji wspólnie z zespołem, pozwala współtworzyć i współpracować jednocześnie w obrębie plików oraz aktualizować status zadań, do których wszyscy członkowie zespołu mają dostęp. Odwołujący wskazał, że w aplikacji Teams można przekazywać wiadomości bezpośrednio na czacie, zamiast pocztą e-mail, wprowadzać zmiany w dokumentach, wyświetlać wzmianki, udostępniać notatki, strony Internetowe i aplikacje. W zależności od celu zespołu aplikacji TEAMS można zatem stworzyć zespół tymczasowy, który będzie zajmował się konkretnym projektem lub zespół stały odpowiadający elementowi struktury firmy czy organizacji - zespół konkretnego działu w firmie (np. HR) lub zespół pracujący w określonym oddziale organizacji (np. w biurze w Warszawie). W ramach utworzonego zespołu jego członkowie mogą ze sobą rozmawiać, dzielić się plikami, notatkami i wspólnie edytować dokumenty. Dobrą praktyką

jest opracowanie struktury kanałów dla zespołu, czyli grup tematycznych w obrębie zespołu.

Kanał w Microsoft Teams to wydzielone miejsce w obrębie zespołu poświęcone danemu tematowi. Kanał może dotyczyć konkretnego projektu, inicjatywy, lokalizacji itd. Kanały porządkują rozmowy i je archiwizują, materiały i narzędzia przeznaczone do realizacji tematu/zadania, któremu poświęcony jest kanał.

Z kolei, aplikacja Webex to bogate w funkcje, ale łatwe w użyciu rozwiązanie do współpracy, które zapewnia łączność między użytkownikami w dowolnym czasie, w dowolnym miejscu i na dowolnym urządzeniu. Webex łączy rozmowy telefoniczne, wiadomości, spotkania online, udostępnianie plików, tablice i nie tylko - w aplikacji - dzięki czemu można usprawnić pracę zespołową i osiągać wspaniałe wyniki szybciej niż kiedykolwiek dotychczas. Aplikacja ta jest jedną z rozwijających się innowacji technologicznych oraz coraz bardziej efektywnych rozwiązań dla pracy grupowej. Współpraca często obejmuje nie tylko użytkowników wewnętrznych, ale także zewnętrznych partnerów biznesowych. Jest to narzędzie, które łatwo łączą ludzi i umożliwia im produktywną współpracę. Jednocześnie spełniającą coraz bardziej złożone wymagania dotyczące bezpieczeństwa i zgodności, które są kluczem do zapewnienia bezpieczeństwa danych. Platforma Webex z kolei, to bezpieczne miejsce do łączenia się i realizowania zadań, które pozwala na wykonywanie połączeń telefonicznych, komunikację za pomocą czatu oraz organizację wideokonferencji w jednej aplikacji. Aplikacja pozwala na tworzenie

bezpiecznych wirtualnych przestrzeni roboczych do wszystkiego, od realizacji

krótkoterminowych zadań po rozwiązywanie długoterminowych projektów. Dzięki tej aplikacji można przesyłać wiadomości i udostępniać pliki, które z kolei można ulepszyć dzięki Integracji aplikacji innych firm (np. Microsoft, Google), aby zapewnić płynny przepływ pracy, zwiększyć produktywność i wydajność swojej firmy zapewniając swoim pracownikom zaawansowane i przyjazne narzędzie do pracy zarówno w biurze jak i poza nim: czy to w podróży służbowej czy po prostu pracy zdalnej. Aplikacja Webex zawiera także Usługę Cisco Webex. Jest to usługa modułowa, którą można w łatwy i szybki sposób skonfigurować według potrzeb współpracowników, w zależności od sposobu pracy zapisując odpowiednie ustawienia w panelu Control Hub. Moduły obejmują wiadomości (Webex Teams), połączenia telefoniczne (Webex Calllng), spotkania online (Webex Meet) i kontrolę urządzeń. W ujednoliconej aplikacji można włączyć jeden, dwa, trzy lub wszystkie cztery z tych opcji w zależności od wybranej licencji. Webex Meetings to wirtualne miejsce spotkań, w którym możesz spotkać się w czasie rzeczywistym za pomocą przeglądarki internetowej, aplikacji na komputerze, a także na tablecie lub telefonie komórkowym. Daje to jedno spójne doświadczenie, zapewniając opcje łatwego łączenia się, gdziekolwiek się jest. Usługa Webex Meetings jest globalnie dostępna, bezpieczna i stworzona z myślą o optymalizacji przepustowości, zmniejszeniu opóźnień, tak aby każdy uczestnik spotkania miał dobre

wrażenia bez względu na to, gdzie się znajduje. Za pomocą przedmiotowej aplikacji można

zorganizować spotkanie lub do niego dołączyć z dowolnego miejsca i dowolnego urządzenia - komputera stacjonarnego, telefonu komórkowego, przeglądarki internetowej, urządzeń wideo czy tabletu. Aby wziąć udział w spotkaniu ze współpracownikami, nie trzeba być w biurze; aby odbyć spotkania biznesowe, nie trzeba tracić czasu na podróże - wystarczy kliknąć opcję Spotkanie w aplikacji i w kilka sekund ustawić jego szczegóły. W celu dołączenia do spotkania, na które zostaliśmy zaproszeni wystarczy kliknąć link Dołącz do spotkania zawarty w zaproszeniu na spotkanie. W przypadku braku dostępu do Internetu, można dołączyć do spotkania „głosowo" łącząc się pod numer telefonu również zawarty w zaproszeniu. W czasie spotkania za pomocą aplikacji Webex można uczestnikom udostępniać pojedyncze pliki. Może to być na przykład dokument lub plik wideo przechowywany na komputerze, Maksymalny rozmiar udostępnianego pliku w czasie sesji to 2GB. Na spotkanie w aplikacji Webex można również zaprosić osoby, które nie mają konta Webex ani licencji usługi Webex. Do spotkania użytkownik zewnętrzny może dołączyć w bardzo prosty sposób - nie trzeba pobierać żadnych plików ani instalować wtyczek. Wystarczy kliknąć przycisk Dołącz w zaproszeniu na spotkanie, które zostanie wysłane w wiadomości email i które przekieruje osobę zaproszoną na stronę spotkania. Na stronie tej należy wprowadzić swoje imię i nazwisko oraz adres e-mail, a następnie wybrać opcję Dołącz do spotkania. W Webex Meet istnieje możliwość nagrywania spotkań. Nagrania mogą być zapisywane w chmurze (firmowej witrynie Webex) lub lokalnie na komputerze. Pliki z zarejestrowanymi spotkankami można wysłać osobom, które nie mogły w nich uczestniczyć lub które chciałyby powrócić do omawianych zagadnień. Cisco Webex od początku oferuje szyfrowanie end-to-end i wciąż rozwija funkcje bezpieczeństwa, pozwalając działom IT na zapewnienie pracownikom najwyższego możliwego poziomu cyberochrony. Najnowszym przykładem jest objęcie Webex Meetings szyfrowaniem AES-256-GCM. AES-256-GCM to najlepszy dostępny szyfr, który zapewnia zwiększoną ochronę danych spotkań i odporność na cyberataki. Dodatkowo administratorzy mają wysoki poziom kontroli nad kontami użytkowników i bezpieczeństwem oraz mogą aktywować funkcje, takie jak uwierzytelnianie wieloskładnikowe i obowiązkowe zmiany hasła. W ramach spotkań wszyscy organizatorzy mogą ustawić hasło i wymagać uwierzytelnienia uczestników przed dołączeniem. Webex Teams bazuje przede wszystkim na wymianie wiadomości błyskawicznych. W obszarze Webex można prowadzić rozmowy 1:1 oraz rozmowy grupowe. Każde okno czatu posiada karty - domyślnymi są Wiadomości, Profil z informacjami nt. osoby, z którą rozmawiamy, Zawartość, gdzie przechowywane są np. pliki przekazane przez uczestników konwersacji, Harmonogram na tej karcie można zaplanować spotkanie online. Dodatkowo, uczestnicy czatu mogą szybko go przekszz Zamawiającym" Zamawiający za lepszą ofertę w tym zakresie uznał ofertę Kancelarii Radców Prawnych S. i G. sp. partnerska, uzasadniając to faktem, iż cyt. „(..,) Jednocześnie wskazuje na bezpieczeństwo komunikacji zapewnione dzięki zastosowaniu nowoczesnych rozwiązań technicznych. Ponadto zaoferowano rozwiązania ułatwiające komunikację, w tym pozwalające na udostępnianie Zamawiającemu dokumentacji oraz dające możliwość bieżącego monitorowania statusu zleconych spraw, a także sposób dostarczania/odbierania kluczowych dokumentów niewskazany w pozostałych koncepcjach".

Mając zatem powyższe na uwadze, nie można uznać za prawidłową dokonaną przez Zamawiającego czynność badania i oceny oferty Odwołującego w tym zakresie, a w konsekwencji ustaloną w tym i innych podkryteriach punktację. Gdyby Zamawiający w sposób rzetelny i z zachowaniem zasady równej konkurencji dokonał oceny ofert, przyznał by Odwołującemu większą liczbę punktów w podkryterium „sposoby komunikacji z Zamawiającym" oraz w podkryterium „dostępność do dokumentów danej sprawy". Odwołujący wskazał, iż w podkryterium „sposób komunikacji z Zamawiającym" Zamawiający w całości pominął takie elementy oceny tego podkryterium jak szybkość i skuteczność zaproponowanych metod, a skupił się tylko i wyłącznie na ich ilości. Powyższe ma o tyle istotne znaczenie, albowiem zaproponowane przez Odwołującego metody w równoważnym stopniu zapewniają możliwie najszybszy i najskuteczniejszy sposób komunikacji na odległość dostępny aktualnie na rynku.

Ponadto, uzasadnioną w tym miejscu wydaje się wątpliwość, jak kształtowała się rzeczywista punktacja Zamawiającego w tym podkryterium skoro Zamawiający, w sposób sprzeczny z treścią pkt 2.2 SWZ, ocenił tylko i wyłącznie lość sposobów komunikacji, bez odniesienia ich do elementów szybkości i skuteczności zaproponowanych metod kontaktu, i przyznał Odwołującemu łącznie 1 pkt za - jak twierdzi - 3 sposoby komunikacji.

Z kolei, Wykonawca Kancelaria Radców Prawnych S. i G. sp. partnerska zaoferował w swojej ofercie, jak przyjął Zamawiający, najwięcej sposobów komunikacji. Idąc tym tokiem rozumowania Zamawiającego, z matematycznego wyliczenia wydaje się wynikać, iż ww. Wykonawca zaproponował 15 metod komunikacji z Zamawiającym. Powyższe w ocenie Odwołującego budzi wątpliwości, abstrahując już od aktualnego rozwoju techniki

i informatyzacji. Odwołujący podniósł, iż przy ocenie oferty Odwołującego Zamawiający, w ramach podkryterium „DOSTĘPNOSC DO DOKUMENTÓW PROWADZONEJ SPRAWY", nie uwzględnił sposobu udostępniania dokumentów wynikającego z zastosowania przez Odwołującego aplikacji Teams, Webex etc. Dodatkowo wskazał, iż Odwołujący w treści Koncepcji organizacji obsługi prawnej zobowiązał się do przekazywania pełnej informacji o stanie wykonania obowiązków wynikających z Umowy, w zakresie i w formie oraz w terminie ustalonym przez Zamawiającego oraz o stanie spraw, o zaistniałych lub przyszłych zdarzeniach dotyczących prowadzonych spraw, a także o wykonywanych pracach objętych

Umową i czynnościach planowanych przez Wykonawcę w ramach świadczenia usług. Wraz z informacjami w tym zakresie Odwołujący zobowiązał się do przedstawiania Zamawiającemu rekomendacji lub propozycji działań.

Powyższy zapis zamieszczony w Koncepcji organizacji obsługi prawnej dotyczył dostępności do dokumentów prowadzonej sprawy, min. ich archiwizowania, tyle że ich forma i termin został uzależniony od propozycji Zamawiającego. Powyższe, w zakresie archiwizowania dokumentacji prowadzonej sprawy świadczy o elastycznym podejściu Wykonawcy, które miało podlegać uzgodnieniu z Zamawiającym bez potrzeby narzucenia wprost rozwiązania. Zasadniczym bowiem, zbiorem dokumentów każdej kancelarii są akta spraw klientów kancelarii. Kancelarie przy ich przechowywaniu winni przestrzegać przepisów różnych ustaw zobowiązujących do chronienia informacji. Jedną z nich jest ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych, tj. z dnia 17 czerwca 2002 r., Dz,U. z 2002 r., Nr 101, poz. 926 z późn. zm., inną chociażby ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. z dnia 26 czerwca 2003 r., Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn zm., która mówi o tajemnicy przedsiębiorstwa. Generalne zasady wynikają zaś Kodeksu Etyki Radcy Prawnego, nakazującego ochronę tajemnicy zawodowej.

Wskazał, że Odwołujący w swojej Koncepcji, uzależnił dostępność do wszelkiej dokumentacji prowadzonych przez niego spraw przede wszystkim od zgody Zamawiającego, której forma i termin miały podlegać uzgodnieniu po wyborze Wykonawcy, w poszanowaniu przede wszystkim zapisów RODO oraz powszechnie obowiązujących przepisów o administrowaniu danych osobowych. Z analizy uzasadnienia rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania wynika natomiast, iż Zamawiający również i w tym zakresie nie pochylił się nad Koncepcją organizacji obsługi prawnej przedstawionej przez Odwołującego oraz przyznał mu tylko 1 pkt za „możliwość szybkiego przekazania dokumentu w formie skanu". W tym zakresie, gdyby analiza i ocena ofert została dokonana prawidłowo, Zamawiający powinien przyznać Odwołującemu większą liczbę punktów, a nawet maksymalną liczbę punktów przewidzianą w tym podkryterium. Istotnym przy tym jest, Koncepcja organizacji obsługi prawnej załączona do oferty Odwołującego powinna być analizowana całościowo z uwzględnieniem wszystkich zawartych w niej rozwiązań, czego wydaje się w ogóle nie uczynił Zamawiający.

Odwołujący wskazał, iż w odniesieniu do oferty Wykonawcy Kancelarii Radców Prawnych S. i G. sp. partnerska w podkryterium Sposób przekazywania dokumentów Zamawiający przyznał maksymalną ilość punktów, a to 5. Nie znając treści ww. Koncepcji trudno z tym polemizować, nie mniej jednak na uwagę zasługuje, iż rozwiązania przedstawione przez Odwołującego w jego Koncepcji również uwzględniają możliwości dostępu do akt sprawy zarówno w formie tradycyjnej, co wynika z warunków umowy, jak

formy elektronicznej. Tym samym, Zamawiający wydaje się faworyzować Wykonawcę,

którego oferta została wybrana za najkorzystniejszą, przyznając mu za podstawową formę dostępności dokumentów dodatkowe punkty. Odwołujący podniósł, iż przy analizie i ocenie ofert, w tym przy cenie oferty Odwołującego, Zamawiający w ogóle nie ocenił takich elementów Koncepcji, jak zakres i terminy wskazane przez Zamawiającego, jak również sposób organizacji pracy osób skierowanych do realizacji zamówienia i ich koordynacji.

Powyższe elementy, od elementów ocenianych przez Zamawiającego w poszczególnych Koncepcjach, stanowią istotę organizacji obsługi prawnej Zamawiającego. W Koncepcji organizacji obsługi prawnej Odwołującego pojawiają się bowiem, rozwiązania związane z raportowaniem i sprawozdawczością z czynności obejmujących obsługę prawną Zamawiającego (zob. np. pkt 10 i 12), możliwością skierowania do wykonania zamówienia podwykonawców czy zapisy na wypadek nieobecności któregokolwiek z członków zespołu, czego Zamawiający w ogóle nie ocenił oraz nie wziął pod uwagę.

Mając zatem, powyższe na względzie, trudno uznać czynności Zamawiającego polegające na badaniu i oceny ofert za prawidłowe oraz przejrzyste, a przekazane przez Zamawiającego uzasadnienie o wyborze oferty najkorzystniejszej za weryfikowalne w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert jakim jest „Koncepcja organizacji obsługi

prawnej".

Odnośnie zarzutu zawartego w punkcie 3. petitum odwołania Odwołujący wskazał, iż naruszenia ww. przepisów upatruje w zaniechaniu przekazania mu prawidłowego uzasadnienia faktycznego i prawnego dotyczącego wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie kryterium pozacenowego Koncepcja organizacji obsługi prawnej, do czego Zamawiający jest zobowiązany na gruncie ww. przepisu, co miało istotny wpływ na wynik postępowania, a które zostało przeprowadzone w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie przedstawił bowiem, rzetelnego i dającego się zweryfikować uzasadnienia opisowego w zakresie oceny ofert w ww. kryterium, czym uniemożliwił wykonawcom poznanie faktycznych przyczyn, dla których opis proponowanych rozwiązań zawartych w Koncepcji organizacji obsługi prawnej został oceniony na takim, a nie innym poziomie. Zgodnie bowiem, z lakoniczną oceną Zamawiającego wskazaną w uzasadnieniu rozstrzygnięcia, koncepcja Odwołującego, w podkryterium „sposób komunikowania się z Zamawiającym" uwzględnia jedynie w niewielkim stopniu dodatkowe rozwiązania (komunikatory typu Teams, Skype, Webex) w zakresie komunikowania się z Zamawiającym, zaś w podkryterium „dostępność do dokumentów prowadzonej sprawy" koncepcja ta uwzględnia w niewielkim stopniu dodatkowe rozwiązania, tj. możliwość szybkiego przekazania dokumentu w formie skanu. Natomiast w podkryterium „propozycja rozwiązań usprawniających obsługę prawną" poinformowano, że zaproponowana koncepcja opisuje zakres zadań, jakie będą wykonywane przez

Wykonawcę. Stwierdzono, że koncepcja ta stanowi kompilację wymogów Zamawiającego

opisanych w SWZ oraz zawiera rozwiązania polegające na przekazywaniu miesięcznych raportów świadczonych usług: rejestr prowadzonych spraw (załatwionych I w toku), sporządzonych opinii prawnych i innych opracowań pisemnych), raport prowadzonych spraw sądowych, zestawienie wyjazdów służbowych oraz informacja o stanie wykonania obowiązków wynikających z umowy. Treść złożonego dokumentu nie zawiera pomysłu własnego Wykonawcy na to, w jaki sposób będzie realizował obowiązki umowne.

Z kolei w uzasadnieniu rozstrzygnięcia informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w odniesieniu do oceny oferty wybranego wykonawcy w niniejszym postępowaniu Zamawiający przy ocenie oferty w kryterium Koncepcja organizacji obsługi prawnej również posługuje się lakonicznymi i nieostrymi sformułowaniami typu „Zaproponowana propozycja zawiera najlepszą propozycję sposobu komunikacji. Uwzględnia ona najwięcej sposobów komunikacji z Zamawiającym. Jednocześnie wskazuje na bezpieczeństwo komunikacji z Zamawiającym zaoferowano rozwiązania pozwalające na udostępnienie dokumentacji oraz dające możliwość bieżącego monitowania statusu spraw, a także dostarczania, odbierania kluczowych dokumentów".

Odwołujący podkreślał, że w uzasadnieniu Zamawiający nie dokonał żadnego rozbicia punktacji na poszczególne elementy w poszczególnych podkryteriach, które wynikały z treści zapisów pkt 2.2 SWZ, a tylko i wyłącznie lakonicznie i ogólnie uzasadnił przyznaną ilość punktów w danym podkryterium każdemu z Wykonawców. Z przedstawionego powyżej opisu oceny oferty Odwołującego zawartego w uzasadnieniu Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, trudno doszukać się argumentacji, która prowadziła do negatywnej oceny jego oferty i przyznanej mu ilości punktów. Powyższe poddaje w wątpliwość nie tylko badanie i ocenę oferty Odwołującego, która wydaje się bardzo subiektywna, ale także całość uzasadnienia wyboru jako oferty najkorzystniejszej Wykonawcy Kancelarii Radców Prawnych S. i G. sp. partnerska oraz czyni nieczytelnym i niespełniającym wymagań ustawowych, o których mowa w art. 253 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe niewątpliwie nie sprzyja zasadom uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, wyrażonym w art. 16 ustawy Pzp.

W przedmiocie zarzutu zawartego w punkcie 4. petitum odwołania Odwołujący wskazał, że analiza decyzji Zamawiającego odnośnie nieodtajniania Koncepcji organizacji obsługi prawnej złożonej przez Wykonawcę prowadzi do stwierdzenia, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił skuteczność zastrzeżenia tego, czym naruszył przepisy art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp. Oceniając treść uzasadnienia zastrzeżenia Koncepcji organizacji obsługi prawnej jako tajemnica przedsiębiorstwa stwierdzić należy, że Wykonawca w sposób nieuprawniony dokonał zastrzeżenia tego dokumentu jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca bowiem, w żadnym miejscu nie wykazał nie tylko wartości gospodarczej

zastrzeganych informacji, powołując się jedynie na ogólne stwierdzenia, że ujawnienie

informacji narazi go na szkodę. Wykonawca w uzasadnieniu swojego rozstrzygnięcia tylko i wyłącznie wskazał, iż stosuje metody ograniczające dostęp do informacji objętych treścią

zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentu, natomiast nie przedstawił w tym zakresie jakiegokolwiek dowodu, który potwierdzałby skuteczność dokonanego zastrzeżenia. Odwołujący na poparcie prezentowanego stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 29 marca 2021 r. sygn. akt: KIO 720/21, wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2019 r. sygn. akt: KIO 367/19, wyrok KIO sygn. akt: KIO 2440/19.

Mając zatem, powyższe na względzie, trudno zgodzić się ze stanowiskiem Wykonawcy Kancelarii Radców Prawnych S. i G. sp. partnerska, aby dokonane przez nich zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do Koncepcji organizacji obsługi prawnej było skuteczne. Wykonawca ten bowiem, nie udowodnił, iż dostęp do zastrzeżonych informacji ma ograniczony krąg osób, a w konsekwencji, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Do niezaaprobowania wydaje się również stanowisko Zamawiającego, który nie dokonał odtajnienia tego dokumentu na skutek nieprawidłowej weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Wykonawcę, jak również w konsekwencji utajnił badanie i ocenę oferty tego Wykonawcy w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert - Koncepcja organizacji obsługi prawnej.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej. W toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestnika Zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzut zawarty w punkcie II.4 petitum odwołania. W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu, o którym mowa w punkcie II.4 petitum odwołania oświadczył, że wnosi sprzeciw. Przystępujący złożył do akt sprawy pismo procesowe z dnia 13 lutego

2022 r.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Po wysłuchaniu stanowisk Stron i Przystępującego Izba oddaliła wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 240 ustawy Pzp jako spóźnionego. Zdaniem Przystępującego u podstaw jego sformułowania leżą „niejednoznaczne, niezrozumiałe lub naruszające konkurencję" postanowienia SWZ. Skład orzekający doszedł do przekonania, że niniejszy zarzut postawiony w związku z zarzutem naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp nie stanowi (spóźnionego) zarzutu odwołania wobec postanowień SWZ. Nie dotyczy opisu kryteriów oceny ofert w niniejszym postępowaniu, ale dokonania nieprawidłowej, niezgodnej z SWZ i subiektywnej oceny oferty Odwołującego i Przystępującego w kryterium pozacenowym „Koncepcja organizacji obsługi prawnej".

W ocenie Izby nie zasługiwał na uwzględnienie wniosek Zamawiającego o odrzucenia odwołania w zakresie zarzutu zawartego w punkcie II.4 petitum odwołania dotyczącego zaniechania odtajnienia „Koncepcji organizacji obsługi prawnej" złożonej przez Przystępującego z uwagi na jego spóźniony charakter. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, który podnosił, że pismem z dnia 5 stycznia 2022 r. poinformował Odwołującego, że ww. dokument złożony przez Przystępującego został skutecznie objęty tajemnicą przedsiębiorstwa, a Zamawiający zakończył już proces badania uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy. Wobec powyższego w opinii Zamawiającego termin na zaskarżenie zaniechania udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonego przez Przystępującego dokumentu winien biec od 5 stycznia 2022 r.

Odnosząc się do zgłoszonego wniosku Izba wskazuje, iż z treści pisma z dnia 5 stycznia 2022 r. nie wynika, że Zamawiający zakończył już proces badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego, uznając, iż dokument „Koncepcja organizacji obsługi prawnej" został prawidłowo objęty stosownym zastrzeżeniem. Z rzeczonego pisma wynika tylko tyle, że Zamawiający poinformował Odwołującego, że ww. dokument nie

zostanie udostępniony z uwagi na objęcie go tajemnicą przedsiębiorstwa. Wskazać należy, że ustawodawca nie uregulował w ustawie Pzp konkretnego momentu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do którego zamawiający powinien zakończyć weryfikację zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również czasu na dokonanie tej czynności. Mając jednak na uwadze treść art. 74 ustawy Pzp stwierdzić należy, że zasadą jest, iż o zaniechaniu zamawiającego w dokonaniu weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa można mówić w sposób pewny od momentu wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym jeżeli w toku postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający nie poinformował wykonawców o zakończeniu badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i o wynikach tego badania, wszak przepisy ustawy Pzp nie nakładają na zamawiającego takiego obowiązku, to termin na wniesienie odwołania

od zaniechania zamawiającego w tym zakresie należy liczyć od momentu wyboru oferty

najkorzystniejszej. Dodać również należy, iż czynności zamawiającego podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia winny mieć charakter przejrzysty, pozbawiony sfery przypuszczeń, tak aby wykonawca po zapoznaniu się ze stanowiskiem zamawiającego mógł jednoznacznie odkodować stanowisko zamawiającego i podjąć decyzję w przedmiocie ewentualnego skorzystania ze środków ochrony prawnej. Wobec powyższego wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania w zakresie ww. zarzutu nie mógł zostać uwzględniony.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 2 lutego 2022 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Kancelaria Radców Prawnych S. i G. Spółka Partnerska siedzibą w Kielcach [dalej „Przystępujący"] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 7 lutego 2022 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Przystępującego oraz Odwołującego, a także

zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 24 stycznia 2022 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie oraz pisemnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 14 lutego 2022 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego, tj.:

1. wydruk ze strony internetowej zawierający artykuł pt. Miało być taniej, a wybrano najdroższą ofertę obsługi prawnej ratusza. Są spore wątpliwości;

2. wydruk ze strony internetowej zawierający artykuł pt. Kielce wybrały najdroższą ofertę. Zwycięska koncepcja jest jednak tajna;

3. pismo Prezydenta Miasta Kielce z dnia 26 lipca 2021 r. wraz z załącznikiem;

4. wydruki ze stron internetowych dotyczące programu Micfosoft Teams oraz Webex Cisco.

Izba oddaliła ww. dowody złożone przez Odwołującego uznając je za nieprzydatne do rozpoznania niniejszej sprawy. Z kolei złożone przez Odwołującego tabelaryczne zestawienie oceny oferty Odwołującego i Przystępującego Izba uznała za stanowisko własne Odwołującego podlegające ocenie w ramach zarzutu, o którym mowa w punkcie II.3 petitum odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem XXIV SWZ jednym z kryteriów oceny ofert była „Koncepcja organizacji obsługi prawnej" - 30 pkt.

W ramach ww. kryterium, ocenie będzie podlegać koncepcja organizacji obsługi prawnej, załączona przez Wykonawcę do formularza oferty. Koncepcja organizacji obsługi prawnej powinna opisywać własny sposób podejścia Wykonawcy do realizacji zamówienia. Koncepcja winna uwzględniać co najmniej zakres i terminy wskazane przez Zamawiającego, jak również określać sposób organizacji pracy osób skierowanych do realizacji zamówienia i ich koordynacji. W ramach kryterium „Koncepcja organizacji obsługi prawnej" ocena ofert będzie dokonywana na podstawie następujących podkryteriów:

1) sposób komunikowania się z Zamawiającym,

2) dostępność do dokumentów prowadzonej sprawy,

3) propozycja rozwiązań usprawniających obsługę prawną.

W ramach podkryterium - „sposób komunikowania się z Zamawiającym" Wykonawcy zostaną przyznane punkty w liczbie od 0 do 5. Przydział punktów zostanie dokonany poprzez zestawienie przedstawionych przez Wykonawcę sposobów komunikacji z Zamawiającym, innych niż forma telefoniczna, mailowa oraz kontakt osobisty, z propozycjami innych Wykonawców. Po sporządzeniu tego zestawienia, jeżeli będzie możliwe zróżnicowanie przedstawionych przez Wykonawców propozycji, nastąpi ocena kolejności w jakiej propozycje poszczególnych Wykonawców najlepiej realizują dane podkryterium. Zamawiający podczas oceny ofert będzie brał pod uwagę wskazane przez Wykonawcę dodatkowe sposoby komunikacji z Zamawiającym oraz szybkość i skuteczność zaproponowanych metod. Wykonawcy, który przedstawi propozycję sposobu komunikacji z Zamawiającym najlepiej realizujących to podkryterium zostanie przyznane 5 pkt. Natomiast Wykonawca, który nie przedstawi swojej propozycji albo przedstawi propozycję nierealizującą danego podkryterium otrzyma 0 pkt.

W ramach podkryterium - „dostępność do dokumentów prowadzonej sprawy" Wykonawcy zostaną przyznane punkty w liczbie od 0 do 5. Przydział punktów zostanie dokonany poprzez zestawienie przedstawionych przez Wykonawcę propozycji z propozycjami innych Wykonawców. Po sporządzeniu tego zestawienia, jeżeli będzie możliwe zróżnicowanie przedstawionych przez Wykonawców propozycji, nastąpi ocena kolejności w jakiej propozycje poszczególnych Wykonawców najlepiej realizują dane podkryterium. Zamawiający podczas oceny ofert będzie brał pod uwagę sposób dostępu Zamawiającego do dokumentów sprawy prowadzonej przez Wykonawcę, w tym także

szybkość realizowanego dostępu i możliwość monitorowania na bieżąco przebiegu sprawy.

Wykonawcy, który przedstawi propozycję rozwiązań usprawniających obsługę prawną najlepiej realizujących to podkryterium zostanie przyznane 5 pkt. Natomiast Wykonawca, który nie przedstawi swojej propozycji albo przedstawi propozycję nierealizującą danego

podkryterium otrzyma 0 pkt.

W ramach podkryterium - „propozycja rozwiązań usprawniających obsługę prawną" Wykonawcy zostaną przyznane punkty w liczbie od 0 do 20. Przydział punktów zostanie dokonany poprzez zestawienie przedstawionych przez Wykonawcę propozycji z propozycjami innych Wykonawców. Po sporządzeniu tego zestawienia, jeżeli będzie możliwe zróżnicowanie przedstawionych przez Wykonawców propozycji, nastąpi ocena kolejności w jakiej propozycje poszczególnych Wykonawców najlepiej realizują dane podkryterium. Wykonawcy, który przedstawi propozycję rozwiązań usprawniających obsługę prawną najlepiej realizujących to podkryterium zostanie przyznane 20 pkt. Natomiast Wykonawca, który nie przedstawi swojej propozycji albo przedstawi propozycję nierealizującą danego podkryterium otrzyma 0 pkt.

W kryterium - „koncepcja organizacji obsługi prawnej" Wykonawca może uzyskać maksymalnie 30 pkt, z zastrzeżeniem że ich liczba będzie odpowiadać sumie punktów jakie oferta uzyska w każdym ww. podkryteriów.

Niezłożenie przez Wykonawcę „Koncepcji organizacji obsługi prawnej" nie będzie stanowić podstawy odrzucenia oferty, ale w takim przypadku oferta w kryterium, oceny ofert, o którym mowa w pkt 2.2. otrzyma 0 pkt i Zamawiający uzna, że Wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia w sposób określony przez Zamawiającego w SWZ i wzorze umowy.

W dniu 24 stycznia 2022 r. za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych S. i G. Spółka Partnerska z siedzibą w Kielcach, która

otrzymała łącznie 62,64 pkt, w tym w kryterium „Koncepcja organizacji obsługi prawnej" - 30 pkt (max). Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Odwołującego, która otrzymała łącznie 60 pkt, w tym w kryterium „Koncepcja organizacji obsługi prawnej" - 7 pkt.

Oferta Odwołującego w podkryterium nr 1 kryterium „Koncepcja organizacji obsługi prawnej" otrzymała 1 punkt. W uzasadnieniu ww. decyzji Zamawiający wskazał, że „Zaproponowana koncepcja uwzględnia w niewielkim stopniu dodatkowe rozwiązania (komunikatory typu Teams, Skype, Webex) w zakresie komunikowania się z Zamawiającym."

W podkryterium nr 2 oferta Odwołującego otrzymała 1 punkt. W uzasadnieniu ww. decyzji Zamawiający podał, że „Zaproponowana koncepcja uwzględnia w niewielkim stopniu dodatkowe rozwiązania, tj. możliwość szybkiego przekazania dokumentu w formie skanu."

Z kolei w podkryterium nr 3 oferta Odwołującego otrzymała 5 punktów. W uzasadnieniu ww. decyzji Zamawiający podał, że „Zaproponowana koncepcja opisuje zakres zadań, jakie będą wykonywane przez Wykonawcę. Stanowi kompilację wymogów

miesięcznych raportów świadczonych usług: rejestr prowadzonych spraw (załatwionych i w toku), sporządzonych opinii prawnych i innych opracowań pisemnych), raport prowadzonych spraw sądowych, zestawienie wyjazdów służbowych oraz informacja o stanie wykonania obowiązków wynikających z umowy. Treść złożonego dokumentu nie zawiera pomysłu własnego Wykonawcy na to, w jaki sposób będzie realizował obowiązki umowne."

Oferta Przystępującego w podkryterium nr 1 ww. kryterium otrzymała 5 punktów. W uzasadnieniu ww. decyzji Zamawiający podał, że „Zaproponowana koncepcja zawiera najlepszą propozycję sposobu komunikacji z Zamawiającym. Uwzględnia ona najwięcej dodatkowych rozwiązań w zakresie komunikacji z Zamawiającym, a nieuwzględnionych przez pozostałych Wykonawców. Jednocześnie wskazuje na bezpieczeństwo komunikacji zapewnione dzięki zastosowaniu nowoczesnych rozwiązań technicznych. Ponadto zaoferowano rozwiązania ułatwiające komunikację, w tym pozwalające na udostępnianie Zamawiającemu dokumentacji oraz dające możliwość bieżącego monitorowania statusu zleconych spraw, a także sposób dostarczania/odbierania kluczowych dokumentów niewskazany w pozostałych koncepcjach."

W zakresie podkryterium nr 2 oferta Przystępującego otrzymała 5 punktów. W uzasadnieniu ww. decyzji Zamawiający podał, że „Zaproponowana koncepcja oferuje najlepszą propozycję w zakresie dostępu Zamawiającego do dokumentów sprawy prowadzonej przez Wykonawcę i zawiera najwięcej dodatkowych rozwiązań, w tym propozycje dla dostępu online i fizycznego, gwarantujących szybkość realizowanego dostępu i możliwość monitorowania na bieżąco przebiegu sprawy. Zaoferowano stały i realizowany na wiele sposobów dostęp do wszystkich dokumentów przekazanych Wykonawcy w związku z realizacją zleconych zadań, jak i do dokumentów wytworzonych przez Wykonawcę. Dotyczy to zarówno dokumentów archiwalnych, jak i bieżących, niezależnie od ich formy (tradycyjna lub elektroniczna)."

W podkryterium nr 3 oferta Przystępującego otrzymała 20 punktów. W uzasadnieniu ww. decyzji Zamawiający wskazał, że „Zaproponowana koncepcja przedstawia najlepszą propozycję rozwiązań usprawniających obsługę prawną. Wykonawca zapewnia pracę bezpośrednio na przekazanych dokumentach, z wykorzystaniem odpowiednich narzędzi. Koncepcja zawiera również opis rozwiązań usprawniających obsługę prawną, w tym zastosowanie systemu zarządzania przepływem pracy i dokumentów. Dokument przewiduje i opisuje, w jaki sposób Zamawiający będzie informowany o stanie wszystkich zleconych spraw, przewiduje możliwość generowania danych zawierających informacje o bieżącej sprawozdawczości. Ponadto przewidziano możliwość przeprowadzania okresowej ewaluacji sposobu świadczonych usług, w celu dalszej pracy nad optymalizacją sposobu wykonywania zleconych zadań. Bardzo dużą wagę koncepcja przykłada do zagadnień związanych

z bezpieczeństwem powierzonych danych, w tym danych osobowych. Opisane są narzędzie,

kanały komunikacji, sposoby przechowywania dokumentacji i jej przesyłania, sposoby zabezpieczeń. Dokładnie opisane są również narzędzia informatyczne, które pozwolą na efektywną i wydajna pracę nad dokumentami. Koncepcja w bardzo szerokim zakresie zakłada wykorzystanie nowoczesnych rozwiązań IT, ze wskazaniem konkretnych programów oraz realnych rozwiązań. Zawiera opis założeń, które Wykonawca przyjmuje, jako główne cele koncepcji, a następnie rozwija szczegółowo opis konkretnych rozwiązań, narzędzi i działań, które mają doprowadzić do realizacji założonych celów. Koncepcja wskazuje konkretne funkcjonalności i logicznie wiąże ich zastosowanie w celu spełnienia konkretnych potrzeb Zamawiającego."

Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa złożoną wraz z ofertą „Koncepcję organizacji obsługi prawnej". Wykonawca wraz z ofertą złożył uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (pismo z dnia 3 stycznia 2022 r. bez załączników).

Izba zważyła, co następuje:

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 i art. 16 ustawy Pzp poprzez przekazanie Wykonawcom niespełniającego wymagań ustawowych uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie kryterium pozacenowego „Koncepcja organizacji obsługi prawnej" oraz poszczególnych podkryteriach, co miało istotny wpływ na wynik postępowania, które zostało przeprowadzone w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Stosownie do treści art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Przedmiotem sporu było zaniechanie przedstawienia wykonawcom prawidłowego uzasadnienia o wyborze oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu w zakresie kryterium pozacenowego dotyczącego „Koncepcji organizacji obsługi prawnej".

Izba wskazuje, że przepisy ustawy Pzp nakładają na zamawiającego obowiązek

przedstawienia w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej oprócz informacji

o punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji, również stosowne uzasadnienie faktyczne i prawne. Przedstawione przez zamawiającego uzasadnienie powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. Celem powyższej regulacji jest to, aby w każdym przypadku wykonawcy mieli możliwość prześledzenia procesu decyzyjnego zamawiającego, a zatem wiedzieli na jakiej podstawie ich własna oferta, ale też oferta konkurencji, została oceniona w dany sposób. Powyższe jest tym bardziej istotne w sytuacji gdy ocena oferty dokonywana jest w kryterium pozacenowym, co miało miejsce w niniejszym przypadku, które siłą rzeczy zawiera pewne elementy uznaniowości. O podstawach takiej, a nie innej oceny, wykonawcy powinni zostać zatem należycie powiadomieni, a już zwłaszcza w przypadku, gdy ich koncepcja nie uzyskała maksymalnej liczby punktów. Wszystkie informacje o podstawach czynności zamawiającego Odwołujący powinien uzyskać z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej. Sytuacja, w której wykonawca nie może poznać argumentacji, która prowadziła do negatywnej oceny jego oferty, niewątpliwie nie sprzyja zasadom uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, wyrażonym wustawy Pzp (por. wyrok KIO 11 maja 2021 r. sygn. akt: KIO 863/21). Słusznie zatem argumentował Odwołujący, iż to na podstawie uzyskanych od zamawiającego informacji, wykonawca po pierwsze podejmuje

decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy Izba wskazuje, iż lektura zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie uzasadnienia dotyczącego punktacji przyznanej ofercie Odwołującego i Przystępującego w kryterium pozacenowym dotyczącym „Koncepcji organizacji obsługi prawnej" uchybiała przepisom ustawy Pzp oraz postanowieniom specyfikacji (rozdział XXIV pkt 2.2). W ocenie Izby Zamawiający nie przedstawił rzetelnego i dającego się zweryfikować uzasadnienia opisowego w zakresie oceny ofert w ww. kryterium, czym uniemożliwił wykonawcom poznanie faktycznych przyczyn, dla których opis rozwiązań proponowanych przez wykonawców w poszczególnych podkryteriach ww. kryterium został oceniony na danym poziomie. Rację miał Odwołujący, iż uzasadnienie faktyczne w zakresie przyznanej Wykonawcy punktacji w kryterium dotyczącym „Koncepcji organizacji obsługi prawnej" było ogólne i sporządzone z naruszeniem reguł wynikających z treści specyfikacji. Dostrzec należy, że uzasadnienie faktyczne punktacji przyznanej Odwołującemu w podkryterium „sposób komunikowania się z Zamawiającym" oraz „dostępność do dokumentów prowadzonej sprawy" ograniczało się do jednego ogólnego zdania. Jakkolwiek sporządzony

przez Odwołującego opis koncepcji w zakresie ww. podkryteriów nie był szeroki, to jednak

Zamawiający przyznając ofercie Odwołującego w tym zakresie po 1 pkt. powinien swoją decyzję uzasadnić, w szczególności wytłumaczyć opisowo jakie okoliczności przełożyły się na ocenę Zamawiającego z uwzględnieniem wytycznych wynikających z treści SWZ. Wskazane przez wykonawców sposoby komunikacji z zamawiającym oraz sposoby dostępności do dokumentów powinny zostać ocenione odpowiednio pod kątem skuteczności, szybkości czy też możliwości bieżącego monitorowania sprawy, a Zamawiający winien uzasadnić dlaczego propozycje przedstawione przez danego wykonawcę lepiej lub gorzej realizują dane podkryterium. Lakonicznie Zamawiający uzasadnił również ocenę oferty Odwołującego w podkryterium „propozycja rozwiązań usprawniających obsługę prawną" ograniczając się w istocie do stwierdzenia, że zakres zadań realizowanych przez Odwołującego sprowadza się do powielenia zapisów specyfikacji i nie zawiera pomysłu własnego Wykonawcy na to, w jaki sposób będzie realizował obowiązki umowne oraz że koncepcja Odwołującego zawiera rozwiązania polegające na przekazywaniu miesięcznych raportów świadczonych usług, sprawozdań itd. Zdaniem składu orzekającego tak przedstawione uzasadnienie faktyczne w zakresie przyznanej punktacji w omawianym podkryterium uniemożliwia Wykonawcy polemikę z Zamawiającym co do liczby otrzymanych punktów. Dopiero w toku rozprawy przed Izbą Zamawiający odniósł się do poszczególnych punktów koncepcji Odwołującego przedstawiając stosowne uzasadnienie i zestawiając koncepcję Odwołującego z zapisami specyfikacji, które winno zostać zakomunikowane wykonawcy w decyzji o wyborze oferty.

W ocenie Izby również dokonane przez Zamawiającego uzasadnienie dotyczące punktacji przyznanej ofercie Przystępującego w kryterium pozacenowym dotyczącym „Koncepcji organizacji obsługi prawnej" uchybiało przepisom ustawy Pzp oraz postanowieniom specyfikacji (rozdział XXIV pkt 2.2). Jakkolwiek w przypadku oferty Przystępującego sporządzone uzasadnienie faktyczne było obszerniejsze niż w przypadku oferty Odwołującego, to jego analiza nie zawiera odniesienia do elementów, które Zamawiający winien brać pod uwagę przy ocenie ofert jak postanowiono w SWZ, w szczególności takich jak szybkość, skuteczność środków komunikacji, szybkość dostępu do dokumentacji i możliwość monitorowania na bieżąco przebiegu sprawy, co z kolei przekłada się na niepewność wykonawców w zakresie elementów ocenianych i wpływających na punktację, zwłaszcza że Zamawiający winien ocenić złożone oferty poprzez ich zestawienie.

Ponadto wskazać należy, iż z zapisów specyfikacji wynikało, że koncepcja organizacji obsługi prawnej powinna opisywać własny sposób podejścia Wykonawcy do realizacji zamówienia oraz co najmniej uwzględniać zakres i terminy wskazane przez Zamawiającego, jak również określać sposób organizacji pracy osób skierowanych do realizacji zamówienia

i ich koordynacji. Z kolei z uzasadnienia faktycznego decyzji Zamawiającego nie wynika, czy

ww. elementy były brane przez Zamawiającego w ramach oceny ofert, czy przekładały się na wskazane przez wykonawców modele organizacji obsługi prawnej.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Izby ww. zarzut zasługiwał na uwzględnienie. Tym samym Zamawiający powinien dokonać unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzyć czynność oceny złożonych ofert, w szczególności w zakresie

omawianego kryterium pozacenowego i poinformować wykonawców o wynikach tej oceny podając pełne i rzeczowe uzasadnienie faktyczne dotyczące punktacji przyznanej ofertom z uwzględnieniem wytycznych określonych w SWZ.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („uznk") oraz art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie przez Zamawiającego, że dokument w postaci „Koncepcji organizacji obsługi prawnej" złożony w postępowaniu przez wykonawcę Kancelarię Radców Prawnych S. i G. sp. partnerska stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba wskazuje, iż art. 18 ust. 1 ustawy Pzp normuje fundamentalną zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 18 ust. 2 ustawy Pzp). Ww. zasada doznaje ograniczenia w ust. 3 ww. przepisu, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r., jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z przywołanego przepisu wynika, iż to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcie stosownych działań w zależności od wyniku tej analizy. W ocenie Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania" oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku KIO z dnia 2 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2284/19 oraz KIO 2288/19 zapadłym w poprzednim stanie prawnym, ale zachowującym aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów, iż użyte w art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (obecnie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp) przez ustawodawcę sformułowanie „wykazania", nie oznacza wyłącznie „oświadczenia", czy „deklarowania", ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia".

Przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, określa również w sposób jednoznaczny moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji stanowiąc, iż powinno to nastąpić wraz z przekazaniem takich informacji. Nie ulega również wątpliwości, iż za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej z art. 11 ust. 2 uznk i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. I tak zgodnie z ww. przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W końcu wskazać należy, iż zaniedbanie wykonawcy przejawiające się w braku łącznego wykazania przesłanek, o których mowa powyżej, wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa obciąża wykonawcę zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa i zwalnia tym samym zamawiającego z obowiązku zachowania określonych informacji w poufności.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy Izba wskazuje, że rację miał Odwołujący, iż Przystępujący, do którego należała inicjatywa co do sposobu wykazania, że zastrzeżone informacje dotyczące „Koncepcji organizacji obsługi prawnej" stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie sprostał ciężarowi łącznego wykazania przesłanek określonych art. 11 ust. 2 uznk. Izba wskazuje, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące ww. dokumentu ocenianego w kryterium pozacenowym miało charakter ogólny, gołosłowny, nie poparty żadnymi dowodami.

Izba wskazuje, iż analiza zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie złożonej przez Przystępującego koncepcji potwierdza, że Wykonawca nie wykazał, jakie działania podjął celem zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Odnośnie

powyższej przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa w uzasadnieniu zastrzeżenia Przystępujący podał w szczególności, że „Informacje przez nas zastrzeżone, (...) zostały wytworzone indywidualnie dla potrzeb postępowania przetargowego i nigdy nie były ujawniane do wiadomości publicznej. Nie są one również dostępne drogą zwykłą i dozwoloną, a dostęp do nich mają jedynie podmioty, których informacje te dotyczą.

Informacje te nie są udostępnione w jakichkolwiek dostępnych publicznie materiałach,

system informatyczny, w którym są przechowywane został należycie zabezpieczony, a fakt ochrony zakomunikowano osobom biorącym udział w sporządzeniu oferty. Stosujemy rozwiązania systemowe zabezpieczające polegające m.in. na: odpowiedniej organizacji pracy, zawieraniu z pracownikami lub osobami współpracującymi umów o zakazie konkurencji i zachowaniu poufności, ograniczeniu ilości osób mających dostęp do danych, wprowadzeniu systemu monitorowania pracy komputerów, zabezpieczeniu nośników informacji, zawieraniu umów o zachowaniu poufności z kontrahentami, które obejmują również ich pracowników i osoby z nimi współpracujące. ”

Izba stwierdziła, że uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie ww. przesłanki nie sposób zweryfikować wobec braku jakichkolwiek dowodów, w tym w szczególności stosowanych klauzul o zachowaniu poufności czy umów o zakazie konkurencji. Wskazać należy, iż samo zapewnienie Wykonawcy o wąskim gronie osób, który ma dostęp do informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa nie jest wystarczające dla skutecznego wykazania przesłanki poufności. W świetle ww. okoliczności nie sposób uznać, że Przystępujący opisał i wykazał metody czy podejmowane przez niego środki w celu zachowania określonych informacji jako poufnych. Powyższe zaniechanie Przystępującego uniemożliwiło ustalenie, czy środki stosowane przez Przystępującego są rzeczywiście podejmowane oraz czy mogły być one uznane za działania wystarczające do zachowania zastrzeżonych informacji w poufności.

Następnie Izba wskazuje, że Odwołujący prawidłowo podniósł, że Przystępujący nie wykazał, iż zastrzeżone przez Wykonawcę informacje zawarte w „Koncepcji organizacji obsługi prawnej” mają wartość gospodarczą. Wskazać należy, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Wskazać należy, iż wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa może znaleźć uchwytny wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Istotne jest również, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem (tak KIO w wyroku z dnia 5 maja 2015 r. sygn. akt: KIO 851/16).

Z kolei w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie wartości gospodarczej zastrzeżonych danych Przystępujący wskazał, iż „Koncepcja wykonania usługi została przygotowana w sposób zindywidualizowany, dostosowany do potrzeb i wymagań jakie Zamawiający określił w SWZ, jednak z zastrzeżeniem, że została ona sporządzona bez narzucania gotowych rozwiązań z SWZ. W koncepcji stwierdzamy, że koncepcja wykonania usługi jest autorską koncepcją Wykonawcy, ma ona charakter unikatowy, niepowtarzalny, jest ona elementem konkurencyjności Wykonawcy, została opracowana dzięki wieloletniej praktyce oraz doświadczeniu, będącym istotnym elementem wartości firmy, a zatem stanowi ona niepodważalną wartość o charakterze majątkowym, jak również w ujęciu niematerialnym i prawnym. Bez wątpienia są to informacje, które posiadają wartość gospodarczą, gdyż stanowią one wiedzę, którą posłużyć może się inny, zwłaszcza konkurencyjny podmiot, w celu osiągnięcia korzyści gospodarczych, co uzasadnia wyłączenie ich jawności. (...) Zastrzeżone dokumenty zostały przygotowane wyłącznie pod kątem realizacji przedmiotu zamówienia w tymże postępowaniu przetargowym, jak również zawierają informacje, które mają samodzielną i obiektywną wartość gospodarczą wymagającą szczególnej ochrony”.

Odnosząc się do powyższego Izba wskazuje, że uzasadnienie przesłanki referującej

do wartości gospodarczej zastrzeżonej przez Przystępującego koncepcji jest na tyle ogólne, że mogłoby znaleźć zastosowanie niemalże w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przystępujący w istocie poprzestał na stwierdzeniu, iż objęta tajemnicą przedsiębiorstwa koncepcja stanowi wartość gospodarczą, a jej ujawnienie może posłużyć innym wykonawcom w celu osiągnięcia korzyści gospodarczych oraz narazi Wykonawcę na szkodę. Wykonawca nie wyjaśnił jednak szerzej w jaki sposób ujawnienie przyjętego sposobu wykonania przedmiotowego zamówienia publicznego mogłoby wpłynąć niekorzystnie na sytuację Wykonawcy na rynku. Innymi słowy, Przystępujący nie omówił w jaki sposób zostanie zaburzona konkurencja na rynku, w przypadku ujawnienia zastrzeżonych w tym postępowaniu konkretnych informacji, wykreowanych w związku z przedmiotowym postępowaniem. Samo stwierdzenie, że ujawnienie złożonej koncepcji może posłużyć w przyszłości innym wykonawcom w celu osiągnięcia korzyści gospodarczej, nie jest w ocenie Izby wystarczające dla wykazania przesłanki wartości gospodarczej. Przystępujący nie wyjaśnił także w sposób rzeczowy w czym upatruje szkody jaką wykonawca mógłby ponieść w razie, gdyby zastrzeżona informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Stwierdzić należy, iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, iż ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego, kalkulacji ceny oferty oraz w ramach kryteriów oceny ofert. Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające dla jej wykazania. Ponadto wskazać należy, iż Przystępujący nie wyjaśnił, które elementy złożonej koncepcji mają unikatowy i niepowtarzalny charakter oraz w jaki sposób wpływają one na działalność przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym.

Podsumowując stwierdzić należy, iż Przystępujący nie wykazał w sposób przekonywujący i rzeczowy, że złożona wraz z ofertą „Koncepcja organizacji obsługi prawnej" zawiera informacje posiadające wartość gospodarczą, oraz w czym ta wartość się wyraża i z czego wynika.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył zarzucane przez Odwołującego przepisy prawa, tj. art. 18 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk, przez uznanie za skuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa złożonej przez Przystępującego „Koncepcji organizacji obsługi prawnej", co do której nie wykazano, aby stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy.

Poza oceną Izby znalazły się zarzuty odwołania zawarte w punkcie II.1 i II.2 petitum referujące do oceny oferty Odwołującego oraz Przystępującego w kryterium pozacenowym „Koncepcja organizacji obsługi prawnej". Zdaniem Izby ocena ww. zarzutów będzie możliwa dopiero po przedstawieniu wykonawcom pełnego uzasadnienia prawnego i faktycznego w zakresie punktacji przyznanej złożonym ofertom w kryteriach oceny ofert, w tym w szczególności w zakresie kryterium pozacenowego pn. „Koncepcja organizacji obsługi prawnej" oraz po odtajnieniu „Koncepcji organizacji obsługi prawnej" złożonej przez Przystępującego. Dopiero po wykonaniu ww. czynności, zaniechanych przez Zamawiającego wbrew przepisom ustawy Pzp, Odwołujący będzie miał pełną wiedzę co do ewentualnego sformułowania zarzutu naruszenia art. 239 w zw. z art. 240 ustawy Pzp względem oceny dotyczącej jego oferty oraz konkurentów.

Wobec powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Ocenie Izby podlegały zarzuty zawarte w punkcie II.3 oraz II.4 petitum odwołania, które zostały uwzględnione. Wobec powyższego, stosownie do treści § 7 ust. 1 pkt 3 ww. rozporządzenia Izba zasądziła równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w lit. b rozporządzenia, na rzecz Odwołującego od Zamawiającego i Uczestnika wnoszącego sprzeciw, rozdzielając je między nimi stosunkowo, uwzględniając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu nieuwzględnionych przez zamawiającego do liczby zarzutów przez niego uwzględnionych, wobec uwzględnienia których uczestnik wniósł sprzeciw.

Przewodniczący: .....